

Zbornik Inštituta za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Pravni letopis 2008

Zbirka znanstvenih
člankov in razprav

 inštitutzapimerjalnopravo



Pravni letopis 2008

Zbornik Inštituta
za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti
v Ljubljani



Pravni letopis 2008
Zbirka znanstvenih člankov in razprav

ISBN 961-6447-23-3



9 789616 447232

$\frac{pf}{1}$

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani	
	2008

PRAVNI LETOPIS
2008

*Zbirka znanstvenih
člankov in razprav*

**Inštitut za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani**

Izdal in založil

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Zanj

Prof. dr. Lojze Ude

Uredil

Prof. dr. Lojze Ude

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

Oblikovanje in grafična priprava

Jelena Kauzlarič in Jaka Krevelj

Tisk

QPS., d.o.o. Ljubljana

Ljubljana, 2008

Kazalo

I. Hipoteka in izvršba na nepremičnine	9
DR. MATJAŽ TRATNIK Različne vrste hipotek v slovenskem pravu	11
DR. MIHA JUHART Hipoteka in neposredna izvršljivost	25
DR. ALEŠ GALIČ Hipoteka na nepremičnini, pridobljena v izvršilnem postopku	35
DR. DRAGICA WEDAM LUKIČ Prodaja nepremičnine v izvršilnem postopku	55
DIDA VOLK Izvršba na nepremičnine	65
II. Razvojne tendence in novosti v dednem pravu	73
DR. KAREL ZUPANČIČ Temeljna načela dednega prava	75
DR. VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIČ Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka	85
DR. VESNA RIJAVEC Prispevek potomcev (32.ČL. ZD)	103
ANDREJ ROZMAN Prenos dela pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje (de lege ferenda)	113

III. Odgovornost pravnih poklicev	121
MIHA OZIMEK	
Prenos dela pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje (kritična analiza slovenskega predloga)	123
DR. ŠPELCA MEŽNAR	
Odgovornost pravnih poklicev - teorija in praksa	133
MAG. BOGOMIR HORVAT	
Odgovornost odvetnika	145
BOJAN PODGORŠEK	
Odgovornost notarja	155
JERNEJ VEBERIČ	
Pogodba o zavarovanju odgovornosti	169
DR. LOJZE UDE, DR. MATIJA DAMJAN	
Odgovornost za napake v pravnem mnenju neodvisnega pravnega strokovnjaka	181
IV. Nomotehnika	195
DR. ALBIN IGLIČAR	
Pravnopolitični in nomotehnični problemi avtentične razlage	197
MAG. BORUT ŠINKOVEC	
Naša nomotehnika in pravna varnost	209
JOŽICA VELIŠČEK	
Ocena stanja na področju priprave (dobrih) predpisov	217
MARJANA GLUŠIČ	
Ali so nomotehnični dnevi še potrebni?	233
ANDREJA KURENT	
Nomotehnika v praksi državnega zbora (kaj mora predlagatelj zakona upoštevati pri njegovi pripravi)	239

MAG. SAŠA BRICELJ PODGORNIK		
Problematika specifičnih nomotehničnih pristopov pri spreminjanju zakonov		253
V. Šolsko pravo		263
DR. BARBARA NOVAK		
Odškodninska odgovornost zaradi neustreznega izobraževanja		265
BRANE KUMER, MAG. MAJA KOTNIK		
Novi model financiranja šolstva v Sloveniji		275
MILENA BONELLI		
Postopki odločanja na področju osnovnošolskega izobraževanja		291
VI. Vpliv evropskega prava na slovensko zasebno pravo		307
		7
DR. MATIJA DAMJAN		
Vpliv evropskega prava na ureditev zunajsodnega reševanja sporov		309
DR. VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC		
Dedovanje in pravo EU		333
DR. JERCA KRAMBERGER ŠKERL		
Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu		349
DR. DAMJAN MOŽINA		
Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi		373
VII. Povzetki/Abstracts		397

I.

**Hipoteka in izvršba
na nepremičnine**

Pravni letopis

2008

Različne vrste hipotek v slovenskem pravu

dr. Matjaž Tratnik¹

1 Uvod

Hipoteka je zastavna pravica na nepremičninah. Naše pravo pozna več vrst hipoteke. Tako lahko glede na pravni temelj nastanka razlikujemo med: hipoteko, ki nastane na podlagi pravnega posla (pogodbena hipoteka), hipoteko, ki nastane na podlagi sodne odločbe (prisilna hipoteka) in hipoteko, ki nastane na podlagi zakona (zakonita hipoteka).

11

Drug kriterij, ki ga lahko uporabimo za klasifikacijo hipotek, je načelo akcesornosti. Tu razlikujemo zlasti med *fiksno* (klasično) hipoteko, ki varuje točno določeno terjatev in *maksimalno* hipoteko, ki varuje vse terjatve do vnaprej določenega skupnega zneska, ki izvirajo iz vnaprej določenega upniško – dolžniškega razmerja.²

Dalje lahko glede na to, koliko nepremičnin jamči za zavarovano terjatev (oziroma terjatve) razlikujemo med *posamično* hipoteko, kjer je obremenjena samo ena nepremičnina in *skupno* hipoteko, kjer je obremenjenih več nepremičnin hkrati.

Na glede vse zgoraj navedene distinkcije se bomo v nadaljevanju osredotočili na dve obliki hipoteke in sicer maksimalno hipoteko in skupno hipoteko, ki ju bomo postavili ob bok fiksni in posamični hipoteki. Ključni momenti, v katerih bomo primerjali navedene oblike hipoteke pa bodo nastanek, prenos, realizacija in prenehanje hipoteke. Pri tem se bomo omejili na hipoteke, ki nastanejo na pravnoposlovni podlagi.

¹ Profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

² V določenem smislu sodi v razlikovanje na podlagi načela akcesornosti tudi zemljiški dolg.

2 Maksimalna hipoteka

2.1 Splošno

Maksimalna hipoteka (*Höchstbetragshypothek*) je hipoteka, namenjena zavarovanju terjatev, ki nastanejo iz določenega upniško-dolžniškega razmerja in katerih višina in zapadlost v trenutku njene ustanovitve praviloma še nista znani. Zato se v zemljiško knjigo vpisuje z določenim maksimalnim zneskom, ki predstavlja zgornjo mejo, do katere še jamči obremenjena nepremičnina. Podlaga za ustanovitev maksimalne hipoteke je navadno okvirna kreditna pogodba. Od fiksne hipoteke se razlikuje zlasti v zvezi z načelom specialnosti (7. člen Stvarnopravnega zakonika, SPZ³) in načelom akcesornosti.

Načelo specialnosti se pri hipoteki nanaša tako na predmet hipoteke (obremenjeno nepremičnino), kot na predmet zavarovanja (zavarovano terjatev). Medtem ko glede obremenjene nepremičnine ni nobenih posebnosti, ima načelo specialnosti glede terjatev, zavarovanih z maksimalno hipoteko, zelo specifično vsebino. Maksimalna hipoteka ne varuje posameznih terjatev, temveč temeljno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega zavarovane terjatve izvirajo. Zato se v zemljiško knjigo ne vpisujejo podatki o posameznih zavarovanih terjativah, tako kot pri fiksni hipoteki,⁴ temveč le njihov najvišji skupni znesek.

Opredelitev zavarovanega upniško-dolžniškega razmerja, je pri maksimalni hipoteki ključnega pomena, zato mora biti opredeljeno tako v zastavni pogodbi kakor tudi v zemljiškoknjžnem dovolilu. To je pomembno zato, da se lahko ugotovi, katere terjatve med hipotekarnim upnikom in dolžnikom so zavarovane z maksimalno hipoteko in katere ne. Zavarovane terjatve so v določenem smislu opredeljene tudi z najvišjim zneskom maksimalne hipoteke. Maksimalna hipoteka namreč varuje le terjatve, katerih vsota v danem trenutku (skupaj z obrestni in stroški) ne presega najvišjega zneska.

Če so v danem trenutku vse terjatve, ki so nastale v zavarovanem upniško-dolžniškem razmerju, v celoti poplačane, maksimalna hipoteka omogoča, da se celoten izpraznjeni »prostor« zapolni z novimi terjativami, ki lahko nastanejo tudi iz novih kreditnih pogodb, če so te sklenjene v zavarovanem okvirnem kreditnem razmerju.⁵

Pri maksimalni hipoteki ima posebno vsebino tudi načelo akcesornosti. Tudi to načelo se drugače kot pri fiksni hipoteki ne nanaša na razmerje med hipoteko in posamezno

³ Uradni list RS 87/2002.

⁴ Po 16. členu ZZK-1 (Uradni list RS 58/2003, 45/2008) se pri fiksni v zemljiško knjigo vpiše podatke o: o višini, zapadlosti, obrestni meri in morebitni valorizacijski klavzuli.

⁵ VSL, sodba I Cpg 139/2002 z dne 4. 6. 2002.

zavarovano terjatvijo, temveč na razmerje med hipoteko in zavarovanim upniško-dolžniškim razmerjem. Maksimalna hipoteka ni akcesorna zavarovanim terjatvam, ampak zavarovanemu upniško-dolžniškemu razmerju. Ob upoštevanju tega izhodišča je treba obravnavati vprašanja glede nastanka, obsega, prenosa, realizacije in prenehanja maksimalne hipoteke, ki konkretno opredeljujejo vprašanje njene akcesornosti.

Naša ureditev ne predvideva (delne) konverzije maksimalne hipoteke v fiksno hipoteko, kot je na primer možna v avstrijskem in hrvaškem pravu. Konverzija »dela« maksimalne hipoteke glede posameznih zavarovanih terjatev je praktično pomembna v primerih, ko hipotekarni upnik želi odstopiti posamezne terjatve skupaj s hipotekarnim zavarovanjem.⁶ Po avstrijskem pravu se lahko maksimalna hipoteka, glede posameznih terjatev, ki nastanejo iz zavarovanega temeljnega razmerja, s privolitvijo (osebnega) dolžnika kadarkoli v celoti ali delno spremeni v fiksno hipoteko. Ta hipoteka se vpiše v zemljiško knjigo v vrstnem redu maksimalne hipoteke.⁷

Po hrvaškem pravu se lahko maksimalna hipoteka spremeni v fiksno hipoteko ali obratno, čeprav tega *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV)*⁸ in *Zakon o zemljišnih knjigama (ZZK)*⁹ izrecno ne omenjata. Nova fiksna oziroma maksimalna hipoteka se vpiše v rang prvo te maksimalne oziroma fiksne hipoteke. Sprememba maksimalne hipoteke v fiksno se vpiše v zemljiško knjigo na podlagi zemljiškoknjižne listine, s katero stranki določita znesek in zapadlost terjatve, ki je nastala iz z maksimalno hipoteko zavarovanega pravnega razmerja. Znesek te terjatve ne sme biti višji od skupnega zneska maksimalne hipoteke. V zemljiškoknjižni listini o spremembi fiksne hipoteke v maksimalno, pa stranki izrecno določita, da bo hipoteka varovala bodoče terjatve, ki bodo nastale iz istega pravnega razmerja, kot terjatev, ki se je prvotno zavarovala s fiksno hipoteko. Stranki torej ne moreta tako nastale maksimalne hipoteke razširiti na druga pravna razmerja. Prav tako sta omejeni glede zneska maksimalne hipoteke, ki je lahko največ enak znesku prvotno ustanovljene fiksne hipoteke.¹⁰

2.2 Nastanek maksimalne hipoteke

Glede nastanka maksimalne hipoteke veljajo splošne zahteve po zastavni pogodbi, zemljiškoknjižnem dovolilu, vpisu v zemljiško knjigo in razpolagalni sposobnosti

⁶ Več o tem spodaj, v razdelku 2.3.

⁷ Če sta osebni dolžnik in realni dolžnik različni osebi, je potrebna samo privolitev osebne dolžnika. Sadjadi, stran 204.

⁸ Narodne novine 91/96, 137/99, 22/2000, 73/2000, 114/01.

⁹ Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 73/2000, 114/01, 100/04.

¹⁰ Josipović, stran 166.

zastavitelja.¹¹ Maksimalna hipoteka se lahko ustanovi bodisi na podlagi zasebne listine v skladu s 141. členom SPZ bodisi na podlagi notarskega zapisa v skladu s 142. členom SPZ.

Maksimalna hipoteka se lahko ustanovi tudi, če še ne obstaja nobena terjatev, ki bo z njo zavarovana. Dovolj je, da je opredeljeno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega bodo zavarovane terjatve izvirale. Za to zadostuje, da se določijo zastavitelj, hipotekarni upnik in najvišji znesek maksimalne hipoteke. Čeprav pravilo 129. člena SPZ, po katerem se zastavna pravica lahko ustanovi v zavarovanje bodočih terjatev, velja tudi za fiksno hipoteko, je praktično pomembno predvsem za maksimalno hipoteko. Iz 16. člena ZZK-1 namreč izhaja, da je treba pri fiksni hipoteki že ob njeni ustanovitvi v zemljiško knjigo vpisati tudi podatke o višini, zapadlosti, obrestni meri in morebitni valorizacijski klavzuli. To pa pri bodočih terjativah pogosto ni mogoče, zato pride za njihovo zavarovanje praviloma v poštev le maksimalna hipoteka. V skladu s pravkar povedanim je treba razlagati zahtevo iz tretjega odstavka 141. člena SPZ, po kateri mora listina, ki vsebuje zemljiškknjižno dovolilo, vsebovati tudi označbo višine in zapadlosti terjatve. Glede na naravo maksimalne hipoteke je treba to zahtevo razlagati tako, da zadostuje, da je opredeljeno zavarovano upniško-dolžniško razmerje. Dovolj je torej, da listina navaja ime upnika in dolžnika ter njen pravni temelj.¹²

Maksimalna hipoteka se v zemljiško knjigo vpiše tako, da se izrecno označi, da gre za maksimalno hipoteko, in vpiše podatek o najvišjem znesku, do katerega za zavarovanje jamči nepremičnina. Naj še enkrat poudarimo, da najvišji znesek maksimalne hipoteke po 146. členu SPZ krije tako glavnico kot obresti in stroške, tako da vknjižba obrestovane maksimalne hipoteke ni dopustna.

2.3 Prenos maksimalne hipoteke

Posamezne terjatve, ki izvirajo iz pravnega razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, so lahko predmet prenosa (cesije). Vendar pa SPZ v četrtem odstavku 146. člena izrecno določa, da je v primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prenos hipoteke izključen. Lahko pa se prenese celotno temeljno upniško-dolžniško razmerje, zavarovano z maksimalno hipoteko. Tu seveda ni nikakršnih ovir za prehod maksimalne hipoteke na novega upnika.¹³

Pri četrtem odstavku 146. člena SPZ je naš zakonodajalec očitno sledil nemški ureditvi četrtega odstavka § 1190 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), vendar ob prenosu te ureditve v

¹¹ VSK, sklep I Cp 26/2003 z dne 8. 4. 2003.

¹² Primerjaj Keresteš, 2002, strani 163–164; Feil, stran 166.

¹³ Primerjaj Keresteš 2004, stran 663.

naše pravo ni bil upoštevan njen celotni kontekst. Po četrtem odstavku § 1190 BGB se lahko terjatev, ki je zavarovana z maksimalno hipoteko, prenaša po splošnih pravilih ki veljajo za cesijo, in je v primeru, *da je po teh pravilih prenesena*, prehod hipoteke izključen.¹⁴ Tu je treba dodati, da se po nemškem pravu hipotekarno zavarovane terjatve praviloma ne prenašajo po splošnih pravilih o cesiji, temveč po pravilih, ki veljajo za prenos stvarnih pravic na nepremičninah. Same zavarovane terjatve, brez hipoteke drugače kot po našem pravu, praviloma ni mogoče prenesti (§ 1153 BGB). Četrti odstavek § 1190 BGB pa glede maksimalne hipoteke določa *izjemo* od splošnega pravila s tem, da dopušča prenos terjatve brez zavarovanja, s cesijo. Samo v tem primeru je prehod hipoteke izključen.¹⁵ Posamezne s hipoteko zavarovane terjatve pa se lahko prenašajo tudi po pravilih, ki veljajo za prenos hipotekarno zavarovanih terjatev, to je na podlagi razpolagalnega posla¹⁶ in vpisa v zemljiško knjigo. Če gre za pisemsko hipoteko, pa vpis nadomesti izročitev hipotekarnega pisma (§ 1154 BGB). V tem primeru pa na novega upnika preide tudi maksimalna hipoteka.¹⁷ Vendar je treba dodati, da je problematika prenosa (maksimalne) hipoteke za nemško prakso postala nepomembna, ker je hipoteko v nemški bančni praksi povsem nadomestil zemljiški dolg.

Ugotoviti je treba, da je tu naša ureditev nekoliko preveč »poenostavljena«. Za hipotekarnega upnika je ta ureditev lahko problematična, saj zmanjšuje vrednost in s tem prometnost njegovih z maksimalno hipoteko zavarovanih terjatev. To je še zlasti pomembno za moderno finančno prakso ki zahteva večjo mobilnost hipotekarnih kreditnih instrumentov (npr. v sklopu refinanciranja hipotekarnih kreditov). Naša ureditev tu tudi odstopa od ureditev maksimalne hipoteke v nam najbolj sorodnih pravnih redih Avstrije in Hrvaške. Tako je po avstrijskem pravu v primeru cesije posameznih z maksimalno hipoteko zavarovanih terjatev možen prehod hipoteke, s tem, da hipoteka glede zneska odstopljene terjatve (s privolitvijo dolžnika) konvertira v fiksno hipoteko.¹⁸ Možno pa je tudi, da se s cesijo prenesejo posamezne terjatve brez zavarovanja.¹⁹

V hrvaškem pravu prenos maksimalne hipoteke ni izrecno urejen. Maksimalna hipoteka se s prenosom pogodbe iz katere bodo nastale z maksimalno hipoteko zavarovane terjatve (zavarovanega razmerja), lahko prenese že pred nastankom prve zavarovane

¹⁴ Tretji odstavek §1190 BGB se glasi: »Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen [kurziviral MT], so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen.«

¹⁵ Baur/Stürner stran 495.

¹⁶ Baur/ Stürner, stran 434.

¹⁷ Ta problematika je glede na to, da se hipoteka v nemški bančni praksi ne uporablja več, za nemško prakso postala ne pomembna.

¹⁸ Kundi, stran 150.

¹⁹ Sadjadi, stran 219.

terjatve, na podlagi splošnega pravila 127. člena *Zakona o obligacionim odnosima (ZOO)*.²⁰ Prav tako lahko pride do odstopa posameznih terjatev, ki nastanejo iz zavarovanega pravnega razmerja. V tem primeru cesionar pridobi točno določeno terjatev, ki jo varuje fiksna hipoteka. Tako se s cesijo maksimalna hipoteka, v znesku odstopljene terjatve, samodejno spremeni v fiksno. Skupni znesek maksimalne hipoteke pa se zmanjša za znesek zavarovane terjatve. Fiksna hipoteka, ki je nastala s cesijo posamezne zavarovane terjatve, ima isti vrstni red kot maksimalna hipoteka.²¹

2.4 Realizacija maksimalne hipoteke

Poplačilna pravica hipotekarnega upnika se ne nanaša na celoten maksimalni znesek, temveč je odvisna od višine zavarovanih terjatev. Lahko bi torej ugotovili, da je maksimalna hipoteka glede poplačila izjemoma akcesorna zavarovanim terjatvam oziroma njihovi dejanski vsoti. Konkretna višina zavarovanih terjatev se ugotovi v postopku na podlagi hipotekarne tožbe.

Maksimalna hipoteka se lahko ustanovi tudi na podlagi notarskega zapisa v skladu s 142. členom SPZ, kjer se zastavlja vprašanje neposredne izvršljivosti. V skladu z večinskim mnenjem maksimalna hipoteka ni neposredno izvršljiva.²² Po 4. členu Zakona o Notariatu (ZN)²³ mora biti v sporazumu o ustanovitvi hipoteke obveznost dolžnika določena. Ta pogoj pa pri maksimalni hipoteki praviloma ni izpolnjen.

Maksimalni znesek, ki se določi v sporazumu in ki se tudi vpiše v zemljiško knjigo, namreč ni niti prava višina zavarovane terjatve niti vsota vseh zavarovanih terjatev. Dejanski znesek je nižji od maksimalnega zneska, višji ali pa v danem trenutku sploh ne obstaja. Če ob ustanovitvi hipoteke ni znano, koliko bo znašala terjatev, kdaj bo nastala oziroma ali bo sploh nastala, dolžnik ne more podati soglasja z obstojem terjatve in neposredno izvršljivostjo. Vendar pa ta obrazložitev ni povsem prepričljiva. Tudi znesek zavarovane terjatve, ki je naveden v notarskem zapisu o ustanovitvi neposredno izvršljive fiksne hipoteke, praviloma ne bo enak znesku zavarovane terjatve, ki ga bo moral dolžnik plačati ob zapadlosti, tako da je tudi ob realizaciji neposredno izvršljive fiksne hipoteke vedno treba ugotoviti, koliko zavarovana terjatev znaša. Naj še dodamo, da se je s 1.1.1999 spremenila ureditev § 794 nemškega *Zivilprozessordnung (ZPO)*, tako da za neposredno izvršljivost zadostuje, da so zavarovane terjatve na podlagi notarskega zapisa

²⁰ Narodne novine 35/2005.

²¹ Josipović, stran 166.

²² Rijavec, strani 242–243; Keresteš 2004, strani 643 in 651. Glej Schleiffer, stran 99. Kar pa v nemškem pravu ni posebej pomembno, ker se maksimalna hipoteka v bančni praksi ne uporablja več, ker jo je povsem nadomestil zemljiški dolg.

²³ Uradni list RS 13/1994 ... 45/2008.

o ustanovitvi maksimalne hipoteke *določljive*. Na podlagi tega vrsta nemških avtorjev zastopa stališče, da je maksimalna hipoteka v nemškem pravu neposredno izvršljiva.²⁴ Podobna rešitev bi bila *de lege ferenda* možna tudi v našem pravu.

Po našem veljavnem pravu pa je moč doseči neposredno izvršljivost posameznih s skupno hipoteko zavarovanih terjatev tako, da hipotekarni upnik in dolžnik naknadno, ko nastane takšna terjatev (ali že pred nastankom, če je že dovolj določena), skleneta sporazum o neposredni izvršljivosti te terjatve v obliki notarskega zapisa, z vsemi potrebnimi sestavinami ob sklicevanju na maksimalno hipoteko, s katero je zavarovano pravno razmerje, iz katerega te terjatev nastane. Neposredna izvršljivost se tudi lahko zaznamuje v zemljiški knjigi.²⁵

Lahko pa hipotekarni upnik maksimalno hipoteko konvertira v zemljiški dolg, ki je vedno neposredno izvršljiv. Za konverzijo se zahteva enostranski pravni posel hipotekarnega upnika, ki mora imeti obliko notarskega zapisa, in privolitev lastnika obremenjene nepremičnine (tretji odstavek 194. člena SPZ).²⁶ Pri tem je lahko znesek zemljiškega dolga največ enak znesku maksimalne hipoteke.

2.5 Prenehanje maksimalne hipoteke

Glede maksimalne hipoteke veljajo splošna pravila o prenehanju hipoteke, pri čemer je zopet treba upoštevati, da maksimalna hipoteka ni akcesorna zavarovanim terjatvam, temveč upniško-dolžniškemu razmerju. To pomeni, da drugače kot pri fiksni hipoteki dejstvo, da so vse z maksimalno hipoteko zavarovane terjatve v danem trenutku poplačane, ni razlog za prenehanje hipoteke. Maksimalna hipoteka preživi usodo posameznih terjatev in obstaja tako dolgo, dokler obstaja zavarovano razmerje med upnikom in dolžnikom, iz katerega bi lahko nastajale vedno nove terjatve. Maksimalna hipoteka v skladu z načelom akcesornosti preneha šele ob prenehanju zavarovanega upniško-dolžniškega razmerja.

²⁴ Schleiffer, stran 99. Kar pa v nemškem pravu ni posebej pomembno, ker se maksimalna hipoteka v bančni praksi ne uporablja več, ker jo je povsem nadomestil zemljiški dolg.

²⁵ Glej podrobneje prispevek Juharta v tem zborniku.

²⁶ Če je pri hipoteki zaznamovana nadhipoteka je potrebna tudi privolitev nadhipotekarnega upnika.

3 Skupna hipoteka

3.1 Splošno

Ista terjatev se lahko zavaruje s hipoteko na več nepremičninah. Pri tem sta načeloma dve možnosti. Prva je ta, da se več nepremičnin obremeni z eno samo hipoteko. Takšno hipoteko imenujemo skupna (simultana) hipoteka. Druga možnost pa je, da se na več nepremičninah ustanovi več hipotek. Tudi če se te ustanovijo sočasno, ne moremo govoriti o skupni hipoteki. Skupna hipoteka je torej (ena) hipoteka, ki se za zavarovanje iste terjatve ustanovi na več nepremičninah. Obremenjene nepremičnine jamčijo za celotno zavarovano terjatev, in ne le za njen del. Pri tem ni pomembno, ali so vse s skupno hipoteko obremenjene nepremičnine v lasti istega zastavitelja. S skupno hipoteko obremenjene nepremičnine so lahko vpisane v enem ali več zemljiškoknjižnih vložkih, ležijo pa lahko na območju istega zemljiškoknjižnega sodišča ali na območjih različnih zemljiškoknjižnih sodišč.

Pri skupni hipoteki je treba razlikovati med glavno nepremičnino in tako imenovanimi »drugimi« nepremičninami. Glavno nepremičnino ob vpisu v zemljiško knjigo določi hipotekarni upnik. Pri izbiri glavne nepremičnine je popolnoma prost, tako da na primer ni dolžan izbrati tiste, ki ima največjo vrednost. Prav tako se ne zahteva, da glavna nepremičnina pripada dolžniku zavarovane terjatve. Pojem glavne nepremičnine je pomemben zgolj z vidika zemljiškoknjižne tehnike in nima nobenih vsebinskih posledic. Posebnost in velika praktična prednost skupne hipoteke je ta, da vpisi glede skupne hipoteke pri glavni nepremičnini učinkujejo tudi pri vseh drugih nepremičninah, ki so obremenjene (in zaznamovane) s skupno hipoteko, razen če se nanašajo samo na glavno nepremičnino (168. člen ZZK-1). Tako je na primer pri cesiji zavarovane terjatve treba opraviti vpis prenosa hipoteke samo pri glavni nepremičnini. Glede drugih s skupno hipoteko obremenjenih nepremičnin pa učinkuje prenos na podlagi zaznambe.²⁷

3.2 Nastanek skupne hipoteke

Glede nastanka skupne hipoteke veljajo splošna pravila o nastanku hipoteke. Bistven opredelilni element skupne hipoteke je, da mora biti kot takšna vpisana v zemljiški knjigi.²⁸ To pomeni, da je treba v zemljiškoknjižnem predlogu za vknjižbo ali predznambo skupne hipoteke izrecno navesti, da gre za skupno hipoteko. Prav tako mora biti navedeno, katera je glavna nepremičnina. Če takšne navedbe ni, se domneva,

²⁷ Keresteš, 2004, stran 654.

²⁸ Keresteš 2004, stran 653.

da je glavna nepremičnina tista, ki je v predlogu navedena kot prva. Če glede glavne nepremičnine ne obstajajo pogoji za dovolitev vknjižbe oziroma predznanbe skupne hipoteke, pa se šteje, da predlog obsega podrejeni zahtevek za vknjižbo oziroma predznanbo skupne hipoteke pri nepremičnini, ki je v predlogu navedena kot naslednja (163. člen ZZK-1).

Vknjižba oziroma predznanba skupne hipoteke pri glavni nepremičnini in zaznamba skupne hipoteke pri drugih nepremičninah, ki se obremenijo s skupno hipoteko, se lahko zahteva z enim samim predlogom (prvi odstavek 164. člena ZZK-1). Če je za odločanje o predlogu za vpis skupne hipoteke krajevno pristojnih več zemljiškoknjžnih sodišč, se predlog vložijo pri tistem, ki je pristojno za odločanje o vknjižbi oziroma predznanbi skupne hipoteke pri glavni nepremičnini (drugi odstavek 164. člena ZZK-1).²⁹ Ko to zemljiškoknjžno sodišče odloči o vpisu, pošlje sklep o dovolitvi ali o zavrženju vpisa po njegovi pravomočnosti drugim zemljiškoknjžnim sodiščem, ki so pristojna odločati o zaznambi skupne hipoteke.

Pri nas so v večini primerov nepremičnine, ki pripadajo istemu lastniku in ležijo v isti katastrski občini, vpisane v istem zemljiškoknjžnem vložku. Tako lahko hitro pride do primera, ko zastavitelj za isto terjatev zastavi več nepremičnin, ki so vse vpisane v istem zemljiškoknjžnem vložku. Če se predlaga vpis skupne hipoteke, se ne glede na morebitno določitev katere od njih kot glavne nepremičnine, vse te nepremičnine štejejo za glavno nepremičnino, kar pomeni, da se hipoteka pri vseh vpiše z vknjižbo. Za glavno nepremičnino se štejejo toliko časa, dokler so vpisane v istem vložku. Če se posamezna nepremičnina odpiše od tega zemljiškoknjžnega vložka in prenese v drug vložek, izgubi status glavne nepremičnine. Vpisi, ki se nanašajo na vknjižbo oziroma predznanbo skupne hipoteke pri tej nepremičnini, se ne prenesejo v nov vložek, ampak se pri nepremičnini zaznamuje skupna hipoteka (169. člen ZZK-1). To torej pomeni, da odpisana nepremičnina izgubi status glavne nepremičnine in postane »druga nepremičnina«.

Druge nepremičnine se lahko obremenijo s skupno hipoteko sočasno z njeno ustanovitvijo, lahko pa se že obstoječo skupno hipoteko razširi na novo nepremičnino. V slednjem primeru je treba vložiti poseben zemljiškoknjžni predlog, s katerim se zahteva vpis zaznambe skupne hipoteke pri novi nepremičnini. Zaznamba se vpiše na podlagi zastavne pogodbe (pogodbe o razširitvi skupne hipoteke) in zemljiškoknjžnega dovolila. Tu velja posebnost, da se zemljiškoknjžno dovolilo glasi na *dovolitev zaznambe*, medtem ko se po splošnem pravilu nanaša na dovolitev vknjižbe. Če se skupna hipoteka kasneje razširi na nove nepremičnine, ima na teh nepremičninah kasnejši vrstni red kot skupna hipoteka na tistih nepremičninah, ki so bile obremenjene že od vsega začetka.

²⁹ Tu gre za izjemo od splošnega pravila drugega odstavka 144. člena ZZK-1

3.3 Poplačilo iz skupne hipoteke

Če zavarovana terjatve ob dospelosti ni plačana, lahko hipotekarni upnik zahteva poplačilo svoje terjatve s prodajo katerekoli nepremičnine in v kakršnemkoli vrstnem redu (drugi odstavek 145. člena SPZ). Tudi če so obremenjene nepremičnine različnih lastnikov, hipotekarni upnik ni dolžan najprej iskati poplačila od tistih, ki so last dolžnika zavarovane terjatve. Če je katera od nepremičnin, obremenjenih s skupno hipoteko, obremenjena še s kakšno drugo hipoteko, ki ima slabši vrstni red kot skupna hipoteka, lahko navedeno pravilo o prosti izbiri imetnika skupne hipoteke povzroči, da se hipotekarni upnik s slabšim vrstnim redom ne more (v celoti) poplačati. Do tega lahko pride v primeru, da imetnik skupne hipoteke izbere ravno tisto nepremičnino, ki je obremenjena še s drugo hipoteko, izkupiček pa zadostuje le za polno poplačilo terjatve, zavarovane s skupno hipoteko. Vendar lahko ugotovimo, da tu naša ureditev ne odstopa od (naši najbolj) sorodnih ureditev avstrijskega in hrvaškega prava.³⁰

3.4 Prenehanje skupne hipoteke (izbris iz zemljiške knjige)

DR. MATJAZ TRATNIK

20

Skupna hipoteka preneha z izbrisom hipoteke pri glavni nepremičnini. Prav tako lahko pride do prenehanja hipotekarnega jamstva na *posameznih* drugih nepremičninah z izbrisom zaznambe skupne hipoteke.³¹ Skupna hipoteka se lahko izbrše:

- pri vseh, s skupno hipoteko obremenjenih nepremičninah (173. člen ZZK-1),
- samo pri glavni nepremičnini (170. do 172. člen ZZK-1),
- samo pri eni ali več drugih nepremičninah (tretji odstavek 174. člena ZZK-1).

Če pride do izbrisa skupne hipoteke pri vseh nepremičninah, ki so obremenjene s skupno hipoteko, ta vedno preneha. Zemljiškoknjižni predlog za izbris se vloži pri zemljiškoknjižnem sodišču, na območju katerega leži glavna nepremičnina (prvi odstavek 173. člena ZZK-1). V zemljiškoknjižnem predlogu je treba izrecno zahtevati tako izbris skupne hipoteke pri glavni nepremičnini kot tudi izbris zaznambe skupne hipoteke pri drugih nepremičninah. Če zemljiškoknjižno sodišče dovoli izbris skupne hipoteke pri vseh nepremičninah, ki so obremenjene s skupno hipoteko, hkrati odloči o izbrisu skupne hipoteke pri glavni nepremičnini in o izbrisu vseh zaznamb skupne pri drugih nepremičninah (173. člen ZZK-1). Zemljiškoknjižno sodišče, ki je dovolilo izbris skupne hipoteke pri vseh nepremičninah, po pravnomočnosti sklepa o dovolitvi izbrisa skupne hipoteke, obvesti o izbrisu druga zemljiškoknjižna sodišča, na območju katerih so nepremičnine, pri katerih je ta skupna hipoteka zaznamovana. Po prejemu

³⁰ Glej za avstrijsko pravo drugi odstavek § 15 Grundbuchsgesetz in Sadjadi, stran 206, ter za hrvaško pravo šesti odstavek 301. člena ZV, drugi odstavek 37. člena ZZK in Josipović, stran 161.

³¹ Zlasti po delnem poplačilu zavarovane terjatve.

obvestila ta zemljiškoknjižna sodišča ne izdajo posebnega sklepa o dovolitvi izbrisa, ampak odredijo izbris z zaznamkom na sklepu, ki ga je izdalo zemljiškoknjižno sodišče, ki je dovolilo izbris skupne hipoteke pri vseh nepremičninah.

Če se skupna hipoteka izbriše samo pri glavni nepremičnini, pride do spremembe (zamenjave) glavne nepremičnine, medtem ko skupna hipoteka obstaja še naprej. Če so v vložku, v katerem je vpisana glavna nepremičnina, vpisane še druge nepremičnine, se tako ali tako na podlagi prvega odstavka 169. člena ZZK-1 vse nepremičnine štejejo za glavne nepremičnine, tako da izbris hipoteke pri eni od njih ne vpliva na obstoj glavne nepremičnine. Če pa je v istem vložku vpisana samo ena nepremičnina, pa je treba določiti novo glavno nepremičnino. Tako prvi odstavek 170. člena ZZK-1 določa, da se kot nova glavna nepremičnina določi tista druga nepremičnina, ki je predmet skupne hipoteke, in ki je bila pri vpisu skupne hipoteke navedena kot prva za tisto, ki je izgubila status glavne nepremičnine.

Zaznambo skupne hipoteke je moč izbrisati tudi zgolj pri eni ali več drugih nepremičninah. Do tega lahko pride zlasti v primeru, ko je hipotekarni upnik ob delnem plačilu zavarovane terjatve pripravljen razbremeniti katero od teh nepremičnin. Za odločanje je krajevno pristojno zemljiškoknjižno sodišče, na območju katerega leži posamezna nepremičnina (tretji odstavek 174. člena ZZK-1). Če se predlaga izbris pri več drugih nepremičninah, ki ležijo na območjih različnih zemljiškoknjižnih sodišč, je treba izbris skupne hipoteke predlagati glede vsake nepremičnine posebej.³²

3.5 Vpis in izbris skupne hipoteke po Noveli ZZK-1A

Novela ZZK-1A³³ je uvedla splošno pristojnost zemljiškoknjižnih sodišč. Po novi ureditvi, ki naj se bi po drugem odstavku 33. člena ZZK-1A pričela uporabljati 1. maja 2009,³⁴ se bo lahko vknjižba oziroma predznamba skupne hipoteke pri glavni nepremičnini in zaznamba skupne hipoteke pri drugih nepremičninah, ki se obremenijo s skupno hipoteko, predlagala z enim samim predlogom (prvi odstavek 164. člena ZZK-1), in to pri kateremkoli zemljiškoknjižnem sodišču ali notarju (novi 144. člen ZZK-1). Če bo zemljiškoknjižni predlog vložen pri notarju, bo ta v skladu z novim 140.a členom ZZK-1 vložil predlog v elektronski obliki pri zemljiškoknjižnem sodišču, ki bo z istim sklepom odločilo o vknjižbi oziroma predznambi skupne hipoteke pri glavni nepremičnini in o zaznambi skupne hipoteke pri drugih nepremičninah. Tudi morebitni zemljiškoknjižni predlog, s katerim se zahteva vpis zaznambe že obstoječe skupne hipoteke pri novi nepremičnini (razširitev skupne hipoteke), se bo lahko podal pri kateremkoli zemljiškoknjižnem sodišču ali notarju.

³² Glej obširneje o vpisu in izbrisu skupne hipoteke Tratnik/Vrenčur, strani 238-244.

³³ Ur. l. RS 45/2008. Glej več o tem Tratnik, strani 6-9.

³⁴ Pričakovati je, da bo ta rok za vsaj eno leto podaljšan.

Predlog za izbris skupne hipoteke pri vseh, s skupno hipoteko obremenjenih nepremičninah, samo pri glavni nepremičnini ali pri eni ali več drugih nepremičninah, se bo ravno tako lahko podal pri kateremkoli zemljiškoknjžnem sodišču ali notarju. Če bo zemljiškoknjžno sodišče dovolilo izbris skupne hipoteke pri vseh nepremičninah, bo hkrati odločilo o izbrisu skupne hipoteke pri glavni nepremičnini in o izbrisu vseh zaznamb skupne hipoteke pri drugih nepremičninah (spremenjeni 173. člen ZZK-1). Če bo zemljiškoknjžno sodišče dovolilo izbris skupne hipoteke samo pri glavni nepremičnini, bo na podlagi tega sklepa po uradni dolžnosti odločilo o pogojih za vknjižbo oziroma predznambo skupne hipoteke pri novi glavni nepremičnini in hkrati odločilo o izbrisu do tedaj obstoječe zaznambe skupne hipoteke pri novi glavni nepremičnini (spremenjeni 171. člen ZZK-1).

4 Zaključek

Fiksna hipoteka je idealna oblika hipotekarnega zavarovanja v primeru, ko gre za enkratno kreditno razmerje, na primer financiranje nakupa stanovanjske nepremičnine. Z vidika hipotekarnega upnika je pomembna (nesporna) neposredna izvršljivost. Poglavitna prednost maksimalne hipoteke je v tem, da omogoča zavarovanje cele vrste terjatev med istim dolžnikom in upnikom ob enkratni ustanovitvi hipoteke, kar močno znižuje transakcijske stroške. Za zastavitelja je pomembno tudi dejstvo, da njegovo hipotekarno jamstvo ne more biti višje znaša maksimalni znesek. Z vidika hipotekarnega upnika pa je pomembno, da so vse zavarovane terjatve zavarovane v vrstnem redu (prvotne) ustanovitve hipoteke. Maksimalna je tako najbolj primerna za pravna razmerja med gospodarskimi subjekti, kjer obstaja potreba po več kreditih v daljšem časovnem razmerju. Praktično uporabnost maksimalne hipoteke nekoliko utesnjujejo pravila glede prenosa zavarovanih terjatev in glede neposredne izvršljivosti, vendar pa je tu še veliko prostora za nadaljnji razvoj te problematike, tudi ob upoštevanju primerjalnopravnih rešitev. Tako si *de lege ferenda* lahko predstavljam ureditev, po kateri bi bila pri maksimalni hipoteki na podlagi dogovora med upnikom in dolžnikom ali vsaj dolžnikove privolitve, možna delna ali popolna konverzija maksimalne hipoteke v fiksno. Konverzija bi zlasti omogočila prehod hipoteke na novega upnika v primeru cesije posamezne zavarovane terjatve. Če bi cedent odstopil terjatev, ki bi bila manjša od maksimalnega zneska, bi cesionar dobil fiksno hipoteko, ki bi ustrezala višini odstopljene terjatve. Ta bi se vpisala v vrstnem redu maksimalne hipoteke. Cedentu pa bi ostala maksimalna hipoteka za razliko do maksimalnega zneska. Prenesena terjatev bi se namreč morala upoštevati pri maksimalnem znesku cedentove hipoteke, ker bi se sicer zaradi cesije povečala obremenitev nepremičnine, kar pa ne bi bilo dopustno. Po prenehanju (zlasti poplačilu) fiksne hipoteke, pa bi maksimalna hipoteka zopet »zaživela«

v polnem znesku. Če bi bila odstopljena terjatev enaka maksimalnemu znesku, pa bi maksimalna hipoteka v rokah cedenta »mirovala«, dokler odstopljena terjatev ne bi bila vsaj delno poplačana.³⁵

Skupna hipoteka zlasti pride v poštev takrat, ko pri dolžniku obstaja potreba po znesku kredita, ki presega vrednost posamezne nepremičnine. Z vidika hipotekarnega upnika pa je zlasti pomembna v primeru portfeljskega hipotekarnega financiranja, ko se vpisi glede cele vrste nepremičnin opravljajo na podlagi enega samega zemljiškoknjižnega predloga. Novela ZZK-1A je glede skupne hipoteke prinesla vrsto poenostavitev ki bodo skrajšale postopke odločanja v vseh primerih, ko bodo s skupno hipoteko obremenjene nepremičnine ležale na območjih različnih zemljiškoknjižnih sodišč.

Literatura

1. F. BAUR/R. STÜRNER, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1999.
2. A. BERDEN/M. TRATNIK/R. VRENČUR/V. RIJAVEC/T. FRANTAR/T. KERESTES/M. JUHART, Novo stvarno pravo, Codex iuris, Maribor 2002.
3. E. FEIL, Österreichisches Hypothekrecht, Linde Verlag, Wien 1999.
4. T. JOSIPOVIČ v O. Stöcker (Red.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Bd. I, Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2006.
5. M. JUHART/A. BERDEN/T. KERESTES/V. RIJAVEC/M. TRATNIK/A. VLAHEK/R. VRENČUR, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004.
6. R. KUNDI, Zession hypothekarisch gesicherten Forderungen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003.
7. V. RIJAVEC, Civilno izvršilno pravo, GV Založba, Ljubljana 2003.
8. N. SADJADI v O. Stöcker (Red.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Bd. I, Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2006.
9. G. SCHLEIFFER v O. Stöcker (Red.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Bd. I, Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2006.
10. M. TRATNIK, Spet spremembe nepremičninske zakonodaje, Pravna praksa 14/2008, strani 6–9.
11. M. TRATNIK/R. VRENČUR, Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi, Inštitut za nepremičninsko pravo, Maribor 2008.

³⁵ Podobno kot če ne bi bilo cesije in bi zavarovana terjatev ali vsota zavarovanih terjatev v rokah hipotekarnega upnika dosegla maksimalni znesek.

Hipoteka in neposredna izvršljivost

dr. Miha Juhart¹

1. Uvod

Stvarnopravni zakonik (SPZ) je bolj ali manj združil različne pojavne oblike zastavne pravice v enotno ureditev in posebej so ostale urejene le še nekatere oblike, kjer se za določen predmet vodi poseben register, kar zahteva enoten, pravilom registra prilagojen režim (plovila, nematerializirani vrednostni papirji). Pri pravnoposlovnih oblikah zastavne pravice na nepremičninah (hipoteke) je zadržal ureditev, kot je veljala pred njegovo uveljavitvijo, in je glede na značilnosti pravnega posla uredil hipoteko, ki temelji na navadni pisni pogodbi (navadna hipoteka), in hipoteko, ki je ustanovljena na temelju notarskega zapisa (notarska hipoteka).

25

Z vidika stvarnega prava gre v obeh primerih za enako stvarno pravico. Hipotekarni upnik ne glede na naslov pridobi prednostno poplačilno pravico, katere vrstni red se določa glede na čas njenega nastanka.² Zato ima v konkurenci več hipotek prednost tista, ki je prva vpisana v zemljiško knjigo ne glede na to, iz kakšnega pravnega temelja je nastala. Zato je treba iskati razliko med navadno in notarsko hipoteko zunaj same vsebine zastavne pravice, vendar še zmeraj v elementih, ki so z njo bistveno povezani. Že na prvi pogled se nam razlika med njima pokaže v postopku uveljavljanje zastavne pravice, saj je treba pri navadni hipoteki najprej s hipotekarno tožbo ugotoviti obstoj zavarovane terjatve in uresničitev poplačila sledi na podlagi pravnomočnega naslova. Pri

¹ Profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Keresteš v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, stran 638.

notarski hipoteki pa je notarski zapis že sam po sebi izvršljiv naslov in omogoča neposredno uresničitev poplačilne pravice.

V nadaljevanju nas bo predvsem zanimala možnost prehajanja različnih vrst navadne hipoteke v notarsko. Pri tem ne smemo spregledati, da sta v osnovi obe hipoteki pravnoposlovni, saj temeljita na volji lastnika, da svojo nepremičnino obremeni s pravico v korist tretjega (hipotekarnega upnika). Zato nastanek hipoteke v obeh primerih smiselno odgovarja pravnoposlovnemu prenosu lastninske pravice in zahteva zavezovalni pravni posel, razpolagalno sposobnost, razpolagalni pravni posel in vpis v zemljiško knjigo.³

2. Vsebina notarske hipoteke

SPZ v poglavju o hipoteki ne ureja samo stvanopravnih vprašanj, ampak določa tudi nekatera pravila, ki se nanašajo na zavezovalni pravni posel kot pravni posel obligacijskega prava. Ob tem lahko ponovimo, da gre za inominatni pravni posel, ki bi ga lahko imenovali zastavna pogodba in ki se redko sklepa kot samostojen pravni posel.⁴ Hipoteka je akcesorno povezana z zavarovano terjatvijo, zato je najpogosteje zastavna pogodba tudi zlita v enoten pravni akt skupaj s poslom, iz katerega izvira zavarovana terjatev.

Vsebino notarskega zapisa, ki je podlaga za nastanek notarske hipoteke, določa 142. člen SPZ. Prvi odstavek navedene določbe pravi, da je pravni posel o ustanovitvi hipoteke lahko sklenjen v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, v katerem zastavitelj soglaša, da se terjatev zavaruje z vknjižbo hipoteke na zastaviteljevi nepremičnini in da se po zapadlosti terjatve opravi poplačilo terjatve iz kupnine, dosežene s prodajo in izpraznitev ter izročitev nepremičnine v enem mesecu po prodaji. Te določbe ni mogoče razlagati izolirano, ampak jo moramo razumeti v povezavi z drugimi pravili, ki urejajo neposredno izvršljivost notarskega zapisa, in pravili, ki urejajo način poplačila iz hipoteke (153. člen SPZ). Notarski zapis mora zadovoljiti, kar nekaj funkcij in sicer: (1.) zagotoviti pogoje neposredne izvršljivosti zavarovane terjatve; (2.) vsebovati mora izjavo iz prvega odstavka 142. člena SPZ; (3.) vsebovati mora vse elemente zemljiškoknjžnega dovolila, kot je določena za navadno hipoteko v tretjem odstavku 141. člena SPZ.

³ Glej podrobneje Tratnik v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 429.

⁴ Glej podrobneje Tratnik v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 430.

Prva zahteva se vsebinsko nanaša na pravni posel, iz katerega izvira zavarovana terjatev. Oblika notarskega zapisa nikakor ni pogoj za veljavnost takšnega pravnega posla, razen če to ni določeno s posebnim predpisom.⁵ Za vzpostavitev neposredne izvršljivosti zavarovane terjatve je treba upoštevati splošno pravilo iz 4. člena Zakona o notariatu. Zastavni dolžnik se mora strinjati z možnostjo neposredne izvršbe za ustanovitev zastavne pravice in za izterjavo zavarovane terjatve, ko bo ta zapadla. Če ni posebej dogovorjeno, ima notarski zapis le učinek izvršljivosti ne pa pravnomočnosti, kar pomeni, da je ta posebna lastnost omejena le na nepremičnino, na katero se nanaša hipoteka. Izvršba je možna le na podlagi izvršilnega naslova, ki je primeren za izvršbo. To je izvršilni naslov, v katerem so navedeni upnik in dolžnik ter predmet, vrsta, obseg in čas izpolnitve obveznosti (1. odst. 21. člena ZIZ). Tudi neposredno izvršljiv notarski zapis mora vsebovati vse gornje podatke, da je primeren za izvršbo.⁶

Druga vsebinska zahteva notarskega zapisa je namenjena zagotavljanju varovalne funkcije. Prvi del določbe prvega odstavka 142. člena SPZ se vsebinsko pokriva z vsebino zemljiškoknjžnega dovolila. Gre za soglasje z ustanovitvijo hipoteke oziroma z njeno vknjižbo na zastaviteljevi nepremičnini. Drugi del soglasja pa se nanaša na možnost uresnitve hipoteke in predvsem na obveznost izpraznitve in prepustitve nepremičnine v enem mesecu po prisilni prodaji.

Tretja zahteva izhaja iz splošnih pravil o pravnoposlovni pridobitvi stvarnih pravic. Notarski zapis formalno nadomešča zemljiškoknjžno dovolilo, seveda pa mora zajeti vse predpisane vsebine, določene za vpis hipoteke v zemljiško knjigo.⁷ Vpis hipoteke v zemljiško knjigo je zahtevnejša vrsta vpisa, saj mora zaradi načela akcesornosti zajeti tudi bistvene podatke o zavarovani terjatvi.

Posebnost notarske hipoteke pa je končno tudi način vpisa v zemljiško knjigo. Najprej se ob splošnemu vpisu hipoteke v zemljiško knjigo vpiše tudi zaznamba neposredne izvršljivosti. Pravna posledica zaznambe neposredne izvršljivosti je določena z drugim odstavkom 142. člena SPZ in pomeni, da učinkuje tudi proti vsakemu kasnejšemu pridobitelju lastninske pravice na zastavljeni nepremičnini. Novi pridobitelj lastninske pravice na nepremičnini mora sprejeti hipoteko takšno kot je in se podrediti neposredni izvršljivosti. Gre za specialno določbo, ki izključuje uporabo 24. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ), saj je treba upoštevati publicitetno funkcijo zemljiške knjige.⁸ Zaznamba neposredne izvršljivosti pomeni opozorilo, ki je pomembno v prometu z nepremičninami. Podrobneje vpis zaznambe neposredne izvršljivosti ureja 91. člen Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1). Podlaga za vpis zaznambe je notarski zapis o

⁵ Glej na primer 7. člen Zakona o potrošniških kreditih.

⁶ Rijavec, Notarske listine v izvršbi, Pravna praksa, 28/2001, stran 15 in naslednje.

⁷ Glej podrobneje Tratnik v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 433.

⁸ Keresteš v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, stran 640.

sklenitvi posla o ustanovitvi hipoteke, torej notarski zapis iz 142. člena SPZ. Tretji odstavek 142. člena SPZ pa nadalje določa, da mora predlog za vknjižbo hipoteke in zaznambo neposredne izvršljivosti vložiti notar. Teorija šteje, da gre za posebno obliko zakonskega pooblastila, ki ne nasprotuje vlogi notarja, ki se ne opredeljuje za eno od strank.⁹ Predvsem se velja vprašati, kakšen je namen te določbe in kako jo interpretirati v povezavi z 128. členom ZZK-1, ki določa upravičene predlagatelje za vložitev zemljiškoknjižnega predloga. Tega lahko vloži, kdor ima pravni interes, če zakon ne določa, da lahko posamezno vrsto vpisa predlaga samo določena oseba. Določba tretjega odstavka 142. člena SPZ sicer ne vsebuje besedne zveze »samo notar«, vendar tega ni mogoče razumeti drugače. Seveda pa je vprašanje, na kaj se ta ekskluzivna pristojnost nanaša.¹⁰ Vprašamo se lahko, ali je poleg navadne hipoteke in popolne notarske hipoteke na podlagi notarskega zapisa skupaj z zaznambo neposredne izvršljivosti mogoča še tretja oblika hipoteke, kjer se pravica vpiše le na podlagi notarskega zapisa. Splošno pravilo o vknjižbi pravic pravi, da se vknjižba lahko dovoli na podlagi listine, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo glede vknjižbe, ki se predlaga (druga točka prvega odstavka 40. člena SPZ). Zato bi le težko zavrnil predlog za vknjižbo hipoteke, ki bi temeljil na notarskem zapisu, ki bi vseboval popolno zemljiškoknjižno dovolilo z vsebino iz tretjega odstavka 141. člena SPZ, vendar v tem primeru ne more iti za popolno notarsko hipoteko. Takšnemu vpisu do popolne notarske hipoteke manjka zaznamba neposredne izvršljivosti, kar pomeni, da gre za šibkejšo obliko, ki nima učinka proti pravnemu nasledniku zastavitelja nepremičnine, ki je dovolil vknjižbo z neposredno izvršljivim notarskim zapisom. Po mojem mnenju zemljiškoknjižno sodišče ne sme zavrniti predloga za vpis hipoteke na podlagi notarskega zapisa, če predlog vloži oseba, ki ima pravni interes. Lahko pa zavrne predlog za vpis zaznambe neposredne izvršljivosti, ki ga ne predlaga notar, ki je notarski zapis sestavil. S tem pa notar potrjuje, da je bil notarski zapis sestavljen z vsemi elementi, ki jih zahteva zakon, upnik pa z njim pridobi učinek tudi proti pravnim naslednikom zastavitelja. Funkcija zemljiške knjige v zemljiškoknjižnem postopku je le vsebinska kontrola zemljiškoknjižnega dovolila, nikakor pa ne popolnosti notarskega zapisa z vidika neposredne izvršljivosti zavarovane terjatve in poučitve zastavitelja o njenih pravnih posledicah. To lahko potrdi le notar in to tako, da poleg vknjižbe hipoteke predlaga tudi vpis zaznambe neposredne izvršljivosti, kar dokazuje popolnost notarske hipoteke v vseh njenih elementih.

⁹ V. Rijavec, *Civilno izvršilno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2003, stran 243.

¹⁰ Glej tudi, Šlamberger, *Pooblastilo notarja po 142. členu SPZ*, *Pravna praksa* 35/2007, stran 15, ki tehtno razmišlja o položaju predlagatelja in pooblaščenca.

3. Razlike med navadno in notarsko hipoteko v načinu uresničitve

Kot bistveno prednost notarske hipoteke pred navadno literatura omenja način njenega uresničevanja.¹¹ Upnik mora pri navadni hipoteki poplačilo zahtevati najprej s hipotekarno tožbo, ki je izraz načela oficialnosti.¹² Zahtevek hipotekarne tožbe mora biti oblikovan tako, da s pravnomočnostjo odločbe pridobi upnik izvršljiv naslov, s katerim lahko zahteva poplačilo s prodajo zastavljene nepremičnine. V slovenski literaturi in praksi je nekaj časa prevladovalo stališče, da je najprimernejše, če upnik zahteva, da naj sodišče naloži tožencu plačilo terjatve in podredno, da se dovoli izvršba iz zastavljene nepremičnine.¹³ Novejša sodna praksa je zavzela stališče, da naj se zahtevek glasi, da je toženec dolžan priznati, da je tožnik upravičen zahtevati poplačilo svoje terjatve iz zastavljene nepremičnine in dopustiti poplačilo z izvršbo na nepremičnino.¹⁴ Vendar ni mogoče zanikati tudi drugih možnosti, ki pridejo v poštev. Upnik bi lahko postavil samo dajatveni zahtevek na plačilo zavarovane terjatve, ki bi postal pravnomočen. Nobenega razloga ni videti, da v tem primeru niso izpolnjeni pogoji za uresničitev hipoteke. Glede zavarovane terjatve obstaja izvršljiv naslov in upniku pripada pravica zahtevati poplačilo iz hipoteke kot zavarovanja te terjatve. Seveda pa mora upnik v tem primeru v predlogu za izvršbo izkazati identiteto med terjatvijo, ki je zajeta s pravnomočno odločbo, in terjatvijo, ki je zavarovana s hipoteko. Kot izvršilni naslov za realizacijo hipoteke zoper osebo, ki je hkrati realni in osebni dolžnik bo zadoščala tudi vsaka dajatvena sodna odločba, ki bo dolžniku nalagala plačilo denarne terjatve.¹⁵ Vložitev hipotekarne tožbe se lahko zaznamuje v zemljiški knjigi. Gre za posebno oblike zaznambe spora, ki učinkuje tako, da odločba izdana po hipotekarni tožbi učinkuje tudi proti vsem pravnim naslednikom toženega lastnika nepremičnine. Tudi tu se pojavlja vprašanje odnosa s 24. členom ZIZ in v literaturi se zastopa stališče, da gre za specialno določbo, ki uporabo 24. člena ZIZ izključuje.¹⁶

Če pa je bila hipoteka ustanovljena na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa, potem ima hipotekarni upnik že izvršilni naslov in lahko vloži izvršilni predlog neposredno na sodišču. In to je tudi njena glavna prednost. Upniku notarske hipoteke ni treba najprej voditi včasih dolgotrajnega postopka za pridobitev izvršljivega naslova, v katerem lahko dolžnik uveljavlja vse ugovore, ki se tičejo obstoja zavarovane terjatve.

¹¹ Keresteš v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, stran 637; Tratnik v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 443.

¹² Keresteš v Tratnik et al., Stvarnopravna zavarovanja, IARS, Maribor 2001, stran 115.

¹³ Keresteš v Tratnik et al., Stvarnopravna zavarovanja, IARS, Maribor 2001, stran 116; Frantar, Stvarno pravo, GV, Ljubljana 1993, stran 286.

¹⁴ Glej, Tratnik v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 444.

¹⁵ Glej, Keresteš v Tratnik et al., Stvarnopravna zavarovanja, IARS, Maribor 2001, stran 116.

¹⁶ Keresteš v Tratnik et al., Stvarnopravna zavarovanja, IARS, Maribor 2001, stran 117.

Upnik lahko takoj po zapadlosti svoje terjatve začne s postopkom uresničitve svoje poplačilne pravice, v katerem dolžnik lahko uspešno ugovarja predvsem, da je bila obveznost že izpolnjena.

4. Prehajanje navadne hipoteke v notarsko hipoteko

Teorija nima nobenega pomisleka, da navadna hipoteka ne bi kasneje prešla v notarsko. Če je bila hipoteka ustanovljena po pravilih navadne hipoteke, lahko hipotekarni upnik in zastavitelj kasneje skleneta notarski zapis iz 142. člena SPZ, na podlagi katerega se v zemljiško knjigo zaznamuje neposredna izvršljivost že prej vpisane hipoteke.¹⁷ Kot smo ugotovili že na začetku, gre pri navadni in notarski hipoteki za isto pravico. Oblika hipoteke določa le način njene uresničitve. Zato prehod iz navadne v notarsko hipoteko nima vsebinskih posledic na samo pravic in tudi z vidika pravil o vrstnem redu ima sprememba povsem nevtralni učinek. Položaj upnikov s slabšim vrstnim redom se ne spremeni, zato jim tudi ni treba zagotavljati pravnega varstva. Oviro za takšno rešitev pa bi lahko našli v gramatikalni razlagi 91. člena ZZK-1, ki ureja pogoje za vpis zaznambe neposredne izvršljivosti v zemljiško knjigo. Prvi odstavek tega člena določa, da se neposredna izvršljivost notarskega zapisa zaznamuje na podlagi pravnega posla o ustanovitvi hipoteke, sklenjenega v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa. To besedilo bi morda lahko napeljevalo k razlagi, da zaznamba neposredna izvršljivosti ni dopustna, če je hipoteka ustanovljena na podlagi pravnega posla, notarski zapis pa je sklenjen kasneje. Kasnejša sklenitev notarskega zapisa res pomeni, da je bila hipoteka ustanovljena že prej na podlagi pravnega posla, vendar je namen prvega odstavka 91. člena ZZK-1 poudariti zvezo med hipoteko in neposredno izvršljivim notarskim zapisom. Zato je vseeno, kdaj ta zveza nastane. Ustanovitev hipoteke v smislu prvega odstavka 91. člena ZZK-1 ni mogoče razumeti v pomenu nastanka ampak v pomenu obstoja notarskega zapisa.

Kaj pa se zgodi, če upnik in dolžnik skleneta naknadno samo neposredno izvršljiv notarski zapis glede zavarovane terjatve po splošnih pravilih in pri tem ne upoštevata zahtev iz 142. člena SPZ, kar seveda pomeni, da tudi ne pride do zaznambe neposredne izvršljivosti. Na prvi pogled bi rekli, da takšna hipoteka ostane navadna hipoteka in da mora hipotekarni upnik zahtevati poplačilo s hipotekarno tožbo. Vendar ne pozabimo, da je hipotekarna tožba v delu, kjer se zahtevek nanaša na zavarovano terjatev, pa naj bo ta ugotovitveni ali dajatveni, usmerjena v pridobitev izvršljivega pravnega naslova, ki je

¹⁷ V. Rijavec, *Civilno izvršilno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2003, stran 244; Keresteš v *Tratnik et al.*, *Stvarnopravna zavarovanja*, IARS, Maribor 2001, stran 118.

pogoj za začetek postopka s prodajo nepremičnine. V našem primeru pa upnik takšen izvršljiv naslov že ima, zato je vprašanje, ali ima sploh še interes za vložitev hipotekarne tožbe. In če mu ga priznamo z argumentom, da je gleda na specialno ureditev hipoteke to pogoj, potem sledi vprašanje, ali je sodna odločba, ki potrjuje izvršljiv notarski zapis res potrebna in smiselna. Pa primerjajmo naš položaj s sestavnimi elementi notarskega zapisa, ki je podlaga notarski hipoteki. V obeh primerih je zavarovana terjatev zajeta z neposredno izvršljivim notarskim zapisom in tu ni vsebinske razlike. Prav tako je hipoteka v obeh primerih knjižena po istih pravilih in z isto vsebino. Razlika je torej v tem, da notarska hipoteka izrecno povezuje zavarovano terjatev in hipoteko ter v izrecnem soglasju zastavitelja, da se terjatev zavaruje z vknjižbo hipoteke na zastaviteljevi nepremičnini in da se po zapadlosti terjatve opravi poplačilo terjatve iz kupnine, dosežene s prodajo in izpraznitev ter izročitev nepremičnine v enem mesecu po prodaji. Prva razlika pravzaprav ni razlika, saj sta zaradi načela akcesornosti zavarovana terjatev in hipoteka povezani. Soglasje iz 142. člena SPZ pa je pravzaprav soglasje z vsebino hipoteke kot stvarne pravice, kjer zastavitelj pristaja na poplačilno pravico. Ob tem ne gre spregledati tudi razvoja notarske hipoteke, ki izhaja iz sporazuma strank, ki se je naslanjal na pravila o zavarovanju. SPZ je ta pravila prenesel iz sfere izvršilnega prava v sfero materialnega prava, kamor tudi sodijo. Vprašanje pa je, če je poučitev iz 142. člena SPZ res potrebna in pravnosistemskih razlogov. Vsaj po mojem mnenju gre bolj kot ne za ostanek starega. Zato ne vidim razloga, da bi moral upnik, ki ima neposredno izvršljivost zavarovane terjatve izkazano z notarskim zapisom, ki ni zapis iz 142. člena SPZ, vlagati hipotekarno tožbo. Ker ima izvršljiv naslov, lahko enako kot upnik pri notarski hipoteki predlaga prodajo zastavljene nepremičnine. Seveda pa je položaj našega upnika šibkejši v razmerju do tretjih oseb. Ker njegova hipoteka ni zaznamovana, neposredne izvršljivosti ne zajame publicitetni učinek in spoštovati je treba prepričanje pravnega naslednika zastavitelja, da hipoteka ni bila sklenjena v zavarovanje neposredno izvršljive zavarovane terjatve. Čeprav je malo verjetno, da bo prišlo v praksi do podobnega položaja, ker si bo hipotekarni upnik ob naknadni pridobitvi notarskega zapisa prizadeval doseči tudi publiciteto neposredne izvršljivosti, je razprava o tem pomembna za odgovor na vprašanje, kako je z neposredno izvršljivostjo maksimalne hipoteke.

5. Neposredna izvršljivost maksimalne hipoteke

Maksimalna hipoteka je posebna oblika hipoteke, pri kateri je nekoliko omajano načelo specialnosti in akcesornosti med zavarovano terjatvijo in hipoteko.¹⁸ Značilnost maksimalne hipoteke je, da je pri njej določen maksimalni znesek, ki zajema stroške,

¹⁸ Tratnik v Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 452.

obresti in glavnico. Zato pa maksimalna hipoteka omogoča tudi zavarovanje bodočih in pogojnih terjatev, kar sicer ne bi bilo mogoče.

Potrebe pravnega prometa in predvsem bank, ki pri svojem poslovanju bolj cenijo notarsko hipoteko, odpirajo vprašanje, ali je mogoče maksimalno hipoteko skleniti v obliki notarskega zapisa in doseči prednost hitrejšje prodaje nepremičnine.¹⁹ Maksimalna hipoteka se lahko ustanovi tudi za zavarovanje že nastale terjatve, ki izpolnjuje vse pogoje za sklenitev neposredno izvršljivega notarskega zapisa, vendar je v teh primerih maksimalni znesek omejitvev, ki ni v interesu upnika, saj tvega, da bo del njegove terjatve ostal nezavarovan. Zato pa je toliko bolj zanimivo vprašanje, ali je mogoča sklenitev maksimalne hipoteke v obliki notarskega zapisa za bodoče in pogojne terjatve. Predvsem lahko ugotovimo, da so glavna ovira za izpolnitev pogojev neposredne izvršljivosti lastnosti zavarovane terjatve, saj ob ustanovitvi maksimalne hipoteke ni točno določen znesek obveznosti, ki naj se izpolni. Zgornji znesek maksimalne hipoteke, kot izhaja iz zemljiške knjige, pa ne omogoča sklepa, da se lahko do te višine terjatev tudi izterja, če ob sestavi zapisa ne vemo, kakšna terjatev bo sploh nastala in zavezančevu izrecno soglasje z obveznostjo zato ni možno.²⁰ Z navedenim se lahko v celoti strinjamo in notarska maksimalna hipoteka enostavno ni mogoča, dokler je namenjena zavarovanju bodoče oziroma pogojne terjatve. Seveda pa se lahko takšna terjatev kasneje spremeni v obstoječo, kar seveda bistveno spremeni pogoje.

Tako kot je mogoče pri navadni hipoteki priznati možnost, da se kasneje spremeni v notarsko hipoteko, je treba enako možnost upoštevati tudi pri maksimalni hipoteki. Če je terjatev, ki sodi v okvir zavarovanih terjatev, določena v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, so s tem izpolnjeni pogoji izvršljivosti zavarovane terjatve. Seveda pa je to po pravilih, ki določajo pogoje neposredne izvršljivosti, mogoče šele po nastanku terjatve. Strinjati se je s stališčem, da se lahko v okvir maksimalne hipoteke vključujejo posamezne obveznosti, ki so sklenjene v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa.²¹ Glede na naše prej zapisano mnenje takšen neposredno izvršljiv notarski zapis zadošča, da upnik lahko takoj predlaga prodajo nepremičnine in mu ni treba voditi postopka s hipotekarno tožbo, v katerem pride neposredno (ugotovitvena tožba) ali posredno (dajatvena tožba) do ugotovitve obstoja terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko. Seveda pa mora zapis neposredne izvršljivosti zajemati tudi soglasje dolžnika, da terjatev sodi v okvir, zavarovan z maksimalno hipoteko.

¹⁹ Glej, Šlamberger, Notarska maksimalna hipoteka, Pravna praksa 23/2006, stran 12.

²⁰ V. Rijavec, Civilno izvršilno pravo, GV Založba, Ljubljana 2003, stran 242.

²¹ Šlamberger, Notarska maksimalna hipoteka, Pravna praksa 23/2006, stran 12.

Hipoteka na nepremičnini, pridobljena v izvršilnem postopku

dr. Aleš Galič¹

1. Uvod

Na podlagi popolnega in pravnega predloga za izvršbo na nepremičnino izda sodišče sklep o izvršbi. Ta sklep se nato zaznamuje in z zaznambo, kot določa čl. 170 ZIZ², upnik pridobi zastavno pravico na nepremičnini (tj. hipoteko; čl. 138 SPZ; izraz hipoteka pri pridobitvi z zaznambo izvršbe uporablja tudi čl. 87/2 ZZK-1³). ZZK-1 dopolnjuje ZIZ v tem, da ne govori le o zaznambi sklepa o izvršbi (Čl. 170 ZIZ in čl. 86 ter 87 ZZK-1), pač pa v čl. 88 določa še, da zemljiškooknjižno sodišče obenem z zaznambo izvršbe po uradni dolžnosti dovoli še vknjižbo hipoteke. Kakšnega praktičnega časovnega vidika glede trenutka pridobitve hipoteke pa glede te dvojnosti vpisov (zaznamba izvršbe in vknjižba hipoteke, pridobljene z zaznambo izvršbe) ni: hipoteka učinkuje od trenutka, od katerega učinkuje zaznamba izvršbe (če hipoteka ni bila pridobljena ali predznamenovana že prej); čl. 87/2 ZZK-1. Čl. 170/2 ZIZ še določa, da z zaznambo sklepa o izvršbi pridobljena zastavna pravica ta učinkuje tudi proti tistemu, ki pozneje pridobi lastninsko pravico na tej nepremičnini. Drugi učinek je v tem, da zastavnemu upniku zagotavlja prednost pred vsemi drugimi upniki zastavitelja (čl. 128 SPZ⁴), vključno z zastavnimi upniki, ki so zastavno pravico pridobili kasneje (čl. 170/3 ZIZ).

¹ Profesor na Pravni fakulteti v Ljubljani.

² Zakon o izvršbi in zavarovanju. Uradni list RS, št. 51/98 in nasl.

³ Zakon o zemljiški knjigi, Uradni list RS, št. 58/03 in nasl.

⁴ Stvarnopravni zakonik, Uradni list RS, št. 87/02.

Pridobitev hipoteke v izvršbi spada med pridobitve stvarne pravice z odločbo državnega organa. Vendar pa drugače kot pri drugih pridobitvah stvarne pravice z odločbo državnega organa (npr. ustanovitev nujne poti ali pridobitev lastninske pravice kupca nepremičnine v izvršbi) vpis pravice v zemljiško knjigo tu ni le deklaratorne narave. Hipoteka na podlagi sodne odločbe namreč nastane z vpisom v zemljiško knjigo (čl. 143 SPZ). Ta vpis je torej, tako kot je pri pridobitvah na podlagi pravnega posla, konstitutivne narave.⁵

V izvršbi pridobljena hipoteka ter hipoteka, pridobljena v postopku zavarovanja (pri obojem gre za prisilno hipoteko) ima isto vsebino kot hipoteka, pridobljena na podlagi pravnega posla. Tudi zanjo zato veljajo ista pravila kot za prostovoljno hipoteko.⁶ Npr. pravilo glede akcesornosti hipoteke in glede njenega prenašanja (čl. 148 SPZ) prav tako pravilo, da se hipoteka razširja na pritikline in sestavine nepremičnine (čl. 140 SPZ). Iz slednjega tako npr. sledi, da ima upnik, ki je predlagal izvršbo na nepremičnino in pridobil hipoteko v izvršbi ugovor tretjega v izvršbi, če nek drug upnik predlaga izvršbo na premično stvar, ki je pritiklina nepremičnine.⁷ Nima pa upnik, ki je predlagal izvršbo na nepremičnino in pridobil hipoteko v izvršbi, ugovora tretjega v primeru, da drug upnik v izvršbi kasneje poseže na isto nepremičnino. Dovolj je namreč varovan že s prednostjo vrstnega reda. Tudi za upnika, ki je hipoteko pridobil v izvršilnem postopku, pride v poštev možnost, da zahteva opustitev zmanjševanja vrednosti nepremičnine in teoretično tudi devastacijska tožba (čl. 151 SPZ), čeprav slednja glede na to, da izvršba že teče, praktičnega učinka itak nima. Prav tako tudi pri tej hipoteki velja pravilo o nedeljivosti (čl. 150 SPZ). Razlike med prisilno in pogodbeno hipoteko pa so v stečaju: prisilna hipoteka, pridobljena v zadnjih dveh mesecih pred začetkom prisilne poravnave ali stečaja, preneha (čl. 213 ZFPPIPP⁸, čl. 132 ZPPSL⁹).

⁵ Tratnik, str. 89.

⁶ Gl. npr. Keresteš v Juhart et al., str. 644.

⁷ Brox, Walker, str. 777.

⁸ Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju Uradni list RS, št. 126/07.

⁹ Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji, Uradni list RS, št. 67/93.

2. Čas pridobitve hipoteke v izvršbi

2.1 Ali se zaznamba v z.k. lahko opravi že na podlagi predloga za izvršbo (ki bi ga sodišču, ki vodi zemljiško knjigo, lahko poslal že sam upnik)?

Odgovor je nedvomno negativen. Niti v ZIZ, niti v ZZK-1 ni pravne podlage za to, da bi se lahko že neposredno na podlagi predloga za izvršbo pridobila zastavna pravica v izvršilnem postopku. Tako čl. 170 ZIZ kot tudi čl. 86 ZZK-1 jasno določata, da je podlaga za zaznambo v zemljiški knjigi sklep o izvršbi (ki mora biti priložen obvestilu izvršilnega sodišča, ki je podlaga za vpis). Praksa, ki se je včasih ponekod pojavljala, da se izvršba lahko zaznamuje že na podlagi predloga za izvršbo, je bila očitno napačna. Argument, da naj bi to bilo v korist učinkovitega varstva upnika, ni dovolj – vsaj ne ob tem, ko je zakonska ureditev očitno jasna.

2.2 Ali je na podlagi predloga za izvršbo mogoče doseči vsaj plombo v zemljiški knjigi?

Veljati mora isto kot zgoraj. Plombo namreč po čl. 135 ZZK-1 zemljiškoknjžno sodišče vpiše na podlagi zemljiškoknjžnega predloga oziroma *listine, na podlagi katere o vpisu odloča po uradni dolžnosti*. Podlaga za vpis plombe je torej lahko le takšna listina, ki bi lahko bila tudi podlaga za vpis. To pa je – kot je obrazloženo zgoraj – le sklep o izvršbi, ne pa predlog za izvršbo. Zakonska ureditev je tudi tu jasna.¹⁰ Praksa, ki je (nekoč) dopuščala plombe že na podlagi začetka izvršilnega postopka oz. postopka zavarovanja (predlog za izvršbo oz. predlog za izdajo začasne odredbe) je bila očitno napačna. Takšne plombe so pomotne, upnikovega vrstnega reda pa gotovo ne varujejo.¹¹ Tudi če je do takšne plombe kje prišlo, je ob odločanju o vrstnem redu upnikov lahko odločilen le trenutek resničnega začetka zemljiškoknjžnega postopka: to pa je trenutek, ko zemljiškoknjžno sodišče prejme obvestilo izvršilnega sodišča o sklepu o izvršbi (ki mu je ta sklep tudi priložen; čl. 133 ZZK-1).¹² Res pa je, da je napaka zemljiškoknjžnega sodišča (ki je plombo vpisalo že na podlagi predloga za izvršbo) v tem primeru lahko povzročila negativne posledice za upnika. Predvidevati je namreč mogoče, da zaradi omenjene (pomotne) plombe zemljiškoknjžno sodišče ne bo vpisalo še plombe ob prejemu obvestila izvršilnega sodišča. To pomeni, da si upnik ne bo zagotovil učinka

¹⁰ Tako tudi Plavšak, str. 79.

¹¹ Tako tudi Ibid, str. 81.

¹² Izbris pomotne plombe (plombe, za katere vpis niso bili izpolnjeni zakonski pogoji) se lahko doseže po čl. 137/4 ZZK-1.

plombe, saj ustrezne plombe za začetek zemljiškoknjžnega postopka v tem primeru v z.k. sploh ni. To je seveda narobe; vendar do tega lahko pride. Je pa za nastali položaj kriv tudi upnik sam. Če sam ne bi zemljiškoknjžnemu sodišču pošiljal predloga za izvršbo, tudi zemljiškoknjžno sodišče ne bi moglo storiti napake, da bi vpisalo plombo na podlagi te vloge.

2.3 Ali je na podlagi predloga za izvršbo na nepremičnino mogoče zahtevati zaznambo spora?

Izvršba na nepremičnino ni postopek, glede katerega bi lahko prišel v poštev institut zaznambe spora po čl. 79 ZZK-1. Ne gre za spor in še toliko manj gre za odločanje o stvarni pravici. Razmišljanje, da bi lahko šlo za spor, ki privede do »pridobitve stvarne pravice« (kakršno je bilo besedilo v čl. 44 ZZK-1995), je bilo zgrešeno že v času veljavnosti tedanjega zakona.¹³ Jasno je, da se zaznamba spora ne more nanašati na postopke o pravicah, ki šele pripeljejo do pridobitve stvarne pravice, pač pa za postopke, ki naj že pridobljeno stvarno pravico (predvsem na originaren način), ki pa v zemljiški knjigi še ni vknjižena, uskladijo z zemljiškoknjžnim stanjem. Prav tako predloga za zaznambo spora pri izvršbi ni mogoče utemeljiti po drugi alineji prve točke prvega odstavka 79. člena ZZK-1. Po tej določbi je namreč mogoče zaznamovati spor, s katerim predlagatelj od sodišča zahteva, da *ugotovi obstoj njegove druge stvarne pravice na nepremičnini, ki jo je pridobil na izviren način*. Druga stvarna pravica je seveda lahko tudi hipoteka. Vendar pri pridobitvi hipoteke v postopku izvršbe na nepremičnine ne gre za originaren način pridobitve pravice, pač pa za način pridobitve pravice z odločbo državnega organa (čl. 143 SPZ).¹⁴ Prav tako pa tudi ne gre za »ugotovitev obstoja pravice«, pač pa za postopek, ki bo šele pripeljal do ustanovitve te pravice s konstitutivnim vpisom v zemljiško knjigo.

2.4 Če je podlaga za zaznambo v z.k. lahko le sklep o izvršbi, ali mora biti ta pravnomočen (vsaj pri izvršbi na podlagi verodostojne listine)?

Ali je izvršbo mogoče v zemljiški knjigi zaznamovati (in s tem pridobiti hipoteko) na podlagi sklepa o izvršbi še pred njegovo pravnomočnostjo, je vprašanje, na katerega je odgovor mogoče najti le v pravilih izvršilnega prava. Niti SPZ niti ZZK-1 namreč o tem ne določata ničesar; ZZK-1 v čl. 86 določa le, da zemljiškoknjžno sodišče zaznambo opravi po prejemu obvestila izvršilnega sodišča. Pravilom izvršilnega prava

¹³ Tako Jenull v Galič, Jan, Jenull, str. 356.

¹⁴ O tem gl. Keresteš v Juhart et al, str. 643.

pa je prepuščeno, kdaj naj izvršilno sodišče to obvestilo pošlje. ZIZ je glede tega nedvoumen. Če gre za izvršbo na podlagi **izvršilnega naslova**, se izvršba lahko začne opravljati še pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi (čl. 46 ZIZ). Sklep o izvršbi se med drugim pošlje tudi »sodišču, ki mora opraviti zaznambo sklepa v javni knjigi« (čl. 45/2 ZIZ). To sodišče lahko stori še pred pravnomočnostjo. Pač pa se v primeru **izvršbe na podlagi verodostojne listine**, sklep o izvršbi osebam in organom iz drugega odstavka čl. 45 ZIZ vroči šele po pravnomočnosti (čl. 45/3 ZIZ). Zakon je torej jasen.

2.5 Od katerega trenutka učinkuje zaznamba izvršbe?

Zaznamba izvršbe, tako kot drugi z.k. vpisi učinkujejo od trenutka, ko je zemljiško-knjžno sodišče prejelo listino, ki je podlaga za vpis (čl. 5 ZZK-1).¹⁵

2.6 Kako je v primeru, ko je v korist upnika, ki zahteva izvršbo, že vknjižena (ali predznamenovana) hipoteka?

Čl. 170 ZIZ določa, da z zaznambo izvršbe v z.k. hipoteko pridobi upnik, ki je predlagal izvršbo, pa ni že prej pridobil zastavne pravice ali zemljiškega dolga. Ravnanje v primeru upnikov, v korist katerih je že vknjižena predhodno pridobljena hipoteka (bodisi pogodbeno, bodisi kot sredstvo zavarovanja po čl. 242 ZIZ) ali pa je hipoteka predznamenovana (predhodna odredba; čl. 260/1, tč. 6 ZIZ) pa določa čl. 87/3 ZZK-1. Zemljiškooknjžno sodišče tudi v tem primeru opravi zaznambo izvršbe, obenem pa odloči, da le ta učinkuje od trenutka, od katerega učinkuje predznanba oz. vknjižba navedene hipoteke.

2.7 Kako in kdaj zastavno pravico pridobijo upniki, ki se priključijo že začeti izvršbi na nepremičnino?

Po zaznambi sklepa o izvršbi sodišče ne more za poravnavo kakšne druge terjateve istega ali drugega upnika opraviti posebnega postopka izvršbe na isto nepremičnino. Pač pa lahko upnik, za čigar terjatev je sodišče pozneje izdalo sklep o izvršbi na isto nepremičnino,

¹⁵ Ne gre za učinkovanje od trenutka vpisa plombe (plombo je sodišče dolžno vpisati najkasneje do začetka uradnih ur naslednjega delovnega dne, čl. 135 ZZK-1). Vpis plombe ima učinek glede vprašanja posledic dobrovernosti (čl. 6/1 ZZK-1; če bi npr. zemljiškooknjžno sodišče 1.3. ob 10h prejelo obvestilo izvršilnega sodišča in sklep o izvršbi, plombo pa bi vpisalo isti dan ob 15h, bi kupec, ki bi zemljiškooknjžni predlog za vknjižbo lastninske pravice podal 1.3. ob 13h bil varovan). Tako glede ažurnosti vpisovanja plomb kot tudi glede natančnosti zabeležbe trenutka prejema obvestila izvršilnega sodišča (in upoštevanja vrstnega reda obdelave zadev) mora veljati isto, kot velja za vpise na podlagi predlogov strank.

pristopi k že začeti izvršbi (čl. 171 ZIZ). ZIZ pri tem določa izrecno le, da se o pristopu k izvršbi obvesti upnika, v čigar korist je bila prej vpisana zaznamba (čl. 171/4 ZIZ), nič pa ne govori o tem, da se kaj posebej pošlje zemljiškoknjžnemu sodišču in da se v zemljiški knjigi zaznamuje izvršba v korist upnika, ki je naknadno pristopil. Tudi ZZK-1 o tem položaju izrecno ne govori. Kljub temu tako gramatikalna razlaga kot tudi močni vsebinski razlogi govorijo v prid stališču, da je tudi pri pristopu k izvršbi treba posebej in ločeno zaznamovati sklep o izvršbi v z.k.¹⁶ Že iz samega čl. 171 ZIZ namreč izhaja, da do pristopa k izvršbi pride šele po tem, ko sodišče v korist drugega upnika že izda sklep o izvršbi. Do ločenega sklepa o izvršbi torej pride. Člen 170 ZIZ pa določa, da se sklep o izvršbi zaznamuje v z.k. Pristop k izvršbi torej učinkuje v fazi oprave izvršbe (ena cenitev, ena prodaja...), ne pa v fazi izdaje sklepa o izvršbi in pridobitve zastavne pravice. Nenazadnje to izhaja tudi iz čl. 89 ZZK-1, ki določa, da se po uspešni prodaji izbrišejo vse zaznambe izvršbe na nepremičnini. Očitno jih je torej lahko več. Tako je tudi prav. S tem se namreč omogoči, da je lahko razviden vrstni red med samimi zahtevajočimi upniki (čl. 198/2 ZIZ), pa tudi vrstni red glede upnikov, ki bodo morda še v času izvršilnega postopka pridobili pogodbeno pravico, prav tako pa vprašanje nadaljnjega obstoja v izvršbi pridobljenih hipotek, če pride do stečaja dolžnika. Prav tako pa je treba upoštevati možnost, da prvozahtevajoči upnik predlog za izvršbo umakne. Izvršbo je v tem primeru treba voditi naprej na podlagi sklepa o izvršbi drugozahtevajočega upnika.

3. Ali pri hipoteki, pridobljeni v izvršbi, učinkuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo

3.1 Ugovor tretjega in originaren način pridobitve lastninske pravice

Z vknjižbo se lastninska pravica na nepremičnini pridobi na podlagi pravnega posla. Če pa gre za pridobitev lastninske pravice na originaren način (npr. priposestvovanje ali z nastankom skupnega premoženja zakoncev), se lastninska pravica pridobi, ko nastopijo dejstva, ki utemeljujejo nastanek lastninske pravice, vknjižba v z.k. pa je nato le deklaratorne narave. Zato je možno, da oseba, ki je v z.k. vknjižena kot lastnik, ni pravi lastnik nepremičnine. S tem v zvezi pa je pomembno načelo zaupanja v zemljiško knjigo. To načelo namreč pomeni, da škodljivih posledic ne sme trpeti tisti, ki se v pravnem prometu zanese na podatke v zemljiški knjigi (čl. 8/1 ZZK-1).¹⁷ Ni sporno, da to načelo

¹⁶ Drugačna je rešitev v Nemčiji (kjer pa upnik pri izvršbi na nepremičnino itak ne dobi zastavne pravice z absolutnim učinkom); pristopa k izvršbi se v z.k. ne zaznamuje, prednostna poplačilna pravica se pridobi s trenutkom vročitve sklepa dolžniku. Gl. Brox, Walker, str. 432.

¹⁷ Splošno o načelu zaupanja v zemljiško knjigo npr. Tratnik, str. 58 in nasl.

učinkuje pri pravnoposlovnih obremenitvah. Če tisti, ki je v zemljiški knjigi vknjižen kot lastnik, ustanovi hipoteko, bo dobroverni hipotekarni upnik varovan. Vknjižena hipoteka bo učinkovala tudi zoper pravega lastnika, ki je lastninsko pravico pridobil na originaren način, vendar pa ni pravočasno poskrbel za vknjižbo svoje lastninske pravice.¹⁸ Sporno pa je, ali na ta način načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje tudi v izvršilnem postopku – v dobro upnika, ki zahteva izvršbo na nepremičnino. Ali torej tudi v tem primeru velja, da pridobljena hipoteka v korist dobrovernega upnika učinkuje tudi zoper osebo, ki je pravi lastnik (ali skupni lastnik) nepremičnine, vendar ni poskrbel za vknjižbo svoje lastninske pravice? Sodna praksa »rednih« sodišč je v novejšem času dala prednost upniku in sicer z argumentom, da bi si originarni lastnik svoj položaj lahko zavaroval tako, da bi pravočasno poskrbel za uskladitev zemljiškoknjiznega stanja s pravim pravnim stanjem in naj zato nosi negativne posledice lastnega neskrbnega ravnanja.¹⁹ Vendar pa je Ustavno sodišče nato sprejelo nasprotno rešitev in v konfliktu pravic dalo prednost originarni pridobitvi lastninske pravice.²⁰ Ustavno sodišče je zavzelo stališče, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje le pri pravnoposlovnih prenosih (torej pri pogodbeno ustanovljeni hipoteki), ne pa v izvršilnem postopku. Praktično je to pomembno predvsem glede položaja zakonca, ki utemeljuje, da spada nepremičnina, ki je predmet izvršbe, v skupno premoženje zakoncev, čeprav je v zemljiški knjigi kot lastnik vknjižen le en zakonec. Nastanek skupnega premoženja po režimu ZZZZDR²¹ je namreč originaren način pridobitve lastninske pravice. Glede na zgoraj povzeto stališče Ustavnega sodišča zakonec tak ugovor tretjega v izvršilnem postopku (oz. tožbo za nedopustnost izvršbe) lahko uspešno uveljavi. Poudariti je treba, da stališče Ustavnega sodišča ne posega v položaj hipotekarnega upnika pri hipoteki, ustanovljeni na podlagi pogodbe. Njega še vedno varuje načelo zaupanja v z.k. Ne varuje pa to načelo, skladno s povzetim stališčem Ustavnega sodišča, upnika, ki pridobi prisilno hipoteko v izvršbi. V tem pa je tudi daleč najbolj pomembna praktična razlika med pogodbeno in »prisilno« hipoteko.

Argumenti v prid stališča Ustavnega sodišča so naslednji:

- gramatikalna razlaga; po izrecni določbi čl. 8/1 ZZK-1 (isto pa določa tudi SPZ v čl. 10) se načelo zaupanja v zemljiško knjigo nanaša le na ravnanje v pravnem prometu (»Kdor v pravnem prometu pošteno ravna in se zanese...«). Zato je varovan npr. kupec ali tisti, v čigar korist se na podlagi pogodbe ustanavlja hipoteka. Ni pa varovan upnik v izvršbi, saj izvršba ni »pravni promet« (tj. pridobitev hipoteke v izvršbi ni pravnoposlovne narave, pač pa nastane z odločbo državnega organa);

¹⁸ Načelo zaupanja v z.k. se izraža tudi pri razpolaganju. Če tisti, ki je v z.k. vknjižen kot lastnik, čeprav je pravi lastnik tretja oseba, ki je lastninsko pravico pridobila na originaren način, lastninsko pravico prenese na kupca, bo dobroverni kupec z vknjižbo postal novi lastnik.

¹⁹ Npr. Sodba VS RS II Ips 82/01 z dne 14.6.2001 ter sodba II Ips 253/00 z dne 13.12.2000.

²⁰ Odločba US RS št. Up 128/03 z dne 27.1.2005.

²¹ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list RS, št. 69/04 – u.p.b.

- ne gre za to, da bi hipoteka, pridobljena pravnoposlovno, imela drugačno vsebino kot prisilna hipoteka. Splošno načelo stvarnega prava je, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam. Tisti, ki ni lastnik stvari, torej tudi hipoteke na stvari ne more ustanoviti. Korektiv tega pravila pa je načelo zaupanja v z.k. Z vidika temeljnih pravil stvarnega prava nobena hipoteka – tudi na podlagi pravnega posla – ne more veljavno nastati, če zastavitelj ni lastnik. Da je hipotekarni upnik v določenih primerih varovan, ni posledica pravil stvarnega ali izvršilnega, pač pa zemljiškoknjžnega prava (čl. 8/1 ZZK-1) oziroma načela zaupanja v z.k. – to načelo pa je namenjeno pravni varnosti v pravnem prometu – kar pa pridobitev hipoteke v izvršbi ni.
- Vsebinsko je smiselno, da se razlikuje med položajem upnika pri pravnoposlovnih pridobitvah in upnika v izvršbi. Za upnika pri pravnoposlovnih pridobitvah bi bila brez načela zaupanja v zemljiško knjigo pridobljena pravica lahko izgubljena. Upnik, ki v izvršbi uveljavlja neko denarno terjatev, pa bo pač lahko, če mu bo ugovor tretjega preprečil možnost poplačila iz nepremičnine, posegel na drugo premoženje dolžnika. Zato v konfliktu med varstvom lastninske pravice originarnega lastnika in varstvom dobre vere upnika ni takšnega pomena, da se zavaruje dobra vera upnika;
- Primerjalnopravni argument: stališče, da hipoteka (oz. prednostna poplačilna pravica), pridobljena prisilno v izvršbi, upnika ne varuje pred tem, da bo izvršbo z ugovorom tretjega uspešno preprečil tisti, ki je na originaren način pridobil lastninsko pravico na nepremičnini, čeprav ni poskrbel za njeno vknjižbo, je nesporno sprejeto tudi v najbolj sorodnih pravnih redih: avstrijskem²² in nemškem.²³ Učinek proti tretjemu v izvršbi ni varovan in sicer zato, ker pri prisilni hipoteki ne gre za pravnoposlovno pridobitev.²⁴
- Ustavnoopravni argument: varstvo položaja upnika in učinkovitosti sodnega varstva tu ne odtehta tako močnega posega v lastninsko pravico tretje osebe; učinkovita izvršba kot element učinkovitega sodnega varstva ne zahteva, da bi se upnik lahko poplačal tudi iz premoženja, ki v resnici ni premoženje dolžnika;

²² Angst et al, str. 234.

²³ Brox, Walker, str. 500. V Nemčiji sicer pri izvršbi na nepremičnino ne nastane prisilna hipoteka, pač pa takšna nastane kot samostojen ukrep zavarovanja (Par. 867 ZPO).

²⁴ Ibidem. Par. 892 nemškega BGB namreč (podobno kot čl. 8/1 ZZK-1) načelo zaupanja v zemljiško knjigo veže le na tistega, ki v dobri veri pridobi pravico v pravnem prometu (*»Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist«*).

Zoper te argumente pa je mogoče navesti tudi pomisleke:

- gramatikalno iz čl. 8/1 ZZK-I (in iz čl. 10 SPZ) res izhaja, da načelo zaupanja velja le glede *pravnoprometnih* pridobitev. Vendar pa morda ne bi smeli zanemariti še drugega odstavka 8. člena ZZK-I. Ta se glasi: »Kdor izpolni pogoje za vpis pravice oziroma pravnega dejstva v z.k. v svojo korist in tega vpisa ne predlaga, nosi vse škodljive posledice takšne opustitve.« Ta določba (ki je v času odločanja Ustavnega sodišča sicer še ni bilo) pa izpostavlja položaj oziroma vrednotenje ravnanja nevknjiženega lastnika. Njemu se nalaga obveznost skrbnosti in zato se mu lahko pripiše negativne posledice, če sam ne poskrbi za varstvo (tj. vknjižbo) svoje pravice in z vidika njegovega položaja ni prav nobene razlike, do kakšne vknjižbe lahko zaradi njegove opustitve pride. Kot pravi Vrhovno sodišče: »Pri tem ne gre »samo« za objektivni razlog, ker varnost pravnega prometa zahteva, da ne sme biti prizadet tisti, ki je ravnal v zaupanju v z.k. Gre tudi za subjektivni razlog, ki v obravnavani zadevi ni v prid tožnici. Ona je bila tista, ki ni ravnala pravilno in skrbno....«²⁵ Tu gre za vrednotenje ravnanj in položajev. Čl. 8/1 ZZK-I izhaja iz položaja osebe, ki se je zanesla na z.k., čl. 8/2 ZZK-I pa iz položaja osebe, ki je opustila predlog za vpis. Z vidika te osebe uveljavlja načelo, da mora trpeti posledice lastnih opustitev. Zgoraj predstavljeno stališče Ustavnega sodišča pa pomeni prav nasprotno: nevknjiženi lastnik, čeprav je sam brez upravičenega razloga opustil predlog za vknjižbo, ne bo trpel škodljivih posledic takšne opustitve. V izvršbi bo varovan in bo uspešno lahko uveljavil ugovor tretjega. To očitno ni v skladu z drugim odstavkom 8. člena ZZK-I.
- Pojma »pravni promet« SPZ ter ZZK-I ne definirata. Najbrž je sicer res, da prisilne pridobitve hipoteke ter prisilne prodaje nepremičnine zaradi poplačila upnika v izvršilnem postopku ni mogoče šteti za pravni promet. Vendar: če izvršba na nepremičnino ni (pravni) promet, čemu se potem od prodaje nepremičnine v izvršilnem postopku plača *davek na promet* (!) nepremičnin? Da se ta davek plača, pa določa sam ZIZ (čl. 197/1). Ni prav dosledno reči, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo v izvršilnem postopku na nepremičnino ne učinkuje, ker pri izvršbi ne gre za pravni promet, na eni strani, na drugi strani pa prav v tem istem izvršilnem postopku določiti, da se od prodaje nepremičnine v izvršbi plača davek na promet nepremičnin!
- Namen čl. 8/2 SPZ je med drugim v tem, da spodbuja vestno in skrbno ravnanje strank v stvarnopravnih razmerjih.²⁶ Koristno (tako v javnem interesu kot tudi za varnost pravnega prometa) je, da je zemljiška knjiga

²⁵ Sodba II Ips 253/00 z dne 13.12.2000.

²⁶ Gl. Tratnik, str. 59.

čimbolj dosledno izraža resnična stvarnopravna stanja nepremičnin. Zato je koristno, da se stranke vzpodbujajo k temu, da za ustreznost zemljiškoknjžnega stanja tudi poskrbijo. Najbolj učinkovito pa se jih k temu sili, če se zavedajo, da jih v nasprotnem primeru lahko doletijo negativne posledice. To je globlji smisel čl. 8/2 ZZK-1.

- Vprašanje je, kako gre priznanje ugovora tretjega originarnemu lastniku (ali osebi, ki trdi, da zaradi neveljavnosti vpisa v z.k. sploh nikoli ni izgubila lastninske pravice) skupaj z institutomaznambe spora in zaznambe izbrisne tožbe.²⁷
- Argument, da dobre vere upnika v izvršbi ni treba tako varovati, saj bo kljub uspešnemu ugovoru tretjega pač lahko posegel na drugo premoženje dolžnika (in da torej njegova dobrovernost itak ne bo povzročila zanj kakšnih nepopravljivih posledic), drugače kot bi bilo to pri pravnoposlovni pridobitvi hipoteke, dejansko ne vzdrži vedno. Realno je povsem možno, da bo upnik zaradi svoje dobre vere (da je dolžnik lastnik nepremičnine) in torej zaradi nemarnosti tretjega (nevnknjiženega pravega lastnika) izgubil poplačilo svoje terjatve. Morda je dolžnik v času, ko je upnik predlagal izvršbo, imel tudi kakšno drugo premoženje, na katerega bi upnik lahko posegel. A upnik se je zanesel na zemljiško knjigo in predlagal izvršbo na nepremičnino. Sledeč stališču Ustavnega sodišča se lahko zgodi, da se naknadno izkaže, da je »stabil na napačnega konja«, saj bo tretji (zakonec dolžnika) uspel z ugovorom (oz. tožbo za ugotovitev nedopustnosti izvršbe).V vmesnem času (morda celo pred tem, ko je tretji podal ugovor) pa je morda tudi ostalo premoženje dolžnika že izgubljeno – saj so nanj posegli drugi upniki ali pa ga je dolžnik »evakuiral«.
- Primerjalnopravni argument je močen. Morda pa mu lahko ugovarjamo s tem, da je zakonska norma v slovenskem pravu nekoliko drugačna; res je, da tudi ZZK-1 v čl. 8/1 govori o pravnoposlovnih pridobitvah, vendar pa imamo pri nas še določbo čl. 8/2 ZZK-1 (o tem gl. zgoraj). Vprašati pa bi se morali tudi, kaj priznanje možnosti ugovora tretjega osebi, ki je originarno pridobila lastninsko pravico, praktično pomeni. Doktrina v Nemčiji in Avstriji se je razvila glede ugovora osebe, ki je lastninsko pravico na nepremičnini pridobila originarno s priposestvovanjem. Vendar pa je priposestvovanje nepremičnine danes čista eksotika, pa tudi neutemljenost takšnega ugovora se zelo hitro lahko izkaže. Nasprotno pa – kar je dobro znano – priznanje ugovora tretjega na podlagi originarno pridobljene lastnine pri nas povzroči izjemno pomembne praktične posledice in močno izniči uspešnost izvršbe. Kot

²⁷ O tem gl. Izčrpano v Galič, 2006, str. 157-159.

že omenjeno bo ta ugovor v veliki večini primerov uveljavljal zakonec dolžnika na podlagi originarno pridobljene (pa čeprav še nevknjižene) skupne lastnine. Praktično je to povsem drugačna kategorija kot ugovor priposestvovalca – tako zaradi pogostosti tega ugovora kot tudi zaradi težavnosti dokazovanja njegove neutemeljenosti (upniku ni enostavno nasprotovati zahtevku za ugotovitev, da premoženje spada v skupno lastnino, če bosta zakonca – kot se bo v kontekstu izvršbe seveda zgodilo – usklajeno (pa čeprav morda neresnično) trdila, da gre za premoženje, ki je bilo pridobljeno s skupnimi sredstvi, nastalimi v času trajanja zakonske zveze z delom.

- Stanje z.k. je morda res nezadostno usklajeno z resničnim stvarnopравnim stanjem. Vendar pa zgoraj povzeto stališče Ustavnega sodišča takšno stanje le še bolj vzpodbuja. Največja vzpodbuda za ureditev z.k. stanj je namreč prav v tem, da se jasno pove, da bo tisti, ki ne bo poskrbel za z.k. vpis pravice, lahko trpel negativne posledice.
- Zakončev ugovor bo praktično zelo odložil učinkovito izvedbo izvršbe. Treba je namreč upoštevati, da ne gre le za postopek odločanja o ugovoru (oz. o tožbi za nedopustnost izvršbe). Če bo zakonec uspel, bo upnik nato najprej moral izvesti še postopek ugotovitve deležev in delitve skupnega premoženja. Vprašati pa se tudi moramo, ali gre dejansko v večini primerov ugovorov zakoncev res za to, da so se »prava neuki« zakonci šele ob izvršbi »spomnili«, da so skupni lastniki in da pač predhodno le formalno niso uredili sicer dejansko nespornega obstoja skupne lastnine? Ali ne gre morda pogosteje dejansko za to, da v izvršbi ugovor tretjega v tem kontekstu uveljavlja (oz. bo uveljavljal) zakonec, ki dejansko ni skupni lastnik (saj je nepremičnina posebno premoženje drugega zakonca – dolžnika), in ki bo šele v izvršbi s tem uveljavljanjem lahko uspel, pač zato, ker je tedaj tudi v interesu dolžnika, da ta ugovor uspe – ne le zato, ker je še vedno bolje, da gre polovica zakoncu, kot da se proda celotna nepremičnina in ves izkupiček izplača upniku, pač pa tudi zato, ker bo postopek odločanja o ugovoru in nato postopek delitve skupnega premoženja za daljši čas odložil izvršbo? Ali zakonec predhodno res ni zahteval vknjižbe skupne lastnine zato, ker je prava neuk, ali pa morda zato, ker s tem tedaj ne bi uspel, saj bi drugi zakonec (tisti, ki je zemljiškoknjižni lastnik) temu nasprotoval in bi tudi učinkovito lahko dokazal, da gre za osebno premoženje? Šele v izvršbi namreč zakonec, ki je pravi lastnik, nima več interesa, da bi nasprotoval uveljavljanju drugega zakonca, da gre za skupno premoženje.²⁸

²⁸ Vendarle pa se zdi, da bo zakonec bolj redko kot nekoč, uspel verjetno izkazati obstoj skupne lastnine. Treba je namreč upoštevati, da je novi SPZ dosledno uveljavil pravilo *superficies solo cedit* in da v primeru, če je en izmed zakoncev lastninsko pravico na zemljišču imel že v času sklenitve zakonske zveze (in gre torej za njegovo posebno

Zgoraj obravnavano stališče Ustavnega sodišča ni nesporno in vzbuja pomisleke. Po drugi strani pa obstajajo tudi močni argumenti v prid tega stališča. Od »rednih« sodišč je zato upravičeno pričakovati, da bodo stališču Ustavnega sodišča sledila, že zaradi pravne varnosti in predvidljivosti. Res je, da stališča Ustavnega sodišča niso nespremenljiva in tako kot vsako sodno prakso, je tudi ustavnosodno prakso mogoče spremeniti, tako kot na vsako drugo sodno prakso pa sodišča tudi niso absolutno vezana na prakso Ustavnega sodišča. Vendar je v korist pravne varnosti, da do morebitne spremembe prakse pride na istem nivoju, na katerem se je praksa tudi oblikovala, tj. v obravnavanem primeru na Ustavnem sodišču. Sicer pa pomisleki zoper zgoraj predstavljeno stališče Ustavnega sodišča niso tako močni, da bi bilo tudi od samega Ustavnega sodišča pričakovati, da bo svojo prakso spremenilo.

3.2 Hipoteka učinkuje zoper osebo, ki lastninsko pravico na zastavljeni stvari pridobi kasneje

V praksi se je že postavilo vprašanje, ali zgoraj povzeta stališča Ustavnega sodišča, da upnika v izvršilnem postopku ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo, pomeni tudi, da bo lahko ugovor tretjega uspešno uveljavil kupec nepremičnine, ki se v zemljiško knjigo še ni vknjižil kot lastnik. Odgovor na to vprašanje je nedvomno negativen.²⁹ Zgoraj obravnavana problematika se nanaša na primer, ko zemljiškoknjžno stanje ni usklajeno s pravim stvarnopravnim stanjem (kot je to lahko v primeru originalne pridobitve lastninske pravice, pa tudi v primeru neveljavnega vpisa – gl. spodaj o izbrisni tožbi). Le na takšne primere se nanaša problematika načela zaupanja v zemljiško knjigo. Povsem drugačen pa je položaj v primeru, ko ugovor tretjega v izvršilnem postopku želi uveljaviti **oseba, ki ne le da ni vknjižena v z.k. kot lastnik, pač pa tudi v resnici še ni lastnik** ter ima zgolj obligacijskopravno pravico kot kupec iz prodajne pogodbe. Dokler se kupec namreč ne vknjiži v z.k. (pa čeprav že ima z.k. dovolilo), je lastnik nepremičnine še vedno prodajalec. Zato lahko pride do veljavne ustanovitve hipoteke – tako s pravnim poslom, kot tudi v izvršilnem postopku. Ta hipoteka pa bo kot stvarna pravica učinkovala tudi zoper novega lastnika. Ni torej pomembno, ali je »novi« lastnik prodajno pogodbo sklenil že preden je upnik pridobil hipoteko, pomembno je, da je lastninsko pravico z vknjižbo v z.k. pridobil kasneje. Kot rečeno, to s problematiko učinkov načela zaupanja v z.k. nima nobene zveze, saj ne gre za položaj neuskajenosti resničnega stvarnopravnega stanja z zemljiškoknjžnim stanjem. Nobenega vpliva tudi

premoženje), nepremičnina ostane njegovo posebno premoženje tudi v primeru, če sta zakonca s skupnimi in v času trajanja zakonske zveze pridobljenimi sredstvi na tej nepremičnini zgradila npr. hišo. Stališče, da ima pravilo ZZDR o skupni lastnini prednost pred pravili SPZ glede *superficies solo cedit*, pa je treba zavrniti.

²⁹ Gl. npr. Rosenberg, Gaul, Schilken, str. 680. Rechberger, Simotta, str. 174. Pravilno tudi sklep VSK II Cpg 119/2005 z dne 22.9.2005.

nima okoliščina, da je kupec morda še pred ustanovitvijo hipoteke v korist upnika od lastnika kot prodajalca pridobil overjeno z.k. dovolilo. Res je, da z izdajo overjenega z.k. dovolila prodajalec izpolni razpolagalni posel (in svojo obveznost iz prodajne pogodbe), za pridobitev lastninske pravice kot absolutne in stvarne pravice pa je potreben še konstitutiven vpis v z.k. (pridobitni način v ožjem smislu). Glede stvarnopravnega učinka proti tistemu, ki lastninsko pravico na zastavljeni stvari pridobi kasneje torej ni nobenih razlik med pogodbeno hipoteko in hipoteko, pridobljeno v izvršbi. Ne gre za učinek načela zaupanja, pač pa za bistvo hipoteke kot stvarne pravice. Da bi tisti, ki je lastnik nepremičnine postal kasneje (lastnik pa postane šele z vknjižbo), moral trpeti izvršbo na podlagi predhodno pridobljene hipoteke upnika, pa jasno izhaja tudi iz čl. 170 ZIZ.

3.3 Hipoteka, načelo zaupanja v z.k. in kavzalnost razmerja med razpolagalnim in zavezovalnim poslom

Novi SPZ je uveljavil kavzalnost razmerja med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom (gl. čl. 40). Veljavnost zavezovalnega pravnega posla je pogoj za veljavnost razpolagalnega pravnega posla. Če pride do razpolagalnega pravnega posla (vknjižbe pri nepremičninah), pa se kasneje izkaže, da zavezovalni pravni posel (npr. prodajna pogodba) ni veljaven, se šteje, da tudi razpolagalni pravni posel ni bil veljavno opravljen in da torej lastninska pravica nikoli ni prešla.³⁰ Okoliščino, da podlage v zavezovalnem pravnem poslu nikoli ni bilo (ker je prodajna pogodba nična), pa je treba enačiti z okoliščino, da je podlaga v zavezovalnem poslu odpadla šele naknadno (ker je bila pogodba naknadno razveljavljena ali pa je bila razvezana z npr. odstopom). Sam koncept kavzalnosti prenosnega posla ne ogrozi bistveno varnosti pravnega prometa. Če bi v omenjenem primeru kupec nepremičnino prodal naprej, bi dobroverna tretja oseba postala lastnik na podlagi pravil o zaupanju v zemljiško knjigo.³¹ Skladno z zgoraj povzetimi stališči Ustavnega sodišča, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo varuje le v primeru pravnoposlovnih prenosov, pa lahko ugotovimo, da tudi v tej zvezi upnik, ki zahteva izvršbo na nepremičnino, ne bo varovan. Problem je zopet isti kot pri originarno pridobljeni lastninski pravici. Ugovora tretjega torej ne utemelji le okoliščina originarno pridobljene lastninske pravice, pač pa tudi okoliščina, da tretja oseba lastninske pravice zaradi neveljavnosti zavezovalnega posla (kljub vknjižbi v z.k.) ni nikoli izgubila. Uveljavitev pravila o kavzalnosti razpolagalnega posla ima torej – kar se vpliva na položaj tretjih tiče – občutne in neposredne posledice za izvršilni postopek. Obenem pa tudi tu lahko ugotovimo razlike med posledicami pravnoposlovne pridobitve hipoteke

³⁰ Gl. Juhart, str. 248 in sl.

³¹ Gl. Juhart, str. 88 in 249.

in hipoteke, pridobljene v izvršbi. Če bi v času pred vložitvijo (in zaznambo) izbrisne tožbe kupec pogodbeno obremenil nepremičnino, bi bil dobroverni hipotekarni upnik kljub uspehu izbrisne tožbe varovan zaradi načela zaupanja v z.k. Če pa bi v tem času nek upnik dosegel ustanovitev hipoteke v izvršilnem postopku, ga to kljub morebitni dobri veri ne bi varovalo pred tem, da tretja oseba (prodajalec) uveljavi, da zaradi neveljavnosti ali razveljavitve zavezovalnega posla tudi razpolagalni posel ni veljaven in da zato lastninska pravica na kupca nikoli ni prešla.

4. (Ne)prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi

4.1 Prenehanje hipoteke zaradi prenehanja izvršbe

Izvršilni postopek se brez prodaje nepremičnine zaključi predvsem v primeru, če sodišče predlog za izvršbo zavrne ali zavrže. Nadalje lahko pride tudi do ustavitve izvršbe po uradni dolžnosti (med drugim), če je izvršilni naslov pravnomočno odpravljen, spremenjen, razveljavljen ali izrečen za neveljavnega oziroma če je razveljavljeno potrdilo o izvršljivosti. Sodišče, če zakon ne določa drugače, ob tem razveljavi tudi opravljena izvršilna dejanja, če s tem niso prizadete pridobljene pravice drugih oseb (čl. 76 ZIZ). To pomeni, da bo v zgoraj omenjenih primerih sodišče razveljavilo tudi sklep o izvršbi. To naredi izvršilno sodišče tudi v vseh drugih primerih, ko ugotovi ugovoru zoper sklep o izvršbi (npr. zato, ker je dolжник izpolnil obveznost) ter v primeru, ko sodišče ugotovi zahtevku za ugotovitev nedopustnosti izvršbe, ki še ni končana (čl. 58 ZIZ). O izbrisu zaznambe izvršbe (in o izbrisu hipoteke, ki jo je ob tem po uradni dolžnosti vknjižilo) pa govori tudi ZZK-1. Po čl. 90 ZZK-1 zemljiškoknjžno sodišče na podlagi obvestila izvršilnega sodišča (torej tudi izvršilno sodišče ravna po uradni dolžnosti) po uradni dolžnosti dovoli izbris zaznambe izvršbe (1) če je bil sklep o izvršbi razveljavljen oz. spremenjen tako, da je bil predlog za izvršbo zavrnjen ali zavržen ali (2) če je bila izvršba ustavljena zaradi umika predloga za izvršbo.³² V izvršbi pridobljena hipoteka torej lahko preneha na načine, ki pri pogodbeno ustanovljenih hipotekah ne pridejo v poštev.

³² Nisem prepričan, da je smotrna ureditev, da umik predloga za izvršbo povzroči prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi (čl. 90 ZIZ-1). To namreč lahko oteži sporazumno ureditev razmerja med upnikom in dolžnikom. Najbrž bi bilo kdaj mogoče doseči dogovor o umiku predloga za izvršbo, če bi si upnik s tem ohranil hipoteko in vrstni red. Sicer je res, da se upnik z dolžnikom tudi naknadno lahko dogovori za pogodbeno ustanovitev hipoteke (v zameno za umik predloga za izvršbo) ali pa predlaga ustanovitev hipoteke kot sredstvo zavarovanja. Vendar pa je v tem primeru lahko izgubljen vrstni red, ki ga je upnik dosegel z zaznambo sklepa o izvršbi.

4.2 Ohranitev hipoteke ob neuspešni izvršbi

Nasprotno pa po čl. 194/4 ZIZ ustavitev izvršbe zaradi neuspešne prodaje ne povzroči prenehanja hipoteke (v tem se vidi, da hipoteka, pridobljena po ZIZ nima le poplačilnega namena, pač pa tudi zavarovalni namen – tako kot hipoteka, pridobljena pravno-poslovno). Sodišče ne razveljavi zaznambe sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi. Prenehanja hipoteke tudi ne povzroči uspešen dolžnikov predlog po čl. 169 ZIZ, da naj se izvršba namesto na nepremičnino vodi na drug predmet. Zaznamba sklepa o izvršbi na nepremičnino ostane v veljavi, dokler upnikova terjatev ni poplačana (čl. 169/6 ZIZ).

4.3 (Ne)ohranitev hipoteke ob prenehanju izvršbe na predlog prednostnega upnika

Isto bi moralo veljati tudi v primeru ko do ustavitve izvršbe pride zato, ker je upnik, ki ima prednost pri poplačilu, predlagal, naj sodišče ustavi izvršbo, ker ugotovljena vrednost nepremičnine niti delno ne krije terjatve upnika, ki je predlagal izvršbo (čl. 180 ZIZ). Vendar pa za ta primer v ZIZ ni izrecno določeno, da upnik, ki je predlagal izvršbo, ohrani vsaj pridobljeno hipoteko. Kljub temu menim, da pridobljena hipoteka ostane v veljavi. ZZK-1 namreč v čl. 90 med primeri, ki povzročijo izbris zaznambe izvršbe (gl. zgoraj), ne omenja ustavitve izvršilnega postopka zaradi predloga prednostnega upnika po čl. 180 ZIZ. Čeprav torej čl. 180 ZIZ ne določa ohranitve hipoteke (drugače kot npr. čl. 194 ZIZ), pa iz pravil ZZK-1 lahko izpeljemo sklep, da se pridobljena hipoteka upnika, ki je predlagal izvršbo, zaradi ustavitve po čl. 180 ZIZ ne izbriše.

4.4 Prenehanje hipotek zaradi uspešne prodaje v izvršilnem postopku

Prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi (pa tudi vsake druge hipoteke) povzroči uspešna prodaja nepremičnine v izvršilnem postopku. S sklepom o domiku sodišče odloči, katere vpisane pravice in bremena se izbrišejo (čl. 209 v zvezi s čl. 173 in 192 ZIZ). Izvršilno sodišče pa pravnomočen sklep o izročitvi nepremičnine kupcu po uradni dolžnosti pošlje zemljiškooknjižnemu sodišču, to pa po uradni dolžnosti izbriše hipoteko (gl. čl. 89, na splošno pa tudi čl. 46 v zvezi s čl. 40, tč. 7 ZZK-1). Vendar se šteje, da je hipoteka prenehala že s trenutkom pravnomočnosti sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu (čl. 173/1 ZIZ); vknjižba prenehanja hipoteke je nato le deklarativna. Način prenehanja hipotek po SPZ je drugačen. Pri razlogih za prenehanje hipoteke po čl. 154 SPZ hipoteka ne preneha avtomatično (in tudi ne z vknjižbo, ki bi se opravila po uradni dolžnosti), pač pa z izbrisom, za izbris pa mora lastnik podati ustrezen zemljiškooknjižni predlog.

4.5 Ali prenehanje hipoteke po čl. 154 SPZ pride v poštev tudi pri hipotekah, pridobljenih v izvršbi?

Zaradi posebne ureditve v ZIZ in ZZK-1 pri hipoteki, ustanovljeni v izvršbi, ne pridejo, menim, v poštev načini prenehanja po 154 SPZ glede prenehanja hipoteke. Po čl. 154 SPZ je razlog za prenehanje hipoteke npr. plačilo terjatve. Za izbris hipoteke je v tem primeru treba priložiti ustrezno z.k. dovolilo hipotekarnega upnika. Vendar menim, da to v primeru prenehanja terjatve, o kateri se vodi izvršilni postopek in glede katere je bila v izvršbi ustanovljena hipoteka, ni dovolj. Prenehanje terjatve lahko povzroči ustavitve izvršilnega postopka (bodisi na podlagi ugovora, bodisi zaradi umika) in le razveljavitev sklepa o izvršbi je lahko podlaga za (1) izbris zaznambe izvršbe in (2) izbris vknjižbe hipoteke, pridobljene z zaznambo izvršbe. Slednje seveda lahko velja le v kontekstu izvršilnega postopka. Če pa se hipoteka, pridobljena z zaznambo izvršbe, »osamosvoji« od izvršilnega postopka (tj. če ob neuspešni prodaji izvršilni postopek preneha, hipoteka pa po čl. 194 ZIZ ostane v veljavi), zanjo pridejo v poštev vsi načini prenehanja po čl. 154 SPZ.

5. Pridobitev hipoteke s sredstvi zavarovanja

5.1 Predhodna odredba za predznambo hipoteke

V pravnem postopku v Sloveniji ni instituta predhodne izvršljivosti (izvršljivosti sodbe, ki še ni pravnomočna). Vendar pa upnik pri nas podoben učinek doseže s predlogom za izdajo predhodne odredbe. Ni namen tega prispevka obravnavati pogoje za izdajo predhodne odredbe (predvsem pojem objektivne nevarnosti), pač pa zgolj spomniti na ta institut, ki ga – presenetljivo – upniki vse preredko uporabljajo. Predhodna odredba namreč omogoča kar učinkovito zavarovanje za upnika, ki že ima obsodilno sodbo sodišča prve stopnje, zoper katero pa je toženec vložil pritožbo (čl. 257 ZIZ).³³ Ravnanje zemljiškooknjižnega sodišča s predhodno odredbo določa čl. 51 ZZK-1. Izvršilno sodišče mora o izdaji predhodne odredbe obvestiti zemljiškooknjižno sodišče in temu obvestilu priložiti sklep o predhodni odredbi (Čl. 98 v zvezi s čl. 51 ZZK-1). Če bo izvršilni naslov nato postal pravnomočen, bo upnik lahko zahteval izvršbo in

³³ Presenetljivo je predvsem, da upniki, ki so že v teku pravnega postopka dosegli začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve nepremičnine, po prejemu obsodilne sodbe sodišča prve stopnje takoj ne zahtevajo, da se izda predhodna odredba za predznambo hipoteke (čl. 260/1, tč. 6 ZIZ). S tem bi namreč upnik dosegel bistveno bolj učinkovito sredstvo zavarovanja, kot ga nudi začasna odredba. Predznamba hipoteke namreč drugače kot začasna odredba prepovedi obremenitve in odsvojitve zagotavlja stvarnopravne učinke in prednost vrstnega reda (ter ločitveno pravico v stečajju).

ob zaznambi izvršbe bo zemljiškoknjžno sodišče po uradni dolžnosti dovolilo tudi vknjižbo pridobitve hipoteke v vrstnem redu predznamovane hipoteke (čl. 52/3 ZZK-1). To pomeni, da bo vrstni red upnika v tem primeru varovan že od trenutka, ko je prišlo do predznambe hipoteke na podlagi predhodne odredbe. Če pa predznamba ne bo upravičena (tj. predvsem v primeru, če bo pritožbeno sodišče v pravnem postopku sodbo spremenilo tako, da bo zahtevek zavrnilo, ali v primeru, če v času, za katerega je veljala, upnik ni zahteval izvršbe ali pa je bil predlog za izvršbo zavrjen ali zavržen; čl. 59/1 ZZK-1), pride do izbrisa predznambe hipoteke (čl. 59 ZZK-1). Glede tega je treba dodati, da sme predhodna odredba trajati največ še osem dni po nastopu pogojev za izvršbo (čl. 263/2 ZIZ); možno pa je podaljšanje na predlog upnika (čl. 263/3 ZIZ). Do izbrisa pride na predlog lastnika. V tem primeru je hipotekarni upnik tisti, ki bo moral dokazati (z listinami), da pogoji za izbris predznambe hipoteke niso izpolnjeni. Glede razmerja med ZIZ in ZZK-1 pa je treba pojasniti še naslednje: Predhodna odredba avtomatično preneha veljati le zaradi razloga poteka časa: osem dni po nastopu pogojev za izvršbo (čl. 263 ZIZ in čl. 59 ZZK-1). Zato v tem primeru lastnik (oz. »dolžnik«) neposredno lahko poda zemljiškoknjžni predlog za izbris. V primeru, ko začasna odredba postane »brezpredmetna« zato, ker je bilo pravnomočno ugotovljeno, da terjatev ne obstoji, pa bo moral lastnik (oz. »dolžnik«) najprej podati predlog za prenehanje predhodne odredbe po čl. 264 ZIZ, šele po prenehanju predhodne odredbe pa bo lahko podal predlog za izbris predznambe (gl. čl. 57/1 ZZK-1).

5.2 Ustanovitev zastavne pravice na nepremičnini kot sredstvo zavarovanja

Ustanovitev hipoteke je lahko končni predmet posebnega postopka zavarovanja (čl. 242-245 ZIZ). Izkoristi jo lahko upnik, ki že ima izvršljiv izvršilni naslov in ki bi torej že lahko predlagal izvršbo. Upniku pa morda (zaradi dogovora z dolžnikom ali zaradi neprimerne časa za prodajo ali iz drugih razlogov) ni v interesu, da že zahteva izvršbo, želi pa doseči stvarnopravno zavarovanje. Hipoteka se pridobi z vknjižbo v zemljiški knjigi, ob čemer se zaznamuje tudi izvršljivost zavarovane terjatve (čl. 244/2 ZIZ). To sredstvo zavarovanja lahko uporabi tudi upnik, ki že ima hipoteko na nepremičnini – v tem primeru se v zemljiški knjigi sicer ne ustanovi nova hipoteka, pač pa se k stari zaznamuje izvršljivost terjatve. ZIZ sicer določa, da se v postopku zavarovanja smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za postopek izvršbe (čl. 239 ZIZ); vendar pa to lahko velja le za postopanje izvršilnega sodišča, ne pa tudi za postopanje zemljiškoknjžnega sodišča. Vendar ima ZZK-1 tudi relevantne izrecne določbe. Tako je sklep o zavarovanju denarne terjatve z zastavno pravico na nepremičnini, s katerim je izvršilno sodišče odredilo vknjižbo te zastavne pravice, ena izmed listin, ki so podlaga za vknjižbo (čl. 40 ZZK-1); vknjižba pa se na tej podlagi opravi po uradni dolžnosti (čl. 46/1 ZZK-1). Izvršilno sodišče mora sklep o zavarovanju poslati izvršilnemu sodišču (čl. 46/2 ZZK-1). Pomembno je pri tem, da ZZK-1 s tem v zvezi določa pogoj, da mora biti odločba

pravnomočna; to določa že v čl. 40/1, tč. 7, nato pa tudi v čl. 46/2, ko opredeljuje čas, v katerem mora sodišče poslati odločbo. Pridobitev hipoteke torej s tem sredstvom zavarovanja, kot izhaja iz pravil ZZK-1 (ne pa tudi iz pravil ZIZ) ne more nastati pred pravnomočnostjo sklepa o zavarovanju. Glede prenehanja se hipoteka, ustanovljena z obravnavanim sredstvom zavarovanja, razlikuje od hipoteke, pridobljene v izvršbi. Slednja je namreč delno vezana na uspeh izvršilnega postopka, hipoteka kot sredstvo zavarovanja pa ostane. Kadar bo kasneje upnik zahteval izvršbo, pa mu bo varovala vrstni red (gl. zgoraj). Glede publicitetnih učinkov pa glede te hipoteke velja isto kot glede hipoteke, pridobljene v izvršbi. Dobrovernega upnika načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne varuje, saj hipoteke tudi v tem primeru ni pridobil v pravnem prometu.

Literatura

1. ANGST ET AL, Exekutionsordnung – Kommentar, Manz, Dunaj, 2000.
2. BROX, WALKER, Zwangsvollstreckungsrecht, Heymanns Verlag, Köln, 1986.
3. GALIČ, Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri PF v Ljubljani, 2006.
4. HOLZHAMMER, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., Springer Verlag, Wien, 1993.
5. JENULL, GALIČ, JAN, ZIZ – komentar novele in uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana, str. 356.
6. JUHART ET AL. SPZ s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004.
7. P LAVŠAK, ZZK-1 z uvodnimi pojasnili, GV Založba, Ljubljana, 2003.
8. RECHBERGER, SIMOTTA, Exekutionsverfahren, WUV-Universitätsverlag, Wien, 1989.
9. ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., Beck, München, 1997.
10. RATNIK, Zastavna pravica, GV Založba, Ljubljana, 2006.

HIPOTEKA NA
NEPREMIČNINI,
PRIDOBLEJENA
V IZVRŠILNEM
POSTOPKU

53

Prodaja nepremičnine v izvršilnem postopku

dr. Dragica Wedam Lukić¹

1. Uvod

Izvršba s prodajo nepremičnine je nedvomno ena izmed učinkovitejših vrst izvršbe, saj so nepremičnine pogosto edino premoženje večje vrednosti, iz katerega je mogoče poplačati dolžnikove obveznosti. Čeprav je v izvršilnem postopku v ospredju pravica upnika, da pride do poplačila svoje terjatve, se postavlja vprašanje, kako daleč je zaradi varstva njegovih interesov še dopustno posegati v dolžnikove pravice. Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 51/98 in nasl., v nadaljevanju ZIZ) za razliko od Zakona o izvršilnem postopku iz leta 1978 (Uradni list SFRJ, št. 20/78, v nadaljevanju ZIP) med temeljnimi načeli ne določa več načela varstva dolžnika, kljub temu pa je to po presoji Ustavnega sodišča² še vedno eno izmed korektivnih načel izvršilnega prava. Ustavno sodišče je izrecno poudarilo, da prizadevanje za učinkovitost izvršilnega postopka v korist upnika služi uresničevanju načela pravne države, katere del je učinkovito sodno varstvo, da pa načelo varstva dolžnika izhaja iz načela socialne države. Zasedovanje ciljev izvršilnega postopka ne sme pripeljati do tega, da bi bile ogrožene temeljne pravice dolžnika, kot so npr. njegovo dostojanstvo ter temelj njegove ekonomske in socialne eksistence.

Z izvršbo na nepremičnino pa so lahko prizadeti tudi interesi drugih oseb, ki imajo na tej nepremičnini določene pravice ali imajo pravico biti poplačane iz nepremičnine. Teorija je zato izoblikovala nekatera načela,

¹ Profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Odločba št. U-I-93/03 z dne 18. 11. 2004.

ki naj bi veljala za prodajo nepremičnin v izvršilnem postopku. To so načelo najmanjšega ponudka, kritno načelo ter prevzemno in izbrisno načelo.³ Načelo najmanjšega ponudka varuje predvsem dolžnika, da se njegova nepremičnina ne bi prodala za nesorazmerno nizko ceno, posredno pa tudi interese drugih oseb, ki imajo pravico biti poplačane iz te nepremičnine. Kritno načelo omogoča osebam, ki imajo pri poplačilu prednost pred upnikom, ki je zahteval izvršbo, da zahtevajo ustavitev izvršbe, če znesek, dobljen s prodajo, ne bi zadoščal niti za delno poplačilo terjatve upnika, ki je zahteval izvršbo. Prevzemno in izbrisno načelo pa se nanašata na vprašanje, katere pravice, ki obstajajo na nepremičnini, je dolžan prevzeti kupec nepremičnine, katere pa s prodajo ugasnejo in imajo upravičenci samo pravico do nadomestila. Postavlja pa se tudi vprašanje, kakšen je položaj kupca nepremičnine in kako so varovane njegove pravice.

Gre torej za kompleksen položaj, v katerem se prepletajo interesi različnih oseb. Ker bi celovita obravnava teh problemov daleč preseerala predvideni obseg tega prispevka, ključne osebe v postopku prodaje nepremičnine pa so upnik, dolžnik in kupec nepremičnine, se bom v nadaljevanju omejila na nekatera vprašanja, ki se pojavljajo v razmerju med temi osebami.

2. Prodajna cena

Po prvem odstavku 188. člena ZIZ na prvem naroku nepremičnina ne sme biti prodana pod ocenjeno vrednostjo. Če nepremičnine ni mogoče prodati na prvem naroku, sodišče razpiše drugi narok, na katerem je mogoče nepremičnino prodati pod ocenjeno vrednostjo, vendar ne za manj kot polovico te vrednosti (drugi odstavek 188. člena ZIZ).⁴ Sodišče pa lahko na predlog stranke ali zastavnega upnika oziroma upnika zemljiškega dolga preloži narok tudi v primeru, ko je na naroku za prodajo navzoč en sam ponudnik (drugi odstavek 186. člena ZIZ). Smisel te določbe je očitno v tem,

³ Glej Juhart, str. 75.

⁴ Po § 119 Zakona o izvršbi in zavarovanju iz leta 1930 je znašal »najmanjši sprejemljivi ponudek« pri hišah eno polovico ocenjene vrednosti, pri kmetijskih posestvih (vključno s stavbami) in gozdovih pa dve tretjini ugotovljene vrednosti (glej Sajovic, str. 241). Za najmanj dve tretjini ocenjene vrednosti je bilo mogoče nepremičnino prodati tudi po ZIP (163. člen). Medtem ko je po zakonu iz leta 1930 sodišče na predlog upnika oziroma z njegovim soglasjem za najmanjši sprejemljivi ponudek lahko določilo tudi višji znesek, pa je po ZIZ (enako je veljalo po ZIP) mogoče nepremičnino prodati tudi za nižjo ceno, če se o tem sporazumeje stranki in zastavni upniki oziroma upniki zemljiškega dolga.

da bi se na drugem naroku (ob morebitni udeležbi drugih ponudnikov) dosegla višja cena. V praksi pa se je dogajalo, da je bil na prvem naroku edini ponudnik upnik, ki je s preložitvijo naroka dosegel, da mu je bila na drugem naroku nepremičnina prodana za polovico ocenjene vrednosti, njegova terjatev pa s tem ni bila v celoti poplačana. Zato je bilo vloženih več pobud za presojo ustavnosti drugega odstavka 188. člena ZIZ. Ustavno sodišče jih je združilo v skupno obravnavanje in o njih odločilo z odločbo št. U-I-93/03.

Ustavno sodišče je ocenilo, da pomeni ureditev, po kateri je mogoče nepremičnino prodati tudi zgolj za polovico ocenjene vrednosti, precejšen poseg v dolžnikovo pravico do zasebne lastnine, vendar prestane strogi test sorazmernosti in sama po sebi ni v neskladju z Ustavo. Kot sporno jo je ocenilo v primeru, kadar kupi nepremičnino za ceno, nižjo od ocenjene vrednosti, upnik, njegova terjatev pa še vedno ni v celoti poplačana, medtem ko dolžnik izgubi lastninsko pravico na nepremičnini, poleg tega pa mu ostane še dolg do upnika. Po presoji Ustavnega sodišča je v tem primeru sorazmerje med ustavno zavarovanima položajema dolžnika in upnika tako porušeno, da ureditev kljub temu, da mora imeti upnik v izvršilnem postopku privilegirani položaj, ne prestane ustavnosodne presoje, saj gre za bistven in nesorazmeren poseg v dolžnikovo lastninsko pravico. Ustavno sodišče je zato odločilo, da je določba drugega odstavka 188. člena ZIZ v neskladju z Ustavo. Kot način izvršitve svoje odločbe je določilo, da se do odprave ugotovljenega neskladja v primerih, ko nepremičnino v izvršilnem postopku za ceno, nižjo od ugotovljene vrednosti te nepremičnine, kupi upnik ali z njim povezana oseba in terjatev tega upnika iz zneska, dobljenega s prodajo, ne bi bila v celoti poplačana, šteje, da je ta upnik poplačan do ugotovljene vrednosti nepremičnine. To idejo je zakonodajalec povzel v 200.a členu ZIZ, v 200.b⁵ členu pa je podrobneje opredelil pojem povezanih oseb (Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o izvršilnem postopku – ZIZ-C, Uradni list RS, št. 17/06).

Zakonodajalec je s tem vzpostavil ustrežnejše ravnovesje med položajema upnika in dolžnika in preprečil nekatere zlorabe, do katerih je lahko prišlo pred to zakonsko

⁵ Po tej določbi so povezane osebe lahko povezane fizične osebe ali povezane pravne osebe. Za povezane fizične osebe se štejejo sorodniki v krvnem sorodstvu v ravni vrsti do kateregakoli kolena, v stranski vrsti do četrtega kolena, skrbnik in varovanec, posvojitelj in posvojenec, zakonca, osebi, ki živita v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti, ki ima po zakonu, ki ureja zakonsko zvezo, enake pravne posledice kot sklenitev zakonske zveze, osebi, ki živita v registrirani istospolni partnerski skupnosti, ter osebe v svaštvo do drugega kolena.

Povezane pravne osebe so odvisne in gospodujoče pravne osebe. Odvisna pravna oseba je pravna oseba, nad katero lahko druga pravna oseba (gospodujoča pravna oseba) neposredno ali posredno izvršuje na članstvu temelječ obvladujoč vpliv. Za gospodujočo pravno osebo velja tudi fizična oseba ali več povezanih fizičnih oseb, če lahko odločilno vplivajo na oblikovanje volje odvisne pravne osebe. Povezane pravne osebe so tudi pogodbeniki pogodbe o obvladovanju in pogodbe o prenosu dobička ter glavna in vključena družba. V tem primeru dokaz o nasprotnem ni mogoč, za pravno osebo v večinski posesti pa velja domneva, da je odvisna od osebe, ki je na njej udeležena z večino. Kot povezani veljata tudi oseba, zaposlena za nedoločen ali določen čas, in njen delodajalec, razen če je delodajalec oseba javnega prava.

spremembo. To pa ne pomeni, da zlorabe niso mogoče tudi takrat, kadar kupi nepremičnino v izvršilnem postopku tretja oseba. V konkretnem primeru sta se upnik in zainteresirani kupec nepremičnine dogovorila, da bo slednji na javni dražbi dražil le do določene cene, nato pa bo, če bo nepremičnino izdražil za to ceno, upniku plačal še dodaten znesek, ki se mu ne bo vštetal v poplačilo terjatve. Kupcu je na ta način uspelo kupiti nepremičnino, vendar upniku ni plačal dogovorjenega zneska. Upnik je svojo terjatev uveljavljal s tožbo. Že sodišče prve stopnje je upnikov zahtevek zavrnilo, ker je presodilo, da je pogodba, na katero se je skliceval upnik, nična, ker je v nasprotju z moralo. Upnikova pritožba in revizija sta bili zavrjnjeni.⁶ Vrhovno sodišče je obširno obrazložilo svojo odločitev in poudarilo, da je bil dogovor, ki sta ga stranki sklenili na škodo tretjega, ki zanj sploh ni vedel, v nasprotju z moralnimi vrednotami družbe kot celote do take mere, da mu ni mogoče nuditi sodnega varstva. S tem se je mogoče v celoti strinjati, vprašanje pa je, kakšni so dejanski učinki te odločitve. Odločitev namreč neposredno ne posega v samo prodajo nepremičnine in tako je kupec lahko še vedno okoriščen, saj je kupil nepremičnino za nižjo ceno, kot bi jo moral plačati, če bi bila dražba korektno izpeljana, po drugi strani pa upnik ni prizadet, saj lahko še vedno zahteva izvršbo za preostanek terjatve. Zanimivo bi bilo videti, ali in s kakšnimi argumenti bi izvršilno sodišče tak predlog za izvršbo zavrnilo.

3. Položaj dolžnika po prodaji stanovanja ali individualne stanovanjske hiše, v kateri prebiva

Po ZIP je bil dolžnik v primeru prodaje stanovanja oziroma stanovanjske hiše, v kateri je prebival, zavarovan tako, da je še naprej obdržal pravico prebivati v tem stanovanju oziroma hiši. Za razmerja med kupcem in dolžnikom so v tem primeru veljale določbe, ki veljajo za razmerje med lastnikom in najemnikom (185. člen ZIP).

Po 210. členu ZIZ je pravica dolžnika, da še naprej prebiva v prodanem stanovanju oziroma hiši, omejena na tri leta. Dolžnik mora to pravico uveljavljati najkasneje v 60 dneh od prejema sklepa o izvršbi, če je dražbeni narok razpisan pred potekom tega roka, pa najkasneje do dražbenega naroka. V tem primeru mora dolžnik kupcu od dneva izdaje sklepa o izročitvi nepremičnine plačevati profitno najemnino. Te pravice pa dolžnik ne more uveljavljati, če gre za izvršbo zaradi poplačila terjatve iz naslova posojila za izgradnjo oziroma za nakup te nepremičnine, ali za izterjavo zemljiškega dolga oziroma terjatve, zavarovane s pogodbeno zastavno pravico na tej nepremičnini,

⁶ Sodba II Ips 546/2005 z dne 22. 11. 2007. Povzetek sodbe je objavljen v Pravni praksi, št. 6-7/2008, str. 32.

ali zaradi izvršitve terjatve za izključitev etažnega lastnika s prodajo posameznega dela zgradbe v etažni lastnine.

ZIZ je začel veljati devetdeseti dan po objavi v Uradnem listu (302. člen ZIZ), kar pomeni, da so se njegove določbe uporabljale tudi v postopkih, ki so se začeli pred njegovo uveljavitvijo. Pojavilo pa se je vprašanje, pod kakšnimi pogoji lahko v teh primerih dolžnik uveljavlja pravico iz 210. člena. Višje sodišče v Ljubljani je sprejelo stališče, da bi morala dolžnika v primeru, ko je bil sklep o izvršbi izdan pred uveljavitvijo ZIZ, narok za prodajo pa je bil določen po njegovi uveljavitvi, predlog vložiti v 60 dneh po uveljavitvi zakona. Ker tega nista storila, sta to pravico izgubila, čeprav sta predlog vložila pred dražbenim narokom. Po mnenju sodišča je namreč mogoče predlog vložiti do dražbenega naroka samo takrat, kadar je ta razpisan pred potekom 60 dni od izdaje sklepa o izvršbi, v konkretnem primeru pa ni šlo za tak primer.⁷ Iz sodne prakse pa izhaja, da se določba 210. člena ZIZ uporablja tudi v primerih, ko je bila pogodbeno zastavna pravica ustanovljena pred uveljavitvijo ZIZ. Vsaj v enem primeru⁸ je mogoče sklepati, da je bil dogovor o ustanovitvi zastavne pravice na podlagi sporazuma strank sklenjen še v času veljavnosti ZIP, sodišče pa je v obrazložitvi (kot *obiter dictum*) navedlo, da dolžnika po četrtem odstavku 210. člena ZIZ nimata pravice, da ostaneta v stanovanju kot najemnika. Vprašanje je, ali je takšno stališče pravilno. Gre namreč za materialnopravne posledice izvršbe, za materialnopravna vprašanja pa v načelu velja, da je treba uporabiti pravo, ki je veljalo v času nastanka razmerja. Ob sklenitvi sporazuma o ustanovitvi zastavne pravice na nepremičnini sta dolžnika vedela, da bo nepremičnina v primeru neplačila terjatve prodana, pričakovala pa sta, da bosta obdržala pravico v njej še naprej prebivati kot najemnika. Z uveljavitvijo ZIZ se je njun položaj bistveno poslabšal in vprašanje je, ali bi pod takimi pogoji pristala na ustanovitev hipoteke.

Po drugem odstavku 192. člena ZIZ sodišče v sklepu o izročitvi nepremičnine kupcu odloči tudi, kdaj se je dolžnik dolžan izseliti iz prodanega stanovanja oziroma družinske stanovanjske hiše. Ta sklep je izvršilni naslov. Če je bila dolžniku priznana pravica, da še določen čas prebiva v prodanem stanovanju oziroma hiši, sodišče odloči, da se je dolžan izseliti po poteku časa, za katerega mu je bila ta pravica priznana. V nasprotnem primeru določi sodišče rok za prostovoljno izselitev v sklepu. Po poteku tega roka lahko kupec zahteva izvršbo po pravilih za izpraznitev in izročitev nepremičnine. Nekdanji Zakon o stanovanjskih razmerjih (Uradni list SRS št. 18/74 in nasl.) je v tretjem odstavku 70. člena vseboval varovalko za primer, ko je šlo za izselitev v najpotrebnejše prostore. Določal je, da sodbe ni mogoče izvršiti, če je bila med uporabniki stanovanja oseba, katere življenje ali zdravje bi bilo s preselitvijo ogroženo. Po novem niso predvidene nobene omejitve, tako da se lahko dolžnik in člani njegove družine znajdejo dobesedno

⁷ VSL Sklep III Cp 778/2002

⁸ VSL Sklep III Cp 2/00

na cesti. Premičnine, ki jih je treba odstraniti iz nepremičnine, se v primeru, če jih dolžnik ali člani njegovega gospodinjstva nočejo sprejeti, izročijo na dolžnikove stroške v hrambo (222. člen ZIZ), niti dolžnik niti izvršitelj pa ni dolžan preverjati, ali so dolžniku zagotovljeni minimalni pogoji prebivanja.

Edini instrument, ki nudi dolžniku vsaj začasno varstvo je odlog izvršbe. Sodišče lahko na dolžnikov predlog odloži izvršbo, če dolžnik izkaže za verjetno, da bi s takojšnjo izvršbo pretrpel nenadomestljivo ali težko nadomestljivo škodo, ki je večja od škode, ki zaradi odloga lahko nastane upniku, predvsem v primerih, ko je vloženo pravno sredstvo zoper izvršilni naslov ali zoper sklep o izvršbi, kar pomeni, da obstaja verjetnost, da se bo izkazalo, da izvršba ni dovoljena (prvi odstavek 71. člena ZIZ).⁹ Poleg tega lahko sodišče na dolžnikov predlog odloži izvršbo tudi v drugih primerih, ko so za to posebno upravičeni razlogi, vendar največ za tri mesece in samo enkrat (drugi odstavek 71. člena ZIZ). Možnost odloga izvršbe iz posebno upravičenih razlogov je poznal že ZIP, vendar ni postavjal nobenih omejitev niti glede trajanja niti glede števila odlogov (drugi odstavek 63. člena ZIP). ZIZ je v prvotnem besedilu omejil samo trajanje odloga, novela ZIZ-A (Uradni list RS št. 75/02) pa je uveljavila še dodatno omejitev, po kateri je mogoče izvršbo iz tega razloga odložiti samo enkrat. Kot izhaja iz obrazložitve predloga novele, naj bi se s tem preprečilo zavlačevanje izvršilnih postopkov in dosegla večja učinkovitost izvršbe.¹⁰ Zakonodajalec je očitno ocenil, da mora imeti učinkovitost izvršbe prednost pred pravicami dolžnika celo takrat, kadar bi bili podani posebno upravičeni razlogi za ponovni odlog izvršbe, tudi če bi bilo npr. ogroženo zdravje ali celo življenje dolžnika, saj sodišču ne pušča nobenega manevrskega prostora. Iz tega razloga je bila ta določba predmet izpodbijanja pred Ustavnim sodiščem, vendar je Ustavno sodišče pobudo v skladu s svojo spremenjeno prakso zavrglo, ker še ni tekel postopek na podlagi zahteve za varstvo zakonitosti v konkretnem primeru, s katerim sta pobudnici izkazovali svoj pravni interes. V obrazložitvi je navedlo, da je vrhovni državni tožilec v zahtevi za varstvo zakonitosti navedel razloge glede ustavne skladnosti navedene določbe in da se bo moralo Vrhovno sodišče do njih opredeliti – ali jih argumentirano zavrniti ali pa začeti postopek pred Ustavnim sodiščem, če tega ne bo

⁹ V prvem odstavku 71. člena ZIZ so navedeni naslednji primeri:

1. če je zoper odločbo, na podlagi katere je bila dovoljena izvršba, vložil izredno pravno sredstvo;
2. če je vložen predlog za vrnitev v prejšnje stanje v postopku, v katerem je bila izdana odločba, ki je bila podlaga za dovolitev izvršbe;
3. če je vložena tožba za razveljavitev arbitražne odločbe, na podlagi katere je bila dovoljena izvršba;
4. če je vložena tožba za razveljavitev poravnave, na podlagi katere je bila dovoljena izvršba;
5. če je dolžnik zoper sklep o izvršbi vložil ugovor;
6. če je dolžnik vložil predlog za razveljavitev potrdila o izvršljivosti;
7. če je izvršba odvisna od sočasne izpolnitve kakšne upnikove obveznosti, dolžnik pa je odrekel izpolnitev svoje obveznosti zaradi tega, ker upnik svoje ni izpolnil in tudi ni pokazal pripravljenosti, da jo sočasno izpolni;
8. če je dolžnik ali udeleženec v postopku zahteval odpravo nepravilnosti, ki so bile storjene pri opravljanju izvršbe;
9. če je dolžnik začel pravdo ali drug postopek zaradi nedopustnosti izvršbe (59. in 60. člen).

¹⁰ Poročevalec DZ, št. 96/2001, str. 72.

storilo pa bosta pobudnici lahko vložili ustavno pritožbo.¹¹ Vrhovno sodišče je zahtevo za varstvo zakonitosti zavrnilo in med drugim navedlo, da pomisleki glede ustavne skladnosti navedene določbe niso utemeljeni. Kot argument je navedlo, da je treba v izvršilnem postopku upoštevati predvsem interes upnika do učinkovite izvršbe, da je interes socialne države že dovolj varovan z enkratno možnostjo odloga in da zato omejitve iz drugega odstavka 71. člena ZIZ niso nesorazmeren poseg v pravice dolžnika.¹²

4. Pravni položaj kupca nepremičnine

Za nakup nepremičnine v izvršilnem postopku veljata dve bistveni posebnosti: gre za originaren način pridobitve lastninske pravice, kar pomeni, da postane kupec lastnik, tudi če se kasneje izkaže, da dolжник ni bil lastnik nepremičnine oziroma da so obstajali kakšni drugi razlogi za nedopustnost izvršbe, po drugi strani pa kupec proti dolžniku ne more uveljavljati jamčevalnih zahtevkov zaradi napak, ki jih je odkril na nepremičnini (467. člen Obligacijskega zakonika, Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.).

Po zakonu o izvršbi in zavarovanju iz leta 1930 je bil »osrednji akt dražbenega postopka«¹³ domik, saj so se nanj vezale vse najpomembnejše pravne posledice. Kupec je postal lastnik na dražbi prodane nepremičnine s pravnomočnostjo sklepa o domiku in od tega trenutka dalje njegovih pravic ni bilo mogoče več izpodbijati, čeprav je bil razveljavljen izvršilni naslov, ki je bil podlaga za dražbo (§ 151 ZIZ 1930). ZIZ – tako kot pred njim ZIP¹⁴ – ureja prehod lastninske pravice na kupca v dveh fazah. Sodišče najprej izda sklep o domiku (189. člen ZIZ), po pravnomočnosti tega sklepa in plačilu kupnine pa sklep, da se nepremičnina izroči kupcu in po pravnomočnosti sklepa v zemljiški knjigi vpiše nanj lastninska pravica (192. člen ZIZ). Po 193. členu ZIZ razveljavitev ali sprememba sklepa o izvršbi po pravnomočnosti sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu nima vpliva na pravice, ki jih je kupec pridobil po 192. členu. Glede na to je pri razlagi vsebinsko enake ureditve po ZIP v teoriji prevladalo stališče, da je odločba, s katero kupec pridobi lastninsko pravico, sklep o izročitvi nepremičnine, medtem ko je sklep o domiku zgolj naslov za pridobitev lastninske pravice.¹⁵

¹¹ Sklep št. U-I-354/07 z dne 10. 1. 2008.

¹² Sklep št. II Ips 294/2007 z dne 10. 4. 2008.

¹³ Juhart, str. 85, Sajovic, str. 276-267.

¹⁴ Členi 164 do 168 ZIP.

¹⁵ Ude, str. 148; Wedam Lukić, str. 100; ter po uveljavitvi ZIZ str. 310.

V praksi pa se je pojavilo vprašanje, ali lahko sodišče razveljavi sklep o domiku, če upnik po njegovi izdaji umakne predlog za izvršbo. Po 43. členu ZIZ lahko upnik »med postopkom« umakne predlog za izvršbo in sodišče v tem primeru ustavi postopek. Po drugem odstavku 76. člena ZIZ sodišče v tem primeru razveljavi tudi opravljena izvršilna dejanja, kolikor s tem niso prizadete pravice drugih oseb. Vprašanje je torej, ali z izdajo sklepa o domiku že nastane kakšna pravica, v katero ni dopustno posegati. Ustavno sodišče je v odločbi št. Up-35/98 z dne 2. 4. 1998 na to vprašanje odgovorilo pritrdilno. Položaj kupca v izvršilnem postopku po domiku je primerjalo s položajem kupca v obligacijskem razmerju. V obdobju od sklenitve pravnega posla do vpisa v zemljiško knjigo je kupec v pravnem položaju, ko je njegova pravica pričakovanja pravno zavarovana. Po mnenju Ustavnega sodišča je podobno tudi s pravnim položajem kupca nepremičnine po izdaji sklepa o domiku, ko je vsečnost njegovega pravnega položaja je odvisna zgolj od zakonitosti javne dražbe in od plačila kupnine. Razveljavitev sklepa o domiku zaradi drugih okoliščin bi zato po oceni Ustavnega sodišča posegla v kupčevo pričakovalno pravico, pridobljeno z naslovom za pridobitev lastninske pravice, t.j. z domikom. To stališče je Ustavno sodišče še dodatno utemeljilo v odločbi št. 77/04 z dne 11. 10. 2006. V njej je izrecno poudarilo, da pomeni poseg v kupčevo pričakovalno pravico tudi kršitev njegove pravice do zasebne lastnine iz 33. in 67. člena Ustave. Po presoji Ustavnega sodišča je kupčevo pričakovanje pridobitve lastninske pravice v takšnem primeru tako utemeljeno in konkretno, da zadosti pojmu upravičeno pričakovanje in je zato varovano z ustavno določbo o varstvu zasebne lastnine.¹⁶

5. Sklep

Medtem ko se je ureditvi izvršbe po ZIP očitalo, da je preveč prijazna do dolžnika, je mogoče glede sedaj veljavne ureditve ugotoviti, da v večji meri upošteva interese upnika. S tem ko je zakon znižal najnižjo ceno, za katero je mogoče prodati nepremičnino v izvršilnem postopku ter omejil pravico dolžnika, da še naprej prebiva v prodanem stanovanju oziroma hiši, ter možnost odloga izvršbe za njegovo izselitev iz prodanega stanovanja oziroma hiše, je nedvomno povečal možnosti za prodajo nepremičnine in s tem prispeval k večji učinkovitosti izvršbe. Vprašanje pa je, ali je v zadostni meri preprečil možnost zlorab, do katerih lahko pride pri prodaji, in ali je v zadostni meri poskrbljeno za varstvo dolžnikove eksistence takrat, kadar se zaradi prodaje stanovanja znajde dobesedno na cesti. Nekateri konkretni primeri kažejo, da ni vedno tako.

¹⁶ Kljub tej odločbi se je Višje sodišče v Ljubljani v sklepu III Cp 7649/2006 z dne 14. 3. 2007, s katerim je razveljavilo sklep prvostopenjskega sodišča o ustavitvi postopka, sklicevalo zgolj na odločbo št. Up-35/98.

Literatura

1. JUHART, JOŽE: Civilno izvršilno pravo, oris, Ljubljana 1969
2. RIJAVEC, VESNA: Civilno izvršilno pravo, Ljubljana 2003
3. SAJOVIC, RUDOLF: Izvršilni postopek, Tolmač k zakonu o izvršbi in zavarovanju, Ljubljana 1944
4. UDE, LOJZE: Predpisi o izvršilnem postopku s pojasnili, Ljubljana 1979
5. WEDAM LUKIČ, DRAGICA: Civilno izvršilno pravo, Ljubljana 1992

Izvršba na nepremičnine

*Dida Volk*¹

Sodna praksa

Pomembnejša vprašanja prakse

- Ovire za izvršbo
- Izvršba na nepremičnine, nevpisane v Z.K.
- Izvršba na nepremičnino, ki ni vpisana na dolžnika
- Izvršba na skupnem premoženju zakoncev
- Poplačilo hipotekarnega upnika

65

Ovire za izvršbo

- Vložene tožbe
- Začasne odredbe
- Razni vpisi v Z.K.
- Skupno premoženje
- Nepremičnina ni vpisana na dolžnika

Tožba na nedopustnost

Vložena tožba na nedopustnost izvršbe ni sama po sebi ovira za izročitev nepremičnine kupcu, kadar je sklep o domiku pravnomočen in je plačana kupnina.

¹ Okrožno sodišče v Ljubljani.

Prepoved odtujitve in obremenitve

Vknjižba (vsebinsko gledano zaznamba) prepovedi odtujitve in obremenitve v zemljiški knjigi na podlagi izdaje začasne odredbe ni ovira za izdajo sklepa o izvršbi na nepremičnino in dovolitev vpisov na podlagi sklepa o dovolitvi izvršbe na nepremičnino.

Idealni delež – ni ovira

Idealni delež nepremičnine je v pravnem prometu, zato je lahko predmet prodaje na javni dražbi. Po zaznambi sklepa o izvršbi sodišče ne more za poravnavo kakšne druge terjatve istega ali drugega upnika opraviti posebnega postopka izvršbe na isto nepremičnino.

Zaznamba sklepa o izvršbi v Z.K.

DIDA VOLK

66

Sodišče prve stopnje je napačno začelo zemljiškoknjižni postopek že ... in plombiralo predlog za razširitev izvršbe na nepremičnino vl. št. .. Po 1.odst. 170. člena ZIZ se v zemljiški knjigi zaznamuje šele sklep o izvršbi, ne pa že predlog za izvršbo. Pravno dejstvo začetka izvršilnega postopka (ko se z izdajo sklepa o izvršbi začne izvršba v ožjem pomenu besede; primerjaj 46. člen ZIZ) se na obvestilo izvršilnega sodišča v zemljiški knjigi zaznamuje po uradni dolžnosti, ne na predlog stranke (upnikov predlog za izvršbo).

Poplačilo zastavnega upnika

Da v zemljiško knjigo vknjižena zastavna pravica ne more biti ovira za izvršbo za izterjavo denarne terjatve na nepremičnini, jasno izhaja iz določb 13. poglavja ZIZ, zlasti iz določb 170., 172., 196. in 198. čl. ZIZ, ki podrobneje urejajo položaj in poplačilo zastavnega upnika. Zastavni upnik torej zaradi izvršbe na nepremičnino ne bo prikrajšan.

Izročitev nepremičnine kupcu – zanimivo stališče...

Čeprav v primeru, ko dolžnik ne pridobi najemne pravice po 210. členu ZIZ, sklep o izročitvi prodane nepremičnine kupcu ni opredeljen kot izvršilni naslov za deložacijo dolžnika, mora sodišče v okviru dražbenega postopka kupcu izročiti v posest izpraznjeno hišo.

Nevpisane nepremičnine

- Postopek v 211. členu ZIZ
- Dolžnik ni lastnik
- Dolžnik je nevpisano, vendar zastavljeno nepremičnino prodal (dobrovernemu) kupcu – ugovor tretjega
- “zgodovina” nastanka hipoteke na nevpisanih nepremičninah

Opredelitev nepremičnine

VSK sklep II Cp 391/2000

Ker je upnik glede nepremičnine – stanovanja, ki ni vpisano v zemljiški knjigi, navedel tako parcelno številko, na kateri je večstanovanjska hiša, kot tudi točen naslov in številko stanovanja ter površino, je s tem dovolj identificiral nepremičnino, na katero se nanaša izvršba.

Originaren način pridobitve lastninske pravice v izvršbi

Sodba II Ips 500/99

Bivša zakonca, izmed katerih je eden ob soglasju drugega prodal skupno stanovanje, ki je bilo obremenjeno z zastavno pravico za posojilo, ki ga je najel eden izmed njiju za skupne potrebe, stanovanje pa je bilo potem prodano na dražbi v izvršilnem postopku in vzeto kupcu, morata vrniti slednjemu prejeto kupnino, ker je takšna pogodba po zakonu razdrta.

Ugovor tretjega – kupec ni vpisan v Z.K.

VSK II Cpg 119/05

S strani tretjega uveljavljeni razlogi v ugovoru ne omogočajo zaključka, da ima tretji na predmetu izvršbe (tj. na dolžnikovih nepremičninah) pravico, ki bi preprečevala izvršbo. Za takšen zaključek namreč ne zadošča okoliščina, da je tretji kot kupec z dolžnikom kot prodajalcem dne 6.1.2004 sklenil prodajno pogodbo za nepremičnine, ki so predmet izvršbe, **saj s samo sklenitvijo pogodbe tretji še ni postal lastnik nepremičnin**, ampak bi to postal šele z vknjižbo svoje lastninske pravice na nepremičninah na podlagi navedene pogodbe (49. čl. SPZ).

Nepremičnina ni vpisana na dolžnika

- Postopek, predviden v 168. členu ZIZ (predložitev listine oziroma vložitev tožbe)
- Nepremičnina je skupno premoženje
- Vpisana samo na enega zakonca (razlika: ali na dolžnika ali na drugega zakonca)

Vložitev tožbe

VSK sklep II Cp 170/2000

Če upnik nima listine, primerne za vpis lastninske pravice na dolžnico, sodišče v tem primeru izvršilni predlog ne zavrne, ampak dodeli upniku primeren rok za vložitev tožbe, s katero bo zahteval vpis lastninske pravice na dolžnico.

Izvršba na skupno premoženje

- Različni možni vpisi v Z.K.:
 - vpisano skupno premoženje
 - lastninska pravica vpisana zgolj na enega zakonca (dolžnika, drugega zakonca)
- Poplačilo hipotekarnega upnika – navadnega upnika

Skupno premoženje?

VSL sklep III Cp 1698/99

Predloga za izvršbo ni mogoče zavreči, če je dolžnik vpisan v zemljiški knjigi na nedoločenem deležu, pa ni jasno, ali gre za skupne lastnike ali za solastnike.

Obrazložitev

Ker vprašanje skupne lastnine ali solastnine v konkretnem primeru ni rešeno, je sodišče prve stopnje predlog za izvršbo preuranjeno zavrglo, kajti če gre za solastnike je izvršba možna na polovični delež, če pa gre za skupne lastnike pa bo treba izvesti postopek na primer po 57. členu ZZZDR, če gre za zakonca, oziroma po določbah 5. in 6. odstavka 168. člena ZIZ.

Hipoteka – skupno premoženje

Zavarovanja terjatve na celotni nepremičnini, ki predstavlja skupno premoženje, ni mogoče dovoliti za terjatev do enega solastnika skupnega premoženja. Prav tako pa

ga že pojmovno ni mogoče dovoliti na nedoločenem deležu dolžnice na skupnem premoženju.

Nepremičnina – skupno premoženje

Upnik, ki želi doseči izvršbo oz. zavarovanje na deležu enega od zakoncev, lahko ravna po določbi 1. odstavka 57. člena ZZZDR. Po omenjeni določbi lahko na podlagi pravnomočne sodbe zahteva, da sodišče določi delež dolžnika na skupnem premoženju in šele nato zahteva izvršbo na ta delež.

Poplačilo hipotekarnega upnika

Tožeča stranka priznava, da je v zemljiški knjigi navedeno, da je pridobil lastninsko pravico na podlagi kupoprodajne pogodbe njen mož, in da sama ni vpisana v zemljiški knjigi, zato mora nositi riziko, da ni poskrbela za svoj vpis v zemljiško knjigo in da ni reagirala ob vpisu hipoteke tožene stranke.

Obrazložitev

Čeprav velja domneva, da v primeru, da kak podatek ni vpisan v zemljiško knjigo, tretje osebe za nevpisani podatek ne vejo, pa ta domneva ni neizpodbitna. Toda tožeča stranka ni dokazovala in ni dokazala slabe vere tožene stranke. Samo dejstvo, da je profesionalna organizacija (banka), pa ji ne daje pravice oziroma dolžnosti, da se spušča v ugotavljanje osebnih podatkov posojilojemalcev, da torej ugotavlja njihov zakonski stan in se vtikuje v druga osebna razmerja ter zakonce obravnava drugače od tistih oseb, ki niso poročene.

Enako stališče

Če bi tožnica poskrbela za njen zemljiškoknjžni vpis, bi bila zaradi publicitetnega učinka vpisa varovana. S svojo neaktivnostjo se je tožnica sama izpostavila nevarnosti, da bo kdo v zaupanju v podatke zemljiške knjige pridobil kakšno pravico na skupni nepremičnini.

Poplačilo navadnega upnika

- Ustavna odločba Up-128/03 z dne 27.1.2005
- Pri skupnem premoženju gre za originaren način pridobitve lastninske pravice

- Zato pridobi zakonec lastninsko pravico na neoddeljenem delu skupnega premoženja ne glede na vpis v zemljiško knjigo
- V konkretnem primeru je izvršbo na nepremičnino predlagal (navadni) upnik, ne hipotekarni, ki se na z.k. stanje in dobro vero ne more sklicevati

Napotki Ustavnega sodišča

V ponovljenem postopku bo moralo sodišče najprej ugotoviti, ali nepremičnina, ki je predmet izvršbe, spada v skupno premoženje zakoncev, in kakšna je narava dolga, katerega poplačilo se zahteva v izvršilnem postopku s prodajo nepremičnine (ali gre za dolg enega od zakoncev ali za skupen dolg zakoncev)

Tožba dolžnikove žene na nedopustnost izvršbe

Tožba zaradi nedopustnosti izvršbe, s katero izločuje dolžnikova žena solastninski delež na (domnevno skupnem) premoženju, na katerem je dolžnik vknjižen kot izključni lastnik in je upnik nanj segel z izvršbo, je izločitvena. Z zaznambo izvršbe v zemljiški knjigi pridobi upnik pravico poplačila svoje terjatve iz predmeta izvršbe – nepremičnine, pred vsemi drugimi in tudi v primeru odtujitve nepremičnine.

Položaj (zastavnega) upnika

Njegova pravica je absolutna, s podobnimi materialnopravnimi učinki kot jih ima zastavna pravica. Zato položaj dolžnikovega zakonca v izločitvenem sporu ne more biti v bistvenem drugačen kot v premoženjskih sporih, ki nastanejo zaradi enostranskega razpolaganja drugega zakonca z domnevno skupnim premoženjem. **Dolžnikov zakonec bo zato praviloma uspel v izločitveni pravdi le, če je upnik (pridobitelj pravic) ravnal v slabi veri !**

II.

Razvojne tendence in novosti v dednem pravu

Pravni letopis

2008

Temeljna načela dednega prava

dr. Karel Zupančič¹

1. Pojmovanja načel dednega prava

Naše dedno pravo izhaja iz treh temeljnih načel. To so: **svoboda oporočnega razpolaganja** (svoboda testiranja), **dedovanje v družini** in **vesoljno nasledstvo (univerzalna sukcesija)**. Prvi dve načeli izražata pravno-politično vrednotenje v dednem pravu; njuno uresničevanje deloma zagotavlja tudi ustava. Tretje načelo nima pravno-politične teže; je samo izraz pravnotehnične odločitve zakonodajalca. Zato sodi med osnovne pojme dednega prava, pri načelih pa ga samo omenjam. Mesto s tem načelom povezanega »avtomatizma« prehoda zapuščine na drugega (ipso iure pridobitev dediščine) pa je pri pridobitvi dediščine.

75

V (tuji) literaturi se pogosto omenja tudi **načelo zasebnega dedovanja**.² Premoženje zasebnika preide ob njegovi smrti na zasebnika; država praviloma pri dedovanju ni udeležena. S tem se utrjuje in varuje zasebna lastnina in zasebna avtonomija (avtonomija posameznika pri oblikovanju lastnih pravnih razmerij): premoženje, ki ga je zapustnik ustvaril, gre ob njegovi smrti osebi, ki jo je on določil z oporoko, ali njegovim svojcem na podlagi zakona. Državi (fiskusu) pripade zapuščina samo izjemoma: tedaj, kadar ni nobene osebe, ki bi bila poklicana k dedovanju bodisi na podlagi oporoke, bodisi na podlagi zakona (v našem pravu: zapuščina brez dediča postane lastnina Republike Slovenije, 9. člen ZD). V nekaterih pravnih ureditvah ima država v takem primeru dedno pravico; je »zadnji zakoniti dedič« (gl. npr. § 1936 BGB). Država v našem pravu

¹ Profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Gl. npr. **Brox**, H. – **Walker** W.-D., *Erbrecht*, 2007, str. 13 in nasl.; **Leipold** D., v: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. zvezek, *Erbrecht*, §§1922-2385, izd. 2004, str. 10, 11; **Ebenroth** C. T., *Erbrecht*, 1992, str. 35 in nasl.

ni dedič; glede pravne kvalifikcije prehoda zapuščine na državo pa ni enotnega mnenja. Nekateri štejejo, da gre za okupacijo (prilastitev) zapuščine s strani države, vendar ne za okupacijo v stvarnopravnem smislu; njena posledica ni originalna pridobitev zapuščine. Za druge je prehod zapuščine na državo posebna univerzalna sukcesija *mortis causa* in ga zato nima smisla enačiti z drugimi pravnimi instituti.³

Kljub temu, da zapuščina le izjemoma preide na državo pa ta sicer participira na zapustnikovem premoženju; ne kot dednopravni upravičenec, temveč kot davčni upnik. Davka na dediščino so praviloma oproščeni samo dediči prvega dednega reda: zapustnikovi potomci oziroma posvojenci in njihovi potomci ter zakonec ali zunajzakonski partner. Z oddaljenostjo sorodstva raste tudi višina davka. Država je seveda lahko tudi dedič na podlagi oporoke – tako kot vsak druga pravna oseba.

Nekateri avtorji upravičeno kritizirajo uvrstitev zasebnega dedovanja med načela dednega prava. Pripisujejo mu večjo pomembnost: v zasebnem dedovanju se dejansko izraža pravica do dedovanja, zagotovljena z ustavo. Argument: pravna ureditev, ki bi predpisala, da preide zapustnikovo premoženje načelno in ne samo izjemoma na državo, ne bi pravice do dedovanja samo modificirala, temveč bi jo docela odpravila. S tem pa bi odločilno posegla tudi v zasebno lastnino, kajti zapustnik bi se konfiskaciji zapuščine lahko izognil samo tako, da bi svoje premoženje *inter vivos* prenesel na zasebnike. Konsekventno bi morala taka ureditev torej preprečevati tudi prenos premoženja za življenje.⁴ Predstavljeni razlog je dovolj prepričljiv, da velja sprejeti to pojmovanje tudi za naše pravo.

Posamezni avtorji naštevajo še več načel dednega prava. Za načelo štejejo tudi zasebno avtonomijo v dednem pravu.⁵ Vendar tu ne gre za posebno načelo; vsebovano je v svobodi testiranja (gl. spodaj). Zasebna avtonomija velja tudi za dednopravnega upravičenca (dediča ali volilojemnika). Upravičenec sicer postane pravni naslednik zapustnika glede predmeta dedovanja *ipso iure* (ne da bi bilo potrebno kakšno njegovo ravnanje) v trenutku zapustnikove smrti, ni pa dolžan predmeta dedovanja obdržati. Lahko se pravnemu nasledstvu odpove z učinkom za nazaj (*ex tunc*). To je zlasti pomembno zato, ker pravno nasledstvo zajema tudi dolgove zapustnika.

³ O različnih stališčih Zupančič K. Žnidaršič V., Zapuščina brez dedičev, Pravna praksa 2005/24, str. 15 in nasl.

⁴ Otte G., v: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 5. knjiga, Erbrecht; Einleitung: §§ 1922-1966, 2000, str. 23

⁵ Tako Brox, H. – Walker W.-D., Erbrecht, 22. izd., 2007, str. 14 in nasl.

Druge rešitve dednih predpisov – ki jih nekateri tudi navajajo kot načela pomenijo bodisi pravnotehnično izpeljavo in omejitve navedenih načel, bodisi gre za posebne dednopravne institute; odločilne pravopolitične teže nimajo. Take narave so npr. univerzalna sukcesija (ki sem jo sicer omenil med načeli, vendar kot pravnotehnični instrument), ipso iure pridobitev dediščine, nujni delež, odgovornost za dolgove zapustnika, zahteve obličnosti pri oporočanju (t. j. pri uresničevanju svobode testiranja), oblikovanje dednih redov pri zakonitem dedovanju. Nekatere rešitve obravnavamo kot značilnosti dednopravne ureditve in ne kot načela, npr. enakopravnost pri dedovanju, dedni naslov (numerus clausus: oporoka, zakon), premoženje brez dedič pripade državi (kaduciteta).

2. Svoboda oporočnega razpolaganja (svoboda testiranja)

To načelo pomeni, da lahko zapustnik z oporoko odloča o usodi svojega premoženja za primer smrti, ne da bi se oziral na zakoniti dedni red. Dedovanje na podlagi zapustnikove volje (oporočno dedovanje) ima prednost pred zakonitim dedovanjem. Zapustnik lahko z oporoko uredi dedovanje po svojih osebnih željah in predstavah. Pri tem ni vezan na splošna družbena prepričanja ali na gledanje večine.⁶ Svoje premoženje lahko zapusti poljubni osebi (osebam), lahko razpolaga s celoto ali z delom premoženja. Posebno zapustnik ni prisiljen enako obravnavati svojih potomcev (zaradi ustavnega načela enakopravnosti).⁷

Svobode oporočnega razpolaganja, svobode testiranja, ni mogoče omejiti s pogodbo (105. člen ZD). Neveljavne so tudi pogodbe, s katerimi se zapustnik veže glede razpolaganja s premoženjem, ki ga bo imel ob smrti (prim. 103., 104. člen ZD; izjema: odpoved nevedenemu dedovanju, 137. člen ZD).⁸ Sicer pa tudi za oporočno razpolaganje veljajo omejitve, ki nasploh veljajo za pravnoposlovno razpolaganje; sankcija za kršitev teh omejitev neveljavnost posla je predpisana za vsak pravni posel (oporoka je enostranski pravni posel mortis causa). Neveljavna je npr. oporoka, ki ne izpolnjuje pogoja dopustnosti vsebine in podlage oporočnega razpolaganja (gl. čl. 35. člen in člen 39/4 Obligacijskega zakonika, OZ). Oporoka je nedopustna, če je njena vsebina ali podlaga v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli (gl. 37. člen in člen 39/2 OZ). V skladu z ureditvijo po OZ gre pri oporoki, ki ne ustreza

⁶ Tako nemško Zvezno ustavno sodišče v odl. z dne 21.2.2001, NJW 2000, str. 2495

⁷ Tako nemško Zvezno ustavno sodišče v odl. z dne 16.10.1984, gl. **Langenfeld G.**, ZEV 2007/10, str. 454

⁸ Glej tudi **Žnidaršič Skubic V.**, Dedna pogodba, Zbornik znanstvenih razprav PF v Lj., 2005, str. 371-393.

navedenim pogojem, največkrat za težjo stopnjo neveljavnosti, torej za ničnost in ne samo za izpodbojnost; to pa ne velja za kršitev vseh prisilnih pozitivnih predpisov.⁹

Za oporočanje pa veljajo še posebne, dodatne omejitve, ki izhajajo zlasti iz zakonske zahteve, da je oporoka napravljena v eni izmed oblik, določenih z zakonom in ob pogojih, ki jih postavlja zakon (62. člen ZD) in iz pravila, da je oporoka strogo osebni pravni posel (prim. §564 ODZ); zastopanje pri izjavi poslednje volje nima veljave.

Najmočnejša vsebinska omejitev svobode testiranja je nujni delež (25. člen in nasl. ZD). Če je zapustnik razpolagal (tudi) s tistim delom zapuščine, ki naj bi ga dobili bližnji zakoniti dediči, lahko kot nujni dediči zahtevajo, da se to razpolaganje razveljavi. Posebno vprašanje je, ali je tudi nujni delež zagotovljen z ustavo (kot pravica dediča, da pridobi premoženje mortis causa, v skladu s 33. členom ustave). Velja sprejeti pritrdilno mnenje.¹⁰ Zakonska ureditev nujnega deleža zagotavlja po eni strani bližnjim svojcem zapustnika določeno udeležbo na premoženju zapustnika, po drugi strani pa omogoča zapustniku zadostni gibalni prostor za uresničenje svobode testiranja.

Po Zakonu o dedovanju obstajajo še druge omejitve avtonomije zapustnikove volje pri oporočanju. Pomembnejše so:

- prepoved fidejkomisarične substitucije (čl. 93/3 ZD), ki zapustniku onemogoča, da bi določil usodo svojega premoženja za daljši čas po smrti;
- neveljavnost skupne (simultane) oporoke, če dve osebi (najpogosteje zakonca) postavita drug drugega za dediča. Za to omejitev svobode testiranja ni utemeljenega razloga;
- zahteva, naj se oporoko v dvomu razlaga v korist zakonitega dediča (čl. 84/2 ZD) je v nasprotju z osnovnim interpretacijskim pravilom, po katerem je treba oporoko razlagati po pravi zapustnikovi volji (čl. 84/1): če je zapustnik testiral, je prav gotovo hotel, naj določbe oporoke obveljajo (razlaga in favorem testamenti). Zakon o denacionalizaciji

⁹ V dednih predpisih je določena ničnost za oporoko, s katero razpolaga oporočitelj s kmetijo v nasprotju z načelom zakona o dedovanju kmetijskih gospodarstev, da deduje kmetijo praviloma en dedič, ki mora izpolnjevati posebne pogoje (5. čl. v zvezi s 7 - 9. čl. ter 21. čl. ZDKG). Nična je tudi oporočna določba o volilu kmetijskih obdelovalnih zemljišč, ki so del zaščitene kmetije. Toda če so predmet volila neobdelovalna zemljišča, stavbna zemljišča ali druge stvari in pravice, ki spadajo v zaščiteno kmetijo, je oporočna določba le izpodbojna (22. čl. ZDKG). Podrobneje **Zupančič K.**, Uvodna pojasnila, v: Dedovanje, 8.izd., 2005, str. 73, 74; **Isti**, Dedno pravo, 1991, tč. 237 in nasl. (str. 97, 98).

¹⁰ O tem, zlasti v nemški literaturi zelo diskutiranem vprašanju (del teorije odgovarja nikalno), je nemško Zvezno ustavno sodišče sprejelo stališče, da gre zapustnikom otrokom v skladu z ustavo del udeležbe na zapuščini. Popolna odprava nujnega deleža (v nemškem pravu: dolžnega deleža: Pflichtteil) zato ne pride v poštev. Odl. BVerfG, 19.4.2005, NJW 2005, str. 1561. Gl. tudi **Langenfeld G.**, ZEV 2007/10, str. 456

(ZDen) je še manj naklonjen ugotavljanju zapustnikove volje, saj razlago sploh odpravlja; volja zapustnika se upošteva samo, če jo je izrecno izrazil (81. člen ZDen);

- zapustniku ne gre pravica, da svojcu iz kroga nujnih dedičev iz utemeljenih razlogov odvzame ali omeji nujni delež in to zunaj zakonskega kataloga razlogov za razdedinjenje (42. člen ZD).¹¹ Pri razlogih za razdedinjenje se torej svobode testiranja ne upošteva v zadostni meri;
- podobno velja glede kogentnih določb o razlogih za dedno nevrednost. Gre sicer za uresničevanje domnevne zapustnikove volje. Tu vendarle obstaja možnost korekture, kajti zapustnik lahko ravnanje, ki pomeni razlog dedne nevrednosti, dediču praviloma oprosti (126., 127. člen ZD).

3. Dedovanje v družini

Poimenovanje tega načela ni najbolj ustrezno, je pa ustaljeno.¹² Načelo pomeni, da preide zapustnikovo premoženje ob njegovi smrti na osebe, ki so z njim v določenem družinskem razmerju – ob pogoju, da zapustnik ni z oporoko drugače razpolagal. Najpomembnejše družinsko razmerje je najbližje sorodstvo (družina v smislu 2. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih: starši in otroci), vendar lahko dedujejo tudi oddaljenejši sorodniki zapustnika. S sorodniki so izenačene osebe, ki jih z zapustnikom veže posvojitev. Do dedovanja so upravičeni tudi zakonec oziroma po našem pravu (heteroseksualni) zunajzakonski partner, ne pa partner iz registrirane istospolne skupnosti.¹³ Imenovane osebe so glede na bližino sorodstva in osebne povezanosti razvrščene v dedne rede; osebe iz bližnjega dednega reda izključujejo od dedovanja osebe iz oddaljenejšega dednega reda.

Načelo dedovanja v družini se kaže tudi v institutu nujnega deleža, s katerim se bližnjim zapustnikovim svojcem (v našem pravu ne samo najbližjim, saj lahko dobijo nujni delež razen zapustnikovih potomcev, zakonca ali zunajzakonskega partnerja in staršev, ob določenih pogojih tudi stari starši ter bratje in sestre zapustnika; s sorodniki so izenačene

¹¹ Podrobneje **Zupančič K.** Omejitev svobode testiranja z ustanovo nujnega deleža, Pravna praksa 2003/19, priloga, str. IV.

¹² Gl. npr. **Leipold, D.**, v: Münchener Kommentar zum BGB, 9. zvezek, Erbrecht, §§1922-2385, izd. 2004, str. 11 (ta avtor obravnava dedovanje v družini in v registriranem partnerstvu); **Brox, H. – Walker W.-D.**, Erbrecht, 2007, str. 15; govori se tudi o načelu vezanosti (zapustnikovega) premoženja na družino, gl. **Otte G.**, v: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 5. knjiga, Erbrecht; Einleitung; §§ 1922-1966, izd. 2000, str. 20 in nasl.

¹³ Drugače v nemškem pravu. Vzajemna dolžnost medsebojne pomoči in skrbi kot tudi dolžnost preživljanja so podlaga zakonitega dedovanja in nujnega deleža partnerjev iz registriranega (istospolnega) partnerstva. Gl. **Leipold D.**, v: Münchener Kommentar zum BGB, 9. zvezek, Erbrecht, §§1922-2385, izd. 2004, str. 12.

osebe, ki jih z zapustnikom veže posvojitev) zagotavlja del zapuščine, če jih je zapustnik pri neodplačnih naklonitvah prezrl.

Lastnost članov družine zapustnika upošteva Zakon o dedovanju še v drugih določbah, npr. pri izločitvi dela zapustnikovega premoženja v korist potomcev (32. člen ZD), pri izločitvi gospodinjskih predmetov iz zapuščine v korist potomcev in zakonca (33. člen ZD), pri razdedinjenju v korist potomcev (45. člen ZD), pri vračunanju daril in volil v dedni delež (46. člen in nasl. ZD). Posredno upošteva dedovanje v družini tudi davčno pravo. Dediči prvega dednega reda so oproščeni davka na dediščino, z oddaljenostjo sorodstva, ali če sorodstva sploh ni, pa se davčne stopnje povečujejo.

Načelo dedovanja v družini ne temelji toliko na domnevni zapustnikovi volji, kolikor zlasti na splošnem prepričanju o pravičnosti take ureditve. Nemška teorija razlaga, da se je zakonodajalec odločil omogočiti dedovanje osebam, ki naj bi bile praviloma zapustniku osebno in gospodarsko blizu.¹⁴ Vprašanje je, ali je ta razlaga sprejemljiva, kadar gre za zapustnikove sorodnike iz oddaljenejših dednih redov.¹⁵ Dvom je upravičen. Sicer pa je vprašanje kroga sorodnikov kot zakonitih dedičev vedno znova predmet razpravljanj in reformnih prizadevanj.¹⁶ Zožitev kroga bi sicer pomenila povečanje števila zapuščin brez dediča, ki bi šle državi; ker pa ima država možnost, da z davkom pobere del dediščine, se z reduciranjem kroga zakonitih dedičev najbrž noben zakonodajalec ne bo preveč trudil. Tudi z davkom na dediščino se lahko doseže isti namen, kot naj bi ga imela t. i. socialna funkcija dednega prava: zagotavljanje eksistenčnih pogojev nepreskrbljenih oseb. Prizadevanj za širitev kroga sorodnikov, ki bi lahko bili zakoniti dediči, v evropskih državah ni.¹⁷

¹⁴ O tem izčrpno **Otte G.**, v: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 5. knjiga, Erbrecht; Einleitung: §§ 1922-1966, izd. 2000, str. 20 in nasl.

¹⁵ V nemškem pravu je npr. dedovanje sorodnikov izpeljano zelo dosledno: dedujejo lahko prav vsi sorodniki – zapustnikovi predniki in njihovi potomci (tudi peti in oddaljenejši dedni redi, §1929 BGB). Podobno lahko dedujejo po francoskem pravu zapustnikovi potomci, starši, bratje in sestre in njihovi potomci, drugi predniki ter drugi sorodniki in njihovi potomci (člen 734 Code civil v besedilu zakona z dne 3.12.2001).

¹⁶ V našem dednem pravu se v tem pogledu – kot tudi sicer ni dosti reformiralo. Zakon o dedovanju iz leta 1955, ki je kot predpis tedanje SFRJ veljal v Sloveniji v svojem pretežnem delu do konca leta 1971 (in kot v republiški zakon transformiran predpis SR Slovenije do leta 1976), je razvrstil sorodnike zapustnika (poleg zakonca) v več dednih redov; v drugem in tretjem dednem redu so lahko dedovali tako zapustnikovi predniki kot tudi – po vstopni pravici njihovi potomci, v nadaljnjih dednih redih pa samo zapustnikovi predniki, ne pa tudi njihovi potomci (9. in 22. člen ZD). S tem je razširil krog sorodnikov, ki so bili lahko poklicani k dedovanju po ODZ (po katerem je sicer prevzel parentelno linearni sistem), ki je – tako kot tudi sedanji avstrijski ABGB – omogočal dedovanje tudi sorodnikom iz četrtega dednega reda, vendar samo prastarim staršem, ne pa tudi njihovim potomcem; s predniki iz četrtega dednega reda je krog zakonitih dedičev zaključen (§§ 731 in 751 ABGB). Slovenski Zakon o dedovanju iz leta 1976 določa tri dedne rede, v tretjem dednem redu lahko dedujejo predniki – zapustnikovi stari starši, kot tudi njihovi potomci (člen 10/1., 18. – 20. člen ZD).

V drugih evropskih državah omogočajo pravne ureditve dedovanje zvečine širšemu krogu sorodnikov. Primerjalni pregled: **Ebenroth C. T.**, Erbrecht, 1992, str. 94 in nasl.

Načelo dedovanja v družini je, vsaj na videz, v določenem nasprotju z načelom svobode testiranja, ki zapustniku omogoča, da odstopi od zakonitega dednega reda. Razmerje med zakonitim in oporočnim dedovanjem ni v celoti v dispoziciji zakonodajalca. Z vidika spoštovanja ustavnih pravic do lastnine in do dedovanja ter avtonomije posameznika pri oblikovanju svojih razmerij, ima dedovanje, ki izvira iz volje lastnika, zapustnika (oporočno dedovanje), prednost pred dedovanjem, ki izvira iz volje države (zakonito dedovanje). Oporočno dedovanje nima prednosti le tedaj, ko je treba v skladu z ustavnim načelom o varstvu otrok in družine upoštevati nujne dediče.

O navideznem nasprotju med svobodo testiranja in dedovanjem v družini govorimo zato, ker svoboda testiranja oporočitelju omogoča, da se pri prehodu zapuščine na svoje (člane družine), izogne shemi zakonitega dedovanja, ki je lahko v konkretnem primeru nepravilno, s tem, da določi, naj njegovo premoženje preide na tistega (tiste) člana (člane) družine, ki to glede na osebno in gospodarsko povezanost z njim, po njegovem prepričanju tudi zasluži (zaslužijo).¹⁸ Npr.: premoženje zapusti vnuku, ker – v nasprotju z otroki – sodeluje v družinskem podjetju. Taka »legitimna svojevoljnost« zapustnika je v razmerju do drugih bližnjih svojcev sprejemljiva, kajti njim se z nujnim deležem vendarle zagotavlja določena (čeprav manjša) udeležba na zapuščini. Zakonska ureditev nujnega deleža je tako dodaten razlog za upravičenje zapustnika, da bližnje svoje izključi od dedovanja.¹⁹

Literatura

1. BROX, HANS – WALKER, WOLF-DIETRICH, ERBRECHT, 22. Auflage., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München 2007
2. EBENROTH, CARSTEN THOMAS, ERBRECHT, BECK, München 1992
3. KLIMA, PETER, Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich. ZEV (Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge), 2006/2, str. 440-444.
4. LANGENFELD, GERITT, In der Testamentgestaltung lebt das Erbrecht, ZEV 2007/10, str. 453-458

¹⁷ Nasprotno: francosko pravo, v katerem je dvesto let veljalo načelo, naj ostane ob dedovanju premoženje v družini, v kateri je nastalo, je z reformnim zakonom z dne 3.12.2001 normiralo, da je zakonec zapustnika edini zakoniti dedič, če ni niti potomcev, niti staršev zapustnika (člen 757-2 Code civil v besedilu zakona z dne 3.12.2001). V tem primeru zakonec izključi od dedovanja brate in sestre zapustnika, njegove prednike ter druge sorodnike. Zakon tako upošteva, da v sedanjem času pridobivajo premoženje zlasti zakonci skupno. Gl. Klima P., Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich. ZEV 2006/2, str. 440 in nasl.

¹⁸ **Otte G.**, v: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 5. knjiga, Erbrecht; Einleitung: §§ 1922-1966, izd. 2000, str. 21

¹⁹ Prim. **Langenfeld G.**, ZEV 2007/10, str. 454.

5. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Erbrecht, §§1922–2385 (Redakteur Schlichting, Gerhard), Beck, München 2004
6. J. VON STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Fünfter Buch, Erbrecht, Einleitung: §§ 1922–1966, Neubearbeitung (Redaktor Otte, Gerhard), Sellier – De Gruyter, Berlin 2000
7. ZUPANČIČ, KAREL ŽNIDARŠIČ, VIKTORIJA, Zapuščina brez dedičev, Pravna praksa 2005/24, str. 15 – 18
8. ZUPANČIČ, KAREL, Uvodna pojasnila, v: Dedovanje, 8. izd., Uradni list RS, Ljubljana 2005
9. ZUPANČIČ, KAREL, Dedno pravo, Uradni list RS, Ljubljana 1991
10. ŽNIDARŠIČ SKUBIC, VIKTORIJA, Dedna pogodba, Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani, 2005, str. 371–393

Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka

dr. Viktorija Žnidaršič Skubic¹

1. Uvodno

V slovenskem pravnem redu poznamo dva pravna temelja za dedovanje, oporoko in zakon. Dedna pogodba po našem pravu ni dedni naslov, kar pomeni, da pogodbenega dedovanja pri nas ne poznamo. Predmet obravnave tega prispevka je, kljub temu ali pa morda ravno zato, prav dedna pogodba. Slednja je namreč, v skladu z našim pravom, (načeloma) neveljavna. Na podlagi izrecnih določb Zakona o dedovanju (ZD)² sta neveljavni, to je nični, tako dedna pogodba, kot tudi pogodba o vsebini oporoke. Slovenski sistem dedovanja pozna eno samo izjemo, ko dedna pogodba ni neveljavna: gre za t. i. sporazum med prednikom in potomcem o odpovedi dediščini, ki bi šla potomcu po prednikovi smrti (2. odstavek 137. člena ZD).³ To je tudi edina dovoljena izjema od sicer dosledno izvedenega pravila, da je neveljavna vsaka pogodba, ki se tiče dediščine po kom, ki je še živ. S pričakovanimi pravicami na področju dedovanja namreč ni dovoljeno razpolagati (104. člen ZD).⁴

¹ Docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Zakon o dedovanju (ZD), Ur. l. SRS, št. 15/76, 23/78, Ur. l. RS, št. 17/91, 13/94, 40/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01.

³ Natančneje o tematiki Žnidaršič V., 2005, str. 372-378.

⁴ Glej: Zupančič K., 2002, str. 95.

2. Pogodbe dednega prava oziroma dednopravne pogodbe

Dednopravne pogodbe nekateri avtorji ločujejo na dve večji skupini.⁵ Prvo skupino tvorijo dednopravne pogodbe v ožjem pomenu: dedna pogodba, skupna oporoka, pogodba o odpovedi nevedenemu dedovanju, fideikomisarična substitucija, drugo skupino pa dednopravne pogodbe v širšem pomenu: pogodba o izročitvi in razdelitvi premoženja (izročilna pogodba),⁶ darilo za primer smrti,⁷ pogodba o odstopu dednega deleža⁸ ter sporazum dedičev o delitvi zapuščine.⁹ Nekateri avtorji opozarjajo še na drugo vrsto delitve dednopravnih pogodb,¹⁰ to je na delitev na t. i. pozitivne (klasične) dednopravne pogodbe: to so tiste, s katerimi zapustnik nakloni sopogodbniku ali tretji osebi zapuščino ter na t. i. negativne dednopravne pogodbe: tipičen primer slednje je pogodba o odpovedi dediščini.

3. Dedna pogodba

86

V skladu z zakonsko definicijo (103. člen ZD) je dedna pogodba pogodba, s katero kdo zapušča svojo zapuščino ali njen del sopogodbniku ali komu drugemu. Dedna pogodba je sklenjena med živimi za primer smrti, izpolnitev pogodbe je zadržana do smrti enega od pogodbnikov. Od oporoke se dedna pogodba razlikuje predvsem v tem, da je ni mogoče enostransko preklicati ali spreminjati.¹¹ Takšna pogodba je v slovenskem pravu neveljavna, to je nična.

Postavimo si lahko vprašanje, ali je takšna ureditev primerna oziroma ali ne bi morda, glede na novo ustavno ureditev, ki je prinesla s seboj klasično pojmovanje svobode lastninske pravice, ki je v režimu družbene lastnine nismo poznali, kazalo razmišljati tudi o spremembah na tem področju. Sprašujem se torej, ali veljavna ureditev, ki ne dovoljuje sklepanja dednih pogodb, pomeni pretiran poseg v posameznikovo (zapustnikovo) lastninsko pravico in v njegovo svobodo razpolaganja z lastnim premoženjem.

Za začetek si velja ogledati nekaj različnih ureditev tega vprašanja v primerjalnem pravu.

⁵ Metelko J., str. 1210.

⁶ Natančneje glej: Podgoršek B., str. 505-538.

⁷ Natančneje glej: Cigoj S., str. 80-81 ter Podgoršek B., str. 500-502.

⁸ Glej: Zupančič K., 1991, str. 168 - 169.

⁹ Glej: Zupančič K., 1991, str. 169 - 173.

¹⁰ Glej: Dolinšek A., str. 17.

¹¹ Glej Rijavec V., str. III.

3. 1. Primerjalno pravo

Dedne pogodbe poznajo oziroma jim priznavajo veljavnost v pravnih redih germanskega območja (Nemčija, Švica in Avstrija), rimsko pravo pa dedne pogodbe ni dovoljevalo, saj je predstavljala nedopustno omejevanje svobode testiranja.¹² Tako romanski pravni krog načeloma še vedno zavrača dedne pogodbe (in tudi skupno oporoko – ki ji je na nek način podobna).¹³ Izjema so dedne pogodbe med zakonci.

3. 1. 1. Francija

V Franciji je sprejeta splošna (načelna) prepoved sklepanja dednih pogodb (*pactes sur succession future*). Prepoved sklepanja pogodb o dedovanju, ki še ni uvedeno, je v Franciji celo del javnega reda (*ordre public*). Takšne pogodbe so po izrecni določbi neveljavne.

Izjemo od načelne prepovedi sklepanja dednih pogodb v francoskem pravu predstavlja poseben institut, ki ga imenujejo *donations de biens à venir*.¹⁴ Gre za neke vrste darilno klavzulo, ki jo lahko zakonca (bodoča zakonca) sprejmeta v svojo ženitno pogodbo (*contrat de mariage*).¹⁵ S pomočjo slednje lahko oba ali pa le eden od njiju razpolaga(ta) s svojo zapuščino, to je s premoženjem, ki ga bo(sta) imel(a) ob smrti, ali z določenim delom tega premoženja, v korist drugega zakonca ali pa v korist otrok, ki se bodo rodili v njuni zakonski zvezi.¹⁶ Pri tem nobeden od njunih (bodočih) otrok ne sme biti obravnavan slabše kot ostali, vsi naj bi bili obravnavani enakopravno. Določba, ki bi nasprotovala takšni zahtevi, bi bila neveljavna.¹⁷

Pravna narava predstavljenega naklonila v ženitni pogodbi naj bi bila, po mnenju teorije, neke vmes med oporočno in pogodbeno: po eni strani naj bi šlo za darilo, po drugi strani pa za dediščino.¹⁸ Dejansko stanje je namreč naslednje: darovalec ostane lastnik premoženja do smrti, kar je podobno kot pri oporočnem razpolaganju s premoženjem, vendarle pa je naklonitev darila kot takšnega nepreklicna.

Sicer pa velja, da darovalec za časa življenja, z odplačnimi pravnimi posli *inter vivos*, svobodno razpolaga s premoženjem, ki se ga je zavezal dati ob svoji smrti. Morebitne omejitve njegovi svobodi razpolaganja s tem premoženjem bi bile, po izrecni določbi francoskega prava, neveljavne. V primeru, da predvideni obdarjenec umre pred darovalcem, darilo ugasne.

¹² Glej Marković S., str. 282.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Natančneje glej: Dyson H., str. 298 – 299.

¹⁵ Natančneje o tem: Žnidaršič V., 2002, str. 151 – 159.

¹⁶ Glej Code Civil, člen 1082 ter na internetni strani: <http://www.legifrance.gouv.fr.>, 10. 7. 2008.

¹⁷ Glej Dyson H., str. 299.

¹⁸ Ibidem.

Za sklepanje tovrstnih darilnih klavzul se sposobnost darovalca presoja po strožjih kriterijih, kot so v veljavi za napravo oporoke, saj gre za nepreklicen pravni posel. Uporablja se pravilo: *habilis ad nuptas, habilis ad pacta nuptialia*.

Kot razlog za dovolitev sklepanja dednih pogodb v predstavljenem smislu, kot izjemo od splošne prepovedi, se v francoski literaturi navaja predvsem njihova koristnost za interese zakonske zveze in potentakem tudi za interese družine kot celote.¹⁹ Zakonca pa po francoskem pravu lahko, v primeru ločitve od mize in postelje, v delitveni dogovor vneseta tudi sporazum o odpovedi dedni pravici iz naslova zakonske zveze.²⁰

3. 1. 2. Avstrija²¹

Dedne pogodbe lahko v avstrijskem pravu sklepajo samo zakonci. Zakonca, ki skleneta dedno pogodbo, lahko ne glede na to poljubno razpolagata s svojim premoženjem s pravnimi posli med živimi, saj pravica, ki ima svoj temelj v dedni pogodbi, nastane šele s smrtjo zapustnika.

V skladu z avstrijskim pravom velja, da se z dedno pogodbo zapustnik svoji svobodi testiranja ne more v celoti odpovedati. Zakon izrecno določa, da četrtnina njegovega premoženja ne sme biti obremenjena z nujnim deležem ali z drugim načinom razpolaganja *mortis causa*, ampak je pridržana za razpolaganje z oporoko.

Dedno pogodbo se upošteva le v primeru, da se upravičenci nanjo sklicujejo. Zavezuje pa dedna pogodba samo zapustnika, ne pa tudi dedičev po pogodbi, če so dediči pogodbeni partnerji ali tretje osebe.

Avstrijska pravna teorija se je, ob spraševanju o tem, kakšna je pravna narava dedne pogodbe, opredelila za stališče, da je dedna pogodba pogodba dednega prava *sui generis*.

3. 1. 3. Nemčija

Nemški BGB ureja problematiko dedne pogodbe v par. od 2274 – 2302.²² Izrecno dovoljuje, da zapustnik razpolaga s svojim premoženjem *mortis causa* tudi na podlagi pogodbe. Takšna pogodba učinkuje šele po smrti zapustnika, vendarle pa zavezuje zapustnika za časa življenja na ta način, da zaveže, ki jih je s takšno pogodbo sprejel, ne more enostransko preklicati.

Namen dedne pogodbe je zagotoviti trdno zavezo zapustnika, da bo premoženje zapustil določeni osebi. Predvsem je takšna zaveza praviloma v interesu drugega pogodbenega

¹⁹ Glej Dyson H., str. 298.

²⁰ Glej Code Civil, člen 301 ter na internetni strani: <http://www.legifrance.gouv.fr>, 10. 7. 2008.

²¹ Povzeto po Rijavec V., str. II – III.

²² Glej The German Civil code (1994), str. 407 – 411.

partnerja. V praksi gre največkrat za to, da zapustnik od nasprotne stranke pričakuje določene usluge, storitve, pomoč ali pa da bo sopogodbenik napravil kakšna druga razpolaganja v njegovo korist.²³ Nekateri avtorji navajajo stališče, da so zakonodajalca pri sprejemu takšne ureditve vodili predvsem praktični razlogi.²⁴

V skladu z nemškim pravom je dedna pogodba pravni posel, ki ima dvojno naravo: je pravni posel za primer smrti in je pogodba. Ker je pravni posel za primer smrti, velja, da določbe, ki veljajo sicer za izjave poslednje volje, veljajo tudi za dedno pogodbo. Na drugi strani pa se dedno pogodbo obravnava kot pogodbo obligacijskega prava, to pomeni, da se pri presojanju sposobnosti za sklepanje takšne pogodbe uporabljajo splošna pravila civilnega prava. Ob tem se varuje zapustnika pred nepremišljenim sklepanjem takšnih pogodb predvsem s strogo zahtevo po obličnosti: dedna pogodba mora biti sklenjena pred notarjem, v notarski obliki, ob sočasni prisotnosti obeh pogodbenih strank.²⁵

Za dedno pogodbo velja, podobno kot za oporoko, da je strogo osebni akt, kar pomeni, da zastopanje zapustnika ni dovoljeno. Druga pogodbeni stranka ima lahko zastopnika, a le v primeru, da tudi sama ni zapustnik, torej, da ne gre za vzajemno dedno pogodbo.

Kot je bilo že omenjeno, je zapustnik vezan z določbami dedne pogodbe, kakršno je sklenil, vendarle pa lahko za časa življenja s svojim premoženjem svobodno razpolaga. Takšno upravičenje pa ima le do takrat, ko še ne moremo govoriti o dajanju daril v slabi veri. To pomeni, da v primeru, ko je zapustnik nekoga obdaril izključno z namenom, da bo oškodoval svojega pogodbenega dediča, lahko pogodbeni dedič zahteva od prejemnika vrnitev darila v skladu z določili o neupravičeni obogatitvi.²⁶

Oseba, ki naj deduje na podlagi sklenjene dedne pogodbe (pogodbeni dedič ali volilijemnik), s sklenitvijo pogodbe ne pridobi nikakršnega zahtevka niti pravno zavarovanega interesa oziroma pričakovanja glede velikosti oziroma obsega premoženja, ki naj mu pripade. Ima le dejansko pričakovanje na pridobitev zapuščine. Zaradi tega dedne pogodbe ni dovoljeno zaznamovati v zemljiški knjigi.

Kakšna je lahko vsebina dedne pogodbe? V dedni pogodbi so lahko določeni dediči, volila oziroma volilijemniki, lahko so določena tudi posamezna bremena. Vsa preostala razpolaganja, razen naštetih, niso razpolaganja pogodbene narave. To pomeni, da ne morejo biti predmet razpolaganja v dedni pogodbi, ampak so lahko le enostranske narave. V primeru, da so enostranska razpolaganja kljub temu vnesena v dedno pogodbo, so lahko veljavna, če izpolnjujejo pogoje za oporočna razpolaganja. V teh primerih govorimo o oporočnem razpolaganju in ne o pogodbeni vezanosti.

²³ Glej: Gottwald P., Schwab D., Büttner E., str. 134.

²⁴ Glej Rijavec V., str. II – III.

²⁵ Glej Gottwald P., Schwab D., Büttner E., str. 135.

²⁶ Za to ima čas 3 leta od prevzema dediščine.

Pri sklepanju dednih pogodb lahko prihaja do sodelovanja več pogodbenih strank, možne so različne variante in vsebine,²⁷ vendar pa v primeru, da sta se z dedno pogodbo zavezali obe stranki oziroma sta obe razpolagali s svojim premoženjem za primer smrti (vzajemna dedna pogodba), zakon posebej določa, da neveljavnost ene zaveze povzroči avtomatično tudi neveljavnost druge zaveze. Pogodbeni stranki lahko v dedni pogodbi dogovorita tudi pravico do odstopa od slednje.²⁸ V takšnih primerih velja, da pri vzajemnih zavezah, ko odstopi od pogodbe oziroma od svoje zaveze ena pogodbena stranka, tudi druga stranka ni več zavezana. Takrat pride do razveljavitve celotne pogodbe.

Dedna pogodba je lahko odplačne ali pa neodplačne narave, vendar je v praksi praviloma tako, da določitev bodočega dediča v pogodbi pomeni, da je zapustnik na ta način poskrbel za zadovoljitev svojih potreb, za lastno preživljanje in podobno. Zato se ugotavlja, da so dedne pogodbe praviloma odplačne narave. V primeru, da oseba, ki se je zavezala zapustnika preživljati do smrti, svojo dolžnost preneha izpolnjevati, lahko zapustnik razdre dedno pogodbo in na ta način odstopi od svojega pogodbenega razpolaganja s premoženjem *mortis causa*.

90 S tem, ko zapustnik sklene dedno pogodbo, je zavezan na podlagi določil slednje za primer smrti. Oporoke, ki so bile napravljene pred sklenitvijo pogodbe, postanejo neveljavne v tistem delu, v katerem posegajo v pravice, s katerimi je zapustnik razpolagal v dedni pogodbi. Enako velja tudi za morebitna kasnejša *mortis causa* razpolaganja zapustnika. Vendarle pa se pogodbeni stranki dedne pogodbe lahko, v okviru svoje pogodbene svobode, izrecno dogovorita tudi to, da je pogodbo mogoče spremeniti z nekim drugim razpolaganjem za primer smrti.

Dedna pogodba ali njen del je lahko razveljavljen(a) samo s soglasjem nasprotne stranke.²⁹ Zakon posebej določa, da morata posebno pogodbo o preklicu dedne pogodbe pogodbenika skleniti osebno, v obliki, ki je zahtevana za dedno pogodbo, to je v obliki notarskega zapisa. Razveljavitve pogodbe ni mogoča potem, ko nastopi smrt katerekoli od pogodbenih strank.³⁰

²⁷ Natančneje Gottwald P., Schwab D., Büttner E., str. 135.

²⁸ Glej *ibidem*.

²⁹ Zapustnik lahko svoja razpolaganja v dedni pogodbi izpodbija tudi iz splošnih razlogov zmote, prisile, grožnje ali prevare. Pogodbo mora izpodbijati osebno, v roku enega leta od trenutka, ko se je zavedel dejstev, na katerih temelji izpodbijanje pogodbe. V primeru, da je dedna pogodba razveljavljena, v dvomu delijo enako usodo tudi enostranske (opročne) zaveze zapustnika, ki se nahajajo v pogodbi. Izjema so le primeri, ko je zapustnik oziroma oseba, ki je te izjave podala, izrecno želela drugače.

³⁰ Glej 1. odstavek par. 2290 BGB.

V primerih, ko upravičenec iz dedne pogodbe umre pred zavezancem ali pa je dedno nevreden oziroma je bil razdedinjen (torej ni vreden, da bi dedoval na podlagi oporoke), ostanejo v veljavi prejšnja oziroma kasnejša zapustnikova razpolaganja s premoženjem *mortis causa*.

3. 2. Razlogi za odklonilno stališče do dednih pogodb

V pravni teoriji, pri različnih avtorjih, prav tako pa tudi v sami sodni praksi, najdemo dokaj podobne argumente, ki zagovarjajo obstoječo pravno ureditev neveljavnosti dednih pogodb. Eno temeljnih izhodišč je trditev, da naj bi se s tem, ko zakon ne dopušča sklepanja dednih pogodb, zapustniku omogočilo v resnici svobodno razpolaganje s svojim premoženjem *mortis causa*. To naj bi bilo mogoče le s pomočjo oporoke.³¹ V sistemih, ki poznajo dedno pogodbo kot pravni naslov za dedovanje, dedna pogodba prevlada nad oporoko. V pogodbi pa je zapustnikova izjava volje vezana na izjavo volje druge pogodbene stranke, zato slednje zapustnik kasneje ne more spremeniti z enostransko izjavo volje, to je z lastno oporoko. Oporoka, ki bi bila drugačne vsebine, kot je dedna pogodba, bi bila neveljavna. S tem, ko naš pravni red pozna le eno od oblik *mortis causa* razpolaganja s premoženjem, to je oporoko, naj bi bila zagotovljena polna svoboda zapustnikovega razpolaganja s svojim premoženjem, saj gre tu le za izjavo njegove volje, s katero vse do smrti ni vezan. Kadarkoli jo lahko spremeni ali pa napravi novo oporoko, staro uniči in podobno.³²

3. 3. Stališče Ustavnega sodišča Republike Slovenije

V eni od svojih odločb se je Ustavno sodišče RS izreklo o vprašanju ustavnosti prepovedi sklepanja dednih pogodb, ki jo vsebuje ZD v svojem 103. členu.³³ ZD v 103. členu določa: »Neveljavna je pogodba, s katero kdo zapušča svojo zapuščino ali njen del svojemu sopogodbniku ali komu drugemu«.

V pobudi za oceno ustavnosti 103. člena ZD je med drugim zapisano, da dedna pogodba ne omejuje zapustnikovega razpolaganja s premoženjem. To naj bi veljalo tako za čas njegovega življenja, kot za primer smrti. Zapustnik lahko ves čas svojega življenja, na različne načine, pridobiva in odtuja premoženje s prodajnimi, darilnimi in menjalnimi pogodbami. Predmet dedne pogodbe je le premoženje, ki ga ima zapustnik ob svoji smrti. Veljavna ureditev naj bi bila, po mnenju predlagateljev, plod stare družbene ureditve, ki je temeljila na znanstvenem socializmu. Privatna lastnina se je štela za

³¹ Glej na primer: Finžgar A., str. 56 – 57; Zupančič K., 1991, str. 141; Vedriš M., Klarič P., str. 668.

³² Natančneje Zupančič K., 1991, str. 87 – 88.

³³ Odl. US VI/2, 124.

ostanek buržoaznih družb, dedovanje pa naj bi omogočalo pridobivanje lastnine brez dela. Nekatera skrajna stališča naj bi izražala celo željo po odpravi dedovanja, saj naj bi slednje onemogočalo enake štartne osnove v življenju. Predlagatelji menijo, da je dedna pogodba le eden od načinov zapustitve premoženja ob smrti, ki ga vsak lastnik sprejme po svoji volji, zavedajoč se vseh pravnih posledic, kot to tudi sicer velja pri sklepanju ostalih pogodb *inter vivos*. Dedne pogodbe naj ne bi nasprotovale načelu prostega razpolaganja zapustnika z lastnim premoženjem za primer smrti, ampak naj bi ravno omejitev veljavnosti dedne pogodbe nasprotovala takšni pravici zapustnika. V pobudi se zagovarja stališče, da naj bo ureditev takšna, da bo samo od lastnika (zapustnika) odvisno, ali bo napravil oporoko ali dedno pogodbo ali nič od tega, ne bi pa ga smela pri tem omejevati zakonodaja.

Ustavno sodišče je odločilo, da se pobuda za oceno ustavnosti 103. člena ZD zavrne. Odločitev je utemeljilo z naslednjimi argumenti.

92 Ustavno sodišče ugotavlja, da je glede na tesno povezanost lastninske pravice in pravice do dedovanja iz 33. člena Ustave RS, tudi pri določanju načina in pogojev dedovanja z zakonom (67. člen ustave) potrebno upoštevati, da je dedovanje, še posebej oporočno, izraz pravice lastnika, da razpolaga s svojim premoženjem za primer smrti. Način tovrstnega razpolaganja je (v skladu z veljavno zakonodajo) omejen na oporočno razpolaganje. Če zapustnik oporoke ne napravi, sledi dedovanje na podlagi zakona. Pri obravnavi konkretnega vprašanja je ustavno sodišče menilo, da je odločilno vprašanje, ali je dopustno, da se zapustnik odreče pravici do svobodnega testiranja oziroma ali je omejitev avtonomije stranke lahko namenjena tudi varovanju osebnostnih pravic. V našem primeru je ta osebnostna pravica pravica do svobodnega testiranja.

Po mnenju ustavnega sodišča se načeloma vsakdo lahko odreče svojim posamičnim pravicam, vendarle pa v primeru, da posameznik dejanskega stanja v trenutku, ko se nečemu odpoveduje, še ne pozna in ga zato tudi ne more pravilno presoditi in pravno kvalificirati, temu ni tako. Po večinskem mnenju teorije, ki ga je sprejelo tudi ustavno sodišče, naj bi v tem primeru segel poseg v posameznikovo svobodo predaleč. Šteje se, da je, v primeru, ko zaradi svojega odreka kasneje, ko mu je položaj znan, ne more več ukrepati, posameznikova svoboda okrnjena. Ker pa je slednja zelo pomembna dobrina človekove osebnosti, se takšna okrnitev šteje za nasprotno načelom morale.

To učenje je ustavno sodišče uporabilo pri presoji dedne pogodbe, s katero se zapustnik vnaprej odloča o usodi premoženja, ki ga bo imel ob smrti in mu njegov obseg v trenutku sklepanja pogodbe še ni znan.

Ustavno sodišče meni, da, glede na to, da v nekaterih ustavnih ureditvah, ki so naši ustavni ureditvi zelo podobne, dedna pogodba ne šteje za način razpolaganja s

premoženjem, ki bi nasprotoval uresničevanju človekovih pravic in svoboščin, v načelu takšno razpolaganje s premoženjem tudi ne bi bilo v neskladju z našo ustavnopravno ureditvijo. Hkrati pa ugotavlja, da veljavna ureditev, torej ureditev, ki te možnosti ne daje, prav tako ni v neskladju z ustavo. Obe obliki razpolaganj *mortis causa*, tako dedna pogodba, kot oporoka, naj bi bili med seboj primerljivi, saj sta obe izraz z ustavo zagotovljene lastninske pravice. Zakonodajalec je tisti, ki ima, po mnenju ustavnega sodišča, na podlagi 67. člena ustave, pravico, da med dvema opcijama izbira in se odloči le za tistega od obeh načinov, ki ga ob upoštevanju funkcij lastnine (ekonomske, ekološke in socialne) šteje za primernejšega.

3. 3. 1. Komentar odločbe ustavnega sodišča

Predstavljena odločba ustavnega sodišča je, po mojem mnenju, pomanjkljiva oziroma ne dovolj (teoretično) utemeljena na dveh točkah.

Prvo pripombo naslavljam na utemeljitev ustavnega sodišča, zakaj dedna pogodba v primeru, da bi veljavno pravo dovoljevalo njeno sklepanje, v našem pravnem redu ne bi bila protiustavna. Čeprav delim izraženo prepričanje, menim, da je argumentacija, ki vsebuje zgolj sklicevanje na dejstvo, da takšna pogodba ni protiustavna v državi, ki ima podobno ustavnopravno ureditev kot je slovenska,³⁴ bistveno preskromna oziroma premalo natančna. Še posebej se zdi takšen, (pre)kratek in (pre)jedrnat zaključek ustavnega sodišča pomanjkljiv v luči njegovega poprejšnjega obsežnega utemeljevanja teorije, ki dokazuje, da je omejevanje svobode testiranja s pomočjo dedne pogodbe v nasprotju z moralno in kot takšno tudi v nasprotju z ustavo.

93

Drugi očitek se nanaša na nerazumljiv zaključek ustavnega sodišča, da je zakonodajalec tisti, ki naj bi se, ob uporabi načela izključljivosti, moral odločiti med dvema načinoma urejanja prehoda zapuščine *mortis causa*, to je med dedno pogodbo in oporoko. Slednje pa ne pomeni samo dejstva, da je izbira med dvema pravnima temeljema dedovanja v pristojnosti zakonodajalca, ampak tudi to, da mora zakonodajalec, s tem, ko enega od njiju uzakoni, drugega izpustiti. Ni jasno, zakaj je ustavno sodišče prišlo do takšnega zaključka, saj oba instituta, ob primerni zakonski ureditvi,³⁵ naravno sobivata oziroma obstajata drug poleg drugega in se ne izključujeta. Potrebe po ukinjanju enega na račun drugega ni. Res pa je, da je dedna pogodba v sistemih, ki jo dovoljujejo, po svoji intenziteti najmočnejši pravni temelj dedovanja. To pa pomeni, da lahko pride do oporočnega ali zakonitega dedovanja samo v primeru, ko ni dedne pogodbe oziroma se zakonito ali oporočno dedovanje izvede le glede tistega dela zapuščine, ki ni zajeto z dedno pogodbo.³⁶

³⁴ Ustavno sodišče je imelo v mislih Nemčijo.

³⁵ Glej primerjalnopravni pregled zgoraj.

³⁶ Glej Kreč M., Pavič Đ., str. 327.

4. Dednopravne klavzule v ženitnih pogodbah

Ženitna pogodba je pogodba s katero zakonca ali bodoča zakonca uredita medsebojna premoženjska razmerja. V pravem, klasičnem smislu te besede, pomeni ženitna pogodba skupek pravil, ki na kompleksen način uredi premoženjska razmerja med zakoncema oziroma določi kakšen premoženjski režim bosta zakonca imela (tako v času trajanja zakonske zveze, kot tudi v primeru razveze zakonske zveze).³⁷ Ženitne pogodbe v našem pravnem redu ne zasledimo: ne ureja je ne obligacijski zakonik,³⁸ ne Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih.³⁹ Prave ženitne pogodbe pri nas tudi ni mogoče skleniti, saj imamo uveljavljen kogentni zakoniti premoženjski režim, ki velja za vse zakonce: to je režim skupnosti v zakonski zvezi z delom pridobljenega premoženja. To premoženje je skupno premoženje zakoncev, vse kar sta pridobila neodplačno (darila, dediščina) ter vse premoženje, ki sta ga pridobila pred sklenitvijo zakonske zveze, pa je posebno premoženje vsakega od njiju. Zakonca sicer lahko sklepata med seboj vse pogodbe, kot jih sklepajo med seboj drugi subjekti (kupoprodajno, posojilno, menjalno), ne moreta pa skleniti ženitne pogodbe, s katero bi si prosto izbrala premoženjski režim, ki bi jima ustrežal (na primer režim ločenega premoženja).⁴⁰ V primerjalnem pravu danes skorajda ne zasledimo ureditve, ki bi premoženjska razmerja med zakoncema urejala tako togo, kot naša zakonodaja. Iz tega razloga smo, ob nedavni reformi družinskega prava,⁴¹ v predlogu nove ureditve temeljito prevetrili tudi premoženjske odnose med zakoncema. Med ostalimi novostmi smo predlagali tudi možnost svobodnega sklepanja ženitnih pogodb in s tem tudi svobodo pri oblikovanju lastnega premoženjskega režima zakoncev. Seveda smo za vse tiste pare, ki ženitnih pogodb ne bi želeli skleniti, ohranili zakoniti premoženjski režim, ki je v načelu ostal podoben sedanjemu, z nekaj novostmi in potrebnimi posodobitvami.⁴²

Iz analize ureditev v primerjalnem pravu⁴³ lahko razberemo, da zakonci, ki se odločajo za sklepanje ženitnih pogodb, v veliko primerih želijo s slednjo v celoti razrešiti medsebojna premoženjska vprašanja. Med njimi imajo pomembno mesto tudi vprašanja dedovanja.

³⁷ Natančneje Žnidaršič V., 2002, str. 259 – 265.

³⁸ Obligacijski zakonik (OZ), Ur. l. RS, št. 83/2001.

³⁹ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR), Ur. l. SRS, št. 15/76, 1/89, 14/89, Ur. l. RS, št. 64/2001, 42/03, 16/04.

⁴⁰ To je režim, v katerem je vse, kar pridobi vsak od zakoncev v času trajanje zakonske zveze, njegova osebna last. S temi stvarmi in pravicami samostojno upravlja in razpolaga. Natančneje Žnidaršič V., 2002, str. 243 – 252.

⁴¹ V času oddaje tega prispevka (julij 2008) je bil osnutek predloga novega družinskega zakonika, ki ga je pripravila ožja delovna skupina v sestavi: prof. dr. Karel Zupančič (vodja), prof. dr. Barbara Novak, dr. Mateja Končina Peternel ter doc. dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, v medresorskem usklajevanju.

⁴² Seveda ta posledj ne bo več kogentne narave. Natančneje glej: Zupančič K., Novak B., Žnidaršič V., Končina Peternel M., str. 152 – 162.

⁴³ Natančneje Žnidaršič V., 2002, str. 117 – 209.

Tako se v nemajhnem številu ženitnih pogodb pojavljajo tudi t. i. dednopravne klavzule. V Sloveniji je glede na veljavno dednopravno zakonodajo jasno, da tudi v primeru, da bi bil predlog novega družinskega zakonika glede sklepanja ženitnih pogodb v celoti sprejet, morebitne dednopravne klavzule v ženitnih pogodbah ne bi bile veljavne. Zakonca (ali bodoča zakonca) se namreč v ženitni pogodbi ne moreta dogovoriti, da bo eden od njiju zapustil svojo zapuščino ali njen del drugemu zakoncu. V tem primeru bi šlo za dedno pogodbo, ki bi bila neveljavna. Gre za težjo obliko neveljavnosti, to je za ničnost takšne pogodbe.

V Nemčiji, ki je predhodno že bila predstavljena kot vzorčna država glede sklepanja dednih pogodb, lahko zakonca tudi v ženitni pogodbi dogovorita posamezne dednopravne klavzule.⁴⁴ V Franciji in Avstriji je sklepanje dednih pogodb omejeno prav na zakonce.⁴⁵ Tudi v ZDA ženitne pogodbe lahko vsebujejo zaveze dednopravnega značaja.⁴⁶

Vprašanje, ki si ga lahko zastavimo na tem mestu je: ali bi bilo smiselno v primeru, da ideja o dovolitvi sklepanja dednih pogodb nasploh ne bi bila sprejemljiva za naš pravni red, sprejeti vsaj idejo o dovolitvi sklepanja dednopravnih klavzul v ženitnih pogodbah oziroma dovoliti sklepanje dednih pogodb med zakonci. Za takšno rešitev se zavzema Metelko.⁴⁷ Avtor meni, da ob upoštevanju dejstva, da zakonca živita v tesni življenjski skupnosti, ki je hkrati tudi gospodarska skupnost, ob njuni močni povezanosti z vrsto skupnih interesov družinskega pomena, zoper takšno rešitev ne bi smelo biti pomislekov načelne narave. Njegovemu stališču se pridružuje tudi Dolinškova.⁴⁸ Na drugi strani pa so avtorji in argumenti, ki takšni rešitvi nasprotujejo. Nekateri avtorji menijo, da je primernejša ureditev, ki določa, da z ženitnimi pogodbami stranke ne bi mogle v celoti izključiti dednih pravic družinskih članov. Še posebej naj to ne bi bilo dovoljeno brez kakršnegakoli obvestila ali pogovora o tem s potencialnimi dediči. Menijo, da je koncept, ki dovoljuje, da zakonca, s sklenitvijo ženitne pogodbe, prizadeneta interese dedičev, v nasprotju s temeljnimi načeli dednega prava ter pravičnosti.⁴⁹ Menim, da gre pritrčiti stališču Metelka in Dolinškove ter določiti kot upravičence za sklepanje dednih pogodb (vsaj) zakonce.

⁴⁴ Zakonca se lahko celo dogovorita, da se bo premoženjska skupnost, po smrti enega od njiju, nadaljevala med preživelim zakoncem in njunimi skupnimi potomci. Glej Žnidaršič V., 2002, str. 139 – 140.

⁴⁵ Natančneje glej primerjalnopravni prikaz zgoraj.

⁴⁶ Glej Žnidaršič V., 2002, str. 277 – 278.

⁴⁷ Natančneje glej Metelko J., str. 1212.

⁴⁸ Glej Dolinšek A., str. 28.

⁴⁹ Natančneje Žnidaršič V., 2002, str. 314.

5. Skupna oporoka

Zakon ne ureja skupne oporoke (testamentum simultaneum): medsebojno vsebinsko povezanih ali soodvisnih izjav poslednje volje dveh ali več oseb v istem aktu (listini, zapisu). Tako oporoko priznavajo neke tuje dednopravne ureditve v raznih izpeljankah.⁵⁰ Ker skupna oporoka ni izrecno navedena v zakonu kot ena od oblik oporoke, bi morala biti v smislu 62. člena ZD neveljavna. Vendar pa šteje judikatura za neveljavno samo oporoko, v kateri dve osebi (najpogosteje zakonca) postavljata vzajemno druga drugo za dediča (verjetno zaradi tega, ker je taka oporoka zelo blizu prepovedani dedni pogodbi, 103. člen ZD), ne pa tudi oporoke, s katero skupno razpolagata v korist tretjega.⁵¹ Samostojni in med seboj po vsebini nepovezani izjavi poslednje volje dveh ali več oseb, napravljeni na istem kosu papirja, ne predstavljata skupne oporoke. Gre za dve oporoki, katerih veljavnost glede oblike je odvisna od tega, ali izpolnjujeta zahteve kakšne od oblik, določenih v zakonu.⁵²

Skupno oporoko lahko, tako po ODZ (avstrijskem ABGB), kot po BGB napravita le zakonca. Šteje se, da predstavlja razpolaganje za primer smrti in ni hkrati tudi pogodba.⁵³ S skupno oporoko zakonca za časa življenja nista vezana.

Zakonca v skupni oporoki razpolagata skupno za primer smrti, vendar pa to še vedno pomeni, da vsak od njiju razpolaga enostransko. O pogodbeni naravi skupne oporoke ne govorimo niti tedaj, ko s slednjo razpolagata vzajemno, to pomeni, da drug drugega postavlja za dediča. Vsak zakonec namreč zase sprejme odredbe svoje poslednje volje, le da je ta izražena skupaj, veni listini, na podlagi takšne skupne odločitve zakoncev. Skupna oporoka je lahko tako v obliki javne oporoke, kot tudi v obliki lastnoročne oporoke.

V nemški praksi naj bi imela skupna oporoka precej velik pomen,⁵⁴ zlasti zaradi dveh okoliščin. Prva je prednost pri obličnosti: kot lastnoročna skupna oporoka velja tudi listina, ki jo je lastnoročno za oba zapisal en zakonec, podpisal pa tudi še drugi (za dedno pogodbo, na drugi strani velja zahteva po sklepanju v notarski obliki). Prednost pa je tudi v smislu možnosti vzajemnega razpolaganja, ki se kaže predvsem v (sicer omejenem) učinku vezanosti in vzajemne soodvisnosti.

⁵⁰ O tem več Kreč M., Pavič Đ., str. 200, Marković S., str. 194. Avstrijski ABGB, ki je veljal pred in med drugo svetovno vojno tudi v Sloveniji (ODZ), urejuje samo skupno oporoko zakoncev (§§583, 1248 ABGB); francoski Code civil pa skupno oporoko izrecno prepoveduje (člen 968 Code civil). Za nemško ureditev glej Brox H., Walker W. D., str. 125 in nasl.; Gottwald P., Schwab D., Büttner E., str. 131 – 134.

⁵¹ Odl. VS Vojv. Gž 503/71, 21.2.1972, Glasnik AKV 1972/4, str. 39; Odl. Okr. sod. Pančevo Gž 87/69, 26.4.1969, ZSO XIV (1969), 4, 445.

⁵² Prim. Odl. VS Hrv. Gž 1966/77, 2.6.1977, Crnić J., Zakon o nasledivanju, 1982, str. 105.

⁵³ Brox H., Walker W. D., str. 125.

⁵⁴ Glej Gottwald P., Schwab D., Büttner E., str. 131 – 134.

Zakonec je vezan le z ozirom na razpolaganje drugega zakonca. Na ta način se zaščiti zaupanje zakonca, ki umre prvi, da njegov preživeli zakonec po njegovi smrti ne bo drugače razpolagal. Iz tega razloga zakonec po smrti svojega zakonca izgubi pravico do preklica oporoke oziroma do svojega oporočnega razpolaganja v skupni oporoki.

V čem je razlika med dedno pogodbo in skupno oporoko? Dedna pogodba zavezuje pogodbeni stranki od sklenitve dalje, medtem, ko skupna oporoka zavezuje od trenutka smrti enega od zakoncev. Do tega trenutka, se pravi za časa življenja obeh zakoncev, je skupno oporoko dovoljeno preklicati. Vendarle pa se za veljavnost preklica zahteva posebna oblika: zaradi varstva drugega zakonca preklic velja le, če je sestavljen v obliki notarsko potrjene izjave drugemu zakoncu.

Veljavna je lahko skupna oporoka tudi le v določenem delu: to je v delu, v katerem eden zakonec imenuje dediča drugega svojega premoženja, s katerim skupna oporoka ni razpolagala.

Kot že rečeno je v našem pravu, v skladu z veljavno dednopravno doktrino in judikaturu, skupna oporoka, v kateri je določeno vzajemno dedovanje oporočiteljev, neveljavna.⁵⁵ Ni nujno, da tako tudi ostane. Prednosti, ki jih ugotavljajo za nemško pravo, bi nemara lahko zakonodajalca nagnile k (ponovni) uvedbi te oblike oporoke.

6. Zaključek

V zaključku bi želela strniti nekaj lastnih razmišljanj o vprašanih dedne pogodbe ter njene sprejemljivosti oziroma nesprejemljivosti za naš pravni sistem. Prepričana sem, da bi veljalo o dovolitvi sklepanja dednih pogodb v prihodnje temeljito razmisliti.

Če bi se *de lege ferenda* odločili za uvedbo dedne pogodbe kot tretjega pravnega temelja dedovanja, to za naš pravni sistem ne bi bila popolna novost. Institut dedne pogodbe je bil v našem pravu uveljavljen do leta 1955, ko je bila sprejeta rešitev, ki vsebinsko velja še danes. Ta je uvedla le dva pravna temelja za dedovanje: oporoko in zakon. Med razlogi

⁵⁵ Obstaja stališče, da bi ob lahko veljavni ureditvi - čeprav ta skupne oporoke kot ene od oblik oporoke ne omenja - obravnavali skupne oporoke tako, da bi se upoštevale v obsegu, ki ustreza veljavni ureditvi instituta oporočnega dedovanja. To pomeni, da bi bilo potrebno ugotoviti ali oporočna izjava vsakega od zakoncev ustreza predpisom ZD. Dejstvo pa, da se izjavlja skupaj, naj ne bi bilo moteče. Temu stališču nasprotuje sicer že staro (1962) »strogo formalistično« pravno mnenje, po katerem je oporoka zakoncev, v kateri določita, da dedujeta drug po drugem, v bistvu skupna oporoka; ker ta ni predvidena v ZD, se na njeni podlagi zapuščina ne more razdeliti, ampak nastopi zakonito dedovanje. Glej Metelko J., str. 1212.

za takšno ureditev se navajajo predvsem spoznanja, da dedna pogodba ni potrebna, ker naj bi vse potrebe zadovoljevala instituta oporočnega in zakonitega dedovanja.

Sama v celoti ne delim predstavljenega prepričanja. Menim, da je že gornja predstavitev problematike dedne pogodbe, zlasti njene ureditve v primerjalnem pravu, pokazala, da temu ni tako. Kljub temu, da sta tako oporoka, kot dedna pogodba, pravna posla za primer smrti, se medsebojno močno razlikujeta. Dedna pogodba daje, glede na to, da je (načeloma) nepreklicna, veliko večjo stopnjo varnosti sopogodbenika, kar je še posebej pomembno kadar je zapustnik z njim v dolžniško upniškem razmerju (kadar dedna pogodba ni neodplačna). Sopogodbenik se lahko z določeno mero gotovosti zanese na to, da bo po zapustnikovi smrti dejansko dobil njegovo premoženje (ali njegov del). Tega jamstva oporoka, kot preklicni pravni posel, ne daje.

Menim, da ne bi bilo nič narobe, če bi v prihodnje naš zakon možnost sklepanja dednih pogodb dovoljeval. Ob tem bi bilo potrebno skrbno urediti postopek njihovega sklepanja oziroma določiti ustrezne obličnostne zahteve za sklepanje tako pomembnega, z daljnosežnimi posledicami obremenjenega, pravnega posla. Nedvomno bi tu, v konkretnih primerih, morali odločilno vlogo, preko svoje »pojasnilne dolžnosti«,⁵⁶ odigrati notarji.⁵⁷ V teh primerih bi bilo potrebno še prav posebej paziti, da bi se zapustniki v resnici zavedali posledic tako sklenjenega pravnega posla in jih dejansko tudi hoteli. Ob zagotovitvi primerne zakonske ureditve in ob sprejemu vseh ustreznih kvtel, uvedbi tretjega pravnega temelja za dedovanje v naš pravni red, po mojem mnenju, ni smiselno nasprotovati.

Pravica do dedovanja je kot ena temeljnih pravic zagotovljena že v ustavi (33. člen Ustave RS). Za področje dedovanja je pomembna tudi določba 67. člena ustave, ki določa, da je zakon tisti, ki določa način pridobivanja in uživanja lastnine tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija, določa pa tudi način in pogoje dedovanja. Ob prepovedi sklepanja dednih pogodb se lahko izpostavlja vprašanje ali je obstoječa dednopravna ureditev, glede na (novo) ustavno ureditev, (še) primerna. Stališče ustavnega sodišča poznamo: rešitev vprašanja ureditve pravnih temeljev za dedovanje je v pristojnosti zakonodajalca. Veljavno pravo, ki sklepanja dedne pogodbe ne dovoljuje, ni v nasprotju z ustavo oziroma ne kolidira s pravico do zasebne lastnine in dedovanja.

Tudi ob upoštevanju predstavljenega stališča se lahko še vedno sprašujemo, ali ne bi veljalo, glede na to, da je z novo ustavno ureditvijo v Sloveniji zasebna lastnina dobila

⁵⁶ Glej člen 42. člen ZN.

⁵⁷ Če bi se odločili za dovolitev sklepanja dednih pogodb gotovo ne bi mogli mimo stroge obličnostne zahteve po sklepanju takšnih pravnih poslov v obliki notarskega zapisa.

svoje staro, lahko bi rekli tudi klasično mesto v pravnem sistemu,⁵⁸ razmišljati o vrnitvi temeljnih civilnopravnih načel tudi na področje dedovanja. Načeli avtonomije volje pogodbenih strank ter dispozitivnosti pravnih norm bi morda lahko pripeljali nazaj tudi institut dedne pogodbe. Menim, da prepričljivih razlogov za trditev, da je slednja v celoti nesprejemljiva za naš pravni red, ni. Iz tega razloga bi lahko vsakemu posameznemu zapustniku prepustili na izbiro, da se svobodno odloči, ali bo s svojim premoženjem *mortis causa* razpolagal s pomočjo oporoke ali s pomočjo dedne pogodbe. V nasprotnem primeru pravzaprav ščitimo posameznika pred samim seboj in vprašanje je, ali ne gre morda že za pretirano paternalističen odnos države do posameznika.⁵⁹

Menim, da iz pravice do zasebne lastnine in dedovanja lahko izvajamo tako pravico do svobodnega oporočnega, kot tudi pogodbenega razpolaganja s svojim premoženjem. Res je sicer, da je področje dedovanja v marsičem specifično pravno področje in zato tudi zasluži posebno obravnavo in pravno ureditev. Tako je tudi v primerjalnem pravu, kjer od ureditve do ureditve približevanje oziroma oddaljevanje od splošnih civilnopravnih norm nekoliko niha. Vendarle pa menim, da so omejitve v smislu sedanje zakonske ureditve, ki v marsičem omejujejo zapustnika pri prostem razpolaganjem s svojim premoženjem *mortis causa*, nekoliko preostre⁶⁰ in bodo v prihodnje morale biti deležne večje pozornosti.

⁵⁸ Ni več delitve na zasebno in družbeno premoženje, vedno imamo znanega titularja lastninske pravice.

⁵⁹ To bi veljalo še zlasti za primer, ko ne bi bila sprejemljiva nobena od oblik dednih pogodb, ki so poznane tudi v primerjalnem pravu, na primer tudi ne dedna pogodba med zakoncema.

⁶⁰ Ugotovitev ne velja le glede neveljavnosti dednih pogodb, ampak tudi glede ustanove nujnega deleža, prepovedi fideikomisarične substitucije in podobno. O teh vprašanjih več: Zupančič K., 2003, str. I - IV ter Zupančič K., 2004, str. 9 - 11.

Literatura

1. BROX H., WALKER W.D., *Erbrecht*, 22. izd., Köln, Berlin, Bonn, München, 2007;
2. CIGOJ S., *Institucije obligacij*, Uradni list RS, Ljubljana, 1991;
3. CMIĆ J., *Zakon o nasljeđivanju*, Zagreb, 1982;
4. DOLINŠEK A., *Sporazum o odpovedi nevedenemu dedovanju tudi med zakonci – zakaj pa ne?*, v: *Pravna praksa*, let. 22, št. 45, 2003, str. 17 in sl.;
5. DYSON H., *French Property and Inheritance Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003;
6. FINŽGAR A., *Dedno pravo*, Ljubljana, 1973;
7. GOTTWALD P., SCHWAB D., BÜTTNER E., *Family and Succession Law in Germany*, Kluwer Law International, London, 2001;
8. KREČ M., PAVIĆ Đ., *Komentar zakona o nasljeđivanju*, Narodne novine, Zagreb, 1964;
9. MARKOVIĆ S., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1978;
10. METELKO J., *Dednopravne pogodbe*, v: *Podjetje in delo*, Ljubljana, št. 6-7/2002, str. 1210 – 1221;
11. PODGORŠEK B., v: *Plavšak N., Juhart M., Podgoršek B., Kranjc V., Ilovar Gradišar S., Zabel B., Možina D., Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del)*, 3. knjiga, GV založba, 2004;
12. RIJAVEC V., *Pogodbe civilnega prava, ki niso bile uvrščene v ZOR*, v: *Pravna praksa*, let. 16, št. 5, 1997, str. I-VIII;
13. VEDRIŠ M., KLARIĆ P., *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004;
14. ZUPANČIČ K., *Dedno pravo*, Uradni list RS, Ljubljana, 1991;
15. ZUPANČIČ K., *Dedovanje*, 7. izdaja, Uradni list RS, Ljubljana, 2002;
16. ZUPANČIČ K., *Fidejkomisarična substitucija*, v: *Pravna praksa*, let. 23, št. 10, 2004, str. 9 – 11;
17. ZUPANČIČ K., NOVAK B., ŽNIDARŠIČ V., KONČINA PETERNEL M., *Družinski zakonik (predlog)*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2004;
18. ZUPANČIČ K., *Omejitev svobode testiranja z ustanovo nujnega deleža*, v: *Pravna praksa*, let. 22, št. 19, 2003, str. I – IV;
19. ŽNIDARŠIČ V., *Dedna pogodba*, *Zbornik znanstvenih razprav*, Pravna fakulteta v Ljubljani, letnik 65, 2005, str. 371 – 393;
20. ŽNIDARŠIČ V., *Premoženjska razmerja med zakoncema*, Bonex, Ljubljana, 2002.

DEDNA POGODBA,
DEDNOPRAVNE
KLAUZULE V
ŽENITNI POGODBI
IN SKUPNA
OPOROKA

Prispevek potomcev (32.ČL. ZD)

dr. Vesna Rijavec¹

1. Pojem in pravna narava zahtevka iz 32.Čl. ZD

Predmet dedovanja ni premoženjska masa, ki se izloči iz zapustnikovega premoženja na zahtevo zapustnikovih potomcev ter posvojencev in njihovih potomcev, ki so živeli skupaj z zapustnikom in mu s svojim delom, zasluzkom ali kako drugače pomagali pri povečanju ali ohranitvi vrednosti premoženja (1.odst. 32.čl. ZD).

103

Poseben problem predstavlja vprašanje pravne narave zahtevkov iz 1.odst. 32.čl. ZD. Izoblikovala so se različna stališča. Nekateri se zavzemajo za opredelitev, da gre za zahtevke dednopravne narave, ker bi nasprotna opredelitev za zahtevek stvarnopravne narave nasprotovala učinku pravnomočnosti sklepa v smislu 220.čl. ZD.² Drugi avtorji pa zastopajo stališče, da je zahtevek stvarnopravne narave.³ Nesporno pa velja, da ni obligacijskopravna pravica.⁴

Zahtevku ne moremo v celoti pripisati dednopravne narave, ker ne temelji na dedni pravici in upravičenci nimajo položaja dediča. Do izločitve v smislu 1.odst.32.čl. ZD so upravičeni zapustnikovi potomci ne glede na to, ali v konkretnem primeru dedujejo in tudi ne glede na to,

¹ Profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

² Finžgar zagovarja stališče, da je zahtevek dednopravne narave; Dedno pravo Jugoslavije, str. 81, 82; Enciklopedija, op. cit, str. 352.

³ Odl. VS Hrv. Gž 661/60, 12.5.1960, Crnić, Zakon o nasleđivanju s napomenama, objašnjenjima, sudskom praksom i primjerima iz prakse, str. 68; Smole, Zakonito in oporočno dedovanje, Ljubljana 1965, str 110; Jože Ilc, Izločitev premoženja iz zapuščine, Pravnik I.44, 3-4/89, str.200 in sl.. Frantar recenzija, Pravnik I.47, 9-10/92, str. 431 in sl..

⁴ Gavella, Nasljedno pravo, Informator, Zagreb, 1990, str. 333, Zupančič, Dedno pravo, ČZ Uradni list RS, Ljubljana, 1991, str. 33, Rijavec, Dedovanje, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1999, str. 191-193.

ali so dedno sposobni. Upravičenci tudi ne odgovarjajo za zapustnikove dolgove tako kot dediči. Na stvarnopravno komponento kaže tudi posledica, da so upravičeni do deleža na premoženju, šele če so ga pomagali soustvariti. Pravica iz 32.čl. ZD ni pravica do določene stvari ali skupine stvari, temveč do idealnega deleža. Zahtevek za izločitev je po svojem idejno-socialnem temelju podoben zahtevku do skupnega premoženja, ki nastane originarno. Zakonec pa je upravičen do svojega dela skupnega premoženja celo, če je drugi zakonec prezadolžen z lastnimi in ne skupnimi dolgovi.⁵ To pa ne pomeni, da se lahko izločitev zahteva, če zapustnik ni zapustil ničesar.

Vendar tudi sklep, da bi imel zahtevek na podlagi 1.odst. 32.čl. ZD zgolj stvarnopravni značaj ni povsem sprejemljiv. Uresničiti ga je namreč mogoče šele s smrtjo zapustnika.⁶ Potomci in posvojenci smejo namreč šele po uvedbi dedovanja zahtevati del zapustnikovega premoženja iz naslova svojega prispevka k nastanku oziroma povečanju zapustnikovega premoženja, tako da niso vezani na dokazovanje obstoja pravne podlage za nastanek stvarnopravnega zahtevka. Dokazati morajo le, da so živeli in pridobivali skupaj z zapustnikom, kar se je odrazilo v povečanju ali ohranitvi vrednosti. Za časa življenja bi takšen zahtevek moral temeljiti na pravnem poslu, po katerem bi imelo potomčevo prispevanje za posledico nastanek solastnine. Brez posebne ureditve v okviru dednega prava bi za vlagatelja v tujo stvar v prvi vrsti prišel v poštev obligacijski zahtevek, ki bi ga moral prav tako utemeljiti s pravnim poslom ali neupravičeno pridobitvijo. Dednopravno komponento ustvari pravilo, da potomci in posvojenci šele po uvedbi dedovanja lahko terjajo del zapuščine, ne da bi morali dokazovati, kakšen je bil dogovor med njimi in zapustnikom. Kadar so potomci in posvojenci že lastniki posameznih predmetov, ker so jih pridobili v svojem imenu, ne pride v poštev uveljavljanje zahtevka iz 1.odst. 32.čl. ZD.⁷

Menim, da je tako najprepričljivejše stališče, da gre za zahtevek, ki ima deloma značilnosti dednopravne in deloma stvarnopravne narave.⁸

⁵ Zupančič, *Dedno pravo*, str. 33.

⁶ Kreč-Pavić, , str. 97. Drugače Blagojević, ki meni, da je mogoče obravnavati institut uporabiti tudi inter vivos ter v primerih analognih razmerij med drugimi sorodniki, npr. brati in sestrami; Blagojević, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1980, str.44.

⁷ Tako tudi Sodba II Ips 979/94 z dne 3.4.1996, Ker je med postopkom na drugi in prvi stopnji ugotovljeno, da je tožnik izključno s svojimi denarnimi sredstvi kupil elektromotor, sta sodišči druge in prve stopnje pravilno ugotovili, da je tožnik lastnik tega motorja. Namreč po določilu 34. člena zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih postane kupec lastnik premičnine v trenutku, ko mu je kupljena stvar izročena v posest. Zato je bilo materialno pravo pravilno uporabljeno tudi v tem delu odločitve.

Določitev dela premoženja, ki se izloči v korist potomcev, predstavlja podobno operacijo kot jo predstavlja določitev deleža zakonca in delitev skupnega premoženja, vendar pod pogojem, da je naprej prišlo do uvedbe dedovanja. Dednopravno komponento tako narekuje pogoj, da je tovrstna izločitev možna le po smrti zapustnika. Tudi sodna praksa je upoštevala, da gre za "spečo pravico" potomca oziroma posvojenca, ki oživi šele z zapustnikovo smrtjo, saj pred njo zahtevka na podlagi tega instituta ni mogoče uspešno postaviti.⁹ Iz tega razloga je treba šteti, da je dednopravni element prevladujoč.

2. Položaj upravičenca iz 32. člena ZD

Ker upravičenci niso le tisti potomci in posvojenca, ki v konkretnem primeru dedujejo, mora sodišče priznati položaj stranke v zapuščinskem postopku tudi nedediču, ki se sklicuje na pravico iz 1.odst.32.čl. ZD. Potomci spadajo v kategorijo oseb, ki uveljavljajo kakšno pravico iz zapuščine (175.čl. ZD).¹⁰ Iz samega zakonskega teksta 32. ZD sledi, da izločevano premoženje sicer ne spada v zapuščino in zato ne gre za uveljavljanje pravice iz zapuščine, vendar je potomcem položaj stranke mogoče priznati le na podlagi te citirane določbe. »De lege ferenda« bi morda kazalo določbi o strankah oz. udeležencih postopka uporabiti opredelitev »osebe, ki uveljavljajo pravice do zapustnikovega premoženja«.¹¹ Dodati bi morali še besedilo "o katerih se odloča v zapuščinskem postopku", ker bi bilo sicer mogoče šteti, da lahko svoje zahtevke v zapuščinskem postopku uveljavljajo tudi upniki.

Po 32. čl. ZD lahko izloča iz zapuščine le zapustnikov potomec ali posvojenec in njuni potomci, ne pa tudi drugi sorodniki.

⁸ Zupančič, *ga* opredeli kot zahtevek "sui generis"; str. 32. in sl.

⁹ VSL sklep II Cp 1545/93 z dne 23.2.1994

¹⁰ Zupančič, *Predpisi o dedovanju z uvodnimi pojasnili*, str. 122.

¹¹ Na to utemeljeno opozarja Zupančič, *Dedno pravo*, str. 189.

3. Učinki pravnomočnosti sklepa o dedovanju

V kontekstu obravnavanja pravnomočnosti sklepa o dedovanju naletimo na vprašanje, ali pravnomočnost veže tudi potomce, ki so prispevali k povečanju ali ohranitvi vrednosti zapustnikovega premoženja, pa te pravice v zapuščinskem postopku niso uveljavljali, čeprav bi jo lahko. Odgovor je odvisen tudi od opredelitve pravne narave zahtevka iz 1.odst. 32.čl. ZD. Pri rešitvi te dileme ne bi smeli prezreti posebne specialne dvojne narave zahtevka, kjer naj bo poudarek na dednopravni komponenti. Posledica te ugotovitve je, da se zahtevek lahko uveljavlja le v razmerju do zapustnikove zapuščine, torej v zapuščinskem postopku po njem. Najdemo judikate, ki sledijo temu stališču, da je zahtevek mogoče uspešno uveljavljati najpozneje do konca zapuščinske obravnave po zapustniku, saj stranke, ki so sodelovale v zapuščinskem postopku, veže pravnomočen sklep o dedovanju in lahko uveljavljajo svoj zahtevek v pravdi le, če jim je takšna pravica posebej priznana (220. čl. ZD).¹² Če upravičenec, ki je imel možnost sodelovati v zapuščinskem postopku, ne postavi zahtevka, da se mu prizna določeni delež na zapuščini zaradi prispevka k povečanju zapustnikovega premoženja, vrednost teh prispevkov pa ostane sestavni del zapuščine, o kateri je odločeno s pravnomočnim sklepom o dedovanju, je prav, da ga ta pravnomočni sklep veže. Upravičenec ne nastopa kot lastnik, ki uveljavlja lastninsko pravico, temveč kot upravičenec, ki sme prav zaradi uvedbe dedovanja uveljavljati svoj prispevek k povečanju ali ohranitvi zapustnikovega premoženja z izločitvijo dela premoženja ne glede na to, ali bi imel po splošnih pravilih civilnega prava stvarnopravno ali pa samo obligacijsko upravičenje. Zato naj bo enako kot nujni dedič prekludiran, če te posebne možnosti do izločitve po ZD ni izkoristil v zapuščinskem postopku, čeprav je možnost imel. V nasprotnem primeru je nesmiselno, da bi se to vprašanje sploh reševalo v zapuščinskem postopku ter povzročalo zaplete in časovne zamude pred izdajo sklepa o dedovanju. Stališča sodne prakse so pogosto tudi nasprotna in ne upoštevajo prekluzije.¹³

4. Poravnava

Materialnopravni spor ali negotovost je tudi v zapuščinskem postopku načelno mogoče razrešiti s sodno poravnavo o pravicah, ki se strankam priznajo, če so jih uveljavljale, pod pogojem, da stranke z njimi lahko prosto razpolagajo. Pri tem mora biti za dopustnost sodne poravnave izpolnjen tudi pogoj, da se z njo doseže konec postopka z učinki

¹² VSL sklep II Cp 1545/93 z dne 23.2.1994

¹³ Odločba VS SRS Pž 822/74, z dne 28.11.1974, PSLP, str. 23.

pravnomočnosti glede dela postopka, ki se nanaša na predmet v dispoziciji strank. Sodno poravnavo z vsemi potrebnimi elementi je tako mogoče skleniti tudi o zahtevku po 32. čl ZD. Če jo upravičenci sklenejo, je zanje v zvezi s tem zahtevkom sodna pot izčrpana.

5. Pogoji za uveljavljanje zahtevka

5.1. Skupno življenje

Pogoja skupnosti življenja praksa praviloma ne jemlje preveč strogo, temveč ga razlaga v smislu skupnosti pridobivanja. Pri tem upošteva kot bistveno, da je prispevek k povečanju premoženja nastal kot rezultat skupnega delovanja, pri čemer skupno gospodinjstvo ali življenje pod isto streho ni nujen pogoj za utemeljenost zahtevka po tej določbi. Namen obravnavane zakonske določbe je v tem, da ne bi prispevanja (v delu in sredstvih) oseb, opredeljenih v zakonu, in sadov tega pridobili tisti dediči, ki niso delali in prispevali.¹⁴ Najdemo pa tudi strožje stališče, po katerem mora biti izpolnjen pogoj skupnega življenja z zapustnikom, ki mu je potomec s svojim delom, zaslužkom ali kako drugače pomagal pri pridobivanju, kar je imelo za posledico ohranitev vrednosti zapustnikovega premoženja ali njegovo povečanje. Po tem mnenju razlaga, da za skupno življenje med potomcem in zapustnikom šteje tudi vsakodnevna skrb in ne le bivanje na istem naslovu, nasprotuje določbi 32. člena ZD.¹⁵ To stališče se zdi manj primerno, ker je vendarle temeljni ratio določbe, da se dediči ne bi okoristili z delovnim prispevkom posameznega potomca, ki zaradi narave razmerja starši otroci ni izrecno uredil posledic svojega prispevanja.

5.2. Povečanje ali ohranitev zapustnikovega premoženja

Vlaganje v tuje premoženje mora biti dokazano v takšnem obsegu, da to povzroči povečanje ali vsaj ohranitev vrednosti tujega (zapustnikovega) premoženja. Pri tem je treba upoštevati ali ni morda šlo za neodplačno razmerje v družini, kjer se medsebojna pomoč med družinskimi člani nudi z neodplačnim namenom (npr., da je bilo delo na kmetiji opravljeno le za pridobivanje pridelkov za lastne potrebe in da so bile investicije tako majhne, da so bile v celoti poravnane z nasprotnimi dajatvami in koristmi s kmetije).¹⁶ Prav tako je treba upoštevati tudi koristi, ki so jih starši nudili upravičencu preko zakonite dolžnosti preživetja.¹⁷

¹⁴ VS RS, sodba II lps 169/95 z dne 14.11.1996; sklep II lps 44/95 z dne 5.9.1996.

¹⁵ VS RS, sodba II lps 49/93 z dne 17.6.1993, Sodba II lps 115/2005 z dne 19.10.2006.

¹⁶ VS RS, sodba II lps 49/93 z dne 17.6.1993.

5.3. Obstoje premoženja

Upravičenec lahko zahteva izločitev celo, če je zapuščina pasivna (če zapustnikovi dolgovi presegajo vrednost premoženja).¹⁸

Prispevka pa ni mogoče uveljavljati, če sploh ni zapuščine, ker je zapustnik za časa življenja že razpolagal z vsem svojim premoženjem npr. z izročilno pogodbo.¹⁹

6. Način izločitve

Pravica iz 32. čl. ZD ni pravica do določene stvari ali skupine stvari, temveč do stvarnopravnega idealnega deleža na celotni zapuščini, ki ustreza protivrednosti prispevka. Šele pri delitvi se nato določi, s katerimi zapuščinskimi stvarmi se ta del izplača.²⁰ Čeprav je potomec prispeval samo k povečanju vrednosti konkretne zapustnikove stvari, ne more zahtevati pravice prav na tej stvari, niti mu ne more biti dosojena pravica samo na tej stvari. Kakor v primeru delitve dediščine iz 147. čl. ZD se vendar pri delitvi solastnine na zahtevo upravičenca upošteva, da se mu kot delež prepuste določene stvari ali skupnost stvari, ali da se mu prizna izplačilo v denarju, če to terjajo utemeljeni razlogi. Če upravičene osebe iz 32. čl. uveljavljajo svoj del v zapuščinskem postopku, je sodišče, ne glede na to, ali je upravičenec dedič ali ne, dolžno tudi glede te zahteve izvesti postopek in odločiti. V sklepu o dedovanju mora sodišče določiti del, ki pripada udeležencu postopka po 32. čl. ZD in ga označiti ločeno od njegovega dednega deleža. V sklep se vzamejo tudi doseženi sporazum o delitvi in načinu delitve glede tega dela, kakor tudi morebitna odločba sodišča o načinu izplačila tega dela.²¹

Po 32. členu ZD ima potomec torej pravico do izločitve alikvotnega dela iz zapuščine.²² Med dediči in potomcem, ki mu je priznan delež iz naslova prispevanja nastane solastnina. Le v izjemnih primerih, ko ugotovitev solastninskega deleža ni smiselna ali bi bila določitev ustreznega dela v naravi gospodarsko nesmotrna, lahko potomec zahteva vrednost deleža v denarju (s tem vsebinsko povzroči civilno delitev).²³

¹⁷ Iz dejanskih ugotovitev sodišč prve in druge stopnje sledi, da so bile tožnikove investicije v zapustnikovo premoženje bistveno manjše (207.316,00 SIT) kot koristi, ki jih je imel iz zapustnikovega premoženja (vsaj 3 X 225.811,00 SIT), sodba II lps 575/94 z dne 7.7.1994

¹⁸ Mnenja glede tega so različna; Finžgar, Enciklopedija, str. 353.

¹⁹ VS RS, sodba II lps 49/93 z dne 17.6.1993; Sodba II lps 426/92 z dne 13.1.1993

²⁰ VS RS, sodba II lps 40/2001 z dne 8.3.2001.

²¹ Poročilo VSS 1/60 str.4, Pravnik 9-10/60 str.385.

²² VS RS, sodba II lps 587/2004 z dne 15.6.2006

²³ Tako sodba VS RS II lps 56/2000 z dne 14.9.2000.

7. Roki za uveljavljanje zahtevka

Čeprav je pravica zapustnikovega potomca, da se iz zapuščine izloči del, ki ustreza njegovemu prispevku k povečanju ali ohranitvi vrednosti zapustnikovega premoženja (32. člen ZD), definirana kot zahtevek (“... imajo pravico zahtevati ...”), ni sporno, da to ni pravica relativnega značaja, pač pa absolutna pravica.²⁴ Kljub temu je odprto vprašanje, v kakšnih rokih sme upravičenec uveljavljati zahtevek, če ni imel možnosti, da ga uveljavlja v zapuščinskem postopku. Ali naj se uporabi analogija, da tudi za zahtevek po 32. členu veljajo roki iz 141. člena ZD, namenjeni za uveljavljanje pravice zahtevati zapuščino kot zapustnikov dedič. Menim, da bi glede na prevladujočo dednopravno komponento takšna analogija morala biti upoštevana. Opozoriti pa moram na drugačno staro stališče.²⁵ Morda bi bilo najbolj smotno “de lege ferenda” urediti vprašanje rokov enotno, usklajeno z roki, ki so predvideni za originarno pridobitev lastninske pravice s priposestovanjem. S tem bi odpravili dosedanje nesporazume v teoriji in praksi tudi za uveljavljanje dedne pravice, ki so posledica tega, da ni jasno, katero dejanje pomeni pretrganje zastaranja ali je dovolj že uvedba zapuščinskega postopka.²⁶

PRISPEVEK
POTOMCEV
(32.ČL. ZD)

109

8. Sprememba pravne podlage za uveljavljanje zahtevka potomca iz naslova vlaganj

Prepletanje različnih podlag za odpravo prikrajšanja potomca, ki je prispeval k povečanju ali ohranitvi tujega premoženja povzroča probleme tudi v procesnem smislu. Zanimiv je primer, v katerem je sodišče štelo, da je bila tožba nedopustno spremenjena na naslednji način. Tožnik, ki se je v postopku skliceval na določilo 32. člena ZD in temu prilagodil tudi dejansko podlago tožbe ter dokazne predloge, v revizijskem postopku pa je začel zatrjevati, da ne uveljavlja izločitvenega zahtevka, temveč, da je z vlaganji pridobil “izvirno” lastninsko pravico, je s tem nedopustno spremenil tožbo (1. odst 190. člena v zvezi s 1. odst. 191. člena ZPP).²⁷

²⁴ Gavella, Nasljedno pravo, Informator, Zagreb, 1990, str. 333

²⁵ Pravno mnenje VSS sprejeto 15. in 16. 12.1986, Poročilo VSS II/86, str. 38: Za zahtevek potomcev za izločitev dela zapuščine, ki ustreza njihovem prispevku k povečanju ali ohranitvi vrednosti zapustnikovega premoženja (32.čl.ZD) ne veljajo roki iz 141.čl. ZD.

²⁶ Marković, Nasledno pravo, Službeni list SFRJ, OOUR Knjige, 2.izdaja, Beograd, 198, str. 479.

²⁷ VS RS, sodba II lps 426/92 z dne 13.1.1993

V drugem podobnem primeru pa je sodišče štelo, da obstoječa dejanska podlaga omogoča odločitev o upravičenosti do izločitve na dveh pravnih temeljih. Glede na okoliščine konkretnega primera utemeljenosti tožnikovega zahtevka do stanovanja in garaže niti ni bilo potrebno presojati po določbah 32. čl. ZD, ampak so podlaga zanjo v času gradnje veljavna pravna pravila civilnega prava, ki se nanašajo na pridobivanje lastninske pravice z gradnjo. Stvarnopravni upravičenec do stanovanja in garaže je tožnik, ki je s soglasjem lastnika hiše gradnjo izvršil in imel po lastnih navedbah (katerim tožena stranka ni ugovarjala) stanovanje tudi ves čas v posesti.²⁸

Teh nejasnosti v zvezi z obogatitvenim zahtevkom ne more biti, ker je v tem primeru treba spremeniti tudi sam tožbeni predlog. Navadno vlaganje v tujo stvar brez dogovora o nastanku solastnine ima za posledico lahko le obligacijski zahtevek. Tožbeni predlog na podlagi neupravičene pridobitve se tako glasi le na nadomestilo vrednosti vlaganj v sporno premoženje. Če tožnik v tožbi zahteva ugotovitev solastninskega deleža in izločitev tega deleža iz zapuščine, neupravičene pridobitve ni mogoče obravnavati v okviru postavljenega tožbenega zahtevka (2. člen ZPP).²⁹

9. Sklep

V treh primerjanih pravnih ureditvah; avstrijski, nemški in francoski instituta, ki bi ustrežal slovenski ureditvi iz 1. odst. 32. čl. ZD, ne poznajo. V Avstriji natančneje določajo le vsebino zakonitega volila, ki pripada samo preživelemu zakoncu (758. par. ABGB). Na tak način so možnosti za zaplete v zapuščinskem postopku precej manjše, saj se spori glede obsega zapustnikovega premoženja rešujejo po izdaji prisojila po splošnih predpisih civilnega prava.

Ratio predpisa 1. odst. 32. čl. ZD je bil preprečiti izkoriščanje sadov tujega dela. Vprašanje je, ali je res upravičeno takšno posebno obravnavanje dela potomcev in posvojencev v družinski skupnosti z zapustnikom, čeprav veljajo splošna pravila premoženjskega prava, po katerih lahko upravičenci zavarujejo svoje premoženjske pravice. Čeprav je podana podobnost med nastajanjem premoženja v skupnosti med prednikom ter potomci in med nastajanjem skupnega premoženja v zakonski zvezi, vendarle pravnopolitični razlogi za obstoj instituta izločitve v korist potomcev niso enaki tistim za zaščito pravic zakonca iz naslova skupnega premoženja. Premoženjska razmerja med zakoncema predstavljajo usklajen sistem, ki ga je potrebno upoštevati

²⁸ VS RS, sodba II lps 742/93 z dne 14.10.1993

²⁹ VS RS, sodba II lps 552/95 z dne 5.6.1997

tudi v okviru dedovanja. V primeru dela potomcev v korist zapustnikovega premoženja pa ne moremo utemeljeno zagovarjati domneve o nastanku premoženjske skupnosti. V času sprejema ZD bi bili potomci res lahko prikrajšani, če bi vlagali v nepremičnino svojih staršev, ker ni bilo izrecne določbe, da zastaralni roki za obligacijski obogatitveni zahtevki ne pričnejo teči takoj po vlaganju. V življenjskih skupnostih, kot je družinska, se pogosto zaradi njihove posebne narave premoženjska razmerja ne uredijo pravočasno. SPZ je zato za primere življenjskih skupnosti uveljavil pravičnejšo rešitev. Če gre za gradnjo na tuji nepremičnini s soglasjem lastnika pričnejo zastaralni roki za zahtevke graditelja teči od dneva, ko je graditelj izgubil posest nepremičnine (3. odst. 48. čl. SPZ).

Na koncu moram še pripomniti, da so spori v smislu 1. odst. 32. čl. ZD razmeroma pogosti ter izjemno zapleteni. Zaradi napotitve na pravdo pomenijo dolgotrajno prekinitvev zapuščinskega postopka tudi zato, ker je treba ugotavljati tudi koristi, ki jih je upravičenec imel od staršev.

Mogoče bi kazalo sporni institut v bodoče izpustiti, prizadete osebe pa bi uveljavljale svoje zahtevke iz naslova vlaganj po splošnih pravilih civilnega prava. S tem se njihov položaj po smrti zapustnika ne bi poslabšal, razen kolikor bi bili v nekaterih primerih upravičeni samo do izplačila in ne do premoženja v naravi. Če pa bi institut ostal, bi morali biti sodelujoči na odločitvah v sklepu o dedovanju vezani, prav tako bi bilo potrebno odpraviti nejasnost glede rokov, v katerih zastara pravica uveljavljati zahtevke v smislu 1. odst. 32. čl. ZD. Glede na naše pomisleke o stvarnopravni naravi tega zahtevka, se ne moremo strinjati z nezastarljivo pravico uveljavljati zahtevke, ki pripada lastniku stvari. Po drugi strani pa razumljivo ne moremo uporabiti pravila iz 141. čl. ZD, ker velja le za zastaranje pravice zahtevati zapuščino kot dedič.

Prenos dela pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje (de lege ferenda)

Andrej Rozman¹

S ponovno uvedbo notariata v pravni red Republike Slovenije (Zakon o notariatu – ZN, Uradni list RS 13/94 z dne 10.03.1994) je bila odprta doslej neizkoriščena in komaj zaznana možnost prevzemanja določenih opravil v zvezi z zapuščinskimi zadevami s strani notarjev. Zakon o notariatu je namreč že ob sprejemu določil v 71. členu, da notar lahko opravi popis in cenitev zapustnikovega premoženja, če tako odloči zapuščinsko sodišče, notarju se lahko izroči v hrambo zapustnikovo premoženje ali njegov del, notar je lahko imenovan za skrbnika zapuščine. Ker zakon o notariatu določa, da notariatu kot javni službi določa delovno področje in pooblastila le zakon, navedeno določilo 71. člena predstavlja zelo ozek okvir dosedanjih možnosti, da se notariat opazneje vključi v zapuščinske postopke.

113

Vse od pričetka delovanja notariata so se v notarski zbornici izražale težnje in oblikovale pobude, da bi notariat prevzel aktivnejšo vlogo na področju urejanja zapuščinskih zadev. V stikih z Ministrstvom za pravosodje so tovrstne pobude doživljale spreminjajoč se odziv, ki se je za časa ministra za pravosodje g. Tomaža Marušiča odrazil v prvem konkretnem poizkusu prenosa pristojnosti za vodenje zapuščinskih postopkov na notarje, vendar se je tedanji zakonodajni postopek ustavil s padcem vlade. Kljub temu je ideja, da se izkoristijo možnosti, katere nudi delovanje notariata, za aktivnejšo vlogo notarjev v zapuščinskih zadevah, ostala živa. Pri življenju jo ohranjajo ne samo primerjalno pravni argumenti – v naši širši okolici je samo v Republiki Sloveniji vodenje zapuščinskih postopkov v izključni pristojnosti sodišč, temveč predvsem možnosti, katere notariat nudi za hitrejše

¹ Notarska pisarna Andrej Rozman.

in učinkovitejše vodenje zapuščinskih postopkov in reševanje zapuščinskih zadev ter težnje po razbremenitvi sodišč. Aktualna vlada je s programom dela sprejela tudi zavezo, da s spremembo zakonodaje odpre možnost prenosa pristojnosti za vodenje in reševanje zapuščinskih zadev na notarje. V času priprave tega prispevka je tako v zakonodajnem postopku v fazi medresorskega usklajevanja predlog Ministrstva za pravosodje, da se spremeni in dopolni Zakon o dedovanju tako, da bi se odprla možnost reševanja zapuščinskih zadev pri notarjih. Cilj predlagatelja je, da pred sprejemom novega celovitega Zakona o dedovanju uveljavi primarno pristojnost notarjev za vodenje nespornih zapuščinskih zadev. Iz gradiva, ki je v zakonodajnem postopku, izhaja, da je predlagatelj sprejel argumente za predlagano spremembo, ki so zlasti v tem, da so notarji z osnovno dejavnostjo izkazali usposobljenost za odzivnejše in celovitejše reševanje zapuščinskih zadev, katerih vsebina se je zaradi spremenjenega socialno ekonomskega okolja v državi spremenila tako, da je vse pomembnejši hiter in učinkovit postopek razrešitve razmerij med dediči, kot pogoj za nemoteno delo gospodarskih subjektov in učinkovito razpolaganje s premoženjem zapustnika. V prispevku bom v prvem delu predstavil vsebino predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o dedovanju, v drugem delu pa z vidika doslej neuspešnih prizadevanj Notarske zbornice, za po našem mnenju učinkovitejše rešitve, kritično oceno predlaganih rešitev.

Z obravnavanim predlogom se je predlagatelj odločil, da z novelo zakona o dedovanju doda na koncu poglavja o zapuščinskem postopku novih 18. členov (227. a do 227. f). V prvem od predlaganih novih členov (227. a) predlagatelj določa pristojnost notarjev s sedežem v Republiki Sloveniji za urejanje tistih zapuščinskih zadev, pri katerih med udeleženci zapuščinske zadeve ne obstajajo sporna dejstva iz drugega odstavka 210. člena Zakona o dedovanju (že do sedaj razlogi za prekinitev zapuščinske obravnave in napotitev na pravdo ali upravni postopek zaradi spornih dejstev, od katerih je odvisna pravica strank), iz 211. člena (spor o pravici do volila ali drugi pravici iz zapuščine) ter prve in druge točke 212. člena Zakona o dedovanju (obseg zapuščine, izločitev prispevka zapustnikovih potomcev) ali, ko je v primerih, v katerih zakon za izvedbo določenih pravnih dejanj zahteva soglasje udeležencev, to soglasje podano. V vsakem primeru pa ostane za vodenje zapuščinske zadeve pristojno sodišče, če se kateri od dedičev ne strinja z obravnavanjem zapuščinske zadeve pri notarju. Kot udeležence zapuščinskega postopka predlog zakona opredeljuje dediče, volilnojemnike in vse osebe, ki uveljavljajo zahtevke iz dedovanja. Za krajevno pristojnega določa notarja s sedežem na območju zapustnikovega stalnega oziroma začasnega bivališča v času njegove smrti. Če je takih notarjev več, pristojnega notarja določi Notarska zbornica Slovenije, ki je pristojna tudi za določitev drugega notarja v primeru izločitve ali utemeljene zahteve udeležencev za zamenjavo notarja, pri čemer se zahteva po zakonu šteje za utemeljeno, če notar ne izpolnjuje ali zavlačuje z izpolnjevanjem svojih obveznosti, kar je tudi razlog za njegovo disciplinsko odgovornost. Notarska zbornica Slovenije v teh postopkih odloča po 24. členu Zakona o notariatu (227. b). Slednji določa pristojnost Notarske zbornice za

odločanje o utemeljenosti odklonitve poslovanja, zoper odločitev zbornice ni pritožbe, dovoljen je upravni spor. Nadalje predlog zakona (227. c) opredeljuje izključitvene in izločitvene razloge. Prvi so podani, če je kakršnakoli osebna vez med notarjem in udeleženci zapuščinskega postopka ali če je notar izvršitelj oporoške oziroma skrbnik zapuščine, izločitveni razlog pa predstavlja tudi vsaka druga okoliščina, ki vzbuja dvom o notarjevi nepristranosti. V nadaljevanju (227. č) zakon določa postopanje notarja v primeru obstoja spornih dejstev, spora o pravici do dedovanja, spora o obsegu zapuščine ali izločitvenega zahtevka potomcev. V teh primerih naj bi notar po predlogu zakona sestavil notarsko potrdilo, v katerem naj bi navedel obstoj spornih dejstev ter celotno zadevo odstopil v reševanje pristojnemu sodišču. Položaj notarja pri vodenju zapuščinske zadeve opredeljuje predlog zakona (227. d) z določbami, po katerih ima notar (če zakon ne določa drugače) vse pristojnosti in pooblastila zapuščinskega sodišča, pri poslovanju pa je vezan na določila Zakona o notariatu in kodeksa notarske etike, vse ob smiselni uporabi določb o sodnem in zapuščinskem postopku po Zakonu o dedovanju. Notar naj bi v zapuščinskih zadevah izdajal notarska potrdila in notarske zapise sporazuma o dedovanju, pri čemer lahko notarski pomočnik opravlja vsa dejanja razen sestave notarskih potrdil in notarskih zapisov sporazumov o dedovanju. V zadevah s tujim elementom (227. e) zakon napotuje na smiselno uporabo določb Zakona o mednarodnem in zasebnem pravu in postopku in postopkovnih določb Zakona o dedovanju. V postopkih zavarovanja zapuščine (227. f), če ni dediča, ki bi upravljal z zapuščino, za prevzem gotovine, vrednostnih papirjev, dragocenosti, hranilnih knjižic in drugih pomembnih listin v hrambo, predlog zakona zahteva soglasje udeležencev. Če pa bi bilo potrebno v skladu z zakonom postaviti skrbnika zapuščine (ker so dediči neznan ali neznanega bivališča), to nalogo opravi notar sam. V zvezi z ukrepi za zavarovanje zapuščine in ločitve zapuščine predlog zakona napotuje na postopanje po dosedanjem 200. in 204. členu Zakona o dedovanju. Glede pripravljalnih dejanj matičarja predlog zakona (227. g) določa, da matičar pošlje smrtovnico neposredno notarju ali Notarski zbornici Slovenije, če je treba določiti pristojnega notarja. Ko notar prejme smrtovnico, jo je dolžan odstopiti v osmih dneh pristojnemu notarju, če sam ugotovi, da ni pristojen za vodenje zadeve. Če pristojnost ni sporna (227. h), je notar dolžan v istem roku obvestiti dediče in jih pozvati, da v nadaljnjih osmih dneh po prejemu obvestila pisno izjavijo, ali katerih od njih nasprotuje stvarni pristojnosti notarja za vodenje zapuščinske zadeve in zahteva stvarno pristojnost sodišča. Z istim obvestilom pozove dediče, da v roku petnajstih dni plačajo z notarsko tarifo določen fikсни znesek. Plačilo tega zneska je pogoj za začetek vodenja zapuščinskega postopka pri notarju. Notar nadaljuje s postopkom samo, če nihče od dedičev ne zahteva prenosa zadeve na sodišče in je plačan zahtevan fikсни znesek, sicer pa smrtovnico posreduje krajevno pristojnemu Okrajnemu sodišču. Če notar lahko nadaljuje s postopanjem (227. i) v nadaljnjem roku osmih dni (ki prične teči z dnem, ko so se stekli pogoji za vodenje zapuščinske zadeve pri notarju), pozove dediče in druge upravičence do zapuščine, da mu predložijo listine, pomembne za ugotavljanje dejstev, pomembnih za reševanje zapuščinske zadeve, razen tistih, katere

pridobi notar uradoma iz uradnih evidenc sam. Z istim pozivom jih pozove, da v roku petnajst (največ trideset) dni podajo svojo izjavo glede pravice do dedovanja, velikosti dednega deleža, volila in drugih upravičenj, ki se nanašajo na pravice posameznega udeleženca. Če stranke same zberejo potrebne listine, notar nemudoma izda notarsko listino sporazuma o dedovanju ali notarsko potrdilo. Notar se je dolžan prepričati o obstoju oporoke (227. j) in za ta namen pridobi izpisek iz centralnega registra oporok, katerega vodi Notarska zbornica Slovenije. Če oporoka obstaja, jo notar razglasi in o tem sestavi notarsko potrdilo z vsebino dosedanjega zapisnika o razglasitvi pisne oporoke. Zapuščinska zadeva se lahko pri notarju zaključi samo z notarskim zapisom sporazuma o dedovanju. Pred zapisom notarskega zapisa sporazuma o dedovanju notar po predlogu zakona (227. k) povabi udeležence na skupni posvet. Pravice udeležencev, ki se posveta, kljub pravilnemu in pravočasnemu vabilu, ne udeležijo, obravnava notar po podatkih, s katerimi razpolaga. Če kdo od udeležencev ni odgovoril na poziv notarja, obravnava njegove pravice notar na podlagi znanih podatkov, pri čemer se šteje, da je dediščino sprejel. Notar lahko opravi razgovor tudi s posameznimi udeleženci (227. l), o tem sestavi notarski zapisnik, s katerim seznani ostale udeležence. Na zaključnem posvetu notar pojasni udeležencem svoje ugotovitve. Notarski zapis sporazuma o dedovanju vsebuje vse sestavine po Zakonu o notariatu ter vsebino sklepa o dedovanju. Notarski zapis je neposredno izvršljiv (227. m). Notar predlaga izvedbo notarskega zapisa sporazuma o dedovanju v zemljiški knjigi registru gospodarskih subjektov in drugih javnih knjigah ter pošlje odpravek davčnemu uradu (227. n). Če je za vpis potrebno sodelovanje udeleženca, pa tega ni, je notar prost dolžnosti, da predlaga vpis v javno knjigo. V primeru naknadno najdenega premoženja, nove oporoke ali novega udeleženca, lahko notar sestavi dopolnilni notarski zapis sporazuma o dedovanju, če so dejstva nesporna in se udeleženci dogovorijo o delitvi (227. o). Obnova je mogoča. Notar je upravičen do fiksnega zneska, če se postopek ni zaključil z izdajo notarskega zapisa sporazuma o dedovanju, sicer pa mu pripada v notarski tarifi določeno plačilo, ki se določi upošteva vrednost zapuščine. Predlog prehodnih določb določa, da se s smrtovnicami postopa po uveljavitvi zakonu, če še niso bile poslane sodišču. Sodišča odprte zadeve vodijo po dosedanjem postopku. Zakon naj bi se začel uporabljati s 01.01.2009.

Na kratko predstavljen predlog novele ima po mojem prepričanju dve osnovni pomanjkljivosti. Prva je v tem, da predlagatelj z njo uvaja dvotirnost reševanja zapuščinskih zadev, s čimer se je odpovedal osnovnemu cilju – razbremenitvi sodišč. Sodišča ohranjajo pristojnost za vodenje zapuščinskih postopkov, zapuščinski oddelki ostajajo. Odprta ostaja možnost, da se z očitno prenizkim vrednotenjem zapuščinskih zadev v postopku takсне odmere sodišča lahko vpliva na utemeljeno pričakovanje strank, da bo na sodišču postopek cenejši, kar bo brez dvoma vplivalo na pripravljenost strank, da se poslužujejo možnosti reševanja zapuščinskih zadev pri notarju. Če to pomanjkljivost še lahko razumem kot politično odločitev predlagatelja, pa mi je težje razumljivo vztrajanje pri rešitvi, da je zapuščinsko zadevo pri notarju mogoče zaključiti samo z notarskim zapisom

sporazuma o dedovanju, kar je največja pomanjkljivost predloga. Notarska zbornica si je v dosedanjem postopku prizadevala, da bi novela omogočila notarju izdati notarsko potrdilo o dedovanju z vsebino dosedanjega sklepa o dedovanju v vseh tistih primerih, ki sicer niso sporni, vendar iz kakršnegakoli razloga ni mogoče ali pa niti ni potrebno doseči sodelovanja vseh udeležencev pri sklenitvi notarskega zapisa. Veliko zapuščinskih postopkov se zaključijo brez navzočnosti vseh dedičev, veliko je zadev z enostavnimi rešitvami dedovanja premoženja, glede katerega za razdelitev ni potreben poseben sporazum (samo denarna sredstva in podobno). Z vztrajanjem pri odločitvi, da je mogoče zapuščinsko zadevo zaključiti izključno z notarskim zapisom sporazuma o dedovanju, ki vsebuje vse sestavine notarskega zapisa po Zakonu o notariatu, se tako bistveno zoži možnost učinkovitega vodenja zapuščinskih postopkov pri notarju. Po določilu 43. člena Zakona o notariatu notarski zapis vedno vsebuje pravni posel – v tem primeru dogovor dedičev o delitvi zapuščine, s podpismi vseh udeležencev. Novela Zakona o dedovanju bi zato morala omogočiti, da notar v primeru nesporne zadeve, v kateri dogovor o delitvi ni potreben ali mogoč (pa dediči temu ne nasprotujejo), izda notarsko potrdilo o dedovanju z vsebino dosedanjega sklepa o dedovanju – navedbe dedičev, zapuščine in pravic dedičev. Analiza teksta predlagane novele sicer pušča možnost, da je predlagatelj tudi za primere, za katere menim, da bi bilo primerneje opredeliti možnost izdaje notarskega potrdila o dedovanju predvidel možnost notarskega zapisa, saj predlog novele v 227. d in m členu govori o izdaji notarskega zapisa o dedovanju, česar Zakon o notariatu ne pozna. Če pri tem upoštevam še vsebino 227. k člena, ki govori o tem, da pravice udeležencev, ki se ne odzovejo vabilu notarja obravnava notar po podatkih s katerimi razpolaga, v primeru, da udeleženci ne podajo zahtevane izjave pa se šteje, da so ti udeleženci sprejeli dediščino, bi lahko sklepal, da predlagatelj dopušča možnost odstopanj od določil Zakona o notariatu, ki določajo vsebino notarskega zapisa. Vendar bi v tem primeru po mojem mnenju bilo nujno potrebno spremeniti določilo 43. člena Zakona o notariatu, ki opredeljuje vsebino notarskega zapisa. Žal doslej znana stališča predlagatelja ne predstavljajo podlage za tovrstno argumentacijo, saj predlagatelj očitno vztraja pri stališču, da se pri notarju lahko zapuščinska zadeva zaključijo izključno z notarskim zapisom, ki vsebuje sporazum dedičev.

Poleg navedenih dveh temeljnih pomanjkljivosti predlog zakona vsebuje vsaj še nekaj pomanjkljivosti in nedoslednosti. Tako predlog zakona ohranja pri opredeljevanju udeležencev zapuščinskega postopka le dediče, volilnojemnike in vse osebe, ki uveljavljajo zahteve iz naslova dedovanja. V praksi se velikokrat izkaže, da bi bilo smiselno kot udeležence v zapuščinskem postopku obravnavati tudi tretje – npr. upnike. V primeru sporazuma bi bilo namreč mogoče v okviru obravnavane zapuščinske zadeve pred notarjem rešiti tudi odnose med upniki in dediči, ne tako redki pa so tudi primeri, ko želijo dediči medsebojna razmerja, v katera so stopili z dedovanjem, razrešiti tudi z angažiranjem sredstev izven zapuščine, kar je do sedaj zahtevalo dodaten pravni posel izven zapuščinskega postopka. Z ustrežnejšo opredelitvijo udeležencev bi se odprla možnost celovitejšega reševanja odnosov med dediči ter omogočila tudi rešitev odnosov dedičev s tretjimi.

Glede položaja notarja pri reševanju zapuščinskih zadev predlog zakona ni dovolj jasen. Notar ima po predlogu vse pristojnosti in pooblastila, ki jih ima po tem zakonu zapuščinsko sodišče, razen, če zakon ne določa drugače (227. d). Po tretjem odstavku 227. f notar ravna v zvezi z ukrepi za zavarovanje zapuščine v skladu z določbo 200. člena, glede ločitve zapuščine pa po določbi 204. člena. Narava ukrepov za zavarovanje zapuščine zahteva možnost oblastnega odločanja. Če je predlagatelj nameraval notarjem podeliti taka pooblastila, bi moral to jasno zapisati in predvideti tudi možnost pravnih sredstev zoper notarjevo odločitev. V nasprotnem primeru pa je predlagana ureditev popolnoma neučinkovita.

Očitno je neskladje med drugim odstavkom 227. f in četrto točko prvega odstavka 227. c člena. Po slednji notar ne sme izvesti zapuščinske zadeve, če je skrbnik zapuščine, po drugem odstavku 227. f pa naloge skrbnika vedno opravi notar sam. Pri tem se odpirajo številna načelna vprašanja ali je res primerno, da je z zakonom vedno določen notar za skrbnika zapuščine, saj so naloge skrbnika lahko pogosto v nasprotju s položajem notarja po Zakonu o notariatu.

Po 20. a členu Zakona o izvršbi in zavarovanju je notarski zapis izvršljiv, če je dolжник v njem soglašal z njegovo neposredno izvršljivostjo in če je terjatev, ki izhaja iz notarskega zapisa, zapadla. Po določilu 4. člena Zakona o notariatu je notarski zapis, v katerem je določena obveznost nekaj dati, storiti, opustiti ali trpeti, glede katere je dovoljena poravnava, izvršilni naslov, če zavezanec soglasje za njegovo neposredno izvršljivost izjavi v istem ali posebnem notarskem zapisu in je terjatev zapadla. Po določilu tretjega odstavka 227. m člena predloga pa so notarski zapisi sporazuma o dedovanju vedno neposredno izvršljivi. Navedeno določilo zakona vnaša nepotrebno zmedo v dosedanjo ureditev neposredne izvršljivosti, saj povsem zadošča določilo drugega odstavka istega člena predloga, po katerem notarski zapis sporazuma o dedovanju vsebuje vse sestavine, ki so za notarski zapis določene v Zakonu o notariatu, za neposredno izvršljivost pa je vedno pogoj soglasje zavezancev.

PRENOS DELA
PRISTOJNOSTI
V ZAPUŠČINSKEM
POSTOPKU
NA NOTARJE
(DE LEGE FERENDA)

III.

Odgovornost pravnih poklicev

Pravni letopis

2008

Prenos dela pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje (kritična analiza slovenskega predloga)

Miha Ozimek¹

V prispevku² najprej analiziram **razloge za sprejem predloga zakona** o spremembah in dopolnitvah zakona o dedovanju (EVA 2007-2011-0005, v nadaljevanju: predlog zakona), izpostavim dilemo, da se v predlogu zakona **prepleta vloga notarja** kot nosilca javnih pooblastil z vlogo notarja kot pooblaščenca sodišča in v zadnjem delu **analiziram posamezne člene** predloga zakona.

123

1. Analiza razlogov za sprejem predlaganih sprememb zakona

Ob pripravi predloga sprememb zakona je smiselno analizirati razloge, zaradi katerih so spremembe zakona potrebne in/ali utemeljene.³ V poglavju Ocena stanja in razlogi za sprejem zakona se naštevajo: sodne zaostanke, dolgotrajnost zapuščinskih postopkov,

¹ Asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Pri pripravi tega prispevka sem izhajal iz ugotovitev iz svoje diplomske naloge z naslovom Prenos dela pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje (s poudarkom na hrvaški pravni ureditvi). Ob pripravi diplomske naloge sem poglobljeno študiral strokovno literaturo iz področja dednega prava ter proučeval ureditev, ki je (še sedaj) v veljavi v Republiki Hrvaški. Ker gre v Republiki Hrvaški za ureditev, v kateri nastopa notar v zapuščinskem postopku kot pooblaščenec sodišča in ne tako, kot je urejeno v slovenskem predlogu zakona, kot nosilec javnih pooblastil, bo možna le delna primerjava. Ob pripravi tega prispevka pa sem pridobil statistične podatke iz največjega slovenskega zapuščinskega sodišča, Okrajnega sodišča v Ljubljani.

³ V času, ko sem pripravljal diplomsko nalogo, je predlog sprememb zakona vseboval le en člen, notar pa naj bi v zapuščinskem postopku nastopal kot nosilec javnih pooblastil. Sedanji predlog ima več členov, koncept uvedbe notarja pa je enak.

izgubo pooblastil notarjev na drugih področjih in zagotovitev materialnih sredstev za opravljanje notariata kot javne službe, potrebo, da se omogoči dedičem, da, predvsem v primeru, ko je predmet zapuščine podjetje, zberejo vse dokumente, obiščejo notarja in nemudoma dobijo tudi ustrezno notarsko listino o dedovanju in strokovna usposobljenost notarjev za področje novih pravnih razmerij.

Glede **sodnih zaostankov** je potrebno vedeti, da se ob nespremenjenem načinu vodenja statistike teh zaostankov stanje ne bo spremenilo. Iz ocene stanja ter iz konkretnih podatkov Okrajnega sodišča v Ljubljani izhaja, da zaostanki upadajo oziroma, da ne gre za zaostanke, ki bi jih bilo mogoče odpraviti bodisi z delom sodišča ali notarjev. Enako velja tudi za razlog **dolgotrajnosti postopkov**. Dolgotrajni so le postopki, ki so zapleteni, v katerih se čaka na izid pravde, gre za dedovanje zaščitene kmetije ali dedovanje na podlagi denacionalizacijske odločbe.⁴ Za skrajšanje postopkov bi bila smiselna večja udeležba notarjev pri posameznih opravilih, za katera so že sedaj pooblašteni po Zakonu o notariatu (Ur.l. RS, št. 13/94, 48/94, 82/94, 41/95, 1/99, 83/01, 73/04, 23/05, 98/05, 4/06, 17/06, 115/06, 2/07, 33/07) in Zakonu o dedovanju (Ur.l. SRS št. 15/76, 23/78, Ur.l. RS 17/91, 13/94, 40/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01), s čimer bi jim bila zagotovljena tudi sredstva oziroma obstoj službe notariata in nadomestilo zaradi **izgube določenih pristojnosti**. Tudi razlog, da je izkazana potreba, da se omogoči dedičem, da, predvsem v primeru, ko je predmet zapuščine podjetje, zberejo vse dokumente, obiščejo notarja in **nemudoma dobijo tudi ustrezno notarsko listino o dedovanju**, ne prepriča. Ne gre za nek drugačen postopek po vsebini glede na sodni zapuščinski postopek in tisto, kar bo lahko pridobljeno pri notarju, je po vsebini sklep o dedovanju brez oziroma z dednim dogovorom ali sporazumom.⁵ Večja **strokovna usposobljenost notarjev** od sodnikov kot razlog ne prepriča.⁶

Menim, da spremembe zakona niso dobra rešitev. V Sloveniji je zapuščinski postopek pred sodiščem tradicija. Gre za postopek, ki se v daljšem obdobju zakonodajno ni spreminjal. To je omogočilo vsaj relativno obvladovanje in poznavanje sistema, ki ga dopolnjuje tudi izoblikovana bogata sodna praksa. Sistema, ki vsaj kolikor toliko dobro deluje, ni pametno spreminjati, gotovo pa to ni dobro s sistemsko nujno (kar bo pojasnjeno

⁴ Čas, ki preteče med prejemanjem smrtovnice do razpisa prve obravnave, bi bilo mogoče skrajšati z ustrezno organizacijo dela sodišča in uvedba novega sistema ni potrebna. Nesporne zadeve pa se tudi na obravnavi na sodišču takoj zaključijo.

⁵ To bi enako hitro lahko opravilo tudi sodišče, če bi imele zadeve, v katerih bi vsi dediči sporočili, da med njimi ni spora, na sodišču prednost. Enako bi že po sedaj uveljavljeni ureditvi dediči lahko sklepali sporazume pri notarju in bi bil zanimiv podatek o tem, koliko takih sporazumov je bilo v teku zapuščinskih postopkov ali po izdaji sklepa o dedovanju v zvezi z delitvijo skupne lastnine izdelano pri notarjih.

⁶ Tudi če je to res, so sodniki gotovo vsaj toliko usposobljeni kot notarji, zagotovljena pa je preveritev njihovega dela preko pravnih sredstev, kar za notarje po predlogu zakona ne velja oziroma se bodo nepravilnosti lahko odpravile le v postopku na podlagi vložene tožbe.

v nadaljevanju) necelovitimi, nepreverjenimi in nepreverljivimi rešitvami.⁷ Prepričan sem, da spremembe zakona ne bodo dosegle cilja in tudi ne izpolnile pričakovanj, pač pa bo povzročena veliko dela, novih evidenc, nejasnosti, dodatnih zaostankov, večja bo finančna obremenitev državljanov ob vprašljivem krajšem času postopkov, nastali bodo novi spori in pravde, ureditev zapuščinskega postopka bo nekonsistentna.

2. Prepletanje vloge notarja (nosilec javnih pooblastil/pooblaščenec sodišča) in dvojnost postopkov (nesporne/sporne zadeve)

Za predlagane spremembe zakona je bilo potrebno sprejeti odločitev o tem, katerega od možnih treh sistemov ali načinov sodelovanja notarja pri reševanju zapuščinskih zadev glede na izvor njegove uradne moči (javna pooblastila, javna pooblastila in sodni nalog ali oblastna funkcija kot državni uradnik), bi bilo možno uveljaviti. S predlogom zakona se uvaja način, ko notarjeva uradna moč za sodelovanje v zapuščinskem postopku izvira iz javnih pooblastil.⁸

Kot razumem iz strokovne literature, tako ni možno v celoti povzeti nobenega od navajanih sistemov in gre za nek nov, kombiniran sistem. Sistema notarja kot državnega uradnika ni mogoče uveljaviti, dokler je notariat urejen kot svoboden poklic in notarji nimajo položaja državnih uradnikov v okviru sodnega sistema (že navajani članek dr. Vesne Rijavec, str. II). Ostalih »čistih« dveh načinov pa ni mogoče prevzeti in uveljaviti zato, ker je veljavni zapuščinski postopek urejen tako, da v teku tega postopka lahko prihaja do napotitev na pravdo ter je s tem v zvezi potrebno razmejevati, kdaj gre za dejansko in kdaj za pravno vprašanje, ki ga (razen v primerih iz 212. člena Zakona o dedovanju) rešuje samo zapuščinsko in ne pravnomočno sodišče in ker se v teku postopka izvaja sodna funkcija, ki je ni mogoče prenesti na notarja.⁹ Zaradi navedenega se tudi

⁷ Vsekakor pa je obstoječi sistem smiselno dograjevati in izboljševati. Na tem področju bi bilo sodelovanje in udeležba notarjev dobrodošla, a se že kljub danim možnostim, po meni znanih podatkih, to ni, vsaj v večjem obsegu ne, realiziralo. Predlog zakona ne prenaša na notarje opravila sestave smrtovnice kot je to predlagala dr. Vesna Rijavec (tudi v članku Urejanje dednih zadev – prenos pristojnosti na notarje, Pravna praksa 13/2000, str. XII) in kar bi bilo lahko dodatno opravilo za notarje.

⁸ To je bilo predlagano tudi s strani stroke (tako je npr. predlagala dr. Vesna Rijavec v že navedenem članku na strani XII), a z izrecnim opozorilom, da je potrebno uskladiti celoten sistem. To pa se (še) ni zgodilo in se z delnimi spremembami ob nespremenjenem postopku tega niti ne da celovito urediti (hkrati pa se tudi pri samih nespornih zadevah uvaja dvotirnost).

⁹ V zvezi s tem, kaj sodi v sodno funkcijo, prof. dr. Lojze Ude v članku z naslovom Za večja pooblastila notarjem v zapuščinskem postopku, objavljenem v Notarskem vestniku, junij 2005, navaja: »Ne bi pa mogel notar, ki v našem sistemu sicer ima javna pooblastila, ne opravlja pa sodne funkcije, sprejemati nekaterih odločitev, kot so postavitve skrbnika zapuščine, zavarovanje zapuščine in ločitev zapuščine. V bistvu te odločitve predstavljajo opravljanje sodne

ob odločitvi za način delovanja notarja kot nosilca javnih pooblastil ni mogoče izogniti dvojnosti postopka in nujne povezanosti med notarjem in sodiščem.

Prav tako nisem prepričan, da gre res za način delovanja notarja kot nosilca javnega pooblastila in ne (tudi) za način delovanja notarja kot pooblaščenca sodišča. Razloga za mojo dilemo sta:

- ali določba 227.d člena, da ima pri reševanju nespornih zapuščinskih zadev notar vse pristojnosti in pooblastila kot jih ima zapuščinsko sodišče, razen če v poglavju ni določeno drugače, ne pomeni, da gre za vlogo notarja kot pooblaščenca sodišča, in bi ga moralo nadzorovati sodišče in ne Notarska zbornica,
- ali nevarnost posega v sodno funkcijo po 227.č členu (ko notar navede obstoj spornih dejstev in kot, sicer nepravilno, določa ta člen in se navaja tudi v obrazložitvi predloga (str. 48) sodišče le napoti na pravdo, kar ni prav – o tem več v nadaljevanju) ne pomeni, da je dejanska vloga notarja, vloga sodnega pooblaščenca.

Predlagana ureditev ob nespornem dejstvu, da se celotnega zapuščinskega postopka ob obstoječem sistemu ne da prenesti iz sodišča na notarje, uvaja tudi dodatno dvojnost postopka. Čeprav so vse zapuščinske zadeve po predlogu zakona začete pri notarjih, se ne bodo nujno pri njih tudi izvedle. Pri notarjih se v nobenem primeru ne bodo izvedle sporne zapuščinske zadeve. Tako velja dvojnost nesporne/sporne zadeve. Poleg tega pa je po predlogu zakona zaradi »izbirne« stvarne pristojnosti uvedena dvojnost postopkov tudi glede nespornih zadev (o tem več v nadaljevanju).

3. Analiza posameznih členov predloga zakona

3.1. Kako in pri katerem organu se začne zapuščinski postopek

Iz določbe 227. a člena izhaja, da se bodo pred notarjem urejale le nesporne zadeve in tiste, v katerih bo podano soglasje udeležencev, ko takšno soglasje zahteva zakon (npr.

funkcije, ki je notar nima in celo funkcije državne prisile, ki je pridržana sodiščem« (upoštevajoč navedeno je vprašljiv 227.f člen predloga zakona, ki določa, da v zvezi z ukrepi za zavarovanje zapuščine med urejanjem zapuščinske zadeve notar ravna v skladu z določbo 200. člena, glede ločitve zapuščine pa po določbi 204. členu ZD, saj je iz tega mogoče razumeti, da dejansko notar sam odloči o navedenih ukrepih).

Način, ko je notar nosilec javnih pooblastil, je tradicionalen v Franciji, kjer ni zapuščinskih sodišč in kjer se postopek ne uvede po uradni dolžnosti. V našem sistemu se zapuščinski postopek uvede po uradni dolžnosti, poleg tega pa zaradi možnosti pravde med zapuščinskim postopkom in sodne funkcije francoskega sistema ni mogoče prenesti v našo ureditev.

postavitev upravitelja zapuščine – dediči morajo dati soglasje, če ne, ga postavi sodišče).¹⁰ Ob prejemu smrtovnice še ni (vsaj ne vedno) jasno, ali bo šlo za nesporno zadevo. Sprejeta pa je rešitev, da se vse smrtovnice pošljejo notarjem, čeprav je njihova pristojnost za vodenje postopka že v začetku vezana na to, da noben dedič ne bo nasprotoval in da bo plačan fiksni znesek, tudi če sicer ne bo nasprotovanja stvarni pristojnosti niti ne spora.

Ker gre kljub sistemu notarja kot javnega pooblaščenca za možno dvojnost postopkov (nesporni primeri pri notarju ali pri sodišču, nesporni pa pri notarju in ob sporu na sodišču), bi bilo morda boljše, da bi postopke začelo sodišče, ki bi »obdržalo« v svoji pristojnosti nekatere zadeve, za katere se že v začetku ve, da bodo »sporne«.¹¹ Glede na sprejeti koncept, da vse nesporne zapuščinske zadeve vodi notar, pa ni jasno, zakaj sploh ostaja možnost stvarne pristojnosti sodišča po izbiri dedičev in še posebno, zakaj kljub nenasprotovanju stvarni pristojnosti notarja s strani dedičev, te pristojnosti ni, če ni plačan fiksni znesek. Potem naj velja stvarna pristojnost notarja za vse nesporne postopke oziroma začete postopke (do spora).

V predlogu zakona predlagana ureditev po mojem mnenju odpira vrsto vprašanj:

- Kaj, če se bo kdo od dedičev glede stvarne pristojnosti premislil kasneje? Ali bo notar v takem primeru odstopil zadevo sodišču, čeprav ne bo spora?
- Ali bo možno doseči spremembo notarja po želji stranke ali bo to mogoče le v primeru utemeljenega razloga po 227.a členu?
- Kako bo v obvestilu navedeno, kdo plača in koliko od fiksnega zneska plača posamezen dedič?
- Kako se bodo dediči, ki se pogosto niti ne poznajo, vsekakor pa še niso vedno znani njihovi deleži, dogovorili o plačilu? Najbrž ni mišljeno, da bo vsak dedič plačeval enak fiksni znesek in bo potem notar to vračal, če bo eden nasprotoval stvarni pristojnosti notarja, ali pa zneska ne bo plačal.
- Kaj če bo plačilo fiksnega zneska prispelo potem, ko bo zadeva že odstopljena sodišču?
- Kako bo notar ravnal v primeru, ko zapuščina obsega le premičnine?

¹⁰ V nadaljevanju uporabljam izraz »nesporne zadeve« tako za zadeve, v katerih ni spornih dejstev po 210., 211. in 1. in 2. točki 212. člena Zakona o dedovanju kot tudi za tiste zadeve, v katerih je soglasje udeležencev, ki mora biti podano po zakonu, podano.

¹¹ Tako bi bilo sodišče tisto, ki bi točno vedelo, koliko postopkov je v teku in pri katerih notarjih, izvajalo pa bi tudi nadzor nad delom notarjev in izločitev notarja in ne da je celotno dodeljevanje, predodeljevanje zadev in izločitev notarja zaupano Notarski zbornici (227.a in 227.b člen in da je opredeljena odgovornost notarja kot disciplinska odgovornost – 8. odst. 227. a člen).

3.2. Kdo določi pristojnega notarja in izvaja nadzor

Predlagano je, da se notarji določajo po vrstnem redu po seznamu, kar je povsem korektno v smislu objektivnosti dodeljevanja zadev. Dodeljevanje zadev, izločitev notarja in nadzor nad njegovim delom je v pristojnosti Notarske zbornice (227.a, 227.b in 227.c členi).

Ker ima notar pri reševanju nespornih zapuščinskih zadev vse pristojnosti in pooblastila, ki jih ima sodišče, razen če ni določeno drugače (227.d člen), izvaja pa tudi ukrepe za zavarovanje zapuščine in celo opravi naloge skrbnika zapuščine (227.f člen), je vprašanje, če je pravilno, da nadzora ne izvaja sodišče. Sodišče po predlogu zakona nad delom notarja ne izvaja nadzora. Obstaja celo nevarnost, da bo »nadzor« oziroma vpliv na sodišče izvajal notar. Po 227.č členu in obrazložitvi k temu členu bo sodišče po prejemu potrdila notarja udeležence zgolj napotilo na pravdo in obstaja nevarnost, da bo pri tem le »prepisalo« navedbe spornih dejstev iz potrdila notarja. Ali gre zaradi navedenega že za poseg v sodno funkcijo ali zgolj za potencialno nevarnost, da se bo to lahko zgodilo in bi v takem primeru morala biti podana (tudi) odgovornost države za delo notarja?

3.3. Primeri, ko notar ne sme izvesti zapuščinske zadeve

Ti primeri so določeni v 227.c členu. Ni jasno, ali lahko zadevo vodi notar, ki je sodeloval pri sestavi oporoke. Določba 4. odst. 227.c člena določa le, da notar ne sme izvesti zapuščinske zadeve, če je izvršitelj oporoke ali skrbnik zapuščine. Glede skrbnika pa 227.f člen določa, da ko je zaradi razlogov iz 131. člena Zakona o dedovanju potrebno postaviti skrbnika zapuščine, te naloge opravi notar sam. Menim, da predlog zakona v delu, ki se nanaša na notarja kot skrbnika zapuščine, ni jasen.

3.4. Odstop zadeve sodišču

Določba 227.č člena po mojem mnenju ni skladna z zakonom.¹² Le sodišče je tisto, ki opravi opredelitev in razmejitev med pravnimi in dejanskimi vprašanji in ni res, da v vseh primerih zapuščinsko sodišče izda sklep o napotitvi na pravdo. Pravna vprašanja, razen primerov iz 212. člena Zakona o dedovanju, reši zapuščinsko sodišče samo.

¹² Ko notar ugotovi, da med udeleženci obstajajo sporna dejstva iz 1. odst. 227.a člena, po 227.č členu sestavi notarsko potrdilo, v katerem, poleg sestavin, določenih za notarsko potrdilo, navede tudi obstoj spornih dejstev, glede katerih med udeleženci ni bilo doseženo soglasje ter celotno zadevo odstopi v reševanje sodišču. Sodišče po prejemu zadeve ravna v skladu z 212. členom Zakona o dedovanju. V obrazložitvi k temu členu je v predlogu zakona navedeno, da ta člen določa obseg ravnanja sodišča (str. 48 obrazložitve predloga zakona) in da sodišče ne bo dolžno opraviti nobenih posebnih dejanj v postopku, razen napotitve na pravdo.

Ali se z določbo 227.č člena omogoča notarjem, da dejansko oni začrtajo nadaljnji postopek, ali vsaj odločilno vplivajo na ta potek oziroma ali ta določba celo terjaja sodišče, da napoti na pravdo tudi, če gre za tako pravno vprašanje, ki ga mora rešiti samo zapuščinsko sodišče. Če pa je s to določbo mišljeno, da bo tudi ta opravila (torej odločitev o spornih pravnih vprašanjih, za katere ni napotitve na pravdo – primeri iz 210. člena Zakona o dedovanju) izvedel notar, potem pa se mora notarja obravnavati kot državni organ oziroma sodišče.

3.5. Posveti notarja z udeleženci

Za razliko od sodišča notar ne opravi obravnave, ampak povabi udeležence na skupni posvet pred sestavo notarskega zapisa sporazuma o dedovanju po 227.k členu in lahko opravi tudi razgovor s posameznimi udeleženci brez prisotnosti drugih udeležencev (227.l člen). O takem razgovoru sestavi notarski zapisnik, ki ga posreduje ostalim udeležencem.

Menim, da je glede na način dela in pooblastila, notar vedno dolžan opraviti posvet oziroma srečanje, ni pa jasno, zakaj naj bi bil možen razgovor brez prisotnosti drugih. Če se zadeve razjasnjujejo in imajo vsi pravico biti z vsem seznanjeni, notar pa tudi sicer dela po Zakonom o notariatu in sestavlja o vsem notarske listine po pravilih za sestavo teh listin, ni potrebno ločenega sestajanja in s tem možnosti uveljavljanja različnih interesov ali ciljev.

3.6. Katere listine izdaja notar

Notar po določbi 227.d člena predloga zakona v postopku reševanja zapuščinskih zadev izdaja notarska potrdila ter notarske zapise sporazumov o dedovanju.

V predlogu zakona ni izrecno navedeno, ali se piše notarski zapisnik za vsak posvet, ki ga opravi notar. To je izrecno navedeno le za razgovor brez prisotnosti drugih udeležencev (227.l člen), ki se pošlje vsem udeležencem. Menim, da bi se zapisniki morali sestavljati za vse posvete in opravila. Potrdilo po 227.č členu vsebuje še navedbo o obstoju spornih dejstev. Menim, da gre za sporno določbo, celo za poseg ali vsaj vpliv na sodno funkcijo (več o tem pri točki 3.4.).

Ni jasno, kakšno listino o dedovanju izda notar.

- Ali izda notarski zapis sporazuma, če je dogovor o delitvi, sicer pa izda potrdilo (to bi izhajalo iz obrazložitve k predlogu zakona in iz 227.i člena)?
- Ali izda notarski zapis sporazuma o dedovanju, če je dosežen dogovor, sicer pa notarski zapis o dedovanju, kar bi izhajalo iz 227.m člena?
- Ali je listina o dedovanju vedno le notarski zapis sporazuma o dedovanju, ki nujno ne vsebuje dednega dogovora in ki je neposredno izvršljiv, kar bi moralo izhajati iz 227.n člena (saj se tudi sklepi o dedovanju brez dogovora pošljejo davčnemu uradu), je pa to v nasprotju z obrazložitvijo predloga zakona in 227.i členom ter nazivom sporazum, pa tudi v nasprotju z 227.m členom in 227.r členom, ki plačilo veže na delitev zapuščine, kar izhaja tudi iz obrazložitve predloga?

Menim, da mora biti vsaka listina, ki ima vsebino sklepa o dedovanju (ne glede na to, ali vsebuje tudi dogovor o delitvi ali ne), izvršljiva in posredovana za vpis v zemljiško knjigo in davčnemu organu.¹³

3.7 Finančne posledice in upravičenje notarja do plačila za storitve

Skladno z določbo 227.r člena je notar upravičen do plačila za storitev in stroške le, če je sklenjen sporazum. Pri tem izrecno izpostavljam nejasnost, kdaj gre za zapis sporazuma.¹⁴

V obrazložitvi k zakonski določbi 227.r člena je v predlogu zakona na strani 57 navedeno, da je takšna ureditev upravičena predvsem zaradi bistvenega razloga za prenos reševanja zapuščinskih zadev na notarje – razbremenitve sodišč, hitrejšega reševanja teh zadev, hkrati pa zaradi izognitve povečanja stroškov strank pri reševanju teh zadev.

Te obrazložitve ne razumem in se mi ne zdi utemeljena. Ni jasno, za kakšno razbremenitev zapuščinskega sodišča bi šlo, saj sklepanje dogovorov ni obvezno v zapuščinskem postopku (če pa se razume, da je dovolj notarski zapis o dedovanju kot zaključek zadeve celo brez dogovora, pa še toliko manj). Če gre za razbremenitev nepravdnega sodišča – razdelitve skupne lastnine ali kasneje solastnine, se sporazumi glede tega na sodišču hitro rešijo, vedno pa se sporazum lahko sklepa tudi pred notarjem in to neodvisno od zapuščinskega postopka. Kako bo zaradi tega zapuščinska zadeva hitreje rešena, ni jasno, tudi sicer pa sodišče vedno in brez težav zapiše dedni dogovor v sklep o dedovanju,

¹³ Čeprav bi iz določbe 3. odst. 227.m člena izhajalo, da so neposredno izvršljivi le notarski zapisi sporazuma o dedovanju, ne pa tudi notarski zapisi o dedovanju – torej brez dogovora – iz 1. odst. 227.m člena.

¹⁴ Če se po členih 227.m in 227.n šteje za sporazum tudi zapis brez dogovora, je plačilo zagotovljeno tudi, če dogovor o delitvi ni dosežen. Če bi bilo temu tako, bi bilo to v nasprotju z obrazložitvijo predloga zakona (stran 6 in 7).

če ne drugega vsaj solastnino in zato tudi ni jasno, kako bi se s sporazumi pred notarji zmanjšali stroški. Za dogovor v okviru zapuščinskega postopka na sodišču ni takse, za dogovor pred notarjem pa je določena tarifa in ni verjetno, da bo notarska tarifa za notarski zapis sporazuma o dedovanju bistveno drugačna od tarife za sporazum pred notarjem po že končanem zapuščinskem ali drugem postopku.

Vprašanje je tudi, kako bo vrednost za določitev višine plačila določil notar, ki bo za razliko od sodišča in limitirane takse imel interes, da se ugotovi čim večja vrednost zapuščine in kako se bo obravnaval spor glede te vrednosti.¹⁵

Menim, da se sprememba sistema v smislu prehoda iz sodišča na druge organe ali nosilce javnih pooblastil, ne sme odraziti tako, da se cena storitve kakorkoli spremeni. Če želijo to delo opravljati notarji, naj tudi zanje velja enako plačilo kot za sodišče, torej limitirana sodna taksa. Izpad proračuna zaradi taks vsekakor bo. Na kakšni osnovi se v obrazložitvi predloga na strani 7 navaja, da se bodo te takse pokrile z vplačanimi sodnimi taksami iz naslova drugih sodnih postopkov in dejanj, ki jih bodo vodili sodniki, ki bi sicer brez te novele postopali v zapuščinskih postopkih, ni jasno in tudi ni prepričljivo.

4. Zaključek

Če sem izpostavil zadeve, ki so nejasne le meni, bom vesel odgovorov. Če pa sem z analizo pokazal na dejanske nejasnosti in neskladja in s tem vzpodbudil iskanje rešitev, pa sem izpolnil svoj cilj. Čim lažje delo, ki ga zagotavlja dorečenost zakonodaje in čim manj sporov in nejasnosti zaradi neustrezne in nepremišljene zakonske ureditve je podlaga in poročilo za zadovoljstvo »uporabnikov«¹⁵ sodnih, državnih in storitev drugih nosilcev javnih pooblastil.

¹⁵ Ali bodo udeleženci uspeli doseči odstop zadeve na sodišče zaradi spora, ki ni neposredno spor o zapuščinski zadevi v smislu 227.a člena in na sodišču plačali le sodno takso za sklep o dedovanju in dedni dogovor (za katerega ni posebne takse (tarifna številka 9/2-b Zakona o sodnih taksah)).

Odgovornost pravnih poklicev- teorija in praksa

dr. Špelca Mežnar¹

Odškodninska odgovornost za napake pri delu odvetnikov, notarjev in drugih pravnih poklicev postaja vedno bolj pomembna. Po podatkih največjih nemških zavarovalnic letno priglasijo nastop zavarovalnega primera kar 25% vseh nemških odvetnikov.² Številke v Sloveniji so verjetno občutno manjše, vendar se zavest o odgovornem opravljanju dela tudi pri nas krepi. Vzrok za povečano število zavarovalnih primerov ni v pogostejših napakah odvetnikov in notarjev, pač pa v večji kritičnosti mandantov ter poznavanju in zavedanju pravic strank. Skoraj sočasno s porastom civilnih pravnih zoper zdravnike so tako v Nemčiji zaznali porast odškodninskih pravnih zoper odvetnike. Dobra stran tega dejstva je tudi bogata sodna praksa, ki je postavila številna konkretna pravila glede posameznih vprašanj odškodninske odgovornosti. Če upoštevamo precejšnjo sorodnost in tradicionalno navezanost slovenskega civilnega prava na germanski pravni sistem, nam lahko nemška in avstrijska judikatura služi kot dobro izhodišče za razvijanje lastne sodne prakse v primerih odškodninske odgovornosti odvetnikov, notarjev in drugih pravnih poklicev.

133

V svojem prispevku se bom posvetila kratkemu pregledu posameznih pravnih poklicev in njihovim morebitnim posebnostim glede odškodninske odgovornosti. Predmet analize bo tako slovenska ureditev kot tuja (zlasti nemška in avstrijska) sodna praksa in teorija.

¹ Docentka na Mednarodni fakulteti za družbene in poslovne študije. Odvetniška družba Čeferin.

² Rinsche, str. V.

1. Kategorije »pravnih poklicev«

O odgovornosti odvetnikov in notarjev je bilo tudi v slovenskem jeziku že precej objavljenega,³ še bolj pestra pa je izbira na nemškem govornem območju.⁴ Odgovornost omenjenih dveh kategorij pravnikov je tako v teoriji kot v praksi najpogosteje obravnavana in zato najbolj natančno razdelana. Drugače je z nekaterimi drugimi pravnimi strokovnjaki, npr. stečajnimi upravitelji, izvršitelji, arbitri, poravnalci (mediatorji⁵). Razlika med odvetniki in notarji na eni ter med ostalimi omenjenimi skupinami na drugi strani je zlasti v tem, da je status slednjih praviloma manj formaliziran, ne predstavlja obvezne službe in se ne opravlja (nujno) profesionalno.⁶

1.1. Stečajni upravitelj

Še vedno veljavni Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji sicer ne ureja izrecno odgovornosti stečajnega upravitelja, a ne more biti dvoma, da za povzročeno škodo med opravljanjem svoje dejavnosti odgovarja skladno s splošnimi pravili odškodninske odgovornosti. To med drugim potrjuje tudi nov Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju: ZFPPIP),⁷ ki v 102. členu izrecno ureja tudi odškodninsko odgovornost upravitelja. Na vprašanje, ali gre pri odgovornosti upraviteljev za odgovornost državnega organa, je treba odgovoriti nikalno - čeprav je po ZFPPIP upravitelj »organ postopka zaradi insolventnosti«, ne opravlja službe za državo.⁸

Vprašanje, ali je odgovornost upravitelja potrebno obravnavati kot odgovornost ex delicto ali ex contractu, je v (slovenski) praksi sicer manj pomembno. Iz prevladujočih pogledov v avstrijski in nemški sodni praksi ter teoriji pa izhaja, da gre v razmerju med upraviteljem in upniki za obligacijsko razmerje, ki ga ureja zakon, zaradi česar ga

³ Glej npr. Parazajda Katarina: Odškodninska odgovornost odvetnika, *Pravnik*, letnik 53, št. 6-8, 1998, str. 466; Horvat, Bogomir: Odškodninska odgovornost odvetnikov za strokovno napako, *Pravna praksa* 5/2007, str. 6.; Primožič, Karlo: Odgovornost odvetnika in zavarovanje, *Odvetnik* 2/2002, str. 6.

⁴ Glej npr. Rinsche, Franz-Josef: Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, Carl Heymanns, 1998; Borgmann/Jungk/Grams: *Anwaltshaftung*, Beck, 2005.

⁵ To vprašanje je pomembno zlasti v državah, kjer se poravnavanje lahko opravlja kot samostojni poklic, s sprejemom posebnega zakona o mediaciji pa bo tudi v Sloveniji pridobilo na pomenu.

⁶ To sicer ne velja v isti meri za vse našete subjekte: tako je npr. položaj (stečajnih) upraviteljev insolventnih dolžnikov precej obsežneje reguliran kot položaj arbitrov ali mediatorjev, poleg tega pa določeno število upraviteljev (za razliko od npr. arbitrov ali mediatorjev) država mora zagotoviti za nemoteno funkcioniranje sodnih postopkov. Upravitelji lahko naloge upravitelja opravljajo kot svoj poklic v pravnoorganizacijski obliki podjetnika ali odvetnika.

⁷ Uradni list RS, št. 126/2007.

⁸ Enako Shamiyeh za avstrijsko pravo. Shamiyeh, Peter: Die Zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters, Manz, Wien, 1995, str. 44.

je potrebno kvalificirati kot »pretežno deliktnega«.⁹ Zanimivo je tudi, da je slovenski zakonodajalec omejil odškodninsko odgovornost upravitelja samo na razmerje do (stečajnih) upnikov. Dvomim, da je bila takšna omejitev namerna ali drugače povedano – ne glede na določbo 102. člena ZFPPIP bi moralo po splošnih pravilih veljati, da upravitelj za škodo odgovarja vsaki osebi, do katere ima kot upravitelj obveznosti na podlagi ZFPPIP, ne le upnikom. V avstrijski in nemški teoriji in praksi se tako za krog upravičencev do povrnitve škode uporablja pojem »udeležene« (v materialnopravnem smislu), ki poleg (stečajnih) upnikov pokriva tudi stečajnega dolžnika, imetnike izločitvenih in ločitvenih pravic, stečajno maso in njene pravne naslednike.¹⁰

Pri ugotavljanju odškodninske odgovornosti stečajnega upravitelja je ključno vprašanje določitve njegovih dolžnosti in odgovornosti (vprašanje primerne profesionalne skrbnosti). Avstrijska teorija pri tem ločuje t.i. tipične dolžnosti stečajnega upravitelja (konkurstypische Pflichten) in obveznosti, ki izhajajo iz splošnih pravil civilnega prava. Izhodišče za presojo dolžne skrbnosti v slovenskem pravu nedvomno predstavlja 98. člen ZFPPIP, ki od upravitelja zahteva, da svoje naloge in pristojnosti opravlja v skladu z zakonom (ZFPPIP) in podzakonskimi akti, v skladu z drugimi zakoni in podzakonskimi akti, ki veljajo za dolžnika ter skladno s pravili stroke oseb, ki kot mandatari opravljajo posle za druge osebe. Z zadnjim dostavkom je zakonodajalec očitno mislil na pravila skrbnosti, ki veljajo za odvetnike in notarje, zaradi česar ima (bo imela) sodna praksa glede odgovornosti odvetnikov še širše učinke. Temeljno vodilo upravitelja v postopkih zaradi insolventnosti mora biti enako obravnavanje upnikov, ki so v razmerju do dolžnika v enakem položaju.¹¹

Ker lahko stečajni upravitelji postanejo osebe pravne ali ekonomske stroke, se zastavlja vprašanje, ali je potrebno skrbnost presojati glede na povprečno skrbnega stečajnega upravitelja iste vrste izobrazbe ali neodvisno od tega. V avstrijskem pravu se zahtevani standard skrbnosti nanaša na povprečnega stečajnega upravitelja, ne glede na to, kakšen poklic in izobrazbo je pridobil. Tako se npr. tudi od ekonomistov pričakuje, da poznajo temeljna pravila delovnega prava.¹² Odvetnik, ki opravlja delo stečajnega upravitelja, mora poznati pravne norme, pa tudi sodno prakso in teorijo. Če njegovo ravnanje

⁹ Sodba BHG, z dne 17.1.1985- IX ZR 59/84. Praktična posledica tega dejstva je npr. lahko v dolžini zastaralnega roka.

¹⁰ Shamiyeh, str. 57 in nasl.

¹¹ Tretji odstavek 98. člena ZFPPIP: Upravitelj mora upnike, ki so v razmerju do insolventnega dolžnika v enakem položaju, obravnavati enako, in ne sme omogočiti ali dopustiti:

1. da posamezni upniki v postopku dosežejo prednostno plačilo ali druge koristi na škodo drugih upnikov, ki so v razmerju do insolventnega dolžnika v enakem položaju, ali
2. da druge osebe pridobijo premoženje insolventnega dolžnika, ki spada v stečajno maso, ne da bi zagotovile enakovredno nasprotno izpolnitev, ali druge koristi na škodo stečajne mase, ki niso v skladu z zakoni, predpisi in pravili stroke iz prvega odstavka tega člena.

¹² OGH, z dne 11.11.1986 JBI 1987, 254.

odstopa od ustaljene sodne prakse, je lahko odškodninsko odgovoren.¹³ Od odvetnika se ne pričakuje, da pri vodenju poslov in poslovnih odločitvah ravna kot spreten podjetnik; zadošča namreč poznavanje osnovnih ekonomskih zakonitosti. Vendar pa je v primeru, ko njegovo znanje za odločitev ekonomske narave ne zadošča, dolžan pridobiti ustrezno strokovno pomoč (nasvet), sicer je lahko odškodninsko odgovoren.¹⁴

Drugo pomembno vprašanje je ekskulpacija – v kolikšni meri se lahko stečajni upravitelj odgovornosti reši zaradi ravnanja drugih organov v stečajnem postopku (zlasti stečajnega senata, po novem ZFPPIP sodišča, in upniškega odbora). Slovenski zakonodajalec je v ZFPPIP predvidel,¹⁵ da se lahko upravitelj svoje odgovornosti oprosti, če dokaže:

1. da je upniku nastala škoda zaradi nepravilnih ali nepopolnih podatkov v njegovi prijavi terjatve ali zaradi drugih dejanj ali opustitev, ki izvirajo s področja upnika,
2. da je ravnal v skladu s sklepom ali odredbo sodišča ali
3. da je škoda nastala zaradi dogodkov ali ravnanja oseb, ki jih upravitelj, čeprav je ravnal z ustrezno profesionalno skrbnostjo, ni mogel niti preprečiti niti odvrniti ali omejiti njihovih škodljivih posledic.

136 Oprostitev odgovornosti zaradi izdaje sklepa ali odredbe sodišča pa ni dopustna, če upnik dokaže, da jo je upravitelj dosegel nepošteno.¹⁶ Vprašanje omejitve odgovornosti je slovenski zakonodajalec rešil v novem ZFPPIP na ta način, da je višino odškodnine v posameznem postopku omejil na petkratni znesek nagrade, do katere je upravičen upravitelj, vendar ne manj kot 5.000 eurov. Pravilo ne velja, če je upravitelj ravnal hudo malomarno ali naklepno.¹⁷

Končno naj opozorim še na enotno nemško in avstrijsko stališče, po katerem za obveznosti stečajnega upravitelja, nastale zaradi njegovega deliktnega (protipravnega ravnanja) v stečajnem postopku, solidarno z njim odgovarja tudi stečajni dolжник s stečajno maso.¹⁸ Razlog za tako ureditev naj bi bila ustrezna porazdelitev koristi in stroškov: ker upravitelj stečajni postopek v glavnem vodi zaradi varstva koristi upnikov, morajo ti prevzeti tudi tveganje za morebitne škodne posledice, ki lahko stečajni masi nastanejo zaradi ravnanja stečajnega upravitelja.¹⁹

¹³ Shamiyeh, str. 157

¹⁴ Ibidem, str. 160. Podobno velja tudi v nemškem pravu. Glej sodbo BGH z dne 4.12.1986, ZIP 1987, 115 (118) ter z dne 12.10.1989, ZIP 1989, 1584 (1588).

¹⁵ Glej drugi odstavek 102. člena ZFPPIP.

¹⁶ Glej tretji odstavek 102. člena ZFPPIP.

¹⁷ Glej četrti in peti odstavek 102. člena ZFPPIP.

¹⁸ Shamiyeh, str. 215 in nasl.

¹⁹ Ibidem, str. 218.

1.2. Izvršitelji

Skladno z 289. členom Zakona o izvršbi in zavarovanju²⁰ je izvršitelj odgovoren za vso škodo, ki nastane pri opravljanju dejanj izvršbe in zavarovanja zaradi njegovega ravnanja ali opustitve dolžnosti, ki jih ima po zakonu, podzakonskih aktih in odredbah sodišča. Na enak način kot v ZFPPIP je torej tudi v ZIZ predvidena odškodninska odgovornost izvršitelja.

Sodne prakse, ki bi natančneje določila vsebino citirane norme, zaenkrat še ni. Treba pa je priznati, da bo odškodninska odgovornost izvršiteljev v praksi le redko prišla v poštev, saj bodo »nepravilne« odločitve izvršiteljev praviloma sankcionirane že v rednem izvršilnem postopku, s prvo – in drugostopenjskimi sodnimi odločbami. Tipičen primer je previsoko odmerjeni predujem izvršitelju, saj je zoper sklep, s katerim sodišče določi osebo izvršitelja in višino predujma, možna pritožba tako glede izbire izvršitelja kot glede višine določenega predujma. Previsoko odmerjeni predujem, ki ga sodišče prve stopnje na predlog izvršitelja naloži v plačilo upniku, je tako ponavadi predmet sodne presoje že v pritožbenem postopku.²¹ Če je pritožba uspešna, pa odpade vsaj ena izmed predpostavk odškodninske odgovornosti – nastanek škode.

1.3. Arbitri in mediatorji

O odgovornosti arbitrov in mediatorjev za škodo, nastalo pri opravljanju njihovega dela, v slovenskih predpisih ni najti posebnih določb. Tudi predloga zakonov o arbitraži²² in mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah²³ posebnih norm o odškodninski odgovornosti arbitrov oziroma mediatorjev ne vsebujeta. To seveda ne pomeni nujno, da odgovornosti v teh primerih ni.

Avstrijsko zvezno sodišče je leta 2005 odločilo, da je potrebno odgovornost arbitrov za škodo, povzročeno strankam arbitražnega postopka, razlagati ozko in skladno s t.i. sodniškim privilegijem.²⁴ Po drugem odstavku 584. člena avstrijskega ZPO so sicer

²⁰ Uradni list RS, št. 51/1998.

²¹ Glej npr. sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cpg 852/2000 z dne 19.10.2000: »Zgolj splošne ugotovitve o tem, da je za izterjavo denarne terjatve z izvršbo na premičninah potrebno upoštevati verjetnost oprave dveh rubežev, dveh dražb, seznanitve izvršitelja s spisom in vpis v evidenco, pripravo obračuna zamudnih obresti, prevzem posameznega gotovinskega plačila od dolžnika ter kilometrino, za obrazložitev konkretne odločitve o založitvi predujma v višini 63.445,00 SIT, ne zadostujejo.«

²² Predlog zakona je dostopen spletni strani http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/zakonodaja/2008_02_11_predlog_zak_arbitr.pdf

²³ Predlog zakona je dostopen na spletni strani

²⁴ OGH 6.6.2005, 9 Ob 126/04a, objavljeno na spletni strani http://fremuth-wolf.com/arbaut/newsletter/index.php?archiv_id=24#III.%20Neueste%20Judikatur%20im%20Bereich%20Schiedsrecht

arbitri strankam odgovorni za škodo, nastalo zaradi nepravočasnega izpolnjevanja ali neizpolnjevanja svojih obveznosti. Vendar pa je sodišče menilo, da je potrebno citirano določbo razlagati kot izjemo od siceršnjega pravila, po katerem arbiter za svoje odločitve načeloma ne odgovarja, ne pa kot splošno pravilo o odškodninski odgovornosti arbitrov. Poudarilo je, da je temeljni pogoj za uspešno uveljavljanje odškodninskih zahtevkov zoper arbitre uspešna tožba za razveljavitev arbitražne odločbe. Šele sodba, s katero sodišče razveljavi arbitražno odločbo, namreč povzroči njeno »neučinkovitost«, kar je predpostavka arbitrove odškodninske odgovornosti. Za napake, ki jih arbiter stori v arbitražnem postopku in ne sodijo med razloge, zaradi katerih je dopustno arbitražno odločbo razveljaviti, arbiter ni odškodninsko odgovoren.

Avstrijska sodna praksa je nekoliko strožja od nemške, ki za arbitre v celoti analogno uveljavlja sodniški privilegij in odškodninsko odgovornost arbitra veže le na tiste izjeme primere, kjer bi njegovo dejanje v arbitražnem postopku hkrati pomenilo kaznivo dejanje.²⁵ Razlog je v dejstvu, da naj stranki, ki se namesto sodne poti zavestno odločita za arbitražno reševanje svojega spora, prevzameta enaka tveganja kot v rednem postopku pred sodišči, zaradi česar arbitrom ni dopustno naprtiti večje odgovornosti za svoja dejanja kot rednim sodnikom.

138

Vprašanje je, katero izmed predstavljenih stališč je bližje slovenskemu pravnemu sistemu. Po eni strani se zdi smiselno, da arbitri odgovarjajo vsaj v primeru najhujših kršitev svojih obveznosti, po drugi pa je razumljiv tudi pogled, ki arbitre glede odškodninske odgovornosti izenačuje s sodniki. V vsakem primeru menim, da je potrebno njihovo odškodninsko odgovornost omejiti na izjemne primere in je ne primerjati z izvršitelji ali stečajnimi upravitelji. Ne smemo namreč pozabiti, da ima arbitražna odločba učinek pravnomočne in izvršljive sodne odločbe, kar položaj arbitra po funkciji in učinku praktično izenačuje s sodnikovim. Za neodvisno, nepristransko in kvalitetno (raz)sojanje pa je gotovo pomembna tudi odsotnost (prevelike) grožnje z morebitnimi odškodninskimi zahtevki.

1.4. Odvetniki in notarji

Ker sta odgovornost odvetnika in notarja predmet samostojnih prispevkov, se bom v svojem referatu omejila na nekatera splošna vprašanja njune odškodninske odgovornosti, nato pa na kratko nanizala nekatere zanimive odločitve tuje sodne prakse.

²⁵ BGZ 15,12 citirano po http://fremuth-wolf.com/arbaut/newsletter/index.php?archiv_id=24#III.%20Neueste%20Judikatur%20im%20Bereich%20Schiedsrecht

1.4.1. Pravna podlaga odgovornosti

Odškodninska odgovornost odvetnikov in notarjev izhaja iz pogodbenega razmerja med odvetnikom (notarjem) in stranko. Višje sodišče v Ljubljani je že izreklo, da izvira odškodninski zahtevek zoper odvetnika iz mandatne pogodbe,²⁶ kar pomeni, da je vprašanje deliktne oziroma pogodbene odgovornosti rešeno v korist slednje. Za sklenitev mandatne pogodbe ter presojo obveznosti strank veljajo splošna pravila obligacijskega prava, členi 766 do 787 Obligacijskega zakonika²⁷ ter Zakon o odvetništvu.²⁸

Odgovornost odvetnika se sicer najpogosteje obravnava v razmerju do mandanta, torej odvetnikove stranke, ni pa izključena niti odgovornost do tretjih oseb. Mednje lahko pod določenimi pogoji prištejemo tudi nasprotno stranko, ki npr. odvetniku izroči določeni znesek denarja za odvetnikovo stranko.²⁹ Za izjave, ki jih je odvetnik namenil tretjim osebam kot pooblaščenec svoje stranke in torej posredoval strankina stališča in naziranja, ne more biti osebno odškodninsko odgovoren.³⁰ V nasprotnem primeru bi sodišče po mnenju nemškega zveznega ustavnega sodišča neupravičeno poseglo v ključno značilnost razmerja med odvetnikom in stranko – načelo varstva strankinih koristi.^{31, 32}

1.4.2. Skrbnost

Zlasti za nemško pravo je značilno, da se je institut odškodninske odgovornosti odvetnika skoraj v celoti razvil v sodni praksi. Tako je vprašanje, ali so pri odškodninski odgovornosti pogostejši zahtevki zaradi nepravilne izpolnitve ali neizpolnitve, v praksi nepomembno, saj večina zahtevkov izvira iz t.i. stranskih obveznosti odvetnika, torej njegovih dolžnosti po odvetniški zakonodaji. Ključno vprašanje v sodnih postopkih je zato praviloma opredelitev odvetnikovih dolžnosti (in posledično njegove skrbnosti), ki izhajajo iz mandatne pogodbe. V nadaljevanju si oglejmo nekatere najbolj tipične primere odvetnikovih dolžnosti.

²⁶ Sodba in sklep Cp 1016/2004 z dne 10.11.2004: *Odškodninska odgovornost odvetnika se presoja po splošnih pravilih, ki veljajo za mandatno pogodbo in po specialnih določilih zakona, ki obravnavava pravno pomoč oziroma odvetnike.*

²⁷ Uradni list RS, št. 83/2001.

²⁸ Uradni list RS, št. 18/1993.

²⁹ Rinsche, Franz-Josef: Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, Carl Heymanns, 1998, str. 18. Vendar je sodna praksa izrekla, da to velja le pod pogojem, da je nasprotna stranka odvetnika obravnavala (tudi) kot svojega fiduciarja in ne le kot pooblaščenca svoje stranke. OLG Hamm, 8.11.1984, AZ: 28 U 94/84. Tako npr. nasprotna stranka nima zahtevka zoper odvetnika, če je ta svoji stranki obljubil, da bo znesek, ki ga bo nakazala na odvetnikov račun, prenakazal nasprotni stranki, potem pa do tega ne pride.

³⁰ Rinsche, str. 24.

³¹ BVerfG, NJW 1996, 3267.

³² Enako Sodba in sklep 1016/2004: Mandatno razmerje je zasnovano predvsem na zaupanju stranke do odvetnika ("intuitu personae"), zaradi česar mora ta v prvi vrsti skrbeti za mandatov interes.

Dolžnost celovitega pravnega svetovanja in varstva mandantovih interesov

Krog odvetnikovih dolžnosti je nemška sodna praksa zarisala že tako široko, da nekateri menijo, da mora biti odvetnik, če se želi izogniti odškodninskim zahtevkom, »pravni superman«, ki mora obvladati računalništvo, biti pravni genij, nadpovprečno inteligenten in prekipevati od energije. Pomemben razlog za to je gotovo dejstvo, da so sodišča standard skrbnosti za odvetnika postavila zelo visoko, po mnenju mnogih previsoko.³³ Skrben odvetnik naj bi predvidel prav vsako možnost v nadaljnjem razvoju pravnega razmerja svojega mandanta, kar je v praksi nerealno. Nemško zvezno vrhovno sodišče je tako še leta 1992 odločilo, da odvetnik odgovarja za škodo svoji stranki, ker je pri pravnem pregledu pogodbe (stranka mu je pogodbo sama predložila) ni opozoril na odločitev enega izmed številnih nemških višjih sodišč, objavljeno v srednje pomembni pravni reviji ter na zaključke nekega članka, objavljenega v publikaciji, primerljivi z našim Pravnikom.³⁴

Takšne zahteve se ne zdijo realne, če jih primerjamo z odvetnikovim vsakdanjim delom in tempom. Pomenijo namreč, da bi moral pri vsakem posamičnem opravilu poznati in upoštevati vse odločitve višjih sodišč v državi ter vse objavljene članke na določeno temo. To pa je naloga, katere realizacijo težko pričakujemo celo od tistih, ki se s pregledom pravne prakse in teorije ukvarjajo poklicno (raziskovalci in učitelji) in vsakodnevno.

V našem sistemu je standard skrbnosti postavljen bolj razumno – v že citirani odločbi je Višje sodišče v Ljubljani izreklo, da »je treba pri odvetnikih, ki opravljajo dejanja, ki terjajo od njih posebno znanje, upoštevati tudi, da mora biti njihovo znanje in skrbnost večja od znanja in skrbnosti povprečnega človeka, torej da se mora držati predpisanih strokovnih norm in temeljnih načel, na katerih slonijo strokovne norme. Kakšno stopnjo marljivosti in previdnosti (”diligence et prudence”) nalaga stroka posamezniku, je treba ugotoviti v vsakem posameznem primeru.«³⁵ Zdi se, da je slovenska praksa uveljavila standard povprečno (normalno) skrbnega odvetnika, ki odvetnikom ne nalaga neuresničljivih zahtev.

Glede načina posredovanja odvetnikovega nasveta v Nemčiji velja, da stranke ni potrebno obravnavati kot nemočnega in popolnoma neukega človeka, ki mu je potrebno pravno situacijo prikazati na dramatičen (patetičen) način. Hkrati pa je praksa mnogokrat poudarila, da mora odvetnik stranko zelo jasno, izrecno in »vsiljivo« poučiti in to tudi v primeru, če je stranka sicer izkušeno in zavarovano podjetje.³⁶

³³ Borgmann/Jungk/Grams, str. 99, 100; Rinsche, str. 27, 28.

³⁴ BGH z dne 8.10.1992, WM 1993, 420.

³⁵ Sodba in sklep 1016/2004 z dne 10.11.2004.

³⁶ OLG Hamm z dne 16.4.1991, 28 U 226/90.

2. Dolžnost informiranja

Gre za obojestransko izmenjavo informacij, ki po eni strani od odvetnika zahteva, da se celovito in izčrpno pouči o dejanskem stanju, po drugi pa od stranke, da po svojih najboljših močeh odvetniku pomaga seznaniti z vsemi okoliščinami primera.³⁷

Nezadostna koooperativnost mandanta lahko pripelje do deljene odgovornosti v morebitni odškodninski pravdi.³⁸ Vendar to ne pomeni, da se sme odvetnik zadovoljiti s pavšalnimi odgovori stranke oziroma njeno pasivnostjo, temveč mora vztrajno in z ustrežno mero »vrtanja« (če je potrebno) od stranke pridobiti relevantne informacije ali jo vsaj poučiti o (procesnih in materialnih) posledic opustitve.³⁹ Ob takšnih zahtevah pa se lahko takoj pojavi vprašanje, ali se je odvetnik dolžan o okoliščinah primera poučiti tudi samoiniciativno, na lastno pest mimo stranke. Nemška teorija takšno splošno dolžnost načeloma zavrača, saj odvetnik ni zasebni detektiv.⁴⁰ Tako npr. tudi ni dolžan predhodno zasliševati prič, opraviti ogleda ali pridobiti izvedensko mnenje.⁴¹ Posebej pozoren pa mora biti pri pravnih kvalifikacijah, ki jih podaja stranka pri opisu primera. Stranke namreč pogosto pri opisovanju svojega problema uporabljajo pravne pojme, kot so »lastnik«, »posestnik«, »avtorska pravica«, »dolg«, »pravnomočnost«. Odvetnik se mora z dodatnimi vprašanji ali s pregledom dokumentacije vedno prepričati, ali je uporabljena terminologija točna.⁴²

3. Skrbna pravna presoja (kvalifikacija) primera

Dejstvo, da so odvetniki opravili pravosodni izpit, samo po sebi ne predstavlja dokaza o zadostnem pravnem znanju in s tem izpolnitve zahtevane poklicne skrbnosti. Tudi odvetniki so se dolžni stalno izobraževati ter izpopolnjevati svoje znanje in veščine.

³⁷ Borgmann/Jungk/Grams, str. 101; Izrecno tudi BGH NJW 1996, 2929.

³⁸ BGH WM 1994, 1805, 1807.

³⁹ BGH VerR 1982, 143. Enako Borgmann/Jungk/Grams, str. 103.

⁴⁰ Rinsche, str. 34.

⁴¹ BGH VerR 1994, 1344. Nekakšno splošno vodilo naj bi bilo, da je odvetnik dolžan opraviti le tista dejanja, ki jih lahko izvede iz svoje pisarne. Glede na razvoj informacijske tehnologije in dostopnost podatkov na internetu je zanimivo tudi vprašanje, v kolikšni meri je npr. v gospodarskopravnih primerih odvetnik dolžan uporabljati baze podatkov kot so iBon, GVIN in podobne (podatki o boniteti gospodarskih subjektov).

⁴² Prim. Borgmann/Jungk/Grams, str. 102.

V Nemčiji ni dvoma, da morajo odvetniki (»v detajle«) poznati nemške zakone.⁴³ Glede na količino zakonodaje je seveda popolnoma nerealno pričakovati, da bi kak človek v resnici poznal vse veljavne zakone. Od odvetnika se skladno s tem pričakuje, da se bo v vsakem posamičnem primeru seznanil s predpisi, ki bi lahko prišli v poštev.

Poleg domače zakonodaje se od odvetnika pričakuje tudi poznavanje mednarodnih aktov, ki imajo v notranjem pravnem redu neposredno veljavo (npr. Dunajske konvencije o mednarodni prodaji blaga). Enako velja za pravo ES, v določeni meri pa celo za tuje pravo. Odvetnik mora namreč v razmerjih s mednarodnim elementom pomisliti na kolizijska pravila,⁴⁴ slednja pa nemalokrat odkažejo na pravo tuje države. Nemški odvetnik, ki svoje stranke, turškega državljanca, ki je utrpel škodo v prometni nesreči med počitnicami v (takratni) Jugoslaviji, ni opozoril na jugoslovanske predpise o zastaralnih rokih (bili so krajši od nemških in so že potekli), je odgovarjal stranki za nastalo škodo.⁴⁵

K skrbni pravni presoji primera pa ne sodi le temeljito poznavanje zakonodaje, temveč tudi sodne prakse. Predpostavka za to je, da so sodne odločbe objavljene. V Nemčiji to nesporno velja za prakso najvišjih sodišč (v Sloveniji Vrhovnega sodišča),⁴⁶ ni pa popolnoma jasno, kje in na kakšen način morajo biti odločbe objavljene. Tako npr. odvetnik s splošno prakso ni bil dolžan poznati družinskopravnega judikata zveznega vrhovnega sodišča, katerega kratek povzetek je bil objavljen v reviji, specializirani za družinsko pravo.⁴⁷ Sodišče je poudarilo, da čeprav od odvetnikov ni mogoče pričakovati, da bodo seznanjeni z vsemi judikati, objavljenimi v specializiranih publikacijah, pa je vsekakor realno domnevati, da bodo spremljali judikaturo najvišjih sodišč, ki je objavljena v splošnih pravnih časopisih. V Nemčiji je to predvsem NJW (Neue Juristische Wochenschrift), ki mu je v Sloveniji morda najbližje Pravna praksa.

Nemško zvezno vrhovno sodišče od odvetnikov pričakuje, da se pri vodenju primera primarno zanašajo na sodno prakso. Načeloma morajo vanjo zaupati, še posebej na področjih, kjer je sodna praksa stabilna, jasna in konsistentna.⁴⁸ Glede odločitev višjih sodišč velja načelo, da so odvetniki dolžni poznati le pomembnejše odločitve, glede katerih ni (enotne) sodne prakse najvišjih sodišč. Ne čudi torej, da se kršitve odvetnikovih obveznosti in posledični odškodninski zahtevki v nemški praksi sorazmerno redko opirajo na nepoznavanje pravne teorije.⁴⁹ Star in priljubljen pregovor namreč pravi: »Sind auch die Argumente schlecht, der BGB behält doch recht«.

⁴³ Ibidem, str. 113, 114.

⁴⁴ Mednarodno zasebno pravo je notranje (slovensko) in ne tuje pravo, zato ga je odvetnik dolžan poznati. Enako velja za pravo ES.

⁴⁵ Rinsche, str. 43.

⁴⁶ BGH z dne 29.3.1983 NJW 1983, 1665.

⁴⁷ BGH VersR 1979, 232, 233.

⁴⁸ BGH z dne 30.9.1993 VersR 1994, 99, 101.

Gotovo so predstavljena stališča vredna prenosa v domač pravni red. Vendar se je potrebno zavedati tudi njihovih omejitev zaradi lokalnih posebnosti. Zlasti je v domačem pravnem redu problematična neenotna sodna praksa višjih sodišč, nemalokrat celo med različnimi senati istega višjega sodišča. Za stranke je vprašanje uspeha v pravdi tako prevečkrat odvisno od sreče (bo na višjem sodišču sodil ta ali oni senat). V takšnih razmerah odvetniku seveda ne moremo naprtiti funkcije, ki jo ima Vrhovno sodišče – namreč odločiti, katera izmed s strani višjih sodišč predlaganih rešitev je najboljša. To pa tudi pomeni, da bo očitek nepoznavanja sodne prakse kot predpostavka odvetnikove odškodninske odgovornosti uspešen le v tistih primerih, ko je sodna praksa jasna in enotna tudi v daljšem obdobju.

4. Zaključek

Zaradi različnih funkcij in vlog, ki jih v našem pravnem sistemu opravljajo stečajni upravitelji, izvršitelji, arbitri, mediatorji, odvetniki in notarji, njihove odškodninske odgovornosti ni mogoče presoјati po enotnih pravilih. Edina skupna značilnost omenjenih pravnih poklicev je v tem, da v primeru neskrbnega opravljanja svojega dela odgovarjajo za povzročeno škodo. Medtem ko je odgovornost odvetnikov, notarjev, upraviteljev relativno široka in se nanaša na praktično vse napake pri delu, je odgovornost arbitrov potrebno razlagati ožje (analogno sodniški). Razlog je v naravi arbitražnega odločanja, ki arbitražno odločbo po učinkih izenačuje s pravnomočno in izvršljivo sodno odločbo.

⁴⁹ V nekem postopku je sodišče odvetniku očitalo, da je spregledal problem, ki je opisan »celo v Palandt« (Palandtov komentar BGB je med najmanj obsežnimi). OLG Hamm z dne 16.1.1986, Az. 28 U 162/85.

Odgovornost odvetnika

mag. Bogomir Horvat¹

1. Uvod

Proučevanje odgovornosti odvetnikov je izjemnega pomena tako za odvetniški poklic kot tak, kot tudi za funkcioniranje celotnega pravosodnega sistema, katerega del je odvetništvo. Sama vloga odvetništva, kot zelo cenjenega in uglednega poklica, se v zadnjih letih povečuje, kar je razvidno ne samo iz vse večjega števila odvetnikov, temveč tudi vseh sprememb, ki se dogajajo v zvezi z njihovo organizacijo in delovanjem. Odvetništvo kot služba je v organizacijskem smislu popolnoma samostojna in neodvisna od pravosodja, vendar se v funkcionalnem smislu od pravosodja ne sme ločevati in odtujevati predvsem zaradi tega, ker morata tako pravosodni sistem kot odvetništvo služiti istemu temeljnemu cilju, t.j. uresničitvi pravice in v najširšem smislu zaščiti pravnega sistema kot celote skozi čim hitrejšo in čimbolj učinkovito realizacijo na pravo temelječih pravic. Tudi preambula Kodeksa odvetniške etike sveta odvetniške zbornice EU (CCBE), katere član je tudi Slovenska odvetniška zbornica, govori o tem, da mora odvetništvo služiti tako interesu pravice kot tudi tistim, katerih pravice in svoboščine zastopa in brani, ter ima dolžnost ne samo, da vodi zadeve svoje stranke, ampak jim tudi svetuje.

Problematiko odgovornosti odvetnika lahko umestimo v širši institut odgovornosti profesionalcev za škodo (npr. notarjev, zdravnikov, arhitektov in podobno), ki nastane strankam in tretjim osebam pri opravljanju njihove profesionalne dejavnosti in je civilno pravna odgovornost samo

¹ Odvetnik pri odvetniški družbi Matoz.

eden izmed segmentov odgovornosti odvetnika, saj le ta obsega tudi kazensko in disciplinsko odgovornost. Vse te tri vrste odgovornosti so medsebojno povezane z neko notranjo logiko in pravnim ciljem, ki je v zaščiti strank in čimbolj kvalitetnem prispevku odvetništva k uresničevanju načela zakonitosti, s tem pa tudi boljšemu funkcioniranju pravosodnega sistema kot celote. Kazenska odgovornost odvetnikov je opredeljena v Kazenskem zakoniku, disciplinska odgovornost v Zakonu o odvetništvu (v nadaljevanju ZO) in Statutu odvetniške zbornice Slovenije², civilno odgovornost za škodo, ki jo odvetnik povzroči stranki oz. tretjim osebam pri svojem delu, pa ureja Obligacijski zakonik³ (v nadaljevanju OZ), in sicer v obliki splošnih institutov v poglavjih o pogodbeni oz. deliktne odgovornosti.

V tokratni obravnavi se bomo osredotočili na problematiko civilne, torej odškodninske odgovornosti odvetnikov.

146 2. Temelj odgovornosti odvetnika za škodo

Pri presojanju temelja odvetniške odškodninske odgovornosti že takoj na začetku naletimo na dilemo, **ali to odškodninsko odgovornost opredeliti kot pogodbeno ali kot deliktne**.

Primerjalnopravno je to vprašanje različno urejeno, kar ima za posledico razlikovanje v dokaznem bremenu, obsegu odškodnine, zastaralnih rokov, priznavanju nepremoženjske škode. Tako npr. v Nemčiji lahko oškodovanci sami izbirajo kateri temelj odgovornosti bodo uporabili, nasprotno v Franciji pa te možnosti oškodovanci nimajo⁴. Kar zadeva slovensko pravno teorijo je Cigoj zastopal stališče, da temeljnih razlik med obema vrstama odgovornosti ni, oziroma da so posebnosti, ki se kažejo pri eni ali drugi vrsti odgovornosti, posledica različnosti pravnih ureditev.⁵

V našem odškodninskem pravu je sodna praksa sprejela stališče, po katerem se

² Zakon o odvetništvu, Uradni list RS št. 18/93, 24/96, 24/01 in Statut odvetniške zbornice, Uradni list RS št.15/94, 10/95, 55/96, 4/00, 48/01, 90/03, 131/04)

³ Obligacijski zakonik, Uradni list RS št. 83/01.

⁴ O razlikah, ki obstajajo med pogodbenim in deliktne temeljem odgovornosti profesionalcev (zdravnikov) za škodo, glej: A. Polajnar Pavčnik, Obligacijski vidiki razmerja med bolnikom in zdravnikom, v knjigi Pravo in medicina, Cankarjeva založba Ljubljana, 1998, str. 95.

⁵ S.Cigoj, Odškodninsko pravo Jugoslavije, Ljubljana.1972, str. 72.

odškodninska odgovornost odvetnika presoja po pogodbenem temelju (mandat), če zato obstojijo predpostavke. Če pa škoda ni nastala zaradi kršitve pogodbe, je odvetnikova odgovornost za škodo povzročeno stranki, deliktna⁶. To pomeni, da moramo pri ugotavljanju odškodninske odgovornosti odvetnika dopustiti možnost konkurenčnega obstoja dveh različnih temeljev odškodninske odgovornosti, čeprav bodo v praksi prav gotovo prevladovali primeri pogodbene odškodninske odgovornosti, ker bo večina škode nastala strankam zaradi odvetnikove kršitve pogodbene obveznosti.

3. Pomen profesionalne skrbnosti (diligence)

Ne glede na to, katera vrsta odgovornosti (pogodbena oz. deliktna) prihaja v konkretnem primeru v poštev, pa je osrednje vprašanje pri obeh standard dolžne skrbnosti, kateri se zahteva od odvetnika in predstavlja temelj za presojo njegove odgovornosti. Obveznost skrbnega ravnanja oz. profesionalne skrbnosti, ki se zahteva pri opravljanju posla odvetnika in njemu sorodnih poklicev, je pravni standard, ki je različno urejen v primerjalnem pravu in ni odvisen samo od splošne ureditve instituta odgovornosti za škodo, temveč tudi od konkretnega posla, katerega je prevzel odvetnik. Pri tem je potrebno izrecno poudariti, da odvetnik praviloma ne prevzame obveznosti za uspeh, ampak je njegova dolžnost zgolj v tem, da uporabi vse svoje profesionalno znanje za doseg določenega rezultata, torej ravna s skrbnostjo dobrega strokovnjaka. Tako odvetnik, ki je ravnal z vso skrbnostjo, marljivostjo, znanjem in sposobnostjo, ki se od njega zahteva ne bo odškodninsko odgovarjal, četudi je izostal rezultat, ki ga je njegova stranka pričakovala. Zahteva se pravilen način razreševanja problema oz. naloge, torej ravnanje v skladu s pravili stroke, v nasprotnem primeru je podana odškodninska odgovornost odvetnika, in sicer gre za krivdno odgovornost (namen, malomarnost). V odškodninskem pravu je namreč v večini sistemov kot načelo uveljavljena krivdna subjektivna odgovornost, tako pri pogodbeni kot tudi pri deliktni odgovornosti profesionalcev, kar torej velja tudi za odvetnike in njim sorodne poklice (notarje).

Vsebina standarda profesionalne skrbnosti oz. skrbnosti dobrega strokovnjaka je v primerjalnem pravu različno opredeljena, vsem pa je skupno, da se od odvetnika kot profesionalca zahteva določena stopnja skrbnosti in pazljivosti kakor tudi določeno strokovno znanje in sposobnost opravljanja poslov. Razlike med posameznimi sistemi so v meri strogosti pri določanju teh elementov. Tako angleško pravo od profesionalcev zahteva, da pokažejo tisto stopnjo skrbnosti in sposobnosti, ki je značilna za ostale strokovnjake iz iste branže, kar pomeni, da se ne zahteva nekakšna najvišja stopnja

⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 290/99, računalniška baza VS RS.

skrbnosti in znanja, temveč skrbnost in znanje razumnega in povprečno skrbnega in usposobljenega profesionalca.⁷ Podobno stališče najdemo v italijanskem pravu, kjer je v 1176 čl. Civilnega zakonika določeno, da se mora dolžnik pri izpolnjevanju obveznosti vesti z marljivostjo dobrega gospodarja, ki se pri poklicnem umskem delu ocenjuje glede na naravo dejavnosti, ki jo opravlja.⁸

Na drugi strani pa je v nemškem pravu, za katerega je praviloma značilna pogodbeno odškodninska odgovornost odvetnika, zahtevan visok in strog standard profesionalne skrbnosti pri opravljanju posla. Skladno z nemško sodno prakso ne zadostuje, da odvetnik pri poslu pokaže povprečno, normalno stopnjo skrbnosti, temveč se zahteva najvišji standard skrbnosti in znanje najboljšega odvetnika kot predstavnika stroke. Tako je odvetnik dolžan stranki dati strokoven, vseobsežen in izčrpen pravni nasvet (npr. dolžan je skrbeti o vseh vprašanih povezanih v zvezi z zastaranjem, zastojem in prekinitvijo zastaranja), skratka najti najbolj primerno in najhitrejšo pot za zaščito njenih interesov. Nemška sodišča na splošno zahtevajo od odvetnika, da svojim strankam nudi objektivno najboljše storitve in se pri presoji krivde ne zadovoljuje s skrbnostjo povprečnega odvetnika, ampak je potrebna skrbnost najboljšega, najbolj marljivega, izobraženega ter kompetentnega odvetnika⁹. Nasprotno od tako stroge stopnje zahtevane skrbnosti odvetnika v nemškem pravu, ameriška sodna praksa omejuje odvetnikovo odškodninsko odgovornost. Tako je njegova odgovornost izključena, če njegovo obnašanje zadovoljuje standard »*the least common denominator*«. Odvetnik bo odgovoren le, če je njegovo ravnanje tako slabo, da tako ne bi ravnal nobeden od njegovih profesionalnih kolegov.¹⁰ V nekem primeru je sodišče presodilo, da odvetnik ni prekršil standarda profesionalne skrbnosti, ker je napačno interpretiral pravno pravilo sklicujoč se na dejstvo, da je bilo to pravilo zelo pogosto napačno interpretirano tudi med njegovimi kolegi¹¹. Kljub navedenemu pa pravna doktrina vztraja na tem, da se standard skrbnosti odvetnika v sodni praksi dvigne na višjo raven »*minimum common skill of the attorney of good professional standard*«.

Francoska sodišča pa so ubrala srednjo pot. Brez odstopanja od splošnih pravil odgovornosti so sprejeli princip, da odvetnik odgovarja za vsako malomarnost, pri če-

⁷ »An expert is required to exercise the same standard of care as a reasonably competent person trained in that particular trade or profession«, V. Harwood, Principles of Tort Law, 3 rd edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1998, str. 106 in 107.

⁸ Tako je italijansko Kasacijsko sodišče v sodbi št. 3463 z dne 18.5.1988 v zvezi s stopnjo skrbnosti zavzelo stališče, da poklicna odgovornost odvetnika, čigar obveznost ni v doseganju rezultata, ampak v nudenju pomoči, ne nastopi avtomatično, če odvetnik ne doseže cilje, temveč predstavlja kršitev tiste povprečne skrbnosti (*diligencia media*), katero predvideva 2. odst. 1176. čl. Civilnega zakonika; glej več: K. Primožič, *Odgovornost odvetnika in zavarovanje*, Odvetnik št. 2, 2002, str. 6 in 7.

⁹ Več o bogati nemški sodni praksi v zvezi z profesionalno skrbnostjo odvetnikov glej: Paladant, *Bürgerliches Gesetzbuch, Becksche Kurz-Kommentare*, 55, neubearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1996, str. 336.

¹⁰ P.J. Zepos – P. Christodoulou, *Professional Liability*, op. cit. str. 50.

¹¹ Markesinis, *The German Law of Obligations, Vol.II; The law of Torts: A comparative introduction*, Clarendon Press Oxford, 1997, str. 305.

mer je standard za presojo skrbnosti preudaren odvetnik, ne najboljši niti ne povprečen¹². V našem pravu je profesionalna skrbnost oz. skrbnost dobrega strokovnjaka urejena v 2. odst. 6. čl. OZ, ki kot merilo postavlja tipično, običajno, normalno ravnanje povprečnega strokovnjaka z istega področja¹³. Pri presoji, ali je določeno ravnanje v skladu z zahtevano stopnjo skrbnosti, je naloga sodne prakse, da zakonski standard skrbnosti dobrega strokovnjaka oz. profesionalca uporabi glede na specifično situacijo odgovornosti odvetnika. Pri tem je potrebno opozoriti na določene posebnosti, ki so značilne za odvetniški poklic, saj gre za profesionalno dejavnost velikega družbenega pomena, ki zahteva posebno strokovno znanje in usposobljenost, kar ustvarja zaupanje javnosti v vrednost profesionalnih uslug, ki jih ponujajo odvetniki. Tako je pri določanju odgovornosti odvetnika potrebno upoštevati tudi vrsto posla, ki ga je za stranko opravljal odvetnik, dejansko stanje, pravila stroke, pravila običajev, kar vse je *questio facti*, ki ga mora sodišče ugotavljati pri presojanju konkretnega primera. Tako je potrebno razlikovati ravnanje odvetnika v primeru, ko zastopa stranke pred sodiščem od drugih aktivnosti, ki niso vezane na spor pred sodiščem.

Pri zastopanju pred sodiščem

- a) mora poznati:
 - *materialno pravo* (domače in pravo EU), kakor tudi *sodno prakso*, zlasti novejšo prakso višjih sodišč, Vrhovnega sodišča in sodišča Evropske Skupnosti, ki se nanaša na konkreten primer
 - *temeljno shemo pristojnosti* slovenskih pravosodnih organov in drugih državnih organov, sodišč EU in drugih institucij EU
 - *vsa procesna pravila* (pristojnost, roki, prihod na glavno obravnavo, pravočasno predlaganje dokazov, uporaba odločilnih argumentov, ki so na voljo...)¹⁴
- b) biti mora temeljito pripravljen, pri čemer je potrebno upoštevati tudi čas, ki ga je imel na razpolago za pripravo
- c) se sklicevati na Evropsko pravo, če je to možno in ugodno za stranko in nanj opozoriti nacionalna sodišča¹⁵
- d) izbrati najvarnejšo pot za zavarovanje interesov svoje stranke, zlasti izbrati pravilno in pravočasno obliko pravnega sredstva¹⁶

¹² P.J.Zepos – P. Christodoulou: Professional Liability, op.cit., str. 50.

¹³ N.Plavšak in ostali, Obligacijski zakonik s komentarjem, prva knjiga, Založba GV, Ljubljana.2003, str.146.

¹⁴ Pri obravnavanju zahtevkov strank v zvezi z odškodninsko odgovornostjo odvetnikov je bilo ugotovljeno, da so najpogostejši primeri napak, zamude različnih rokov oz. nepristop na obravnave, ki ima za posledico prekludiranje stranke v njenih ravnanjih oz. pravicah. Prav tako pogoste so napake v zvezi z aktivno in pasivno legitimacijo, napačno postavljene tožbeni zahtevki, pomanjkanje predpisane obličnosti pri posameznih pravnih poslih, itd..Več o tem glej: I.Grosman, Zavarovanje poklicne odgovornosti odvetnikov, Odvetnik št. 4,2002, str. 27.

¹⁵ E.Kuhelj, Vloga odvetnika v postopkih v zvezi z evropskim pravom, Pravna praksa, št.12, 2008, str. 21-23.

¹⁶ K.Zidar. Ali lahko odvetnik odkloni vložitev revizije, Pravna praksa, št.28, letnik 2007, str.23.

- e) dolžan je predlagati vse pomembne dokaze in jih izkoristiti na primeren način in v pravem trenutku, torej nuditi najustreznejšo obrambo svoji stranki, pri čemer se mora zavedati nekaterih etičnih omejitev svobode svojega ravnanja¹⁷
- f) če se zahteva specialistično znanje, ki ga nima oz. se na tem področju počuti negotovega, mora stranko opozoriti ali celo zavrniti zastopanje
- g) v korist svoje stranke je dolžan uporabiti vse dovoljene ukrepe, ki lahko njegovo stranko pripeljejo do uspeha, pri čemer pa **ne sme** zlorabljati zaupnega odnosa (vztrajanje pri pravdanju, če bi se stranka poravnala, uveljavljanje osebnih interesov, nerealna prikazovanja stanja v zadevi, ustrahovanja...).

Pri opravljanju drugih poslov, ki niso vezani na konkretno zadevo na sodišču oz. spor, se od odvetnika pričakuje, da bo ravnal z enako stopnjo profesionalne skrbnosti, kot če bi stranko zastopal pred sodiščem. Namreč pri zastopanju stranke pred sodiščem se odvetnik večino časa ukvarja s preteklimi dogodki in mora sprejeti taka dejstva, kot jih ugotovi. Pri opravljanju drugih poslov pa je odvetnik v funkciji svetovalca in v prvi vrsti pomaga svoji stranki pri določanju bodočega ravnanja in razmerij. Pri tem mora:

- a) varovati interese stranke, kot če bi jo zastopal pred sodiščem
- b) biti pozoren pri sestavljanju pogodb, oporok in sklepanju drugih pravnih poslov
- c) opozoriti stranko na možne posledice sklenitve pravnega posla
- d) ji pojasniti bistvene elemente posameznih pravnih poslov in pravnih aktov
- e) ravnati skrbno pri ugotavljanju kredibilnosti nasprotne stranke

Iz vsega naštetega izhaja, da mora odvetnik skladno s pravili stroke z vso profesionalno skrbnostjo svetovati stranki najboljše in najhitrejše načine za uresničitev njenih zahtev in interesov. Stranki mora nuditi celovit in pravilen pravni nasvet, pri čemer je dolžan spoštovati njene zahteve in navodila, vendar le do mej, postavljenih s pravom in etičnimi normami. To pa lahko dela le odvetnik, ki je resnično neodvisen in se ta neodvisnost pri opravljanju njegovega poklica kaže v razmerju do organov oblasti, ostalih udeležencev na trgu in tretjih, ki ne smejo vplivati na njegovo delo in nenazadnje se to mora kazati tudi v razmerju do stranke, ki ne sme postati odvetnikov delodajalec. Neodvisnost je bistveno jamstvo za stranko in za sodno oblast, tako da odvetnik ne sme sodelovati pri poslih, ki bi ogrozili to neodvisnost. Le če ima stranka občutek, da nihče ne posega v to komunikacijo z odvetnikom, je lahko razmerje med njo in odvetnikom svobodno in odprto.¹⁸

¹⁷ Glej več o tem: B.Kukec, Odvetnikova kritika sojenja - primer Kippryanou proti Cipru, Odvetnik, št. 37, december 2007, str. 23-24.

4. Vzročna zveza

Eden izmed predpostavk za nastanek odškodninske odgovornosti je tudi **obstoje vzročne zveze** med odvetnikovim premalo skrbnim ravnanjem in nastalo škodo. Če na primer odvetnik sestavi pogodbo, ki iz kateregakoli razloga ni izvršljiva, je njegovo neskrbno ravnanje pri sestavi vzrok za to, da se le ta ne more realizirati, s čimer je stranki povzročil škodo.¹⁹ Nekoliko bolj zapleteno je ugotavljanje vzročne zveze, ko zaradi neskrbnega ravnanja odvetnika (opustitve) stranka izgubi možnost uveljavljanja svoje pravice v sodnem postopku ali ko izgubi spor po krivdi odvetnika. Postavi se vprašanje, ali je tožnik v takem primeru dolžan v okviru splošne dolžnosti dokazovanja obstoja adekvatne vzročnosti med opustitvijo odvetnika in škodo, ki je nastala, dokazati ne samo dejstvo, da je spor oz. možnost za sodno varstvo izgubil zaradi krivde odvetnika, temveč tudi dejstvo, da bi spor dobil, če ne bi bilo njegovega zakrivljenega ravnanja²⁰. V državah common-law sistema je sprejeto načelo, da mora tožnik, ki je izgubil pravdo, dokazati ne samo dejstvo, da je izgubil spor zaradi krivdnega ravnanja odvetnika, ampak tudi, da bi ta prvi spor dobil, če ne bi bilo zakrivljenega ravnanja njegovega pooblaščenca. V državah evropskega kontinentalnega prava, kjer je sprejeta koncepcija adekvatne vzročnosti²¹, katera velja tudi za naše pravo, pa mora tožnik (oškodovanec) dokazati, da je izgubil pravico do sodnega varstva oz. spor zaradi neskrbnega ravnanja odvetnika in škodo, ki mu je zaradi takega nestrokovnega in neprofesionalnega ravnanja nastala. Sodišče v pravdi ugotavlja tudi, ali bi pravočasno vložena tožba oz. pritožba pripeljala do drugačnega rezultata na podlagi veljavnega materialnega prava, ki bi se moralo uporabiti v konkretni zadevi. Odvetnik se lahko reši svoje odgovornosti za tako nastalo škodo edino če dokaže, da bi bil spor za stranko izgubljen, tudi če ne bi bilo njegovega zakrivljenega ravnanja.²² Ne glede na tako koncepcijo, ki je sprejeta v evropskem kontinentalnem pravu in pri nas, pa je potrebno opozoriti, da je položaj stranke (oškodovanca) vseeno otežen, saj se v odškodninski pravdi zaradi izgube spora po krivdi odvetnika, le ta znajde v specifični situaciji, ko mora v enem sporu, če želi uspeti, zatrjevati in dokazovati trditve, ki so predmet nekega drugega spora in tako voditi »**pravdo v pravdi**«, kar za oškodovanca predstavlja dodatno breme in ga postavlja v dokaj negotov položaj. V tem smislu je Vrhovno sodišče RS v zadevi II Ips 290/99 z dne 19. I. 2000 v pravdi med naročnikom odvetniške storitve kot tožnikom in odvetnikom

¹⁹ Več o odvetnikovi poklicni zaupnosti in njenih mejah v zvezi z sodbo Evropskega sodišča Ordre des barreaux francophones et germanophone (C-305/05) glej: J. Sladič in P. Sladič-Zemljak, Odvetniška zaupnost in pranje denarja-ko mora odvetnik zaradi pravnega svetovanja sporočati podatke o strankah, Odvetnik, št 1, marec 2008, str. 11-15.

¹⁹ Tako tudi sodba, Okrožnega sodišča v Beogradu Gž 5354/88, Bilten Okr. Beograd 31-32/89, str. 76, računalniška baza VS RS.

²⁰ Glej sodbo VGS Novi Sad Gž 2685/78, Sudska praksa 8/81, str.63, računalniška baza VS RS.

²¹ Kritika teorije adekvatne vzročnosti glej: N. Plavšak in drugi, Obligacijski zakonik s komentarjem, op.cit., str. 707.

²² Glej 5.odst. 239. člena OZ.

kot tožencem zaradi povračila škode, nastale zaradi malomarnega zastopanja odvetnika v odškodninskem sporu tožnika in osebe, ki je tožnika v nezgodi poškodovala, sprejelo stališče, da je treba okoliščine te nezgode in obstoj temeljev odškodninske odgovornosti ugotavljati kot predhodno vprašanje.²³

5. Obstoj in obseg škode

Temeljni pogoj za vzpostavitev odškodninske odgovornosti odvetnika je, da je zaradi njegovega premalo skrbnega ravnanja oziroma strokovne napake stranka utrpela škodo. Če stranki, kljub premalo skrbnemu ravnanju odvetnika (npr. pravdo bi vseeno izgubil tudi če bi odvetnik ravnal lege artis) ni nastala pravno priznana škoda, ne moremo govoriti o odškodninski odgovornosti odvetnika. Oškodovanec mora torej dokazati, da mu je škoda nastala kot posledica nestrokovnega ravnanja odvetnika, pri čemer ima pravico do povračila le tako nastale škode. Pri ugotavljanju vrste in obsega škode je za oškodovanca pomembno, ali je v konkretnem primeru vzpostavljena deliktna oz. pogodbeno odškodninska odgovornost. Pri škodi, ki je nastala zaradi kršitve pogodbenih obveznosti, bo odvetnik odgovoren za povrnitev le predvidljive škode, to je tisto, ki jo je moral predvideti že ob sklepanju pogodbe, glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana.²⁴ V primeru deliktne odgovornosti pa bo odvetnik dolžan povrniti celotno škodo, pri čemer se predvidljivost oz. nepredvidljivost presoja po objektivnem kriteriju. Pri tem je potrebno opozoriti, da so v veliki večini primerov pri kršitvi pogodbenih obveznosti²⁵, izpolnjene predpostavke tudi za civilni delikt, zato ni videti nobene ovire, da oškodovanec ne bi mogel zahtevati povrnitve celotne škode. Prav tako ni videti ovir, da se oškodovancu ne bi priznalo vseh oblik premoženjske škode (navadna škoda in izgubljeni dobiček) kot tudi nepremoženjska škoda, če je nastala. Navadno škodo in izgubljeni dobiček bo oškodovanec zahteval v primerih, ko je zaradi neskrbnega ravnanja odvetnika izgubil spor, katerega bi moral dobiti ali je izgubil pravico do

²³ Tožnik je prvo pravdo zoper povzročitelja nezgode izgubil zaradi nepravočasne vložitve tožbe odvetnika, zaradi česar je sodišče tožbeni zahtevek zavrnilo zaradi zastaranja. Odvetnik se zoper zavrnilno sodbo ni pritožil niti ni seznanil tožnika s sodbo sodišča prve stopnje. Sodišče je v **drugi pravdi** ugotovilo, da je toženi odvetnik nepravilno ravnal, ker iz razlogov na njegovi strani odškodninske tožbe ni pravočasno vložil, posledica njegovega neskrbnega ravnanja pa je, da je sodišče prve stopnje v prvem sporu zavrnilo tožnikov zahtevek zaradi zastaranja terjatve. V primeru, da je toženec mislil, da zahtevek ni zastaral, pa je zopet nepravilno ravnal, ker se zoper sodbo ni pritožil. Vprašanje obstoja škode je bilo rešeno v obliki predhodnega vprašanje, škoda pa je predstavljala odškodnina, ki bi jo tožnik prejel, če bi toženec (odvetnik) pravočasno vložil tožbo.

²⁴ Glej 1. in 2. odst. 234. čl. OZ.

²⁵ Poleg splošnih predpostavk odgovornosti za škodo (odgovornost za civilni delikt) morata biti pri pogodbeni odškodninski odgovornosti izpolnjeni še dve posebni predpostavki:

- obstoj pogodbe oz. pogodbene obveznosti,
- kršitev te pogodbene obveznosti.

sodnega varstva. Prav tako lahko škoda nastane kot posledica slabega in premalo skrbnega svetovanja oz. opustitev odvetnika pri opravljanju poslov, ki niso vezani na spore na sodišču (npr. sestavljanje pogodb, oporok in drugih pravnih aktov, opravljanje poslov v zvezi s premoženjem strank, itd.). Kar pa zadeva nepremoženjsko škodo je to vprašanje primerjalnopravno zelo različno urejeno. Medtem ko francosko, belgijsko in švicarsko pravo v veliki meri priznavajo tudi nepremoženjsko škodo, pa nemško in grško pravo priznavata povračilo nematerialne škode samo v nekaterih zakonsko določenih primerih²⁶.

Glede na rešitve našega odškodninskega prava v Obligacijskem zakoniku v zvezi z nepremoženjsko škodo ni videti ovir, da se nepremoženjska škoda ne bi povrnila tudi v primerih, ko je oškodovancu nastala zaradi zakrivljenega ravnanja odvetnika. Tako je odvetnik dolžan stranki povrniti vso škodo (premoženjsko in nepremoženjsko, op.a.), ki je stranki nastala zaradi tega, ker je ob pomoči odvetnika sklenila nedovoljen pravni posel.²⁷ Največkrat bodo prišli v poštev zahtevki, ki so vezani na odgovornost odvetnika za neutemeljeno odvzeto prostost (okrnitev svobode), zaradi duševnih bolečin zaradi razžalitve dobrega imena in časti, kršitve osebnostnih pravic, itd.²⁸

6. Zaključek

Priznati je potrebno, da je v sodni praksi še izredno malo primerov, kjer bi nezadovoljne stranke vložile zahteve oz. civilne tožbe proti odvetniku. Z razvojem družbe in z vse večjo osveščenostjo ljudi kakor tudi z razvojem odškodninskega prava pa je v bodočnosti pričakovati, da bo takih zahtevkov več. Tak razvoj je v bistvu predvidel tudi zakonodajalec, ki je določil obvezno zavarovanje odvetnika pred odgovornostjo za škodo, ki bi utegnila nastati stranki v zvezi z opravljanjem njegovega poklica. Govorimo o zavarovani odgovornosti za strokovno napako, kjer je krita odgovornost za škodo zaradi grobih napak pri opravljanju registrirane dejavnosti zavarovanca in pri njem stalno zaposlenih oseb.

²⁶ P.J.Zepos-P.Christodoulou, Professional Liability, op. cit. str. 52.

²⁷ Vrhovno sodišče Srbije, Rev. 295/89, Intermex Sodna praksa.

²⁸ V švicarskem pravu je sprejeto stališče, da odvetnik odgovarja za škodo ne samo zaradi razžalitve dobrega imena in časti, ki jih je sam povzročil stranki oz. tretji osebi, temveč tudi v primerih, če je opustil dolžnost zaščite svoje stranke pred škodljivimi izjavami nasprotne stranke oz. tretjih, **ki so škodile ugledu njegovi stranki**. Več glej: Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, Berne, 1970, str. 360.

Odgovornost notarja

Bojan Podgoršek¹

1. Uvod

Notar je dolžan opravljati storitve s svojega delovnega področja s skrbnostjo dobrega pravnega strokovnjaka. Odškodninsko odgovarja za škodo, povzročeno s kršitvijo dolžnosti ali pooblastil, določenih z Zakonom o notariatu.² ZN poleg odškodninske določa tudi disciplinsko odgovornost notarja. Notarjevih dolžnosti in pooblastil pa ne določa zgolj ZN, ampak tudi drugi zakoni, kot na primer Zakon o gospodarskih družbah³, Zakon o zemljiški knjigi⁴, Zakon o sodnem registru⁵, Stvarnopravni zakonik⁶, Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb⁷ in drugi. Poleg tega notarjeve dolžnosti urejajo podzakonski predpisi, kot na primer Pravilnik o poslovanju notarja⁸, Uredba o registru neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin⁹ in številni drugi. Ta prispevek govori o notarjevi odškodninski odgovornosti, ki obstoji, če so izpolnjene predpostavke te odgovornosti.

Teorija razlikuje med pogodbeno in deliktno (nepogodbeno) odgovornostjo notarja, pri čemer pogodbeno odškodninska odgovornost veže notarja v enaki meri kot odvetnika, kadar nastane v zvezi s sestavljanjem zasebnih

¹ Notarska pisarna Bojan Podgoršek.

² Drugi odstavek 6. člena Zakona o notariatu (ZN, Uradni list RS, št. 13/94 - 45/08).

³ ZGD-1, Uradni list RS, št. 42/06 - 10/08.

⁴ ZZK-1, Uradni list RS, št. 58/03.

⁵ ZSReg, Uradni list RS, št. 54/07 - uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08.

⁶ ⁶PZ, Uradni list RS, št. 87/02.

⁷ ZVKSES, Uradni list RS, št. 18/04.

⁸ Uradni list RS, št. 50/94, 28/95.

⁹ Uradni list RS, št. 23/04 - 16/08.

2. Značilnosti pravnega razmerja med notarjem in stranko

listin ali v zvezi z zastopanjem stranke v vlogi pooblaščenca v nepravdnih zadevah pred sodišči in v nespornih zadevah pred drugimi državnimi organi. Deliktna odgovornost pa je odgovornost stranki in tudi tretjim za pošteno in vestno opravljanje izključno notarskih dolžnosti, v skladu z določili ZN. Teorija zastopa tudi stališče, da notarska dejavnost po 2. členu ZN ne temelji na zasebnopravni pogodbi, temveč je razmerje, ki nastane med stranko in notarjem javnopravne narave. Kljub temu pa takšno razmerje ne ustanavlja odgovornosti države za izvrševanje državnih nalog. Čeprav notar izvršuje javna pooblastila, sam odgovarja za prekršitev službene dolžnosti, povezane z izvrševanjem javnih pooblastil. Za odgovornost mora biti med drugimi predpostavkami podan nastop nedopustnega škodljivega dejstva. Nedopustno škodljivo dejstvo je nedopusten poseg, ki je nedopusten zaradi notarjeve kršitve pravil stroke. Odškodninska odgovornost je podana, če je notar prekršil službeno dolžnost.¹⁰

V Sloveniji velja načelo proste izbire notarja. Izjeme so notarski zapisi pravnih poslov o ustanovitvi hipoteke in zemljiškega dolga ter posli po nalogu sodišča.¹¹ Stranka praviloma lahko izbere kateregakoli od notarjev, ki zasedajo več kot 100 notarskih mest v Sloveniji in pri obisku notarske pisarne stopi v pravno razmerje z njim.

Čeprav je notariat javna služba, ima pravno razmerje med notarjem in strankami nekatere značilnosti pogodbe o naročilu (mandatne pogodbe). To nedvomno velja, ko notar sestavlja zasebne listine in zastopa stranke kot pooblaščenec v nepravdnih zadevah pred sodišči in v nespornih stvareh pred drugimi državnimi organi. Po izrecni določbi drugega odstavka 5. člena ZN ima notar v takšnem primeru pravice, dolžnosti in odgovornosti kot odvetnik.

Vendar pogodba o naročilu oziroma mandatna pogodba ni zgolj pooblastitev (podelitev mandata) ampak je predmet mandatarjeve obveznosti opravljanje storitev (dejanskih in pravnih poslov) za naročnika, pri čemer je mandatar dolžan ravnati s ustrežno skrbnostjo.¹² Notarjeve obveznosti so določene v zakonu in so sestavni del notarjevega pravnega razmerja s strankami, ki so naročniki notarskih storitev. Kršitev teh obveznosti pa je ena od predpostavk notarjeve odškodninske odgovornosti.

¹⁰ Rijavec, stran 15 in Horvat, stran 1167.

¹¹ Primerjaj 12. člen ZN.

¹² Plavšak in soavtorji, stran 187 - 273.

Škoda lahko nastane zato, ker kdo poseže v tuje koristi, ne da bi bil z oškodovancem v kakšni poslovni zvezi, lahko pa nastane zato, ker prekrši kakšno poslovno (pogodbeno) obveznost, ki jo ima nasproti drugemu. V prvem primeru govorimo o neposlovni (deliktni, kavzalni) odškodninski obveznosti ali o obveznosti, ki izvira iz nedopustnega ravnanja, v drugem primeru pa govorimo o poslovni odškodninski obveznosti, oziroma o obveznosti zaradi prekršitve posla oziroma pogodbe.¹³ Notarjeva neposlovna (deliktna) odškodninska odgovornost je zato lahko podana v razmerju do morebitnih tretjih, ki niso naročniki notarskih storitev.

Predpostavke neposlovne odškodninske odgovornosti so protipravnost ravnanja, škoda, vzročna zveza in krivda, pri čemer mora oškodovanec dokazati obstoj prvih treh predpostavk, odgovorna oseba pa se razbremeni odškodninske odgovornosti, če dokaže, da ne obstoji krivda. Predpostavke mandatarjeve poslovne odškodninske odgovornosti pa so:¹⁴

- kršitev obveznosti, ki ima znake protipravnega stanja,
- vzrok za kršitev izhaja iz mandatarjeve sfere,
- naročitelju je nastala škoda,
- vzročna zveza med kršitvijo in škodo.

Prva predpostavka je podana, če mandatar ni uspešno opravil posla ter pri tem ni ravnal z ustrežno skrbnostjo.

Ne glede na opredelitev podlage notarjeve odgovornosti (poslovna oziroma neposlovna) pa za oba primera velja, da se notar razbremeni odgovornosti, če dokaže, da je pri izpolnjevanju svojih zakonskih obveznosti ravnal z ustrežno profesionalno skrbnostjo (skrbnostjo dobrega notarja).

Notar pri sestavljanju notarskega zapisa pogodbe ne zastopa nobene pogodbene stranke in mora ravnati nepristransko. Odvetnik, ki sodeluje pri sklenitvi pogodbe, zastopa eno od pogodbenih strank in mora ravnati (izključno) v interesu te stranke.¹⁵ Za razliko od odvetnika, ki je običajno v mandatnem razmerju z eno stranko, ki jo (lahko tudi pristransko) zastopa nasproti drugi stranki, notar ne sme nobenemu izmed udeležencev pravnega posla, v zvezi s katerim opravlja svoje storitve, dajati prednosti pred drugim.

Vendar pa tudi glede povedanega velja izjema. Nepristranskosti ne moremo enostavno razumeti tako, da se notar ne sme postaviti na stran nobene izmed strank. Nasprotno, dolžnost nepristranosti neredko terjata ravno, da se mora notar postaviti na stran ene izmed strank. Do takšne situacije pride v primeru, ko notar ugotovi, da si poskuša ena

¹³ Cigoj, stran 403.

¹⁴ Plavšak in soavtorji, stran 236.

¹⁵ Plavšak, stran 47.

izmed strani pridobiti prednost s tem, da je druga stran glede pravnega položaja ali obstoja določenih dejstev v zmoti.¹⁶

3. Obveznosti notarja

Notariat je javna služba, katere delovno področje in pooblastila določa ZN. Notar je dolžan po strankinem naročilu zanj opraviti enega izmed zakonsko določenih poslov. Notarji po določbi prvega odstavka 2. člena ZN:

- sestavljajo javne listine o pravnih poslih, izjavah volje oziroma dejstvih, iz katerih izvirajo pravice;
- sestavljajo javne listine o izjavah volje oziroma dejstvih, iz katerih izvirajo pravice;
- prevzemajo listine v hrambo;
- prevzemajo denar in vrednostne papirje za izročitev tretjim osebam ali državnim organom;
- opravljajo vse oblike alternativnega reševanja sporov;
- izvajajo po nalogu sodišč opravila, ki se jim lahko odstopijo po zakonu in
- izvajajo druga opravila, za katera jih pooblašča zakon.

Po prvem odstavku 5. člena ZN sme notar na zahtevo strank sestavljati tudi zasebne listine. V nepravdnih zadevah pred sodišči in v nespornih stvareh pred drugimi državnimi organi sme zastopati stranke kot pooblaščenec, če so zadeve v neposredni zvezi s kakšno notarsko listino, sestavljeno pri njem.

Notarska storitev mora biti opravljena s profesionalno skrbnostjo – skrbnostjo dobrega strokovnjaka, torej v skladu s pravili pravne stroke.¹⁷ Merilo za presojo skrbnosti notarjevega ravnanja v konkretnem primeru je tipično (običajno, normalno) ravnanje pravnega strokovnjaka.

Notar mora svoje delo opravljati pošteno, vestno in v skladu s predpisi (prvi odstavek 6. člena ZN). V okviru načela vestnosti in poštenja, po katerem mora notar skrbeti za uresničitev interesov strank, ima tudi pojasnilno obveznost in dolžnost varovanja zaupnih podatkov.

¹⁶ Rijavec, stran 15.

¹⁷ Primerjaj drugi odstavek 6. člena OZ.

3.1. Notarjeva pojasnilna obveznost

Notarjeva pojasnilna obveznost je določena v 42. členu ZN. Določba je bila zaradi znanih medijskih nepremičninskih in posojilnih afer¹⁸ dopolnjena z dolžnostjo izrecnega opozarjanja na »znana in običajna tveganja v zvezi s sklenitvijo pravnega posla ali izjave volje« ter »tudi na morebitne druge okoliščine v zvezi z nameravanim pravnim poslom, če jih pozna«.¹⁹

Po določbi sedaj veljavnega 42. člena ZN, mora notar pred sestavo notarske listine:

- strankam na razumljiv način opisati vsebino in pravne posledice nameravanega pravnega posla ali izjave volje,
- stranke izrecno opozoriti na znana in običajna tveganja v zvezi s sklenitvijo takšnega pravnega posla ali izjave volje,
- stranke opozoriti tudi na morebitne druge okoliščine v zvezi z nameravanim pravnim poslom, če jih pozna, razen podatkov, ki jih je notar v skladu s 25. členom ZN dolžan varovati kot tajnost,
- stranke odvracati od nejasnih, nerazumljivih ali dvoumnih izjav ter jih izrecno opozoriti na možne pravne posledice takšnih izjav.

ODGOVORNOST
NOTARJA

159

Opis vsebine in pravnih posledic nameravanega pravnega posla v praksi povzroča še najmanj težav. Notar med branjem notarskega zapisa ob posameznih pogodbenih določbah, strankam tudi v razumljivem (laičnem oziroma nepravnem jeziku) pojasni pomembne posledice.²⁰ Vseh pravnih posledic notar ne more učinkovito pojasniti strankam, če vemo, da povprečna stranka notarja ne more zbrano poslušati in pomniti njegovih pojasnil dosti več kot uro in pol. Gre le za najpomembnejše pravne posledice, ki so pomembne v konkretnem življenjskem primeru, kot je notar seznanjen z njim. Pri darilih med zakoncema mora notar na primer razložiti strankama, da bo darovalec lahko darilo ob morebitni razvezi zahteval nazaj. Vsekakor notar vsebino pouka prilagodi znanjem in sposobnostim strank. Poučevanje pravnika bo gotovo krajše od poučevanja pravnega laika. Podobno kot za pojasnila, velja za opozarjanje na znana in običajna tveganja. Vseh znanih in običajnih tveganj pravnega posla ni mogoče izpostaviti. Na nekatera običajna tveganja pa povprečno razumnega človeka ni potrebno opozarjati (na primer tveganje nasprotne neizpolnitve zaradi smrti dolžnika in podobno). Pomembno pa je opozoriti stranko na posledice neizpolnitve in na vse možnosti za njeno uveljavitev. Pri tem mora strankama ponuditi tudi možnost izvršljivega notarskega

¹⁸ Glej poročilo komisije Notarske zbornice Slovenije pri nadzoru nad zakonitostjo opravljanja notariata v zadevi »Zbiljski gaj«, Pravna praksa, letnik 2003, GV Revije, d.o.o., Ljubljana, stran 16.

¹⁹ Sprememba ZN-C, ki je začela veljati 04.08.2004 (Uradni list RS, št. 73/04).

²⁰ Na primer pouk posojilojemalcu v izvršljivem notarskem zapisu sporazuma o ustanovitvi hipoteke: »Upnik bo s tem sporazumom pridobil pravico, da bo lahko v primeru vašega nerednega vračanja posojila, brez posebne tožbe dosegel prodajo vaše hiše na dražbi in tudi vašo prisilno izselitev iz hiše.«

zapisa. Pri sestavljanju listin o dvostranskih pravnih poslih mora notar transparentno skrbeti za uresničitev interesov obeh strank. To pomeni, da mora strankama predstaviti posledice, ki so lahko za eno stranko ugodne in za drugo neugodne in to tako, da se obe stranki seznanita z svojimi instrumenti in instrumenti druge stranke pravnega posla za uveljavitev pogodbene pravice. V tem je bistvo nepristranosti notarjevega položaja. Notar je dolžan enakopravno in transparentno informirati obe stranki in jima pri tem predstavljati optimistične in tudi črne scenarije razvoja njunega pravnega razmerja. Zelo pomembno je tudi seznanjanje strank s pravnim stanjem nepremičnin ali s pravnim stanjem v sodnem registru v času sklenitve posla ter s pravnimi instrumenti za zavarovanje vrstnega reda.

Notarju ni mogoče pripisati odgovornosti pri uporabi nove zakonske določbe, ki dopušča različne razlage in v zvezi z njo še ni sodne prakse. Upoštevati mora komentar in judikate, s katerimi mora seznaniti stranke, ter jim pomagati najti najvarnejšo rešitev. Vendar od njega ni mogoče zahtevati večjega znanja prava kot od senata poklicnih sodnikov.²¹

Notar pa ima zaradi zadnjih sprememb 42. člena ZN težave pri opozarjanju strank na »morebitne druge okoliščine v zvezi z nameranim pravnim poslom, če jih pozna.« Zakon namreč na nobenem mestu ne pove katere druge okoliščine ima v mislih. V zvezi z vsakim pravnim poslom je namreč veliko raznih okoliščin. V korist pravne varnosti bi bilo, če bi zakonodajalec določbo v tem delu konkretiziral ali pa še bolje, če bi nejasno zakonsko določbo črtal.

Notar ni dolžan zapisovati svojih pojasnil in poukov po 42. členu ZN. Glede na množico pravnih posledic to tudi ni izvedljivo. Zapisovalna dolžnost je določena zgolj v enem primeru: če notar strankam odsvetuje nejasne, nerazumljive ali dvoumne izjave, stranke pa njegovega nasveta ne upoštevajo. S tem zapisom, ki je sestavni del mandatnega razmerja med notarjem in strankama pravnega posla v notarski listini, se notar razbremeni odgovornosti za škodo, ki potem stranki morda nastane zaradi odsvetovane določbe v pravnem poslu, vsebovanem v notarski listini.

Čeprav zakon notarju ne nalaga zapisovanja pojasnil strankam, v praksi notarji zaradi lastne varnosti v notarske listine zabeležijo najpomembnejša pojasnila, ki bodo tako po soglasju s strankami postala del pravnega razmerja med notarjem in strankami. Sodišče je v obrazložitvi odločbe v disciplinskem postopku proti notarju zapisalo: Smisel določbe 42. člena ZN je, da je kupec, ki nima pravnega znanja in izkušenj, popolnoma seznanjen z določbami pogodb in mogočimi neugodnimi posledicami pogodbe ter tako zavarovan pred prevzemom nesorazmernih obveznosti ali tveganji pravne narave,

²¹ Wagner, stran 174.

ki izhajajo iz pogodbenih določb, ne pa da se opravi ritual zato, da bi se notar zavaroval pred odgovornostjo.... Dolžnost notarja, da zapiše svoja opozorila in odločitev strank, da kljub opozorilu vztrajajo pri izjavah, velja le glede opozoril na izjave, ki zaradi svojih napak lahko pripeljejo do pravnih ali izpodbojnosti pravnega posla.²²

Naš Zakonu o notariatu dopušča sestavljanje notarskih zapisov tako, da stranke same sestavijo listino o pravnem poslu in jo prinesejo notarju v potrditev po 49. in 50. členu ZN. Takšen način sestavljanja notarskega zapisa pa ne odvezuje notarja odgovornosti za pravilnost notarske listine. Njegove dolžnosti so enake, kot če bi notarski zapis sestavil sam. Njegovo delo pa je pri potrjevanju zasebnih listin zahtevnejše. Z vsebino posla se seznaniti namreč šele po opravljenem pogajanju med strankama, pri katerem ni sodeloval, zato se lahko z njunimi pogodbenimi interesi seznaniti šele med sestavo notarskega zapisa. Običajno se strankam pri takšnem načinu sklepanja poslov tudi zelo mudi, poleg tega pa vsebino listine dobro poznajo, saj so posel v pisni obliki samostojno sklenile že prej in brez sodelovanja notarja. Notarjevo delo je zahtevno tudi zato, ker mora pri opozarjanju na morebitne nejasnosti in pomanjkljivosti zasebne listine paziti tudi na ugled njenega sestavljavca (na primer odvetnika) v očeh strank. Vsekakor se mora notar tudi v takšnem primeru prepričati o tem, da so stranke seznanjene z najpomembnejšimi posledicami posla in si jih tudi pravilno razlagajo. V zvezi s takšnim načinom sestavljanja notarskih zapisov (s predelavo že vnaprej sestavljene zasebne listine v notarski zapis) je pomembna določba drugega odstavka 49. člena ZN, po kateri sme notar potrditi listino, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo in listino, na podlagi katere se pridobi lastninska ali kakšna druga stvarna pravica na nepremičnini, samo, če jo je sestavil drug notar ali odvetnik, sestavljavec takšne listine pa jo mora podpisati in žigosati s svojim žigom. Tudi ta določba je posledica nepremičninskih afer in zasleduje večjo strokovnost pri sestavljanju listin o pomembnih nepremičninskih pravnih poslih in jasnejše razmejevanje odgovornosti med notarji in drugimi sestavljavci takšnih listin.

Notar je dolžan strankam pojasnjevati njihove pravice, obveznosti in tveganja pri sestavljanju notarskih zapisov o pravnih poslih. Te dolžnosti pa nima pri sestavi drugih notarskih listin (izdajanju potrdil o dejstvih in izjavah). Za overitev podpisa velja posebno pravilo 64. člena ZN, po katerem je notar dolžan pred overitvijo podpisa lastnika na zasebni listini, s katero se nepremičnina odtuji ali obremeni, pogodbene stranke, ki so prisotne pri overitvi, opozoriti, da je za vsebino listine notar odgovoren le, če jo sestavi v obliki notarskega zapisa. To opozorilo je dolžan notar navesti na listino. Razlog je v transparentnem razkritju dejstva, da zgolj notarska overitev podpisa še ne pomeni, da je vsebina listine pravno pravilna. Od uvedbe notariata dalje je namreč dokaj razširjeno laično mnenje, da overitev podpisa pomeni, da je lista »notarsko overjena« in s tem pravno pravilna. Vendar je

²² Iz obrazložitve odločbe disciplinskega sodišča Notarske zbornice Slovenije, Dn 1/2004 z dne 21.09.2004, v zvezi z odločbo VS RS Dnp(s) 1/2004 z dne 6.12.2004.

notar dolžan overiti podpis na kakršnikoli zasebni listini, da le izpolnjuje morebitne posebej predpisane zakonske pogoje (na primer posebne določbe o overitvi zemljiškoknjižnega dovolila v 33. do 38. člena ZZK-1), ne glede na bolj ali manj strokovno usposobljenega sestavljavca. Notar ne sme odkloniti overitve podpisa zaradi strokovne napake pri sestavi zasebne listine. Tudi če ugotovi, da gre za posel, ki je po zakonu nedopusten ali če sumi, da gre za navidezen posel, oziroma da gre za druge zadržke, ki so določeni v 23. členu ZN. Posebne določbe o overitvi zemljiškoknjižnega dovolila v 33. do 38. člena ZZK-1 urejajo predhodno notarsko preverjanje posebnih (formalnih, upravno pravnih in fiskalnih) pogojev za vknjižbo, kamor na primer ne sodi preverjanje pravilnosti zemljiškoknjižnega dovolila. To je v pristojnosti zemljiškoknjižnega sodišča, ki pri odločanju o vpisih preverja obstoj splošnih pogojev za dovolitev vpisa.

Opozorilo, da je notar za vsebino listine odgovoren le, če jo sestavi v obliki notarskega zapisa, pa ne pomeni, da notar ni odgovoren za vsebino zasebne listine, ki jo je sam sestavil. Tudi zasebne listine je dolžan sestavljati z visoko profesionalno skrbnostjo, enako kot odvetnik. Pri sestavljanju zasebnih listin pa niso obvezna zakonsko določena pojasnila o posledicah in tveganjih. Zato je v Kodeksu notarske poklicne etike določeno, naj bodo poleg pravnih poslov, ki morajo biti obvezno v obliki notarskega zapisa, tudi v drugih primerih pravni posli po možnosti sestavljeni v obliki notarskega zapisa.

3.2. Notarjeva pojasnilna obveznost glede zastopanja

Notar mora pri sestavljanju notarskih zapisov in pri overjanju podpisov preverjati ali so zastopniki upravičeni zastopati stranke.

Če pri tem ugotovi, da zastopnik ni upravičen za zastopanje stranke ali, da so interesi zastopnika v nasprotju z interesi zastopane stranke, mora udeležence na to opozoriti ter jih poučiti o posledicah tako sklenjenega pravnega posla. Če udeleženci vztrajajo pri zahtevi za sestavo notarske listine, mora notar sestaviti listino ter na listini navesti, s kakšnimi pomanjkljivostmi in pravnimi posledicami je udeležence seznanil. Če udeleženci takšni zaznambi nasprotujejo, mora notar sestavo notarske listine odkloniti.²³

Notar torej ne sme odkloniti sestave notarskega zapisa ali overitve podpisa, če ugotovi nepravilnosti pri zastopanju. To mora storiti šele če stranke nasprotujejo njegovi zaznambi o tem, da je izpolnil svojo pojasnilno dolžnost po 24a. členu ZN.

Opisano pravilo o preverjanju upravičenosti za zastopanje velja tudi za overitev podpisa na pooblastilu, če pooblastilo izstavlja zastopnik.

²³ 24a. člen ZN.

Poleg tega pa so drugače (strožje) določeni pogoji overitve podpisa na pooblastilu za sklenitev pravnega posla, katerega predmet je nepremičnina.²⁴ Notar mora pooblastitelja natančno opozoriti na pravne posledice, ki lahko izhajajo iz takšnega pooblastila in to opozorilo navesti na pooblastilo. Zakon v drugem odstavku 64a. člena ZN natančno določa sestavine takšnega pooblastila. Če pooblastilo nima vseh zakonsko določenih sestavin, ali če notar ugotovi nasprotje interesov med pooblastiteljem in pooblaščenecem mora odkloniti overitev podpisa.

4. Ugotavljanje istovetnosti

Preden začne notar sestavljati notarsko listino, mora ugotoviti osebno istovetnost strank in drugih udeležencev. Osebno istovetnost ugotavlja na podlagi uradnih dokumentov (osebne izkaznice, potnega lista) oziroma če to ni mogoče, na kakršenkoli drug način, po katerem je istovetnost udeleženca mogoče nedvomno izkazati. Način ugotovitve istovetnosti oseb, udeleženih pri sestavi notarske listine, mora biti vselej naveden v listini (39. člen ZN).

V zadnjem času se množijo primeri ponarejenih osebnih dokumentov, s pomočjo katerih storilci kaznivih dejanj z lažno identiteto sklepajo nepremičninske posle. Ker vknjižba ni mogoča brez notarske overitve, se ponarejeni dokumenti pogosto znajdejo tudi v notarski pisarni. Notar kljub pravnemu znanju ne more prepoznati dobro ponarejenega dokumenta in ni odgovoren za škodo, ki jo storilec takšnega kaznivega dejanja povzroči oškodovancu. Sodišče je v takšnem primeru v obrazložitvi navedlo: Notar ni dolžan opravljati forenzičnih in drugih kriminalističnih preiskav s katerimi bi bilo mogoče ugotoviti ali je predložen dokument ponarejen. Naloga notarja namreč ni ugotavljanje pristnosti dokumentov, temveč zakon od njega, kot osebe vredne javnega zaupanja in pravnega strokovnjaka, zahteva le, da pošteno, vestno in v skladu s predpisi, v javni listini zapiše dejstva, ki izhajajo iz strankinega osebnega dokumenta. Ker je vozniško dovoljenje ustrezen dokument za izkazovanje istovetnosti, toženec (notar) ni bil dolžan od stranke zahtevati še dodatnega dokumenta, temveč je ravnal povsem v skladu z zakonom, ko je na podlagi na videz pristnega vozniškega dovoljenja, po skrbnem postopku preverjanja istovetnosti, overil podpis.²⁵

²⁴ 64a. člen ZN.

²⁵ Iz obrazložitve sodbe Okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. P 2202/2003-II z dne 05.05.2006.

5. Odklonitev notarske storitve

Notar ima kontrahirno dolžnost²⁶ in sme odkloniti notarsko storitev samo iz zakonsko določenih razlogov.²⁷

Razlogi za odklonitev notarske storitve po ZN so:

- sorodstveno ali drugačno razmerje s strankami po 22. členu ZN,
- nedopustni posli,
- posli o katerih notar sumi, da so navidezni,
- posli o katerih notar sumi, da jih stranke sklepajo da bi se izognile zakonskim obveznostim,
- posli o katerih notar sumi, da jih stranke sklepajo, da bi protipravno oškodovale tretjo osebo,
- posli z osebo, o kateri notar ve, da zaradi mladostnosti ali iz drugega zakonskega razloga ni sposobna skleniti pravnega posla,²⁸
- če notar ugotovi pomanjkljivosti pri zastopanju stranke, udeleženci pa nasprotujejo njegovi zaznambi v listini, da jih je seznanil s pomanjkljivostmi in pravnimi posledicami pomanjkljivega zastopanja in s posledicami nasprotja interesov zastopnika in zastopane stranke pri sklenitvi pravnega posla,²⁹
- če notar ugotovi, da obstajajo listine o povezanih pravnih poslih, udeleženci pa zavrnejo predložitev teh listin,³⁰
- če pri overitvi podpisa na pooblastilu za sklenitev pravnega posla, katerega predmet je nepremičnina, notar ugotovi, da pooblastilo ni sestavljeno v skladu s tretjim odstavkom 64a. člena ZN, ali če ugotovi, da v zvezi s pravnimi posli, navedenimi v pooblastilu, obstaja nasprotje interesov med pooblastiteljem in pooblaščenecem.³¹

O utemeljenosti odklonitve poslovanja na predlog stranke odloči Notarska zbornica Slovenije. Zoper odločbo Notarske zbornice Slovenije ni pritožbe, dovoljen pa je upravni spor.

Odklonitev je neupravičena, če notar storitve ne opravi kljub dokončni odločbi, s katero je odločeno, da odklonitev poslovanja ni utemeljena. Neupravičena odklonitev notarske

²⁶ Primerjaj 17. in 767. člen Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01 - 40/07).

²⁷ Tretji odstavek 6. člena ZN.

²⁸ 23. člen ZN.

²⁹ 24a. člen ZN.

³⁰ 43. člen ZN.

³¹ Tretji in četrti odstavek 64a. člena ZN.

storitve spada med lažje disciplinske kršitve pri opravljanju notariata. Poslovanje v nasprotju z ZN in poslovanje v zadevah v katerih notar nima zakonskih pooblastil, pa spada med hujše disciplinske kršitve pri opravljanju notariata.³²

Notar je kot izvrševalec javne službe dolžan nemudoma obvestiti stranko o odklonitvi poslovanja, sicer ji odgovarja za škodo.³³ Vendar so nekateri zakonski razlogi za odklonitev notarskega poslovanja nejasni in v resničnem življenju zahtevajo poglobljeno analizo nameravanega posla strank. Poglobljena analiza posla ne more biti opravljena na hitro. Zato je potrebno standard »nemudoma« v tem primeru razlagati s pomočjo merila razumnosti. Sedanja zakonska ureditev disciplinske odgovornosti v zahtevnih primerih motivira notarja k odklonitvi poslovanja. Če vztraja pri odklonitvi poslovanja kljub nasprotni dokončni odločbi Notarske zbornice, notar stori lažjo disciplinsko kršitev. Če pa opravi notarsko storitev, tvega hujšo disciplinsko kršitev pri opravljanju notariata.

Notar ne sme sestavljati listin v poslih, ki so po zakonu nedopustni. Posel je nedopusten, če pogodbeno obveznost oziroma izpolnitveno ravnanje prepovedujejo pravna pravila. Obstoj okoliščin, ki povzročijo nedopustnost je včasih težko ugotoviti. Notar mora biti zato v okviru pridobivanja navodil strank (naročnikov notarske storitve) pozoren na morebitne okoliščine naročila, ki kažejo na nedopustnost. Če te okoliščine odkrije, seveda ni vezan na naročnikova navodila in ga mora v skladu s pravili pravne stroke opozoriti na nedopustnost. V primeru strankinega vztrajanja, pa mora notar odkloniti notarsko storitev.

Notar ne sme poslovati z osebo, o kateri ve, da zaradi mladoletnosti ali iz drugega zakonskega razloga ni sposobna skleniti pravnega posla. Za veljavnost pravnega posla je poleg poslovne sposobnosti potrebna tudi sposobnost oblikovanja poslovne volje (sposobnost razsojanja). Te predpostavke veljavnosti oporoke (in tudi drugih pravnih poslov), notar kot pravni strokovnjak ne more z gotovostjo ugotavljati. Zato je koristno, da notar v dvomu o primernem psihofizičnem stanju stranke, poskuša pridobiti zdravnikovo mnenje.

³² 113a. člen ZN.

³³ Primerjaj 767. člen OZ.

6. Zaključek

Čeprav je notariat javna služba, ima pravno razmerje med notarjem in strankami nekatere značilnosti pogodbe o naročilu (mandatne pogodbe). Notarjeve obveznosti so določene v zakonu in so sestavni del notarjevega pravnega razmerja s strankami, ki so naročniki notarskih storitev. Kršitev teh obveznosti pa je ena od predpostavk notarjeve odškodninske odgovornosti. Notarjeva neposlovna (deliktna) odškodninska odgovornost je lahko podana v razmerju do morebitnih tretjih, ki niso naročniki notarskih storitev. Ne glede na opredelitev podlage notarjeve odgovornosti (poslovna oziroma neposlovna) pa za oba primera velja, da se notar razbremeni odgovornosti, če dokaže, da je pri izpolnjevanju svojih zakonskih obveznosti ravnal z ustrežno profesionalno skrbnostjo (skrbnostjo dobrega notarja).

Literatura

1. VESNA RIJAVEC, Civilnopravna odgovornost notarjev, Pravna praksa, letnik 1998, številka 402, Gospodarski vestnik d.d., Ljubljana;
2. BOGOMIR HORVAT, Odškodninska odgovornost odvetnikov in notarjev, Podjetje in delo, letnik 2004, številka 7, GV Revije d.o.o., Ljubljana;
3. NINA PLAVŠAK in soavtorji, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004 (v opombah: Plavšak in soavtorji);
4. STOJAN ČIGOJ, Obligacije, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana;
5. NINA PLAVŠAK, Uvodna pojasnila k ZVKSES, GV Založba, Ljubljana 2004 (v opombah: Plavšak);
6. Poročilo komisije Notarske zbornice Slovenije pri nadzoru nad zakonitostjo opravljanja notariata v zadevi »Zbiljski gaj«, Pravna praksa, letnik 2003, GV Revije, d.o.o., Ljubljana;
7. KURT WAGNER, Notariatsordnung mit Kommentar, Literaturangaben und einer Übersicht der Rechtsprechung, 4. izdaja, Manz, Dunaj, 1995, stran 174.

ODGOVORNOST
NOTARJA

167

Pogodba o zavarovanju odgovornosti

Jernej Veberič¹

1. Splošno

Pri zavarovanju odgovornosti ima oškodovanec na voljo direktni zahtevek proti zavarovalnici.² Oškodovancu torej teoretično ni treba z zahtevkom seznanjati odgovorne osebe, temveč se lahko obrne neposredno na zavarovalnico. Vendar zavarovalnica jamči za škodo pod drugačnimi pogoji kot odgovorna oseba (zavarovanec): obseg odškodninske odgovornosti odgovorne osebe je opredeljen z zakonom (in pogodbo, če gre za pogodbeno odgovornost), zavarovalnica pa jamči le v okviru zavarovalne pogodbe - tako vsebinsko (možne so razne omejitve ali izključitve jamstva) kot zneskovno (v okviru zavarovalne vsote, ki pomeni največjo možno obveznost zavarovalnice).

169

Odškodninska odgovornost vsakega subjekta je raznovrstna in večplastna. Tako je tudi vloga zavarovalnice pri zaščiti zavarovanca bistveno drugačna v primeru, če se zavarovanje npr. nanaša na splošno nepogodbeno odgovornost zavarovanca, če se nanaša na odgovornost zavarovanca kot delodajalca, ali v primeru, če zavarovalnica ščiti poslovno (poklicno) sfero zavarovanca. V prvem primeru zavarovalnica povrne nepogodbeno škodo, ki jo zavarovanec povzroči *tretjim osebam*, to je tistim, ki z zavarovancem glede nastale škode niso v vnaprejšnjem poslovnem odnosu. V drugem primeru zavarovalnica ščiti zavarovanca pred odškodninskimi zahtevki delavcev (npr. v zvezi z delovnimi nesrečami). V tretjem primeru pa je predmet zavarovanja škoda zaradi t.i. poklicne odgovornosti zavarovanca

¹ Zavarovalnica Triglav, d.d.

² 2. odstavek 965. člena Obligacijskega zakonika (uradno prečiščeno besedilo - OZ-UPB1), Uradni list RS, št. 97-4826/2007.

- to je škoda, ki jo zavarovanec zaradi strokovne napake povzroči svoji pogodbeni stranki pri opravljanju poklicne dejavnosti.

Glede obsega zavarovalnega kritja se lahko zavarovalnica in zavarovalec dogovorita v okviru njune pogodbene svobode. Če pa je zavarovanje obvezno po zakonu,³ to zmanjšuje manevrski prostor pogodbenih strank glede določanja vsebine zavarovalne pogodbe, saj morata upoštevati zakonske zahteve.

Najbolj natančno je vsebina odgovornostnega zavarovanja predpisana na področju cestnega, vodnega in zračnega prometa.⁴ Glede na to, da je promet izredno množična in nevarna dejavnost, je razumljivo, da je pozornost zakonodajalca na tem področju tradicionalno zelo velika. Potencialnemu oškodovancu mora nuditi ustrezno zavarovalno zaščito, saj si ni mogoče predstavljati, da bi oškodovanec uveljavljal zahtevek (in ga zlahka uveljavil) neposredno proti povzročitelju prometne nesreče. Prav tako pa je zaradi gospodarske pomembnosti prometa treba zaščititi tudi vse potencialne povzročitelje (zavarovance) ter jih siliti, da sklenejo zavarovanje za primer svoje odškodninske odgovornosti, sicer bi se jim lahko zgodilo, da bi zaradi lahkomišelnosti in podcenjevanja pomena zavarovanja bili v trenutku sami (samostojno) izpostavljeni odškodninskemu zahtevku, ki bi presegel vrednost njihovega premoženja, s tem pa bi bil ogroženo njihovo normalno življenje oziroma nadaljnje poslovanje.

Manjšo pozornost zavarovanju pred odgovornostjo slovenska zakonodaja posveča na področju opravljanja raznih poklicev, pa čeprav so lahko posledice nastanka škode v gospodarskem smislu ravno tako dramatične kot v opisanem primeru iz prometa. Ponavadi se posamezni področni zakon, ki ureja določeno poklicno dejavnost, le mimogrede dotakne vprašanja obveznosti zavarovanja. Zakon ponavadi predpisuje golo obveznost sklenitve zavarovanja (npr. kot pogoj za registracijo dejavnosti) ter kvečjemu še najnižjo zavarovalno vsoto. Tako npr. Zakon o graditvi objektov določa obveznost zavarovanja *projektanta, izvajalca, nadzornika in revidenta gradbenih del* - letno vsaj do vsote 41.729 EUR. Zakon o zavarovalništvu določa obveznost zavarovanja *zavarovalnega posrednika*

³ Obvezna (individualna) zavarovanja je mogoče razdeliti v več skupin: zavarovanja v prometu, zavarovanja poklicne odgovornosti, kreditno zavarovanje organizatorjev potovanj, ekološka zavarovanja, nezgodna in življenjska zavarovanja; več o tem Pavliha, stran 20 in nasl.

⁴ Glej Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (uradno prečiščeno besedilo - ZOZP-UPB3), Uradni list RS, št. 93-4604/2007.

vsaj do vsote 1.000.000 EUR na zahtevek oziroma 1.500.000 EUR letno. Zakon o zdravniški službi predpisuje obvezno zavarovanje za *zdravnika*, ki dela neposredno z bolniki, določitev najnižje zavarovalne vsote pa prepušča Zdravniški zbornici Slovenije (podobno ureditev pozna tudi Zakon o zdravilstvu). Zakon o notariatu določa, da mora *notar* skleniti zavarovanje, najnižjo zavarovalno vsoto pa predpiše minister za pravosodje.⁵ Zakon o zasebnem varovanju predpisuje zavarovanje odgovornosti *imetnika licence za zasebno varovanje* (proti naročniku in proti tretjim osebam) najmanj za 41.729 EUR na zavarovalni primer in 83.459 EUR letno.

Kot rečeno morata pogodbeni stranki pri sklepanju zavarovalne pogodbe upoštevati zakonske pogoje področnih zakonov glede vsebine zavarovanja. Ostale sestavine zavarovalne pogodbe pa lahko uredita po svoji volji v okviru dispozitivnosti, ki jo za sklepanje (zavarovalnih) pogodb dopušča zakon.⁶

Pri odgovornostnih zavarovanjih so zanimiva zlasti naslednja vprašanja v zvezi z vsebino zavarovalne pogodbe, ki jih bom podrobneje predstavil v nadaljevanju:

- stopnja odgovornosti zavarovanca, ki je krita z zavarovanjem (lahka malomarnost, huda malomarnost);
- časovna opredelitev zavarovalnega jamstva (kdaj se šteje, da je nastopil zavarovalni primer, ki je krit z zavarovanjem);
- zneskovna omejitev jamstva: zavarovalna vsota (po dogodku, po zahtevku, letni agregat) in soudeležba zavarovanca – franšiza (integralna, odbitna)

2. Stopnja odškodninske odgovornosti zavarovanca

Pri reševanju konkretnih odškodninskih primerov iz zavarovanj odgovornosti mora zavarovalnica hkrati upoštevati dve ravni normativne ureditve – zakonsko in pogodbeno. Odgovoriti mora na vprašanja:

- ali je zavarovanec za škodo odškodninsko odgovoren po zakonu,
- (če je predhodni odgovor pritrdilen) ali obstaja zavarovalno kritje po zavarovalni pogodbi;

⁵ Odredba ministra iz leta 1994, Uradni list RS, št. 80-2903/1994, določa najnižjo zavarovalno vsoto 33.383 EUR.

⁶ Pri določanju vsebine zavarovalne pogodbe je dispozitivnost strank omejena zlasti zaradi varovanja interesov zavarovanca; glej 924. člen Obligacijskega zakonika.

Odškodninska odgovornost odgovorne osebe je lahko različna, če se škodni dogodek nanaša na pogodbeno razmerje ali na nepogodbeno razmerje z oškodovancem. V prvem primeru je lahko njegova odgovornost omejena zlasti po višini, glede na predvidljivost nastale škode ali glede na stopnjo njegove krivde.⁷

Glede na namen pričujočega prispevka se osredotočam predvsem na drugo vprašanje – to je vprašanje zavarovalnega kritja po zavarovalni pogodbi v okviru (zakonsko opredeljene) odškodninske odgovornosti. Jamstvo zavarovalnice za škode, ki jih zavarovanec povzroči naklepno, izključuje že zakon.⁸ Ne glede na to zavarovalnice v pogodbi ponavadi še izrecno naštevajo nekatera najbolj tipična naklepna ravnanja (npr. nekatera kazniva dejanja), ki izključujejo zavarovalno kritje. Zavarovalnice lahko v splošnih pogojih zavarovanja iz kritja na splošno izključijo škode, povzročene z veliko malomarnostjo, poleg tega izrecno izključijo določena kritična (nepravilna) ravnanja zavarovanca, ki lahko z veliko verjetnostjo privedejo do nastanka škode⁹, ne da bi v teh primerih posebej presojali stopnjo odgovornosti za povzročeno škodo. Večja kot je stopnja malomarnosti za povzročeno škodo oziroma bolj kot se stopnja krivde približuje naklepu, težje zavarovalni primer ustreza svoji temeljni zakonski definiciji, da gre za dogodek, ki je negotov in neodvisen od izključne volje pogodbenih strank.¹⁰

Obraten pa je položaj pri nekaterih zavarovanjih poklicnih odgovornosti, kjer obstaja posebni pogodbeni interes kritja zlasti za škode, ki so posledica velike malomarnosti – nestrokovnega ravnanja zavarovanca, ki je slabše od ravnanja slehernega strokovnjaka iste vrste.

Ali je bila škoda povzročena z veliko malomarnostjo in ali je v zvezi s tem podano zavarovalno jamstvo, je treba presojati z vidika dolžne skrbnosti, ki se zahteva od zavarovanca pri opravljanju določene dejavnosti. Ti primeri so v praksi lahko zelo raznovrstni, kot je raznovrstno področje človeškega udejstvovanja. Npr. odvetnik je v odnosu do svoje stranke zagotovo ravnal z veliko malomarnostjo, če ni uporabil vseh pravnih sredstev, ki jih pravni red nudi v konkretnem primeru za uveljavitev strankinega interesa, pod pogojem da bi s temi pravnimi sredstvi lahko dosegel za stranko ugodno (ugodnejšo) rešitev. Gre za primere, ko odvetnik npr. ni vložil tožbe ali je zamudil z vložitvijo tožbe, ni vložil odgovora na tožbo, ni pristopil na narok (če je to imelo negativne procesne posledice), ni vložil pritožbe. Predpogoj za odvetnikovo odškodninsko odgovornost v takšnem primeru je, da je stranki zaradi takšnega ravnanja

⁷ Primerjaj npr. 242. in 243. člen Obligacijskega zakonika.

⁸ 944. člen Obligacijskega zakonika določa, da zavarovalnica ni zavezana za nikakršne dajatve, če je zavarovalec, zavarovanec ali upravičenec povzročil zavarovalni primer namenoma ali s prevaro, nasprotno pogodbeno določilo pa je nično.

⁹ Npr. zavestno ravnanje proti veljavnim predpisom; ravnanje, ki ga zavarovanec ne opusti, čeprav bi moral pričakovati škodljivo posledico.

¹⁰ Glej 922. člen Obligacijskega zakonika; o relativnosti definicije zavarovalnega primera tudi Polajnar Pavčnik, stran 805.

nastala škoda – torej da bi odvetnik, če bi opravil navedena pravna opravila, dosegel za stranko ugodnejši pravni položaj. Če pa je odvetnik sicer korektno opravil vsa razumna dejanja, ni pa se izkazal z izjemno spretnostjo ali pravnim znanjem, mu ni mogoče očitati velike malomarnosti oziroma krivde nasploh. Podobno velja, če odvetnik utemeljuje pravno stališče, ki sicer po prepričanju sodišča ni pravilno, je pa teoretično sprejemljivo. Pri tem je treba upoštevati, da se sodna praksa skozi čas spreminja ter je v določenem trenutku lahko neenotna. Seveda se od odvetnika pričakuje, da obvladuje pravno področje, na katero se nanaša njegovo zastopanje stranke, torej da pozna zakonodajo in aktualno sodno prakso, vendar vsi odvetniki (podobno kot predstavniki kateregakoli poklica) niso enako dobro strokovno podkovani, pa zaradi tega še ni mogoče govoriti njihovi o odškodninski odgovornosti, kaj šele o njihovi veliki malomarnosti.

3. Časovna opredelitev zavarovalnega kritja - nastanek zavarovalnega primera

Časovna opredelitev zavarovalnega kritja je neločljivo povezana z vprašanjem, kdaj je nastal škodni dogodek in posledično zavarovalni primer.¹¹ V nekaterih primerih, ko vzrok za škodo in škodna posledica nastaneta zaporedoma in hipoma, odgovor ni težaven: npr. pri prometni nesreči škoda na vozilih praviloma nastane takoj; v nekaj trenutkih se izpolni škodni proces od vzroka škode (kršitve prometnih predpisov), ki privede do trčenja in poškodbe vozila. Škoda je že v tem trenutku določljiva. Nekoliko bolj zapleten je primer poškodovanja osebe v isti prometni nesreči. Telesna poškodba potrebuje določen čas, da se v celoti izrazi in lahko zdravnik postavi pravilno in dokončno diagnozo, šele po zaključeni terapiji pa je mogoče govoriti o dokončnem obsegu osebne škode. Še bolj težavno pa je določanje nastanka škode v primerih, ko je vzrokov škoda več in so se zgodili (ali dogajali) v različnih časovnih obdobjih, zaradi teh vzrokov škoda nastaja v nadaljnjem obdobju, navzven pa se izrazi še kasneje in šele takrat oškodovanec pridobi pravico uveljavljati odškodninski zahtevek proti odgovornemu. Tipičen primer postopnega nastajanja škode so razne vrste okoljskih škod, na področju poklicne odgovornosti pa lahko za primer spet uporabimo odvetniški poklic: če je odvetnik “izgubil pravdo”, je včasih težko oceniti, kdaj je bil prelomni trenutek, ki je zapečatil usodo njegove stranke, kdaj je torej nastala škoda. Če je npr. prepozno vložil odgovor na tožbo, kritični trenutek nastopi z iztekom 30-dnevnega roka (1a), ki ga Zakon o pravnem postopku predvideva za vložitev odgovora na tožbo.¹² Če

¹¹ Več o tem: Viršek, strani 450 - 461.

¹² 277. člen Zakona o pravnem postopku (ZPP), Uradni list RS, št. 26-1210/1999 in nasl.

je vzrok odvetnikovega neuspeha v tem, da se ni skliceval na določeno dejstvo ali predlagal določenega dokaza, kritični trenutek nastopi po izteku prvega naroka za glavno obravnavo (1b),¹³ ko bi odvetnik še lahko opravil procesno dejanje. Odvetnikovo nestrokovno ravnanje, čeprav je za pozornega pravnega strokovnjaka opazno takoj, dobi formalne pravne posledice šele z izdajo sodne odločbe (2). Sodno odločbo je mogoče še izpodbijati s pritožbo in šele ko je pritožba zavržena (3), odločba postane pravnomočna. Odvetnikova stranka pa negativne posledice dejansko občuti šele, ko je odločba izvršena (4) - bodisi prostovoljno ali prisilno s sodno izvršbo. Prizadeta stranka zoper odvetnika nato vloži izvensodni odškodninski zahtevek(5) in tožbo (6). Čeprav škodni proces poteka v več fazah (od 1 do 6), ki si lahko sledijo v daljšem časovnem obdobju, ni mogoče spregledati, da je za nastanek škode odločilen dogodek 1a oziroma 1b (strokovna napaka), vsi nadaljnji dogodki pa predstavljajo nujne ali vsaj logične posledice. Z vidika zavarovalne pogodbe pa je pomembno vprašanje, kateri od navedenih časovnih mejnikov je bistven za nastanek zavarovalnega primera, ki je predpogoj za izpolnitev obveznosti zavarovalnice.

V zavarovalniški teoriji in praksi obstaja več koncepcij, ki opredeljujejo odločilni trenutek, ko nastopi zavarovalni primer in z njim povezana obveznost zavarovalnice, da izplača zavarovalnino oziroma odškodnino (t.i. sprožilec zavarovalne police)¹⁴. Na tem mestu se osredotočam na teorijo, ki v Sloveniji v zadnjih letih pridobiva na veljavi na področju odgovornostnih zavarovanj. To je t.i. teorija uveljavljanja zahtevkov (*Claims Made Theory*), po kateri je zavarovalnica v zavezi, če je zahtevek postavljen v času trajanja zavarovanja in (kumulativno) če je vzrok škode nastal v času zavarovanja. Zavarovancu pa je treba omogočiti dodatno zavarovalno zaščito, če je imel v preteklosti ali bo imel v prihodnosti sklenjeno zavarovalno pogodbo z drugačnim principom časovne veljavnosti, sicer bi lahko bil izpostavljen vrzeli - vmesnemu obdobju brez zavarovalne zaščite. Prednost takšne opredelitve zavarovalnega primera za zavarovalnico je zlasti v tem, da omogoča pregledno poslovanje ter ne dopušča uveljavljanja zahtevkov za dogodke, ki so se pripetili ali katerih vzrok je nastal, še preden je bila sklenjena zavarovalna pogodba. Po preteku zavarovalne pogodbe pa jamstvo takoj preneha in zavarovalnica ni izpostavljena nevarnosti, da bo še dalj časa jamčila po pogodbi, ki ni več v veljavi. Za zavarovanca je takšno jamstvo sprejemljivo pod pogojem, da so mu kriteriji jamčenja pravilno predstavljeni ter da mu je zavarovalnica (proti doplačilu) pripravljena ponuditi tudi jamstvo za morebitne časovne vrzeli, zlasti po prenehanju zavarovalne pogodbe. Če npr. odvetnik preneha opravljati odvetniško dejavnost (npr. se upokoji), potem zavarovalne pogodbe res ne potrebuje več, še vedno pa je se lahko pojavijo odškodninski zahtevki na račun njegovega preteklega poslovanja.

¹³ 286. člen Zakona o pravdnem postopku.

¹⁴ Npr. teorija vzroka, teorija izpostavljenosti, teorija manifestacije, teorija dokaza, teorija kontinuitete, teorija uveljavljanja zahtevkov; Viršek, strani 450 - 461.

4. Zneskovna omejitev zavarovalnega jamstva

Jamstvo zavarovalnice po zavarovalni pogodbi je praviloma omejeno z zavarovalno vsoto. Ne glede na obseg odškodninske odgovornosti odgovorne osebe, ki je načeloma neomejena, in ne glede na dejansko višino škode, zavarovalnica krije le vnaprej določeni (dogovorjeni) znesek. Zavarovalna vsota predstavlja največje možno izplačilo zavarovalnice. Manjšo škodo od zavarovalne vsote izplača zavarovalnica v celoti, pri večji škodi od zavarovalne vsote pa ostane presežek nepokrit z zavarovanjem. Pri odgovornostnem zavarovanju to pomeni, da bo moral zavarovanec v primeru odškodninskega zahtevka sam poravnati del škode oškodovancu. Kot že rečeno zakonodajalec na različne načine predpisuje vsebino obveznega zavarovanja - v nekaterih primerih je najnižja zavarovalna vsota predpisana, v drugih pa ne in takrat jo lahko pogodbenika določita sama. Zakonodajalec lahko predpiše najnižjo zavarovalno vsoto za posamični škodni dogodek (zavarovalni primer)¹⁵ ali najnižjo letno zavarovalno vsoto¹⁶, lahko pa tudi kombinacijo obeh¹⁷. Z zavarovalno pogodbo so urejena naslednja vprašanja: kolikšna je zavarovalna vsota za posamični dogodek, kolikšna je vsota za posamični zahtevek, kolikšna je vsota za posamičnega zavarovanca (če jih je več) in ali obstaja posebna omejitev glede skupne zavarovalne vsote v določenem obdobju (t.i. letni agregat).

Pri zavarovanjih odgovornosti je običajno, da je z zavarovalno pogodbo določena soudeležba zavarovanca na škodi - franšiza. Zavarovalnica v tem primeru (ne glede na zavarovalno vsoto) ne povrne škode v celoti, temveč samo njen del. Preostanek škode, ki določen v znesku ali v odstotku, pa mora poravnati zavarovanec sam - odbitna franšiza. Pri integralni franšizi pa za škode, ki ne presegajo določenega zneska, zavarovalnega kritja sploh ni, za večje škode pa zavarovalnica jamči v celoti.

5. Postopek uveljavljanja odškodninskih zahtevkov

V skladu z zavarovalno pogodbo je zavarovalnica dolžna preučiti odškodninske zahtevke tako po temelju kot po višini in ugoditi upravičenim zahtevkom ter poskrbeti za obrambo zavarovanca pred neutemeljenimi ali pretiranimi odškodninskimi zahtevki.

¹⁵ Npr. Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu, Zakon o notariatu (ZN), Uradni list RS, št. 13-512/1994 in nasl. (oz. na njegovi podlagi sprejeta odredba ministra), Zakon o zdravniški službi (ZZdrS), Uradni list RS, št. 98-4618/1999 in nasl. (oziroma na njegovi podlagi sprejet sklep zdravniške zbornice).

¹⁶ Npr. Zakon o graditvi objektov (ZGO-1), Uradni list RS, št. 120-5106/2006.

¹⁷ Npr. Zakon o zavarovalništvu (ZZavar), Uradni list RS, št. 13-595/2000 in nasl., Zakon o zasebnem varovanju (ZZasV), Uradni list RS, št. 126-5385/2003.

Zavarovanec mora brez odlašanja¹⁸ obvestiti zavarovalnico o nastanku zavarovalnega primera in zavarovalnici posredovati vso potrebno dokumentacijo. Dodatna pojasnila, mnenja in stališča lahko zavarovalnica pridobi od oškodovanca, zavarovanca ali druge osebe (npr. Odvetniške zbornice Slovenije v primeru odgovornosti odvetnikov). Za razjasnitev spornih dejstev se lahko na pobudo oškodovanca ali zavarovalnice izvede postopek z angažiranjem izvedencev ustrezne stroke. Morebitne pritožbe zoper poravnalno ponudbo odškodnine ali odklonitev zahtevka obravnava pritožbena komisija zavarovalnice, kot veleva Zakon o zavarovalništvu.¹⁹ Z odločitvijo pritožbene komisije pa je redni postopek izčrpan. Če je oškodovanec nezadovoljen z odločitvijo zavarovalnice o njegovem zahtevku, lahko sproži odškodninski spor pred sodiščem ali pa se posluži kakega izmed postopkov v shemi izvensodnega reševanja sporov: Arbitraža pri Zavarovalnici Triglav, d.d., (za spore, ki se nanašajo na to zavarovalnico)²⁰ ali Mediacijski center pri Slovenskem zavarovalnem združenju. V pravnih postopkih, ki jih sproži oškodovanec zoper odgovorno osebo (zavarovanca), zavarovalnica praviloma vstopi kot stranski intervenient. Kadar je tožena sama zavarovalnica, pa pozove v intervencijo zavarovanca.

6. Zavarovanje odvetniške odgovornosti v Sloveniji

Izmed zavarovanj poklicnih odgovornosti ima v Sloveniji najmočnejšo tradicijo zavarovanje odvetniške odgovornosti. K njegovemu razvoju je pomembno prispeval Zakon o odvetništvu iz leta 1993, ki je zavezal Odvetniško zbornico Slovenije, da zavaruje odvetnika pred odgovornostjo za škodo, ki bi utegnila nastati stranki v zvezi z opravljanjem njegovega poklica.²¹ Takrat se je počasi pričela oblikovati slovenska zavarovalna praksa na tem področju. Bistvo tega zavarovalnega produkta je v tem, da zavarovalnica krije odgovornost odvetnika za t.i. čisto premoženjsko škodo (to je škodo, ki nima za posledico poškodovanja oseb ali stvari), ki je nastala zaradi grobih napak odvetnika pri opravljanju registrirane dejavnosti.²² Poleg odvetnika kot nosilca dejavnosti so lahko krite tudi napake pri njem zaposlenega osebja. Nekatera izrecno naštetá ravnanja ali vzroki škode pa so iz jamstva izključeni. Zavarovalnica jamči za škodo do višine dogovorjene zavarovalne vsote z odbitkom franšize. V vsakem zavarovalnem

¹⁸ 941. člen Obligacijskega zakonika določa, da mora zavarovalec obvestiti zavarovalnico o zavarovalnem primeru v treh dneh, odkar zanj izve. Kršitev obvestilne dolžnosti ima za posledico odškodninsko odgovornost zavarovalca.

¹⁹ Glej 333a. člen Zakona o zavarovalništvu.

²⁰ Arbitraža pri Zavarovalnici Triglav, d.d., je bila ustanovljena leta 1982 in je edino tovrstno razsodišče v Sloveniji.

²¹ Glej 9. člen Zakona o odvetništvu (ZOdv), Uradni list RS, št. 18-817/1993; zakon je bil pomembneje spremenjen v letu 2008 - več o tem v nadaljevanju prispevka.

²² Tako določajo npr. Splošni pogoji za zavarovanje poklicne odgovornosti odvetnikov OA-94 Zavarovalnice Triglav, d.d.

letu so izplačila zavarovalnice za posameznega odvetnika iz vseh škodnih dogodkov lahko omejena z letnim agregatom – npr. dvakratno dogovorjeno zavarovalno vsoto.

V juniju 2008 je bila uveljavljena novela Zakona o odvetništvu (ZOdv-B)²³, ki drugače kot dosedanji zakon ureja vprašanje zavarovanja odgovornosti. Zakon sedaj določa minimalne zavarovalne vsote za posamični zavarovalni primer – 250.000 EUR za odvetnika in 1.000.000 EUR za odvetniško družbo. Z zavarovanjem mora biti krita škoda, ki lahko nastane pri opravljanju dejavnosti zaradi hude malomarnosti, napake ali opustitve poklicne dolžnosti vseh zaposlenih pri odvetniku. Obveznost sklenitve zavarovanja je prenesena z Odvetniške zbornice Slovenije na posamičnega odvetnika; sklenitev zavarovanja je pogoj za vpis v imenik odvetnikov ter pri odvetniških družbah tudi pogoj za vpis v sodni register. Družbenikom v odvetniških družbah z omejeno odgovornostjo (ki je nova pravnoorganizacijska oblika odvetniške pisarne) grozi spregled pravne osebnosti, če zavarovanje odgovornosti ni sklenjeno v zakonskih okvirih. S takšno novo ureditvijo obveznega zavarovanja poklicne odgovornosti se Zakon o odvetništvu na tem področju uvršča med sodobnejše zakone v slovenskem pravnem redu.

Med pomembnejše spremembe na področju zavarovanja poklicne (tudi odvetniške) odgovornosti v zadnjih letih štejem spremembo časovne opredelitve jamstva – določitev trenutka nastanka zavarovalnega primera. Spočetka se je jamstvo zavarovalnice raztezalo na škode, ki so nastale po začetku in pred koncem zavarovanja, lahko pa tudi na škode, ki so izvirale iz strokovne napake storjene v tem obdobju. Če pa je bila napaka storjena pred sklenitvijo zavarovanja, je zavarovalnica jamčila za škodo le, če zavarovancu do sklenitve zavarovanja ta napaka ni bila znana. Kasneje so se splošni pogodbeni pogoji spreminjali tako, da je za jamstvo zavarovalnice postal odločilen čas vložitve odškodninskega zahtevka. Ta mora biti proti odvetniku vložen v času trajanja zavarovanja, pod pogojem, da se nanaša na strokovno napako, ki je prav tako nastala v času zavarovanja.

V praksi naletimo na primere, ko je isti odvetnik zavarovan po različnih zavarovalnih podlagah, bodisi da gre za kombinacijo kolektivnega (prek zbornice) in individualnega zavarovanja, bodisi da je v času poslovanja zapored zavarovan pri različnih zavarovalnicah z različno časovno opredelitvijo jamstva. Koristno je, da splošni zavarovalni pogoji rešujejo tovrstne kolizije, npr. da določajo prednost kolektivnega pred individualnim zavarovanjem ali da določajo primarno / subsidiarno uporabo dotičnega zavarovanja (če je hkrati podano zavarovalno kritje iz drugega vira). Če to vprašanje v zavarovalni pogodbi ni urejeno oziroma je urejeno tako, da pride do “zavračanja” med različnimi zavarovalnimi pogodbami, lahko oškodovanec zahteva popolno odškodnino po kateri-

²³ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o odvetništvu (ZOdv-B), Uradni list RS, št. 54-2265/2008

koli polici, zavarovalnice pa v naknadnem regresnem postopku določijo medsebojne deleže v sorazmerju z višinami zavarovalne vsote.²⁴

Oškodovanci (stranke odvetnikov) v postopku pri zavarovalnici najpogosteje uveljavljajo odškodnino iz naslednjih vzrokov – strokovnih napak:

- zamuda roka za procesno opravilo (potek zastaralnega ali prekluzivnega roka) za tožbo, odgovor na tožbo, ugovor zoper sklep o izvršbi, pritožbo, izredna pravna sredstva, prigrasitev terjatev v stečajnem postopku, uveljavljanje terjatev zoper aktivnega družbenika izbrisane družbe;
- nezadostna aktivnost odvetnika v sodnih postopkih, kot je neudeležba na (prvem) naroku, opustitev navedb, dokaznih predlogov, zahtevkov (npr. opustitev uveljavljanja določene oblike pravno priznane škode, opustitev uveljavljanja zamudnih obresti) in ugovorov (npr. zastaranja) v sodnem postopku;
- nepravilno oblikovanje tožb in tožbenih zahtevkov, npr. napaka v aktivni ali pasivni legitimaciji strank;

Z leti število sklenjenih zavarovanj narašča, še bolj pa narašča število odškodninskih zahtevkov. Za večino zahtevkov zavarovalnica ugotovi, da niso utemeljeni. Vse več je primerov, ko stranka, ki v sodnem postopku “ni dosegla pravice”, za neuspeh krivi odvetnika. Kot sicer v zavarovalništvu pa je treba posebno pozornost posvečati morebitnim zlorabam zavarovanja oziroma poizkusom goljufij – namernim strokovnim napakam.

Vseskozi narašča tudi število sodnih sporov med oškodovanci in zavarovalnico, ki večinoma še niso zaključeni.

Viri in literatura

1. Obligacijski zakonik (uradno prečiščeno besedilo – OZ-UPB1), Uradni list RS, št. 97-4826/2007
2. Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (uradno prečiščeno besedilo – ZOZP-UPB3), Uradni list RS, št. 93-4604/2007
3. Zakon o graditvi objektov (ZGO-1), Uradni list RS, št. 120-5106/2006
4. Zakon o zavarovalništvu (ZZavar), Uradni list RS, št. 13-595/2000 in nasl.

²⁴ Glej 958. člen Obligacijskega zakonika.

5. Zakon o zdravniški službi (ZZdrS), Uradni list RS, št. 98-4618/1999 in nasl.
6. Zakon o odvetništvu (ZOdv), Uradni list RS, št. 18-817/1993 in nasl.
7. Zakon o notariatu (ZN), Uradni list RS, št. 13-512/1994 in nasl.
8. Odredba o najnižji zavarovalni vsoti, Uradni list RS, št. 80-2903/1994
9. Zakon o zasebnem varovanju (ZZasV), Uradni list RS, št. 126-5385/2003
10. Zakon o pravnem postopku (ZPP), Uradni list RS, št. 26-1210/1999 in nasl.
11. PAVLIHA, MARKO: Zavarovalno pravo, GV založba, d.o.o., Ljubljana, 2007, stran 20 in nasl.
12. POLAJNAR PAVČNIK, ADA: Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, GV založba, d.o.o., Ljubljana, 2004, stran 805
13. VIRŠEK, MILAN: Časovni pogoj za nastanek zavarovalnega primera pri zavarovanju odgovornosti, 14. Dnevi slovenskega zavarovalništva, Slovensko zavarovalno združenje, SIZ, Ljubljana, 2007, strani 450 – 461
14. Splošni pogoji za zavarovanje poklicne odgovornosti odvetnikov OA-94 Zavarovalnice Triglav, d.d.
15. Splošni pogoji za zavarovanje poklicne odgovornosti PG-opo/o8 Zavarovalnice Triglav, d.d.
16. Posebni pogoji za zavarovanje poklicne odgovornosti odvetnikov PG-opo-ood/o7 Zavarovalnice Triglav, d.d.
17. Statistični podatki Zavarovalnice Triglav, d.d.

Odgovornost za napake v pravnem mnenju neodvisnega pravnega strokovnjaka

*dr. Lojze Ude*¹

*dr. Matija Damjan*²

1. Uvod

Predmet tega prispevka je vprašanje odškodninske odgovornosti v zvezi s pravnim mnenjem, ki ga je stranki podal neodvisni pravni strokovnjak oziroma konzultant. Tak strokovnjak nastopa v drugačni vlogi kot odvetnik, saj za stranko ne opravlja pravnih poslov ali procesnih dejanj kot njen pooblaščenec, temveč le podrobno pravno analizira določen dejanski položaj ter poda svoje strokovne ugotovitve o njem. Pravno mnenje je naročniku v pomoč pri sprejemanju odločitev glede nadaljnjega ravnanja, o katerem pa se odloča in ga izvršuje sam oziroma s pomočjo pooblaščenec. Eventualna škoda naročniku zato ne more nastati neposredno zaradi ravnanja pravnega svetovalca, temveč izvira iz naročnikovega lastnega ravnanja na podlagi svetovalčevega pravnega mnenja.³ Nedvomno pa zanašanje na vsebinsko napačno pravno mnenje lahko stranki povzroči precejšnjo škodo, npr. če zaradi tega opusti dejanje, ki bi ga lahko storila (npr. vložitev tožbe, odpoved pogodbe, prijava terjatve v stečajno maso) ali celo morala storiti (npr. izpolnitev pogodbene obveznosti, povrnitev škode), ali če zaradi mnenja stori nekaj, česar ne bi smela storiti (npr. odpoved pogodbe, poseg v posestno stanje, sklenitev sporazuma o nedovoljeni omejitvi konkurence). Škoda se seveda pokaže šele z zaključkom sodnega ali drugega pravnega postopka, ki se za stranko neugodno konča. Medtem ko je zoper odvetnike, notarje in podobne regulirane poklice mogoče sprožiti disciplinski postopek,

¹ Profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

² Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

³ Odvetnik svetuje o opravi konkretnih dejanj v postopku in jih opravlja kot pooblaščenec, zato njegova odškodninska odgovornost največkrat pride v poštev zaradi opustitve določenih dejanj, zamude rokov ipd.

če so z napačnim nasvetom grobo kršili pravila poklicne skrbnosti, ima zoper druge neodvisne pravne svetovalce stranka na voljo samo civilnopravne zahteve.⁴ V slovenski sodni praksi in teoriji zaenkrat ni zaslediti konkretnih opredelitev o odgovornosti v tovrstnih pravnih razmerjih v zvezi s pravnim svetovanjem.⁵

2. Pravna kvalifikacija razmerja

Najprej je potrebno pravno kvalificirati razmerje med naročnikom pravnega mnenja in svetovalcem. Izdelava pravnega mnenja, ki je največkrat v obliki daljšega pisnega izdelka, je nedvomno intelektualno opravilo, zato se ponuja kvalifikacija razmerja kot pogodbe o naročilu avtorskega dela. Zakon o avtorski in sorodnih pravicah⁶ v 99. členu določa, da se s to pogodbo avtor zaveže ustvariti določeno delo in ga izročiti naročniku, naročnik pa se zaveže, da mu bo za to plačal honorar. Avtorska dela so individualne intelektualne stvaritve s področja književnosti, znanosti in umetnosti, ki so na kakršenkoli način izražene (5. člen ZASP), torej je s tem pojmom lahko zajeto tako v pisni kot v ustni obliki podano pravno mnenje. Seveda pa je potrebno upoštevati, da za naročnika pravnega mnenja največkrat ni bistvena individualnost in originalnost tega dela, temveč predvsem njegova vsebinska pravilnost. Zaradi tega ne predstavlja kršitve pogodbe, če so deli pravnega mnenja izraženi povsem neoriginalno, npr. s povzemanjem zakonskih določb ali že prej napisanih strokovnih besedil, kolikor so relevantna za obravnavan pravni problem.⁷ Vrednost dela za naročnika namreč izhaja iz svetovalčevega strokovnega znanja in kvalifikacij kot zagotovila utemeljenosti njegovih pravnih stališč. Ta ugotovitev pa bistveno ne vpliva na presojo odgovornosti za pravno mnenje, saj je avtorska pogodba o naročilu dela pravzaprav le posebna oblika podjemne pogodbe (četrti odstavek 99. člena ZASP), zato je v vsakem primeru potrebno uporabiti

⁴ Prispevek v prvi vrsti obravnava odgovornost za pravna mnenja, vendar ugotovitve vsaj v določeni meri veljajo tudi za druge podobne storitve svetovanja, npr. poslovni consulting, finančno in davčno svetovanje.

⁵ V takšnem položaju si slovenski pravniki zaradi sorodnosti pravnih sistemov radi pomagamo z nemško pravno teorijo, glede tega vprašanja pa to neposredno ni mogoče, saj je bilo v Nemčiji med letoma 1935 in 2008, ko je veljal t.i. *Rechtsberatungsgesetz*, pravno svetovanje glede konkretnih vprašanj dovoljeno le odvetnikom, drugim pravnim strokovnjakom pa samo s posebnim dovoljenjem, zato se pravna teorija o odgovornosti za pravno mnenje izven odvetniške dejavnosti ni razvila. Glej Prütting, str. G7-G54. Pisanje o pravniški odškodninski odgovornosti pa je razmeroma skopo tudi v angloameriški pravni literaturi. Ramos ugotavlja, da je eden od razlogov za to dejstvo, da se večina tovrstnih odškodninskih zahtevkov v praksi razreši z zunajsodnimi poravnavi, ki ostanejo tajne. Ramos, str. 1657-1751.

⁶ Zakon o avtorski in sorodnih pravicah, uradno prečiščeno besedilo ZASP-UPB3, Ur.l. RS, št. 16/2007.

⁷ V nadaljevanju več o tem, kdaj navajanje tujih besedil predstavlja pravno napako mnenja.

pravila, ki veljajo za ta pogodbeni tip.⁸ Podlago za to daje tudi Obligacijski zakonik,⁹ ki v 619. členu med posli, ki se jih podjemnik lahko zaveže opraviti, našteva tudi umsko delo.¹⁰ Izdelava pravnega mnenja je primer umskega dela, zato je mogoče razmerje subsumirati pod pravila podjemne pogodbe.¹¹

Ker govorimo o naročniku pravnega mnenja, se lahko zastavi vprašanje, ali ne gre nemara vendarle za pogodbo o naročilu oziroma mandatu. Tako namreč sodna praksa kvalificira razmerje med odvetnikom in njegovimi klienti in nedvomno je, da tudi odvetnik oblikuje pravna stališča v zvezi s klientovim položajem.¹² Vendar ta kvalifikacija pri tu obravnavani pogodbi z neodvisnim pravnim svetovalcem oziroma konzultantom ne pride v poštev. Na podlagi pogodbe o naročilu (mandat) opravlja prevzemnik naročila za naročitelja določene posle. V primeru razmerja med odvetnikom in njegovim klientom zastopa odvetnik klienta v sodnih postopkih in pri oblikovanju drugih pravnih razmerij. Med obema strankama nastane posebno zaupno razmerje, odvetnik pa mora v tem razmerju v prvi vrsti skrbeti za mandantov interes. Prevzeti posel mora opraviti skrbno, drugače je odškodninsko odgovoren (766. in 768. člen OZ). Pravni svetovalec pa ni v tako tesnem položaju z naročnikom, saj ne opravlja njegovih poslov, temveč (v svojem imenu in za svoj račun) za naročnika zgolj analizira določen pravni položaj in o njem poda svoje strokovno mnenje, o ravnanju na podlagi tega mnenja pa odloča naročnik sam. Cilj pogodbe je izdelava pravnega mnenja in nevarnost, da bo posel v redu opravljen, nosi izvrševalec posla.¹³ Zaradi tega svetovalec ni zavezan k aktivnemu prizadevanju, da bi se postopek za naročnika ugodno končal, temveč mora s strokovno skrbnostjo le izdelati dogovorjeno pravno mnenje. Za izpolnitev obveznosti torej zadošča njegova nevtralna pravna analiza problema, ki mu ga je predstavil naročnik.

⁸ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 225; Mežnar, str. 193-194; Schlüter, str. 108-109.

⁹ Obligacijski zakonik, uradno prečiščeno besedilo OZ-UPB1, Ur.l. RS, št. 97/2007.

¹⁰ Mežnarjeva opozarja, da je pojem umskega dela sicer širši od pojma avtorsko delo, saj gre za vsak produkt človeškega intelekta, ne glede na njegovo izraženost, individualnost in področje ustvarjalnosti. Mežnar, str. 205.

¹¹ To seveda velja z vidika obligacijskega prava, medtem ko je npr. v davčnem pravu razlikovanje med avtorsko in podjemno pogodbo bistveno, saj mora pri slednji delodajalec poleg akontacije dohodnine in prispevkov za socialno varnost plačati še 25% posebni davek od določenih prejemkov. Tudi tu pa je za razlikovanje med pogodbama odločilno, ali predmet pogodbe predstavlja avtorsko delo v skladu z določbami ZASP.

¹² Glej. npr. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 290/99 z dne 19.1.2000 in sodbo II Ips 450/2000 z dne 22.3.2001.

¹³ Nemška teorija razmerje med odvetnikom in stranko kvalificira kot pogodbo o delu (*Werkvertrag*), kadar je odvetnikova naloga samo priprava pravnega mnenja o določenem dejanskem stanju. Podobno velja za pogodbo z davčnim svetovalcem. *Münchener Kommentar BGB*, str. 1736-1737.

3. Obveznosti konzultanta

Teorija opredeljuje obveznost podjemnika kot obveznost uspeha in ne zgolj obveznost prizadevanja, ki velja za mandatarija. To pomeni, da mora podjemnik doseči končni interes, zaradi katerega naročnik sklepa pogodbo.¹⁴ Ali mora torej pravno mnenje zagotoviti uspeh stranke v pravdi? Gotovo ne. 626. člen OZ določa, da je podjemnik dolžan izvršiti delo po dogovoru in po pravilih posla. Uspeh pri izvršitvi posla se torej nanaša na doseg predmeta pogodbe, to pa je v obravnavanem primeru izdelava pravnega mnenja z določeno vsebino, določeno v pogodbi. Vsebina naloge je lahko različna, po stopnji abstraktnosti oziroma konkretnosti obravnavane problematike jo je mogoče razdeliti v naslednje kategorije (ki se med seboj pogosto kombinirajo):

1. splošna pravna študija pravne ureditve in sodne prakse na določenem pravnem področju v domačem in/ali v primerjalnem pravu;
2. pravna analiza določenega razmerja ali položaja, namenjena seznanitvi naročnika s pravnimi posledicami ter njegovimi pravicami in obveznostmi;
3. preučitev možnih ukrepov naročnika v določenem položaju ter pravni nasvet, kako ravnati (npr. kakšna pravna sredstva vložiti);
4. mnenje o določenem pravnem vprašanju, namenjeno uporabi v sodnem ali upravnem postopku kot dodaten argument stranke za njeno stališče.

Vsebina naloge se opredeli v pogodbi, zlasti v obliki vprašanj, na katera naj pravno mnenje odgovori oziroma jih razišče, naročnik pa načeloma lahko tudi med izvedbo nadzoruje posel in daje navodila. 99. člen ZASP določa, da se s tem ne sme posegati v avtorjevo svobodo znanstvenega in umetniškega ustvarjanja,¹⁵ kar se pri pravnih mnenjih nanaša predvsem na strokovno avtonomijo pri oblikovanju pravnega stališča. Naročnik tako ne more zahtevati od pravnega svetovalca, naj zavzame določeno pravno stališče, ki je naročniku v prid, če po svetovalčevem mnenju tako stališče strokovno ni pravilno. Če bi naročnik vztrajal pri takšnem navodilu, lahko konzultant odstopi od pogodbe, če bi izdelava mnenja s takšno vsebino lahko okrnila njegov strokovni ugled (po analogiji z določbo drugega odstavka 625. člena OZ).¹⁶ Ko je mnenje z ustrežno vsebino izdelano, je svetovalčeva naloga opravljena in pogodba izpolnjena ne glede na potek nadaljnjih pravnih postopkov v zvezi s pravnim vprašanjem, obravnavanim v mnenju. Seveda pa se lahko v pogodbi določi tudi, da bo svetovalčevo plačilo odvisno od uspeha postopka, za potrebe katerega je bilo mnenje pripravljeno.

¹⁴ N. Plavšak v: *Obligacijski zakonik s komentarjem*, str. 726-727.

¹⁵ To ustreza določbi 622. člena OZ, po kateri ima naročnik pravico nadzorovati posel in dajati navodila, če to ustreza naravi posla.

¹⁶ Prim. Mežnar, str. 208-210; Plavšak, str. 783.

Čeprav pri podjemni pogodbi ni poudarjena dolžnost, skrbeti za naročnikove interese, mora svetovalec pri izvedbi posla seveda ravnati z dolžno poklicno skrbnostjo. Naročnika je dolžan opozoriti na pomanjkljivosti v njegovem naročilu (npr. pomanjkljiv opis relevantnih dejstev) ter na druge okoliščine, za katere je vedel ali bi bil moral vedeti in bi bile lahko pomembne za naročeno delo ali za njegovo pravočasno izvršitev. Določbe 625. člena OZ o dolžnosti, opozoriti na napake materiala, pa bi bilo mogoče smiselno aplicirati tudi na napake pravnega gradiva, ki ga je naročnik predložil kot podlago za izdelavo pravnega mnenja (npr. nepopolna dokumentacija, zastareli zemljiškoknjižni ali registrski izpisi). Seveda se pri pravnem svetovanju v konkretnih zadevah pričakuje aktivnejša vloga konzultanta kot pri izdelavi splošnejših pravnih študij, kjer z okoliščinami konkretnega primera običajno niti ni seznanjen. Naročnika mora npr. opozoriti na grozeče zastaranje ali iztek drugih rokov. Čeprav je izvajalec izbran glede na svoje izkušnje ali strokovni ugled, to ne pomeni, da ne sme izvedbe dela odstopiti komu drugemu, saj s svojim znanjem in ugledom kot podpisnik mnenja še vedno jamči za njegovo vsebino. Kot podjemnik namreč odgovarja za sodelavce, ki so po njegovem naročilu delali pri prevzetem poslu, kot da bi ga bil sam opravil (630. člen OZ).¹⁷

4. Kaj je napaka mnenja

Tudi kadar je predmet podjemne pogodbe oprava določenega umskega dela in ne izdelava stvari, so za presojo, ali je bila podjemnikova obveznost pravilno izpolnjena, pomembne lastnosti rezultata tega umskega dela. To je pravilno opravljeno, če ima rezultat – v obravnavanem primeru pravno mnenje – lastnosti, ki sta jih stranki določili s pogodbo, in lastnosti, ki jih določajo pravila (pravne) stroke.¹⁸ O napakah pravnega mnenja je torej mogoče govoriti, če to ni izdelano skladno s pogodbo, oziroma v terminologiji 459. člena OZ: če nima lastnosti in odlik, ki so bile izrecno ali molče dogovorjene. Razmeroma očitni primeri napak so, če mnenje ne obravnava situacije, kakršno je opisal naročnik, če ne upošteva vseh predloženih listin, če ne daje popolnih odgovorov na zastavljena vprašanja oziroma odgovor ni obrazložen ipd. Če na posamezno naročnikovo vprašanje ni odgovorjeno, gre lahko tudi za delno neizpolnitev naloge in ne za izpolnitev z napako. Lahko pa je tudi v takšnem položaju naloga opravljena korektno, če že iz odgovorov na druga vprašanja izhaja, da je določeno vprašanje postalo irelevantno.

Bolj zapleteno pa je vprašanje, kdaj gre za napako zaradi vsebinske nepravilnosti pravnega mnenja. Čeprav je takšna napaka po svoji vsebini pravzaprav pravne narave

¹⁷ Ne gre torej le za *culpa in eligendo*. Prim. Mežnar, str. 210-211.

¹⁸ Plavšak, str. 738.

(gre za napačno pravno stališče in ne za pomanjkljivost v pogledu obsega vsebine in obravnavanih vprašanj), jo je potrebno presojsati po pravilih, ki veljajo za stvarne napake pri podjemni pogodbi. Gre namreč za strokovno napako pri izvedbi posla, medtem ko se pravne napake v smislu 488. člena OZ nanašajo samo na primere, ko obstajajo na predmetu pogodbe pravice tretjih oseb.

Zgolj dejstvo, da sodišče ali drug organ, ki je odločal v zadevi, nista sprejela istega pravnega stališča, kot je bilo zastopano v mnenju, še ne pomeni, da je bilo mnenje napačno. Obstoj različnih pravnih stališč o istem vprašanju namreč ni nič nenavadnega, zlasti če gre za nov pravni problem, do katerega pravna teorija in praksa še nista izoblikovali enotnega pristopa (naročila kompleksnejših pravnih mnenj se običajno nanašajo ravno na takšna vprašanja). Vendarle pa avtor pravnega mnenja ne uživa popolne svobode literarnega ustvarjanja, temveč mora težiti k vsebinski pravilnosti mnenja v skladu z uveljavljenimi dognanji pravne stroke. Pri opredelitvi napak je zato potrebno izhajati iz kavze posla in iz dolžne skrbnosti izvajalca – ta mora ravnati kot bi v enakem položaju ravnal dober strokovnjak podobnih lastnosti.¹⁹ Naloga je korektno opravljena, če mnenje odgovarja na vsa zastavljena vprašanja, je ustrezno utemeljeno ter upošteva uveljavljeno pravno teorijo, veljavno zakonodajo in splošno dostopno pravno prakso. Za napako gre npr., če mnenje ne upošteva kakšnega pravnega vira, ki je očitno relevanten za presojo obravnavanega problema, če temelji na predpisu, ki ne velja več, ali če zanemarija uveljavljena stališča pravne teorije ter znane sodne prakse.²⁰ To ne pomeni, da mora mnenje vedno slediti stališčem sodne prakse, vendar mora na obstoj drugačne prakse opozoriti ter navesti utemeljene razloge za odstop od nje. Za napako pravnega mnenja pa gre, če se stališče, ki očitno odstopa od uveljavljene prakse, brez posebnega opozorila o tem predstavi kot veljavno. V grobem je torej mogoče reči, da je v primerih, ko pravno mnenje obravnava enostavno pravno vprašanje, na katerega zakonodaja in sodna praksa ponujata jasen odgovor, to mnenje napačno, če brez ustrezne obrazložitve na isto vprašanje odgovarja povsem drugače. Če je v mnenju obravnavana problematika zapletena in se ponujajo utemeljeni argumenti za več različnih rešitev, pa lahko napako mnenja pomeni zamolčanje te kompleksnosti in podaja enoznačnega odgovora.

Poleg »stvarnih« je mogoče govoriti tudi o pravih pravnih napakah mnenja v smislu 488. člena OZ, zlasti če mnenje vsebuje dele besedil, na katerih imajo avtorske pravice tretje osebe in to povzemanje presega dovoljeni obseg prostega navajanja odlomkov objavljenega dela po 51. členu ZASP. Isti zakon namreč v 99. členu predvideva, da se na naročnika avtorskega dela prenese vsaj pravica distribuiranja dela (lahko pa tudi druga materialna avtorska upravičenja),²¹ ta obveznost pa ne more biti izpolnjena, če izvajalec

¹⁹ O dolžnosti upoštevanja priznanih pravil tehnike prim. *Münchener Kommentar BGB*, str. 1764-1765.

²⁰ Relevantna je zlasti sodna praksa višjih sodišč, Vrhovnega sodišča in Ustavnega sodišča RS, ki je javno dostopna tudi preko interneta.

²¹ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 226.

sam ni upravičen razpolagati z avtorskimi pravicami na celotnem delu.²² Povzemanje ali navajanje že prej napisanih lastnih besedil, na katerih avtorske pravice niso bile izključno prenesene na tretjo osebo, je s tega vidika seveda dopustno. Prav tako ne predstavlja pravne napake navajanje zakonskih določb ali sodnih in upravnih odločb, saj ta besedila niso avtorskopravno varovana (9. člen ZASP).

5. Odgovornost za napake

Tudi pri umskem delu kot predmetu podjemne pogodbe je mogoče razlikovati med očitnimi napakami, ki jih mora naročnik grajati že ob prevzemu in pregledu dela, in skritimi napakami, ki se pokažejo šele kasneje in se naročnik nanje lahko sklicuje do dve leti po prevzemu dela (633. in 634. člen OZ). Seveda pa se za očitne napake lahko šteje samo tiste, za ugotovitev katerih naročnik ne potrebuje specialnega pravnega znanja, temveč jih lahko opazi že ob običajno pozornem laičnem branju mnenja (če naročnik ni pravni laik, je prag očitnosti nižji). Gre torej zlasti za napake, ki niso povezane s samimi pravnimi opredelitvami, temveč se pojavljajo npr. v obliki nepopolnih odgovorov na zastavljena vprašanja, napačnem citiranju predložene dokumentacije ali napačnem podajanju dejanskega stanja, ki ga mnenje obravnava. Te napake se lahko sankcionirajo po klasičnih pravilih jamčevanja za napake pri podjemni pogodbi. Naročnik lahko zahteva od pravnega svetovalca, da napako v mnenju v določenem roku popravi oziroma lahko sorazmerno zniža plačilo ali celo odstopi od pogodbe, če bi bilo pravno mnenje zaradi napake povsem neuporabno. Kumulativno z ustreznim jamčevalnim zahtevkom pa lahko naročnik uveljavlja še odškodninski zahtevek za povrnitev posrednih oblik škode zaradi strokovnih napak pravnem mnenju.²³

Bolj problematične pa so skrite napake v pravnem mnenju, ki izvirajo iz napačnih pravnih opredelitev v njem, saj se take napake največkrat pokažejo šele tedaj, ko naročnik zaradi zanašanja na napačno pravno stališče izgubi v sodnem ali upravnem postopku. Za odpravo napak je tedaj že prepozno, zato pride v poštev le še znižanje plačila ali odstop od pogodbe in pa odškodninski zahtevek – a seveda samo v primerih, ko je v mnenju zastopano pravno stališče sploh mogoče označiti za strokovno napako. Pri tem je potrebno upoštevati tudi, da morajo biti za uveljavljanje podjemnikove poslovne odškodninske odgovornosti za škodo zaradi zaupanja izpolnjene enake predpostavke kot za podjemnikovo odgovornost za stvarne napake. To pomeni, da je potrebno skrite strokovne napake v pravnem mnenju grajati najkasneje v dveh letih od prevzema

²² Prim. *Münchener Kommentar BGB*, str. 1769-1770; Plavšak, str. 743, Mežnar, str. 217.

²³ Prim. stališče glede jamčevanja pri pogodbah o managementu in poslovnem consultingu pri Schlüter, str. 164-167.

mnenja, odškodnino zaradi njih pa je mogoče sodno uveljavljati v enem letu od grajanja oziroma kasneje le še z ugovorom (634. in 635. člen OZ).²⁴ Odškodninska terjatev zastara enako kot pogodbeni obveznosti, torej v splošnem petletnem zastaralnem roku (tretji odstavek 352. člena OZ). Glede na to, da se strokovna nepravilnost pravnega mnenja lahko dokončno pokaže šele s pravnomočnostjo sodbe v zadevi, na katero se je pravno mnenje nanašalo, bo dvoletni rok za grajanje napak in uveljavljanje odškodnine pogosto že zamujen.

Naročnik lahko seveda uveljavlja zahtevek za povračilo škode, ki jo je zaradi napačnega pravnega mnenja pretrpel na drugih svojih dobrinah, tudi po splošnih pravilih o neposlovni odškodninski odgovornosti – torej brez grajanja napak, v treh letih, odkar je izvedel za škodo in povzročitelja (prvi odstavek 352. člena OZ). Konzultant na tej podlagi odgovarja krivdno, dokazati pa je potrebno tudi protipravnost njegovega ravnanja, zato bi neposlovna odškodninska odgovornost prišla v poštev zlasti v primerih, ko je bilo napačno pravno mnenje podano namenoma.

6. Odškodninska odgovornost

Že uvodno je bilo prikazanih nekaj primerov škode, ki stranki lahko nastane zaradi zanašanja na zmotno pravno mnenje. Gre za t.i. škodo zaradi zaupanja, ki je posledica pravnih in dejanskih razpolaganj naročnika, opravljenih na podlagi zaupanja v pridobljeno pravno mnenje – ta dejanja pa se zaradi napak v mnenju pokažejo, za nepotrebna, nekoristna ali škodljiva.²⁵ Konkretna škoda je sicer odvisna od dejanskih okoliščin vsakega posamičnega primera. V zvezi z eventualno odškodninsko odgovornostjo pravnega svetovalca pa je vedno potrebno ugotoviti, katera škoda je sploh nastala zaradi napake v pravnem mnenju, in jo razmejiti od tiste škode oziroma stroškov, ki bi jih naročnik tudi sicer trpel. Relevantna je torej samo tista škoda, ki v primeru pravilne izpolnitve pogodbe o naročilu pravnega mnenja ne bi nastala. Če se je sodni postopek za naročnika mnenja neugodno končal, ker je ta zanašajoč se na pravno mnenje uveljavljal neutemeljen zahtevek ali se neutemeljeno branil pred zahtevkom nasprotne stranke, škoda zaradi napake pravnega mnenja ne obsega celotne višine izgubljenega tožbenega zahtevka, temveč samo razliko med zneskom, ki bi ga stranka plačala, če bi se prostovoljno poravnala, in nasprotni stranki prisojenim zneskom, skupaj z zamudnimi obrestmi in stroški postopka. Škoda je lahko večja, če se je pravno mnenje

²⁴ Plavšak, str. 877. Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS opr. št. II Ips 230/97 z dne 23.7.1997 in Načelno stališče 28. skupne seje Zveznega sodišča, vrhovnih sodišč republik in pokrajin in Vrhovnega vojaškega sodišča 6.-7. 11. 1985, v: Bilten Zveznega sodišča 24/86, str. 6.

²⁵ Plavšak, str. 844.

nanašalo na materialnopravna ravnanja, zaradi katerih je stranka izgubila pravice, bila obsojena na plačilo kazni ali z njimi povzročila neupravičeno škodo tretjim osebam. Od avtorja pravnega mnenja seveda lahko povračilo škode terjata samo naročnik tega mnenja, ne pa tudi tretje osebe, ki jih je nemara prizadelo naročnikovo ravnanje, saj te z avtorjem mnenja niso v pogodbenu razmerju.

Glede na to, da je odškodninska odgovornost konzultanta praviloma pogodbene narave, je potrebno pri določitvi obsega odškodnine upoštevati tudi merilo predvidljivosti škode iz 243. člena OZ. Dolžnik, ki je svojo pogodbeno obveznost izpolnil z napako in je pri tem ravnal z običajno malomarnostjo, mora povrniti upniku le tisto škodo, ki bi jo dolžnik moral pričakovati ob sklenitvi pogodbe kot možno posledico kršitve pogodbe, glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana. Dolžnik je torej dolžan povrniti upniku samo predvidljivo škodo. Le v primeru prevare ali namerne neizpolnitve ter neizpolnitve iz hude malomarnosti ima upnik pravico zahtevati od dolžnika povrnitev celotne škode, ki je nastala zaradi kršitve pogodbe, ne glede na to, ali je dolžnik vedel za posebne okoliščine, zaradi katerih je nastala. Škoda je predvidljiva, če je dolžnik lahko vedel, da bo upniku nastala določena škoda zaradi kršitve pogodbene obveznosti oziroma tudi takrat, če bi posledice mogel pričakovati glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana.²⁶ Obseg potencialne konzultantove odškodninske odgovornosti bo torej v veliki meri odvisen od tega, kako podrobno je bil seznanjen z okoliščinami primera, o katerem je dajal pravno mnenje. Pri splošni pravni študiji določene problematike ali načelni opredelitvi možnega ravnanje v določenem položaju pravni svetovalec običajno ne razpolaga tudi s podatki o finančnih razsežnostih konkretnih naročnikovih poslov, za katere se bo takšno pravno mnenje uporabilo. Obseg potencialne škode tako lahko pravni svetovalec največkrat predvidi samo v primerih, ko mu je za potrebe izdelave pravnega mnenja predložena celotna dokumentacija določenega primera.

Za opredelitev odškodninske odgovornosti pravnega svetovalca je bistveno tudi vprašanje vzročne zveze med napako pravnega mnenja in nastankom škode. Kot je bilo že ugotovljeno, konzultant k nastanku škode prispeva samo posredno, tako da z oblikovanjem določenega pravnega stališča vpliva na ravnanje naročnika. To ga samo po sebi sicer ne ekskulpirajo od odgovornosti, saj je pravno mnenje izdelano prav z namenom, da se naročnik na njegovi podlagi odloča o svojem ravnanju in konzultant to torej mora pričakovati. Vendarle pa je potrebno preučiti tudi, ali je pravno mnenje naročniku res narekovalo ukrepanje, za kakršnega se je odločil in ali je pri tem ravnal z ustrežno skrbnostjo. To velja še zlasti, če je naročnika v sodnem postopku zastopal odvetnik, ki je tudi sam pravni strokovnjak, ki ga zavezuje dolžnost, skrbeti za naročnikove interese, tako da preuči

²⁶ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. II Cp 835/99 z dne 20.10.1999.

pravno ustreznost in smotrnost njegovih pravnih dejanj.²⁷ Stranka, ki se sklicuje na kršitev pogodbe, mora namreč storiti vse razumne ukrepe, da bi se zmanjšala škoda, ki jo je ta kršitev povzročila, sicer lahko druga stranka zahteva zmanjšanje odškodnine. Če za nastalo škodo ali njeno velikost ali za otežitev dolžnikovega položaja odgovarja tudi upnik ali kdo, za katerega je on odgovoren, pa se odškodnina sorazmerno zmanjša (243. in 244. člen OZ). Naročnik mnenja in njegov pooblaščenec, ki pri sledenju pravnemu mnenju nista ravnala z ustrežno skrbnostjo, sta torej soprispevala k nastanku škode.²⁸

V posebnem primeru lahko naročnik konzultanta le zaveže pripraviti pravna stališča, ki jih bo uporabil v pogajanjih z drugimi strankami ali v tekočih sodnih in drugih postopkih, oziroma pri pripravah za sprožitev takih postopkov. V takem primeru seveda konzultant ne bo odgovarjal za napačna stališča, še zlasti, če je naročnika opozoril tudi na vsa stališča in pravna mnenja, ki za naročnika niso ugodna oziroma na spornost nekaterih stališč in mnenj.

7. Učinek izjave o omejitvi odgovornosti

Pravni svetovalci, ki se zavedajo svoje potencialne odškodninske odgovornosti nasproti naročniku, se pred tem skušajo zavarovati z vključitvijo izjav o izključitvi odgovornosti (*disclaimer of liability*) v pogodbo z naročnikom oziroma v samo pravno mnenje. Pogodbena izključitev odgovornosti ali omejitev višine odškodnine je seveda dopustna, čeprav ne more zajeti škode zaradi naklepa ali hude malomarnosti konzultanta (242. člen OZ).

Podobna izjava o omejitvi odgovornosti ali o stopnji zanesljivosti ugotovitev,²⁹ ki je vsebovana v samem mnenju, seveda ne more učinkovati kot pogodbena izključitev odgovornosti, vseeno pa ni brez pomena. Naročnika namreč opozori na namen mnenja in na stopnjo negotovosti, ki je povezana z uveljavljanjem zahtevkov v pravnih postopkih pred pristojnimi organi. Skrben naročnik bo to opozorilo pri odločanju o nadaljnjem ravnanju upošteval, s čimer bo nase prevzel odgovornost za tista tveganja, ki jih mnenje dopušča kot možna.

²⁷ O vprašanju odvetnikove odgovornosti zaradi sledenja pravnemu mnenju strankinega pravnega konzultanta glej Ryan, str. 401-416.

²⁸ Prim. Schlüter, str. 166 in *Münchener Kommentar BGB*, str. 1796.

²⁹ Primer take izjave: »Mnenje je namenjeno poučitvi naročnika glede možnosti ravnanja v obravnavanem pravnem položaju, ne pa neposredni uporabi v sodnih, upravnih ali drugih uradnih postopkih. Elaborat predstavlja osebno stališče avtorjev in je pripravljen na podlagi najboljšega znanja in osebne presoje. Izvajalec naročnika izrecno opozarja, da kljub temu ugotovitve ne pomenijo, da organ, ki bi morebiti presojal zadevo, ne bi mogel odločiti drugače, kar velja tudi v primeru, če je v ekspertizi navedena ocena ali stopnja zaupanja v mnenje njenih avtorjev.«

8. Brezplačno pravno svetovanje

Posebno vprašanje je, kako se položaj spremeni, če je bilo pravno mnenje izdelano brezplačno, kot pomoč ali usluga stranki. Pri tem ne pridejo v poštev pravila Obligacijskega zakonika o odgovornosti pri podjemni pogodbi, saj gre za neodplačen pravni posel. Zaradi tega je potrebna smiselna uporaba določb 537. člena OZ o odškodninski odgovornosti darovalca. Pravila, ki veljajo za darilno pogodbo, se namreč uporabljajo za vsa neodplačna pravna razmerja, ki niso posebej urejena.³⁰ Avtor pravnega mnenja torej odgovarja za škodo zaradi napak v mnenju samo, če je za napako vedel ali bi bil moral vedeti in osebe, ki ji je mnenje namenjeno, nanjo ni opozoril. To načeloma velja tudi za brezplačne pravne nasvete, dostopne na internetu, pri katerih pa se mora razumno skrbna stranka zavedati njihove relativne nezanesljivosti. Tako stranka, ki se je slepo zanesla na anonimen pravni nasvet z internetnega foruma, ne da bi se o tem posvetovala s pravnim strokovnjakom, pač ne more uspeti z odškodninskim zahtevkom, če se je nasvet izkazal na napačnega. Iste ugotovitve pa ne veljajo nujno tudi za pravno svetovanje po Zakonu o brezplačni pravni pomoči,³¹ ki je za stranko sicer neodplačno, vendar je financirano iz javnih sredstev.³²

ODGOVORNOST
ZA NAPAKE V
PRAVNEM MNENJU
NEODVISNEGA
PRAVNEGA
STROKOVNJAKA

191

9. Zaključek

Na podlagi zgornjih ugotovitev lahko sklenemo, da pravna podlaga za odškodninsko odgovornost zaradi napačnega pravnega mnenja sicer obstaja, vendar bo v praksi takšen zahtevek zoper pravnega svetovalca razmeroma redko mogoče uspešno uveljaviti. Napako v mnenju je namreč potrebno pravočasno ugotoviti in grajati, nato pa v odškodninski pravdi dokazati, da je v mnenju zastopano pravno stališče res strokovno napačno, da je škoda res nastala prav zaradi sledenja takemu stališču, da se naročnik mnenja in njegov odvetnik kljub svetovalčevemu opozorilu nista mogla zavedati tveganj, povezanih z zanašanjem na pravno mnenje in da kljub skrbnemu ravnanju nista mogla preprečiti nastanka te škode ter da je pravni svetovalec nastanek škode v iztoževanem obsegu lahko predvidel že v času priprave pravnega mnenja.

Takšen pravni položaj pa je navsezadnje skladen z namenom pogodbe o pripravi pravnega mnenja: to naj naročniku omogoči, da se seznanj z vsemi pravnimi razsežnostmi določene problematike in se na podlagi tega znanja sam odloči o svojem ravnanju, upoštevajoč z

³⁰ B. Podgoršek v: *Obligacijski zakonik s komentarjem*, str. 462.

³¹ Ur.l. RS, št. 48/2001, 50/2004, 96/2004-UPB1, 23/2008.

³² O izključitvi odgovornosti odvetnika za *pro bono* opravljene storitve v ameriškem pravu glej Berenson, str. 1-31.

njim povezana tveganja. Stranka, ki potrebuje konkretnije vodstvo pri svojih ravnanjih, mora z odvetnikom skleniti pogodbo o pravnem svetovanju in zastopanju, iz katere izvira dolžnost aktivnega prizadevanja za varovanje strankinih interesov. To pa še ne pomeni, da lahko neodvisni pravni svetovalci v pravno mnenje zapišejo, karkoli se jim zazdi brez skrbi pred kakršnokoli odgovornostjo. Poleg izpostavljanja jamčevalnim zahtevkom naročnika za odpravo napak v pravnem mnenju in sorazmerno znižanje plačila si pravni konzultant z malomarnim delom zmanjšuje strokovni ugled, ki je bistven za opravljanje tovrstne dejavnosti. Če je za konzultanta korektno delo predvsem vprašanje poklicne etike, pa je za naročnika pomemben nauk, da pravnega mnenja ne gre iskati pri komerkoli, temveč samo pri pravnem strokovnjaku, čigar znanju in strokovni integriteti lahko zaupa.

Literatura

1. BERENSON, S.K., A Cloak for the Bare: In Support of Allowing Prospective Malpractice Liability Waivers in Certain Malpractice Cases. THE JOURNAL OF THE LEGAL PROFESSION, LETNIK 29, ŠT. 1, 2004-2005, STR. 1-31.
2. MEŽNAR, Š., Pogodba o naročilu avtorskega dela – nekateri obligacijskopравни vidiki. ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV, LETN. 62 (2002), STR. 193-227;
3. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4, Schuldrecht: Besonderer Teil II. 4. AUFLAGE. MÜNCHEN: C.H. BECK, 2005.
4. Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem. Knj. 3: Posebni del: (435. do 703. člen). [REDAKTORJA M. JUHART, N. PLAVŠAK] LJUBLJANA: GV ZALOŽBA: 2004.
5. PRÜTTING, H., Rechtsberatung zwischen Deregulierung und Verbraucherschutz. V: Verhandlungen des fünfundsechzigsten Deutschen Juristentages: Bonn 2004. Band I: Gutachten. MÜNCHEN: C. H. BECK, 2004-2005, STR. G7-G54.
6. RAMOS, M.R., Legal Malpractice: The Profession's Dirty Little Secret. VANDERBILT LAW REVIEW, LETNIK 47, ŠT. 6, 1994, STR. 1657-1751.
7. RYAN, R.H. JR., Recipient Counsel Responsibilities and Concerns. THE BUSINESS LAWYER, LETNIK 62, ŠT. 2, 2007, STR. 401-416.
8. SCHLÜTER, A., Management- und Consulting-Verträge. BERLIN: WALTER DE GRUYTER, 1987.
9. TRAMPUŽ, M., OMAN, B., ZUPANČIČ, A., Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem. LJUBLJANA: GOSPODARSKI VESTNIK, 1997.

ODGOVORNOST
ZA NAPAKE V
PRAVNEM MNENJU
NEODVISNEGA
PRAVNEGA
STROKOVNJAKA

IV.

Nomotehnika

Pravni letopis

2008

Pravopolitični in nomotehnični problemi Avtentične razlage

dr. Albin Igličar¹

1. Pojemovni vidik

Med tremi skupinami razlagalcev (vsak pravni subjekt, doktrina, državni organi) gre posebno mesto razlagi splošnih pravnih aktov, ki jo dajejo oblastni organi.

197

Oblastni organi dajejo v osnovi tri vrste razlage. Zakonodajalec lahko poda sam razlago zakona, ki ga je sprejel. Ta razlaga ima enako veljavo kot sam zakon². Takšna razlaga ima splošno veljavo (Pavčnik, 2007: 482), enako kot druga vrsta razlage, ki jo dajejo od zakonodajalca pooblašteni organi, zlasti izvršilni in upravni organi t. j. vlada in posamezna ministrstva (Miličič, 2003: 355). Tretja vrsta obvezne razlage, ki pa velja za vsak posamični primer in jo dajejo oblastni organi, je razlaga sodišč in upravnih organov v procesu ustvarjalne uporabe pravnih pravil³. V teoriji pogosto zasledimo misel, da je prav razlaga osnovno orodje sodnika pri uveljavljanju njegove vloge v demokraciji (Barak, 2006: 124).

¹ Profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Interpretatio authentica per modum legis exhibita eandem vim habet ac lex ipsa (Romac 1988: 336)

³ t. i. kazuistična razlaga pravnih pravil



2. Zgodovinski vidik

DR. ALBIN IGLIČAR

198 Avtentična razlaga zakonov je poznana v evropskem kontinentalnem pravnem sistemu, čeprav jo na operativni ravni ne uvajajo vse ureditve znotraj tega sistema. Uveljavitev avtentične razlage je odvisna od zgodovinskega razvoja posamezne globalne družbe, njene politične ureditve ter pravne in splošne družbene kulture. Naslanjajoč se na rimskopravno tradicijo je na primer to razlago iz srednjeveškega obdobja uveljavilo tudi sodobno cerkveno (kanonsko) pravo rimokatoliške cerkve⁴. Le-to predvideva možnost avtentične razlage v smislu pojasnjevanja nedvoumnih zakonskih izrazov z možnostjo retroaktivnega učinkovanja, medtem ko ob dvoumnem zakonu ali celo ob oženju ali širjenju njegovega pomena avtentična razlaga nima retroaktivnega učinka.

Zgodovinsko razvojno gledano, je avtentična razlaga pridobila na pomenu v času velikih kodifikacij v devetnajstem stoletju ob prevladi pravnega dogmatizma in t. i. eksegetične šole. V Franciji in nekaterih drugih državah evropskega kontinenta so se oblikovale celo posebne komisije⁵, na katere je bilo treba obvezno nasloviti zahtevek za razlago nejasnih zakonskih določb, da bi se tako preprečilo sodnikom in drugim uporabnikom zakonov, da bi s svojo razlago »izdali« voljo zakonodajalca (Visković, 2001: 246). Zato neposredno po francoski revoluciji sodniki tako rekoč niso smeli razlagati zakonov, ampak so v spornih primerih prepuščali razlago zakonodajnemu telesu (Auersperger, 2006:68).

⁴ Zakonik cerkvenega prava, kanon 16, par. 2 opredeljuje avtentično razlago (interpretatio authentica) takole: »Verodostojna razlaga, izdana v obliki zakona, ima isto veljavo kakor zakon sam in se mora razglasiti; če nedvoumne besede zakona le pojasnjuje, velja za nazaj; če pa zakon oži, razširja ali če dvoumen zakon razlaga, ne učinkuje za nazaj.«

⁵ V Franciji »refere legislatif«

Avtentična razlaga je torej potencirala položaj sodnika kot zgolj t.i. subsumpcijskega avtomata, ki mora zakonsko normo mehanično uporabiti na posamični življenjski primer. Takšen strogo pozitivistični pristop, ki je dominiral v devetnajstem stoletju sodniku, preprečuje samostojno razlaganje zakonske norme. Kadar zakonska norma ni jasna mora – glede na takratno prevladujoče pravno naziranje – za pojasnilo zaprositi zakonodajalca, saj nikakor ne sme sam vnašati v zakonsko določilo kakršnekoli lastne misli oziroma razlage. Tako je omejeval sodnika tudi Občni državljanski zakonik iz 1811 leta⁶. Avtentična razlaga se je torej uporabljala kot svojevrstno sredstvo discipliniranja sodstva in upravnih uradnikov. S takšno mehanično oziroma zgolj izvedbeno vlogo sodnika se je njegova ustvarjalnost želela reducirati na minimum.

3. Pravnopolitični vidik

Avtentična razlaga uveljavljala predvsem v avtokratičnih političnih sistemih ter v evropskem kontinentalnem pravnem sistemu neposredno po t.i. boržuazno-demokratičnih revolucijah, ne pa v anglosaksonskem pravnem območju. Tako so v Veliki Britaniji kljub principu o supremaciji parlamenta končni pomen zakonom dajali sodni precedensi (McLeod, 2005: 224). Kasnejši razvoj pa je tudi v kontinentalnem pravu vodil v smer vedno večje samostojnosti sodnika in k vedno manjšemu pomenu avtentične razlage zakonodajalca.

Avtentična razlaga je izrazito kompatibilna zopet s konceptom enotnosti oblasti oziroma skupščinske vladavine. Posebej v socialističnem političnem sistemu je ob ideologiji o predstavniškem telesu oziroma skupščini kot najvišjem organu državne oblasti zmanjšana moč sodne veje oblasti in s tem tudi možnost ustvarjalnosti pri uporabi zakonskih norm. Stroga vezanost sodnika (in upravnih uradnikov) na interese vladajočega delavskega razreda, (v interpretaciji političnih predstavnikov tega razreda in pod njihovim odločilnim vplivom pri zakonski institucionalizaciji teh interesov), je ob nedorečenih zakonskih normah predvidevala njihovo razlago predvsem s strani samega zakonodajalca. S tem sta bila zmanjšana vloga in pomen sodišč med državnimi organi.

Z uveljavitvijo načela o delitvi oblasti oziroma principa t. i. zavor in ravnovesij pa obvezna razlaga zakonskih norm gre organom, ki sodelujejo v procesu uporabe splošnih pravnih norm, zlasti sodiščem in upravnim organom. V sistemu delitve oblasti se razvije »zavest, da so sodišča tista, ki imajo končno besedo o tem, kaj pomeni posamezna zakonska določba...« (Auersperger, 2006: 99). Zato je za sodobne demokracije – glede

⁶ Par. 8 ODZ (ABGB): »Le zakonodajalec ima oblast, da razlaga zakon na obče obvezen način.«

avtentične razlage – razumljiv stavek iz Blackovega pravnega slovarja, da avtentične razlage «...skrben svetovalec danes ne bi priporočal nobeni vladi.»⁷ Z avtentično razlago zakonodajalec v nekem smislu popravlja svoje napake oziroma dopolnjuje slaba zakonska besedila ter tako rekoč zlorablja svoj položaj. V visoko razvitem pravnem sistemu bi potemtakem morala biti avtentična razlaga neznana, saj bi morali iz zakonodajnega postopka iziti dorečeni in jasni zakoni. Kasnejše zakonodajalčeve (avtentične oz. verodostojne) razlage z retroaktivno veljavnostjo v takšnem sistemu niso potrebne.

Za naslednjo spremembo Poslovnika Državnega zbora pa bi sploh kazalo razmisliti, ali ne bi postopek za sprejem avtentične razlage zakona enostavno spustili iz poslovnika. Odgovor na vprašanje, ali je treba avtentično razlago urejati (institucionalizirati) v parlamentarnem poslovniku, je torej prej negativen kot pozitiven. Opuščitev tega instituta bi povečala primerljivost slovenskih določb parlamentarnega poslovnika z določbami poslovnikov t. i. tradicionalnih demokracij. Če bi se pojavila resnična potreba po avtentični razlagi pa naj bi takšen interpretativni zakon Državni zbor sprejel po rednem zakonodajnem postopku. Čeprav je tudi odgovor na vprašanje, ali je bila avtentična razlaga v praksi slovenskega zakonodajalca kdaj zlorabljena, negativen, je po drugi strani tudi očitno, da je odgovor na vprašanje, ali je avtentična razlaga odvisna od narave političnega sistema, njegove nagnjenosti k demokraciji oziroma avtokraciji, pozitiven. To pa postavlja avtentično razlago v izrazito odvisnost od politične in pravne kulture določene globalne družbe.

4. Poslovniški vidik

V poslovnikih nemškega, avstrijskega, britanskega, italijanskega pa tudi poljskega, češkega, madžarskega in še številnih drugih predstavniških teles, pri reguliranju njihovih zakonodajnih funkcij in zakonodajnega postopka, ne srečamo izrecnih določb o postopku za sprejem avtentične razlage. Omenjeni sistemi sicer poznajo institut avtentične razlage, nimajo pa predvidenega posebnega postopka za sprejem takšne razlage v zakonodajnem oziroma predstavniškem telesu. Specialne določbe o postopku sprejemanja avtentične razlage pa srečamo v poslovnikih držav, nastalih po razpadu Jugoslavije.

⁷ Poslovník hrvatskoga Sabora, čl. 171 – 173: »Vjerodostojno tumačenje zakona«

Posebne določbe v okviru poslovnih norm tako vsebuje poslovnik hrvaškega Sabora⁸, makedonskega Sobranja⁹ srbske Narodne skupščine¹⁰ in tudi Poslovnik Državnega zbora Republike Slovenije, medtem ko za Bosno in Hercegovino srečamo pojasnilo, da je postopek za sprejem avtentične razlage enak zakonodajnemu postopku¹¹.

V veljavnem Poslovniku Državnega zbora Republike Slovenije¹² je določeno, da kadar kakšna norma v zakonu ni zadosti jasna, lahko vsak predlagatelj zakona¹³ predlaga, naj Državni zbor sprejme avtentično razlago nejasnega člena oziroma norme v zakonu. Interpretacija, ki jo poda organ, ki je normo sprejel, spada seveda med kategorijo obveznih razlag, ki pa ima še dodatno naravo avtentične razlage.

Prejšnji poslovniki so za razlago zakona, ki jo sprejme zakonodajni organ uporabljali izraz "obvezna" razlaga zakona¹⁴, vendar ker je obvezna pravzaprav vsaka razlaga, ki jo v procesu uporabljanja prava poda državni organ, je za primer, ko zakon tolmači sam zakonodajalec, bolj točni termin "avtentična" razlaga, ki je seveda tudi obvezna. Posebne avtentične razlage pa je v njeni posebni moči, saj postane sestavni del zakona in velja od dneva, ko je začel veljati zakon, h kateremu je bila sprejeta avtentična razlaga. Vendar avtentična razlaga nima povratnega učinka na pravnomočno rešene zadeve in ne učinkuje retroaktivno, če bi sprejeta razlaga posegala v pridobljene pravice. V dobrem pravnem sistemu naj bi bilo avtentičnih razlag zakonov čim manj, vendar se jim v določenih primerih ob nejasnih zakonih oziroma ob dvoumih zakonskih določbah ni mogoče izogniti. Seveda pa avtentične razlage zakonodajalec ne sme zlorabljati in se zatekati k avtentični razlagi, ko bi bilo treba sprejeti spremembe oziroma dopolnitve zakona.

5. Metodični vidik

Pri avtentični interpretaciji bo zakonodajalec posegel predvsem po namenski (teleološki) razlagi, v tesni navezavi z zgodovinsko razlago. Argumenti teh dveh vrst interpretacije imajo pri avtentični razlagi prednost pred jezikovno, logično in sistematično razlago.

⁸ Čl. 181, 182

⁹ Čl. 158 - 165

¹⁰ <http://www.parlament.ba/hrvindex.php>

¹¹ Poslovnik Državnega zbora, Ur. l. RS 35/02, Postopek za sprejem avtentične razlage zakona, čl. 149 - 152

¹² To so : vlada, vsak poslanec, Državni svet in 5 000 volilcev

¹³ Npr. Poslovnik Državnega zbora iz leta 1993 (Ur. l. RS 40/93); Postopek za obvezno razlago zakona, čl. 208 - 212

¹⁴ S tega vidika so zlasti pomembne poslovniške zahteve, da »Uvod obsega: oceno stanja in razloge za sprejem zakona, cilje, načela in poglavitne rešitve predloga zakona...posledice, ki jih bo imel sprejem zakona.« (115/2 člen Poslovnika Državnega zbora (Ur. l. RS 35/02)

Namen zakonodajalca namreč najlaže ugotovi zakonodajalec sam. To velja še posebej, kadar daje avtentično razlago zakona isti sestav zakonodajnega telesa, kot je zakon (h kateremu se sprejema avtentična razlaga) sprejel. Tedaj namreč pride do izraza »volja aktualnega zakonodajalca«, medtem ko je »volja zgodovinskega zakonodajalca« (Pavčnik, 2007: 527) bolj v ospredju pri t. i. objektivistično-dinamični razlagi, ki jo podaja drug sestav zakonodajnega telesa, ki je drugačen od tistega, ki je zakon sprejel.

Objektivni namen zakona je opredeljen z interesi, vrednotami, politiko, ki je vodila zakonodajalca ter funkcijo, ki jo ima pravo v demokraciji (Barak, 2006: 138). Zato je za pošteno avtentično razlago treba upoštevati vsa gradiva in pripravljalne študije ter razpravo članov zakonodajnega telesa ob sprejemanju zakona, h kateremu se daje avtentična razlaga. V tej povezavi je – z vidika zakonodajnega postopka v slovenskem Državnem zboru – zlasti pomemben Uvod k predlogu zakona, kot obvezna sestavina okziškega predloga¹⁵. Seveda ne sme avtentična razlaga ob ugotavljanju namena oziroma volje zakonodajalca zaiti v samovoljno tolmačenje, saj mora biti tudi njeno izhodišče zakonsko besedilo oziroma jezik zakona. V tem okviru je mogoče upoštevati socialne in kulturne okoliščine, ki so botrovale sprejemu zakona.

6. Nomotehnični vidik

Predlog za sprejem avtentične razlage mora vsebovati naslov zakona, opredelitev člena, za katerega je predlagana avtentična razlaga, razloge zanjo in predlog besedila avtentične razlage. V postopek za sprejema avtentične razlage se vključi najprej matično delovno telo, ki pridobi tudi mnenje zakonodajno-pravne službe. Delovno telo, ki je kot matično obravnavalo zakon, h kateremu je predlagana avtentična razlaga sprva prouči ustreznosti člen ter obravnava vprašanje, če je sploh potrebno zanj sprejeti avtentično razlago. Ob pozitivnem odgovoru na to vprašanje nato delovno telo obravnava še podani predlog besedila avtentične razlage. K temu besedilu lahko matično delovno telo predlaga tudi amandmaje.

¹⁵ Število avtentičnih razlag v mandatnem obdobju 2000 – 2004:

2001.....	0
2002.....	0
2003.....	1
2004.....	2
2005.....	0
2006.....	3

Sestavine predloga avtentične razlage so:

1. Naslov zakona
2. Navedba člena za katerega se predlaga avtentična razlaga
3. Razlogi za avtentično razlago
4. Predlog besedila avtentične razlage

Državni zbor na isti seji razpravlja in glasuje o predlogu za sprejema avtentične razlage in o samem besedilu avtentične razlage. Zakonodajno telo se na plenarni seji lahko odloči tudi, da je potrebna avtentična razlaga, vendar ne sprejme njenega besedila. V takšnem primeru zadolži ustrezno matično delovno telo, da ob pomoči zakonodajno-pravne službe, pripravi nov predlog besedila avtentične razlage.

Določen člen zakona je mogoče v obliki avtentične razlage tolmačiti le enkrat, saj te razlage potem ni moče ponovno spremeniti. Za sprejem avtentične razlage je potrebna enaka večina glasov poslancev kot je določena za sprejem zakona, h kateremu je podana avtentična razlaga. Sprejeta avtentična razlaga postane sestavina zakona, zato je treba to razlago objaviti v uradnem glasilu.

7. Kvantitativni vidik

Slovenski Državni zbor v minulem mandatnem obdobju (2000 – 2004) ni pretiraval z avtentičnimi razlagami, saj so bile sprejete le tri¹⁶, medtem ko je v mandatnem obdobju 1992 – 1996 sprejel 6, v mandatnem obdobju 1996 – 2000 pa 5 avtentičnih (obveznih) razlag¹⁷. Med omenjenimi prvimi tremi avtentičnimi razlagami so le-te zadevale obligacijski zakonik¹⁸, zakon o medijih¹⁹ ter Zakon o investicijskih družbah in družbah za upravljanje²⁰. V letu 2005 Državni zbor ni sprejel nobene avtentične razlage, v letu 2006 pa so bile sprejete spet 3 avtentične razlage²¹.

¹⁶ Državni zbor Republike Slovenije 1992 – 2002, Ljubljana, str. 225

¹⁷ Npr. avtentična razlaga 195. čl. Obligacijskega zakonika: »Za neutemeljeno plačilo se šteje tudi plačilo na podlagi pravnomočne sodne odločbe, ki je bila kasneje spremenjena ali odpravljena.«

¹⁸ Avtentična razlaga prvega in tretjega odstavka 84. člena Zakona o medijih

¹⁹ Avtentična razlaga prvega odstavka 137. člena Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje: »Kot posli za račun vzajemnega sklada iz prvega odstavka 137. člena Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje se štejejo posli, katerih predmet je premoženje vzajemnega sklada.«

²⁰ Poročilo o delu Državnega zbora v obdobju 2004 – 2008, prvo in drugo leto mandata (oktober 2004 – december 2006)

²¹ Na primer Predlog za avtentično razlago besedila 33. čl. Zakona o vrtcih, april 2006, ki ga je Državnemu zboru RS v obravnavo predložil Državni svet RS.

Avtentično razlago je mogoče tudi zlorabiti, kadar bi z njo nadomeščali potrebne spremembe oziroma dopolnitve kakšnega zakona. V praksi se večkrat dogaja, da želi predlagatelj uporabiti enostavnejši enofazni postopek za sprejem avtentične razlage, namesto rednega trofaznega zakonodajnega postopka²². Namen instituta avtentične razlage je presežen oziroma zlorabljen, če se z avtentično razlago nadomešča redni zakonodajni postopek.

V delu slovenskega Državnega zbora – kot že omenjeno – do sedaj zlorab postopka avtentične razlage ni bilo, zato kaže takšen izrazito restriktivni pristop do avtentične razlage zasledovati tudi v bodoče. Zlorabam zakonodajnega postopka se namreč do sedaj slovenski zakonodajalec ni izognil. V mandatnem obdobju 200 – 2004 je namreč sprejel veliko več zakonov po izjemnem (nujnim in skrajšanim) postopku kot po rednem zakonodajnem postopku²³:

V omenjenem časovnem obdobjih se je torej zgodila svojska zloraba zakonodajnega postopka, saj so se preširoko razlagali razlogi za dopustno uporabo nujnih in skrajšanih postopkov, kar ima za posledico slabe zakone, ki niso dorečeni in jih je zato treba hitro spreminjati in dopolnjevati. Takšna usoda ni doletela avtentične razlage, saj je bil Državni zbor glede sprejemanja avtentičnih razlag ustrezno zadržan..

Pri tem je kar dosledno upošteval tudi usmeritev, da je ob subjektivnih namenih zakonodajalca, vedno upošteval objektivne cilje pravnega sistema («the intention of the system»; Barak 2006: 141), izhajajoč predvsem iz ustavnih načel in kriterijev. Zato je ob »volji zakonodajalca« kot predstavnika ljudstva, potrebno ob teleološki razlagi imeti pred očmi še načela o delitvi oblasti, neodvisnosti sodstva ter pravne države z njeno bistveno sestavino, podano skozi človekove (ustavne) pravice. Zato je omenjena razlaga večkrat poimenovana kot funkcionalna razlaga. Takšna naravnost je še posebej nujna, kadar daje razlago ustvarjalec splošnega pravnega akta, torej ko le-ta sprejema avtentično razlago.

²² Podatkovne zbirke Državnega zbora Republike Slovenije:

redni postopek.....148
nujni (hitri) postopek..... 188
skrajšani posotpek.....100
ratifikacije.....243

²³ Zakon o dohodnini – Zdoh -1, Ur. l. RS 54/04

8. Kazuistični vidik

Predlogi za sprejem avtentične razlage, s katero bi se dejansko uvajala nova pravna pravila so kar pogosti. Tako so na primer poslanske skupine koncem leta 2005 vložile kar dva predloga za sprejem avtentične razlage 3. in 5. točke drugega odstavka 57. člena Zakona o dohodnini²⁴, smiselno enak predlog pa je podala tudi interesna skupina lokalnih interesov v Državnem svetu. Želja predlagateljev je bila, da bi se z obvezno razlago izenačilo pogoje kmetovanja oziroma pridelave hmelja in sadja s pridelavo grozdja in oliv. Teh dveh vrst kmetijske pridelave, kadar je namenjena prodaji, namreč veljavni zakon ni uvrstil med osnovno kmetijsko dejavnost²⁵. Predlagana rešitev v predlogu avtentične razlage²⁶ pa naj bi pomenila izenačitev pogojev kmetovanja tudi za pridelovalce grozdja in oliv, saj bi se tudi ta pridelava – pod določenimi pogoji – štela za osnovno kmetijsko dejavnost.

Odbor za finance in monetarno politiko Državnega zbora predloga za sprejem avtentične razlage ni sprejel²⁷. Pri tem se je oprl na mnenja Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora, ki je v svojem mnenju navedla, da je obrazložitev v predlogu za sprejem avtentične razlage v nasprotju z namenom avtentične razlage. Le- ta je utemeljena le v primeru nejasnih zakonskih določb, medtem ko so v opisanem primeru zakonske določbe jasne, razlogi predlagateljev avtentične razlage pa so bili povsem vsebinske narave, saj niso oporekali jasnosti zakonske določbe, temveč so jo želeli spremeniti.

Nejasnost nastane na primer pri računanju 60 dnevnega roka z vložitev ustavne pritožbe ob določbah Zakona o ustavnem sodišču, ki zahteva, da je mogoče ustavno pritožbo vložiti šele, ko so izčrpana vsa pravna sredstva, kjer pri izrednih pravnih sredstvih ni mogoče nedvoumno odgovoriti ali so med njimi šteta tudi sredstva, ki jih ne more neposredno vložiti prizadeti subjekt, ampak je le-ta zgolj pobudnik za vložitev takšnega sredstva, ki ga sicer lahko vloži le pristojni državni organ (npr. zahteva za varstvo zakonitosti, ki jo lahko vloži državni tožilec na pobudo fizične osebe). Takšno nejasnost seveda lahko najprej odpravi ustaljena sodna praksa in šele potem morebitna avtentična razlaga.

²⁴ 57/2 čl. Zдох - 1: » Kot osnovna kmetijska dejavnost se šteje kmetijska pridelava, ki je v celoti ali pretežno vezana na uporabo kmetijskih zemljišč, vodenih v zemljiškem katastru dejanske rabe kmetijskih zemljišč, in vključuje: 1) pridelavo žit in drugih poljščin, vključno s pridelavo vrtnin v njivskem kolobarju, 2) pridelavo hmelja, 3) pridelavo grozdja in proizvodnjo vina iz lastnega pridelka, razen proizvodnje vina za prodajo, 4) pridelavo sadja, 5) pridelavo oljk in oljčnega olja iz lastnega pridelka, razen proizvodnje oljčnega olja za prodajo, 6) rejo govedi, ovac, koz, oslov, mul in mezgov, 7) prirajo mleka, rejo prašičev, perutnine, nojev in jelenjadi na pretežno lastni krmii.«

²⁵ Predlog avtentične razlage 3. in 5. točke drugega odstavka 57. člena Zakona o dohodnini: » Za kmeta vinarja in kmeta oljarja se tudi proizvodnja vina oziroma oljčnega olja za prodajo šteje kot osnovna kmetijska dejavnost....«

²⁶ Poročevalec Državnega zbora RS 32 (21), str. 37 -41

²⁷ 51 in 52. čl. Zakona o Ustavnem sodišču, Ur. l. RS 15/94

Citirana literatura in pravni viri

1. AUERSPERGER MATIČ ANDREJ (2006): Načelo pravne države v sodnih postopkih: od sodne prakse do precedensa, *Pravnik*, letnik 62, št. 1-3, str. 63 – 105, Ljubljana
2. BARAK AHARON (2006): *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford
3. Black's Law Dictionary (1999), Seventh edition, West group, St Paul, Min.
4. HAUSMANINGER HERBERT (2002): *Avstrijski pravni sistem*, Cankarjeva založba, Ljubljana
5. MILIČIĆ VJEKOSLAV (2003): *Opća teorija prava i države*, Zagreb
6. PAVČNIK MARIJAN (2007): *Teorija prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana
7. PAVČNIK M., CERAR M., NOVAK A. (2006): *Uvod v pravoznanstvo*, Založba Uradni list, Ljubljana
8. *Podatkovne zbirke Državnega zbora Republike Slovenije*, Ljubljana
9. *Poročevalec Državnega zbora RS*, št. 32, letnik 21, Ljubljana
10. *Poročilo o delu Državnega zbora v obdobju 2004 – 2008*, prvo leto mandata (oktober 2004 – december 2005), Ljubljana
11. ROMAC ANTE (1988): *Florilegij latinskih izreka*, Minerva, Zagreb
12. VISKOVIĆ NIKOLA (2001): *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb
13. MCLEOD THOMAS IAN (2005): *Legal method* Palgrave Macmillan, London
14. Avtentična razlaga 195. čl. Obligacijskega zakonika, *Ur. l. RS* 32/04
15. Avtentična razlaga 137. čl. Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje, *Ur. l. RS* 32/04
16. Avtentična razlaga 84. čl. Zakona o medijih, *Ur. l. RS* 62/03
17. Poslovnik Državnega zbora Republike Slovenije, *Ur. l. RS* 35/02
18. Poslovnik Državnega zbora Republike Slovenije, *Ur. l.* 40/93
19. Zakon o ustavnem sodišču, *Ur. l. RS* 15/94
20. Zakon o dohodnini (Zdoh 1), *Ur. l. RS* 54/04
21. *Zakonik cerkvenega prava (Codex iuris canonici)*, Ljubljana 1999

PRAVNOPOLITIČNI
IN NOMOTEHNIČNI
PROBLEMI
AVTENTIČNE
RAZLAGE

207

Naša nomotehnika in pravna varnost

mag. Borut Šinkovec¹

Naslov, ki govori (zgolj) o »naši« nomotehniki in pravni varnosti bi bil preozek, če bi ga morali razumeti in bi pustili, da bi nas tudi glede splošnih opredelitev ob povezavah med nomotehniko in pravno varnostjo res vezal zgolj na našo nomotehniko. V resnici ta povezava, o kateri govori naslov, namreč obstoji med vsako nomotehniko vsake države (oziroma pravne ureditve) in pravno varnostjo v tej državi. Sistemsko gledano so ta razmerja povsod enake narave, pa tudi enakega pomena za pravno varnost in pravni red v celoti. Neka »utesnitev« s tem v zvezi zgolj na našo nomotehniko torej pač ne more niti priti v poštev. Splošna opredelitev teh vprašanj je hkrati lahko tudi samo splošno veljavna.

209

Pravno stanje je, najkrajše rečeno in predno se spustimo v vsebinsko obravnavo pojma, določeno stanje v družbi. Vsebinsko to stanje napolnjujejo pravzaprav kar vsi, vsekakor pa vsi bistveni elementi pravne države. Pravna država je pač po svoji naravi in vsebini kompleksen pojem. Naša ustava tako npr. v 2. členu enostavno »določa«, da je Slovenija pravna (in socialna) država. Pravilnost in tako rekoč normativno izvršitev te določbe pa seveda v resnici zagotavljajo šele elementi pravne države, ki jih ustava zagotavlja in so vanjo vgrajeni. Pojem pravne države je nastajal in se razvijal postopoma, počenši od ideje konstitucionalizma. Ta ideja, ki je posledično zgodovinsko vodila do današnje, kot rečemo »moderne« pravne države, je sprva težila k omejitvi absolutne oblasti monarha, pozneje pa še absolutne moči parlamenta. Danes ne v teoriji ne v praksi ni dvoma o tem, kaj (bistvenega) sodi v elemente pravne države. Še več, ti elementi so danes v vsaki demokratični pravni državi v temelju zagotovljeni in vgrajeni v njen ustavni pravni red.

¹ Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo.

Poleg tega je treba pojem pravne varnosti razumeti tudi več kot samo neko obstoječe, še manj pa (trajno) zagotovljeno stanje v družbi. Razumeti in pravilno tolmačiti ga je namreč treba tudi tako, da mora biti skrb in prizadevanje za pravno varnost tudi ena od nosilnih nalog znotraj vsake pravne ureditve. Pomena pravne varnosti, kot jo nekoliko podrobneje obravnavamo tudi v nadaljevanju, tako v družbi, ki naj se šteje za pravno urejeno družbo enostavno ni možno preceniti. Ker pa (gledano v širšem smislu prav gotovo) v pravno varnost sodijo tako rekoč vsi, vsekakor pa vsi bistveni elementi pravne države, jo v tem smislu in na tem nivoju lahko najbolj enostavno označimo tudi s tem, da jo enostavno pomensko in vsebinsko izenačimo s samim pojmom pravne države. Oba pojma sta namreč v tem smislu med seboj dejansko in pravno nerazdružljiva. Nedvomno je res, da samo pravna država zagotavlja oziroma lahko zagotovi pravno varnost, in obratno; pravna varnost je zagotovljena samo v pravni državi, t.j. v pravni ureditvi, ki ima in zagotavlja delovanje vseh (bistvenih) elementov pravne države. Pravilnosti taki splošni in najširši opredelitvi pojma pravne države torej ni možno ugovarjati. Vendar je pa hkrati za vsako podrobnejšo obravnavo pravne varnosti taka posplošena opredelitev seveda močno pomanjkljiva. Zato pravna teorija, tako rekoč že kar na enciklopedični ravni pojem pravne varnosti vedno obravnava tudi samostojno in (v tem smislu) posebej in ločeno od obravnave samega pojma pravne države. To pa vodi torej tudi do samostojne obravnave pojma pravne varnosti v ožjem in s tem tudi teoretično pravem pomenu.

Gledano v ožjem pomenu sta pravna varnost in stabilnost (veljavnega, obstoječega) prava, poleg materialne pravičnosti (kar pa je vendarle nek drugi, poseben vidik pravne države) bistveni sestavini pravne države. Tukaj – torej nekoliko drugače kot zgoraj – pojem pravne varnosti ne izenačujemo s pojmom pravne države, temveč pravno varnost obravnavamo kot njen (bistveni) sestavni del oziroma element. Sam pojem stabilnosti prava bi bilo sicer možno vključiti v sam okvir in vsebino pojma pravne varnosti. Vendar je pa ta element tako pomemben, hkrati pa s pravno varnostjo neposredno povezan (in v tem smislu res tudi njen sestavni del), da je pravilno, da ga obravnavamo tudi še posebej in ločeno od samega pojma pravne varnosti. Tako bomo storili tudi v nadaljevanju te obravnave, medtem ko pa zaenkrat ostajamo torej samo pri pojmu pravne varnosti (v ožjem smislu) kot take. Že ta pojem sam sestavljata dva pojmovno različna, pa čeprav posledično in glede učinkovanja neposredno vsebinsko povezana sklopa. Drugi sklop je s prvim pogojen, prvi pa bi brez drugega izgubil vsak pravi smisel.

Mnogotera so razpolaganja, dejanja in nehanja ljudi. Vsa niso pravno urejena, in v vseh ljudje ne nastopajo kot pravni subjekti, njihova ravnanja in nehanja pa nimajo pravnih posledic. Toda v tistih, sicer zelo številnih primerih, ko pa njihova razpolaganja imajo pravne posledice, in so taka razpolaganja torej pravno relevantna, ker jih pravo ureja, pa gre tudi za vprašanje pravne varnosti. Z vsakim takim ravnanjem subjekti vstopajo v razmerja, ki so pravno urejena – s predpisi. Urejena pa na tak način morajo biti, ker v

tem je namreč pogoj obveznosti prava, da je kot tako tudi pravilno formalno predpisano in določeno. S tem se pa tudi pričanja pravna varnost oziroma samo vprašanje pravne varnosti. Pravna varnost terja, da so oblastni predpisi in njihova vsebina določeni vnaprej, v tem smislu torej vnaprej predvidljive tudi vse pravne posledice pravno relevantnih ravnanj; s tem v zvezi splošno govorimo o »vnaprejšnji določenosti v zakonu«. Dopolnilni, že z ustavo določen element je tukaj seveda tudi ustrezna predhodna objava in vsaj minimalna doba med uradno objavo in začetkom veljavnosti predpisa. V teh pogojih torej lahko govorimo o vnaprejšnji določenosti obveznega, splošno veljavnega prava (v obliki predpisov). Tu gre seveda zlasti tudi za uresničevanje načela ustavnosti in zakonitosti. Zakonitost ima v pravu več različnih pomenov. Tako govorimo o zakonitosti postopkov in ukrepanju državnih organov, o zakonitosti izvršilnih (podzakonskih) predpisov v smislu njihove skladnosti z zakonom, pa tudi o zakonitosti posamičnih pravnih aktov, ki morajo imeti (in tudi navajati) zakonsko podlago za njihovo izdajo. Tukaj, t.j. v zvezi s pravno varnostjo, pa mislimo že sploh sam (predhodni) obstoj zakona (zakonov), vključno z njihovo objavo, kot *conditio sine qua non* zakonitosti in pravne varnosti. Iz ustreznosti vnaprej določenega prava pa sledi logična posledica, ki je kot taka prav tako sestavina pravne varnosti. Tu gre za načelo zaupanja v pravo, ki mora biti v pravnem redu tudi striktno varovano, da (sploh) lahko govorimo o pravni varnosti. To načelo pomeni, da se lahko pravni subjekti zanesejo na (vsakokratno) obstoječe in veljavno pravo in na pravne posledice in učinke, kot jih za njihova ravnanja to pravo vnaprej določa. To zaupanje mora biti, kot rečeno, tudi pravno varovano in zagotovljeno, čemur služi predvsem pravni institut ustavne (načelne) prepovedi retroaktivnega učinkovanja pravnih predpisov. V taki pravni ureditvi se lahko pravni subjekti utemeljeno zanesejo, da se bo vsako njihovo pravno razpolaganje (disponiranje) presojalo in učinkovalo po predpisih, kot so obstajali in bili in veljavi v času takih njihovih razpolaganj. Tako se pokaže, da je tovrstno zaupanje v obstoječe veljavno pravo za pravno varnost enako pomembno kot sam obstoj tega prava.

Drugi sklop od obeh, ki šele skupaj tvorita pravno varnost (doslej smo zgoraj govorili samo o prvem) pa je zajet v dejstvu, da bi sam obstoj prava in zaupanje vanj v bistvu izgubila pomen, pravo pa večinoma ostajalo samo mrtva črka na papirju, če država ne bi zagotavljala tudi zakonitega in pravočasnega izvrševanja veljavnih predpisov oziroma prava sploh po svojih pristojnih organih. V državi, kjer ta segment peša oziroma opeša, trpi veliko škodo oziroma je očitno močno ogrožena tudi pravna varnost. Vsaka država (oblast) mora sama spremljati in si sama (iz)meriti utrip in stanje pravne varnosti; pravni subjekti ter javnost in stroka pa jo morajo na to tudi sami opozarjati. Slednje terja tudi pravna ozaveščenost in kultura pravnih subjektov. V pravni ureditvi, kjer ni zagotovljeno ustrezno izvrševanje veljavnih zakonov, so s tem dejansko ogroženi sami temelji pravne države, tudi če ne govorimo še posebej o drugih elementih pravne varnosti. Ta, drugi sklop pravne varnosti je v praksi seveda zelo širok, se razteza na in obsega vse tri veje oblasti, hkrati pa je vendarle tako razumljiv in razmeroma enostaven za spremljanje, da

ga niti tako imenovanemu laičnemu (gledano s pravnega vidika) delu javnosti ni treba še kako posebej razlagati. Vsakdo namreč lahko razume in občuti (kolikor se mu kaj takega pripeti) stanje in posledice morebitnih neizvršenih sodnih odločb, sodnih zaostankov, neenotne sodne prakse, nepravočasnega ali napačnega ukrepanja (npr. v zadevah okoljevarstvene in ekološke varnosti), varnosti prometa, javnega zdravstva in šolstva, ter tako dalje. Tovrstnemu naštevanju pravzaprav ni konca, ker sega na vsa področja, kjer mora zakonito in pravočasno ter učinkovito delovati pravna država s svojimi organi in institucijami, uresničujoč pri tem upoštevanje in izvrševanje svoje veljavne obstoječe zakonodaje. To je torej tisti drugi segment pravne varnosti, ki bodisi zaokroži stanje pravne varnosti v učinkovito in delujočo celoto, ali pa, nasprotno, lahko ogrozi in izpodje še tisti del pravne varnosti, kolikor je sicer zagotovljen in obsežen v vnaprej določenih predpisih (zakonih), na katerih veljavnost in pravno učinkovanje, po potrebi tudi s pomočjo delovanja državnih organov, naj bi se državljeni smeli in mogli zanašati.

V gornjem prikazu pravne varnosti je že jasno zarisana tudi povezava in soodvisnost med nomotehniko in pravno varnostjo. Prikazali smo, da vse v zvezi s pravno varnostjo izhodiščno in v temelju sloni na predpisih; iz tega izvirajo in so izpeljane vse implikacije, ki jih obsega pojem pravne varnosti. Povezave med predpisi in nomotehniko pa nam ni treba utemeljevati – slednja je namreč sploh izključno namenjena predpisom. Ne sicer predpisom v vsakem pomenu besede, pač pa vsem potrebnim vidikom njihove (nomotehnične) ustreznosti. Vključitev, t.j. poznavanje in upoštevanje nomotehničnih pravil in znanja šele lahko omogoči, da predpisi v pravu učinkujejo tako, kot je njihov namen: da jasno, precizno in nedvoumno sporočajo pravnim subjektom obvezno vsebino, ki jo določajo. Torej se dejansko lahko samo s predpisi, pri izdelavi katerih je bila ustrezno vključena uporaba te vede in znanj, zagotavljajo taki predpisi, na katere se navezujejo in od katerih so odvisni vsi elementi pravne varnosti. Tako ne more biti dvoma o tem, da je nomotehnika kot veda prav neposredno v službi pravne varnosti, in v bistvu tudi njen sestavni del. Nomotehnične težave in pomanjkljivosti vseh vrst, do katerih prihaja oziroma lahko pride, se neposredno odražajo na samem predpisu, postanejo njegov neločljiv »sestavni del«, s tem pa tudi neposredno ogrožajo samo pravno varnost. Morda se v praksi premalo poudarja, da nomotehnično slab predpis s svojim učinkovanjem seže daleč preko tega, da bi bil zgolj samo slab predpis na nekem področju. Dejansko je vsak tak predpis tudi dobesedno (in seveda žal v pejorativnem smislu) »prispevek« k ogrožanju stanja pravne varnosti. Zanimarjanje tega vidika in zapostavljanje pomena nomotehnike pomeni torej tudi, bodisi zavestno ali nezavestno, zanemarjanje pravne varnosti. Prikazovanje in poudarjanje teh povezav, osveščanje s tem v zvezi naj bi vsaj delno pripomoglo k večji vsestranski odgovornosti na tem področju. Odgovornost za pravno varnost je sicer pri vseh organih, ki kakorkoli sodelujejo pri pripravi in sprejemanju predpisov, podana in temu se ni možno izogniti; vprašanje pa seveda je, koliko se ti organi tega tudi zavedajo, in če, koliko potem to tudi upoštevajo. Kakšno pravno uveljavljanje odgovornosti na tem področju sicer tako rekoč, vsaj

neposredno in v praksi niti ne obstaja. Do neke mere sicer s tem v zvezi gotovo obstoji, vsaj politična odgovornost, to pa je tista posebna vrsta odgovornosti, ki se sicer lahko izvede s pravnimi sredstvi, vendar pa na politični in v bistvu ne na kakšni pravni podlagi. Tukaj pa ostaja še prostor za take oblike zavesti in odgovornosti, v katere bi sodila odgovornost za splošno pravno kulturo, ugled države, splošno stanje družbenih odnosov in navsezadnje sploh tudi prizadevanje za skupno dobro. Kolikor bolj je v neki družbi pravo sprejeto in obravnavano kot dobrina, toliko bolj in prej je možno pričakovati, da se bo hkrati krepil tudi občutek in skrb za pravno varnost.

Med sestavnimi deli pravne varnosti, ki pa zasluži tudi ločeno, posebno obravnavo, je že zgoraj bil omenjen tudi element stabilnosti prava. Stabilnost prava v tem smislu pomeni stanje, ko je zakonodajna dejavnost ustrezno premišljena, umirjena, sama zakonodaja oziroma zakoni, predvsem pa vsi tisti s ključnih pravnih področij, vsebinsko, vsekakor pa tudi z nomotehničnega vidika taki, da razmeroma v dolgih časovnih razdobjih lahko ostajajo tako rekoč nespremenjeni. Obratna je seveda dejavnost prehitrega spreminjanja obstoječe zakonodaje, ter ob tem sprejemanje tudi takih sprememb in dopolnitev, ki so že po kratkem času tudi same ponovno spremenjene in nadomeščene s spet novimi. Tako poseganje po zakonodajnem urejanju in njegovem spreminjanju je samo po sebi sicer odsev in posledica določene neurejenosti in nestabilnosti na samih področjih, kjer naj bi se te spremembe vsebinsko sprejemale in o njih odločalo. Ker pa so pogosto pripravljene v naglici, so vsebinsko in nomotehnično neustrezne, tako da lahko kmalu zahtevajo ponovne spremembe in dopolnitve, ki pa so iz istih in enakih razlogov zopet neustrezne. V tem je nek začaran krog, ki ga sproži tako prenačljeno in premalo domišljeno spreminjanje, kar potem postane že nekaka zakonitost sama po sebi, ki jo je težko ustaviti in presekati. Predvsem bi pa bilo treba prekiniti vzroke in samo mentaliteto, ki omogoča in sproža take postopke zakonskega urejanja. Vse to kaže seveda tudi na napačen odnos do same potrebe in možnosti ter dojemanja ciljev, katerim naj pri urejanju družbe služi zakonsko urejanje. Z vidika nomotehnik je tukaj treba upoštevati, da že zgolj zaradi naglice teh nenehno sledečih si sprememb, tudi če bi odmislili druge vzroke za slabo zakonodajo, nomotehnične kvalitete takih predpisov in njihovih sprememb pač ni mogoče zagotavljati. Splošno vzdušje, ki spremlja take pogoste spremembe, pa se nomotehnični kvaliteti predpisov pravzaprav tudi ne more posvečati in ji tudi ne posveča dovolj pozornosti. Škodljivi vplivi na nomotehnično raven predpisov so v takih razmerah neizogibni, in spet se očitno vse to premalo povezuje tudi z dejstvom, da to ne pomeni samo slabe predpise samo po sebi, temveč slabšanje in ogrožanje pravne varnosti. Če ne sama nomotehnik, pa bi vsaj slednje morale take procese zavreti in umiriti, to pa bi bistveno lahko izboljšalo tudi pogoje za boljšo nomotehnično raven in kvaliteto predpisov. Toda pomanjkanje stabilnosti na zakonodajnem področju je vendarle samo eden od vzrokov, čeprav zelo pomemben, za slabo stanje na tem področju. Če je skrb za nomotehnično izdelavo in raven predpisov zaupana neustrezno ali premalo usposobljenim osebam, taki pravni redaktorji seveda

tudi v sicer dobrih pogojih in brez časovnih pritiskov dobrih besedil predpisov niso sposobni izdelati. Na vse tovrstne slabosti nas praksa sicer nenehno opozarja. Službe, ki so ob sprejemanju zakonodaje posebej vključene, da sodelujejo z vidika nomotehnične ravni predpisov (ker izdelujejo predpisov te službe pač ne), lahko posledice takega stanja samo do neke mere omilijo in blažijo, v celoti preprečiti jih pa enostavno ne morejo. Med drugim so tudi same deležene enake časovne stiske, v kateri delujejo tudi vsi drugi organi in subjekti v postopku priprave in sprejemanja predpisov.

Tudi sedaj že tradicionalni »Nomotehnični dnevi«, prispevki in razprave znotraj njih se ne zadržujejo samo pri posameznih vprašanjih in vidikih nomotehnik, še manj pa ukvarjajo (zgolj) s kazuistiko s tem v zvezi. Nenehno in vztrajno opozarjajo tudi na vzroke in posledice očitno nezadovoljivega stanja na tem področju. Ne kaže torej opozarjati zgolj na nomotehnične slabosti predpisov in s tem zgolj na vprašanja nomotehnik. Opozarjati je treba prav na to, da se slabo nomotehnično izdelan predpis ne zaključí s problemom slabo tehnično izdelanega predpisa in njegovim izvrševanjem v praksi, temveč da škodi pravni varnosti kot taki. Da pa so predpisi sicer namenjeni neposredni uporabi in izvrševanju v praksi, je gotovo. Toda izvrševanje veljavnih zakonov vendarle moramo šteti samo kot en del oziroma vidik (zgoraj smo rekli sklop) zagotavljanja pravne varnosti. Sama pravna varnost pa se pričinja že v vnaprejšnjo določenostjo predpisov oziroma zakonov (načelo predvidljivosti), dopolnjeno s tem, da se je pri vseh pravnih razpolaganjih možno zanesti na tako vnaprej določeno pravo, veljavno v času teh razpolaganj (načelo zaupanja v pravo). Zaradi nomotehničnih pomanjkljivosti slabi, nejasni in nepopolni pravni predpisi pa navedenim merilom in zahtevam pravne varnosti pač gotovo ne morejo zadostiti. Premajhna skrb in prizadevanje za nomotehnično raven in kvaliteto predpisov je torej posledično premajhna skrb za pravno varnost; premajhna skrb za pravno varnost pa premajhna skrb za pravno državo. In enako torej velja tudi za odgovornost na tem področju, ne glede na to, kdo to odgovornost konkretno nosi: državni zbor, vlada, ministrstva in njegove službe, in tisti, ki je besedilo (predloga) predpisa izdelal. Praksa kaže, ali pa recimo kar dokazuje, da se zadostno nomotehnično znanje in vestnost teh oseb, včasih celo njihova vsaj formalna strokovna kvalificiranost za to področje, vedno in dosledno niti ne zahteva, niti ne pričakuje. Na ta način, ker ni posledic brez vzrokov, si je namreč možno razlagati posamezne pojave izrazito slabo in pomanjkljivo pripravljenih besedil predpisov. Ustrezno kvalificirani pravni redaktor, kolikor to časovne in druge okoliščine dopuščajo, lahko besedilo takega predpisa vendarle še pravočasno bistveno izboljša in popravi. Kot tudi sicer velja na splošno pa bi bilo še mnogo bolj pomembno odstranjevati vzroke, kot pa militi in blažiti posledice. Mnogi angažirani posamezniki in subjekti so v položaju, ko lahko na to sicer zgolj samo opozarjajo. Nekateri zgodovinski primeri kažejo, da včasih tudi že zgolj dovolj vztrajno in potrpežljivo opozarjanje vendarle privede do zelenega cilja ali pa stvari vsaj postopoma obrača na boljše. To pomeni, da je pri angažiranem strokovnem opozarjanju na to problematiko enostavno potrebno še naprej vztrajati, kadar in kolikor je že to pač komu prilično.

In še enkrat, za zaključek: samo z nomotehnično ustreznimi predpisi je pravo res vnaprej določeno in s tem predvidljivo, se je nanj res možno zanesti kot na obstoječe veljavno pravo, in ga je res možno tudi pravilno uporabljati in izvrševati v praksi. S tem smo ne samo še enkrat ponovili vse bistvene elemente in sestavine pravne varnosti, temveč lahko tudi še enkrat poudarili tudi tisto, česar sicer pravzaprav ni možno spregledati. To pa je dejstvo, da so v osrčju pravne varnosti res prav predpisi – kakršni potem že pač so, in da je potem tudi pravna varnost s tem v zvezi kakršna že pač je.

Ocena stanja na področju priprave (dobrih) predpisov

Jožica Velišček¹

I. Uvod

Naslov za ta prispevek se je ponujal sam po sebi glede na aktivnosti, ki se izvajajo v državni upravi na področju priprave predpisov, s ciljem zagotoviti pripravo, sprejem in izvajanje čim boljših predpisov. V pripravi je kar nekaj dokumentov, ki naj bi zasledovali ta cilj in določili minimalne standarde pri izvedbi posvetovanj z zainteresirano javnostjo in oceno učinkov predpisov.

217

Dobri predpisi so vsekakor tisti, ki temeljijo na poprejšnji strokovni analizi družbenih razmer in interesov, oceni možnosti in potrebnosti normativnega urejanja ter doseganja zastavljenih ciljev z izvajanjem te normativne ureditve. Poleg splošne razgledanosti in strokovne usposobljenosti pripravljavcev, je za pripravo in oceno (dobrih) predpisov vsekakor potrebno določiti teoretična in praktična pravila, spremljati njihovo primernost oziroma ustreznost in jih dograjevati.

Na začetku tega prispevka lahko izpostavimo naslednja vprašanja:

1. Ali veljavna ureditev in pravila zagotavljajo pripravo (dobrih) predpisov in jih je zaradi zagotavljanja večjega sodelovanja zainteresirane javnosti in sistematičnega ugotavljanja in spremljanja učinkov, ciljev, ki naj bi jih predpis dosegel, potrebno le nadgraditi (normativno in v praktični izvedbi)?

¹ Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo.

2. Ali se veljavna ureditev in pravila v praksi izvajajo v zadostni meri?
3. Ali se pomanjkljivosti sistematično ugotavljajo in s strokovnimi in političnimi ukrepi odpravljajo?

II. Ocena stanja

V nadaljevanju je na kratko predstavljeno stanje na področju priprave (dobrih) predpisov.

a) Normativna ureditev, pravila, dokumenti

Vprašanja postopka in metod dela pri pripravi predpisov ter obveznih sestavin, ki jih mora vsebovati predlog predpisa ureja:

- Poslovník Državnega zbora za akte, ki jih sprejema Državni zbor,
- Poslovník Vlade in na njegovi podlagi izdana navodila generalnega sekretarja vlade ter
- Metodologija za izpolnjevanje in spremljanje Izjave o odpravi administrativnih ovir in sodelovanju zainteresirane javnosti – začetna ocena učinkov predpisov.
- Pri pripravi predpisov je potrebno poznati in upoštevati pravila stroke – pravila nomotehnike, vede o izdelavi predpisov, ki zapisana v Nomotehničnih smernicah Službe Vlade za zakonodajo.
- Na tem področju obstajajo številni dokumenti Vlade, Evropske unije in OECD, ki vzpodbujajo aktivnosti za zagotovitev kakovosti in preglednosti normativnega urejanja.
- V ta sklop lahko uvrstimo tudi Smernice za oceno vplivov normiranja, poznane in propagirane pod imenom, kratico RIA (A Guide to Regulatory Impact Assessment) ter ugotovitve in priporočila (Skupna pobuda OECD in EU) SIGME (Support for Improvement in Governance and Management) v dokumentu »Sposobnost regulativnega vodenja v Sloveniji – januar 2007«. Ne nazadnje pa je potrebno izpostaviti in posebej pozdraviti Revizijsko poročilo Računskega sodišča »Ali v Sloveniji preverjamo učinke predlaganih predpisov na družbo« z dne 7. marca 2007, ki je težišče revizije usmerilo na preverjanje priprave analize učinkov predlaganih zakonov v letu 2004 in 2005, ki po veljavni zakonodaji vključuje pripravo ocene finančnih posledic za državni proračun in tudi drugih posledic, ki naj bi jih imel posamezen kasneje sprejeti zakon.

Omeniti je potrebno tudi dokumente, ki jih pripravlja državna uprava in sicer:

- Osnutek koncepta nove metodologije za pripravo in spremljanje predpisov (št. 010-125/2007/18, z dne 18. 12. 2007), predlog Smernic za pripravo boljših predpisov (št. 010-71/2008, z dne 15. 4. 2008), Priročnik za pripravo ocene učinkov predpisov itd.

b) Praktično izvajanje

IZKUŠNJE, ki jih ima Služba Vlade za zakonodajo pri pregledovanju predlogov predpisov v skladu s svojimi pristojnostmi kažejo, da se določbe tako Poslovnika Vlade kot Državnega zbora velikokrat izvajajo le v obsegu, ki zadostuje za formalno izpolnjevanje pogojev, ne pa, da bi v resnici pripomogle k vsebinskim odločitvam pri pripravi boljših in le nujno potrebnih predpisov.

Do podobnih ugotovitev so prišli, med drugim, tudi inšpektorji SIGME in Računsko sodišče, ki se navajajo v njihovih gradivih.

Povzetek vsebine poročila in priporočil SIGME:

»Voditelji držav in vlad Evropske unije so se leta 2000 sestali v Lizboni in dali pobudo za celo vrsto ambicioznih reform (Lizbonska strategija). Reforme obravnavajo vprašanja, ki državljane Evrope najbolj skrbijo (delovna mesta, rast, okolje in ustrezna socialna mreža). Cilj teh reform je, da bi **Evropska unija do leta 2010 postala »najbolj dinamično in konkurenčno, na znanju temelječe gospodarstvo na svetu«**. V letu 2005 je bil opravljen vmesni pregled, da bi Lizbonsko strategijo osredotočili na dve sestavini, rast in nova delovna mesta. Pri tem je eden od izzivov, ki so bili znova jasno potrjeni, potreba po celovitem načrtu za zagotovitev, da bo zakonodaja v Evropski uniji izpolnjevala zahteve enaindvajsetega stoletja. Njena pomembna sestavina je ambiciozna politika o boljših predpisih, ki jo sprejmejo evropske institucije in države članice, in izraža pobudo, ki jo je leta 2002 na tem področju sprejela Evropska komisija. Zakonodajne reforme so zato postale posebna sestavina državnih programov reform, ki jih države članice uresničujejo na podlagi obnovljene Lizbonske strategije.

To poročilo preverja sposobnost regulativnega vodenja držav članic, ki so se Evropski uniji pridružile 1. maja 2004, zlasti s priporočilom za sprejetje usmeritev boljših predpisov. Namen poročila je pomagati tem državam pri njihovem oblikovanju boljših regulativnih strategij na podlagi dobrih praks, ki jih je razvila OECD.

Prvo poglavje (Uvod in splošne informacije) pojasnjuje, zakaj je Evropska komisija prosila SIGMO, da presodi sposobnost regulativnega vodenja novih držav članic. Pojasnjuje, zakaj je poročilo omejeno nanj in izključuje področna vprašanja.

Poudarja, da poročilo ne daje mnenja, ali ocenjevane države oblikujejo dobre ali slabe politike, temveč obravnava le njihovo regulativno sposobnost. Na kratko so opisane uporabljene metodologije (vprašalnik, medsebojni pregled, preverjanje dejstev) in naveden je pregled posebnosti upravljanja v Sloveniji.

Drugo poglavje (Politika boljših predpisov v Sloveniji) opredeljuje kazalnike za presojanje sposobnosti regulativnega vodenja v Sloveniji, na primer:

- jasno določena politika regulativnega vodenja,
- politična podpora,
- struktura za izvajanje politike boljših predpisov,
- strategija za prepoznavanje problemov zaradi skupnega ukrepanja in postopek določanja prednostnih nalog s političnim ali regulativnim posegom,
- primerno število ustrezno usposobljenega osebja,
- poročila o uspešnosti posameznih vsebinskih politik.

Poglavje obravnava tudi oblikovanje politike, pripravo osnutkov predpisov, preverja oblikovanje politike in pripravo osnutkov predpisov s sklicevanjem na tri kazalnike:

- pregleden in dobro strukturiran postopek,
- postopek zagotavljanja kakovosti in
- primerno število ustrezno usposobljenega osebja.

V tem poglavju se ugotavlja, da so vzpostavljene jasne strategije za prepoznavanje problemov, ki zahtevajo ukrepanje vlade. Vzpostavljen je pregleden in dobro strukturiran postopek za oblikovanje politike in pripravo osnutkov zakonodaje, čeprav bi kakovost zakonodaje verjetno lahko še izboljšali zlasti z ločevanjem stopenj oblikovanja politike in priprave osnutkov zakonodaje. **Politika boljših predpisov se razvija in se bo razvila pod vodstvom skupine za pripravo boljših predpisov, ki jo je vlada ustanovila v ta namen.** Uspeh te politike podpirata zelo jasna politična podpora in vodenje, ki ju zagotavljajo minister za javno upravo in pristojni uradniki na njegovem ministrstvu. Te razvojne dosežke pa je treba še naprej razširjati in jih trdneje zasidrati v politični in upravni postopek. Omejene sposobnosti, povezane z dejavnostmi regulativnega vodenja, so še dodaten izziv za kakovost zakonodajnega postopka.

Poglavje vsebuje priporočilo, da bi morala Slovenija storiti navedeno:

1. Delovni skupini, ustanovljeni za razvoj boljših predpisov, je treba naročiti postavitev cilja, da bo takoj, ko bo izvedljivo, vladi poročala o svojih predlogih za razvoj politike boljših predpisov v Sloveniji. Predlogi naj bi izpopolnjevali in povečevali že dosežene uspehe, zlasti program za zmanjšanje administrativnih bremen.

2. V razvoj boljših predpisov je treba vključiti zakonodajno in izvršilno vejo oblasti skupaj z državljani, s predložitvijo poročila parlamentu in vodenjem razprav o strateških vrednotah razvoja boljših predpisov. Namen razprave bi tudi bil obveščati širšo javnost o mednarodnih razvojnih dosežkih na področju boljših predpisov, zaradi ugotavljanja, kaj je mogoče še dodatno razviti med predvidenim predsedovanjem Slovenije Evropski uniji.
3. Usmeriti se je treba k ločitvi oblikovanja politike od priprave osnutkov zakonodaje in oblikovati kadrovske zmogljivosti na obeh področjih z večjim usposabljanjem javnih uslužbencev za oblikovanje politike in pripravo osnutkov zakonodaje.

Tretje poglavje (Boljši predpisi: orodje) preverja uporabo orodja za boljše predpise (posvetovanje, presoja učinkov, poenostavitev, dostopnost zakonodaje) in ugotavlja, da je Slovenija napredovala pri razvoju orodja za izboljšanje regulativnega vodenja. Zlasti pomembna sta napredek pri zmanjšanju administrativnih bremen in dejstvo, da je vsa zakonodaja po opravljenih spremembah prečiščena in brezplačno na voljo javnosti. Država ima dobro ustaljeno navado posvetovanja. Presoja učinkov pa se do leta 2006 ni upoštevala kot orodje za analizo politike. Sprememba vladnega poslovnika, ki ministristva zavezuje, da pripravijo novo zakonodajo za oceno učinkov predpisov, je zelo pozitiven ukrep. Dopolniti ga je treba s pripravo ustrezne metodologije za oceno učinkov predpisov in izboljšav pri posvetovanju.

V tem poglavju se predlaga, da bi skupina, ustanovljena za razvoj politike boljših predpisov, morala:

1. razviti potrebne zmogljivosti zaradi usposabljanja uslužbencev pri presojanju učinkov in drugega orodja za boljše predpise,
2. razviti ustrezno institucionalno ureditev za pregled zagotavljanja kakovosti presojanja učinkov,
3. razviti smernice o posvetovanju, pri čemer bo posebna pozornost namenjena omogočanju ustreznega časa za posvetovanje in opravljanju naloge v zvezi z omogočanjem nevladnim organizacijam, da sodelujejo pri posvetovanju.

Četrto poglavje (Postopek sprejemanja zakonodaje) preverja sprejemanje zakonodaje z navedbo:

- strukture institucije za sprejemanje zakonodaje;
- postopkov za sprejemanje zakonodaje;

- zadostnega števila ustrezno usposobljenega osebja, ki zagotavlja pomoč izvoljenim članom zakonodajnega telesa;
- rezultate (zakonodaja, poročila in preiskava zadev državnega pomena).

Poglavje ugotavlja, da ima Slovenija dobro strukturo za sprejemanje zakonodaje in vzpostavljeno celo vrsto postopkov. Nenavadno za zakonodajno telo pa je, da vlada po uvedbi zakonodaje te ne sme spreminjati. Predlaga lahko spremembe, ki jih v zakonodajni postopek predložijo člani opozicije. Nujne omejitve, ki jih to pravilo nalaga ministrom, delujejo kot spodbuda ministrom, da predlagane spremembe predajo opozicijskim strankam zaradi predstavitve. Na drugi strani pa to pravilo ustvarja spodbudo za zagotovitev visoko kakovostne zakonodaje, ki je vladi ni treba spreminjati. Pregled zakonodaje, ki ga je opravila zakonodajna in pravna služba, je zgolj formalen in se ne loteva vsebine predlogov.

V tem poglavju se predlaga, da:

1. Bi bilo treba selektivno pregledati predlagane spremembe zakonodaje in predloge zakonov, predloženih parlamentu, s stališča, ali so bile ocene učinkov predpisov in ustrezno posvetovanje opravljena ali ne. Ko bo postopek, povezan s temi vprašanji, začel, bi ga bilo treba razširiti na vladne predloge zakonov.
2. Parlament bi moral imeti vsako leto razpravo o boljših predpisih.
3. Peto poglavje (Izvajanje in skladnost) preverja navedena vprašanja glede na Zakon o okolju in Zakon o intelektualni lastnini.

V poglavju se ugotavlja, da je v Sloveniji veliko dejavnikov, potrebnih za zagotovitev ustreznega izvajanja in zagotovitev skladnosti. Izziv pa so omejeni viri, ki so na voljo ustreznim organom oblasti. Sposobnost sodstva za takojšnje obravnavanje primerov je prav tako izziv, zaradi izvajanja navedenih področij zakonodaje. Potreba, da je treba upoštevati proračunske omejitve in vse okoljske probleme, je vprašanje, s katerim se je treba spopasti.

V tem poglavju se predlaga,

1. da bi moral razvoj bolj dognanih presoj učinkov predlagane zakonodaje skrbno upoštevati učinek predlagane zakonodaje na stroške njenega izvajanja;
2. da bi morale dejstvo glede omejenosti virov organe oblasti spodbujati k bolj strateškemu, na tveganju temelječem pristopu k izvajanju;

3. da bi lahko razmislili o zaračunavanju dajatev za inšpekcijske preglede zaradi spodbujanja skladnosti; da bi morali ta pristop sprejeti postopoma in poskusno ter dati prednost najbistvenejšim težavam;
4. da se pregledajo inšpekcijske strukture vseh organov v Sloveniji in ugotovi, v kolikšni meri bi se lahko medsebojno dopolnjevale, ter število posameznih teles, ki se omeji, ne da bi to vplivalo na kakovost varstva okolja ali varovanja zdravja;
5. da se pregledajo inšpekcijske politike in se določi, za koliko je s časovnim usklajevanjem inšpekcijskih pregledov mogoče zmanjšati potencialne obremenitve dejavnost.

Šesto poglavje (Boljši predpisi: politika za izboljšanje upravljanja in vodenja politike) je pregled razvoja politike boljših predpisov v Evropski uniji ter določa dejavnike, ki omogočajo izboljšave pri oblikovanju politike in pripravi osnutkov zakonodaje, zagotavlja pa tudi pregled različnih vrst institucionalnih dogovorov, ki spodbujajo te izboljšave, in opis uporabljenega orodja. Ugotavlja, da se lahko Slovenija veliko nauči iz izkušenj Evropske unije in držav članic, ki jim je politika boljših predpisov samo koristila.«

Izvlčki iz revizijskega poročila Računskega sodišča Republike Slovenije »Ali v Sloveniji preverjamo učinke predlaganih predpisov na družbo«

»Ocenjujemo, da obstaja tveganje, da pripravljavci in kasnejši predlagatelji zakonov, predvsem ministrstva, oceno finančnih posledic ter oceno drugih posledic, obravnavajo bolj kot administrativno obveznost in da pri pripravi omenjenih ocen ne upoštevajo vseh posrednih in neposrednih učinkov, povezanih s kasnejšim izvajanjem zakona.«

»Ugotovili smo, da predlagatelji zakonov v postopku priprave vsebine zakona sicer navedejo oceno finančnih posledic za državni proračun in druga javno finančna sredstva, za katero pridobijo tudi mnenje Ministrstva za finance, da pa te ocene, ki jih predlagatelji pripravijo na vnaprej predpisanih obrazcih in/ali v opisni obliki, vsekakor niso realne, v nekaterih primerih so pripravljene površno in nedodelano. Predlagatelji, po našem mnenju, vse prepogosto navedejo le, da predlog zakona ne bo imel finančnih posledic.«

»Ocenjujemo, da priprava ocene drugih posledic predstavlja še večje tveganje kot priprava finančnih posledic predlogov zakonov, saj so druge posledice ovrednotene le v 30 odstotkih predlogov zakonov in še takrat v obliki splošnega opisa, brez jasnih in natančnih obrazložitev, do katerih bi predlagatelj zakona prišel z opravljenimi predhodnimi analizami učinkov. Menimo, da je priprava tovrstne ocene zelo pomembna, predvsem zaradi ugotavljanja potencialnih učinkov, ki bi jih posamezen zakon lahko

imel na gospodarstvo, javne finance, okolje in tudi na socialni položaj posameznikov. Glede na delež predlogov zakonov, katerih sprejetje naj ne bi imelo drugih posledic, pa se postavlja tudi vprašanje o smiselnosti sprejemanja novih oziroma spreminjanja obstoječih zakonov, če ti ne bodo prinesli nobenih sprememb v družbi.«

Ministrstva, ki so se odzvala na dokumente, ki se pripravljajo v državni upravi, ugotavljajo podobno. Med drugim izpostavljajo, da je, pri morebitni dograditvi veljavne ureditve, kar naj bi pokazala predhodna temeljita analiza, nujno potrebno upoštevati slovenske razmere in sicer kadrovske potencialne (število in usposobljenost), proračunska sredstva, razpoložljivi čas in drugo.

Starejši javni uslužbenci se spominjamo dokumentov Skupščine Socialistične republike Slovenije kot so resolucije o temeljih zakonodajne politike, poročila o njihovem izvajanju in stališča in sklepi o njihovem uresničevanju. Ti dokumenti so se ukvarjali na primer z naslednjimi vprašanji:

- skladnost pravnega sistema ter medsebojna usklajenost zakonov in v njih vsebovanih pravnih institutih, ki urejajo vsebinsko medsebojno povezana področja; taki zakoni naj se praviloma obravnavajo in sprejemajo skupaj;
- razmejitev med vsebino zakonov in izvršilnih predpisov;
- predlogi zakonov naj vsebujejo teze, po potrebi pa tudi variantne in alternativne rešitve;
- problem programskih norm;
- ne izdajanje ali pozno izdajanje izvršilnih predpisov;
- nedosledno izvajanje zakonov;
- rok za uveljavitev sistemskih zakonov naj bo praviloma daljši od 8 dni;
- sprejemanje zakonov po hitrem postopku naj se omeji le na nujne ukrepe.

Čeprav je bil družbeni sistem drugačen, pa lahko ugotovimo, da so bili problemi podobni današnjim, razlika pa je, da se danes podobni dokumenti ne pripravljajo in obravnavajo.

III. Ugotovitev in predlogi

Predstavljena ocena stanja daje, na v uvodu postavljena vprašanja, pritrديلen odgovor na prvo in negativen na drugo in tretje vprašanje.

V Sloveniji je normativna ureditev priprave predpisov dokaj ustrezna ter, glede na številne sklepe Vlade, obstoja tudi, vsaj na deklarativni ravni, politična podpora zahtevam

za pripravo boljših normativnih aktov. Vendar iz osnutkov gradiv v pripravi, ki naj bi zgornje ugotovitve upoštevali, pa lahko ugotovimo, da so si v nasprotju s pravili in cilji, ki jih predpisujejo. Ti dokumenti ne vsebujejo ocene, ki bi prikazala obstoječe stanje in ureditev, njene pomanjkljivosti in možne načine njihove odprave ter razlogov za sprejem, ciljev, načel in poglobitvinih rešitev, oceno finančnih posledic za državni proračun in druga javno finančna sredstva ter opredelitev drugih morebitnih posledic, kar vse bi bilo potrebno storiti. Taka analiza bi dala odgovor na temeljno vprašanje ali so sploh potrebne spremembe ali bi zadostovalo le striktno izvajanje obstoječe ureditve in če so spremembe potrebne kaj in kako spreminjati oziroma dopolnjevati oziroma kako jih vključiti v obstoječo ureditev.

Glede na vse zgoraj povedano predlagamo, da se, po opravljeni celoviti analizi, rešitve, katerih namen po našem mnenju naj bi bil vzpostavljanje razmer, pogojev in potrebnih strokovnih in pravnih okvirjev za nadgradnjo obstoječega stanja pri pripravi, izvajanju in spremljanju predpisov, umestijo v že uveljavljena pravila in postopke ter po potrebi dopolnijo ali spremenijo. S takim načinom priprave gradiva bi se na najboljši način tudi praktično prikazali cilji in pričakovani učinki predlaganih rešitev.

Smiselno bi bilo tudi upoštevati predlog SIGME in pozitivne izkušnje iz preteklosti, po katerih bi se na predlog Vlade oziroma Komisije za poslovnik v Državnem zboru na plenarnem zasedanju (letno, enkrat v mandatu) opravila razprava in sprejela priporočila za boljšo pripravo in izvajanje (dobrih) predpisov.

Sama pa bi želela s svojim videnjem in razumevanjem ene izmed sestavin predloga zakona pokazati, da bi bilo mogoče z odgovornim strokovnim pa tudi političnim pristopom pripravljati veliko boljše podlage za pripravo, sprejemanje in izvajanje predpisov.

Za osnovo sem vzela Poslovnik Državnega zbora, konkretno določbo drugega odstavka 115. člena, ki določa sestavine uvoda predloga zakona, jo razgradila in delovno poimenovala »SLO RIA«.

V prvem delu sem opredelila aktivnosti, ki jih je potrebno opraviti v resorju v času spremljanja področja, izvajanja sprejetih predpisov ali priprave novih predpisov.

V drugem delu pa sem razgradila vsebino posamezne alineje uvoda predloga zakona.
»SLO RIA«

1. Aktivnosti, ki jih je potrebno opraviti v resorju v času spremljanja področja, izvajanja sprejetih predpisov ali priprave novih predpisov

- stalno spremljanje posameznega področja resorja in sprejetih predpisov;
- analiza uresničevanja ciljev po opredeljenih metodah oziroma merilih;
- zaznava problema;
- analiza vzrokov za nastanek problema;
- dodatna poizvedovanja o problemu;
- opredelitev problema;
- ugotovitev možnih načinov reševanja z oceno učinkov;
- ugotovitev ravni reševanja problema ter pristojnih organov, organizacij;
- odločitev o načinu reševanja problema ter določitev vsebinskega in časovnega plana aktivnosti, vključno z sodelovanjem zainteresirane javnosti.

2. Uvod predloga zakona obsega:

A) Oceno stanja in razloge za sprejem zakona

- ocena stanja na področju urejanja (ki ga je potrebno urediti s predpisom);
- podatki o rezultatih spremljanja izvajanja obstoječega predpisa (predstavitev ciljev, ki jih je predpis zasledoval,
- ocena doseženih ciljev,
- metode oziroma merila po katerih je narejena ocena doseženih ciljev,
- vzroki zakaj cilji niso bili /niso bili v celoti doseženi);
- poglobitvi problemi oziroma vprašanja na področju urejanja (jasna opredelitev,
- velikost in obseg,
- vzrok za nastanek problema);
- na kakšen način so bili problemi ugotovljeni;
- predpisi Evropske unije, ki vplivajo na področje urejanja;
- mednarodni sporazumi, ki vplivajo na področje urejanja;
- odločbe Ustavnega sodišča, ki obravnavajo področje urejanja oziroma primerljivo ureditev;
- odločbe sodišč Evropske unije, ki obravnavajo področje urejanja oziroma primerljivo ureditev;
- razlogi, ki utemeljujejo potrebo po novem predpisu ali spremembi in dopolnitvi obstoječega predpisa.

B) Cilje, načela in poglavitne rešitve predloga zakona

Cilji, ki se jih želi doseči s predlaganim predpisom;

Načela, s katerimi naj bodo urejena razmerja na določenem področju.

Poglavitne rešitve

Predstavitev predlaganih rešitev:

- konkreten opis predlaganih rešitev;
- variantne rešitve, ki so bile proučevane in argumenti za predlagano rešitev.

Način reševanja:

- vprašanja, ki se bodo reševala s predlaganim predpisom;
- vprašanja, katera bodo urejali izvršilni predpisi;
- vprašanja, ki se bodo reševala na drug način in kako (kolektivne pogodbe);
- vprašanja, na katera ni mogoče poseči s predpisi;
- vprašanja, ki naj bi bila deregulirana (ni več potrebe po regulaciji);
- vprašanja, ki se bodo reševala s predpisi, za katera je bilo poprej opravljeno eksperimentiranje in testiranja zaradi ugotovitve primernosti ukrepanja.

Usklajenost predpisa:

- z obstoječim pravnim redom (veljavno zakonodajo);
- s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo;
- predpisi, ki jih bo tudi treba sprejeti oziroma spremeniti in »paketno« obravnavati;
- s samoupravnimi lokalnimi skupnostmi;
- s civilno družbo oziroma ciljnim skupinami na katere se predpis nanaša (navedba odprtih vprašanj);
- subjekti, ki so na poziv predlagatelja neposredno sodelovali pri pripravi predpisa oziroma so podali mnenje (znanstvene in strokovne institucije, nevladne organizacije in posamezni strokovnjaki ter predstavniki zainteresirane javnosti).

C) Oceno finančnih posledic predloga zakona za državni proračun in druga javna finančna sredstva

- ocena finančnih sredstev za državni proračun;
- ocena drugih javno finančnih sredstev;
- predvideno povečanje ali zmanjšanje prihodkov državnega proračuna;
- predvideno povečanje ali zmanjšanje obveznosti za druga javna finančna sredstva;
- predvideni prihranki za državni proračun in druga javna finančna sredstva;

- sredstva bodo zagotovljena z zadolževanjem (poroštva);
- v naslednjem proračunskem obdobju bodo sredstva zagotovljena.

Č) Navedbo, da so sredstva za izvajanje zakona v državnem proračunu zagotovljena, če predlog zakona predvideva porabo proračunskih sredstev v obdobju, za katero je bil državni proračun že sprejet

- sredstva so zagotovljena v sprejetem državnem proračunu v okviru naslednjih proračunskih postavk;
- sredstva bodo zagotovljena s prerazporeditvijo v okviru sprejetega državnega proračuna iz postavke na postavko;
- sredstva bodo zagotovljena z rebalansom oziroma spremembami državnega proračuna;

D) Prikaz ureditve v drugih pravnih sistemih in prilagojenosti predlagane ureditve pravu Evropske unije

- v pravnem redu EU;
- ureditve v najmanj treh pravnih sistemih držav članic EU;
- drugih pravnih sistemih.

E) Druge posledice, ki jih bo imel sprejem zakona

Obveznosti za:

- organe državne uprave;
- pravosodne organe;
- druge državne organe;
- občine;
- podjetja;
- druge organizacije;
- posameznike.

Administrativne in druge posledice:

- dodatni administrativno - strokovni in drugi postopki in opravila
- (ali bo izvajanje teh postopkov in opravil zahtevalo nove kadre, ali so izvajalci primerno usposobljeni ali bo potrebno dodatno usposabljanje ter finančna in materialna sredstva);
- ukinitvev administrativno - strokovnih in drugih postopkov in opravil
- (ali bo ukinitvev teh postopkov in opravil imela za posledico zmanjšanje kadrov ter finančnih in materialnih sredstev).

Vplivi na:

- okolje;
- gospodarstvo;
- socialni položaj posameznikov.

Predstavitev izvajanja predpisa:

- Predstavitev predpisa
- ciljnim skupinam (seminarji, delavnice);
- širši javnosti (mediji, javne predstavitve, spletne predstavitve).

Spremljanje izvajanja predpisa:

- zagotovitev spremljanja izvajanja predpisa:
- organi, civilna družba,
- metode za spremljanje doseganja ciljev,
- merila za ugotavljanje doseganja ciljev,
- časovni okvir spremljanja za pripravo poročil,
- roki za pripravo poročil o izvajanju predpisa, doseženih ciljih in nadaljnjih ukrepah.

Druge pomembne okoliščine v zvezi z vprašanji, ki jih ureja predpis:

Priloge

- analize, študije;
- vprašalniki;
- ankete;
- pobude in predlogi, ki so neposredno vplivali na odločitev za predlog predpisa;
- drugo.

IV. Potrebne spremembe in predlogi

Takošnje dopolnitve Poslovnika Državnega zbora ne bi bile nujno potrebne, bi bile pa dobrodošle, zaradi primernejše strukturiranosti predvsem sestavin, ki jih obsega uvod predloga zakona, ko bi se pokazala potreba po morebitnih drugih spremembah.

Poslovnik Vlade pa bi bilo smiselno dopolniti tako, da bi v gradivu za Vlado ločili podatke, ki so namenjeni samo Vladi, kot predlagatelju zakona oziroma organu, ki predpis sprejema in medresorskemu usklajevanju od podatkov in predlogov, ki so namenjeni Državnemu zboru oziroma javnosti.

Glede na to, da veljavni Poslovnik Vlade ne vsebuje določbe o obveznih sestavinah predloga predpisa, ampak se za predpise, ki jih sprejema Državni zbor uporablja njegov poslovnik, za predpise Vlade (in ministrov) pa ni nič določeno, bi bila dopolnitev nujna.

Določiti bi bilo potrebno kaj so nujne sestavine predpisa in njihova vsebina tako, da bi se podrobneje razdelale sestavine, ki jih za predlog zakona določa Poslovnik Državnega zbora. Za predpise Vlade pa bi bilo potrebno na novo določiti njihove sestavine tako, da bi se smiselno povzela ureditev za predloge zakonov. Za predpise ministrov pa bi se sprejelo priporočilo o smiselni uporabi načina priprave vladnih predpisov. Ob tem je seveda potrebno proučiti in ustrezno vgraditi rešitve, ki izhajajo iz dokumentov EU, OVSE in drugih pri čemer je nujno upoštevati slovenske razmere, potrebe in možnosti njihovega doslednega izvajanja, da ne bi, sicer dobri nameni, ostali mrtva črka na papirju.

Smiselno bi bilo pripraviti priročnik kot študijsko gradivo in pomagalo za javne uslužbence, katerih delovna naloga je priprava predloga predpisa. Pripravo takega priročnika bi lahko organizirala in izdala Upravna akademija in bi bil predpisan kot gradivo za strokovni izpit v državni upravi (seveda, če bosta tako Akademija kot strokovni izpit še obstajala, glede na predlagane spremembe predpisov s tega področja).

V. Namesto sklepa

Če bi Vlada pripravila dober predlog zakona,
če bi se obravnaval po rednem zakonodajnem postopku,
če bi se iskale kompromisne rešitve,
če bi Vlada z analizami in argumenti predstavljala zakonske rešitve,
če bi Državni zbor nadziral in prisluhnil argumentom Vlade,

bi obstajala velika verjetnost,
da bi bil sprejet dober zakon
v splošno zadovoljstvo
volivcev in izvoljenih.

Zavedati se je treba, da tak način priprave in obravnave predloga zakona in sprejemanja odgovornosti za posamezne odločitve predpostavlja strokovno (pravno in področno) usposobljene in politično neodvisne javne uslužbence, vlado, odgovorno za razvoj in napredek države, ki ji je zaupana v upravljanje, ter odgovorne in volivcem zavezane poslance.

OCENA STANJA NA
PODROČJU PRIPRAVE
(DOBRIH) PREDPISOV

231

Ali so nomotehnični dnevi še potrebni?

Marjana Glušič¹

1. Uvod

Piše se leto 2008 in pred nami so že 6. Nomotehnični dnevi. Ideja o nastanku teh predavanj sega v začetek novega tisočletja (morda celo še prej), torej pred leto 2002, ko so bili organizirani 1. Nomotehnični dnevi.

233

Nomotehnika kot veda o pisanju pravnih predpisov ni prav posebno znana. Izven državne uprave le malokdo ve, kaj nomotehnika sploh pomeni. Študentje prava o tem pri predavanjih ne izvedo ničesar in če se ne zaposlijo na tistih področjih, ki zajemajo tudi pisanje predpisov, se z nomotehniko v praksi nikoli ne srečajo. Podobno stanje pa lahko najdemo tudi znotraj državne uprave. Samo dejstvo, da je posameznik zaposlen v državni upravi, še ne pomeni, da nomotehniko pozna in obvlada. Ponavadi se z njo sreča šele, ko pripravlja predpis. Takrat se pojavi problem, saj o pravilih pisanja predpisov ne ve zadosti oziroma ne ve ničesar. Da je temu res tako, kažejo tudi izkušnje, ki jih imamo sodelavci znotraj Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo. Ta namreč na vladnem nivoju (med drugim) skrbi tudi za nomotehnično pravilnost predpisov. Tako nam v fazi usklajevanja predpisov pogosto zastavijo vprašanje, »kaj za vraga pa je ta vaša nomotehnika«. In ker smo pri uveljavljanju nomotehničnih pravil bolj ali manj striktni, verjetno veste, da nas ljudje znotraj državne uprave pogosto kličejo »vejičarji«, čeprav nomotehnika, vsaj po mojem mnenju, nima tako zelo veliko skupnih točk s slovnico.

¹ Služba Vlade RS za zakonodajo

Zaradi teh in podobnih težav sta torej pred slabim desetletjem vzniknili dve ideji, in sicer:

- *ideja o organiziranju predavanj, ki bi vsem zainteresiranim predstavila nomotehniko, omogočila izmenjavo mnenj in predstavila morebitne novosti; in*
- *priprava gradiva, ki bi zajelo vsa pravila in s tem olajšalo delo tistim, ki nomotehniko potrebujejo pri svojem vsakodnevnem delu.*

Tako je leta 2004 Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo izdala Nomotehnične smernice. Do tega leta namreč v Republiki Sloveniji nismo imeli sistematično zbranih pravil, kako naj bodo sestavljeni slovenski predpisi, čeprav je bila praksa na tem področju dokaj ustaljena in razvidna iz besedil samih predpisov.

Nomotehnični dnevi pa so luč sveta ugledali že nekoliko prej in s tem omogočili, da se je nomotehnično znanje začelo razširjati. Začetni strah, da bo zanimanje za nomotehniko med ljudmi premajhno, je bil odveč. Nomotehnični dnevi so namreč vsako leto razmeroma dobro obiskani.

Ob vsem tem pa je treba povedati, da se na Nomotehničnih dnevih vedno znova srečujemo isti ljudje. Deloma seveda z namenom, da izvemo kaj novega, deloma pa tudi zaradi prijetnega druženja s kolegi, ki jih ne vidimo prav pogosto. Ob vsem tem se človeku nehote zastavi vprašanje, ali so Nomotehnični dnevi res še potrebni? Pravila se ne spreminjajo pretirano pogosto in v svoji osnovi kljubujejo času in dogodkom ter ostajajo ista že vrsto let. To je nedvomno dobro, kajti hitro spreminjajoča se pravila bi vodila v zmedo (si predstavljate, da bi letos v čast predsedovanja Evropski uniji alinee označevali z zvezdicami, člene pa recimo s paragrafi, julija pa bi ponovno prešli na star sistem). Takšna »statika« pa je seveda nujno potrebna tudi zaradi pravne varnosti ter jasno napisanih predpisov. Prav tako smo o vseh težavah, ki so jih slovenski nomotehniki povzročili evropski predpisi in posledično slovenski predpisi, ki prenašajo oziroma izvajajo evropske predpise, verjetno slišali že vse.

Glede na zgoraj navedeno, bi bil odgovor na moje vprašanje, vsaj tisti prvi, impulzivni, nedvomno **ne, Nomotehnični dnevi niso več potrebni**. Zakaj bi vendar bili? V letih, odkar obstajajo Nomotehnični dnevi, smo nomotehniko in Nomotehnične smernice prebrali in naštudirali že podolgem in počez, osnovna pravila nomotehniko pa znamo naštetiti sredi noči. Torej, če se pravila v bistvu sploh ne spreminjajo, potem se na predavanjih vsako leto na podoben način »mlati ista slama«.

Pa se res? So vsa ta predavanja resnično zaman, vsi vse znamo in obvladamo ter se ne moremo naučiti čisto nič novega? Povedano drugače, se nam ni treba naučiti čisto nič starega, tistih osnov, ki naj bi jih znal vsak, ki se loti pisanja predpisa? Verjetno vsak pri sebi misli, da tega preprosto ne potrebuje, osnove pa vendar že obvlada. Pa jih res? S sodelavci v zadnjih letih opažamo, da raven znanja nomotehnikke znotraj organov, ki pripravljajo predpise, močno upada, predpisi pa so zato nomotehnično vse slabši. Žal tega ni moč pripisati zgolj menjavi generacij in vedno večjemu številu mladih ljudi, ki se zaposlujejo v državni upravi in pišejo predpise. Nezanjanje, morda celo ignoranco (vsaj do neke mere) in nepripravljenost do učenja nomotehnikke je zaznati tudi pri ljudeh, ki so že leta zaposleni znotraj državne uprave, pa so šele sedaj imeli priložnost napisati predpis. Verjeli ali ne, veliko teh težav bi odpravil že en sam pogled na odprt Uradni list.

V nadaljevanju vam bom na praktičnem primeru predstavila nekaj osnovnih nomotehničnih napak, s katerimi se vse pogosteje srečujemo pri našem delu.

2. Primeri

Primeri so vzeti iz novele zakona, ki smo jo obravnavali v preteklem letu.

Primer št. 1

Zelo pogosta napaka, ki jo opažamo v zadnjem času je, da se v 1. členu novel ne navede naslov zakona, ki se spreminja.

Prvi odstavek 1. člena se spremeni tako, da se glasi:

Primer št. 2

Praviloma en člen novele spreminja en člen osnovnega zakona. Spodnja ureditev bi bila mogoča, kolikor bi se isto besedilo spreminjalo oziroma črtalo v celotnem besedilu oziroma izrecno navedenih členih, temu pa v pričujočem primeru seveda ni tako.

V tretjem odstavku 11. člena se črtajo besede v oklepaju »redna ...«, v drugem odstavku 12. člena besede v oklepaju » izredna ...«, v prvem odstavku 22. člena besede v oklepaju »izjemna odobritev ...«, v drugem, tretjem in četrtem odstavku 22. člena se črtajo besede »izjemno«, v četrtem odstavku 24. člena besede v oklepaju »posebna ...«, v prvem odstavku 36. člena pa besede v oklepaju »nujna ...«.

Primer št. 3

Primeri spremembe dela odstavka oziroma celotnega odstavka:

- a) *Prvi odstavek 15. člena se dopolni tako, da se beseda »dohodki« nadomesti z besedama »neto dohodki«.*
- b) *Drugi in tretji odstavek 15. člena se črtata in doda se novo besedilo, ki se glasi:*
- c) *Četrty odstavek 19. člena se črta in se doda nov odstavek, ki se glasi:*
- d) *V devetem odstavku se spremeni besedilo »V tem primeru se ne uporablja določba petega odstavka 32. člena tega zakona« v besedilo, ki se glasi: » V tem primeru se ne uporablja določba prvega odstavka tega člena.«.*

Primer št. 4

Primer spremembe člena:

- a) *20. člen se črta in nadomesti z novim besedilom, ki se glasi:*
- b) *Določba 38. člena se dopolni tako, da se besedilo tega člena glasi:*

Primer št. 5

236 Eno izmed osnovnih pravil slovenske nomotehnike je, da se členi nikoli ne preštevilčijo.

- a) *Črtata se 50. in 51. člen.*

Ustrezno se preštevilčijo členi v nadaljevanju: 52. člen postane 50 člen, 52.a člen postane 50 a člen, 52.b člen postane 50.b člen, 52. c člen postane 50.c člen, 52.člen postane 50.č člen, 52. d člen postane 50.d člen, 52. e člen postane 50 e člen, 52.f člen ostane 50. f člen, 52.g člen postane 50.g člen, 52. h člen postane 50.h člen, 52. i se spremeni v 50.i, 52.j postane 50.j, 52.k se spremeni v 50.k, 52.l postane 50.l, 52.m postane 50.m in 52.n člen, ki postane 50.n člen.

- b) *52. člen postane 51. člen in se spremeni tako, da se glasi:*

Primer št. 6

Prehodne in končne določbe so lastne vsakemu zakonu oziroma noveli in se lahko spreminjajo le takrat, ko roki, ki so določeni v njih, še niso pretečeni. Nikakor pa ni možen spodnji način noveliranja.

Kot prehodna in končna določba se doda nov 52. člen, ki se glasi:

»Ta zakon začne veljati 16.8.2008.«

3. Zaključek

Če ponovno odgovorim na uvodoma zastavljeno vprašanje, menim, da so glede na težave, s katerimi se srečujemo pri svojem delu, **Nomotehnični dnevi še kako koristni in potrebni**. Seveda pa se je ob njihovem organiziranju treba spomniti, da moramo izhajati iz osnove in to osnovo vedno znova obnavljati in širiti med ljudmi.

V tej smeri razmišljamo tudi znotraj Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo. Ker je v preteklih štirih letih, tudi po zaslugi vstopa v Evropsko unijo, prišlo do nadaljnjega razvoja in novih pravil pisanja predpisov, se pripravljajo **prenovljene in razširjene Nomotehnične smernice**, ki bodo vsebovale tudi *posamezne primere k pravilom, Navodila za pripravo nacionalnih predpisov, s katerimi se izvajajo uredbe, odločbe in sklepi Evropske unije ter prenašajo določbe direktiv Evropske unije v pravni red Republike Slovenije in Predlog nomotehničnih rešitev za pripravo slovenskih besedil pravnih aktov Evropske unije*, ki jih je Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo na podlagi sklepa vlade pripravila v sodelovanju s Službo Vlade Republike Slovenije za evropske zadeve in Ministrstvom za zunanje zadeve z namenom, da bi s pristojnimi organi Evropske unije (z vodji skupin pravnikov lingvistov pri Evropski komisiji in Svetu Evropske unije) dosegli dogovor o uporabi slovenskih nomotehničnih pravil v slovenskih besedilih evropskih pravnih aktov in mednarodnih pogodb. Na ta način želimo narediti nomotehniko še bolj uporabniku prijazno in uporabno ter jo ljudem tudi bolj približati.

Nomotehnika v praksi državnega zbora (kaj mora predlagatelj zakona upoštevati pri njegovi pripravi)

Andreja Kurent¹

V zadnjih letih je opazna »hiperprodukcija« zakonov in drugih pravnih aktov, ki jih sprejema državni zbor kot zakonodajna veja oblasti. Skladno s tem je tudi čedalje manj časa za primerno, nomotehnično perfektno pripravo teh aktov. Ko je predlog zakona vložen v zakonodajni postopek v Državni zbor, bi moral biti izdelan tako, da je sposoben takojšnje objave v Uradnem listu. Žal temu večinoma ni tako, saj je na podlagi pripomb Zakonodajno-pravne službe (v nadaljnjem besedilu: ZPS) vloženih veliko amandmajev, ki so sicer redakcijskega značaja, se pa z njimi obremenjuje delo Državnega zbora kot zakonodajnega organa.

239

Strokovni sodelavci ZPS občutimo časovno stisko v čedalje večji meri, verjetno pa je situacija še bolj pereča na ministrstvih in v Službi Vlade Republike Slovenije za zakonodajo. Ob bok temu je potrebno postaviti še določbe Poslovnika Državnega zbora², ki so v letu 2002 uvedla nov, bolj racionalen zakonodajni postopek, ki pa ne gre v prid spoštovanju nomotehničnih pravil. Pri tem imam v mislih predvsem dejstvo, da se namesto prejšnjih treh obravnav, v okviru katerih je bilo široko polje možnosti za dograjevanje zakonskega besedila, zdaj celoten zakonodajni postopek koncentrira v drugi obravnavi predloga zakona, predvsem drugi obravnavi na seji matičnega delovnega telesa.

¹ Državni zbor Republike Slovenije, zakonodajno pravna služba

² Poslovník Državnega zbora (Uradni list RS, št. 92/07 - UPB1)

Prva obravnava predloga zakona se praviloma opravi le s posredovanjem predloga zakona poslancem. Druga obravnava predloga zakona se nato vrši v matičnem delovnem telesu³. Sklic seje delovnega telesa mora biti po poslovniku posredovan 14 dni pred samo sejo, priloženo pa mu mora biti mnenje ZPS o predlogu zakona. V tem roku naj bi predlagatelj zakona pripravil amandmaje, ki jih navadno posreduje tik pred iztekom roka za vložitev. V praksi takšna določba o roku pomeni, da ZPS oblikuje mnenje k zakonskemu predlogu toliko prej, še preden je mogoče zaznati pripombe iz širše javne razprave o predlogu zakona. Problematično pa je zlasti dejstvo, da čas priprave mnenja soupada s časom, ko je ZPS zaprosena za pomoč pri oblikovanju amandmajev, vendar k nekemu drugemu zakonskemu predlogu, ki je v pripravi za obravnavo na seji državnega zbora.

Kot je bilo že omenjeno, se preoblikovanje zakonskega predloga znotraj zakonodajnega postopka praktično opravi na seji delovnega telesa. Le-to pa je tudi časovno omejeno, saj je po terminskem programu Državnega zbora za seje delovnih teles predvideno okvirno deset dni, od katerih je treba odšteti ponedeljke, ko so poslanci na delu v svojih poslanskih pisarnah, torke dopoldne, ko potekajo posvetovanja v poslanskih skupinah, ter petke popoldne, ko se poslanci iz različnih razlogov večinoma ne udeležujejo sej. Upoštevati pa je treba še, da skladno s poslovníkom lahko istočasno potekata le dve seji delovnih teles (med sejo Državnega zbora pa sploh ni možna nobena druga seja).

Po seji delovnega telesa njegova strokovna služba pripravi dopolnjen predlog zakona, v katerega vključi amandmaje, sprejete na seji delovnega telesa. Na seji Državnega zbora je mogoče vlagati amandmaje le k tistim členom tako dopoljenega predloga zakona, h katerim so bili na delovnem telesu sprejeti amandmaji. Tokrat lahko poslanska skupina, deset poslancev, predlagatelj in vlada, kadar ni predlagateljica zakona, amandmaje vložijo najkasneje pet dni pred samo sejo⁴. Do teh amandmajev se delovno telo ne opredeli, ZPS pa le izjemoma. Praviloma so na seji Državnega zbora sprejeti amandmaji k manj kot desetini členov dopoljenega predloga zakona, zato se tretja obravnava opravi še na isti seji Državnega zbora in je zakonodajni postopek končan. Pri končni redakciji za objavo v Uradnem listu so možni le še redakcijski popravki. To pomeni, da je zakon praktično sprejet v enem mesecu.

Z navedbo poslovniške ureditve zakonodajnega postopka v Državnem zboru sem želela opozoriti na omejene možnosti, ki jih ima ZPS kot »končni redaktor« pri oblikovanju zakonov. Že ko je zakonski predlog vložen v zakonodajno proceduro, je izredno

³ Matično delovno telo se določi glede na delovno področje ministrstva, ki je pripravilo predlog zakona, ki ga je v zakonodajni postopek posredovala Vlada Republike Slovenije; analogno velja za zakonske predloge, ki jih v zakonodajni postopek posredujejo drugi pooblaščenji predlagatelji

⁴ Izjema velja za predloge zakonov, uvrščene na sejo Državnega zbora, za katere to ni bilo predvideno s terminskim programom

težavno preoblikovanje njegovega besedila in je torej za večje nomotehnične posege prepozno (čeprav se nemalokrat s predlagateljem strinjamo, da bi bilo potrebno tekst preoblikovati, zamenjati vrstni red določb, jih dopolniti, razdeliti prehodne določbe v del, ki ga je treba vključiti v materialni del zakona ipd). Vendar se žal večkrat zasledi, da imajo pripravjalci zakonov težave z uporabo poslovnika, predvsem ne poznajo omejitev pri oblikovanju besedila v zakonodajnem postopku, ki jih določa poslovnik. Le-ta je pač zasnovan tako, kot da se v zakonodajni postopek vlagajo perfektni zakonski predlogi, ki jih je – razen političnih posegov – mogoče takoj objaviti v Uradnem listu.

Zato želim s tem prispevkom apelirati na pripravjalce zakonov k večji skrbnosti pri njihovi pripravi. Ne glede na voljo »naročnika« je treba upoštevati, da je nomotehnično oblikovanje zakonskega besedila stvar pravnika – redaktorja in tu ne sme biti prostora za kakršnokoli politično ali nestrokovno vmešavanje. Sicer vsako odstopanje od uveljavljenih nomotehničnih pravil potegne za seboj nemalo problemov (nerazumevanje, preverjanje, preoblikovanje), predvsem pa nepotrebno obremenjevanje zakonodajnega postopka z oblikovanjem, vlaganjem in sprejemanjem amandmajev, ki imajo zgolj nomotehnično oziroma redakcijsko vsebino.

Prvenstveno sem zbrala napake oziroma nedoslednosti, ki se največ ponavljajo. Le-te v veliki meri sledijo nepravilnim vzorcem⁵. Opazno je, da vsaj mlajši strokovnjaki z ministrstev niso večji pravnega nomotehničnega pristopa pri oblikovanju zakonskih besedil. Ker nomotehnika še vedno ni samostojni učni predmet na Pravni fakulteti, se ga pravzaprav niso imeli kje naučiti. Prav tako v Sloveniji še vedno ni pisnih pravil nomotehnike, temveč gre največkrat kar za »ustno izročilo«. Izjema seveda velja za Nomotehnične smernice, ki jih je izdala Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, vendar so žal neobvezne. Morda jih zaradi nezavezujočega značaja, ali zaradi nevednosti, nestrinjanja z njimi ali drugih, višjih razlogov, pripravjalci zakonov ne upoštevajo. In zato smo priča paleti novih rešitev, ki brez razloga odstopajo od uveljavljenih pravil nomotehnike⁶.

Dodatno pa se nam v ZPS zastavljajo tudi nekatera nomotehnična vprašanja, glede katerih bi želela diskusijo na pričujočih Nomotehničnih dnevih, saj menim, da je ta forum primerno mesto, ki lahko poda ustrezne zaključke.

⁵ Veljavno, čeprav neprimerno, ureditev v enem zakonu večkrat uporabijo pripravjalci kot temeljni argument za enako postopanje pri drugem predlogu zakona

⁶ Sestavek se nanaša zgolj na formalno ureditev, v vsebinske rešitve se ne spuščamo

1. Vlaganje zakonov

Zakon ali novela

Nomotehnične smernice predvidevajo pripravo novega zakona (namesto novele) v primeru, če se želi spremeniti več kot tretjino členov veljavnega zakona. Kot v zadnjem letu najbolj izstopajoč primer nespoštovanja tega napotila naj omenim novelo Zakona o postopku priznavanja kvalifikacij državljanom držav članic Evropske unije za opravljanje reguliranih poklicev oziroma reguliranih poklicnih dejavnosti v Republiki Sloveniji. Veljavni zakon je vseboval 24 členov, od tega eno prehodno in eno končno določbo. Predlagana in zatem sprejeta novela⁷ pa je spremenila oziroma dopolnila prav vse člene zakona, vključno s samim naslovom zakona, z izjemo prehodne in končne določbe osnovnega zakona. K zakonskemu besedilu je bilo vloženih in sprejetih 26 amandmajev, temelječih na pripombah ZPS. V takem primeru bi bilo bolje vložiti v zakonodajni postopek nov zakon, saj bi bilo tako manj nepotrebne dela in energije, vložene v preoblikovanje besedila, tako s strani ZPS, kot na sejah delovnega telesa in plenarni seji Državnega zbora.

Paketna zakonodaja

Iz vsebinskega stališča je zelo primerno, da ima zakonodajalec pregled nad vso novo ureditvijo, ki se predlaga z neko reformo. Na ta način lahko preveri součinkovanje sprememb, njihovo konsistentnost in medsebojno povezanost. V praksi se takšni obširni reformi na zakonskem področju pogovorno reče »paketna zakonodaja«. V državni zbor so se na tak način vlagali zlasti zakoni z davčnega področja, v tem letu pa sta bili tako vloženi kazenska in pokrajinska zakonodaja. Vendar pa iz nomotehničnih in postopkovnih pravil ZPS takemu načinu sprejemanja zakonov nasprotuje oziroma skladno s svojo vlogo »izraža pomislek«.

Naj to ilustriram na primeru sprejemanja novele Zakona o kazenskem postopku (ZKP-I), ki je bila v zakonodajni postopek vložena hkrati s Predlogom Kazenskega zakonika, Predlogom novele Zakona o izvrševanju kazenskih sankcij ter Predlogu novele Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja. Pri tem je ZPS opozorila, da Predlog zakona vsebuje več določb, ki zaradi preštevilčenja členov v predlogu KZ-1 prilagajajo sklicevanje v predlogu ZKP-I. Že na tej temeljni osnovi velja z vidika poslovniških določb, konsistentnosti pravnega reda in nomotehnične osnovni zadržek glede hkratnega obravnavanja teh dveh predlogov zakonov. Če bo namreč v predlogu

⁷ ZPKU-A (Uradni list RS, št. 92/07)

KZ-1 črtan en sam člen, kakor tudi, če bo člen dodan, se bo moralo opraviti novo številčenje členov znotraj celotnega KZ-1. Takemu preštevilčenju bo moralo nujno slediti ustrezno popraviljanje sklicevanja na KZ-1 v predlogu ZKP-I. Ne glede na to, da je glede na obširno in zahtevno materijo težko spremljati oba zakonodajna postopka, pa lahko zaradi spoštovanja poslovnika pride do nerešljivih situacij, ko bi bil potreben poseg v člen ZKP-I, ki pa v postopku ni bil amandmiran in ga je torej nemogoče spremeniti tako, da bi bil skladen s KZ-1.

Ob tem je treba upoštevati, da gre v obravnavanem primeru le za novelo ZKP, tako da nekaterih določb veljavnega ZKP že sedaj ni mogoče ustrezno prilagoditi. Tako npr. nadomestitev pojma »gmotno« v »premoženjsko« v predlogu KZ-1 nujno terja tudi prilagoditev ZKP-I. Isto velja za poenotenje pojmov, kot npr. »starši« ali »roditelji«. Dodatno pa je treba opozoriti, da predlagana vključitev partnerjev v registrirani istospolni skupnosti v KZ-1 terja isto ureditev tudi v ZKP, saj ni videti razloga za razlikovanje med krogom bližnjih sorodnikov v povezanih zakonih. Vendar so relevantne določbe ZKP v »zaprtih členih«, to je členih, ki jih ni mogoče amandmirati, in je torej že sedaj podana določena nekonsistentnost.

Ista situacija velja glede preimenovanja določenih institutov ali le pojmov v predlogu KZ-1, ki se odraža tudi v ZKP-I (za osnovno ilustracijo: nadomestitev pojma »mamil« s »prepovedanimi drogami«). Oba zakonska predloga oziroma zakona sta neločljivo povezana, saj predstavljata en materialni substrat, ki se izvaja po v zakonu določenih procesnih pravilih. V zvezi s tem opozarjamo še na možno situacijo, ko bi bil en zakon (ZKP-I) v celoti uveljavljen in bi se 1. novembra 2008 moral pričeti uporabljati, drugi zakon (KZ-1) pa - zaradi odločilnega veta ali naknadnega zakonodajnega referendum - ne. Ob tem je treba upoštevati, da bo z uveljavitvijo ZKP-I sedaj veljavni ZKP spremenjen in se njegove sedaj veljavne določbe kot neveljavne ne bodo mogle več uporabljati.

Sklicevanje na neobstoječe zakone

Prav na primerih "paketne zakonodaje" pride do izraza tudi nepravilno in neprimerno sklicevanje na določbe zakona, ki je še v zakonodajnem postopku (kar je v veliki meri podano ravno v predlogu ZKP-I). Takšno ravnanje pomeni pravno nedopustno prejudiciranje, saj gre za bodoče negotovo dejstvo. To velja tako za sklicevanje na določbe, ki še niso v pravnem sistemu, čeprav so vsaj že predložene, še bolj pa na določbe zakonov, ki so predvideni za sprejem v daljnji bodočnosti (sklic na zakon, ki je v medresorskem usklajevanju).

Omeniti moram še popolnoma neprimeren pristop, navadno uporabljen v “paketni zakonodaji”, ko se predlaga sklicevanje na zakon, ki ga še ni. Zato predlagatelji ob njem navedejo Uradni list s številko ___ /08. Vsak, ki pozna Poslovnik Državnega zbora in siceršnji potek zakonodajnega postopka ve, da je nemogoče vpisati številko uradnega lista ob hkratnem sprejemu zakonov. Lahko si le predstavljamo absurdnost situacije, ko predmetni zakon, na katerega se sklicuje drug zakon, sploh ne bi bil sprejet, da sploh ne govorimo o sami vsebini določbe, ki se lahko tekom zakonodajnega postopka spremeni.

Decimalna klasifikacija

Zastavlja se tudi vprašanje odnosa do decimalne klasifikacije oziroma označitve sestavnih delov zakonskega besedila. V zadnjih letih namreč opažamo zakonske predloge (predvsem z gospodarskega in finančnega področja), ki namesto dosedanje prakse delitve zakona na del, poglavje, oddelek, odsek ipd., uporabljajo decimalno klasifikacijo. Menim, da je standardni način označevanja primernejši, ker je pregleden, usidran v pravniški zavesti in sicer tradicionalen, hkrati pa se s spremenjenim načinom brez potrebe vnaša neenoten pristop pri oblikovanju zakonov, ki postajajo že samo z oblikovnega vidika neenaki. Temu nasprotno mnenje⁸ pa je, da je uporaba decimalne klasifikacije preglednejša in prijaznejša za uporabnika zakona, saj tako pri sklicevanju na določen pododdelek (na primer pododdelek 4.4.4) zadošča, da se navede »pododdelek 4.4.4«, v nasprotnem primeru pa bi bilo treba navajati »4. pododdelke 4. oddelka 4. poglavja«. Nenazadnje naj bi bila univerzalna decimalna klasifikacija splošno (po vsem svetu) uveljavljena kot standard za klasifikacijo. Temu pojasnilu je avtor priložil še pojasnilo lektorja, ki pravi: »Če je uporabljena decimalna klasifikacija, je za navajanje poglavij, ki imajo samo prvi nivo, pravilno reči »1. poglavje«, za navajanje oddelkov in pododdelkov, katerih decimalna klasifikacija ima dva ali tri nivoje, pa je pravilna raba slovenskega jezika, če rečemo »oddelek 4.4« ali »pododdelek 4.4.4«. Besedilo »4.4.4 pododdelek« je nepravilna raba slovenskega jezika.«

Vloga lektorja in novorek

Tudi sicer je vloga lektorja večkrat ponujena kot argument za odstop od dosedanje nomotehnične prakse. Vendar pa se je treba zavedati, da vsaka stroka sledi svojim pravilom, ki se včasih tudi križajo in pri tem ne ujemajo. Zato ponovno poudarjam, da morajo imeti pri oblikovanju zakonov končno besedo pravniki – lektorji. Sicer pa se zastavlja vprašanje, kako v primeru lektorskega pregleda zakonskega besedila pride do očitnih pravopisnih oziroma tiskovnih napak?

⁸ Pojasnilo Ministrstva za pravosodje do mnenja ZPS k Predlogu zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)

Naj tu kot primer navedem naše opozorilo glede uporabe dikcije »če« ni v drugem odstavku drugače določeno«, kjer smo predlagali zamenjavo z utečeno dikcijo »kolikor« (saj vse predmetne določbe vsebujejo izjemo od pravil, določenih v prvem odstavku), v izogib dvomu in sledenju siceršnji nomotehnični praksi. Prejeli smo naslednje pojasnilo⁹: »Če osnovno pravno pravilo vsebuje sintagmo »če ni v ××× odstavku drugače določeno«, pri njegovi uporabi ni nobenega dvoma, da ima osnovno pravilo značilnost splošnega predpisa, pravilo, na katerega napotuje osnovno pravilo, pa značilnost izjeme (posebnega prava). Besedilo »kolikor ni v ××× odstavku drugače določeno« je napačna raba slovenskega jezika in k jasnosti pravnega pravila ne prispeva.«

Pač pa se strinjamo z lektorji, ki napotujejo na uporabo besede »oziroma« kot sinonim za »in/ali«. Slednje se večkrat zasledi v zakonskih besedilih, z argumentacijo, da je to zahteva Evropske unije. V zvezi s tem poudarjamo stališče, sprejeto tudi na lanskih Nomotehničnih dnevih, da se v slovenskih besedilih uporablja slovenska nomotehnika.

Obrazložitev členov

Predlagatelji navadno na kratko opravijo z obrazložitvijo in v njej le povzamejo določbo. Tak pristop je seveda nepravilen, saj ne ponudi odgovora na vprašanje, zakaj je nek institut urejen drugače, kje se lahko išče njegovo definicijo (po drugih zakonih), kakšno je njegovo mesto in vključenost v sam pravni sistem ipd. Pojasnilo je na mestu ne zgolj pri spremembi nekega instituta, temveč še bolj pri njegovi uvedbi. Obrazložitev ne služi zgolj razumevanju določbe, temveč pomeni pomemben vir pri uporabi zakona v sodnih postopkih, v postopku pred ustavnim sodiščem, kakor tudi v postopku za sprejem avtentične razlage.

2. Besedila zakonskih predlogov

Okrajšave

V zvezi z mestoma prenormirano vsebino zakonskih besedil opozarjamo tudi na okrajšave besedila, ki jih predlagatelj uporabi za skoraj vsak nov pojem oziroma novo odločitev. Poleg tega pa to po vsebini večkrat sploh niso okrajšave, saj se v njih ponovi celotno besedilo, ki naj bi bilo skrajšano.

⁹ ibidem

Enako velja za okrajšave nekaterih pojmov, ki tega sploh ne potrebujejo. Npr. ustalila se je praksa obvezne okrajšave direktiv, ki se prenašajo v naš pravni red z določenim zakonom, čeprav se naziv teh direktiv v nadaljnjem besedilu sploh ne pojavlja več.

Zaslediti je tudi določbe, ki opredeljuje le okrajšave oziroma kratice zakonov¹⁰. To sicer ni običajna niti potrebna poteza, temveč le obremenjuje zakonsko besedilo. Sledeč uveljavljenim pravilom nomotehnike se kratica zakona navede ob njegovi prvi omembi v zakonskem besedilu, ne pa kot posebna določba.

Varstvo osebnih podatkov

Skladno s svojo vlogo mora ZPS čedalje pogosteje opozoriti na varstvo osebnih podatkov. Zakonski predlogi namreč njihov nabor širijo z vsemi osebnimi podatki, ki jih oseba sploh ima, s tem, da največkrat sploh ni navedeno, čemu bodo ti podatki služili. Splošna formulacija iz obrazložitvev je v teh primerih največkrat: "Podatki služijo registru.". Skladno s tem se ponavljajo tudi opozorila ZPS, da naj se predlagane rešitve ponovno pretehta, predvsem v povezavi z vprašanjem, ali je takšna širitev, za namen, kot ga določa zakon, resnično nujna in primerna. Vsako zbiranje in obdelovanje osebnih podatkov predstavlja poseg v ustavno pravico do varstva osebnih podatkov. Namen zbiranja osebnih podatkov mora biti ustavno dopusten. Zbirati se smejo le podatki, ki so primerni in nujno potrebni za uresničitev zakonsko opredeljenega namena (38. člen Ustave). Kot pa je največkrat razvidno iz predhodnih določb, je namen pridobivanja osebnih podatkov vodenje in vzdrževanje evidence (npr. članov zbornice), potrebne za izvrševanje njenih, z zakonom določenih nalog.

Dodatno pa opozarjamo, da želijo predlagatelji zakonov (poleg drugih osebnih podatkov) na vsak način vključiti tako EMŠO kot davčno številko. V zvezi s tem je treba upoštevati odločbe Ustavnega sodišča, ki se je že negativno izreklo proti kumuliranju teh podatkov¹¹.

¹⁰ ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 126/07)

¹¹ Glej odločbo št. U-I-229/03-18, v kateri je Ustavno sodišče ob presoji ustavnosti nekaterih določb Zakona o nepremičninskem posredovanju ugotovilo, da za popolno identifikacijo posameznika zadostuje le eden od navedenih podatkov, zato je hkratna določitev obeh podatkov z vidika zagotavljanja tega namena (identifikacija) popolnoma odveč.

Sklicevanja

Že ob obravnavi novih zakonskih predlogov, še bolj pa v primerih predlogov novel, je opazno, da – verjetno zaradi popravkov in spreminjanj besedila v zadnjem trenutku pred vložitvijo v zakonodajni postopek – sklicevanja večkrat niso ustrezna ali pa sprememb sploh ni (npr. ker se dodaja nov četrti odstavek je v dosedanjem petem odstavku treba popraviti sklicevanje na dosedanji četrti odstavek).

V novelah se npr. dodaja nov člen, v naslednjem členu, ki je ostal nespremenjen, pa je še vedno navedba »prejšnji člen«, čeprav vsebina ne ustreza več. Ker je člen veljavnega zakona v primerih sprejemanja novele zaprt, pride do neskladnosti znotraj zakonskega besedila.

Naj ob tem omenim, da izginja pojem »prejšnjega« člena, odstavka ipd. Ne glede na različne poglede na uporabo tega pojma ali sklicevanja na točno določeni člen, odstavek, pa opozarjam, da mora biti sklicevanje znotraj zakona enotno – torej ali vsa sklicevanja na »prejšnji« ali na določen člen. Opažamo, da predlagatelji temu ne posvečajo dovolj pozornosti.

Tudi pri vlaganju amandmajev na besedilo predloga novele smo priča nenavadnemu štetju, kjer le z dobrim poznavanjem vsebine lahko ugotoviš, kaj želi amandma spremeniti. Zato ponavljam pravila: napovedni stavek in besedilo odstavka se vedno štejeta za en odstavek. Za pomoč – če določba nima prav nobene normativne vsebine, se je navadno ne da šteti za samostojni odstavek.

V zvezi s sklicevanjem še poudarek, da sklicevanje »v povezavi s ..« ni primerno, hkrati pa opažamo tudi neprimerno dvojno sklicevanje. Obenem se nemalokrat navaja »smiselno sklicevanje«, pri čemer se zastavlja vprašanje, ali je sploh potrebno oziroma dovolj utemeljeno.

Posebej je treba omeniti tudi sklicevanje na druge zakone, saj zakonski predlogi večkrat še vedno vsebujejo nepravilni pristop. Če gre za sklicevanje na določbo nekega zakona, se ob njegovi določni navedbi navede tudi uradni list, kjer je objavljen. Vendar zaradi pogostega noveliranja zakonov tak način odsvetujemo, saj se mu navadno (če ne gre za sklic na določen člen) da izogniti z opisnim sklicevanjem (npr. zakon, ki ureja gospodarske družbe).

V zvezi s sklicevanjem na zakon, objavljen v Uradnem listu, naj poudarim, da se je zaradi pravne narave uradnih prečiščenih besedil možno sklicevati tudi nanje, razen, če

se želi s predlogom novele poseči v prehodne določbe zakona. Pri navedbi Uradnega lista se uporabi le dvoštevlični zapis letnice, izjema je letnica 2000, ki se navede v celoti¹².

Posebne določbe

Pri obravnavi novele ZKP smo naleteli na primer, ko člen spreminja prehodno določbo Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 101/05) in kjer s Službo Vlade Republike Slovenije nismo dosegli enotnega stališča. Po našem mnenju bi bilo treba tak člen kot posebno določbo uvrstiti pred poglavjem o prehodnih in končnih določbah tega predloga zakona. To je potrebno zaradi tega, ker ta člen po pretežni vsebini ni prehodna oziroma končna določba tega predloga zakona, ampak sprememba prehodne določbe nekega drugega zakona. Zato bi se jo dalo označiti kot »posebne določbe«. V celoti se bo sicer ta nomotehnični problem izkazal pri izdelavi prečiščenega besedila. Pri tem se izkazujeta dve možnosti – ali v prehodne določbe veljavnega zakona ne posežemo in le dodamo (v sklopu prehodnih določb novele) določbe, ki spreminjajo prehodne določbe predmetnega zakona. Druga možnost pa je, da sicer spremenimo prehodne določbe zakona, s čimer bo takoj razvidna sprememba, vendar pa morajo same prehodne določbe te novele (vsaj zaradi zaporednega številčenja prehodnih določb novele) ostati, čeprav to pomeni nepotrebno in nepravilno podvajanje besedila.

Vpliv druge zakonodaje

Predlagatelji morajo upoštevati tudi zakonodajo z drugega področja. Navadno opozarjamo na Zakon o osebnem imenu, saj se skladno s tem namesto imena in priimka uporablja pojem osebnega imena. V veliki večini predlagatelji ne upoštevajo, da je uveljavljen Zakon o registrirani istospolni skupnosti, velikokrat pa se pozabi tudi na Zakon o uvedbi evra – predvsem se izpusti uskladitev valute v kazenskih sankcijah osnovnega zakona.

Imamo pa tudi primer zakona, ko je drug zakon razveljavil neko njegovo določbo, vendar je v samem zakonu ostalo sklicevanje na to določbo. Takšno stanje se da sanirati zgolj z novelo zakona, do tedaj pa ostaja nekonsistentnost znotraj samega zakona¹³.

¹² Npr. Uradni list RS, št. 5/05 in Uradni list RS, št. 5/2000

¹³ Glej 10. člen Zakona o prevzemih (Uradni list RS, št. 79/06, 67/07 - ZIFI in 1/08)

Kazenske določbe

Tudi oblikovanje kazenskih določb večkrat odstopa od primerljivih ureditev oziroma nomotehničnih pravil in prakse. Zasedili smo primer člena kazenske določbe, ki po točkah loči med različnimi postopki, ravnanja pa so opredeljena z alinejami. Za takšno kreativnost po mojem mnenju ni nobenega razloga.

Prav tako se včasih kazenske določbe le dopolnjujejo z naslednjimi točkami. Tudi to nasprotuje pravilu, da mora zaporedje kazenskih določb v zakonu slediti zaporedju določb v materialnem delu zakona, katerih kršitve so določene kot prekrški. V tem primeru večkrat pride v poštev dodana točka, označena s črkami abecede in tako vnešena na ustrezno mesto.

Prav tako kaže ponovno opozoriti, da morajo kazenske sankcije po vsebini slediti določbam v materialnem delu zakona. Predlagatelji v kazenskih določbah večkrat navedejo ravnanje, ki v predhodnih določbah ni opredeljeno, ali pa se njegov opis razlikuje od opisa iz materialnega dela zakona.

NOMOTEHNIKA V
PRAKSI DRŽAVNEGA
ZBORA (KAJ MORA
PREDLAGATELJ
ZAKONA UPOŠTEVATI
PRI NJEGOVI PRIPRAVI)

Prehodne določbe

V zvezi s prehodnimi določbami se mi zdi potrebno ponovno opozoriti na stališče ZPS, ki je bilo že precej prediskutirano v okviru razprav o prečiščenih besedilih zakonov. Gre namreč za sklicevanje na zakon v prehodnih določbah novel. Naše stališče je, da se morajo prehodne določbe novele sklicevati na novelo samo, ne pa na osnovno besedilo. Torej velja sklic na »ta zakon«, ne pa na (osnovni) »zakon«, ali morebiti na »določbe zakona, kot so bile spremenjene s tem zakonom«. Upoštevanje pravila o pravilnem sklicevanju na odstavke, je tudi v teh primerih mogoče natančno locirati določbo.

Res je, da je takšno besedilo v prečiščenem besedilu nepregledno, saj zgolj z uporabo prečiščenega besedila ni jasno, za katero določbo gre. Vendar pa se najbrž moramo strinjati, da je za pravilen vpogled v trenutno veljavno pravo potrebno upoštevati besedila zakona in kasnejših novel, pri čemer uradno prečiščeno besedilo lahko služi le za prvo seznanitev z zakonsko materijo.

V zvezi s prehodnimi določbami opozarjamo tudi na neustreznost noveliranja zakonov z drugimi zakoni. Postala je namreč praksa, da se v prehodnih določbah ne samo razveljavlja določbe drugega zakona, temveč se te tudi spreminja oziroma dopolnjuje. Takšen pristop je sicer praktičen, a ni pravilen, saj ni deležen ustreznega zakonodajnega postopka.

V okviru prehodnih določb večkrat pogrešamo rok za izdajo podzakonskih aktov ali za rok za uskladitev (npr. določb statuta) z določbami novele.

Končne določbe

Kot je bilo letos že zaslediti v prispevkih v Pravni praksi, se pogosteje pojavlja razkorak med uveljavitvijo in uporabo zakona. Večinoma za tak pristop sploh niso navedeni razlogi, ali pa so ti splošne narave – priprava podzakonskih aktov, računalniške aplikacije ali »zagotovitev tehničnih pogojev«. V teh primerih pridemo do neustrezne situacije, ko se začetek uporabe določbe zakona veže na izvedbo druge akcije (bodoče negotovo dejstvo), kar ne govori v prid določnosti pravnega sistema. Menim, da bi kljub obremenjenosti pripravljalcev zakonov kazalo ponovno uvesti prakso, ko so morali biti predvideni podzakonski akti priloženi predlogu zakona za tretjo obravnavo.

S pravnega stališča namreč v primeru zamika trčimo ob problem, da se sicer veljavni zakon nekaj časa (tudi devet mesecev) ne bo uporabljal, temveč bo ves ta čas v uporabi zakon(i), ki ne velja(jo) več. Ob tem se ne spuščamo v razmišljanje o nezmožnosti spreminjanja neveljavnih zakonov, ki pa se uporabljajo, temveč opozarjamo na to, da je sicer tak razkorak dopusten v primerih sistemskih, kompleksnejših zakonov, vendar je treba presoditi, ali je za takšen zamik predlagatelj navedel dovolj utemeljen in razumen razlog.

Žal se ponavlja tudi napaka pri končnih določbah, ko je le-te treba korigirati in uskladiti s 154. členom Ustave in določno navesti, kdaj bo zakon uveljavljen. Dikcija – zakon začne veljati v petnajstih dneh po objavi v uradnem listu – ni pravilna, saj se zastavi vprašanje, kateri dan znotraj petnajstih dni bo zakon začel veljati.

Zlasti v zvezi s »paketno zakonodajo« opozarjamo na potrebno skladnost glede uveljavitve zakonov. Čeprav gre na prvi pogled za vprašanje minorne pomena, pa tudi takšna uskladitev pomeni nepotrebno obremenjevanje zakonodajnega telesa z »redakcijskimi« amandmaji.

NOMOTEHNIKA V
PRAKSI DRŽAVNEGA
ZBORA (KAJ MORA
PREDLAGATELJ
ZAKONA UPOŠTEVATI
PRI NJEGOVI PRIPRAVI)

Problematika specifičnih nomotehničnih pristopov pri spreminjanju zakonov

mag. Saša Bricelj Podgornik¹

Temeljno pravilo spreminjanja posameznega zakona je, da se ta spreminja na enak način kot je bil sprejet, torej z zakonom o spremembah in dopolnitvah istega zakona. Pri spreminjanju zakona se morajo upoštevati vsa uveljavljena pravila nomotehnične, ob tem pa je seveda treba tudi upoštevati, glede na to, da zakone sprejema Državni zbor kot zakonodajalec, Poslovnik Državnega zbora in njegove določbe glede noveliranja zakonov.

253

Osnovne sestavine predloga novele posameznega zakona so v osnovi enake kot za vsak predlog zakona, poleg teh pa mora vsebovati še navedbo členov zakona, ki se z novelo spreminjajo. Specifika novele vsakega zakona je, da so v postopku obravnave zgolj določbe členov osnovnega zakona, ki so predmet novele, zato se v preostale določbe osnovnega zakona, razen izjemoma, ne sme posegati. Na ta način se po eni strani sili predlagatelja novele k pripravi pravno kar najbolj konsistentnega akta, po drugi strani pa predlagatelj sam z materijo novele vsebinsko zamejuje področje obravnave akta v Državnem zboru. Kot že navedeno se lahko le izjemoma poseže na določbe osnovnega zakona, ki niso predmet novele, in sicer z uskladitvenim amandmajem v sklepni fazi odločanja Državnega zbora, s katerim se odpravljajo nastale neusklajenosti znotraj predloga zakona ali z drugimi zakoni. Osnovni pogoj, ki mora biti izpolnjen pa je, da je do neusklajenosti prišlo z aktivnostjo Državnega zbora, torej ali na seji matičnega delovnega telesa, ali na seji Državnega zbora. O uskladitvenem amandmaju se sicer glasuje tik pred glasovanjem o zakonu kot celoti. Vse navedeno se mora torej upoštevati že v fazi priprave predloga novele – predlagatelj mora biti torej že pri sami pripravi

¹ Državni zbor Republike Slovenije, Zakonodajno-pravna služba.

predloga novele dosleden in rešitve, ki jih predlaga, zaobseči v celoti, na način, da “odpre” vse tiste člene osnovnega zakona, na katere se vsebinska rešitev nanaša oziroma na njih kakorkoli vpliva. Morebitne nedoslednosti predlagatelja namreč kasneje tekom tega zakonodajnega postopka ni več mogoče sanirati. Tako kot mora biti predlagatelj novele precizen in dosleden pri sami pripravi predloga zakona, mora tudi zakonodajalec tekom postopka, ob sodelovanju tudi predlagatelja (kateremu je sicer v interesu, da se predloženo zakonsko besedilo sprejme s čim manj spremembami), paziti na posledice sprejetih amandmajev oziroma spreminjanja posameznih določb novele, saj se mora sprememba posamezne določbe novele odraziti v vseh tistih določbah, ki so z njo povezane oziroma se nanjo navezujejo. Zakonodajalec ima torej v sami sklepni fazi, preden odloča o predlogu novele kot celoti, še možnost, da z uskladitvenim amandmajem odpravi vse, tekom postopka povzročene, neuskklajenosti. Gre torej za neuskklajenosti, ki so bile povzročene s sprejetimi amandmaji v drugi obravnavi na matičnem delovnem telesu ali na plenumu ali pa še kasneje v tretji obravnavi na seji Državnega zbora. Uskladitveni amandma ima posebno težo v zakonodajnem postopku. Če pripravljeni uskladitveni amandma ni sprejet, ali če predlagatelj ne pripravi uskladitvenega amandmaja, potem se sestane matično delovno telo, ki pripravi svoj amandma ali pa predlaga, da se zakon ne sprejme. Če uskladitveni amandma na seji Državnega zbora ni sprejet, ali če Državni zbor sprejme predlog matičnega delovnega telesa, da se predlog zakona ne sprejme, potem je zakonodajni postopek končan. Na kratko torej, če uskladitveni amandma ni sprejet, to v končni fazi pomeni, da zakon pade.

Vse navedeno se mora dosledno upoštevati tudi pri specifičnih pristopih zakonodajnega urejanja posamezne materije, pri t.i. omnibusih, pri katerih se z enim zakonom novelira več drugih zakonov, pri čemer je namen in vsebina takšnega zakona izključno v spremembah drugih zakonov. V kolikor se temu (ujeljavljeni nomotehnik in navedenim pravilom poslovnika) ne sledi, lahko to vodi do številnih zapletov tekom postopka, kar se je izkazalo tudi pri še vedno aktualnem Predlogu zakona o prenosu nalog v pristojnost pokrajin (v nadaljevanju: Predlog ZPNPPok), ki je v enem samem aktu zgolj tehnično združil preko petdeset novel posameznih zakonov.

V zakonodajni praksi so do določene mere primerljivi načini zakonodajnega urejanja organizacijskih sprememb in s tem povezanega prenašanja pristojnosti že znani. Takšnih primerov je bilo v preteklosti pet. Prvi takšen primer je bil Zakon o spremembah določb zakonov, ki določajo pooblastila in naloge družbenopolitičnih organizacij (Uradni list RS, št. 8/90), pri katerem je že iz samega naslova razvidno, da gre za novelo in dejansko vsak člen novelira en zakon, pri čemer gre zlasti za črtanje “družbenopolitičnih organizacij” in “Socialistične zveze delovnega ljudstva” iz zakonskih besedil. Naslednji je bil Zakon o prevzemu državnih funkcij, ki so jih do 31.12.1994 opravljali organi občin (Uradni list RS, št. 29/95 in 44/96 – odločba US), ki ni konkretno posegel v besedila posameznih zakonov, pač pa je prenos upravnih nalog na posamezna

ministrstva uredil glede na njihova delovna področja, in sicer zgolj s taksativno navedbo posameznih zakonov. Tretji primer je Zakon o nadomestitvi indeksa drobnoprodajnih cen z indeksom cen življenjskih potrebščin (Uradni list RS, št. 1/99), ki v enem členu novelira več zakonov, vendar je šlo le za terminološko spremembo, ki jo napoveduje že sam naslov zakona in je s tega vidika zato specifičen. Četrty in peti primer pa sta novejša Zakon o prenosu nalog nekaterih vladnih služb na ministrstva (Uradni list RS, št. 2/04), ki je z enim členom noveliral osem zakonov z po obsegu manjšimi spremembami (nadomestitev nazivov vladnih služb s pristojnim ministrstvom oziroma njegovo notranjo organizacijsko enoto), ter Zakon o spremembah, dopolnitvah in razveljavitvi določenih zakonov na področju kmetijstva in gozdarstva (Uradni list RS, št. 45/04), pri katerem je tudi že iz naslova razvidno, da gre za noveliranje posameznih zakonov, pri čemer je navedeni zakon z 52. členi v obliki novel posegel v šest zakonov, rešitve pa so sicer predstavljale uskladitev z evropskim pravnim redom, zaradi česar je bil zakon tudi sprejet po nujnem postopku.

V primerjavi z navedenimi pristopi specifičnega zakonodajnega urejanja pa Predlog ZPNPPok, ki je trenutno obtičal v zaključeni drugi obravnavi zakonodajnega postopka, že po obsegu daleč presega vse dosedanje, ki so vsebovali 2. do 52. členov, medtem ko ima Predlog ZPNPPok, ki posega v preko petdeset veljavnih zakonov, trenutno 420. členov, med katerimi pa so besedila nekaterih členov tudi sama po sebi zelo obsežna (npr. 32. člen spreminja oziroma dodaja besedilo 24. členov). Takšna obsežna noveliranja posameznih zakonov v okviru enega zakona, t.i. omnibusa, prav gotovo ne pripomorejo k preglednosti in jasnosti zakonskega besedila in nasploh pravnega sistema, kar posega v ustavno načelo pravne varnosti in s tem pravne države, zato bi bilo treba glede na ustaljeno zakonodajno-tehnično prakso v tem konkretnem primeru pristopiti k urejanju v zakonu predlagane problematike ločeno, v okviru posameznih zakonov. Temu pritrjuje tudi dejstvo, da smo se v Zakonodajno-pravni službi Državnega zbora, poleg vsebinske problematike, soočali s številnimi pravno-tehničnimi izzivi tekom zakonodajnega postopka, ne le pri proučitvi tega predloga zakona, temveč tudi pri drugih, saj je zaradi svoje razsežnosti vplival tudi na potek postopka sprejemanja drugih zakonov.

Eden od problemov oziroma vidikov preobsežnega poseganja v pravni sistem z enim zakonom je časovni vidik. Od priprave Predloga ZPNPPok pa do začetka zakonodajnega postopka je očitno preteklo kar nekaj časa, kar je seveda vplivalo tudi na njegovo ažurnost in pravno sistemsko skladnost. Na področjih, ki so obsežena v Predlogu ZPNPPok je bilo namreč medtem sprejetih kar nekaj novel posameznih zakonov, zato predlagane rešitve pri nekaterih zakonih v celoti ne sledijo veljavni ureditvi oziroma se nekatere predlagane rešitve ustrezno ne vključujejo v veljavno besedilo zakona (npr. Zakon o gozdovih, Zakon o raziskovalni in razvojni dejavnosti). Najbolj očiten takšen primer je bila, v okviru Predloga ZPNPPok, predlagana sprememba Zakona o azilu, ki ni več del

veljavnega pravnega sistema, saj je z dnem uveljavitve Zakona o mednarodni zaščiti (dne 4.1.2008) prenehal veljati. Ta in še nekatere nedoslednosti so bile sicer tekom druge obravnave, po mojem mnenju tudi izven okvirov poslovniških določb, sanirane.

Čemu takšna trditev? Zaradi preobsežnega in nedodelanega poseganja Predloga ZPNPPok v pravni sistem se kaže kot problematičen s poslovniškega vidika. Kot že navedeno je ta predlog zakona zgolj tehnično združil preko petdeset novel v okviru enega zakona. Prvi odstavek 1. člena je celo izrecno navajal: "S tem zakonom se s spremembami in dopolnitvami obstoječih zakonov...". Tudi sama sistematika predloga zakona je naravnana na skupek novel, saj je omenjeni 1. člen edina materialna določba tega predloga zakona, vsi ostali členi pa predstavljajo novele posameznih zakonov, ki si sledijo po posameznih področjih, in sicer na način, da je pri posamezni točki določenega področja zapisan naslov zakona, temu pa sledijo členi, ki spreminjajo posamezne določbe tega zakona, torej povsem običajna novela zakona. Nenazadnje je predlagatelj pri pripravi tega predloga zakona sledil določbi poslovnika o obvezni sestavini predloga zakona, ki velja zgolj za novele, in je na koncu dodal še poglavje o členih, ki se spreminjajo. Kako ironično, da je ob vsem tem isti predlagatelj na seji Odbora za lokalno samoupravo zatrjeval, da gre za povsem samostojen predlog zakona in ne zgolj za tehnično sestavo več novel, zaradi česar naj ne bi bilo treba upoštevati, že opisanih, pravil Poslovnika Državnega zbora, ki sicer, glede spreminjanja oziroma poseganja v t.i. "zaprete člene", veljajo za novele. S takšno "razlago" se Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora seveda ne more strinjati, zato smo v okviru svojih pristojnosti tudi na seji Odbora za lokalno samoupravo v zvezi z vloženimi amandmaji večkrat opozorili, da je predlagani zakon specifičen zakon, ki dejansko zgolj tehnično povezuje preko petdeset novel, kar se seveda odraža tudi v zakonodajnem postopku in zato je treba za dopolnjevanje oziroma spreminjanje posameznih določb zakonov znotraj obravnavanega zakona slediti določbam Poslovnika Državnega zbora, ki urejajo postopek spreminjanja novel. V zvezi s tem smo opozorili zlasti na določbo 132. člena Poslovnika Državnega zbora, po kateri se lahko amandmaje vlaga le k členom sprememb in dopolnitev predloga zakona. Ker naša opozorila niso bila upoštevana, so bili številni amandmaji, po mojem mnenju, sprejeti v nasprotju s Poslovnikom Državnega zbora. Ti amandmaji so namreč posegali tudi v člene, ki niso predmet posameznih novel, nekateri od njih so prinašali celo povsem nove vsebinske rešitve, nekaj pa jih je bilo pripravljenih tudi na podlagi mnenja Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora, ki smo ga podali po proučitvi predloga zakona z vidika skladnosti z Ustavo in pravnim sistemom ter z zakonodajno-tehničnega vidika in v okviru katerega smo opozorili tudi na številne nedoslednosti predlagatelja. Poleg navedenega so bile nekatere posamezne novele znotraj tega omnibusa zelo podrobne in tudi po vsebini niso vsebovale le materije, ki naj bi bila predmet omnibusa, torej določitev oziroma prenos nalog v pristojnost pokrajini, spet druge pa so posegle le v nekatere določbe posameznega zakona in rešitve niso bile dosledno izpeljane skozi celotno zakonsko besedilo posameznega osnovnega

zakona, s čimer so bile povzročene določene pravne praznine in neskladja, torej takšne neuskklajenosti, ki niso bile povzročene v Državnemu zboru in se jih zato tudi ne da odpraviti z uskladitvenim amandmajem ob koncu postopka. Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora pa je v okviru svojih pristojnosti dolžna opozoriti tudi na takšne pomanjkljivosti, kljub temu, da jih tekom postopka ni možno popraviti in je njihova odprava možna šele v novem postopku ob naslednji noveli.

Poleg navedenega je besedilo Predloga ZPNPPok nomotehnično slabo pripravljeno. Iz predlaganega besedila je namreč razvidno, da so predloge novel posameznih zakonov v okviru Predloga ZPNPPok pripravljala ministrstva, vsako na svojem področju, posledica česar so po posameznih področjih uporabljeni različni nomotehnični pristopi, ki prav tako v celoti ne sledijo uveljavljeni nomotehniko, kar vse vodi k še večji nejasnosti predlaganega besedila zakona. Takšni primeri so npr. pavšalna nadomestitev posamezne besede po celotnem zakonu, brez natančne navedbe določbe, v katero se posega; dvojno normiranje (v okviru t.i. skupinskega člena in še posebej v samostojnem členu); napačna umestitev novih členov; nepravilna sklicevanja; spreminjanje celotnega člena z več odstavki, kljub temu, da je dejansko spremenjena le ena beseda v enem odstavku. Očitno je, da so pripravljavci zakonov še premalo seznanjeni z Nomotehničnimi smernicami Službe Vlade za zakonodajo, v katere je bilo prav gotovo vložena veliko truda in katerih namen je ravno v poenotenju nomotehniko in zagotavljanju določene standardne ravni kakovosti pri pripravi predpisov.

Posebej bi izpostavila tudi obrazložitev Predloga ZPNPPok, podano k posameznim členom, ki večinoma zgolj povzema besedilo člena, v nekaterih primerih pa od njegove vsebine celo odstopa, saj se očitno nanaša na besedilo, ki je bilo kasneje spremenjeno. Na navedeno problematiko smo tudi v svojem mnenju posebej opozorili, saj je skladnost vsebine in obrazložitve predloga zakona nujna. Obrazložitev je namreč sestavni del predloga zakona, pomemben pravni pomen pa ima tudi po sprejetju zakona pri uporabi pravnih institutov in interpretacijskih metod, s katerimi se zakonsko besedilo razlaga. Obrazložitev bi morala pojasniti vsebino in namen posameznih določb ter posledice in medsebojne povezave v njih vsebovanih rešitev. Šele takšna obrazložitev lahko daje vpogled v pravo voljo zakonodajalca ob sprejemu posamezne rešitve, ki jo nenazadnje ugotavlja tudi Ustavno sodišče v postopku presoje skladnosti posameznega zakona z Ustavo, npr. pri presoji očitkov o arbitrarnem ravnanju zakonodajalca, ugotavljanju javnega interesa (npr. Odločbe Ustavnega sodišča RS, št. U-I-212/93, U-I-106/01, U-I-160/03, U-I-137/03, U-I-36/00).

Kot že omenjeno pa so razsežnosti Predloga ZPNPPok vplivale in še vedno vplivajo tudi na postopek sprejemanja drugih zakonov. Tako so bile nekatere predlagane rešitve v nasprotju z rešitvami novel, ki so bile še v zakonodajnem postopku (npr. novela Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja-ZOFVI-H, novela Zakona o

tujcih-ZTuj-1D, nov Zakon o kmetijstvu-Zkme-1). Kot primer naj izpostavim novelo Zakona o tujcih, ki je isti člen spreminjal na drugačen način, kot je to predvidevala sprememba Zakona o tujcih v okviru Predloga ZPNPPok, ob tem, da bi morala biti po normalnem teku postopka oba zakona sprejeta na isti seji. To bi v končni fazi lahko pripeljalo do absurda, ko bi zakonodajalec hkrati (na isti seji) sprejel za isti člen dve različni rešitvi, torej rešitvi, ki bi se izključevali. Kljub temu, da sta predloga zakona za isto določbo določala različen *vacatio legis* in bi bilo možno uporabiti razlagalno pravilo “*lex posterior derogat legi priori*”, pa ne bi bilo možno ugotoviti resnične volje zakonodajalca, ki bi praktično hkrati z dvema izključujočima si rešitvama spreminjal isti člen. Po opozorilu Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora je bila v izogib opisani situaciji z amandmajem na seji matičnega delovnega telesa iz samostojne novele Zakona o tujcih sporna določba črtana.

Glede na to, da je Predlog ZPNPPok zastal v zaključeni drugi fazi zakonodajnega postopka (tretja obravnava bi morala biti sicer po rednem teku opravljena v mesecu aprilu, vendar Vlada še vedno ni predložila gradiva za tretjo obravnavo), prihajajo v Državni zbor novi in novi predlogi zakonov, ki ne upoštevajo Predloga ZPNPPok istega predlagatelja in ki posegajo in spreminjajo (na drugačen način) tudi iste člene, kot jih vsebuje Predlog ZPNPPok. Takšni so trenutno npr. novela Zakona o varstvu okolja (ZVO-1B), novela Zakona o vodah (ZV-1A). V zvezi z navedenim se zastavlja tudi vprašanje smiselnosti usklajevanja predlogov zakonov, ki so v zakonodajnem postopku s Predlogom ZPNPPok, ki je obtičal v zaključeni drugi obravnavi zakonodajnega postopka, zlasti upoštevaje dejstvo, da je prenos pristojnosti na pokrajine vsebinsko pogojen z ustanovitvijo pokrajin, kar je v tem trenutku še vedno bodoče negotovo dejstvo in zaradi česar tudi še ni prišlo do njegove tretje obravnave. Predlog ZPNPPok torej povzroča zaplete, čeprav je šele v fazi sprejemanja zakona in seveda ni zagotovila, da bo navsezadnje tudi sprejet in uveljavljen (upoštevati je treba tudi še možnost veta Državnega sveta in zakonodajnega referendum), v primeru njegovega sprejetja pa se upravičeno pojavlja bojazen o posledicah na pravni sistem v tako obsežnem delu, v katerega posega, zlasti zaradi nedodelanosti znotraj posameznih zakonov, v katere posega, in na katere je Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora tudi opozorila v svojem mnenju. Menim, da bi si prihranili številne težave tako tekom zakonodajnega postopka kot tudi kasneje, v primeru njegove morebitne uveljavitve, v kolikor bi predlagatelj k obravnavani tematiki pristopil na klasičen nomotehničen način, z novelami posameznih zakonov, upoštevajoč tudi materijo, na katero se navezuje, saj bi bilo možno v času od sprejema zakona, ki bi predstavljal pravno podlago za ustanovitev pokrajin, do njihove dejanske ustanovitve sprejeti novele na vseh področjih, ki so obsežena s predlogom ZPNPPok, zlasti upoštevaje dejstvo, da lahko tudi redni zakonodajni postopek pripelje do sprejema zakona na eni seji Državnega zbora.

Za uveljavitev istovrstnih sprememb je torej mogoče uporabiti specifične pristope zakonodajnega urejanja, kot so bili v preteklosti že uporabljeni, vendar pa je treba takšen pristop, zaradi jasnosti in preglednosti zakonske ureditve in s tem načela pravne varnosti in pravne države, uporabljati le v strogo omejenem obsegu, izjemoma in restriktivno, v vsebinsko strogo zamejenem okviru in ob podanih utemeljenih razlogih ter seveda ob doslednem upoštevanju uveljavljene nomotehniko in pravil Poslovnika Državnega zbora, ki veljajo za novele.

Do specifičnega nomotehničnega pristopa se je sicer izreklo tudi Ustavno sodišče, in sicer ob presoji Zakona o prevzemu državnih funkcij, ki so jih do 31.12.1994 opravljali organi občin (odločba US RS, št. U-I-98/95). Glede 1. člena tega zakona, ki je zgolj na splošen način urejal prenos državnih funkcij, ki so jih opravljali organi občin, na pristojne državne organe, je Ustavno sodišče ugotovilo neskladnost z Ustavo. Državne funkcije namreč obsegajo tako normativne pristojnosti (pristojnost urejanja) kot tudi upravne naloge (izvrševanje zakonov in drugih državnih predpisov). Iz odločbe izhaja, da se neskladnost z Ustavo nanaša na prenos normativne pristojnosti, ne pa tudi na prenos upravnih nalog, saj je te zakon nadalje podrobneje razdelal v 3. členu na način, da je prenos upravnih nalog na posamezna ministrstva uredil glede na njihova delovna področja, in sicer zgolj s taksativno navedbo posameznih zakonov. Takšno nomotehnično metodo je Ustavno sodišče izrecno presojalo z vidika ustavnega načela pravne države (2. člen Ustave) ter načela vezanosti uprave na zakon (120. člen Ustave). Navedene ustavne določbe v zvezi z obravnavano zadevo, kot izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča, zahtevajo jasno razmejitev pristojnosti med državo in občino. Jasna razmejitev je takšna razmejitev, ki državljanom in organom javne uprave (državnim ter občinskim organom) omogoča, da iz zakona za vsako zadevo razberejo, ali je zanjo pristojna država ali občina. Jasna razmejitev omogoča normalno delovanje državnih in občinskih organov in preprečuje pojavljanje kompetenčnih sporov v obsegu, ki prekoračuje razumno (neizogibno) mero. Ustavno sodišče nadalje v odločbi ugotavlja, da “bi bil zakonodajalec lahko pri prevzemu državnih funkcij izbral boljšo nomotehnično rešitev (naštevaje posameznih pristojnosti, ki jih prevzame država), vendar obravnavani zakon zaradi nomotehnične rešitve, na kateri temelji, ni v neskladju z Ustavo, saj je pomen pojma “upravna naloga” mogoče dovolj jasno določiti z jezikovno, teleološko in sistematično razlago.” Ustavno sodišče še ugotavlja, da je pri vsakem izmed taksativno navedenih zakonov mogoče z razlago pojma “upravna naloga” razbrati, katere naloge je prevzela država.

Pri specifičnih nomotehničnih pristopih normativnega urejanja materije je torej nomotehniko še posebej tesno zvezana z zakonsko vsebino. To potrjujejo tudi zgoraj opisani primeri t.i. omnibusov, presoja Ustavnega sodišča in tudi še vedno aktualni Predlog ZPNPPok. Nomotehniko ima pomembno vlogo pri zakonodajni aktivnosti nasploh, še zlasti pa pride do izraza pri omnibusih, ko se zakonska materija prepleta po različnih področjih oziroma zakonih. Pomembno namreč prispeva k jasnosti, preglednosti

zakonskega besedila, njegovi konsistentnosti in tudi konsistentnosti celotnega pravnega sistema, kar vse predstavljajo zahteve temeljnega ustavnega načela pravne države po 2. členu Ustave. Posledično pa, v kolikor so izpolnjene navedene zahteve ustavnega načela, nomotehnika navsezadnje doprinese tudi k uporabnosti zakona in njegovi uspešni izvedljivosti v praksi.

PROBLEMATIKA
SPECIFIČNIH
NOMOTEHNIČNIH
PRISTOPOV PRI
SPREMINJANJU
ZAKONOV

261

V.

Šolsko pravo

Pravni letopis

2008

Odškodninska odgovornost zaradi neustreznega izobraževanja

dr. Barbara Novak¹

1. Uvod

Zaradi neustreznega šolskega izobraževanja utegneta odškodninsko odgovarjati tako šola kot država. Čeprav literatura pogosto navaja, da javna šola in šola s koncesijo, kadar izvaja javno službo, predstavljata državo, je v sporih za povračilo škode, ki bi učencu nastala v šoli, po sodni praksi šola lahko tožena kot samostojen pravni subjekt. Poleg nje bo država tožena le, kadar bo soodgovorna za nastalo škodo.

265

Praksa Evropskega sodišča za človekove pravice kaže, da država lahko krši različne temeljne pravice učencev in njihovih staršev in jim s tem povzroča škodo že zgolj z vzdrževanjem neustrezne zakonodaje, neustrezne sodne prakse ali s pomanjkljivim nadzorom v šolah. Država je po sodobnem pravu na primer odgovorna za nastalo škodo, če ne odpravi nevzdržnih šolskih razmer, ki učencem onemogočajo pridobitev ustreznega znanja (na primer ne odpravi vsesplošnega nereda, ki onemogoča normalno delo v razredu). S tem država prizadene najmanj otrokovo pravico do izobrazbe, lahko pa tudi druge otrokove pravice in celo pravice njegovih staršev. Ti imajo že po ustavi (54. člen Ustave RS, št. 33/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006 – URS) pravico do (ustreznega) izobraževanja svojih otrok in prvo pravico, da odločijo, kako naj se njihovi otroci izobrazijo (tretji odstavek 26. člena Splošne deklaracije človekovih pravic).

¹ Izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

Tudi kadar otroku kršijo temeljne pravice njegovi starši (na primer otroka ne pošiljajo redno v šolo), je država za te kršitve odgovorna, če z ustreznimi ukrepi ne poseže v izvrševanje roditeljske pravice in takšnih kršitev ne prepreči. Slovenija je namreč socialna država, ki mora varovati šibke in nemočne ljudi (2. člen URS), še prav posebej pa otroke (56. člen URS).

Za kršitve temeljnih pravic otroka s strani njegovih staršev je pogosto odgovorna tudi šola, ki v vsakodnevnem stiku z otrokom izve za te kršitve, vendar o njih ne obvesti pristojnih državnih organov in služb (na primer policije, sodišča, centra za socialno delo).

2. Odgovornost za nevpis otroka v obvezno šolo

DR. BARBARA
NOVAK

266

Vpis otroka v šolo, s katerim se udejanja šolska obveznost, je predvsem dolžnost staršev. Starši ne morejo zavrniti šolanja svojega otroka v obvezni šoli zaradi verskih ali filozofskih prepričanj. Judikatura praktično vseh evropskih držav se ob tem problemu, ki je v kulturno in versko vse bolj raznoliki Evropi že nekaj časa aktualno, vedno znova postavlja na stališče, da velja šolska obveznost za vse otroke, ne glede na njihov etnični, nacionalni, socialni, ali verski izvor. Nemško zvezno ustavno sodišče na primer meni, da ima *„šolska obveznost prednost pred starševsko pravico zaradi otrokove koristi, ki je glavna smernica in meja starševski pravici“*. Starševsko pravico je treba v tem kontekstu razumeti kot dolžnost in odgovornost staršev do otroka in ne kot pravico staršev. S tem ko bi starši uveljavili svoje versko ali filozofsko prepričanje in odklonili šolanje otroka v obvezni šoli, bi ogrozili življenjske možnosti svojega otroka. To bi pomenilo tudi zlorabo roditeljske pravice.

Zlorabe roditeljske pravice je država ne samo upravičena, temveč tudi dolžna preprečevati v okviru svoje socialne funkcije in je v nasprotnem primeru odgovorna za nastale posledice. Država mora zato poskrbeti, da otrok ne ostane brez izobrazbe, ker na primer država ni vodila natančne evidence šoloobveznih otrok (te utegnejo biti nenatančne tudi zaradi neustreznega nadzora nad prijavljanjem rojstev), ali ker je vodila evidenco, pa ni razvila ustreznih mehanizmov, da bi na podlagi evidence uresničila šolsko obveznost v posameznih zadevah.

Vsaj teoretično si je mogoče zamisliti tudi, da bi v določenih okoljih ali situacijah (na primer manjšinskih – konkretno v romskih skupnostih) tipično prihajalo do nespoštovanja pravil o šolski obveznosti. Če si država zatiska oči pred takšnimi – obče

znanimi – kršitvami in zoper njih ničesar ne ukrene, odgovarja za kršitev otrokove pravice do izobrazbe, povrh vsega lahko tudi za kršitev z rasnimi ali celo rasno-diskriminatorskimi elementi. Država mora neselektivno, nediskriminatorsko, splošno in brez nezakonitih izjem zagotoviti spoštovanje prava. Tako mora zagotoviti obvezno šolanje tudi otrokom tujcev in oseb brez državljanstva, ki prebivajo na njenem ozemlju. Če ve za kršitve, se mora nanje odzvati. Če zanje ne ve, se mora vprašati, ali je storila vse potrebno, da bi zanje zvedela. Če ni, potem mora ignorantska in upravno nesposobna država odgovarjati za kršitve otrokove pravice do izobrazbe.

3. Odgovornost za neobiskovanje pouka

Zlorabe roditeljske pravice ne pomeni samo kršitev šolske obveznosti z nevpisom otroka v obvezno šolo, temveč tudi kršitev dolžnosti obiskovanja pouka z nepošiljanjem otroka k pouku. Skrb za obiskovanje pouka traja dlje od šolske obveznosti, ker dolžnost obiskovanja pouka obsega tudi izobraževalne stopnje, ki presegajo obvezno izobraževanje.

ODŠKODNINSKA
ODGOVORNOST
ZARADI
NEUSTREZNEGA
IZOBRAŽEVANJA

267

Teorija in zakonodaja nalagata najbolj neposredne dolžnosti za obiskovanje pouka staršem otroka, čeprav je v določenih primerih za obisk pouka lahko odgovoren tudi otrok. Staršem gredo omenjene dolžnosti, enako kot roditeljska pravica, samo do otrokove polnoletnosti. Po polnoletnosti je za kršitev dolžnosti obiskovanja pouka v celoti odgovoren otrok.

Država mora bdeti nad tem, kako starši pri svojem otroku uresničujejo dolžnost obiskovanja pouka, kajti zlorabe roditeljskih pravic z nepošiljanjem otrok k pouku je država ne samo upravičena, temveč tudi dolžna preprečevati v okviru svoje socialne funkcije in je v nasprotnem primeru odgovorna za nastale posledice. Poleg nje ima pri zagotavljanju otrokove pravice do izobrazbe pomembno vlogo tudi šola. Ta mora v primeru, ko zazna zlorabe, o njih obvestiti pristojne organe (predvsem center za socialno delo, sodišče, policijo).

IZ NOVEJŠE SLOVENSKE ŠOLSKE PRAKSE STA ZNANA KAR DVA PRIMERA DALJ ČASA TRAJAJOČE ZLORABE RODITELJSKIH PRAVIC. OBA ZASTAVLJATA VPRAŠANJE, KAKO JE MOGOČE, DA SO PRISTOJNI ORGANI KRŠENJE OTROKOVE PRAVICE DO IZOBRAZBE TOLERIRALI TOLIKO ČASA. NA KRŠENJE OTROKOVH PRAVIC JE V OBEH PRIMERIH OPOZORIL VARUH ČLOVEKOVH PRAVIC.

V prvem primeru (poročilo Varuha človekovih pravic RS v zadevi 3.5.-1869/95) je oče, ki se ni strinjal z začasno odredbo, s katero je sodišče otroka zaupalo v vzgojo in varstvo materi, otroka odpeljal na svoj dom in s tem otroku onemogočil nadaljevanje

obveznega šolanja v kraju prebivališča matere (od maja do konca šolskega leta) ter pridobitev zaključnega spričevala. V naslednjem šolskem letu je oče želel otroka vpisati v šolo v kraju svojega prebivališča, a je ta zavrnila vpis otroka v višji razred, ker otrok ni imel zaključnega spričevala in ker je šola na podlagi mnenja ministrstva, pristojnega za šolstvo, zavzela stališče, da se mora otrok v skladu s slovenskim pravnim redom šolati v kraju uradnega stalnega prebivališča otroka. Ta je bil prijavljen v kraju stalnega prebivališča matere, ki je imela na temeljučasne odredbe o varstvu in vzgoji pravico določati otrokovo prebivališče. Osnovna šola v kraju otrokovega prebivališča bi sicer v skladu s šolsko zakonodajo lahko sprejela otroka na šolanje, čeprav tega ni bila dolžna, če bi to vseeno želela, česar pa v konkretnem primeru ni (prvi odstavek 48. člena Zakona o osnovni šoli, Uradni list RS, 81/2006, 102/2007 – ZOSn-UPB3).

Varuh človekovih pravic je ocenil, da je v razmerah, ko ni bilo zagotovljeno izpolnjevanje šolske obveznosti, nastajala škoda predvsem otroku. Zaradi varstva otrokove koristi, ki mora biti glavno vodilo za ravnanje vseh državnih organov (tako varuha kot javne šole), je varuh šolama v kraju uradnega prebivališča otroka in prebivališča očeta predlagal čim prejšnje ukrepanje, da bo otrok ponovno vključen v obvezno šolanje. Sama se sprašujem, ali so otrokove pravice v državi, kjer ni mogoče zagotoviti spoštovanja začasnih odredb in kjer njeni organi (sodišča, centri za socialno delo) ne sprožijo ustreznih in takojšnjih postopkov zoper zlorabo roditeljske pravice, res ustrezno zavarovane. Je za varstvo otrokovih koristi dovolj posredovanje varuha za človekove pravice, ki v skladu s slovenskim pravnim redom ne more neposredno ukrepati proti kršitelju pravic? Kljub temu, da je otrok v začetku oktobra spet pričel obiskovati obvezno osnovno šolo, menim, da zgolj s številnimi prošnjami varuha, naslovljenimi na šolo v kraju očetovega stalnega prebivališča na eni in na šolo v kraju otrokovega stalnega prebivališča na drugi strani, naj vendarle zagotovita šolanje otroka, država ni učinkovito zavarovala otrokove koristi.

Drugi primer zadeva problematiko nediskriminatornega zagotavljanja pravice do izobrazbe za otroke s posebnimi potrebami. Če država otrokom s posebnimi potrebami, ki se ne morejo izobraževati v redni šoli, ne da na voljo primernih posebnih šol (t. i. šole s prilagojenim poukom), krši njihovo pravico do izobrazbe. Prav tako jo krši tudi, če jim ne omogoči izobraževanja po prilagojenem programu v redni šoli, kadar za to vključitev ne obstajajo organizacijske ovire.

V spornem primeru se starši niso strinjali z usmeritveno odločbo, ki je otroka s posebnimi potrebami napotila na izobraževanje v šolo s prilagojenim poukom, ker naj redna šola ne bi imela pogojev za izvajanje ustreznega prilagojenega programa. Starši zato otroka dolgotrajno niso pošiljali v šolo s prilagojenim poukom, temveč so skupaj z otrokom protestirali na mestnem trgu, s čemer so državno oblast želeli prisiliti, da bi zagotovila pogoje za izvajanje prilagojenega programa v redni šoli in s tem otroku omogočila izobraževanje v redni šoli.

Ni dvoma, da starši, ki so otroka raje pustili brez izobrazbe kot da bi mu zagotovili izobraževanje v šoli s prilagojenim poukom, niso ravnali v korist otroka. Po drugi strani pa mora šola, ki naj bi na temelju odločbe o usmeritvi sprejela učenca na izobraževanje, ukreniti vse, da bi otroku zagotovila izobraževanje. Ta šola mora zato o tem, da otrok na dan, ko bi moral priti s šolanjem, ni prišel v šolo, obvestiti ustrezne organe: predvsem pristojno inšpekcijo (ki staršem lahko izreče kazen za prekršek), center za socialno delo in sodišče (ki staršem lahko izrečeta ustrezne ukrepe za omejitvev roditeljskih pravic). Organi, pristojni za varovanje otrokovih pravic, morajo v takem primeru ukrepati tudi po uradni dolžnosti, če kakorkoli izvedo za kršenje otrokovih pravic. To pomeni, da bi organi, ki so iz medijev ali na drug način izvedeli, da otrok ne hodi v šolo, morali proti staršem uvesti ustrezne postopke, četudi jih šola s prilagojenim poukom, v katero je bil otrok usmerjen, o neobiskovanju pouka ne bi obvestila.

Poleg navedenega se v primerih kot je ta, odpira vprašanje, ali slovenske šole res v večini primerov nimajo možnosti za izvajanje prilagojenih programov v okviru rednega šolstva. Vprašanje, ali redna šola razpolaga z možnostmi za izvajanje prilagojenega programa, se namreč ne presoja samo z vidika sposobnosti šole izvesti tak program v času odločanja o usmeritvi otroka, temveč tudi z vidika, ali bi šola v ustreznem času lahko zagotovila ustrezne organizacijske, materialne in kadrovske-strokovne možnosti za izvajanje takega programa. Šele, če ugotovimo, da redna šola tudi v prihodnje ne bi mogla zagotoviti izvajanja določenega prilagojenega programa, je dopustno, da se otroka kljub nasprotovanjem njegovih staršev napoti v šolo s prilagojenim poukom. Država pa ne sme odvrniti učenca od pouka v redni šoli zgolj s pavšalno obrazložitvijo, da redna šola nima ustreznih pogojev za vključitev, temveč mora obsežno in izčrpno navesti, kaj vse je storila, da bi jih zagotovila. Iz prakse (nekdanje) Evropske komisije za človekove pravice in prakse nekaterih evropskih ustavnih sodišč izhaja, da državna politika, ki integracijo otrok s posebnimi potrebami odklanja, čeprav bi bila ta glede na vrsto posebne potrebe možna, krši Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic (Uradni list RS, št. 33/1994, Mednarodne pogodbe, št. 7/1994). To z drugimi besedami pomeni, da napotitev šolarja v šolo s prilagojenim poukom pomeni kršitev temeljnih pravic tisti hip, ko bi bil pouk tega šolarja v redni šoli možen. To bi bil, če bi država lahko zagotovila ustrezna personalna in materialna sredstva za otrokovo vključitev v redno šolo in vključitvi tudi ne bi nasprotovala organizacijske ovire. Vprašanje je, kaj vse sta z namenom, da bi odpravili ovire in otroka s posebnimi potrebami vključili v redno šolo v navedenem primeru postorili država in redna šola. Če država in šola ničesar ne storita v ta namen, sta predvsem država in šola (ter manj otrokovi starši) tisti, ki sta otroka prikrajšali za izobrazbo s tem, ko sta kršili otrokovo pravico do nediskriminatornega dostopa k javnim izobraževalnim institucijam. Poleg tega sta v takem primeru tudi grobo kršili starševske pravice.

4. Odgovornost za pomanjkljivo izobraževanje

V izjemnih primerih si je mogoče zamisliti, da bi učencu nastala škoda, ker je šola proti njemu malomarno izvajala svojo dolžnost izobraževanja, na primer mu ni posredovala pomembnih temeljnih znanj oziroma mu jih je posredovala pomanjkljivo. Malomarno izobraževanje se je nato odrazilo na njegovih možnostih za pridobitev zelenega poklica in s tem povezanimi možnostmi za zaslužek.

Pomanjkljivo izobraževanje, ki ga je deležen učenec, je lahko posledica ravnanja učitelja, ki ni resno jemal svojega dela (se na primer sploh ni pripravljaj na delo z učenci, je redno zamujal k uri in mu na ta način ni uspelo predelati bistvenega dela predpisane snovi), ali pa tudi ravnanj drugih delavcev šole (na primer šolskega psihologa, šolske socialne službe, ki zaradi malomarnega opravljanja svojega dela niso prepoznali učenčevih težav zaradi česar je huje trpelo njegovo izobraževanje).

DR. BARBARA
NOVAK

270

V praksi so sicer odškodninske tožbe zaradi pomanjkljivega izobraževanja zaenkrat še silno redke. Razlogov za to ni iskati samo v pravni tradiciji posamezne države ali določenega geografskega prostora in stopnji pravne kulture tamkajšnjega prebivalstva, temveč tudi v izredni težavnosti dokazovanja posameznih predpostavk za povračilo škode, zlasti vzročne zveze med ravnanjem in škodo, ter iskanju kršitve potrebne skrbnosti pri izvajanju šolskega poklica. Kljub temu je bilo v zadnjem času v evropskem prostoru zaslediti posamezne tovrstne tožbe (zlasti v Združenem kraljestvu), ki pa so bile do zadeve *"Phelps proti londonskemu okraju Hillingdon"* vse po vrsti zavrnjene. Izgledi za uspeh so bili sicer prvič resneje podani v zadevi *"X proti grofovskemu svetu Bedfordshire"*, nekaj let pred zadevo *"Phelps"*, vendar se je kasneje izkazalo, da je bila tožba, ki je obravnavala vprašanje malomarne organizacije šolskega izobraževanja in s tem povezane pomanjkljive pridobljene izobrazbe, preveč pavšalna, da bi lahko bila uspešna. Obrazložitev zavrnilne sodne odločbe v zadevi *"X proti grofovskemu svetu Bedfordshire"* je vseeno velikega pomena, ker iz nje izhaja, da je po angleškem pravu mogoče zahtevati odškodnino zaradi pomanjkljivo izpolnjene izobraževalne dolžnosti. Pomembna je tudi ugotovitev, da šola s sprejemom učenca ne prevzame samo odgovornosti za učenčev duševni blagor, temveč tudi za njegove izobraževalno-specifične potrebe. Šola, ki opazi, da ima učenec slabe ocene, je zato dolžna primerno ukrepati (tako kot bi ukrepal razumen učitelj) za izboljšanje njegovega učnega uspeha. Če šola to zanemari in ne ukrene ničesar, je po mnenju angleškega sodišča to ne samo v nasprotju s pričakovanji družbe na področju šolstva, temveč tudi v nasprotju z dobro tradicijo učiteljskega poklica.

V prelomni zadevi *"Phelps"* je tožila legastenična nekdanja šolarka. Zatrjevala je, da ji šola zaradi malomarnega dela šolske psihologinje, ki pri pregledu ni prepoznala legastenije,

temveč je ugotovila psihične probleme učenke, ni nudila ustrezne pedagoške pomoči za poučevanje legastenikov. Šoli je očitala, da bi, če bi dobila pedagoško pomoč za legastenike, bolje napredovala in si pri govoru ter pisanju pridobila večje znanje, s čimer bi se povečale tudi njene poklicne možnosti. Sodišče prve stopnje je ugotovilo, da je psihologinja zanemarila skrbnost in strokovnost, ki bi jo od kompetentne šolske psihologinje lahko pričakovali, za kar je šola odgovorna, in nekdanji učenki prisodila odškodnino v višini 45.000 funtov. Znesek je vključeval povračilo škode za preteklo in prihodnjo posebno dodatno pedagoško obravnavo, odškodnino za psihično trpljenje, ker učenka ni dosegla zelenega poklica in odškodnino za izgubo zaslužka, ker je morala zaradi napačne diagnoze psihologinje opravljati manj plačan poklic. House of Lords je odločitev potrdil.

Zadeva "*Phelps*" je odločilnega pomena ne samo za izobraževanje otrok s posebnimi potrebami, temveč tudi za izobraževanje ostalih učencev, saj splošno odpira pot tožbam proti šoli, ker je ta zaradi malomarnosti osebja (ne samo malomarnosti šolskih psihologov, temveč tudi učiteljev in ostalih šolskih delavcev) otroka pomanjkljivo izobrazila. Prezgodaj je še, da bi bilo mogoče z zanesljivostjo napovedati, če in kakšne posledice bo omenjena odločitev imela na število tovrstnih tožb v Evropi. Zdi pa se, da sprejeta odločitev pomembno krepi kulturo človekovih pravic.

5. Sklepno

Neustrezna in pomanjkljiva izobraženost otroka je v posameznih primerih lahko posledica kršenja njegove pravice do izobrazbe. Do te prihaja, ker otrok sploh ni vpisan v obvezno šolo, ker ne obiskuje redno pouka ali pa enostavno zato, ker šolski delavci svoje izobraževalno delo opravljajo tako malomarno, da otrok ne pridobi temeljnih veščin in znanj. Prvo in zadnje navedeni primer sta v praksi redka, zato pa obstaja toliko večja nevarnost, da bo otrok prikrajšan za izobrazbo prav zaradi vsesplošnega dopuščanja njegovih izostankov od pouka.

Država pogosto krši pravico otroka do izobraževanja že z golim vzdrževanjem neustrezne zakonodaje, nesposobnostjo uveljavljati odločitve svojih organov, z vzdrževanjem neustrezne sodne prakse, kot tudi s pomanjkljivim opravljanjem nadzora v šolah. Pravice otroka krši celo, če ne aktivira vseh pravnih mehanizmov proti staršem, ki ogrožajo otrokovo izobraževanje. Za kršitve otrokove pravice do izobrazbe je poleg staršev velikokrat odgovorna tudi šola, ki to pravico krši z aktivnim ravnanjem ali še pogosteje z opustitvijo dolžnosti varovanja otrokove koristi: ko ve za kršitev otrokove pravice do izobrazbe s strani njegovih staršev, vendar o tem ne obvesti pristojnih

državnih organov in služb (policije oziroma tožilstva, sodišča, centra za socialno delo), ki bi z ustreznimi ukrepi lahko učinkovito in pravočasno zavarovali otrokovo pravico ter s tem morda celo preprečili nastanek škode v otrokovi izobrazbi. Za učinkovito varovanje otrokovih pravic v šoli je namreč veliko bolj kot odškodnina, pomembno, da so država, šola in starši zmožni prepoznati nevarnost nastanka škode za otroka in jo odvrniti, še preden se nevarnost uresniči.

Literatura

1. AVENARIUS H., Einführung in das Schulrecht. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2001;
2. GOMMIEN D., Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah. Svet Evrope, Strasbourg, 1991;
3. HUFEN F., Befreiung einer Schülerin islamischen Glaubens vom Sportunterricht. JuS 3/1995, str. 260–261;
4. MEREDITH P., Schadensersatzpflicht für Fehlerziehung – Der Fall Phelps im Britischen House of Lords. RdJB 3/2001, str. 370–378;
5. NOVAK B., Šola in otrokove pravice. Zbirka pravna obzorja (25), Cankarjeva založba, 2004;
6. Varuh človekovih pravic RS, Poročilo 1996. Varuh človekovih pravic RS, Ljubljana, 1997;
7. VEIT B., Eltern-Kind-Konflikte in ausländischen Familien. RdJB 4/2002, str. 405–422.

Seznam pravnih predpisov

1. Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic (EKČP), Uradni list RS, št. 33/1994, Mednarodne pogodbe, št. 7/1994;
2. Splošna deklaracija človekovih pravic, URL: www.varuh-rs.si/index.php?id=102 (16. september 2008);
3. Ustava RS (URS), št. 33/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006;
4. Zakon o osnovni šoli (ZOsn-UPB3), Uradni list RS, 81/2006, 102/2007.

Seznam domačih in tujih sodnih odločb

1. Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 311/2001 z dne 31. 1. 2002 - baza Ius-Info;
2. Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 186/2000 z dne 7. 9. 2000 - baza Ius-Info;
3. Sklep nemškega zveznega ustavnega sodišča, št. 1 BvR 1308/96 z dne 30. 7. 1996 - Zuweisung eines behinderten Schülers in Sonderschule v: NJW 16/1997, str. 1062–1063.

Novi model financiranja šolstva v Sloveniji

*Brane Kumer¹
mag. Maja Kotnik²*

1 Uvod

Mnoge uspešne organizacije so že v preteklosti spoznale pomembnost lastnega razvoja, inovativnosti, odprtosti in predvsem spretnosti pri spremljanju in sprotnem odzivanju tako na potrebe okolja, v katerem delujejo, kot na potrebe vseh vanje vključenih. Težnja, da bi bila vsaka šola uspešna organizacija, je ne samo smiselna ali celo smela, vendar tudi pričakovana tako na strani njenih »uporabnikov« (dijakov, učencev, študentov, drugih udeležencev izobraževanja..., staršev), kot tudi na strani njenih »soustvarjalcev« (učiteljev oziroma strokovnih sodelavcev, vodstva šole, socialnih partnerjev, predstavnikov šolske politike³). Je odziv na odpor proti spremembam, ki je – po nekaterih teorijah in raziskavah – imanenten tako posameznikom kot skupinam, in hkrati klic po ublažitvi potencialnih stresov, ki jih lahko sprožijo (vsakršne) spremembe.

275

Šola je nedvomno tudi zelo subtilen socialni sistem, v katerem se vsaka sprememba izrazi »večnivojsko« ali »večrazsežnostno«: dotakne se dijakov, učencev, študentov, učiteljev, ravnateljev, tudi staršev in socialnih partnerjev... Zato je tehten premislek ob vsakem (velikem) koraku, tesno sodelovanje in predvsem izgradnja in ohranjanje odnosov zaupanja na vseh nivojih oziroma »med nivoji« ne samo pomemben, ampak kar temeljni gradnik njene uspešnosti.

¹ Šolski center Ptuj

² Ministrstvo za šolstvo in šport

³ Ang. policy.

Kaj je uspešna šola? Kako spodbujati njeno uspešnost? Kako ohranjati zaupanje in sodelovanje kot temeljna gradnika uspešnosti? Kako ohranjati ravnovesje ob/med prehodi iz ene »spremembe« v »drugo«?⁴ Nenazadnje, kako tem spremembam slediti na normativno-pravnem področju?

1.1 Uspešna šola

Po Drukerju (1990) je ena najpomembnejših nalog upravljanja v neprofitnih organizacijah – kamor šola zagotovi sodi – opredelitev **poslanstva** kot *funkcije zavoda*, ki dela družbo drugačno in prispeva k njeni večji kakovosti. Operacionalizacija poslanstva, nadalje, zagotavlja, da se vodstvo ne zadovolji le z dobrimi namerami, ampak da definira naloge, ki jih mora organizacija izpeljati, da uresniči poslanstvo. Povedano drugače, uspešna organizacija se ne meri po količini (storitev), ampak s stopnjo zadovoljitve potreb/zadovoljstva uporabnika.

Za uresničitev poslanstva tako Druker opredeljuje tri strategije, ki naj se upoštevajo pri oblikovanju in ohranjanju organizacijske strukture izobraževalne organizacije⁵:

- **strategijo trženja**, ki se začne z ugotavljanjem in opredeljevanjem potencialnega uporabnika in njegovih potreb, konča pa se šele z zadovoljitvijo njegovih potreb (*iščemo storitve, ki zadovoljujejo trenutne in morebitne uporabnike*);
- **strategijo inovativnosti**, ki narekuje nenehno spodbujanje k inovativnemu razmišljanju vseh v organizaciji, s ciljem iskanja novega, primernejšega trenutni situaciji in zagotavljanju poslanstva;
- **strategijo razvijanja skladov**.

Ob tem je treba poudariti, da nobene od strategij ne gre razumeti v smislu tržno-profitnih ekonomskih teorij.

Na kratko, uspešna šola ima tako opredeljeno in operacionalizirano **poslanstvo**, smernice **razvoja**, **vizijo** in **(samo)evalvacijske mehanizme**. Vzpostavljena in »negovana« je mreža odnosov, ki bolj kot hierarhično spodbujajo sodelovanje in partnerstvo, ob zavedanju in prevzemanju odgovornosti. Uspešnost je tako posledica/rezultat notranjega (*organizacijskega*) procesa in ne – morda proti pričakovanjem – zunanjih mehanizmov.

⁴ Znana, »priljubljena« misel sodobne sociologije je, da je edina stalnica sprememba.

⁵ Vodstvo naj upošteva opisane strategije, zakonodajalec pa v normativnem delu predvidi njihovo legalizacijo.

1.2 Spodbujanje uspešnosti

Pred dobrim desetletjem je Žnidaršič (1996) tako povzegal stanje v slovenskih šolah:

- šole se ne soočajo s konkurenco;
- ni finančnih sredstev za eksperimentiranje (*tudi če so, se sproti trošijo*);
- odsotnost podjetniškega razmišljanja vodstvenih in vodilnih delavcev v šolah;
- izobraževanje je nujno potrebno, zato ni potrebno razmišljati o zniževanju stroškov, iskanju novih prihodkov, marketing je neprimeren;
- težko izmerljivi cilji;
- odsotnost nagrajevanja za uspešno podjetništvo.

Da bi lahko šola našla ravnotežje med vselej omejenimi sredstvi in nenehno naraščajočimi stroški poslovanja, je nujno potrebno poznavanje ekonomije tudi v šolah. Posledično, naj bi šola oziroma njeno vodstvo privzelo tudi »podjetniški duh«, in sicer kot:

- definiranje razumljivih ciljev in vrednot;
- usmerjanje energije v primerjalne prednosti;
- uporabljanje več intuicije pri odločanju;
- vzgajanje in razvijanje dobrih kadrov;
- razvijanje lastnih priložnosti;
- nenehno spremljanje stroškov poslovanja in njihovo zmanjševanje na enoto *outputa* oziroma sledenje težnji, da se z isto količino sredstev poveča kakovost;
- spretno »ravljanje« z različnimi institucijami in okoljem, v katerem deluje, ipd.

Danes so šole, bolj kot v preteklosti⁶, »soočene« druga z drugo in z drugimi nepridobitnimi organizacijami, ne le, ko gre za finančna sredstva in plačilo storitev, temveč in predvsem ko gre za ugled, pozornost in podporo javnosti. Šole se pričenjajo zavedati svojih primerjalnih prednosti in oblikovati nove priložnosti, tudi ko gre za pridobivanje dodatnih virov. Dodatni viri in hkratno zmanjševanje stroškov delovanja šole (*ob hkratni skrbi za ohranjanje kakovosti*) tako lahko pomembno prispevajo k dvigu kakovosti (*storitev*) šole oziroma uresničevanju njenega poslanstva. **Finančni mehanizmi (podrobneje v nadaljevanju) tako poleg drugih mehanizmov prav gotovo pomenijo pomemben dejavnik spodbude uspešnosti.**

⁶ Zmanjševanje števila otrok...

Nenazadnje velja poudariti, da čeprav je v šolskem polju, kot se zdi, še vedno pogosto prisotno razmišljanje, da je »komercializacija«⁷ storitev, ki jih šola lahko ponudi okolju, nezdružljiva s poslanstvom šole, je finančna neodvisnost tista, ki zagotovo **omogoča** šoli **dvigovanje kakovosti**, skozi dvigovanje kakovosti pa tudi ugodnejše finančne rezultate.

Šola lahko pridobi dodatna sredstva neposredno od donatorjev, staršev in lokalne skupnosti, s kandidaturo na različne sofinancirane projekte (*razpisi ministrstev, fondacij ipd.*), lahko pa z nudenjem dodatnih storitev v okolju delovanja, tudi sama prispeva k pridobivanju sredstev. Pridobljena sredstva praviloma usmerja v dvigovanje kvalitete dela, izobraževanje izvajalcev, posodabljanje učne tehnologije in manjša vzdrževalna dela.

2 Modeli financiranja kot mehanizmi spodbude

Decentralizacija in **povečanje avtonomije** šol zahtevata transparentno metodo določitve cene izobraževanja in stalen razvoj relacije uporabnik/izvajalec storitve. Cilj tovrstnega merjenja je utemeljiti dejanski strošek, prikazati ga transparentno in izboljšati finančno spremljavo s ciljem povečati učinkovitost in kakovost izvajalca (*povečati konkurenčnost*). Hitro povečevanje dejanskega stroška izobraževanja in hkratno majhno povečevanje proračuna vodita v iskanje rešitev, ki povečujejo učinkovitost in uspešnost. Spremembe regulativnih podlag in načina financiranja so nujne.

Najpomembnejša sprememba za šole je težnja k decentralizaciji nadzora in financiranja. Cilj je **povečati vlogo šole** (zavoda), **povečati odgovornost do zahtev okolja**, **prenesti odgovornost** za razporejanje sredstev in nenazadnje, **prenesti odločitve** na akterje, odgovorne za lokalno okolje. Decentralizacija zahteva:

- **prenos moči** na regionalni in lokalni nivo;
- **delegatski princip odločitev in odgovornosti** med socialnimi partnerji;
- **pooblastilo odgovornosti** za izobraževanje zavodu.

⁷ CEDEFOP: Training and learning for competence, Second report, 2001

V preglednici je nekaj modelov financiranja, z opredeljenimi značilnostmi in kritično oceno:

Kriterij-model	Značilnosti	Ocena
Število vključenih Model INPUT	Kriterij financiranja temelji na številu vključenih in ceni programa. Plače učiteljev (80% in več) niso v pristojnosti institucije (zavoda). Delež finančnih pooblastil je majhen. Trenutno najpogosteje uporabljen model.	Želja po razvoju bolj "občutljivega" vrednotenja <i>INPUT</i> -a, kot pa upoštevane rezultate preteklega leta, sili izvajalce k zniževanju stroška, promovira racionalnost na lokalnem nivoju. Model povečuje umestitev zavoda, predvsem če ima monopol, ne povečuje kakovosti.
Kombinacija števila vključenih in števila diplomantov Model INPUT- OUTPUT	Vsa sredstva so predana instituciji. Financiranje institucije temelji na kriteriju vključenih (vpisani v tekočem letu, večinski vpliv) in številu diplomantov (tekoče šolsko leto minus xxx, manjšinski vpliv). Model je speljan in evalviran v nekaterih deželah, ni še uporabljen na širokem polju.	V začetku je tipični <i>INPUT</i> model, ki bo zagotovil kakovost šole po nekaj letih. Uspeh je odvisen od uravnoteženja vpliva med <i>INPUT</i> -om in <i>OUTPUT</i> -om. Zavod teži k povečanju kakovosti.
Pogodbeni model	Podoben modelu <i>INPUT/OUTPUT</i> , le da je večji poudarek na <i>OUTPUT</i> . Vključuje pogajanja o vsebini pogodbe za konkreten program. Uporabljen v UK in USA.	Temelji na kompetenci diplomanta. Evalvacija je pokazala, da prevelik poudarek na <i>OUTPUT</i> -u lahko povzroči veliko škodo.
VOUCHER model	Udeleženci izobraževanja prejmejo "VOUCHER", ki ga lahko uporabijo za "nakup" izobraževanja. Cilj je povečati osebno odgovornost posameznika (staršev, udeleženca). Realna vrednost voucherja je znesek, ki ga dobi institucija za izvedbo programa. Preizkušen le v UK 1990.	Evalvacija je pokazala, da model ne povečuje večjega vključevanja v izobraževanje, ne povečuje zahtev izobraževanja. Model je cilj, temelječ na trgu dela, trenutno bolj uporaben za izobraževanje odraslih.

Vir: Green A., Financing vocational education and training, 2000

Kljub različnosti značilnosti in, posledično, učinkih ter ocenah modelov financiranja vsi temeljijo na istih predpostavkah:

- Izobraževanje je **investiranje**, ne **trošenje**: temeljni koncept priprave državnega proračuna za izobraževanje in razporejanje proračunskih sredstev.

- Izobraževanje je **kulturno investiranje** pred **ekonomskim investiranjem**; *izobraževanje predstavlja investiranje, kar preprosto pomeni, usposobiti udeležence za trg dela. Kot je pokazala raziskava OECD, je investiranje v izobraževanje ključno ekonomsko investiranje, saj le-to zagotavlja pomemben dejavnik v gospodarski rasti države.*
- Izobraževanje je **dolgoročno** in ne **kratkoročno investiranje**; *pogled temelji na dejstvu, da je učinek investiranja v izobraževanje viden po določenem času in ne trenutno.*

3 Dileme in hkrati izzivi financiranja izobraževanja⁸

3.3 Financiranje in kakovost izobraževanja

Trendi financiranja izobraževanja temeljijo na rezultatih z mislijo, da bodo omogočili optimiranje izobraževanja. Cilj je povezati **financiranje** in **kakovost** na nacionalnem in šolskem nivoju. Pri tem se zastavljata dve vprašanji/problema:

- opredelitev **koncepta kakovosti** in **metode merjenja**
- opredelitev **ekonomskega učinka** v razumevanju povečevanja **kakovosti izobraževanja**.

Ob tem je vredno poudariti, da je postal faktor dijakov/učitelja neuporaben pri ugotavljanju **kakovosti izobraževanja** v razvitih deželah. Pogosteje je uporabljen kot argument za povečevanje proračuna za izobraževanje ali pa, nasprotno, kot argument za njegovo zmanjševanje, sorazmerno s povečevanjem števila dijakov v oddelku. Nadalje, raziskave (OECD) kažejo, da zmanjševanje števila dijakov/učitelja ne zagotavlja vselej večje kakovosti. Nekaj zaključkov omenjene raziskave lahko strnemo v:

- ni dokazane korelacije med velikostjo oddelka (*število dijakov v oddelku*) in kakovostjo znanja;
- metode poučevanja in organizacija dela v oddelku imajo močnejši vpliv na učenje kot število dijakov/učitelja;
- zmanjšanje števila dijakov/učitelja se odraža na kakovosti le v naslednjih primerih: delo z otroci med 5-im in 7-im letom starosti, učenci/dijaki s posebnimi potrebami, učenci/dijaki s težavami.

⁸ OECD: Decentralisation and the Financing of Educational Facilities, 2002

3.4 Financiranje in pravica do izobraževanja: enakost možnosti

- Temeljni dilemi, ki se porajata ob zagotavljanju enakih možnosti v kontekstu financiranja, sta:
- Kako izdelati model financiranja, ki bo ščitil izobraževanje pred poslabšanjem položaja (*spreminjanje ekonomskega stanja države*)?
- Kako financirati izobraževanje, da zaščitimo pravico enakih možnosti?

V drugi polovici 1990-ih let je Svetovna banka predlagala vrsto prioritet, ki naj jim nacionalna politika izobraževanja nameni posebno pozornost. Večina prioritet se dotika financiranja izobraževanja:

- Izobraževanju naj se da visoko prioriteto, saj izobraževanje samo po sebi ne more postati učinkovito brez vpliva ostalih makroekonomskih dejavnikov;
- Posebno pozornost naj se nameni investiranju v temeljno izobraževanje;
- Posebno pozornost naj se nameni enakosti možnosti (*promovirati pravico do izobraževanja*);
- V izobraževalni proces naj se vključi družine/starše (*v upravne odbore, v procese izborov itd.*)
- Velike šole naj se obravnava kot institucionalno avtonomne.

3.5 Financiranje in privatizacija

Raziskave (OECD) (npr. 1998) kažejo, da prihaja do povečevanja privatizacije izobraževanja na račun javnega šolstva. Analiza trendov izobraževalnih sistemov držav EU denimo kaže, da vlade povečujejo stopnjo soglasja k povečevanju privatizacije skozi sledeče elemente:

- prenos lastništva javnih šol na privatni sektor (*prehod iz neprofitnega v profitni status*);
- preusmerjanje obstoječega ravnovesja med javnim in privatnim v korist privatnega (*povečevanje vključenih v privatnem sektorju, spodbujanje ustanavljanja novih, zaviranje širjenja javnega sektorja*);
- povečevanje financiranja privatnega sektorja (*direktno šolam ali posredno družinam za financiranje izobraževanja otrok - »Voucher«*);
- povečanje sofinanciranja in nadzora javnih šol s privatnim sektorjem, kar vodi k novim oblikam privatizacije javnega sektorja (*trenutno je lastnik javne šole država, kjer ima večji vpliv javnost in nevladna telesa*).

Pomembno vprašanje, ki se zastavlja je, kakšen vpliv bodo te spremembe imele na zagotavljanje kakovosti izobraževanja za trenutne in prihajajoče generacije, oziroma, kako bo privatizacija vplivala na socialno šibke sloje.

3.6 Financiranje in svoboda izbire

Trdimo lahko, da »priznavanje« navidezno-tržne ekonomijo v izobraževanju z namenom dati staršem večjo svobodo izbire šole in spodbujanje tekmovalnosti med šolami, denimo, skozi sistem »voucherjev«, spregleda ali celo »zamolči« zmanjšanje javnega financiranja izobraževanja in premik izobraževanja k zasebnemu sektorju. V tem modelu so starši »obravnavani« kot stranke in kot odgovorni za izobraževanje njihovih otrok. Rečeno drugače, odgovornost za izobraževanje je prenešana nanje. Raziskave kažejo, da taki modeli v izobraževanju povečujejo neenakosti med šolami in večajo polarizacijo med socialnimi in etničnimi skupinami znotraj skupnosti.

3.7 Financiranje in plačilo po rezultatih

Model financiranja po rezultatih so, denimo, preizkusili na nekaterih šolah v angleško govorečih deželah. Predlog je doživel pomembno konstruktivno razpravo, ne le kot bojazen zaposlitve in dejanskega rezultata učitelja temveč tudi kot zadosten ali škodljiv element financiranja. (*Primer: V Hartford-u (Connecticut, US) so učitelji v javni šoli dobili dodatnih 1500 USD, če so njihovi študentje dosegli kot minimum 3% nad povprečno oceno v zadnjem letniku s standardnimi testi*).

Zanimivi so pogledi učiteljev na predlagani model:

- Žaljiva je predpostavka, da bo učitelj delal bolje zaradi te spodbude (*dotatno plačilo*)
- Učitelj ne more vplivati na nekatere dejavnike, ki so zelo pomembni (*vpliv drog, družinski problemi*)
- Denar bi bil koristnejše uporabljen za nove resurse in usposabljanje učiteljev.
- Nasprotna stran predlog zagovarja s predpostavkami:
- Prava pot za povečevanje dosežka študenta, saj le ta temelji na spodbujanju učitelja
- Je dobra strategija za ugotovitev, katere prednosti šole so povezane z odličnostjo izobraževanja
- Pomaga šoli premagati probleme nastale zaradi težavnega okolja (*revščina, razdrte družine, itd*)

- Na osnovi raziskav v različnih delih US, A. Odden (profesor na University of Wisconsin) predlaga nekaj ključnih aktivnosti za uspešno vpeljavo omenjenega kriterija:
- Vključiti vse akterje, ki vplivajo na izobraževanje (*zveze, učitelje, javnost*)
- Več vlagati v izobraževanje: *zahteva po dodatnem denarju, denar (dodatno plačilo) ne more biti strategija zmanjševanja izobraževalnega proračuna*
- Poskrbeti za dodatno izobraževanje in usposabljanje učiteljev, pomagati jim, da bo cilj uresničljiv: *predlog vložiti med 2% in 3% proračuna v usposabljanje učiteljev*
- Ne določati kvot (*predpostavljenih rezultatov*): *vsaka šola, ki dokaže rezultate mora biti nagrajena*
- Biti vztrajen: *vsak projekt ima temeljno napako, da je ironično neuporaben*

3.8 Zaključek izzivom

- V ozadju vsake finančne strategije je ideološka opcija; *izobraževanje mora biti prioriteta države, prioriteta vlade in prioriteta izobraževalne institucije.*
- Model financiranja mora upoštevati značilnosti dežele. (*upoštevati izkušnje in modele drugih vendar razviti lasten model*)
- Nekatero metode reševanja problemov financiranja v izobraževanju vztrajajo kljub spremembam.
- Model mora biti kriterij za izobraževalni proračun, ki bo omogočal ravnotežje med "dobitnikom izobraževanja" in "plačnikom izobraževanja"; *je eno ključnih vprašanj, tesno povezano z enakostjo možnosti, socialnim ravnovesjem ter učinkovitostjo in optimiranjem sistema.*
- Financiranje mora omogočiti izvajanje programov "druga priložnost".
- Financiranje izobraževanja in avtonomija šole sta močno povezana, zato eno brez drugega ni dosegljivo; *če ni zagotovljen primeren način financiranja, potem bo avtonomija šole bolj teoretično kot praktično dejstvo tako dolgo, dokler ne bo šola samostojno peljala lasten izobraževalni proces in poročala, kaj je s pridobljenimi resursi dosegla. Eden izmed zaključkov simpozija 1997 (Izrael, Shapira, Cookson) o avtonomiji šole poudarja, da je odgovornost ključ avtonomije šole, vendar preden lahko šola prevzame odgovornost mora pridobiti resurse, da lahko implementira lasten izobraževalni proces.*
- Državno financiranje mora kompenzirati težave na izobraževalnem trgu; *financiranje izobraževanja je močno orožje države proti neenakosti, ki lahko nastane s popolno ekonomizacijo izobraževanja kot so privatizacija, prosta izbira, financiranje po rezultatih.*
- Odgovornost za financiranje izobraževanja ni le problem države, potrebno je spodbuditi zavedanje odgovornosti v celotni skupnosti in družini.

4 Slovenske šole

4.9 Vpliv veljavne slovenske zakonodaje

Veljavna šolska zakonodaja (1996 in 2007) je sodobno oblikovana in v normativnih delih oblikovanja izobraževalnih organizacij upošteva izsledke raziskav organizacijskih teorij neprofitnih sistemov. Kljub sodobnosti pa organizacijsko strukturo in hierarhijo v šoli še vedno predpiše ustanovitelj (*država*).

Temeljni zakoni skupaj s podzakonskimi predpisi predpisujejo organizacijsko obliko, ravnateljem daje določena pooblastila, učiteljskemu zboru, programskemu učiteljskemu zboru, strokovnemu aktivu in razredniku poverja naloge, ki jih v preteklosti niso imeli.

Kljub na videz napredni zakonodaji, pa je še vedno sistem administrativen, saj so ravnatelju onemogočeni vplivi na normativni del (*standardi in normativi, šolski koledar, raznotera soglasja ustanovitelja, sistemizacija, zaposlovanje ipd*). Ob šolski zakonodaji je dodatno velik omejevalni faktor tudi zakonodaja s področja zaposlovanja, plač, varnosti, finančna zakonodaja, varstva osebnih podatkov ipd.

Upoštevanje vse zakonodaje močno oži maneverski prostor šole, zato se znotraj administrativne regulacije težko odziva na spremembe v okolju. Sledenje spremembam in željam okolja zahteva od vseh zaposlenih, da razumejo osnovno poslanstvo šole, aktivno sodelujejo pri iskanju novih priložnosti, se stalno strokovno spopolnjujejo in vpeljujejo nove oblike in metode dela, vse s ciljem zadovoljitve učenca, staršev, ustanovitelja in makro okolja.

4.10 Vpliv na finančna sredstva

Kljub dejstvu, da morajo tudi šole pokrivati stroške poslovanja, pa te organizacije ne delujejo vselej kot »podjetniške organizacije«. Razlog takšnega razmišljanja je možno iskati v dejstvu, da so šole financirane iz zagotovljenega vira (*državnega proračuna*) in so nagnjene k temu, da potrošijo vse, kar pridobijo, ker bi v nasprotnem primeru (*ostanek dobička*) lahko del sredstev celo izgubile.

V šolah se lahko iz leta v leto obseg dela (*izobraževanja*) spreminja (*niha število oddelkov*), vendar financer (*ustanovitelj*) zagotavlja sredstva za delovanje skladno s predpisanimi normativi. Normativi so neposredno vezani na število oddelkov in vrsto izobraževalnega programa. Ker je višina sredstev za opravljanje dejavnosti pogojena z normativi (*število pedagoških delavcev, strokovnih sodelavcev, plačilo materialnih stroškov, izvajanje programa itd*),

mora vodja šole (*ravnatelj*) vsako šolsko leto pripraviti, skladno z normativi, sistemizacijo delovnih mest na podlagi normativnega obsega dela. Tako pripravljeno (*z zakonom določeno*) sistemizacijo ustanovitelj potrdi, oziroma zahteva njen popravek, in s tem prizna sredstva za plačilo opravljanja dejavnosti. Ravnatelj *ne more* vplivati na višino pridobljenih sredstev (*inputov*) za plačilo opravljenega dela v zavodu, ker mu višino sredstev predpiše ustanovitelj na osnovi različnih zakonskih in podzakonskih predpisov (*Zakon o razmerju plač, Kolektivna pogodba, Standardi in normativi za oblikovanje učno vzgojnih skupin, predmetniki ipd*).

Obstoječi model datira v leto 1982, v času določanja elementov je bila tehnologija v šolah relativno revna, nekateri elementi, ki danes v šolah predstavljajo močan vpliv, niso upoštevani.

Ker veljavni sistem financiranja šol (*morda danes ni toliko v ospredju, saj so dane zakonske podlage za spremembe ter nov mode že vpeljujemo in spremljamo*) temelji na potrjeni sistemizaciji in priznanem številu oddelkov (skupin), je šola spodbujana k oblikovanju čim večjega števila oddelkov oziroma skupin s soglasjem ministrstva, saj le na ta način pridobi sredstva z naslova materialnih stroškov, ki jih nameni izvajanju pedagoškega procesa, vzdrževanju in razvoju.

5 Razvoj novega pogleda na financiranje izobraževanja

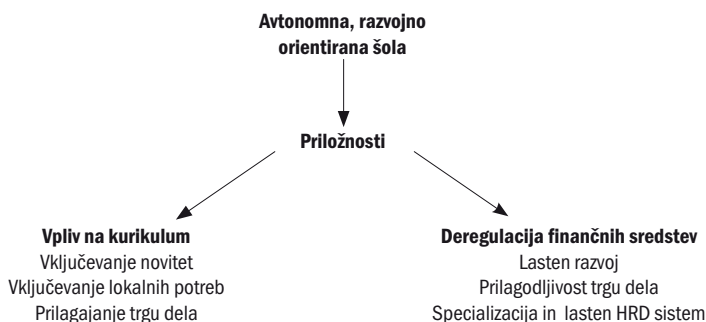
5.1 Deregulacija, decentralizacija: kam, kako in kaj?

Srednješolski izobraževalni sistem je po letu 1996 (*sprejetje zakonodaje*) v izvedbenem delu (*pravilniki, uredbe*) postajal iz leta v leto centraliziran, birokratiziran, rigiden. Z današnjega zornega kota je vredno omenjene trditve interpretirati zelo subtilno in jim v mnogih točka izkazati vso priznanje. Na področju investicij se je centralizacija aktivnosti pokazala kot dobra, saj smo uspeli v preteklih 15-ih letih mnogo sredstev usmeriti v novogradnje in posodabljanje opreme (*nove šole, Ro, telovadne površine, opremljanje šol, oprema za maturo ipd*). Omenjeni uspešni centralizaciji je potrebno ob bok postaviti tudi centralizacijo na področjih, za katera je težko trditi tolikšno uspešnost, v nekaterih primerih pa tudi sploh njeno primernost ali uporabnost. Posledica tolikšnega predpisovanja in reguliranja je šole potisnila v polje prevelike administracije (*upravni postopek, zakon o javnih naročilih, varstvo osebnih podatkov, šolski red, hišni red, sistemizacija, normativi ...*). Večina omenjenih regulativov ne stimulira kreativnega in inovativnega okolje, prej bežanje pred novitetami, želja po nadaljnjem predpisovanju (*regulaciji*) postopkov, normativov ipd.

Leta 2003 je spoznanje, da je potrebno pristopiti k postopni decentralizaciji in deregulaciji aktivnosti in odločitev

5.2 Kam razvijati?

Prihodnost šolstva, predvsem sledenje ciljem skupnega evropskega prostora, temelji na veliki stopnji odgovornosti izvajalca, to je šole. Na šolo se prenašajo naloge razvoja, naloge povezovanja sfere dela in sfere izobraževanja, naloge hitrega prilagajanja potrebam okolja in tehnološkega razvoja, naloge avtorstva vseživljenjskega učenja, naloge profesionalne odgovornosti za opravljeno storitev.



Če se strinjamo z omenjenimi trditvami, če verjamemo v uspeh tovrstne organizacije, potem je nujno potrebno graditi večjo stopnjo avtonomije izvajalca, na nacionalnem nivoju pa obdržati tiste aktivnosti in regulative, ki so nacionalnega interesa. Dolgoročno gledano, so nacionalne naloge (vrednote) kakovost, izobraženost, standard znanj, zaposljivost, odzivnost... Te naloge pa zahtevajo korenito spremembo interpretacije izvedbenega dela trenutno veljavne zakonodaje, v nekaterih primerih pa bo potrebno poseči tudi v samo zakonodajo.

Odgovori strinjanja z omenjenim zahtevajo:

- Povečati **avtonomijo** šole (*razporejanja sredstva po lastnih prioritetah, sledi lastnim razvojnim smernicam, prilagaja potrebam okolja, stalno uvaja novitete, nenehno skrbi za lastno kakovost dela*)
- Povečati **odgovornost** šole (*odgovorna za razporejanje sredstev, odgovorna za programski razvoj, odgovorna za kakovost diplomantov, odgovorna za osip*)

- Vzpostaviti nacionalni sistem ugotavljanja in zagotavljanja **kakovosti** (*ne zunanje evalvatorski temveč **samoevalvacijski** in javna objava rezultatov*)
- **Stimulirati sfero dela**, da prevzame aktivno vlogo v izobraževanju
- **Odpraviti** mnoge predpise na nacionalnem nivoju
- **Spremeniti vloge** nacionalnih zavodov (*ZRSSŠ, CPI, ACS, DIC ...*)

5.3 Kako razvijati?

Spremeniti tradicionalno uveljavljen sistem pomeni spremeniti kulturo, navade in vloge vseh akterjev, ki so kakorkoli povezani z izobraževanjem (*Strokovni svet, uradi ministrstva, nacionalni zavodi, regionalna skupnost, šole*). Prehod iz obstoječega v novo stanje je možen v nekaj zaporednih letih (*bolje desetletju*), je pa na pot vredno stopiti (*primeri dobre prakse v skandinavskih deželah, morda tudi analiza sprememb v sosednji Avstriji*). Uspeh uvajanja sprememb bo močno odvisen od **stopnje sodelovalnosti** in **zaupanja** med vsemi, ki bodo omenjeni razvoj sooblikovali. Pri tem je potrebno poudariti, da se morajo vsi, ki so vključeni v sistem, spreminjanja zavedati, da iskanje novega zahteva od posameznika spremembo mišljenja, velikokrat tudi tipanje v temi.

5.4 Kaj razvijati?

- Iz sistema mesečnih najav preiti na pogodbeno letno razmerje. S pogodbo o zagotavljanju finančnih sredstev zgraditi sistem zaupanja upravljanja z javnimi financami. V pogodbi je vredno navesti vse obveznosti med naročnikom in izvajalcem, kriterij določitve cene pa razviti v polje sprejemljivosti naročnika (MŠŠ) in izvajalca (šola).
- Razmisliti o obstoječih sistemih zbiranja podatkov, njenem namenu in učinku. Nujno je potrebno vzpostaviti sistem kvalitetnih agregatnih podatkov o udeležencih in zaposlenih na nacionalnem nivoju (*nepomembne podatke izločiti*).
- Prenesti odgovornost za zaupane nepremičnine in premičnine na šolo ter vpeljati sistem zagotavljanja sredstev za ohranjanje vitalnosti nepremičnin in premičnin. Učinkovitost bo povečana, če bo šola dobila obvestilo o zagotovljenih sredstvih v poslovnem letu pred izdelavo finančnega načrta šole.
- Sistem usposabljanja vodstvenih in vodilnih delavcev dopolniti z znanji s področja ekonomije in marketinga, strateškega managementa, managementa razvoja človeških virov. Mogoče je tudi za to področje zagotoviti le dovolj sredstev.

5.5 Popotnica

Nekaj iztočnic in dejstev za spremembo sistema financiranja, ki dolgoročno pogojuje tudi ostala polja v izobraževalnem sistemu (*kurikul, razpisi, oprti kurikul, vpliv lokalnega okolja, upoštevanje potreb trga dela itd.*).

- skoraj v vseh EU državah so se pričele večje spremembe v začetku 1990 (*razmišljanja so se pričela nekaj let prej, v vseh idejah so bile iste iztočnice*)
- skupno utemeljevanje vsem rešitvam je:
 - povečati avtonomijo šole
 - spodbuditi notranje resurse v šoli
 - povečati priložnosti za izobraževanje
 - z nacionalnega vidika odgovoriti na »skladen regionalni razvoj«
 - decentralizirati odločitve (*decision-making process*)
 - povečati vpliv lokalnega okolja
 - prilagoditi izobraževanje potrebam lokalnega okolja
 - zmanjšati nacionalno birokracijo
- skupne značilnosti
 - prenos celotne(*večine*) odgovornosti na lokalni nivo oz. šolo (*zgradbe, plače, razvoj, izvedba programa*)
 - nacionalni nadzor kakovosti (*poročanje, javno publiciranje, Bench Marking*)
 - pogodba med državo in šolo o financiranju (*obseg dogovorjenega dela*)
 - v nekaterih primerih je za zgradbe odgovorna lokalna skupnost, nakazujejo pa prenos lastništva na šole
- pogoji uvajanja–trajanje procesa decentralizacije in posledično deregulacije
 - postopno (*7 ali več let*)
 - usposabljanje šolskega managementa
 - v začetni fazi prostovoljno odločanje šole (*volonterstvo*)
 - sprotna evalvacija in spreminjanje/korigiranje metodologije
- pogoji/zahteve pred izvedbo
 - oblikovanje upravnega odbora (*gospodarstvo, lokalna politika, šola*), odbor sprejema strateške poslovne odločitve
 - izenačitev materialnih pogojev javnim šolam (*primer Irska in Nizozemska*) (*starost zgradb, opremljenost*) oziroma določiti prehodno obdobje z intenzivnejšim financiranjem za vzpostavitev primerne stanja
 - pasti

- združevanje v večje/prevelike zavode
- bojazen pred upadanjem kakovosti (*če ni predhodno nastavljen sistem spremljanja-obvezen*)
- nestimulativno okolje, majhna izobrazbena raven okolja

Uspešnost celotnega »projekta« decentralizacije in deregulacije je odvisna od pripravljenosti in zavezanosti spremembam vseh, ki so kakorkoli povezani s šolstvom. Na razvojni poti bo potrebnih veliko ovinkov, postankov, včasih pa tudi smelih odločitev. Vsega tega se je potrebno zavedati, vendar, če smo prepričani, da je cilj pravi, da so usmeritve prave, potem je vredno vanje vlagati.

Postopki odločanja na področju osnovnošolskega izobraževanja

Milena Bonelli¹

I. Uvod

Področje osnovnošolskega izobraževanja je urejeno z **Zakonom o osnovni šoli** (Uradni list RS, št. 81/06-UPB3 in 102/07 – v nadaljevanju: **ZOsn**). Ker so se v praksi pogosto postavljala vprašanja v zvezi z uporabo določil upravnega postopka v zadevah, ki se nanašajo na odločanje o pravicah in dolžnostih učencev, je bilo s spremembami in dopolnitvami Zakona o osnovni šoli iz leta 2007 (Uradni list RS, št. 102/07) na novo dodano poglavje IV. A – »Odločanje o pravicah in dolžnostih učencev«, novo pa je tudi poglavje IV. B – »Vzgojno delovanje šole«.

291

V obrazložitvi k noveli Zakona o osnovni šoli (Poročevalec DZ, št. 57 z dne 20. 06. 2007) je navedeno sledeče: »S tem se postavlja jasna ločnica med vzgojnim delovanjem šole, ki je strokovne in ne upravnopravne narave, ter upravnopravnim odločanjem. Takšna razmejitev je bila predlagana ministrstvu s strani pravnih strokovnjakov oziroma pristojnega ministrstva, zahteva po tem pa prihaja tudi iz prakse. Pri opraviilih, ki so strokovne narave, se uporaba ZUP-a povsem izloči, kar ne gre za odločanje o pravicah in ker bi uporabljanje upravnega postopka tudi škodovalo samemu vzgojnemu delu.«

Zaradi specifične vsebine vzgojno-izobraževalnega dela so v zakonu o osnovni šoli posebej urejeni postopki v zvezi ocenjevanjem znanja (ugovor na oceno) in napredovanjem ter ponavljanjem učencev.

¹ Sekretarka na Ministrstvu za šolstvo in šport

V tem prispevku so zbrana določila predpisov, ki urejajo zgoraj navedene postopke, na koncu pa so povzeta še določila Zakona o šolski inšpekciji (Uradni list RS, št. 114/05 – UPB1), ki se nanašajo na inšpekcijski nadzor na področju (osnovnega) šolstva in možnost uveljavljanja sodnega varstva pravic.

II. Vzgojno delovanje šole – strokovno delo

Z novelo iz leta 2007 je v ZOsn dodano novo poglavje, ki se nanaša na vzgojno delovanje šole. Zakon v tem sklopu podaja definicijo vzgojnega delovanja šole in pravne akte, v katerih so določena pravila v zvezi vzgojnim delovanjem šole.

1. vzgojno delovanje šole – 60. člen ZOsn

Vzgojno delovanje šole je v skladu s 60. členom ZOsn strokovno delo, ki se izvaja v skladu s pravili stroke, v skladu s tem zakonom, na njegovi podlagi izdanimi predpisi in akti šole. Učenec in njegovi starši lahko pisno podajo ugovor razredniku, šolski svetovalni službi ali ravnatelju glede vzgojnega delovanja šole. Če učenec ali starši v 30 dneh ne dobijo pisnega odgovora, oziroma če z njim niso zadovoljni, lahko dajo pobudo za inšpekcijski pregled.

Vzgojne dejavnosti so v skladu s 60. d členom ZOsn proaktivne in preventivne dejavnosti, svetovanje in usmerjanje ter druge dejavnosti (pohvale, priznanja, nagrade, vrste vzgojnih ukrepov in podobno), s katerimi šola razvija varno in spodbudno okolje za doseganje ciljev iz 2. člena zakona.

2. vzgojni načrt – 60. d člen ZOsn

Šole načrtujejo svoje delo na področju vzgoje z vzgojnim načrtom (60. d člen ZOsn). **Z vzgojnim načrtom** šola določi načine doseganja in uresničevanja ciljev in vrednot iz 2. člena zakona, ob upoštevanju potreb in interesov učencev in posebnosti širšega okolja. Vzgojni načrt vsebuje vzgojne dejavnosti in oblike vzajemnega sodelovanja s starši in njihovo vključevanje v uresničevanje vzgojnega načrta. Pri pripravi vzgojnega načrta sodelujejo strokovni delavci šole ter učenci in starši. Vzgojni načrt sprejme svet šole na predlog ravnatelja v roku in po postopku, kot je določen za letni delovni načrt.

3. pravila šolskega reda – 60. e člen ZOsn

Na podlagi vzgojnega načrta šola v **pravilih šolskega reda** natančneje opredeli dolžnosti in odgovornosti učencev, načine zagotavljanja varnosti, pravila obnašanja in ravnanja, določi vzgojne ukrepe za posamezne kršitve, organiziranost učencev,

opravičevanje odsotnosti, sodelovanje pri zagotavljanju zdravstvenega varstva učencev. Pri oblikovanju pravil šolskega reda sodelujejo strokovni delavci šole ter učenci in starši. Pravila šolskega reda sprejme svet šole na predlog ravnatelja, ki si mora predhodno pridobiti mnenje učiteljskega zbora in sveta staršev.

Vzgojne ukrepe se izvede, kadar učenec krši svoje dolžnosti določene z zakonom ter drugimi predpisi in akti šole. Z vzgojnimi ukrepi ni mogoče omejiti določenih pravic učencev, opredeljenih v posameznih členih zakona o osnovni šoli.

4. vzgojni opomini

Učencu se lahko izreče **vzgojni opomin**, kadar krši dolžnosti in odgovornosti, določene z zakonom, drugimi predpisi, akti šole in ko vzgojne dejavnosti oziroma vzgojni ukrepi ob predhodnih kršitvah niso dosegli namena. Izrekanje vzgojnih opominov v osnovni šoli določa **Pravilnik o vzgojnih opominih v osnovni šoli** (Uradni list RS, št. 76/08). Pravilnik se začne uporabljati s 1.9.2009. Do navedenega datuma se uporablja **Pravilnik o pravicah in dolžnostih učencev v osnovni šoli** (Uradni list RS, št. 75/05).

Postopek izrekanja vzgojnih opominov v skladu s Pravilnikom o vzgojnih opominih v osnovni šoli – s 1. 9. 2009

a) pogoji za izrekanje vzgojnih opominov

Učencu se lahko izreče vzgojni opomin, kadar krši dolžnosti in odgovornosti, določene z zakonom, drugimi predpisi, akti šole, in ko vzgojne dejavnosti oziroma vzgojni ukrepi ob predhodnih kršitvah niso dosegli namena. Šola pred izrekom vzgojnega opomina uporabi ukrepe, določene z vzgojnim načrtom in pravili šolskega reda.

Vzgojni opomin šola lahko izreče za kršitve, ki so storjene v času pouka, dnevih dejavnosti in drugih organiziranih oblikah vzgojno-izobraževalne dejavnosti ter drugih dejavnosti, ki so opredeljene v letnem delovnem načrtu, hišnem redu, pravilih šolskega reda in drugih aktih šole.

b) postopek izrekanja vzgojnih opominov

Obrazložen pisni predlog za izrek vzgojnega opomina poda strokovni delavec šole razredniku. Razrednik preveri, ali je učenec kršil dolžnosti in odgovornosti, določene z zakonom, drugimi predpisi in akti šole, ter katere vzgojne dejavnosti in vzgojne ukrepe je za učenca šola predhodno že izvedla. Nato razrednik opravi razgovor z učencem in njegovimi starši oziroma strokovnim delavcem šole, ki zastopa interese učenca, če se starši ne udeležijo pogovora. Po razgovoru razrednik pripravi pisni obrazložen predlog za izrek vzgojnega opomina in ga posreduje učiteljskemu zboru. Če razrednik oceni, da ni razlogov za izrek vzgojnega opomina, o tem seznani učiteljski zbor. Z razrednikom sodeluje šolska svetovalna služba, po potrebi pa tudi drugi strokovni delavci šole.

c) način izrekanja vzgojnih opominov

Vzgojni opomin izreče učiteljski zbor. Učencu se lahko izreče vzgojni opomin v posameznem šolskem letu največ trikrat. Šola učencu izroči dva izvoda obvestila o vzgojnem opominu. Učenec en izvod s podpisom staršev vrne šoli. Če razrednik dvomi v verodostojnost podpisa staršev oziroma če učenec v petih delovnih dneh od prejema ne vrne podpisanega obvestila, obvesti o tem starše. O poteku postopka izrekanja vzgojnega opomina šola vodi zabeležke. Izrek opomina razrednik zabeleži v mapo vzgojnih opominov.

d) individualizirani vzgojni načrt

Šola za učenca, ki mu je bil izrečen vzgojni opomin, najkasneje v desetih delovnih dneh od izrečenega opomina pripravi individualizirani vzgojni načrt, v katerem opredeli konkretne vzgojne dejavnosti, postopke in vzgojne ukrepe, ki jih bo izvajala. Za učenca, ki se prešola na drugo šolo, individualizirani vzgojni načrt pripravi ta šola. Pri pripravi individualiziranega vzgojnega načrta lahko sodelujejo tudi starši učenca. Šola spremlja izvajanje individualiziranega vzgojnega načrta.

Postopek izrekanja vzgojnih ukrepov v skladu s Pravilnikom o pravicah in dolžnostih učencev v osnovni šoli – do 31. 8. 2009**a) izrekanje vzgojnih ukrepov (31. člen)**

Učencu se zaradi storjenih kršitev lahko izrečejo vzgojni ukrepi, določeni s pravilnikom. Za hujše kršitve, določene v drugem odstavku 30. člena pravilnika, se izreče vzgojni ukrep, razen če razrednik oceni, da učenec potrebuje pomoč oziroma svetovanje. Pri izbiri določenega vzgojnega ukrepa za kršitve, ki niso opredeljene kot hujše kršitve, morajo razrednik, ravnatelj in učiteljski zbor upoštevati postopnost uporabe posameznih vzgojnih ukrepov, določenih s pravilnikom. V primeru izrekanja vzgojnih ukrepov za hujše kršitve, določene v drugem odstavku 30. člena pravilnika, razen za kršitve iz prve alinee, načelo postopnosti ne velja.

b) predlog za začetek postopka (32. člen)

Predlog za začetek postopka zaradi storjene kršitve lahko razredniku poda vsak delavec šole, starši ali učenec. Razrednik razišče okoliščine domnevne kršitve, zbere dodatne informacije od morebitnih očitvidcev in se pogovori z učencem, tako da lahko le-ta pojasni vse o domnevni kršitvi.

Če je na podlagi okoliščin mogoče sklepati, da bo po zaključku obravnave kršitve uporabljen eden od vzgojnih ukrepov od tretje do šeste alinee 34. člena pravilnika, mora razrednik o kršitvi takoj obvestiti starše in jih pozvati, da prisostvujejo pogovoru z učencem. Če starši ne morejo prisostvovati pogovoru ali odklonijo sodelovanje, pri pogovoru sodeluje strokovni delavec šole, ki ga izbere učenec. Če učenec strokovnega

delavca ne izbere, ga določi ravnatelj šole. Če je pri kršitvi udeleženih več učencev, so pri skupnem pogovoru s kršitelji prisotni starši le, če je mogoče zagotoviti prisotnost staršev vseh učencev oziroma strokovnih delavcev.

c) izbira vzgojnega ukrepa (33. člen)

Razrednik mora pred izbiro vzgojnega ukrepa zanesljivo ugotoviti, da je kršitev mogoče pripisati določenemu učencu ali skupini učencev. Pri izbiri določenega vzgojnega ukrepa mora razrednik upoštevati: predvidene pedagoške posledice ukrepanja, zmožnost presoje posledic lastnih dejanj glede na učenčevo starost, nagibe oziroma motive za dejanje, okolje, v katerem učenec živi, škodljivost dejanja, ponavljanje kršitve.

d) vzgojni ukrepi (34. člen)

Glede na ugotovitve v postopku obravnave kršitve ter ob upoštevanju okoliščin iz prejšnjega člena se razrednik lahko odloči, da:

- učenca pokliče na pogovor in mu izreče ustni opomin,
- učenca pokliče na pogovor in mu izreče pisni opomin,
- učenca pokliče na pogovor in mu izreče strogi opominrazrednika,
- predlaga, da se učencu izreče opomin oddelčnega učiteljskega zbora; če je predlog sprejet, razrednik pozove učenca in starše na pogovor, jim izroči opomin in jih opozori, da lahko nadaljnje kršitve privedejo do premestitve učenca v drug oddelek,
- predlaga, da se učencu izreče opomin ravnatelja, učiteljskemu zboru pa lahko predlaga, da odloči o premestitvi učenca v drug oddelek; če ravnatelj učencu izreče opomin, pozove učenca in starše na pogovor in jim ga izroči. Če je učiteljski zbor sprejel odločitev o premestitvi učenca v drug oddelek, jih obvesti tudi o tem, ter jih opozori, da bo lahko v primeru nadaljnjih kršitev šola začela s postopkom prešolanja učenca,
- predlaga, da se učencu izreče opomin učiteljskega zbora; če mu ga le-ta izreče, ravnatelj pozove učenca in starše na pogovor ter jim ga izroči.

Ob predlogu za izrek opomina učiteljskega zbora ali po izreku tega vzgojnega ukrepa lahko razrednik predlaga, da učiteljski zbor sprejme tudi odločitev o začetku postopka za prešolanje učenca. Prešolanje učenca se izvede v skladu z določili 54. člena zakona o osnovni šoli. Telesne in denarne kazni niso dovoljene.

Praden učiteljski zbor sklepa o premestitvi učenca v drug oddelek oziroma o začetku postopka za prešolanje učenca, si ravnatelj šole pridobi pisno mnenje razrednika in pisno mnenje šolske svetovalne službe. Razrednik in ravnatelj vodita o svojih dejanjih v postopku obravnavanja kršitve (pogovori z učencem, pogovori s starši, telefonski pogovori, pisna obvestila staršem itd.) pisne zapise.

e) zadržanje vzgojnega ukrepa (36. člen)

Premestitev učenca v drug oddelek ali začetek postopka za prešolanje učenca lahko učiteljski zbor za določen čas zadrži. Ravnatelj lahko zaradi kršitve postopka ali drugih utemeljenih razlogov zadrži uporabo kateregakoli vzgojnega ukrepa.

f) obvestilo o vzgojnem ukrepu (38. člen)

Vsak izrečen vzgojni ukrep se vpiše v obvestilo o vzgojnem ukrepu, ki obsega vrsto ukrepa, obrazložitev in pravni pouk. Obvestilo o vzgojnem ukrepu se osebno vroči staršem, ki s podpisom potrdijo njegov prejem. Če pri pogovorih ob izrekanju oziroma izročitvi vzgojnega ukrepa ni predvidena prisotnost staršev ali pa se starši ne odzovejo pisnemu vabilu na pogovor, razrednik oziroma ravnatelj pošlje staršem obvestilo o vzgojnem ukrepu s priporočeno pošto pošiljko. Drugi izvod obvestila o vzgojnem ukrepu se vloži v mapo vzgojnih ukrepov.

g) ugovor zoper vzgojni ukrep (39. člen)

Zoper vzgojni ukrep lahko starši v osmih dneh od dneva, ko jim je bilo vročeno obvestilo o vzgojnem ukrepu, predložijo ravnatelju šole obrazložen ugovor. Ravnatelj mora najpozneje v treh dneh po prejemu ugovora imenovati tričlansko komisijo, ki odloča o ugovoru. Med člani komisije mora biti vsaj en član, ki ni zaposlen v šoli. Komisija takoj preveri ustreznost vzgojnega ukrepa. Odločitev komisije je dokončna.

h) izbris vzgojnih ukrepov (40. člen)

Vzgojne ukrepe iz 34. člena pravilnika je mogoče pod določenimi pogoji izbrisati. Vzgojni ukrep, ki ni bil izbrisan, se izbriše po enem letu od njegovega izreka. Izbris vzgojnega ukrepa se opravi tako, da se obvestilo o vzgojnem ukrepu izvzame iz mape vzgojnih ukrepov učenca in se uniči. Ko se vzgojni ukrep izbriše, se šteje, da ni bil izrečen.

i) varstvo pravic učenca (41. člen)

Če učenec meni, da so bile njegove pravice iz 2. člena pravilnika kršene, lahko na to sam ali njegovi starši glede na vrsto in stopnjo kršitve pisno opozori razrednika, šolsko svetovalno službo, ravnatelja, ali svet šole. Učenec oziroma starši imajo pravico, da najkasneje v 30 dneh od vložitve opozorila dobijo odgovor. Če učenec ali starši v 30 dneh ne dobijo odgovora, oziroma če z njim niso zadovoljni, lahko dajo pobudo za inšpekcijski pregled.

III. Postopek odločanja o pravicah in dolžnostih učencev – uporaba Zakona o splošnem upravnem postopku

Z novelo ZOsn je na novo dodano tudi posebno poglavje, ki ureja postopek odločanja o pravicah in dolžnostih učencev. V 60. a členu so izrecno navedeni postopki, v katerih se uporabljajo **določbe Zakona o splošnem upravnem postopku** (Uradni list RS, št. 80/99 in spremembe – ZUP). V skladu z 31. členom ZUP upravni postopek vodi in v njem odloča oseba, ki izpolnjuje pogoje glede izobrazbe in strokovnega izpita iz upravnega postopka. Na tej podlagi je bila izdana **Uredba o izobrazbi, ki jo morajo imeti zaposleni za vodenje in odločanje v upravnem postopku in o strokovnem izpitu iz upravnega postopka** (Uradni list RS, št. 29/00, 66/04 in 17/06).

Strokovni izpit iz upravnega postopka ni potreben za vodenje in odločanje v enostavnih upravnih zadevah, ki jih določi vlada z uredbo. **Uredba o določitvi enostavnih upravnih zadev, za katere ni potrebno opravljati strokovnega izpita iz upravnega postopka** (Uradni list RS, št. 76/08) v 2. členu določa, da strokovni izpit iz upravnega postopka ni potreben za izdajanje potrdil in drugih listin, o katerih se vodi uradna evidenca.

1. Odločanje o pravicah in dolžnostih učenca – uporaba določb Zakona o splošnem upravnem postopku (60. a – 60. c člen ZOsn)

Določbe zakona, ki ureja splošni upravni postopek, se uporabljajo v postopkih v zvezi z vpisom, prestopom, prešolanjem, odložitvijo šolanja, oprostitvijo sodelovanja pri posameznem predmetu, prepovedjo obiskovanja osnovne šole po izpolnitvi osnovnošolske obveznosti, statusom učenca, ki se vzporedno izobražuje oziroma statusom športnika in v zvezi dodelitvijo sredstev učencem, ki zaradi socialnega položaja ne zmorejo v celoti plačati prispevkov za materialne stroške programa (šola v naravi, prehrana, učbeniki).

Če za posamezno odločitev ni posebej določen pristojen organ, o pravicah in dolžnostih **na prvi stopnji odloča ravnatelj**. O odložitvi začetka šolanja in odložitvi šolanja med šolskim letom v prvem razredu odloči šola na podlagi mnenja strokovne komisije, ki jo imenuje ravnatelj in jo sestavlja šolski zdravnik, svetovalni delavec ter vzgojitelj oziroma učitelj.

O pritožbah v zvezi z uresničevanjem pravic in dolžnosti otroka oziroma učenca **odloča pritožbena komisija**. Svet šole imenuje pritožbeno komisijo. V pritožbeno komisijo se imenuje najmanj 10 članov, od katerih mora biti več kot polovica strokovnih delavcev šole. Izmed članov pritožbene komisije predsednik sveta imenuje

pet članov, ki odločajo v posameznem primeru. Člani komisije za posamezni primer so trije predstavniki delavcev šole in dva zunanja člana (predstavniki staršev in strokovni delavci druge šole). Pritožbena komisija je imenovana za štiri leta. Ista oseba se lahko imenuje za člana pritožbene komisije večkrat.

a) vpis v osnovno šolo in prestop na drugo šolo – 44. in 48. člen ZOsn

V skladu s 44. členom Zakona o osnovni šoli osnovna šola vpisuje otroke v prvi razred v mesecu februarju za naslednje šolsko leto. Najmanj tri mesece pred začetkom pouka šola staršem otrok, vpisanih v prvi razred, izda **potrdilo o šolanju** oziroma **obvestilo o odložitvi začetka šolanja**.

Zakon o osnovni šoli v 48. členu opredeljuje pravico do vpisa v šolskem okolišu, v katerem otrok stalno aličasno prebiva. To je t.i. primarni šolski okoliš, šola v tem okolišu je dolžna otroka vpisati. Zakon dopušča tudi možnost vpisa otroka v drugo osnovno šolo (torej šolo t.i. "drugega" šolskega okoliša) in sicer pod pogojem, če šola drugega šolskega okoliša s tem soglaša. Učenec na drugo osnovno šolo lahko prestopi tudi med šolanjem, če ta šola s tem soglaša. Zakon učencu, ki se med šolanjem preseli v šolski okoliš druge osnovne šole zagotavlja, da ima pravico dokončati šolanje na osnovni šoli, v katero je vpisan.

Podrobnejša določila v zvezi z vpisom oziroma prepisom učencev v šolo drugega šolskega okoliša vsebuje poseben predpis, to je **Uredba Vlade RS o merilih za oblikovanje javne mreže osnovnih šol, javne mreže osnovnih šol in zavodov za vzgojo in izobraževanje otrok in mladostnikov s posebnimi potrebami ter javne mreže glasbenih šol** (Uradni list RS, št. 16/98, 27/99 in 134/03, v nadaljnjem besedilu: uredba). V skladu s 6. členom uredbe starši lahko vpišejo otroka v prvi razred v šolo zunaj šolskega okoliša, v katerem prebivajo, če ta šola s tem soglaša. Starši morajo starši najprej vpisati otroka v šolo v svojem primarnem šolskem okolišu, najkasneje v 14 dneh po izteku roka za vpis pa vložijo pri šoli, v katero želijo vpisati otroka, **vlogo za prepis**. Možno je tudi, da starši prepišejo otroka v šolo zunaj svojega šolskega okoliša tudi v drugem in v naslednjih razredih, vendar pa mora biti postopek prepisa zaključen najkasneje 15 dni pred začetkom novega šolskega leta.

Šola, na katero so starši naslovili vlogo za prepis, je dolžna o tem odločiti najkasneje v tridesetih dneh od dneva, ko je vlogo prejela. V kolikor je vlogi staršev ugodeno, torej ko šola izda **soglasje za prepis**, o svoji odločitvi pisno obvesti starše. Šola, ki izda soglasje za prepis, je v skladu z uredbo dolžna obvestiti šolo v šolskem okolišu, v katerem učenec prebiva. Starše in šolo primarnega šolskega okoliša pa je potrebno obvestiti tudi o morebitno neugodno rešeni vlogi za prepis, saj so s tem seznanjeni, da bo otrok obiskoval šolo svojega šolskega okoliša oziroma šolo, ki jo je obiskoval že pred vložitvijo vloge za prepis.

b) odložitev začetka šolanja in odložitev šolanja v 1. razredu – 45. in 47. člen ZOsn

Starši morajo v skladu s 45. členom ZOsn v prvi razred osnovne šole vpisati otroke, ki bodo v koledarskem letu, v katerem bodo začeli obiskovati šolo, dopolnili starost 6 let. Otroku se lahko pričetek šolanja na predlog staršev, zdravstvene službe ali komisije za usmerjanje odloži za eno leto, če se ugotovi, da otrok ni pripravljen za vstop v šolo.

V skladu s 46. členom ZOsn se ob vpisu otroka v osnovno šolo lahko na željo staršev ugotavlja pripravljenost otroka za vstop v šolo. Če starši predlagajo odložitev šolanja, ker menijo, da njihov otrok ni pripravljen za vstop v šolo, oziroma če odložitev šolanja predlaga zdravstvena služba, je ugotavljanje pripravljenosti otroka za vstop v šolo. Učencu se med šolskim letom v prvem razredu lahko v skladu s 47. členom ZOsn na predlog šolske svetovalne službe, šolske zdravstvene službe ali komisije za usmerjanje v soglasju s starši iz zdravstvenih in drugih razlogov odloži šolanje za eno leto.

c) prešolanje učenca – 54. člen ZOsn

Učenec osnovne šole v skladu s 54. členom ZOsn ne more biti izključen iz šole, dokler je šoloobvezen. Če je iz učnih ali vzgojnih razlogov potrebno, lahko osnovna šola v soglasju ali na zahtevo staršev vključi učenca v drugo osnovno šolo, če ta s tem soglaša. Šola lahko iz vzgojnih razlogov prešola učenca na drugo šolo brez soglasja staršev, če so kršitve pravil šole takšne narave, da ogrožajo življenje ali zdravje učenca oziroma življenje ali zdravje drugih ali če učenec po treh vzgojnih opominih v istem šolskem letu in kljub izvajanju individualiziranega vzgojnega načrta onemogoča nemoteno izvajanje pouka ali drugih dejavnosti, ki jih organizira šola.

Če se učenca prešola brez soglasja staršev, si šola pred odločitvijo o prešolanju učenca na drugo šolo pridobi mnenje centra za socialno delo ter soglasje šole, v katero bo učenec prešolan, glede na okoliščine pa tudi mnenje drugih inštitucij. Šola staršem vroči **odločbo o prešolanju**, v kateri navede tudi ime druge šole ter datum vključitve v to šolo.

d) oprostitev sodelovanja pri posameznem predmetu - 52. člen ZOsn

Učenec je iz zdravstvenih razlogov lahko oproščen sodelovanja pri posameznih oblikah vzgojno-izobraževalnega dela v šoli. Učenec 7., 8. in 9. razreda, ki obiskuje glasbeno šolo z javno veljavnim programom, je na predlog staršev oproščen sodelovanja pri izbirnih predmetih. O oprostitvi v obeh primerih odloči ravnatelj.

e) prepoved obiskovanja osnovne šole po izpolnitvi osnovnošolske obveznosti - 55. člen ZOsn

Učenec, ki v devetih letih ni končal osnovnošolskega izobraževanja, sme nadaljevati šolanje še 2 leti in tako obdrži status učenca. Če učenec z neprimernim odnosom ovira vzgojno-izobraževalno delo, lahko ravnatelj na predlog učiteljskega zbora ne glede na

navedeno med šolskim letom oziroma ob koncu šolskega leta odloči, da učenec ne sme več obiskovati osnovne šole.

f) status učenca, ki se vzporedno izobražuje in status športnika

Učenec, ki se vzporedno izobražuje v glasbenih in drugih šolah, ki izvajajo javno veljavne programe, oziroma je perspektivni športnik, lahko pridobi status učenca, ki se vzporedno izobražuje, oziroma status športnika. Predlog za dodelitev statusa podajo starši in učenec. Učencu s statusom se prilagodijo šolske obveznosti. Prilagajanje šolskih obveznosti se uredi s pisnim dogovorom med šolo in starši. Prilagodijo se obiskovanje pouka in drugih dejavnosti, načini in roki za ocenjevanje znanja ter drugo.

Status učencu preneha na zahtevo učenca in staršev, s potekom časa, za katerega mu je bil dodeljen, ali če prenehajo razlogi, zaradi katerih mu je bil status dodeljen, ali če ni več učenec šole, na kateri je pridobil status, oziroma če se mu status odvzame. Če učenec ne izpolnjuje obveznosti iz dogovora oziroma zaradi kršitve njegovih dolžnosti, določenih z zakonom ter drugimi predpisi in akti šole, mu šola lahko status začasno oziroma trajno odvzame na predlog razrednika oziroma učiteljskega zbora.

300 Učencu status lahko miruje. Predlog za mirovanje statusa lahko podajo starši in učenec.

O dodelitvi, odvzemu in mirovanju statusa odloči ravnatelj. Pred tem si v prvem izobraževalnem obdobju pridobi mnenje razrednika, v drugem in tretjem izobraževalnem obdobju pa tudi mnenje oddelčnega učiteljskega zbora.

Šola s pravili o prilagajanju šolskih obveznosti podrobneje uredi postopek za pridobitev statusa in prilagajanje šolskih obveznosti.

g) subvencioniranje šolske prehrane in šole v naravi

V skladu s 83. členom **Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja** (Uradni list RS, št. 16/07 – UPB 5 in 36/08) se za učence, ki zaradi socialnega položaja ne zmorejo v celoti plačati prispevkov za materialne stroške šole v naravi in za prehrano učencev, zagotovi sredstva država v skladu z normativi in standardi, ki jih določi minister.

Pravilnik o financiranju šole v naravi (Uradni list RS, št. 61/04 in 70/08) v 13. členu določa, da za učence, ki zaradi socialnega položaja ne zmore v celoti plačati prispevka za šolo v naravi, šola pri določitvi višine dodelitve sredstev upošteva zlasti naslednje kriterije: prejemanje denarne socialne pomoči po predpisih o socialnem varstvu, višin dohodkov na družinskega člana, višino otroških dodatkov, brezposelnost staršev, dolgotrajna bolezen v družini, dolgotrajnejši socialni problemi in druge specifičnosti v družini. Svet šole na podlagi navedenih kriterijev sprejme podrobnejše kriterije za

dodelitev sredstev za subvencioniranje šole v naravi, po predhodni pridobitvi mnenja sveta staršev. O upravičenosti učenca do subvencioniranja šole v naravi se odloča v skladu s 60. a, 60. b in 60. c členom Zakona o osnovni šoli.

Smiselno enaka določila vsebuje **Pravilnik o subvencioniranju šolske prehrane učencev v osnovnih šolah** (Uradni list RS, št. 34/04 in 70/08).

IV. Odločanje v zvezi z ocenjevanjem znanja učencev in napredovanjem učenca v osnovni šoli

ZOsn v 61. členu določa načine ocenjevanja znanja učencev, v 69. členu pa določa pogoje za napredovanje učencev osnovne šole. Podrobnejša določila s tem v zvezi so predpisana v **Pravilniku o preverjanju in ocenjevanju znanja ter napredovanju učencev v osnovni šoli** (Uradni list RS, št. 73/08). Z vidika vodenja dokumentacije, ki se nanaša na ocenjevanje znanja in napredovanje učencev, je potrebno upoštevati tudi **Pravilnik o dokumentaciji v osnovni šoli** (Uradni list RS, št. 59/08).

Ocenjevanje znanja je ugotavljanje in vrednotenje, v kolikšni meri učenec dosega cilje oziroma standarde znanja ter se opravi po obravnavi novih vsebin iz učnih načrtov in po preverjanju znanja (2. člen pravilnika). Način oblikovanja zaključne ocene določa 16. člen pravilnika.

a) ugovor na zaključno oceno – 68. člen ZOsn

Če učenec in starši menijo, da je bil učenec ob koncu pouka v šolskem letu nepravilno ocenjen, lahko starši v treh dneh po prejemu spričevala oziroma zaključnega spričevala pri ravnatelju vložijo **obrazložen ugovor**. Ravnatelj najpozneje v treh dneh po prejemu ugovora imenuje komisijo. Med člani komisije mora biti vsaj en član, ki ni zaposlen v šoli. Če komisija ugotovi, da je ocena učenca ob koncu pouka v šolskem letu neustrezna, učenca ponovno oceni. **Odločitev komisije** je dokončna.

Če učenec in starši menijo, da je pri ugotavljanju dosežka učenca pri nacionalnem preverjanju znanja ob koncu tretjega obdobja prišlo do pisne ali računske napake, lahko starši v treh dneh po prejemu zaključnega spričevala pri ravnatelju vložijo obrazložen ugovor. Ravnatelj najpozneje v treh dneh po prejemu ugovora imenuje komisijo. Med člani komisije mora biti vsaj en član, ki ni zaposlen v šoli.

Če komisija ugotovi, da je pri ugotavljanju dosežka učenca pri nacionalnem preverjanju znanja ob koncu tretjega obdobja prišlo do pisne ali računske napake, se postopek ugotavljanja dosežka ponovi. Odločitev komisije je dokončna.

Podrobnejša določila o postopku ugovora na zaključno oceno so vsebovana v Pravilniku o preverjanju in ocenjevanju znanja ter napredovanju učencev v osnovni šoli.

b) odločanje o ponavljanju učencev - 69. člen ZOsn

Odločitev o ponavljanju učenca sprejme **učiteljski zbor**. Če se učenec in starši ne strinjajo z odločitvijo o ponavljanju razreda, lahko v treh dneh po prejemu spričevala pri ravnatelju vložijo obrazložen ugovor. O ugovoru se odloči na način in po postopku, določenem v 68. členu ZOsn. Podrobnejša določila v zvezi z obravnavo ugovora določa 29. člen Pravilnika o preverjanju in ocenjevanju znanja ter napredovanju učencev v osnovni šoli.

Ravnatelj po prejemu ugovora preveri, če je bil ugovor vložen pravočasno. Nepravočasen ugovor ravnatelj s sklepom zavrže. Če je ugovor pravočasen, ravnatelj najpozneje v treh dneh po prejemu ugovora imenuje komisijo, ki jo sestavljajo predsednik in dva člana. Med člani komisije mora biti vsaj en član, ki ni zaposlen v šoli. Komisija pregleda obrazložen predlog za ponavljanje ter dokumentacijo, ki se nanaša na ocenjevanje učenca in se po pregledu odloči o ustreznosti odločitve učiteljskega zbora. Odločitev komisije je dokončna. O odločitvi komisije šola starše ter učenca obvesti najkasneje v osmih dneh po vložitvi ugovora.

c) odločanje o hitrejšem napredovanju učenca - 79. člen ZOsn

Učencem, ki dosegajo nadpovprečne rezultate v učenju, mora osnovna šola na predlog staršev, učiteljev ali šolske svetovalne službe omogočiti, da prej kot v devetih letih končajo osnovnošolsko izobraževanje in s tem izpolnijo osnovnošolsko obveznost. O hitrejšem napredovanju učenca odloča učiteljski zbor v soglasju s starši. Odločitev o hitrejšem napredovanju učenca v višji razred mora biti v skladu s 30. členom Pravilnika o preverjanju in ocenjevanju znanja ter napredovanju učencev v osnovni šoli vpisana v šolsko dokumentacijo.

V. Inšpekcijski nadzor na področju vzgoje in izobraževanja

Nadzor nad izvajanjem predpisov s področja vzgoje in izobraževanja v skladu z **Zakonom o šolski inšpekciji** (Uradni list RS, št. 114/05 - UPB1). Šolsko inšpekcijo opravlja Inšpektorat RS za šolstvo in šport.

Nadzor opravljajo inšpektorji kot redni, izredni in ponovni nadzor. Izredni nadzor se lahko opravi na podlagi pobude udeleženca izobraževanja (učenca), starša, sveta staršev, predstavnika reprezentativnega sindikata ali zaposlenih. Področje nadzora šolske inšpekcije je opredeljeno v 12. členu zakona, med drugim se nadzor nanaša tudi na izvajanje vpisa in izpisa učencev, preverjanje in ocenjevanje znanja ter napredovanje učencev, sodelovanje staršev s šolo in njihovo pravočasno informiranost o uspehu in napredovanju, določanje prispevkov staršev ter njihovo namensko uporabo, organiziranost učencev in uresničevanje pravic in dolžnosti učencev. Inšpektor lahko v skladu s 14 a členom zakona o šolski inšpekciji med drugim razveljavi oceno in odredi ponovno ocenjevanje, če pri nadzoru ugotovi kršitev zakonov, drugih predpisov in aktov, ki določajo preverjanje in ocenjevanje znanja.

Zoper **odločbo, ki jo izda inšpektor**, je v skladu z 21. členom navedenega zakona možna **pritožba** v osmih dneh od dneva njene vročitve **na ministrstvo, pristojno za šolstvo**. Odločba ministrstva je dokončna, zoper drugostopenjsko odločitev je možno sprožiti **upravni spor**.

VI. Sodno varstvo pravic

Sodno varstvo pravic in pravnih koristi posameznika proti odločitvam in dejanjem državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil se v skladu z **Zakonom o upravnem sporu** (Uradni list RS, št. 105/06 in 26/07) zagotavlja v upravnem sporu, na način in po postopku, ki ga določa navedeni zakon, če za določeno zadevo ni z zakonom zagotovljeno drugo sodno varstvo. V upravnem sporu odloča sodišče o zakonitosti dokončnih upravnih aktov, s katerimi se posega v pravni položaj tožnika. Dokončni upravni akt je tisti akt, zoper katerega ni mogoče vložiti rednih pravnih sredstev v postopku odločanja. Upravni spor ni dopusten, če stranka, ki je imela možnost vložiti pritožbo ali drugo pravno sredstvo zoper upravni akt, tega ni vložila ali ga je vložila prepozno. Upravni spor se začne s tožbo ali z drugim pravnim sredstvom, če zakon tako določa. V upravnem sporu odloča na prvi stopnji upravno sodišče, če zakon ne določa drugače.

Literatura

1. Zakon o osnovni šoli (Uradni list RS, št. 81/06 – UPB3 in 102/07)
2. Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije, št. 57 z dne 20. 06. 2007, str. 48
3. Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja (Uradni list RS, št. 16/07 – UPB5 in 36/08)
4. Zakon o šolski inšpekciji (Uradni list RS, št. 114/05 – UPB1)
5. Zakon o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 80/99 in spremembe)
6. Zakon o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/06 in 26/07)
7. Uredba o izobrazbi, ki jo morajo imeti zaposleni za vodenje in odločanje v upravnem postopku in o strokovnem izpitu iz upravnega postopka (Uradni list RS, št. 29/00, 66/04 in 17/06)
8. Uredba o določitvi enostavnih upravnih zadev, za katere ni potrebno opravljati strokovnega izpita iz upravnega postopka (Uradni list RS, št. 76/08)
9. Uredba o merilih za oblikovanje javne mreže osnovnih šol, javne mreže osnovnih šol in zavodov za vzgojo in izobraževanje otrok in mladostnikov s posebnimi potrebami ter javne mreže glasbenih šol (Uradni list RS, št. 16/98, 27/99 in 134/03)
10. Pravilnik o vzgojnih opominih v osnovni šoli (Uradni list RS, št. 76/08)
11. Pravilnik o pravicah in dolžnostih učencev v osnovni šoli (Uradni list RS, št. 75/05)
12. Pravilnik o financiranju šole v naravi (Uradni list RS, št. 61/04 in 70/08)
13. Pravilnik o subvencioniranju šolske prehrane učencev v osnovnih šolah (Uradni list RS, št. 34/04 in 70/08)
14. Pravilnik o preverjanju in ocenjevanju znanja ter napredovanju učencev v osnovni šoli (Uradni list RS, št. 73/08)
15. Pravilnik o dokumentaciji v osnovni šoli (Uradni list RS, št. 59/08)

POSTOPKI
ODLOČANJA NA
PODROČJU
OSNOVNOŠOLSKEGA
IZOBRAŽEVANJA

305

VI.

**Vpliv
evropskega prava
na slovensko
zasebno pravo**

Pravni letopis

2008

Vpliv evropskega prava na ureditev zunajsodnega reševanja sporov

dr. Matija Damjan¹

1. Uvod

V Evropi se vse bolj uveljavljajo različne oblike alternativnega, zunajsodnega reševanja sporov, kot sta zlasti mediacija ali conciliacija, v širšem smislu pa tudi arbitražna. Eden od razlogov za to je ugotovitev, da je dostop posameznika do sodišča čedalje težji. Število sodnih sporov v državah članicah Evropske unije narašča, sodni postopki se daljšajo in dražijo, tudi zakonodaja je čedalje zahtevnejša. Vse več je tudi sporov z mednarodnim elementom, katerih reševanje je še zahtevnejše in povezano z večjimi stroški. Zakonodajne dejavnosti EU na tem področju se vključujejo v okvir tekočega dela v Evropski uniji z namenom vzpostaviti območje svobode, varnosti in pravice, ter še posebej zagotoviti boljši dostop do pravosodja. Evropska komisija meni, da pogostejša uporaba mediacije in drugih oblik alternativnega reševanja sporov pomaga pri reševanju sporov in prispeva k manjši zaskrbljenosti, prihrani čas in zmanjšuje stroške, povezane s sodnimi postopki, ter tako dejansko pomaga državljanom varovati njihove zakonske pravice. Poseben razlog za spodbujanje metod alternativnega reševanja sporov na evropski ravni pa je, da so te metode zelo primerne za reševanje sporov s čezmejnim elementom.

309

¹ Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

2. Programski dokumenti Evropske unije

Evropska unija je načelno podporo postopkom zunajsodnega reševanja sporov v najširšem smislu, posebej pa pri reševanju čezmejnih sporov, večkrat izrazila na najvišji politični ravni. Tako je pomen alternativnega reševanja sporov za učinkovito delovanje enotnega trga poudarjen npr. v sklepih Evropskega sveta s sestankov na Dunaju decembra 1998 (83. in 41.(b) odstavek), v Tampereju oktobra 1999 (30. odstavek), v Lizboni marca 2000 (11. odstavek), v Santa Marii de Feria junija 2000 (22. odstavek) in v Laeknu decembra 2001 (25. odstavek).

Svet Evropske unije je maja 2000 pozval Komisijo, naj zbere podatke o obstoječih nacionalnih in evropskih pravilih ter postopkih alternativnega reševanja čezmejnih sporov na področju civilnega in gospodarskega prava na sploh, kar bo služilo kot podlaga za široko razpravo o potrebi po sprejemu nadaljnjih konkretnih ukrepov na evropski ravni. Komisija je tako podlagi aprila 2002 predstavila Zeleno knjigo o alternativnem reševanju sporov na področju civilnega in gospodarskega prava.² V njej je spodbujanje alternativnega reševanja sporov (ARS) določeno kot politična prioriteta EU. Alternativno reševanje sporov v državah članicah je označeno kot način za izboljšanje temeljne pravice dostopa ljudi do pravnega varstva v vsakdanjem življenju. Zelena knjiga opredeljuje metode ARS kot zunajsodne postopke reševanja sporov, ki jih izvaja nevtralna tretja stranka, izključujoč klasično arbitražo. Te postopke je mogoče deliti na take, ki so pridruženi sodnim postopkom (bodisi da jih izvaja sodišče samo bodisi jih poveri tretji stranki) in na klasične zunajsodne postopke ARS. Druga delitev, ki jo Komisija šteje za bistveno, pa loči na eni strani postopke v katerih izvajalec sprejme neko odločitev, ki je obvezujoča za eno stranko ali vsaj priporočilo, ki mu stranke lahko sledijo ali ne, na drugi strani pa postopke, kjer izvajalec formalno ne sprejme nobenega stališča o možni rešitvi spora, ampak le pomaga strankam, da same dosežejo dogovor.³

Komisija v zeleni knjigi opozarja, da se razvoj alternativnih oblik reševanja sporov ne sme razumeti kot način odpravljanja težav pri delu sodišč, temveč kot druga, bolj sporazumna oblika socialnega ohranjanja miru ter reševanja sporov in v mnogih primerih primernejša oblika kot reševanje sporov na sodišču ali z arbitražo. V zeleni knjigi je bilo zastavljenih 21 vprašanj, povezanih z odločilnimi elementi različnih alternativnih načinov reševanja sporov: o klavzulah, ki urejajo uporabo takega postopka, o problemu priposestvalne dobe in zastaralnega roka, o zahtevi po zaupnosti, o veljavnosti soglasja, o učinkovitosti sporazumov iz teh postopkov, zlasti njihovi izvršljivosti, o usposabljanju in akreditaciji mediatorjev ter o ureditvi njihove odgovornosti. Cilj zelene knjige je

² Dokument Komisije COM (2002) 196 final.

³ 1. do 3. odstavek v Zeleni knjigi.

bil predvsem najti odgovore glede občutljivega ravnotežja med potrebo po ohranitvi prožnosti teh postopkov in zagotavljanjem kakovosti rezultatov ter usklajeno povezavo s sodnimi postopki. Razprava o teh vprašanjih naj bi pokazala, kakšna skupnostna pravila o ARS je smiselno sprejeti in v kakšni pravni obliki naj se to stori. Njen cilj je bil tudi zagotoviti, da bi bili dotedanji dosežki in pobude na tem področju v državah članicah in v okviru Skupnosti bolj vidni.

3. Določbe direktiv o spodbujanju zunajsodnega reševanja sporov

Zelena knjiga se sklicuje na več obstoječih dokumentov in predlogov EU, v katerih se že poudarja pomen alternativnih načinov reševanja sporov. Zavezujoči pravni viri EU sicer niso urejali mediacije kot samostojnega inštituta, se pa v direktivah in uredbah, ki urejajo določeno pravno področje, zlasti v zadnjem desetletju vse pogosteje določa možnost ali celo obveznost držav članic, da omogočijo tudi učinkovit način alternativnega reševanja sporov s teh področij. Pri tem običajno niso podane konkretne zahteve, za kakšne oblike reševanja sporov naj gre (obvezne ali prostovoljne, zavezujoče ali zgolj na ravni priporočil), temveč je ta odločitev prepuščena državam članicam.

3.1 Elektronske komunikacije

Ena prvih direktiv, ki je države članice pozvala k uvedbi lahko dostopnih in cenovno ugodnih postopkov za pravično, pregledno in pravočasno reševanje sporov iz razmerij, za katera se direktiva uporablja, je bila Direktiva 98/10/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 1998 o uporabi sistema zagotavljanja odprtosti omrežij (ONP) pri govorni telefoniji in o univerzalnih storitvah za telekomunikacije v konkurenčnem okolju (26. člen).⁴ To direktivo je kasneje razveljavila Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta št. 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva),⁵ ki še podrobneje določa uvedbo izvensodnih struktur za reševanje sporov. Točka (b) četrtega odstavka 8. člena določa, naj nacionalni regulativni organi podpirajo interese državljanov Evropske unije med drugim tako, da poskrbijo za visoko raven varstva porabnikov pri njihovem poslovanju z dobavitelji, zlasti z zagotovitvijo možnosti preprostih in ne predragih postopkov reševanja sporov, ki jih izvaja organ, neodvisen od udeleženih strank. 20. in 21. člen direktive pa glede reševanja sporov med podjetji in reševanja čezmejnih

⁴ ULL 101, 1.4.1998, str. 24-47.

⁵ ULL 108, 24. 4. 2002, str. 33.

sporov med strankami omogoča, da države članice od nacionalnih regulativnih organov zahtevajo, da zavrnejo rešitev spora z zavezujočo odločbo, kadar obstajajo drugi mehanizmi, vključno z mediacijo oziroma poravnavo, ki bi bolje prispevali k pravočasni rešitvi spora. Tak postopek naj bi trajal največ štiri mesece, strankam pa ne preprečuje vložitve tožbe pred sodiščem glede istega vprašanja.

Določbe direktive v slovenski pravni red prenaša Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom),⁶ ki v 6. točki drugega odstavka 120. člena Agenciji za pošto in elektronske komunikacije RS (APEK) nalaga varovanje potrošnikov pri njihovem poslovanju z dobavitelji na način iz 8. člena direktive. V 130. členu ZEKom podrobneje ureja posredovalni postopek, ki ga lahko uvede APEK in katerega namen je, da se stranki medsebojno poravnata s sporazumom. Agencija ima v posredovalnem postopku vlogo posrednika in vodi celoten postopek tako, da upošteva načela nepristranskosti, enakosti, pravičnosti in zaupnosti ter cilje, ki jih zasleduje skladno s 120. členom zakona. Posredovalni postopek je zaupne narave, kar je dolžan spoštovati vsakdo, kdor v njem kakor koli sodeluje. Podrobneje je APEK posredovalni postopek uredila v Splošnem aktu o posredovalnem postopku.⁷

3.2 Elektronsko poslovanje

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)⁸ v 17. členu določa, da zakonodaja držav članic ne sme ovirati shem zunajsodnega reševanja sporov med ponudniki in uporabniki storitev informacijske družbe, vključno s takimi v elektronski obliki. Države morajo spodbujati izvajalce teh postopkov, da delujejo na način, ki upošteva ustrezna procesna jamstva.

Slovenski Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT)⁹ v 19. členu pod naslovom »Izvensodno reševanje sporov« določa samo, da se ponudnik storitve informacijske družbe in prejemnik storitve za reševanje medsebojnih sporov lahko dogovorita o pristojnosti arbitraže. Za postopek pred tako arbitražo veljajo splošna pravila Zakona o arbitraži (ZArbit),¹⁰ kot posebnost ZEPT določa le, da mora arbitražna, ki odloča v sporu v zvezi z elektronskim poslovanjem, poslati odločitve ministrstvu ter ga sproti obveščati tudi o praksi, običajih in navadah v zvezi z elektronskim poslovanjem. Posebnih določb o mediaciji zakon ne vsebuje. Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu

⁶ Ur. l. RS, št. 43/2004, št. 86/2004-ZVOP-1, 129/2006, 13/2007-UPB1, 102/2007-ZRad.

⁷ Ur. l. RS, št. 92/2007.

⁸ UL L 178, 17. 07. 2000, str. 1.

⁹ Ur. l. RS, št. 61/2006, 45/2008-ZArbit.

¹⁰ Ur. l. RS, št. 45/2008.

(ZEPEP)¹¹ pa v 36. členu določa, da mora overitelj, ki izdaja kvalificirana potrdila, osebo, ki zahteva potrdilo, pred sklenitvijo pogodbe obvestiti o vseh pomembnih okoliščinah uporabe potrdila, med katere sodijo tudi podatki o postopkih za reševanje pritožb in mirno razreševanje sporov. Ti postopki podrobneje niso opredeljeni; vsaj kolikor gre za civilnopravna razmerja pa načeloma ni ovire za to, da se zanje ne bi uporabljala splošna pravila Zakona o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (ZMCGZ).¹²

3.3 Zavarovalništvo

Direktiva 2002/92 ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. decembra 2002 o zavarovalnem posredovanju¹³ v 11. členu določa dolžnost držav članic, da spodbujajo ustanavljanje zunajsodnih postopkov reševanja sporov med zavarovalnimi posredniki in potrošniki. To določbo v slovenskem pravu uresničuje 333.a člen Zakona o zavarovalništvu (ZZavar),¹⁴ ki določa, da morajo zavarovalnice vzpostaviti shemo izvensodnega reševanja sporov med ponudniki zavarovalniških storitev in strankami (potrošniki). Obliko in sestavo telesa, ki odloča v sporu, način ter postopek odločanja predpiše zavarovalnica s svojim notranjim aktom ter ga javno objavi v dnevnem tisku oziroma strokovnem tisku, ki je namenjen potrošnikom. Podatki o shemi izvensodnega reševanja sporov morajo biti objavljeni tudi v zavarovalnih pogojih. Skladno z zahtevo direktive se tak postopek uporablja tudi za reševanje sporov med zavarovalnimi posredniki in potrošniki (226.a člen ZZavar).¹⁵

3.4 Družinski spori

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. 1347/2000¹⁶ v točki (e) 55. člena med drugim določa, da morajo državne oblasti sprejeti ukrepe za olajšanje sklenitev dogovorov med nosilci starševske odgovornosti s posredovanjem ali drugimi sredstvi in v ta namen omogočiti boljše čezmejno sodelovanje. Čeprav pri evropskih uredbah načeloma ni potreben oziroma niti ni dopusten prenos v nacionalno zakonodajo, navedene določbe niso neposredno uporabljive, temveč mora za njihovo konkretno

¹¹ Ur. l. RS, št. 57/2000, 30/2001, 25/2004, 73/2004-ZN-C, 98/2004-UPB1, 61/2006-ZEPT.

¹² Ur. l. RS, št. 56/2008.

¹³ UL L 9, 15. 1. 2003, str. 3.

¹⁴ Uradno prečiščeno besedilo ZZavar-UPB2, Ur. l. RS, št. 109/2006. Naknadne spremembe: Ur. l. RS, št. 9/2007, 102/2007, 69/2008.

¹⁵ O obstoječih oblikah ARS v finančnem sektorju glej D. Komar, *Mediacije v gospodarskih združenjih finančnih organizacij*, v: *Predlog bele knjige o mediaciji*, str. 32-38.

¹⁶ UL L 338, 23. 12. 2003, str. 1.

izvedbo obstajati še ustreza podlaga v nacionalnem pravu. V Sloveniji alternativno reševanje družinskih sporov zaenkrat ni posebej zakonsko urejeno, Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)¹⁷ ureja samo svetovalni razgovor pri Centru za socialno delo (CSD) v primeru razveze zakonske zveze (68. do 71. člen ZZZDR). Pri Okrožnem sodišču v Ljubljani se v praksi že izvaja program družinske mediacije, v katerega so zajeti družinskopravni spori in spori iz premoženjskih razmerij med zakoncema in zunajzakonskima partnerjema.¹⁸ Glede na to, da gre pri sporih spori o vzgoji, varstvu in preživljanju otrok ter o izvrševanju pravice do osebnih stikov za zahtevke, s katerimi stranke ne morejo povsem prosto razpolagati, tu pride v poštev zgolj smiselna uporaba določb ZMCGZ (prim. 2. člen zakona), doseženi dogovor strank pa mora zaradi varovanja otrokovih koristi preizkusiti in potrditi še sodnik.

Predvidoma bo posebnosti mediacije v družinskih razmerjih podrobneje uredil bodoči Družinski zakonik, katerega predlog je zaenkrat v fazi medresorskega usklajevanja. Različica predloga z 18. junija 2007¹⁹ svetovalni razgovor in družinsko mediacijo ureja v četrtem delu. Svetovalni razgovor med zakoncema, ki ga izvaja Center za socialno delo, ostaja procesna predpostavka za vložitev tožbe oziroma predloga za razvezo zakonske zveze. Ob soglasju zakoncev se lahko svetovalni razgovor nadaljuje s postopkom družinske mediacije. Prav tako lahko CSD z njunim soglasjem napoti na družinsko mediacijo starša, ki ne živita ali ne bosta več živela skupaj ter se ne moreta sporazumeti o varstvu in vzgoji skupnih otrok, preživnini in stikih z otrokom. Če je bil postopek družinske mediacije opravljen, mora tožnik o tem priložiti tožbi oziroma predlogu zapisnik, iz katerega je razvidno, da se je tožnik udeležil mediacije, oziroma da sta se ga udeležila zakonca, ki sta vložila predlog za sporazumno razvezo, sicer sodišče ravna po pravilih o ravnanju z nepopolnimi vlogami.²⁰

4. Priporočila o reševanju potrošniških sporov

Na področju potrošniških razmerij je Evropska komisija storila korak dlje od enostavne spodbude za uvedbo alternativnih načinov reševanja sporov; prizadeva si namreč pospešiti tudi kakovost in učinkovitost takih postopkov. Glede na stopnjo aktivnosti nevtralne tretje osebe pri tem razlikuje med dvema tipoma postopkov.

¹⁷ Uradno prečiščeno besedilo ZZZDR-UPB1, Ur. l. RS, št. 69/2004, naknadni spremembi v Ur. l. RS, št. 101/2007 Odl. US: U-I-328/05-12, 122/2007 Odl. US: U-I-11/07-45.

¹⁸ Glej Končina Peternel, *Družinska mediacija...*, str. 1309-1310.

¹⁹ Besedilo dostopno na naslovu: <http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti___pdf/druz_zakonik_pr_180607.pdf>, nazadnje obiskano 9. julija 2008.

²⁰ Glej tudi Končina Peternel, *Družinska mediacija...*, str. 1310-1311.

4.1 Postopki, v katerih tretja oseba sama predlaga rešitev

Priporočilo Komisije 98/257/ES z dne 30. marca 1998 o načelih, ki se uporabljajo za telesa, odgovorna za zunajsodno reševanje potrošniških sporov²¹ se nanaša na zunajsodne postopke v katerih rešitev spora sprejme ali predlaga nevtralna tretja oseba oziroma telo (posrednik, arbiter, mediator ipd.) in sicer ne glede na to, ali je takšna rešitev za stranki zavezujoča ali ne. Priporočilo zato zajema tako arbitražo kot nekatere oblike mediacije v potrošniških sporih, vsebuje pa sedem temeljnih načel za ustanovitev in delovanje institucij zunajsodnega reševanja potrošniških sporov.

- a) *Načelo neodvisnosti telesa, ki odloča v sporu*: Lahko gre bodisi za kolektivno telo, v katerem so enakomerno zastopani predstavniki potrošnikov in podjetij bodisi za individualno telo, ki mu je zagotovljena neodvisnost od interesov strank, med drugim z dovolj dolgim mandatom. V vsakem primeru je potrebno zagotoviti strokovnost, izkušnje in kompetentnost razsodnika.
- b) *Načelo transparentnosti*: Potrošniku mora biti zagotovljena možnost, da se predhodno seznaní s postopkom, z vsemi prednostmi, ki mu jih podreditev temu načinu reševanja spora prinaša, in s pravnimi posledicami (obveznost odločbe, plačilo stroškov).
- c) *Načelo kontradiktornosti*: Temeljno ustavno procesno jamstvo – pravica vsake stranke, da se v postopku izjavi v vseh zadevah, ki se nanašajo na njene pravice in obveznosti – mora biti spoštovano tudi pri alternativnih oblikah reševanja potrošniških sporov.
- d) *Načelo učinkovitosti*: Alternativne oblike reševanja potrošniških sporov morajo zagotoviti dejansko dostopnost pravnega varstva, hitrost postopka in nižje stroške, kot v okviru rednih sodnih postopkov. Zaradi tega ne sme biti določeno obvezno zastopanje po pravno kvalificiranem pooblaščenču. Postopek mora biti brezplačen ali zvezan le z skromnimi stroški.
- e) *Načelo zakonitosti*: Zunajsodni organ reševanja potrošniških sporov mora upoštevati materialnopravne kogentne predpise, ki se nanašajo na varstvo potrošnika. Tega pravila stranki (potrošnik in podjetje) z dogovorom ne moreta izključiti. Odločitev mora biti izdana v pisni obliki in obrazložena, kar omogoča kontrolo uporabljenega materialnega prava.
- f) *Načelo prostovoljnosti*: Sodelovanje strank v postopku, ki izključuje pristojnost sodišča za odločanje, mora biti prostovoljno. Odločitev je lahko zavezujoča le, če sta bili stranki na to vnaprej opozorjeni in sta s tem izrecno soglašali. Potrošnik se pravici do sodnega varstva ne more odpovedati že pred nastankom spora.

²¹ ULL 115, 17. 4. 1998, str. 31.

- g) *Načelo zastopanja*: V postopkih alternativnega reševanja potrošniških sporov ni obvezno zastopanje po odvetniku ali drugem pravno kvalificiranem pooblaščenцу, prav tako pa se potrošniku ne sme preprečiti, da si zagotovi pomoč ali zastopanje takšnega pravnega strokovnjaka.

4.2 Postopki, v katerih tretja oseba strankam zgolj pomaga doseči sporazum

V Resoluciji o skupnostnem omrežju nacionalnih teles za zunajsodno reševanje potrošniških sporov²² z dne 25. maja 2000 Svet EU med drugim ugotavlja, da v državah članicah obstajajo tudi zunajsodna telesa za reševanje sporov, ki jih priporočilo Komisije iz leta 1998 ne zajema, ker telo oziroma posrednik ne sprejme niti ne predlaga rešitve spora, temveč skuša najti rešitev le s soglasjem obeh strank. Ker so tudi takšni postopki koristni za potrošnike, je Svet Komisijo pozval, naj razširi omrežje z določitvijo skupnih meril tudi zanje. Komisija je tako sprejela Priporočilo 2001/310/ES z dne 4. aprila 2001 o načelih za zunajsodna telesa pri soglasnem reševanju potrošniških sporov,²³ ki se nanaša na postopke, v katerih tretja oseba oziroma telo formalno ne sprejme nobene odločitve, temveč le posreduje med strankama, da bi ti našli soglasno rešitev, in lahko le neformalno predlaga rešitev spora (klasična conciliacija in mediacija). Komisija za te postopke priporoča štiri načela: načelom neodvisnosti, transparentnosti in učinkovitosti, ki jih vsebuje že priporočilo iz leta 1998, je dodano načelo poštenja, ki pomeni, npr. da mora telo, ki vodi postopek, paziti na to, da bo poravnava, ki jo potrošnik sklene s podjetjem, odraz njegove prave in resnične volje in da bo imel dovolj časa, da se bo s predlogom poravnave seznanil in o njem resno razmislil. Potrošnika je treba tudi opozoriti na možnost, da poišče pravno pomoč oziroma nasvet glede predloga poravnave ter da bi se utegnil sodni postopek končati z zanj ugodnejšim izidom kot poravnava. Obe stranki morata biti seznanjeni s pravico, da lahko kadarkoli odstopita od postopka.

4.3 Vpliv na slovensko zakonodajo

Obe priporočili Komisije sta pravna akta nezavezujoče narave, katerih namen je zgolj priporočiti spoštovanje nekaterih temeljnih načel, ki lahko veljajo v najrazličnejših oblikah alternativnega reševanja potrošniških sporov, ki so se že uveljavile v državah članicah. Glede na to, da v Sloveniji takšno reševanje potrošniških sporov še ni široko razvito, pa bosta priporočili najbrž konkretnje vplivali tudi na vsebino zakonodaje.

²² UL C 155, 6. 6. 2000, str. 1.

²³ UL L 109, 19. 4. 2001, str. 56.

Letos sprejeti Zakon o arbitraži v IX. poglavju vsebuje posebne določbe o arbitraži v potrošniških sporih, ki v kombinaciji s splošnimi določbami zakona sledijo večini načel iz prvega priporočila Komisije. Neodvisnost arbitražnega senata je zagotovljena z enakopravnostjo strank pri imenovanju arbitrov (14. člen ZArbit); transparentnost arbitraže v potrošniških sporih je posebej varovana z določbo, da mora biti arbitražni sporazum med podjetjem in potrošnikom mora napisan v posebni listini, ki jo je potrošnik lastnoročno podpisal, v njem pa mora biti določen tudi sedež arbitraže (45. člen ZArbit); kontradiktornost je eno temeljnih načel arbitražnega postopka nasploh (21. člen ZArbit); spoštovanje kogentnih predpisov za varstvo potrošnikov je zagotovljeno z določitvijo dveh dodatnih razlogov za izpodbijanje arbitražne odločbe (47. člen ZArbit), stranke v arbitraži sodelujejo prostovoljno, na podlagi arbitražnega sporazuma (10. člen ZArbit), ki ga je med podjetjem in potrošnikom mogoče skleniti samo glede sporov, ki so že nastali (45. člen ZArbit); odvetniško zastopanje v arbitražnem postopku ni obvezno, prav tako pa ga ni mogoče izključiti (22. člen ZArbit). Seveda pa zakon ureja samo temelje arbitražnega postopka, medtem ko je uresničevanje načel iz priporočila Komisije odvisno tudi od sestave in pravil konkretne arbitražne institucije.

Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah ne vsebuje posebnih določb o potrošniških sporih, so pa njegova pravila primerna tudi za reševanje sporov iz tovrstnih razmerij. Ali bo za postopek veljalo prvo ali drugo priporočilo Komisije, pa je odvisno od konkretne opredelitve pooblastil mediatorja v sporazumu strank (prim. četrty odstavek 8. člena ZMCGZ).

Potrebno je upoštevati, da arbitraža zaradi razmeroma majhne vrednosti tipičnega spora običajno ni najustreznejši način reševanja potrošniških sporov, zlasti z vidika stroškovne in časovne učinkovitosti, medtem ko klasična mediacija premalo upošteva dejansko neenakost med potrošnikom in podjetjem ter različno stopnjo pripravljenosti na poravnavo. Zaradi tega je primernejše oblikovanje posebnih teles specializiranih za reševanje potrošniških sporov na podlagi »hibridnega« postopka, ki združuje značilnosti arbitraže in mediacije. Temu cilju sledi osnutek Zakona o alternativnem reševanju potrošniških sporov (ZARPS),²⁴ ki ga pripravlja Urad za varstvo potrošnikov RS in katerega namen je vzpostaviti dodatno možnost hitrega, enostavnega in učinkovitega reševanja potrošniških sporov pred posebnim organom v primerih, ko predhodni poskus sporazumne rešitve med potrošnikom in podjetjem ni bil uspešen. Delovno besedilo zakona predvideva, da je razsodišče neodvisen organ, ki deluje v okviru Urada za varstvo potrošnikov, njegova neodvisnost se zagotavlja z relativno trajnostjo mandata predsednika in podpredsednika razsodišča ter članov senata, sredstva za njegovo delovanje pa zagotavlja država. Postopek temelji na prostovoljnosti in se začne izključno

²⁴ Delovno besedilo dostopno na: <<http://www.uvp.gov.si/fileadmin/uvp.gov.si/pageuploads/ZARPS/ZARPS.pdf>>, nazadnje obiskano 9. julija 2008.

na potrošnikovo iniciativo. Podjetje se sme v pogodbah, ki jih sklepa s potrošniki, vnaprej zavezati, da se bo postopka ARS udeležilo in odločbo štelo za zavezujočo, medtem ko vnaprejšnja klavzula o podreditvi bodočih sporov potrošniškemu razsodišču potrošnika ne zavezuje in ne izključuje neposredne uporabe sodne poti. Razsodišče je pristojno za vse spore, kjer je vrednost spornega predmeta višja (ali enaka) od štirideset in nižja (ali enaka) od pet tisoč evrov. Senat pri razsodišču izvede postopek na način, kot se mu zdi primeren. Upoštevati mora pravico do izjave oz. načelo kontradiktornosti. Formalne zahteve postopka niso stroge. V določenih primerih se lahko izvede le pisni postopek – tudi v tem primeru razsodišče stranki lahko pozove, da pisno podata dodatne navedbe in pojasnila. Senat ves čas postopka poskuša doseči sporazumno rešitev spora. Če se stranki sporazumeta, se sklene poravnava v pisni obliki, sicer se postopek zaključí s pisno obrazloženo odločbo. Če je podjetje dalo soglasje za zavezujočo odločitev, ima odločba enako moč kot arbitražna odločba, torej je pravnomočna in izvršljiva ter se pred sodiščem lahko izpodbija le iz strogo omejenih razlogov. Postopek pred razsodiščem je za stranke brezplačen, stroške morebitnih odvetniških nagrad pa krijejo same. Zakon vzpodbuja tudi ustanavljanje zasebnih shem za alternativno reševanje potrošniških sporov, ki se lahko oblikujejo pri sektorskih združenjih gospodarstva s sodelovanjem organizacij za varstvo potrošnikov. Pri tem pa je treba zagotoviti, da bodo tudi zasebne sheme v celoti upoštevale načela, na katerih mora temeljiti alternativno reševanje potrošniških sporov. Kjer takšne sheme obstajajo, lahko razsodišče zavrne odločanje v zadevi.

4.4 Podpora obstoječim shemam reševanja sporov

Evropska komisija je poleg že omenjene zakonodajne dejavnosti ustanovila tudi dve evropski omrežji državnih teles s ciljem olajšati potrošnikom dostop do zunajsodnih postopkov reševanja čezmejnih potrošniških sporov, kadar podjetje prihaja iz druge države članice kot potrošniki. Evropska izvensodna mreža ECC-NET²⁵ je struktura omogočanja pomoči in podatkov potrošnikom, ki jo sestavljajo nacionalne kontaktne točke v vsaki državi članici ter na Norveškem in v Islandiji. Vsaka izmed kontaktnih točk potrošnikom med drugim posreduje podatke o tistih telesih za zunajsodno reševanje sporov, za katere so države članice menile, da ustrezajo načelom iz obeh priporočil Komisije.²⁶ Omrežje je nastalo z združitvijo prej obstoječih omrežij: Evropskih potrošniških centrov – *Euroguichets*, ki so ponujali informacije in pomoč potrošnikom pri čezmejnih vprašanjih, ter Evropskega zunajsodnega omrežja EEJ-NET, ki je bilo namenjeno pomoči potrošnikom pri reševanju sporov z uporabo zunajsodnih postopkov. Omrežje za pritožbe na področju finančnih storitev FIN-NET²⁷ pa v državah

²⁵ <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/index_en.htm>.

²⁶ Ti nacionalni seznami so bili poslani Komisiji in so na voljo na spletnih straneh Generalnega direktorata za zdravje in varstvo potrošnikov.

²⁷ <http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm>.

Evropskega gospodarskega prostora povezuje nacionalne sheme za zunajsodno reševanje sporov, ki skrbijo za reševanje sporov med potrošniki in ponudniki finančnih storitev (bankami, zavarovalnicami, investicijskimi družbami ipd). Nacionalna telesa v omrežju sodelujejo zlasti, da bi potrošnikom omogočila enostaven dostop do rešitve spora čezmejnih primerih. Če ima potrošnik pritožbo zoper ponudnika finančne storitve v drugi državi članici, mu članice omrežja FIN-NET omogočijo stik z relevantno shemo zunajsodnega reševanja sporov in nudijo potrebne podatke o njej.

Evropska unija nekaterim pobudam ARS omogoča tudi finančno podporo, zlasti na področju elektronskega reševanja sporov. Komisija je tako finančno prispevala k začetku projekta ECODIR (*Electronic COnsumer DIspute Resolution Platform*),²⁸ spletne podlage za reševanje potrošniških sporov.

5. Evropski kodeks ravnanja mediatorjev

Zaradi spodbujanja samoregulacije medicije v Evropi so strokovne službe Komisije v sodelovanju z izvajalci mediacijskih storitev in drugimi zainteresiranimi stranmi pripravile Evropski kodeks ravnanja mediatorjev,²⁹ ki je bil sprejet 2. julija 2004 na posebni konferenci v Bruslju. Ta kodeks je namenjen uporabi pri vseh vrstah medicije v civilnih in gospodarskih zadevah ter ureja vprašanja, za katera Komisija meni, da jih ni primerno zakonodajno urejati, kot npr. potek medicije ter imenovanje ali akreditacije mediatorjev. Za namene kodeksa je medicija opredeljena kot vsak postopek, v katerem se dve ali več strank sporazume o imenovanju tretje stranke (mediatorja), ki strankam pomaga rešiti spor s sklenitvijo sporazuma brez razsodbe, in ne glede na to, kako se ta postopek v posamezni državi članici imenuje. Namesto zakonskih norm kodeks določa vrsto načel, ki naj jih prostovoljno in na podlagi lastne odgovornosti upoštevajo mediatorji. Gre za načela usposobljenosti mediatorja, njegove neodvisnosti in nepristranskosti, oglaševanja mediacijskih storitev, prostovoljnosti sodelovanja strank, enakopravnosti strank v postopku, transparentnosti in poštenosti postopka, jasnosti poravnave, plačila stroškov mediatorju in zaupnosti postopka.³⁰

Kodeks ne predstavlja akta ali uradnega stališča Evropske komisije ter ne posega v nacionalno zakonodajo ali pravila, ki urejajo posamezne poklice. K njegovemu spoštovanju se lahko zavežejo posamezni mediatorji ali organizacije, ki nudijo mediacijske storitve (z jamstvom, da se bodo mediatorji, ki delujejo pod njihovim

²⁸ Domača stran projekta: <www.ecodir.org>.

²⁹ <http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_en.htm>.

³⁰ Podrobneje Plauštajner, *Evropski kodeks...*, str. 12-13.

okriljem, držali kodeksa). Seveda pa take organizacije lahko izdelajo tudi podrobnejša pravila, prilagojena značilnostim mediacijskih postopkov, ki jih vodijo, in posameznim pravnim področjem, kot je npr. družinska ali potrošniška mediacija. Mediatorji, liste mediatorjev ali organizacije, ki se zavežejo k spoštovanju kodeksa, s tem ne pridobijo uradnega priznanja Komisije. Pač pa organizacije, ki so se zavezale k spoštovanju kodeksa, o tem lahko obvestijo Komisijo, ki imena in kontaktne podatke takih organizacij v informativne namene objavi na spletnih straneh Evropske pravosodne mreže v civilnih in gospodarskih zadevah.³¹

6. Direktiva o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah

Na podlagi izhodišč iz Zelene knjige o alternativnem reševanju sporov na področju civilnega in gospodarskega prava iz leta 2002 in prejetih pripomb nanjo je Komisija oktobra 2004 predstavila predlog direktive o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah³² kot prvega pravno zavezujočega dokumenta Evropske unije, ki bi neposredno urejal določeno metodo ARS kot samostojen institut. Zaradi nasprotujočih si stališč o obsegu potrebne skupne ureditve je bil postopek sprejemanja direktive razmeroma dolgotrajen. Marca 2007 je Evropski parlament v prvi obravnavi sprejel vrsto sprememb predlaganega besedila direktive,³³ čemur so sledili pogovori med Evropskim parlamentom, Komisijo in Svetom EU, v katerih so bile do februarja 2008 dosežene nekatere kompromisne rešitve, izražene v skupnem stališču Sveta.³⁴ Na tej podlagi je bila končno sprejeta Direktiva 2008/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2008 o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah.³⁵

Direktiva v uvodnih izjavah ugotavlja, da dostop do sodnega varstva vključuje tudi dostop do zunajsodnih metod reševanja sporov in da mediacija lahko zagotavlja stroškovno in časovno učinkovito reševanje sporov v civilnih in gospodarskih zadevah s pomočjo postopkov, prilagojenih potrebam strank. Zaradi tega je cilj direktive spodbuditi mirno reševanje sporov z zagotavljanjem uravnoteženega odnosa med mediacijo in sodnimi postopki. Direktiva pa ne vsebuje določb o samem mediacijskem postopku ali o imenovanju in akreditaciji mediatorjev, saj so odmevi na zeleno knjigo pokazali, da

³¹ <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf>.

³² Dokument Komisije COM (2004) 718 final.

³³ Poročilo o predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah. Odbor za pravne zadeve, poročevalka: Arlene McCarthy. Dokument Parlamenta A6-0074/2007.

³⁴ Skupno stališče (ES) št. 11/2008 z dne 28. februarja 2008, ki ga je sprejel Svet v skladu s postopkom iz člena 251 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti z namenom sprejetja Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah. UL C 122E, 20. 5. 2008, str. 1-9.

³⁵ UL L 136, 24. 5. 2008, str. 3-8.

zakonodajno urejanje teh vprašanj ni najustreznejše.³⁶ Medtem ko je prvotni predlog Komisije predvideval določitev skupnih pravil za vse postopke mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah, pa direktiva svojo veljavnost omejuje na čezmejne spore. To je posledica pomislekov nekaterih držav članic, da bi direktiva sicer posegla v nekatere že uveljavljene nacionalne sheme zunajsodnega reševanja sporov. V uvodnih določbah direktive (8. točka) pa je pojasnjeno, da države članice lahko njene določbe uporabijo tudi pri urejanju notranjih postopkov mediacije.

Direktiva opredeljuje mediacijo kot strukturiran postopek, ne glede na njegovo poimenovanje, v katerem dve ali več strank v sporu poskuša prostovoljno s pomočjo mediatorja doseči dogovor o rešitvi spora. Ta postopek lahko začnejo stranke ali pa ga predlaga oziroma odredi sodišče ali predpiše zakonodaja države članice. Direktiva velja tudi za mediacijo, ki jo vodi sodnik, ki ni pristojen za nobenega od sodnih postopkov v zvezi z zadevnim sporom. Niso pa vključeni primeri, ko sodnik med sodnim postopkom spodbuja stranki k poravnavi (točka (a) 3. člena). Direktiva ne velja za postopke, za kakršne na področju potrošniških sporov velja Priporočilo 98/257/ES in kjer izvajalec izda uradno priporočilo za reševanje spora,³⁷ pač pa se nanaša na postopke, za katere na področju potrošniških sporov velja Priporočilo 2001/310/ES.³⁸

Sodišče, pri katerem je vložena tožba, sme, kadar se mu to zdi primerno, povabiti stranke, da skušajo spor rešiti s pomočjo mediacije. V vsakem primeru jim lahko odredi, da se udeležijo informativnega sestanka o uporabi mediacije. Direktiva pa ne preprečuje, da bi nacionalna zakonodaja določila obveznost mediacije oziroma uvedla spodbude ali sankcije za njeno uporabo oziroma neuporabo, dokler to bistveno ne ovira dostopa do sodnega sistema (5. člen). Kar se tiče kakovosti mediacije, se direktiva namesto predpisovanja omejuje na spodbujanje razvoja in uporabe avtonomnih kodeksov ravnanja mediatorjev, izobraževanja mediatorjev in vzpostavljanja drugih učinkovitih sredstev nadzora kakovosti mediacijskih storitev (4. člen). Da je mediacija učinkovita, mora biti strankam na voljo možnost, da se dosežena poravnava potrdi v obliki sodbe, odločbe ali druge javne listine, ki je po nacionalnem pravu izvršljiva na podoben način kot sodba (6. člen). Za zagotovitev zaupnosti postopka direktiva določa, da niti mediator niti osebe, ki sodelujejo pri vodenju postopka mediacije, v civilnih in gospodarskih sodnih postopkih ali arbitraži ne morejo biti prisiljene, da zagotovijo dokaze v zvezi s podatki, ki izhajajo iz postopka mediacije ali so z njim povezani. Od tega načela veljajo tri izjeme: če se stranke izrecno drugače dogovorijo; kadar to terjajo interesi javnega reda, zlasti zaščita otrok ter duševne in telesne celovitosti osebe in če je razkritje vsebine dogovora, doseženega v mediaciji, potrebno za izvajanje ali izvršitev tega dogovora (7. člen). Direktiva od držav članic zahteva, naj zagotovijo, da stranke mediacije

³⁶ Točka 1.1.1. uvodnega memoranduma predloga direktive.

³⁷ 11. točka uvodnih izjav direktive.

³⁸ 18. točka uvodnih izjav direktive.

zaradi izteka prekluzivnih ali zastaralnih rokov v postopku mediacije v nadaljevanju ne izgubijo možnosti uvedbe sodnega postopka ali arbitraže (8. člen). V primerjavi s prvotnim predlogom pa ni več opredeljeno, ali naj se to doseže z zadržanjem oziroma pretrganjem takih rokov ali kako drugače. Države članice morajo na ustrezen način, zlasti prek svetovnega spleta, spodbujati zagotavljanje informacij širši javnosti o tem, kako vzpostaviti stik z mediatorji in organizacijami, ki ponujajo storitve mediacije (9. člen).³⁹

7. Drugi vplivi na ureditev mediacije

Komisija v 20. točki Zelene knjige ugotavlja, da se s postopki ARS ukvarja tudi vrsta medvladnih organizacij, med katerimi izpostavlja Svet Evrope, Komisijo OZN za mednarodno trgovinsko pravo ter Organizacijo za gospodarsko sodelovanje in razvoj.

322 7.1 Priporočila Sveta Evrope

Svet Evrope je na področju mediacij izdal štiri priporočila:

- Priporočilo Rec(98)1 z dne 21. januarja 1998 o družinski mediaciji, v katerem priporoča državam članicam, naj spodbujajo družinsko mediacijo in krepijo obstoječe mediacijske sheme. Določa temeljna načela mediacije in priporoča, da država nadzira mehanizme za izbiro in izobraževanje družinskih mediatorjev.
- Priporočilo Rec(99)19 z dne 15. septembra 1999 o uporabi mediacije v kazenskih zadevah, v katerem priporoča mediacijo, kakor tudi aktivno vključitev oškodovanca in obdolženca v kazenski postopek v vseh fazah tega postopka. Opozarja na pravico oškodovanca, da se mu povzročitelj škode opraviči. Tudi to priporočilo opozarja na določene standarde in etična pravila, na nadzor nad izbiro in edukacijo mediatorjev.
- Priporočilo Rec(2001)9 z dne 5. septembra 2001 o možnostih ARS med upravnimi oblastmi in zasebniki, v katerem priporoča državam, da spodbujajo postopka ARS v upravnih sporih, ko je to mogoče. Dopusča možnost, da se ARS predpiše kot procesna predpostavka.
- Priporočilo Rec(2002)10 z dne 18. septembra 2002 o mediaciji v civilnih sporih, v katerem priporoča državam članicam, da omogočijo

³⁹ O direktivi in postopku njenega sprejemanja glej tudi B. Jovin Hrastnik, *Direktiva 2008/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah*, v: *Predlog bele knjige o mediaciji*, str. 19-22.

ARS v civilnih sporih, kjer je to mogoče (pri tem šteje med civilne spore tudi gospodarske spore, potrošniške spore in delovne spore). Tudi to priporočilo nalaga državi, da zagotovi standarde izbire, odgovornosti, edukacije mediatorjev, kakor tudi dolžnost, da informira državljane o možnostih ARS in o stroških.⁴⁰

7.1 Vzorčni zakon UNCITRAL o mednarodni trgovinski conciliaciji

Komisija Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) si prizadeva za mednarodno harmonizacijo zakonskih ureditev alternativnih metod reševanja sporov, saj ugotavlja, da se vse pogosteje uporabljajo tudi v mednarodnih gospodarskih razmerjih. Da bi pomagal državam pri snovanju zakonske ureditve postopkov ARS, je UNCITRAL leta 2002 sprejel Vzorčni zakon o mednarodni trgovinski conciliaciji, Generalna skupščina OZN pa je državam priporočila, naj preučijo možnost uzakonitve njegovih pravil.⁴¹ Vzorčni zakon je zakonsko besedilo, ki ga države lahko prenesejo v svoj nacionalni pravni red. Za razliko od mednarodnih konvencij, vzorčne zakonodaje ni potrebno podpisati ali ratificirati, temveč se njene rešitve preprosto zapišejo v obliki domačega zakona s potrebnimi spremembami in prilagoditvami, a tako, da temeljna načela in osnovne rešitve vzorčnega zakona ostanejo ohranjeni.⁴² Za prevzem Vzorčnega zakona se je zavzela tudi slovenska pravna stroka⁴³ in je bil poleg direktive glavni vir za pripravo slovenskega Zakona o concilaciji v civilnih in gospodarskih zadevah. Drugače od ostalih omenjenih mednarodnih dokumentov vzorčni zakon ureja temeljne točke samega poteka concilacije in sicer: začetek postopka, število in imenovanje conciliatorjev, vodenje concilacije, komuniciranje med conciliatorjem in strankami, razkritje informacij strankam, zaupnost postopka ter dopustnost dokazov v drugih postopkih, konec postopka, nastopanje conciliatorja v vlogi arbitra, razmerje concilacije do arbitražnih in sodnih postopkov ter izvršljivost s concilacijo doseženega sporazuma strank.

⁴⁰ Povzeto po: Ristin, str. 1338-1339. O učinku priporočil glej *Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation*, dokument CEPEJ (2007) 12, z dne 3. maja 2007.

⁴¹ *Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 17 (A/57/17), annex I.*

⁴² UNCITRAL, str. 14.

⁴³ Na Dnevih slovenskih pravnikov oktobra 2005 je 10. sekcija med drugim sprejela stališče, naj se v Sloveniji z zakonom uredi tudi concilacijo in sicer skladno z zasnovo in določbami vzorčnega zakona UNCITRAL o mednarodni trgovinski concilaciji iz leta 2002. Zakon naj ne ureja le gospodarske concilacije, marveč vse concilacije med fizičnimi in pravnimi osebami ne glede na naravo medsebojnega spora. Povzeto po: Puharič, *Arbitraža...*, str. 17.

7.2 Konvencije Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj

Potreba po uporabi zunajsodnih oblik reševanja sporov se omenja tudi v več dokumentih Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj (OECD) in sicer se države v njih podbuja, naj posameznikom in podjetjem omogočijo reševanje sporov s področij, ki jih ureja posamezna konvencija ali drug dokument, tudi z uporabo mediacije, conciliacije ali na podoben način.⁴⁴ Takšne določbe vsebujejo npr.:

- Konvencija o pristojnosti, merodajnem pravu, priznanju, izvršitvi in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepih za zaščito otrok, sklenjena 19. oktobra 1996 (točka b 31. člena);⁴⁵
- Priporočilo Sveta OEDC glede smernic za zaščito potrošnikov v kontekstu elektronskega trgovanja, sprejeto 9. decembra 1999 (točka VI. A);⁴⁶
- Konvencija o mednarodni zaščiti odraslih, sklenjena 13. januarja 2000 (31. člen);⁴⁷
- Konvencija o mednarodni izterjavi otroške preživnine in drugih oblik vzdrževanja družine, sklenjena 23. novembra 2003 (točka d drugega odstavka 6. člena).⁴⁸

8. Nova ureditev mediacije v slovenskem pravu

Rok za uveljavitev direktive 2008/52/ES v nacionalnih pravnih redih držav članic se izteče leta 2011, vendar je Slovenija svojo zakonodajo že uskladila z zahtevami direktive. Novi Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, ki ga je Državni zbor sprejel zgolj dva dneva po dokončni potrditvi direktive v Evropskem parlamentu, je bil namreč pripravljen ob upoštevanju kompromisnega skupnega stališča Sveta EU iz februarja 2008, od katerega končno besedilo direktive bistveno ne odstopa. Nekatera vprašanja iz direktive so bila v slovenskem pravu ustrezno urejena že pred sprejemom posebnega zakona o mediaciji, posebej pa je bilo potrebno urediti zlasti še pravne posledice zaupnosti mediacije ter vpliv mediacije na tek zastaralnih in prekluzivnih rokov.

⁴⁴ Glej tudi Freeman, M., Hutchinson, A.M., Setright, H., *Child Abduction - A Role for Mediation?* International Family Law Journal, 2002, str. 104.

⁴⁵ *Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*

⁴⁶ *Recommendation of the OECD Council Concerning the Guidelines Governing the Protection of Consumers in the Context of Electronic Commerce.*

⁴⁷ *Convention on the International Protection of Adults.*

⁴⁸ *Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.*

8.1 Področje uporabe

Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah vsebinsko temelji na prevzemu Vzorčnega zakona UNCITRAL o mednarodni trgovinski conciliaciji, od njega pa odstopa predvsem, kjer je bilo to potrebno zaradi zahtev direktive. Področje uporabe ZMCGZ je opredeljeno širše kot v omenjenih pravnih virih, saj je vzorčni zakon namenjen samo ureditvi reševanja mednarodnih sporov gospodarskopravne narave, ki pač sodijo v delovno področje UNCITRAL, direktiva pa velja le za mediacijo v čezmejnih civilnih in gospodarskih zadevah, pri katerih je najbolj izrazito prisoten vpliv na enotni evropski trg. ZMCGZ prinaša splošno ureditev mediacije v vseh vrstah sporov, torej tudi v negospodarskih sporih in sporih brez mednarodnega elementa.⁴⁹ Predmet mediacije so spori iz civilnopravnih razmerij, vključujoč spore s področja gospodarskih, delovnih in drugih premoženjskopravnih razmerij v zvezi z zahtevki, s katerimi stranke lahko prosto razpolagajo in se glede njih poravnajo.⁵⁰ Poravnava in torej tudi mediacija sta načeloma možni tudi izven sfere civilnega in gospodarskega prava, v razmerjih z javnopravnim elementom (prim. 137. člen Zakona o splošnem upravnem postopku⁵¹).⁵² Zato ZMCGZ odpira možnost smiselne uporabe pravil tega zakona tudi za mediacijo v sporih iz drugih razmerij, če tega poseben zakon ne izključuje.

Zakon ne določa tipologije metod alternativnega reševanja sporov in ne ureja stopnje aktivnosti mediatorja v postopku. Dopusten je torej tako facilitativni model, kjer je vloga mediatorja bolj pasivna, kot evaluativni pristop, kjer mediator poda oceno o utemeljenosti tožbenega zahtevka oziroma o pričakovani odločitvi sodišča. Glede postopka zakon določa samo temeljna načela, ki jih morajo upoštevati mediator in stranke ter ureja nekatere ključne točke razmerja do sodnih postopkov, ki bi sicer lahko odvrčale stranke od uporabe mediacije.

⁴⁹ Takšna širitev je možna, saj 8. uvodna izjava direktive pojasnjuje, da državam članicam nič ne preprečuje uporabe njenih določb tudi v notranjih postopkih mediacije, vzorčni zakon pa tudi ne vsebuje določb, ki bi bile same po sebi neprimerne za uporabo pri domači mediaciji, medtem ko so temeljna načela vsem vrstam mediacije skupna. UNCITRAL, str. 22-23.

⁵⁰ Pravil zakona zato ni mogoče neposredno uporabiti pri tistih družinskopravnih razmerjih, kjer stranke z zahtevki ne morejo prosto razpolagati. Ureditev mediacije na teh področjih pa predvideva predlog novega Družinskega zakonika. Glej zgoraj, naslov 3.4.

⁵¹ 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.

⁵² Prim. že omenjeno priporočilo Sveta Evrope Rec(2001) 9.

8.2 Uporaba mediacije

Kot to predvidevata vzorčni zakon in direktiva, ZMCGZ ureja vsako mediacijo, ki poteka izven sodnega postopka, ne glede na to, ali so se stranke zanj sporazumele na lastno pobudo ali pa jim je to predlagalo ali jih nanjo napotilo sodišče, arbitraža ali drug organ. Zakon velja tako za *ad hoc* mediacijo, kjer se za konkreten primer stranke same dogovorijo o mediatorju in vseh vidikih izvedbe postopka, kakor tudi v praksi pogostejšo mediacijo v organizaciji posebnih institucij, kjer stranke zgolj pristanejo na uporabo (bolj ali manj fleksibilnih) pravil te institucije glede imenovanja mediatorja in poteka postopka. Zajeta je torej tudi sodiščem pridružena mediacija, kakršna se v praksi že odvija pri več okrožnih sodiščih v Sloveniji⁵³ in sicer ne glede na to, ali kot mediator nastopa sodnik, odvetnik ali druga oseba, pod pogojem da ta oseba v primeru neuspešne mediacije o sporu ne bo tudi meritorno odločala kot sodnik ali arbiter.

V skladu s 5. členom direktive že Zakon o pravnem postopku (ZPP)⁵⁴ določa, da mora sodišče stranke opozarjati na možnost sklenitve sodne poravnave, in sodniku omogoča, da prekine pravdni postopek zaradi poskusa alternativne rešitve spora (305.b in 306. člen). ZMCGZ pa v 16. členu odpira možnost, da bi se na posameznih področjih z zakonom predpisalo obveznost poskusa alternativne rešitve spora, in v takem primeru mediacijo določa za negativno procesno predpostavko za uvedbo sodnega postopka.⁵⁵ Podobno rešitev pozna že 23. člen Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (ZDSS-1).⁵⁶ ZMCGZ poleg tega omogoča, da tudi stranke same določijo poskus mediacije kot procesno predpostavko, če se posebej zavežejo, da prej ne bodo sprožale sodnih oziroma arbitražnih postopkov.

8.3 Izvršljivost v mediaciji doseženih dogovorov

Direktiva v 6. členu zahteva, naj se strankam omogoči, da dosežejo izvršljivost v mediaciji doseženega dogovora. Kot pojasnjujeta 19. in 20. uvodna izjava, naj bi se to storilo na način, da bo dogovor, ki je bil razglašen za izvršljivega v eni državi članici, lahko v skladu z veljavno zakonodajo Skupnosti ali notranjim pravom priznan in razglašen za izvršljivega tudi v drugih državah članicah, npr. na podlagi Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju

⁵³ Glej Kukec, str. 1579; Vovk, str. 20.

⁵⁴ Uradno prečiščeno besedilo ZPP-UPB3, Ur. l. RS, št. 73/2007, naknadne spremembe: 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.

⁵⁵ O možnih argumentih za obvezno mediacijo glej Betetto, str. 1264.

⁵⁶ Ur. l. RS, št. 2/2004 (10/2004 - popr.).

sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah⁵⁷ ali Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in v sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo.⁵⁸ ZMCGZ ne uvaja specialnega mehanizma razglasitve izvršljivosti, temveč napotuje na uporabo katere od treh že obstoječih tovrstnih poti: sporazum o rešitvi spora se lahko sestavi v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa (20.a člen Zakona o izvršbi in zavarovanju – ZIZ),⁵⁹ poravnave pred sodiščem bodisi znotraj že začete pravde (306. člen ZPP) bodisi pred vložitvijo tožbe na t.i. pretoričnem naroku (309. člen ZPP) ali arbitražne odločbe na podlagi poravnave (34. člen ZArbit). Izbira med temi potmi je prepuščena strankam oziroma okoliščinam posamezne mediacije.

8.4 Zaupnost mediacije

V skladu s 7. členom direktive 11. člen ZMCGZ ureja splošno načelo zaupnosti vseh podatkov v zvezi s postopkom mediacije nasproti tretjim osebam. Vsi podatki v zvezi z mediacijo so zaupni, razen če so se stranke sporazumele drugače, če njihovo razkritje zahteva zakon (npr. ker gre za informacije javnega značaja) ali če je razkritje potrebno za izpolnitev ali prisilno izvršitev sporazuma o rešitvi spora. Določba se ne nanaša samo na podatke, razkrite med samim postopkom mediacije, temveč tudi na vsebino in rezultat tega postopka ter na pogovore v zvezi z mediacijo, ki so se odvijali še pred njenim začetkom (npr. o želji po mediaciji, o določbah sporazuma o mediaciji, o izboru mediatorja, o povabilu k mediaciji in sprejemu ali zavrnitvi takega povabila). Izjeme od splošnega načela zaupnosti podatkov lahko določi avtonomija strank ali zakon – npr. če gre za razkritje dokazov v zvezi s kaznivim dejanjem ali če je potrebno zaradi izvršitve sporazuma o rešitvi spora.

12. člen ZMCGZ konkretizira načelo zaupnosti z določitvijo dveh vrst pravnih posledic: obveznost vseh oseb, ki so sodelovale pri mediaciji, da se v arbitražnem, sodnem ali drugem podobnem postopku ne smejo sklicevati na oziroma razkriti določenih podatkov v zvezi z mediacijo in obveznost sodišča, da takšne podatke šteje za nedopustne in jih torej ne upošteva pri odločanju. V primerjavi s 7. členom direktive je varovanje zaupnosti določeno strožje: ne gre le za privilegij oseb, da ne pričajo o podatkih v zvezi z mediacijo, temveč za obveznost, da tega ne storijo, ter prepoved, da bi sodišče take podatke uporabilo kot dokaz. Zaradi večje jasnosti je po zgledu vzorčnega

⁵⁷ UL L 12, 16.1.2001, str. 1. Uredba, kakor je bila nazadnje spremenjena z Uredbo (ES) št. 1791/2006 (UL L 363, 20.12.2006, str. 1).

⁵⁸ ULL 338, 23.12.2003, str. 1. Uredba, kakor je bila spremenjena z Uredbo (ES) št. 2116/2004 (ULL 367, 14.12.2004, str. 1).

⁵⁹ Uradno prečiščeno besedilo ZIZ-UPB4, Ur. l. RS, št. 3/2007, naknadne spremembe: 93/2007, 6/2008 Skl.US: U-I-354/07-6, 37/2008-ZST-1, 45/2008-ZArbit.

zakona izrecneje navedeno, za katere podatke gre. V skladu z direktivo se podatki lahko razkrijejo ali uporabijo v dokazne namene pod pogoji in v obsegu, ki ga zahteva zakon, zlasti zaradi razlogov javnega reda (npr. zaščita interesov otrok ali preprečitev posega v telesno ali duševno celovitost osebe) ali kolikor je potrebno za izpolnitev ali prisilno izvršitev sporazuma o rešitvi spora.

8.5 Učinek mediacije na prekluzivne in zastaralne roke

Vprašanje, ali je smotrno predpisati določen vpliv mediacije na tek zastaralnih rokov, je v teoriji precej sporno, zato UNCITRAL določbe o tem ni vključil neposredno v vzorčni zakon, temveč je pripravil zgolj opcijski člen X o zadržanju zastaranja. Direktiva pa v 8. členu izrecno zahteva, naj države članice zagotovijo, da stranke mediacije zaradi izteka zastaralnih *ali* prekluzivnih rokov med tem postopkom v nadaljevanju ne izgubijo možnosti uvedbe sodnega postopka ali arbitraže. Na kakšen način za to poskrbijo, pa je prepuščeno državam članicam.⁶⁰

V 17. členu ZMCGZ je po zgledu omenjenega opcijskega člena vzorčnega zakona določeno, da je med trajanjem mediacije tek zastaranja zadržan, nadaljuje pa se, če se mediacija konča brez sklenitve sporazuma o rešitvi spora. Če pa se mediacija konča uspešno, je od vsebine doseženega sporazuma odvisno, kakšen je njegov vpliv na zastaranja, največkrat pa bo šlo za pripoznanje obveznosti ali novacijo, kar oboje povzroči pretrganje zastaranja. Tretji odstavek 17. člena ZMCGZ pa ureja vpliv mediacije na prekluzivne roke in sicer namesto odložitve, zadržanja ali pretrganja prekluzivnih rokov, določa njihovo pogojno podaljšanje: če je s posebnim predpisom določen rok za vložitev tožbe, se ta rok ne izteče prej kot 15 dni po koncu mediacije. Prekluzivni rok se torej podaljša samo v primeru, kadar bi bila stranka zaradi njegovega izteka med trajanjem mediacije sicer prikrajšana za možnost uveljavljanja sodnega varstva. Določba velja le za roke za vložitev tožbe,⁶¹ ne podaljša pa drugih materialnih ali procesnih prekluzivnih rokov, kot sta npr. rok za grajanje napak ali rok za vložitev odgovora na tožbo. Strankam mediacije je tako omogočeno, da se lahko mirno posvetijo poskusom izvensodne rešitve spora brez skrbi, da bi se med tem postopkom lahko iztekli kakršnikoli roki, zaradi katerih bi jim bilo kasneje onemogočeno učinkovito sodno uveljavljanje svojih pravic.

⁶⁰ Podrobneje o dilemah glede vpliva mediacije na tek rokov glej Damjan, str. 37-62.

⁶¹ Oziroma drugega zahtevka za varstvo pravic pred sodiščem ali drugim pristojnim organom - npr. predloga v nepravdnem postopku.

8.6 Zagotavljanje kakovostne mediacije in informacij o njej

ZMCGZ prenaša v pravni red Republike Slovenije samo tiste dele direktive, ki zahtevajo novo ureditev mediacije na zakonski ravni. Večina praktičnih vprašanj alternativnega reševanja sporov je sicer pretežno organizacijske narave in zadevajo npr. ustanavljanje in financiranje mediacijskih organizacij, izobraževanje in akreditacijo mediatorjev, pripravo seznamov mediatorjev in njihovo imenovanje, opredelitev (pogodbene) razmerja med strankami na eni in mediatorji oziroma mediacijsko institucijo na drugi strani, uporabo elektronskih komunikacij pri izvedbi postopka, način dokumentiranja začetka, poteka in zaključka mediacije, nadzor nad izvajanjem ipd. Za zagotavljanje kakovostne mediacije, ki ga zahteva 4. člen direktive, je treba poskrbeti z izvajanjem ustreznega programa dejanskih ukrepov državnih organov, usmerjenih v razvijanje prostovoljnih kodeksov ravnanja in drugih učinkovitih mehanizmov nadzora kakovosti, temelječih na samoregulaciji, za kar ni potrebna posebna pravna podlaga v zakonu o mediaciji. ZMCGP pa pušča odprto možnost, da bi zakoni na posameznih področjih dali konkretnjšo podlago za organiziranje mediacijskih institucij in njihovo financiranje. V skladu z 9. členom direktive bo morala država na ustrezen način poskrbeti še za spodbujanje zagotavljanja informacij širši javnosti, zlasti prek svetovnega spleta, o tem, kako vzpostaviti stik z mediatorji in organizacijami, ki ponujajo storitve mediacije.

9. Zaključek

Evropska unija ima precejšen vpliv na širšo uveljavitev in na pravno ureditev postopkov zunajsodnega reševanja sporov v nacionalnih pravnih redih držav članic. Dejavnost evropskih institucij na tem področju se je razvijala od aktov politične podpore in spodbude k uvedbi ter uporabi zunajsodnega reševanja sporov na posameznih pravnih področjih, preko priporočil za izboljšanje kakovosti takih postopkov pa do zakonodajne določitve nekaterih skupnih temeljnih pravil pravnega urejanja postopka mediacije ter zlasti njegovega razmerja do sodnih postopkov. Poleg Evropske unije vpliva na uveljavitev zunajsodnega reševanja sporov in poenotenje njegove pravne ureditve tudi dejavnost drugih nadnacionalnih oziroma mednarodnih teles, kot so zlasti Svet Evrope, OECD in UNCITRAL. Med dejavnostmi teh organizacij in EU ni nasprotja, temveč je mogoče govoriti o vzajemni podpori in povezovanju naporov, ki so usmerjeni k istemu cilju. Številni mednarodni dokumenti pripomorejo k poenotenju nacionalnih zakonskih ureditev, zvišanju kakovosti samoregulacije izvajalcev zunajsodnega reševanja sporov ter razvoju standardnih pravil glede izvedbe postopka ter zlasti njegovega razmerja do sodnih in drugih postopkov. Vse širša uveljavitev mediacija in drugih zunajsodnih postopkov reševanja sporov pa sicer ni samo posledica normativne dejavnosti, temveč

predvsem odraz potrebe po enostavnejšem in hitrejšem varstvu pravic ter dejanskih prednosti, ki jih večja fleksibilnost neformalnih postopkov nudi pri reševanju določenih vrst sporov.

Literatura

1. BETETTO, N., Pravdnemu postopku pridružena mediacija. Podjetje in delo, letn. 27, št. 6-7/2001, str. 1264-1271.
2. DAMJAN, M., Učinek mediacije na tek rokov. Pravnik, letn. 3, št. 1-3/2008, str. 37-62.
3. Društvo mediatorjev Slovenije, Predlog bele knjige o mediaciji. Ljubljana, junij 2008. Dostopno na <http://www.pogajanja.si/upload/d170608121611bk_w%5Ddoc.doc>, nazadnje obiskano 1. 7. 2008.
4. HORVAT, B., Mediacija in sodstvo. Pravna praksa, leto 22, št. 20/2003, str. 3.
5. JELEN KOSI, V., Poravnalni narok ali mediacija. Pravna praksa, letn. 23, št. 12/2004, str. 5-7.
6. JELEN KOSI, V., Pravna podlaga ARS v Sloveniji in trendi v svetu. Podjetje in delo, letn. 30, št. 3-4/2004, str. 612-618.
7. KONČINA PETERNEL, M., Družinska mediacija (de lege lata in) de lege ferenda. Podjetje in delo, letn. 33, št. 6-7/2007, str. 1303-1312.
8. KONČINA PETERNEL, M., Mediacija kot alternativa sodnemu reševanju sporov. Delavci in delodajalci, letn. 3, št. 2/2003, str. 475-486.
9. KONČINA PETERNEL, M., Pilotski projekt družinske mediacije – posredovanja. Pravna praksa, letn. 22, št. 2/2003, str. 6-9.
10. KUKEC, B., Mediacija v naši sodni praksi. Podjetje in delo, letn. 31; št. 6-7/2005, str. 1579-1597.
11. PLAUSTAJNER, K., Evropski kodeks vedenja in ravnanja za mediatorje. Pravna praksa, letn. 23, št. 32/2004, str. 12-13.
12. PLAUSTAJNER, K., Gospodarska conciliacija in arbitražna. Podjetje in delo, letn. 33, št. 6-7/2007, str. 1321-1331.
13. PUHARIČ, K., Arbitražna in mediacija. Pravna praksa, letn. 24, št. 42/2005, str. 17.
14. REICH, N., Europäisches Verbraucherrecht: eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht. 3., neubearb. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1996.
15. RISTIN, G., Mediacija v pravu EU, Podjetje in delo, št. 7/2007, str. 1332-1341.

16. UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use. New York: United Nations, 2004.
17. WEATHERILL, S., EU Consumer Law and Policy. Cheltenham; Northampton: E. Elgar, cop. 2005.
18. ZALAR, A., Pravda in mediacija. Pravna praksa, Leto 23, št. 38-39/2004, str. 10-12.

Dedovanje in pravo EU

dr. Viktorija Žnidaršič Skubic¹

1. Uvodno

Zvse večjo mobilnostjo ljudi in kapitala, še posebej znotraj EU, se je v vse večji meri pričelo izpostavljanje tudi vprašanje t. i. evropskega dednega prava. Težave, povezane z internacionalnim dedovanjem, ki nastopijo potem, ko umre oseba, ki je npr. državljan ene države, premoženje je imela v neki drugi državi (ali celo v več državah), stalno prebivališče pa lahko celo v tretji državi, so namreč v praksi zelo velike. Ne samo, da istovrstna dednopravna vprašanja različne države (tudi znotraj EU) rešujejo zelo različno, tudi kolizijska pravila različnih držav so zelo različna oziroma neenotna. Zato ni čudno, da je EU že pred časom ugotovila, da takšno stanje dela silo temeljnim postulatom prostega pretoka ljudi, blaga, storitev in kapitala ter pričela z aktivnostmi za sprejem direktive, ki bi poenotila kolizijske norme in tudi nekatera druga pravila na področju dedovanja. Prizadevanja EU na tem področju bodo predstavljena v nadaljevanju, najprej pa sledi predstavitev veljavne ureditve mednarodnega zasebnega prava na področju dedovanja.

¹ Docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

2. Slovenska (nacionalna) ureditev mednarodnega zasebnega prava na področju dedovanja²

V Sloveniji ureja področje mednarodnega zasebnega prava Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP).³ Kot je opredeljeno v njegovem prvem členu, zakon vsebuje pravila o določanju prava, ki ga je treba uporabiti za osebna, družinska, delovno-socialna, premoženjska in druga civilnopravna razmerja z mednarodnim elementom. Zakon vsebuje tudi pravila o pristojnosti sodišč in drugih organov Republike Slovenije za obravnavanje navedenih razmerij ter pravila postopka in pravila za priznanje in izvršitev tujih sodnih in arbitražnih odločb ter odločb drugih organov.

V primerjalnem mednarodnem zasebnem pravu sta pri določanju merodajnega prava za dednopravna razmerja uveljavljeni dve temeljni usmeritvi.⁴ V skladu s prvo se za zapuščino uporablja eno pravo, ne glede na to, da se zapuščina ali dediči nahajajo v različnih državah. Gre za t. i. načelo enotne dediščine. Uporaba tega načela pomeni, da se za celotno dediščino uporabi personalno pravo zapustnika. Druga usmeritev pa zagovarja koncept t. i. deljene dediščine. Tu ne gre za to, da bi se zagovarjalo stališče, da se za različne dele dediščine uporabi različno pravo, ampak predvsem za to, da se v končni posledici lahko uveljavi načelo, da se za nepremičnine vedno uporabi pravo tiste države, v kateri se le-te nahajajo.

2.1. Dedovanje na podlagi zakona

Za dedovanje na podlagi zakona je temeljna navezna okoliščina *lex nationalis* zapustnika. Čas, ki je odločilen za presojo, je čas zapustnikove smrti. Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku tako določa, da je za dedovanje treba uporabiti pravo države, katere državljan je bil zapustnik ob smrti (člen 32/1 ZMZPP). V primeru, da je imel zapustnik v času svojega življenja več državljanstev, se upošteva le državljanstvo, ki ga je imel zapustnik v trenutku smrti.

Če je zapustnik oseba brez državljanstva (apatrid), ali pa njegovega državljanstva ni mogoče ugotoviti, se uporabi pravo njegovega stalnega prebivališča (člen 11/1 ZMZPP). Kadar ni mogoče uporabiti *lex nationalis* in tudi ne *lex domicilii*, se uporabi pravo njegovega začasnega prebivališča (člen 11/2 ZMZPP). Samo v primeru, ko ni mogoče uporabiti niti zadnje omenjene navezne okoliščine, se uporabi *lex fori*, to je pravo Republike Slovenije (člen 11/3 ZMZPP).

² Geč Korošec M., str. 99-108.

³ Ur. l. RS, št. 56/99.

⁴ Gl. Junker A., str. 487; Geč Korošec M., str. 99 - 100.

V primerih, ko gre za dedovanje po zapustniku, ki je imel v trenutku smrti, poleg slovenskega, še kakšno drugo državljanstvo, se šteje, da je imel samo slovensko državljanstvo (člen 10/1 ZMZPP). Če pa zapustnik nima državljanstva Republike Slovenije, ima pa dvoje ali več tujih državljanstev, se šteje, da ima državljanstvo tiste države, katere državljan je in v kateri ima tudi stalno prebivališče (člen 10/2 ZMZPP). V primeru, da ni mogoče uporabiti nobene od naveznih okoliščin, se šteje, da ima državljanstvo tiste države, katere državljan je in s katero je v najtesnejši zvezi.

Pogoji za dedovanje se presojajo po 1. odstavku 32. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku.⁵ Temeljni pogoj za uvedbo dedovanja je smrt zapustnika oziroma razglasitev pogrešanca za mrtvega. Za razglasitev pogrešanca za mrtvega se uporabi pravo države, katere državljan je bil takrat, ko je bil pogrešan (16. člen ZMZPP). Sodišče Republike Slovenije ima izključno pristojnost za razglasitev pogrešanega slovenskega državljana za mrtvega in sicer ne glede na to, kje je imel stalno prebivališče (člen 78/1 ZMZPP). Pred sodiščem Republike Slovenije se sme, po pravu Republike Slovenije, dokazovati smrt tujega državljana, ki je umrl na ozemlju Republike Slovenije (člen 78/2 ZMZPP).

2.2. Dedovanje na podlagi oporoke

Temeljna pravila za dedovanje na podlagi oporoke so enaka, kot pri dedovanju na podlagi zakona. To pomeni, da se v načelu uporabi pravo države, katere državljan je bil zapustnik ob smrti. Posebna pravila pa veljajo glede oblike oporoke. Tu se je uveljavilo t. i. načelo *in favorem testamenti*, katerega namen je v tem, da se zapustnikova poslednja volja poskuša izvršiti, če je to le mogoče.⁶ Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku je ravno iz tega razloga sprejel več možnih alternativnih rešitev, ki naj se uporabijo z namenom, da oporoka, če je le mogoče, ostane v veljavi (33. člen ZMZPP).⁷ Oporoka je tako glede oblike veljavna, če je veljavna po enem izmed naslednjih pravnih redov:

- po pravu kraja, kjer je bila oporoka sestavljena,
- po pravu države, katere državljan je bil oporočitelj, bodisi ob oporočnem razpolaganju bodisi ob smrti,
- po pravu oporočiteljevega stalnega prebivališča, bodisi ob oporočnem razpolaganju bodisi ob smrti;
- po pravu oporočiteljevega začasnega prebivališča, bodisi ob oporočnem razpolaganju bodisi ob smrti;

⁵ Gl. Geč Korošec M., str. 102.

⁶ Gl. Geč Korošec M., str. 104.

⁷ Določba tega člena je povzeta po Konvenciji o uporabi zakona za oblike oporočnih razpolaganj, Haag, 1961. Popolneje Ilešič M., Polajnar Pavčnik A., Wedam Lukić D., str. 62.

- po pravu Republike Slovenije;
- za nepremičnine tudi po pravu kraja, kjer je nepremičnina.

Tudi pri ureditvi preklica oporoke se je uveljavilo načelo *in favorem testamenti*. Preklic oporoke je namreč veljaven, če je bila oporoکا preklicana po kateremkoli pravu, po katerem je bila veljavna (člen 33/2).

2.3. Oporočna sposobnost

Oporočna sposobnost oporočitelja se presoja po pravu države, katere državljanstvo je imel oporočitelj ob sestavi oporoke (člen 32/2 ZMZPP). Sprememba državljanstva oporočitelja po sestavi oporoke ne vpliva na veljavnost oporoke, kar zopet potrjuje spoštovanje načela *in favorem testamenti*.⁸

2.4. Pristojnost sodišč (in drugih organov) v primeru dedovanja nepremičnin in premičnin

336 Za obravnavo nepremične zapuščine slovenskega državljana je izključno pristojno sodišče Republike Slovenije, če se zapuščina nahaja v Republiki Sloveniji (člen 79/1 ZMZPP). V primeru, da se nepremična zapuščina slovenskega državljana nahaja v tujini, je sodišče Republike Slovenije pristojno le, če po pravu države, v kateri so nepremičnine, ni pristojen njen organ (člen 79/2 ZMZPP). Sodišče Republike Slovenije je pristojno za obravnavo premične zapuščine slovenskega državljana, če so premičnine na ozemlju Republike Slovenije ali če po pravu države, v kateri so premičnine, ni pristojen njen organ oziroma če ta organ noče obravnavati zapuščine (člen 79/3). Navedena pravila se nanašajo tudi na pristojnosti v sporih iz dednopravnih razmerij in v sporih o terjatvah upnikov nasproti zapuščini.

V primeru, da je zapustnik tujec in se njegova nepremična zapuščina nahaja v Republiki Sloveniji, je podana izključna pristojnost sodišča Republike Slovenije (člen 80/1 ZMZPP). Za obravnavo premične zapuščine tujega državljana, ki je v Republiki Sloveniji, je pristojno sodišče Republike Slovenije, razen če v zapustnikovi državi sodišče ni pristojno za obravnavo premičnega premoženja slovenskih državljanov (člen 80/2 ZMZPP). Predstavljena pravila se nanašajo tudi na pristojnost v sporih iz dednopravnih razmerij in v sporih o terjatvah upnikov glede zapuščine. V primeru, da pristojnost slovenskega sodišča za obravnavo zapuščine tujega državljana ni podana, lahko slovensko sodišče kljub temu odredi ukrepe za zavarovanje zapuščine in za varstvo pravic do zapuščine, ki je v Republiki Sloveniji (člen 80/4 ZMZPP).

⁸ Geč Korošec M., str. 107.

Izključna pristojnost slovenskega sodišča je podana tudi tedaj, ko se obravnava nepremično zapuščino osebe brez državljanstva, osebe, katere državljanstva ni mogoče ugotoviti oziroma osebe s statusom begunca. Temeljni pogoj je, da se nepremičnine iz zapuščine nahajajo v Republiki Sloveniji (člen 81/1 ZMZPP). Za obravnavo premične zapuščine navedenih oseb je pristojno sodišče Republike Slovenije, če se zapuščina nahaja v Republiki Sloveniji ali pa je imel zapustnik ob smrti v njej stalno prebivališče. Predstavljena pravila veljajo tudi za pristojnost v sporih iz dednopravnih razmerij in v sporih o terjatvah upnikov glede zapuščine. V primeru, da zapustnik ni imel stalnega prebivališča v Republiki Sloveniji, se smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za obravnavo zapuščine tujega državljana, pri čemer je s tujo državo mišljena država, v kateri je imel zapustnik ob smrti stalno prebivališče (člen 81/4 ZMZPP).

3. Evropsko (mednarodno zasebno) dedno pravo

3.1. Pravo EU in dedovanje

Dednopravno področje je že kar nekaj časa, predvsem pa v zadnjem obdobju, predmet izrazitega zanimanja strokovne javnosti v EU. V okviru prava EU se namreč odvija veliko dejavnosti, različnih projektov, raziskav na temo dednega prava, katerih temeljni namen je izboljšanje obstoječega stanja na tem področju. Okvir raziskav predstavljajo predvsem države članice EU, ambicije po urejanju problematike pa segajo tudi zunaj njihovih meja. Podobna ugotovitev, kot velja za primer harmonizacije družinskega prava,⁹ velja tudi za področje dedovanja. V okviru EU, vsaj zaenkrat, še ne moremo govoriti o evropskem substančnem (vsebinskem) dednem pravu, vendarle pa, za razliko od področja družinskega prava, tu ne moremo govoriti niti o evropskem mednarodnem dednem pravu.

Glede zadnje ugotovitve pa je vendarle treba poudariti, da se stanje zelo hitro spreminja; kot bo razvidno iz nadaljnje predstavitve, lahko v kratkem pričakujemo evropsko zakonodajo tudi na tem področju. Njeni temelji se postavljajo že nekaj let in zelo intenzivno tudi v zadnjem času (leto 2008). Ves čas je v razmišljanja o pripravi (zavezujočega) evropskega dokumenta vključena tudi pravna teorija. Del teorije pripravo takega dokumenta v celoti ali vsaj deloma podpira, del pa ji nasprotuje oziroma opozarja na pasti in poenostavitve, ki jih harmonizacija nujno prinaša s seboj.¹⁰

⁹ Natančneje gl.: Žnidaršič V., str. 153-164.

¹⁰ Gl. Bajons E. M., str. 465 – 487.

3.1.1. Raziskava kolizijskih pravil (v nekaterih) članicah EU v delu, ki se nanaša na vprašanje dedovanja¹¹

Ena pomembnejših in v strokovni javnosti zelo odmevnih raziskav v okviru EU je bila opravljena leta 2002. Opravil jo je, po naročilu Evropske komisije, nemški Inštitut za notariat. Raziskava je bila temelj, na katerega se je naslonila komisija pri svojem nadaljnjem delu na tem področju, zlasti pri pripravi t. i. zelene knjige o dedovanju.¹² Raziskava rabi tudi pri pripravi Bruselj III/IV Uredbe o zadevah premoženjskega režima in dediščin.¹³

V temeljnih izhodiščih raziskave se izpostavlja dejstvo, da se je v okviru EU, zlasti v zadnjem času, izrazito zaostriło vprašanje obravnavanja premoženja posameznika, ki ga ima v različnih državah članicah. Razpršenost premoženja se iz leta v leto povečuje, svoj prispevek k omenjeni tendenci je prinesla tudi zadnja širitev EU. V vsakodnevem pravnem prometu, zlasti pa v primerih dedovanja, takšno stanje povzroča nemalo težav. Govorimo o problematiki t. i. internacionalnega (mednarodnega) dedovanja. Različne nacionalne ureditve, predvsem pa nepoenotena kolizijska pravila oziroma pravila mednarodnega zasebnega prava posameznih držav članic, že »delajo silo« temeljnim postulatoma EU: prostemu pretoku ljudi, blaga, storitev in kapitala.

Pomembnost, ki se pripisuje fenomenu t. i. *cross-border estates* (»čezmejnega premoženja«) se utemeljuje z naslednjimi ugotovitvami:

1. prebivalstvo posameznih držav članic EU tvori veliko število (ali pa velik procent) prebivalcev, ki so državljani neke druge države članice EU;¹⁴
2. v posameznih državah je zaznati obraten problem: to je, da veliko število državljanov te države živi v neki drugi državi članici;¹⁵
3. veliko državljanov posamezne države EU ima premoženje: bančne račune ali pa nepremičnine v drugi državi članici EU.¹⁶

Raziskava ponuja nekatere predloge za razrešitev problemov, ki jih predstavljeno stanje sproža v vsakodnevni (sodni in siceršnji) praksi. Raziskovalci so prišli do sklepa, da ni smiselno, da bi prišlo do harmonizacije pravil o jurisdikciji in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb (in ostalih odločitev) v dednih zadevah, če ne bi bila hkrati poenote-

¹¹ Deutsches Notarinstitut, str. 17 - 167.

¹² Gl. Tenreiro M., str. 349.

¹³ Gl. Pintens W., str. 1600.

¹⁴ Navajajo se podatki, da je v Nemčiji kar 1.8 milijona prebivalcev državljanov drugih držav članic EU, medtem, ko je v Luxemburgu takšnih kar 20 %. Gl. Tenreiro M., str. 20.

¹⁵ Primer takšne države je Italija: več kot milijon Italijanov živi v neki drugi državi članici EU. Na Irskem pa je takšnih državljanov kar 11,7 %. Ibidem.

¹⁶ 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. Ibidem.

na oziroma usklajena tudi kolizijska pravila posameznih držav.¹⁷ Vsebinsko so se zavzeli za rešitve, ki bodo, na kratko, predstavljene v nadaljevanju.¹⁸

3.1.1.1. Pristojnost, priznavanje in izvrševanje sodnih (in ostalih) odločb oziroma odločitev

Pristojnost odločanja v dednih zadevah (tako glede odločanja o dedovanju premoženja, kot nepremičnin) naj bi imelo sodišče posameznikovega zadnjega običajnega prebivališča. Pristojno naj bi bilo tudi sodišče države, v kateri se nahaja zapustnikovo nepremično premoženje, vendar le pod pogojem, da *lex rei sitae* zahteva izdajo nacionalnega potrdila o dedovanju oziroma izdajo nacionalnega sklepa o dedovanju. Tudi v tem primeru pa bi bilo sodišče države, v kateri se nahaja zapustnikova nepremičnina, pristojno le tedaj, ko bi uporabilo enako pravo, kot je pravo države zapustnikovega zadnjega stalnega prebivališča.

Ko bi bila kolizijska pravila držav članic harmonizirana, bi se lahko pristopilo k oblikovanju dodatnih temeljev za določitev pristojnosti sodišč: zlasti v primeru pravnega postopka oziroma za primere, ko bi se zainteresirane stranke o pristojnem sodišču dogovorile.

V primeru harmonizacije kolizijskih pravil posameznih držav članic EU bi lahko veljalo, da so odločitve sodišč, ne glede na to, v kateri državi članici so bile sprejete, priznane brez revizije glede vsebine oziroma prava, ki naj se uporabi (izjema je le kriterij, ki je omenjen v 34. členu Bruselj I uredbe in 15. členu Bruselj II uredbe).¹⁹

3.1.1.2. Pravo, ki naj se uporabi v dednih zadevah

Raziskava je pokazala, da je nujno, da se kolizijska pravila, ki se nanašajo na vprašanja dedovanja v državah članicah EU, harmonizirajo istočasno s pravili o pristojnosti in priznavanju (sodnih) odločb.

Raziskovalci predlagajo, naj bi se uporabilo za vprašanja dedovanja premoženja zapustnika v celoti (tako za njegovo premoženje, kot tudi nepremično premoženje) pravo države, v kateri je zapustnik imel poslednje običajno prebivališče.²⁰ Oporočitelj pa naj bi imel možnost, da določi, da se za dedovanje po njem uporabi bodisi pravo njegove

¹⁷ Nedvomno jih je k takšnemu zaključku napeljala tudi dokaj neuspešna tovrstna pot harmonizacije pravil na družinskopravnem področju. Natančneje Žnidaršič V., str. 153-164.

¹⁸ Na tem mestu velja opozoriti na kritike nekaterih avtorjev, ki dvomijo v to, da je 65. člen pogodbe o ES zadostna pravna podlaga, ki bi omogočala tako velik projekt, kot je harmonizacija mednarodnega zasebnega prava na področju dedovanja v članicah EU. Gl. Gaudemet Tallon H., str. 446.

¹⁹ Gl. Uredba Sveta št. 1347/2000 ter Uredba (ES) št. 2201/2003, spletna stran na internetu: <http://europa.eu.int>, 27. 7. 2005.

²⁰ Nekateri avtorji opozarjajo na nesprejemljivost takšne rešitve v določenih konkretnih primerih. Gl. Tenreiro M., str. 351. Drugače Hayton D., str. 363 - 364 ter Pajor T., str. 373 - 374.

nacionalnosti bodisi pravo njegovega zadnjega običajnega prebivališča.²¹ Oboje naj bi bilo mogoče tako v času opravljene izbire (času pisanja oporoke) ali pa tudi v času zapustnikove smrti. V primeru skupne oporoke ali dedne pogodbe se lahko uporabi nacionalno pravo oziroma pravo zadnjega običajnega prebivališča le ene od (pogodbениh) strank. Glede vprašanj izpolnjevanja obličnostnih zahtev pri pisanju oporoke, raziskovalci napotujejo na Haaško konvencijo o mednarodnem zasebnem pravu,²² ki se nanaša na obliko oporočnega razpolaganja.

Raziskovalci opozarjajo, da bi se morala predstavljena kolizijska pravila, če bi želeli, da bi bila v resnici učinkovita, uporabljati univerzalno, torej tudi v odnosu do držav, ki niso članice EU.

3.1.1.3. Enotno evropsko potrdilo o dedovanju in potrdilo o izvršitelju oporoke²³

Za lažje dokazovanje pravno veljavnega prehoda zapuščine na pravne naslednike zapustnika raziskovalci predlagajo uvedbo posebnega instrumenta, t. i. enotnega evropskega potrdila o dedovanju oziroma evropskega potrdila o izvršitelju oporoke. Potrdila naj bi bila sprejeta v vseh državah članicah EU kot zadosten dokaz za to, da ima posameznik status dediča in da ima pravico razpolagati s podedovanim oziroma zapustnikovim premoženjem.²⁴

Potrdila bi izdajala sodišča oziroma notarji države kjer je imel umrli zadnje stalno prebivališče. Za ta namen bi sodišča oziroma notarji praviloma uporabljali svoje nacionalno dedno pravo; tu bi bila povezava med pravom, ki naj se v konkretnem primeru uporabi, ter pristojnostjo.

Uveljavila naj bi se pravna domneva, da je oseba, ki je navedena v konkretnem potrdilu, dedič oziroma izvršitelj oporoke. Na ta način naj bi se domnevalo, da je upravičena razpolagati s podedovanim oziroma zapustnikovim premoženjem brez omejitev, razen seveda tistih, ki bi bile kot takšne izrecno opredeljene v potrdilu. Kot velja za vsako pravno domnevo, se tudi ta lahko (v posebnem sodnem postopku) izpodbjije, če se dokaže nasprotno.

²¹ Na poseben pomen dovoljevanja izbire prava, po katerem naj se presoja dedovanje, ki naj bi jo opravil sam zapustnik oziroma oporočitelj opozarja Davi. Gl. Davi A., str. 387 – 411. Bouckaert opozarja na pomen izrecnosti takšne izjave v oporoki. Gl. Bouckaert F., str. 422.

²² Gl. internetni naslov http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/lk_hague_sl.htm, 6. 6. 2008.

²³ Natančneje o problematiki: Mathijs ten Wolde H., str. 503 – 514 ter Revillard M., str. 519 – 531.

²⁴ Seveda je slednje mogoče le v primeru, da bi v resnici prišlo do uskladitve oziroma harmonizacije kolizijskih pravil držav članic EU.

Predlagano enotno potrdilo naj bi bilo zadosten dokaz oziroma pravna podlaga za zemljiško knjigo oziroma preostale javne registre, da bi lahko opravili vse potrebne vpise oziroma vpisali dediča kot novega lastnika stvari iz zapuščine. Prav tako naj bi bile varovane dobroverne tretje osebe, ki bi zaupale v pravilnost podatkov v izdanem potrdilu o dedovanju in na ta način sklepale pravne posle glede dediščine oziroma z dedičem ali izvršiteljem oporoke.

3.1.1.4. Evropski register oporok

Enoten sistem centralnih nacionalnih registrov v Evropi bi bil, po mnenju izvajalcev predstavljene raziskave, zelo koristen za primere t. i. internacionalnega dedovanja.²⁵ Na ta način bi se močno olajšalo iskanje obstoječih oporok posameznega zapustnika.

3.1.1.5. Harmonizacija materialnega dednega prava

Raziskovalci so prišli do spoznanja, da harmonizacija, kaj šele unifikacija substančnega dednega prava, praktično ni mogoča oziroma izvedljiva. Prav tako pa so prepričani, da unifikacija ni niti potrebna oziroma zaželena. Vsaka država članica EU ima namreč svojo pravno tradicijo, svoje posebnosti in svoje družbene vrednote, ki jih varuje. Še zlasti to velja za področje družinskih, sorodstvenih vezi oziroma zakonske zveze, kar pa se nedvomno odločilno odraža tudi v posameznih nacionalnih ureditvah dedovanja. Kot tipičen primer raznolike ureditve se navaja ureditev vprašanja dedne ne vrednosti in nujnega deleža.

Glede na predstavljene ugotovitve raziskovalci menijo, da lahko probleme, ki se pojavljajo pri t. i. internacionalnem dedovanju v praksi, razrešimo oziroma se jim izognemo s harmonizacijo kolizijskih pravil oziroma pravil mednarodnega zasebnega prava. Kljub temu pa menijo, da bi bila objava vsebine materialnega oziroma substančnega dednega prava vsake od držav članic EU na internetu zelo dobrodošla. Pri tem bi morala biti podana zagotovila, da je objavljena verzija avtentična, objavil in ažuriral naj bi jo pristojen organ nacionalnega ministrstva za pravosodje, dostopna pa bi morala biti preko ustreznega portala EU.

3.1.2. Zelena knjiga o dedovanju in oporokah²⁶

Evropska komisija je zeleno knjigo o vprašanju zakonitega in oporočnega dedovanja, v primerih, ko gre za razmerja z mednarodnim elementom, objavila dne 1. 3. 2005. Od takrat dalje, do 30. 9. 2005, je bilo vprašanje internacionalnega dedovanja odprto za širšo javno in strokovno debato: zlasti v smislu odzivov na izhodišča, razmišljanja, dvome in vprašanja ter predloge, ki jih v zeleni knjigi predstavlja komisija. Sledilo je nadaljnje delo komisije, ki naj bi v letu 2007 prineslo zakonski predlog (predlog uredbe) za to področje, vendar v času zaključka pisanja tega prispevka (julij 2008) slednjega še vedno ni bilo.

²⁵ Gl. Convention on the Establishment of a Scheme of Registration of Wills, spletna stran na internetu: <http://conventions.coe.int>, 29. 7. 2005.

²⁶ Gl. spletna stran na internetu: <http://europa.eu.int/eur-lex>, 25. 8. 2005.

Evropska komisija obravnava problematiko v petih vsebinskih sklopih:

1. kolizijska pravila oziroma pravila mednarodnega zasebnega prava;
2. pravila o določitvi pristojnosti;
3. pravila o priznavanju in izvrševanju sodnih (in ostalih) odločb (oziroma aktov);
4. dokazilo o statusu dediča oziroma t. i. evropsko potrdilo o dedovanju;
5. registracija oporok.

1) Kolizijska pravila

Komisija ugotavlja, da je harmonizacija na področju dedovanja postala nujna oziroma ena prednostnih nalog, katere se je treba nemudoma lotiti. Ob tem pa se poudarja, da mora biti rešitev, poleg tega, da bo premišljena in utemeljena, tudi univerzalno sprejemljiva. Ureditev, ki bi pomenila zgolj reševanje problematike znotraj EU, bi bila preveč parcialna in bi celotno problematiko odprla vsakokrat na novo v trenutku, ko bi se pojavil relevanten element iz države, ki ni članica EU.

Na začetku se izpostavlja problem definiranja vsebin, ki bodo z bodočo ureditvijo zajete oziroma z opredelitvijo, kaj vse bo pojem dednega prava sploh pokrival. Različni nacionalni sistemi namreč v okvir dedovanja uvrščajo nekoliko različne vsebine. Zatem bo treba določiti eno ali več naveznih okoliščin, ki naj odločajo o tem, katero pravo bo uporabljivo v konkretnem primeru. Tu pa se pojavlja cela množica vprašanj, na katera bo treba najti primerne odgovore. Različne ureditve namreč podobna vprašanja obravnavajo povsem različno.

Če vzamemo kot primer ureditev nujnega deleža, lahko ugotovimo, da je problem že v tem, da sicer večina držav, članic EU, preko navedenega instituta ščiti bližnje sorodnike umrle osebe v primeru, da jih zapustnik želi z oporoko v celoti prezreti, ne pa prav vse. Prav tako urejujejo države, ki institut nujnega deleža poznajo, na zelo različne načine. Postavlja se vprašanje, ali naj se ta institut uporabi tudi v primeru, ko ga sicer pravo, na katerega odkazujejo kolizijske norme v konkretnem primeru, ne pozna ali pa ga ureja drugače. Če je odgovor da, je seveda veliko vprašanje na kakšen način bi se to lahko izvedlo.²⁷

2) Pravila o določitvi pristojnosti

Države članice EU upoštevajo zelo različne kriterije glede določitve pristojnega sodišča oziroma organa, ki naj odloča o dedovanju v konkretnem primeru. V nekaterih je odločilna okoliščina zadnjega stalnega prebivališča umrle osebe, v drugih stalno prebivališče osebe, ki dedščino zahteva ali pa tudi kraj, kjer se določena vrsta zapuščine nahaja. Po mnenju komisije morajo biti na tem mestu upoštevani tako interesi domnevnih dedi-

²⁷ Ostali problemi, na katere opozarja komisija, se nanašajo na naslednja vprašanja: vprašanje veljavnosti oporoke, komorience, izbire prava, ki naj se uporabi za dedovanje, oblikovanje sklada, *renvoi* ter predhodnih vprašanj. Natančneje gl. Zelena knjiga, <http://europa.eu.int/eur-lex>, 25. 8. 2005, str. 4 – 7.

čev, ki včasih živijo v različnih državah, kot tudi interesi posameznih držav, na območju katerih se premoženje zapustnika nahaja. Ena od predlaganih možnosti je določitev pristojnosti enega sodišča, ne glede na to, ali gre v konkretnem primeru za dedovanje premičnega ali nepremičnega premoženja. Glede na ta predlog pa bi bila lahko sprejeta bolj fleksibilna rešitev pri ureditvi problematike uporabljivega prava.²⁸ Vprašanje pa je, ali predvideti enaka pravila, kot za določitev sodne pristojnosti, tudi za pristojnost notarjev oziroma drugih upravnih organov, ki se (na različne načine, v različnih fazah) vključujejo v odločanje v zapuščinskem postopku. Komisija predlaga naj bi se v takšnih primerih, ko dediči ne bi prebivali na območju pristojnega sodišča, slednji smeli posluževati tudi uslug notarjev oziroma upravnih organov, ki so jim bližje.

3) Pravila o priznavanju in izvrševanju sodnih (in ostalih) odločb (oziroma aktov)

Komisija ugotavlja, da je ena temeljnih nalog bodoče zakonodaje EU poenostavitev postopkov priznavanja in izvrševanja odločb oziroma dokumentov, ki dediču priznavajo njegove dedne pravice. Ugotavlja se, da bo v primeru harmonizacije kolizijskih pravil in pravil o pristojnosti, prišlo do visoke stopnje medsebojnega zaupanja med državami članicami EU. Na ta način naj bi prišlo do potrebe, da se obdržijo zgolj določena, ne preveč stroga merila za priznavanje in izvrševanje sodnih odločb (in ostalih pravnih aktov – na primer notarskih) iz drugih držav članic. Opozarja pa se, da v primeru, da bi katera od držav ohranila pogoje, pod katerimi bi lahko priznanje in izvršitev tuje sodne odločbe zavrnila, to moralo veljati za vse države članice.

4) Dokazilo o statusu dediča oziroma t. i. evropsko potrdilo o dedovanju

Različne države članice EU izdajajo različne odločbe oziroma potrdila (izkaze) o tem, da je neka oseba dedič. Komisija ugotavlja, da je za vsakega dediča zelo pomembno, da čim hitreje in nemoteno pridobi pravice, ki mu na podlagi dedovanja pripadajo oziroma, da prevzame posest nad stvarmi, ki sestavljajo zapuščino brez nepotrebnih nadaljnjih formalnosti in zapletov. S harmonizacijo kolizijskih pravil bi lahko prišlo tudi do ureditve posebnega potrdila, ki bi imel enotne učinke oziroma bi veljal v vseh državah članicah EU. Vprašanje, ki ga bo treba v prihodnje razrešiti, pa je, kakšni naj bodo pogoji za njegovo izdajo, kaj naj potrdilo vsebuje ter kakšne naj bodo njegove pravne posledice.

5) Registracija oporok

Komisija je ugotovila, da je iskanje oporoke, še posebej v primeru, ko gre za oporoko, ki je bila napravljena v tuji državi, praktično nepremagljiva ovira za potencialnega dediča. Zato se razmišlja o različnih načinih, ki bi lahko rešili ali pa vsaj omilili predstavljeno problematiko. Postavlja se vprašanje, ali naj gre za centraliziran register oporok znotraj EU, ali naj bodo takšni registri znotraj vsake države članice in podobno.

²⁸ Natančneje ibidem, str. 8.

4. Zaključek

Pridružujem se mnenju posameznih avtorjev, ki opozarjajo na dejstvo, da pri tako velikem projektu, kot je harmonizacija pravil mednarodnega zasebnega prava, ni dobro pretirano hiteti. Še zlasti to velja za področje dedovanja. Zdi se celo (če ne tiči razlog kje drugje), da je to stališče naletelo na posluh pri komisiji, saj dokument, ki naj bi že pred časom ugledal luč sveta, še vedno ni pripravljen.

Nekateri menijo, da je slabost dosedanjega delovanja predvsem v tem, da raziskava, ki predstavlja temelj zelene knjige in s tem tudi osnovna izhodišča za harmonizacijo, ni upoštevala pozitivnega prava in stališč novih držav članic EU.²⁹ To stanje bo gotovo potrebno popraviti. Nekateri avtorji pa poudarjajo spornost predvidenih pravil o pravu, ki naj se uporabi v konkretnem primeru (internacionalnega) dedovanja oziroma pravil o jurisdikciji.³⁰ Soglašam z njihovim mnenjem, da bo v primeru uporabe pravila o pristojnosti sodišč po kraju zadnjega običajnega prebivališča zapustnika ter ob uporabi prava njegovega zadnjega običajnega prebivališča, prišlo do številnih nepravilnosti oziroma anomalij. Enako velja tudi ob uveljavitvi možnosti, da zapustnik po svoji volji izbere pravo, ki naj se uporabi za dedovanje njegovega premoženja. Na ta način se namreč zapustnik lahko v celoti izogne kogentnim predpisom njegovega nacionalnega prava zgolj s spremembo običajnega prebivališča. To pa pomeni, da takšna ureditev ne upošteva legitimnih interesov domače države zapustnika, prav tako pa tudi ne države, kjer se premoženje zapustnika nahaja. Predlagajo se na primer rešitve, da naj bi imela država, v kateri so zapustnikove nepremičnine, prednost pri pristojnosti. Uporabila naj bi svoje pravo ali pa pravo kakšno drugo 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 slednji zadnje običajno prebivališče v tej državi. V primeru, da temu ne bi bilo tako, bi država njegove nacionalnosti kljub temu morala imeti prednost pri obravnavanju vprašanj dedovanja premičnin. Lahko pa bi se v takšnem primeru odločila, da prenese pristojnost na sodišče po kraju zadnjega običajnega prebivališča zapustnika. V tem primeru bi lahko slednje uporabilo svoje lastno pravo.

²⁹ Gaudemet Tallon H., str. 446.

³⁰ Bajons E. M., str. 465 - 487.

Literatura

1. 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, 2004, str. 465 – 487;
2. BOUCKAERT F., Professio Juris dans le Code de droit international Privé Belge, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, 2004;
3. DAVI A., L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé des Successions dans la Perspective d'une Future Réglementation Européenne, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, 2004;
4. Deutsches Notarinstitut, Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testament set successions dans les Etats membres de l'Union Européenne, v: Les successions Internationales dans l'UE, Perspectives pour une Harmonisation, DNotI, 2004, str. 17 – 167;
5. GAUDEMET TALLON H., Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union européenne, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, Bruxelles, 2004;
6. GEČ KOROŠEC M., Mednarodno zasebno pravo, Druga knjiga – posebni del, 2002;
7. HAYTON D., Determination of the Objectively Applicable Law Governing Succession to Deceaseds' Estates, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, 2004;
8. ILEŠIČ M., POLAJNAR PAVČNIK A., WEDAM LUKIČ D., Mednarodno zasebno pravo – komentar zakona, 2. izd., 1992;
9. JUNKER A., Internationales Privatrecht, 1998;
10. MATHIJS TEN WOLDE H., Will professionals in other countries be able to rely on a European Certificate of Inheritance for all purposes ?, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, 2004;
11. PAJOR T., Rapport sur le Rattachement Objectif en Droit Successoral, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, 2004;
12. PINTENS W., Harmonisierung im europäischen Familien- und Erbrecht, FamRZ 2005/19;

13. REVILLARD M., L'Introduction d'un Certificat International d'Héritier et la Pratique du Droit International Privé des Successions, v: Deutsches Notarinstitut, Les Successions Internationales dans l'UE, 2004, str. 519 – 531;
14. TENEREIRO M., Mot de Bienvenue de la part de la Commission Européenne, v: Les successions Internationales dans l'UE, Perspectives pour une Harmonisation, DNotI, 2004;
15. ŽNIDARŠIČ V., Evropeizacija družinskega prava, v: Štiblar F., (ur.), Kranjc J., (ur.), Pravni vidiki slovenske samobitnosti leto po vstopu v EU, 2005, str. 153–164.

Internet

1. http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/lk_hague_sl.htm;
2. <http://conventions.coe.int.>;
3. <http://europa.eu.int/eur-lex>;

Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu

dr. Jerca Kramberger Škerl¹

1. Uvod

1.1. Splošno o javnem redu in pridržku javnega reda

Javni red ali *ordre public* v mednarodnem zasebnem pravu in postopku pomeni skupek vrednot, na katerih temelji pravni, socialni in kulturni red določene države in ki morajo biti spoštovane (tudi) v t. i. razmerjih z mednarodnim elementom^{2,3}. Kljub načelnemu spoštovanju in upoštevanju drugačnih rešitev drugih pravnih redov, tistih, ki posegajo v javni red, ni mogoče sprejeti v domači pravni red. Javni red je pojem nacionalnega prava, kar pomeni, da načeloma vsaka država določa, katere vrednote šteje za temeljne. Za javni red je značilna njegova nedorečenost in nemožnost natančne opredelitve, zato ga zakonodajalci običajno varujejo s pomočjo generalne klavzule, ki opredelitev tega pravnega standarda v konkretnih primerih prepušča sodiščem.

Mehanizem za varovanje javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu je pridržek javnega reda. Uporaba pridržka javnega reda v kolizijskem pravu povzroči, da sodišče ne uporabi tujega pravnega pravila, če bi njegova uporaba povzročila učinke v nasprotju z javnim redom, čeprav nanjo sicer napotuje norma *lex fori*. V postopku za priznanje in izvršitev

349

¹ Asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Ker gre za javni red v mednarodnem zasebnem pravu, včasih predvsem v tuji literaturi uporabljajo tudi izraz »mednarodni javni red«, s katerim ga ločijo od »notranjega javnega reda«, sestavljenega iz temeljnih vrednot, ki morajo biti varovane v notranjopravnih razmerjih. Notranji oz. nacionalni javni red zajema več pravil kot mednarodni. V tem sestavku je izraz »javni red« uporabljen v pomenu mednarodnega zasebnega prava.

³ Več o pojmu javnega reda, njegovi vsebini in delovanju pridržka javnega reda: Kramberger, s. 253-276.

tujih sodnih in arbitražnih odločb pa sodišče na podlagi pridržka javnega reda lahko zavrne predlagateljev predlog, če bi priznanje oziroma izvršitev nasprotovala javnemu redu.⁴ Javnemu redu lahko nasprotuje bodisi vsebina odločitve tujega sodišča ali arbitraže (»vsebinski javni red«) bodisi postopek izdaje tuje odločbe (»procesni javni red«). Značilno je, da je procesni del javnega reda mnogo lažje opredeliti kot njegov vsebinski del, saj so temeljne procesne garancije relativno natančno določene z ustavami in mednarodnimi pravnimi akti, kot je npr. Evropska konvencija o pravu človekovih pravic. Nekateri predpisi zato natančneje opredeljujejo procesni javni red z naštevanjem temeljnih oziroma minimalnih procesnih standardov, ki morajo biti upoštevani pri izdaji tuje sodne odločbe.

Pri priznanju in izvršitvi tujih odločb je pri tehtanju, ali naj kršitev javnega reda sankcioniramo z zavrnitvijo podelitve učinkov tuji odločbi, pomembno upoštevati, da sta stranki na podlagi te odločbe v državi izdaje že pridobili določene pravice in pogosto na tej podlagi že tudi opravili druga pravna dejanja, kar povečuje potrebo po ohranitvi obstoječega pravnega položaja in s tem pravne varnosti. Zaradi tega naj bi sodišče uporabilo oziroma varovalo t. i. »omiljeni javni red« (*ordre public atténué*), torej pokazalo več tolerantnosti do kršitev javnega reda kot v primerih, ko je treba uporabiti tuje pravo, t.j. na kolizijskopravnem področju. Enak vpliv, torej milejšo obravnavo kršitev javnega reda, poleg varstva pridobljenih pravic utemeljuje tudi dejstvo, da spor, ki ga je reševalo tujo sodišče ali tuja arbitraža, pogosto nima tesnejše zveze z državo priznanja (*Inlandsbeziehung*)⁵.

1.2. (Spreminjajoča se) vloga pridržka javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu

Pridržek javnega reda je bil zasnovan kot neke vrste »varovalka« zoper vdor tujih, nesprejemljivih rešitev v domači pravni red. Na ta način je pravzaprav omogočil razvoj mednarodnega zasebnega prava. Države, ki so pred tem odklanjale uporabo tujega prava ter priznanje in izvršitev tujih odločb, so tako lahko izrazile svojo načelno pripravljenost za sprejemanje tujih in drugačnih pravnih rešitev, vendar pod pogojem, da se v primerih,

⁴ Postopek priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb je v slovenskem pravu urejen v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Ur. l. RS, št. 56/99), postopek priznanja in izvršitve tujih arbitražnih odločb pa v Zakonu o arbitraži (Ur. l. RS, št. 45/08), ki napotuje na Konvencijo o priznanju in o izvršitvi tujih arbitražnih odločb z dne 10. 6. 1958 (Ur. l. RS, MP, št. 9/92, 3/93, 9/93, 5/99, 9/08). V obeh primerih je priznanje in izvršitev tuje odločbe mogoče zavrniti zaradi njenega nasprotovanja javnemu redu Republike Slovenije.

⁵ Za podrobnejšo obravnavo »Inlandsbeziehung« glej Joubert.

ko bi to pomenilo kršitev njihovih temeljnih vrednot, lahko »obranijo« s pridržkom javnega reda. Njegovo prvotno vlogo lahko torej ovrednotimo kot pozitivno.

Z današnjim vse tesnejšim povezovanjem med državami pa je pridržek javnega reda vedno pogosteje vrednoten negativno, kot ovira za ustvarjanje skupnega pravnega prostora, saj naj bi temeljil na nezaupanju do zakonodajalcev in sodišč drugih držav in povzročal nepredvidljivost urejanja pravnih razmerij. To mnenje je najpogosteje mogoče zaslediti pri preučevanju in urejanju priznanja in izvršitve tujih odločb, nekoliko manj pa na področju kolizijskega prava.⁶ V Evropski uniji sta v primerjavi z Bruseljsko konvencijo iz leta 1968⁷ že uredbi Bruselj I⁸ in Bruselj II bis⁹ omejili uporabo pridržka javnega reda¹⁰, novejša uredbe¹¹, ki urejajo izvršitev tujih sodnih odločb na ožjih področjih, pa ga, vsaj v njegovi klasični obliki, ukinjajo (kakor ukinjajo tudi praktično vse možnosti preverjanja tuje sodne odločbe v državi, kjer je predlagana njena izvršba). Kljub temu, da te uredbe močno poenostavljajo prehod sodnih odločb med državami, pa je treba poudariti, da hkrati zapovedujejo strogo spoštovanje nekaterih temeljnih procesnih pravic v postopku izdaje odločbe, ki tvorijo tudi del procesnega javnega reda držav članic Evropske unije.

Ob tem razvoju se zastavlja vprašanje, ali dejstvo, da se na določenih geografskih območjih temeljne vrednote držav vedno bolj približujejo in izenačujejo, pomeni, da pridržek javnega reda postaja odveč in da, kadar še obstaja, to zблиževanje celo zavira, ali pa lahko v takih razmerah začne igrati tudi novo vlogo, vlogo spodbujevalca spoštovanja skupnih vrednot? V tem prispevku bom skušala poiskati odgovor na to vprašanje na primeru vpliva evropskih pravnih virov na vsebino in vlogo javnega reda v pravu držav članic Evropske unije in Sveta Evrope.

⁶ To razliko se da razložiti s posledico, ki jo ima uporaba pridržka javnega reda na obeh področjih: v kolizijskem pravu bo sodišče namesto tujega prava uporabilo *lex fori* in rešilo spor na tej pravni podlagi, pri priznanju in izvršitvi pa bo predlog predlagatelja zavrnilo, tako da tuja odločba ne bo mogla učinkovati, hkrati pa ne bo nadomeščena z domačo, ampak bo potreben nov sodni postopek.

⁷ Konvencija o pristojnosti in izvršitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 27. 9. 1968, podpisana v Bruslju med tedanjimi šestimi članicami EGS, glej npr. URL: <http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/en/artidx/b-artidx.htm> (20. 7. 2008). S širitvijo te mednarodne organizacije se je število držav podpisnic konvencije povečevalo, na podlagi novih pristojnosti, ki jih je z Amsterdamsko pogodbo dobila Evropska unija, pa se je začel proces spreminjanja konvencije v sekundarni skupnostni pravni vir – uredbi Bruselj I.

⁸ Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, Ur. l. L 12 z dne 16. 1. 2001, s. 0001-0023.

⁹ 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, Ur. l. L 338 z dne 23. 12. 2003, s. 0001-0029.

¹⁰ Omenjeni uredbi namreč zahtevata »očitno« nasprotovanje javnemu redu.

¹¹ Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov, Ur. l. L 143 z dne 30. 4. 2004, s. 0015 – 0039; Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 861/2007 z dne 11. 7. 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti, Ur. l. L 199 z dne 31. 7. 2007, s. 0001 – 0022; Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 1896/2006 z dne 12. 12. 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog, Ur. l. L 399 z dne 30. 12. 2006, s. 0001 – 0032.

2. Pojem evropskega javnega reda

Kljub temu, da je javni red načeloma nacionalna kategorija, je treba upoštevati, da države niso izolirane, ampak povezane v številne mednarodne organizacije, ter so tudi del mednarodne skupnosti. Mnoge temeljne vrednote so jim zato skupne, ali pa to sčasoma in s pomočjo skupnih pravnih aktov postanejo. V Evropi sta najpomembnejša vira skupnih temeljnih vrednot pravo Evropske unije in pravo Sveta Evrope (predvsem Evropska konvencija o človekovih pravicah, v nadaljevanju EKČP)¹². Evropske države so se z vstopom v Evropsko unijo in v Svet Evrope zavezale k spoštovanju in udeležanju prava teh mednarodnih organizacij, to obveznost držav pa nadzirajo naddržavna sodišča, Sodišče Evropskih skupnosti (v nadaljevanju SES) in Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP).

Izraz »evropski javni red« uporabljam za sestavine javnega reda, ki izhajajo iz obeh omenjenih virov. »Gre za progresivno združevanje vrednot »dveh Evrop«, sedeža človekovih pravic in unije ekonomskih interesov«.¹³ Razmerje med obema komponentama evropskega javnega reda v državah, ki so članice obeh omenjenih mednarodnih organizacij, je praviloma povsem harmonično, včasih pa lahko prihaja tudi do razhajanj. Kadar želimo poudariti, da posamezna sestavina evropskega javnega reda izhaja iz enega ali drugega evropskega pravnega reda, je v izogib nejasnostim morda najbolje govoriti o »skupnostnem« in »konvencijskem« javnem redu, ki oba sestavljata »evropski javni red«.¹⁴

Pri evropskem javnem redu gre torej po eni strani za temeljne vrednote Evropske unije, ki trenutno povezuje 27 držav članic, po drugi strani pa za temeljne vrednote Sveta Evrope, ki ima 47 držav članic, med njimi tudi vse države članice Evropske unije. Te vrednote različnega izvora so v pretežnem delu enake, ko gre za varstvo človekovih pravic. Glede na to, da so vse države članice Evropske unije tudi članice Sveta Evrope in morajo zato spoštovati EKČP, in glede na to, da EKČP pomeni kompromis o minimalnih standardih varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, lahko sklepamo, da je konvencija del javnega reda držav članic Sveta Evrope in s tem tudi držav članic Evropske unije. Gre za »pravila, ki štejejo v evropski družbi za temeljna in ki jih njene članice morajo spoštovati«.¹⁵ ESČP je v sodbi *Loizidou* izrecno zapisalo, da je EKČP »ustavni instrument evropskega javnega reda«¹⁶. Izrecno omembo skupnostnega javnega

¹² Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Ur. l. RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.

¹³ Muir-Watt, s. 539.

¹⁴ Nekateri avtorji uporabljajo poimenovanji »evropski javni red« za javni red, ki izhaja iz EKČP, ter »skupnostni javni red« za javni red, ki izhaja iz prava Evropske unije. Glej npr. Niboyet, de Geouffre de La Pradelle, s. 232-238; Thoma, s. 4.

¹⁵ Sudre, s. 111.

¹⁶ ESČP, *Loizidou proti Turčiji*, 23. 3. 1995, serija A št. 310, § 75.

reda najdemo v odloku SES *Acciaierie San Michele*.¹⁷ Kot je zapisal nekdanji sodnik ESČP Pettiti: »[ESČP] je prispevalo k [...] priznanju evropskega javnega reda, vzporednega tistemu, ki ga opredeljuje SES na področju skupnostnega prava.«¹⁸

V teoriji se zastavlja vprašanje, ali ima evropski javni red avtonomno naravo, ali pa gre le za del javnih redov posameznih držav članic evropskih mednarodnih organizacij. Tradicionalno mnenje je, da evropski javni red ne obstaja kot tak, ampak gre bolj za prežetost nacionalnih (mednarodnih) javnih redov s skupnostnim pravom¹⁹, za »obogatitve z evropskimi elementi«²⁰. Nasprotniki te teorije pa se sprašujejo, kateri javni red naj potem upošteva evropska sodišča, ki morajo prav tako uporabiti ta pojem in ki ne uporabljajo nacionalnega prava? Ker ne pripadajo nobeni nacionalni državi, lahko konkretizirajo in varujejo le »evropski javni red«.²¹ Sodna praksa se, razen nekaterih sodb evropskih sodišč, sklicuje na nacionalni javni red. To je gotovo tudi posledica besedil nacionalnih zakonov ter mednarodnih pogodb in evropskih uredb. Ti akti se namreč, ko gre za pridržek javnega reda, praviloma sklicujejo na »javni red države priznanja«. Zaradi natančnosti je Basedow predlagal, da bi v evropske uredbe (tiste, ki vsebujejo pridržek javnega reda) vključili tudi izrecno sklicevanje na evropski javni red, saj bi s tem poudarili, da je treba v okviru nacionalnega javnega reda varovati tudi tiste komponente, ki izvirajo iz evropskih pravnih virov.²²

Tesna povezava med konvencijskim in skupnostnim pravom je vzpostavljena s Pogodbo o Evropski uniji²³, ki v 6. členu določa, da »[u]nija temelji na načelih svobode, demokracije, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravne države, na načelih, ki so skupna vsem državam članicam. Unija spoštuje temeljne pravice, kakršne zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisana v Rimu 4. novembra 1950, in ki kot splošna načela prava Skupnosti izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic.«²⁴ SES je v številnih primerih svoje odločbe in svojo razlago temeljnih pravic utemeljilo s sodno prakso ESČP²⁵ EKČP je bila tudi osnova za sestavo Listine o temeljnih pravicah Evropske unije iz leta 2000 (v nadaljevanju Listina)²⁶.

¹⁷ Odlok z dne 22. 6. 1965, št. 9/65, Recueil 1967, s. 335. V tej zadevi je šlo za kršitev načela nediskriminacije.

¹⁸ Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 291. Avtor navaja več pomembnih nemških avtorjev, ki delijo to mnenje.

¹⁹ Sonnenberger, št. 19.

²⁰ Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 294.

²¹ Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 319; Basedow, *Recherches...*, s. 74: »Tako bi bil 34. člen uredbe Bruselj I lahko spremenjen: 'sodna odločba se ne prizna, če je priznanje očitno v nasprotju z javnim redom Evropske unije ali države članice priznanja'.«

²² Prečiščeno besedilo Pogodbe o Evropski uniji, UL C 321 z dne 29. 12. 2006.

²³ SES se je sicer že v zadevi *Rutili proti Ministru za notranje zadeve* z dne 28. 10. 1975 (Recueil 1975, s.1219) izrecno sklicevalo na EKČP, katere pogodbenice so vse države članice Skupnosti.

²⁴ J. Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 317.

²⁵ UL C 364/1 z dne 18. 12. 2000.

V Lizbonski pogodbi²⁷ je bil 6. člen Podobe o ustanovitvi Evropske skupnosti črtan in nadomeščen z besedilom, ki najavlja začetek uporabe Listine, ki naj bi imela odslej enako pravno veljavo kot pogodbe (t.j. primarni skupnostni pravni viri)²⁸. Z uporabo Listine se bodo razlike med ureditvami varstva človekovih pravic v Evropski uniji in v Svetu Evrope še dodatno zbrisale.²⁹ Listina zagotavlja več pravic in svoboščin kot EKČP³⁰ (čeprav gre pogosto le za podrobnejšo ureditev konvencijskih pravic), vendar pa zavezuje države »le, ko uporabljajo pravo Skupnosti«³¹. V zvezi z razlago pravic in svoboščin, ki so analogne konvencijskim, Listina v tretjem odstavku 52. člena določa, da sta njihov smisel in razsežnost enaka, kot jim ju daje EKČP. Lizbonska pogodba predvideva tudi pristop Evropske unije k EKČP³², kar pomeni, da bo pred ESČP lahko tožena neposredno EU in ne le posamezne države članice. Če in ko bo Lizbonska pogodba začela veljati, naj bi bila enotnost varovanja konvencijskih pravic torej zagotovljena, s tem pa vzpostavljena še trdnejša povezava med konvencijskim in skupnostnim pravom.

3. Evropski javni red v sodni praksi SES in ESČP

354

Evropski javni red je v mednarodnem zasebnem pravu varovan z možnostjo uporabe pridržka javnega reda, ki jo določajo nacionalni in delno skupnostni pravni viri. Pridržek javnega reda je v evropskih državah danes najpogosteje dejansko uporabljen pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb, in sicer ko gre za neskladje postopka izdaje tuje sodne odločbe s procesnim javnim redom države priznanja.³³ Temeljne procesne predpostavke so določene s 6. členom EKČP in natančno razdelane v sodni praksi ESČP, ki jim posveča več kot polovico svojih odločb. Šesti člen EKČP tako pomeni

²⁶ Pogodba o spremembi Pogodbe o Evropski uniji in Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti, podpisana 13. 12. 2007, UL C 306/07 z dne 17. 12. 2007, Ur. l. RS, št. 20/08 - MP. Ali bo pogodba začela veljati, je trenutno negotovo zaradi postopkov ratifikacije, ki so v ob pisanju prispevka še v teku.

²⁷ Novi člen 6 § 1 Pogodbe EU.

²⁸ J. Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 317.

²⁹ Listina poleg pravic in svoboščin iz EKČP vsebuje tudi ustavne tradicije držav članic EU, pravice iz Evropske socialne listine, Ur. l. RS, št. 24/99 - MP, št. 7/99, Listino ES o temeljnih socialnih pravicah delavcev (podpisana v Strasbourgu 9. 12. 1989 v obliki deklaracije in ni pravno zavezujoča) in pravice iz drugih mednarodnih pogodb, ki zavezujejo Evropsko unijo ali države članice. Za podrobnosti glej internetno stran Evropskega parlamenta, posvečeno Listini: URL: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm (20. 7. 2008).

³⁰ Člen 51 § 1 Listine.

³¹ Novi člen 6 § 2 Pogodbe EU.

³² Francoska sodna praksa s področja uporabe Bruseljske konvencije ni na primer praktično nikoli ugotovila nasprotovanja vsebinskemu javnemu redu, medtem ko je bil procesni javni red pogosto kršen. Loussouarn, Bourel, de Vareilles-Sommi res, s. 796, št. 507-1. Tako tudi: Gaudemet-Tallon, št. 409-418.

³³ J. Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 311.

pomemben del evropskega javnega reda³⁴: njegove garancije lahko označimo za evropski procesni javni red. Zato ne preseneča, da je bila vez med konvencijskim in skupnostnim javnim redom na ravni sodne prakse vzpostavljena ravno na področju procesnega prava.

Sklep, da je treba procesne kršitve sankcionirati tudi v fazi priznanja in izvršitve tujih odločb, temelji na pojmovanju eksekvatur³⁵ kot podaljška postopka izdaje sodne odločbe (torej da sodišče v državi priznanja na nek način potrdi pravilnost dela sodišča, ki je sodbo izdalo). Gre za t.i. unitarno koncepcijo postopka, ki pravico do izvršbe šteje za del pravice dostopa do sodišča in ki je prisotna v sodni praksi ESČP (*Hornsby*³⁶).³⁷ Gre pravzaprav za pozitivno obveznost držav pogodbenic EKČP, da zagotovijo učinkovito uresničevanje človekovih pravic iz konvencije, pri čemer ne zadostuje, da se v postopkih pred njihovimi sodišči same vzdržijo neposrednih kršitev pravic, ampak morajo tudi sankcionirati oziroma odvzeti učinke že nastalim in preprečevati grozeče kršitve.

3.1. Krombach proti Bamberski (SES) in Krombach proti Franciji (ESČP)

Enotnost konvencijskega in skupnostnega javnega reda na procesnem področju sta potrdili tako ESČP kot SES. V zadevi *Krombach proti Bamberski* iz leta 2000³⁸ je nemško sodišče SES predložilo vprašanje za predhodno odločanje, ki se je nanašalo na možnost zavrnitve priznanja in izvršitve tuje sodne odločbe na podlagi pridržka javnega reda iz prvega odstavka 27. člena Bruseljske konvencije³⁹ iz razloga, da v postopku izdaje te odločbe niso bile spoštovane temeljne procesne garancije, konkretno kontradiktornost postopka.⁴⁰ Šlo je za francosko sodno odločbo, izdano v adhezijemskem postopku v okviru kazenskega postopka. Slednji je bil izpeljan v obdolženčevi odsotnosti, zaradi tega pa tudi obdolženčev pooblaščenec ni imel pravice sodelovati v postopku v imenu obdolženca (t. i. kontumacijski postopek).⁴¹ SES je odločilo, da nemško sodišče omenjeno kršitev pravice do izjave v postopku priznanja in izvršitve tuje sodne odločbe *lahko* sankcionira z zavrnitvijo zaradi nasprotovanja javnemu redu in s tem potrdilo, da

³⁴ Eksekvatura v ožjem pomenu besede pomeni razglasitev izvršljivosti, ta izraz pa uporabljamo tudi za priznanje tujih sodnih in arbitražnih odločb.

³⁵ ESČP, 19. 3. 1997, *Hornsby proti Grčiji*, Recueil 1997-II.

³⁶ Bureau, Muir Watt, s. 273, št. 285.

³⁷ SES, 28. 3. 2000, št. C-7/98.

³⁸ Konvencija o pristojnosti in izvršitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 27. 9. 1968, že citirana. Sedanjí prvi odstavek 34. člena Uredbe Bruselj I, že citirana.

³⁹ Velik pomen primera *Krombach* je med drugim v odločitvi SES, da se pojem javnega reda iz Bruseljske konvencije ne nanaša le na vsebinski javni red, kot so tedaj menili številni avtorji, ampak tudi na procesnega, čeprav konvencija sicer vsebuje nekatere razloge za nepriznanje oziroma neizvršitev, ki se izrecno nanašajo na procesne napake, predvsem na vročitev začetnega akta v postopku.

⁴⁰ Bruseljsko konvencijo je bilo treba uporabiti kljub temu, da je bila odločba izdana v okviru kazenskega postopka, saj je šlo za odločanje sodišča o civilnih pravicah in obveznostih. Primerjaj sklep VS, št. Cp 18/2006 z dne 7. 12. 2006.

⁴¹ J. Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 316.

pravica do kontradiktornega postopka sodi tudi med temeljne pravice skupnostnega prava⁴² oziroma da njeno varovanje ni v nasprotju s skupnostnim pojmovanjem javnega reda. Vsebinsko prvega odstavka 27. člena Bruseljske konvencije, torej pravnega standarda »javnega reda«, je treba tako iskati tudi v okviru konvencijskih določb, v omenjenem primeru v 6. členu EKČP. Sodna praksa, s katero je SES razlagala določila Bruseljske konvencije, se danes uporablja tudi za razlago uredbe Bruselj I⁴³ in je torej še vedno aktualna. O ustreznosti (istega) kontumacijskega postopka je februarja 2001 nato odločalo še ESČP, na podlagi pritožbe Krombacha zoper Francijo⁴⁴. Odločilo je, da zavrnitev zaslišanja odvetnika obdolženca pomeni kršitev 6. člena EKČP.

V zadevi *Krombach* sta tako evropski sodišči potrdili, da kontradiktornost sodi med procesne garancije iz 6. člena EKČP (ESČP) in da države članice Evropske unije v primeru kršitev teh pravic lahko zavrnejo priznanje in izvršitev tuje sodne odločbe zaradi nasprotovanja javnemu redu (SES). Odprto pa je ostalo vprašanje, ali gre le za možnost oziroma upravičenje, ali pa za obveznost oziroma dolžnost nacionalnih sodišč, da v teh primerih zavrnejo eksekvaturu, kakor tudi vprašanje, ali je lahko država članica spoznana za odgovorno za kršitev EKČP, če njeno sodišče prizna ali izvrši tujo sodno odločbo, obremenjeno s kršitvami procesnih garancij.

3.2. Pellegrini proti Italiji (ESČP)

Na odgovore ni bilo treba čakati dolgo. V sodbi *Pellegrini proti Italiji* iz leta 2001⁴⁵ je ESČP odločalo o pritožbi gospe Pellegrini v zvezi z odločbo italijanskega sodišča o priznanju odločbe o ničnosti zakonske zveze, ki jo je izdalo sodišče Svetega sedeža. Cerkevne oblasti so odločbo izdale v postopku, v katerem niso bile zagotovljene procesne garancije iz 6. člena EKČP. ESČP je razsodilo, da je Italija kršila EKČP, saj je njeno sodišče priznalo tako tujo odločbo, čeprav je pritožnica priznanju nasprotovala zaradi nespoštovanja procesnih garancij. ESČP je poudarilo, da države pogodbenice v postopkih za priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb morajo preveriti skladnost postopka v državi izdaje odločbe, kadar gre za države nečlanice EKČP, še posebej, kadar je eksekvatura za stranki ključnega pomena.⁴⁶ »Država članica, ki krši 6. člen EKČP s preveč popustljivo ureditvijo priznanja, mora v skladu z 41. členom EKČP plačati odškodnino.«⁴⁷ Iz tega lahko sklepamo, da gre za obveznost držav in ne le za možnost.

⁴² Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, op. cit.

⁴³ ESČP, 13. 2. 2001, *Krombach proti Franciji*, Recueil 2001-II.

⁴⁴ ESČP, 21. 7. 2001, Recueil 2001-VIII.

⁴⁵ § 40 citirane sodbe.

⁴⁶ J. Basedow, *Recherches...*, s. 68.

⁴⁷ Sodba *Hornsby*, že citirana.

V zadevi *Pellegrini* ESČP ni sprejelo splošnega pravila, pač pa je svoje odločanje izrecno omejilo na konkretni primer, torej na odločbo, ki je izhajala iz države, ki ni pogodbenica EKČP. Zato se lahko zastavi vprašanje, ali presoja spoštovanja procesnih garancij v postopku izdaje odločbe ni potrebna, kadar ta izhaja iz države pogodbenice EKČP. »Milejša« obravnava odločb, izdanih v državah pogodbenicah EKČP, bi lahko temeljila na predpostavki medsebojnega zaupanja v spoštovanje konvencije, vendar vsakodnevna sodna praksa ESČP dokazuje, da države pogodbenice EKČP te ne spoštujejo vedno. Možen argument bi bil tudi, da bi bilo zoper storjeno kršitev mogoče sprožiti postopek pred ESČP zoper državo izdaje odločbe, zaradi česar morda ni treba, da taka možnost obstaja tudi zoper državo priznanja oziroma izvršitve. Menim, da možnost sprožitve postopka pred ESČP zoper državo izdaje odločbe prav tako ne more upravičevati možnosti druge države, da izvrši ali prizna sodno odločbo, sprejeto ob kršenju konvencijskih pravic. Do dejanske kršitve pravic namreč praviloma pride ravno tedaj, ko sodna odločba preneha biti »črka na papirju« in dobi konkretne učinke, to pa se zgodi z njenim priznanjem ali izvršitvijo. Zato tudi ESČP sodni postopek, vključno z izvršbo, pojmuje kot celoto.⁴⁸ Sodno varstvo pred ESČP je subsidiarne narave in namen konvencijskega sistema je, da se kršitve, če je le možno, odpravijo znotraj rednega postopka, ki vključuje izvršbo, četudi se ta odvija v drugi državi – ESČP namreč ne more poseči v konkreten postopek in razveljaviti sprejetih odločb in opravljenih dejanj, lahko le denarno kaznuje državo kršiteljico.⁴⁹ Bistvo je v naslednjem: če država izvršbe udejanji posledice kršitve, storjene v drugi državi, in to kršitev dejansko sprejme v svoj pravni red, s tem ravno tako krši konvencijo, zato ne more biti pomembno, ali je država izdaje pogodbenica EKČP ali ne.⁵⁰ Enakega mnenja je tudi Basedow, ki meni, da moramo odločbe evropskih sodišč v zadevah *Krombach* in *Pellegrini* obravnavati kot celoto. Države *morajo* preveriti skladnost postopka izdaje sodbe s konvencijskimi standardi ne glede na to, v kateri državi je bila sodna odločba izdana.⁵¹

Zanimivo je omeniti, da je francosko kasacijsko sodišče na zastavljeno vprašanje že odgovorilo, in sicer leta 1999, ko je v znanem primeru *Pordéa* na podlagi pridržka javnega reda iz Bruseljske konvencije zavrnilo izvršitev angleške sodne odločbe zaradi kršitve 6. člena EKČP pri njeni izdaji in tako sankcioniralo kršitev EKČP, ki jo je zagrešila druga država pogodbenica.⁵² Več težav je imelo z vprašanjem, ali naj se spoštovanje garancij iz 6. člena EKČP zahteva *tudi*, ko gre za priznanje sodnih odločb iz držav, ki niso članice EKČP in se torej niso zavezale k zagotavljanju procesnih standardov iz 6.

⁴⁸ O kaznovanju držav s strani ESČP zaradi kršitev procesnih garancij: Dannemann, s. 452-470.

⁴⁹ Fohrer, predvsem s. 28, 29.

⁵⁰ J. Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 316, 317.

⁵¹ Francosko kasacijsko sodišče, 16. 3. 1999, *Pordéa*, št. revizije 97-17598.

⁵² Prvi civilni senat francoskega kasacijskega sodišča, 10. 7. 1990, *Revue critique de droit international privé* 1991.757: zavrnitev preverjanja gabonske sodbe s stališča prvega odstavka 6. člena EKČP, ker Gabon ni pogodbenica te konvencije.

člena. Po določeni zadržanosti⁵³ je še pred sodbo *Pellegrini* ESČP tudi na to vprašanje dalo pozitiven odgovor.⁵⁴

4. Razhajanja med skupnostnim in konvencijskim javnim redom

Ugotovili smo, da se skupnostni in konvencijski javni red načeloma dopolnjujeta oziroma da je konvencijski javni red načeloma del skupnostnega. Ker pa so cilji obeh mednarodnih organizacij, iz katerih izhajajo pravila evropskega javnega reda, delno različni, in ker sta se oba pravna sistema razvila ločeno, nastajajo določene neskladnosti, kadar temeljne pravice in svoboščine iz EKČP trčijo ob področja ekonomije, biotehnologije, zdravil, politike do tujcev, medijev ipd.⁵⁵ Poleg konfliktov, ki lahko nastanejo med konvencijskimi pravicami in drugimi temeljnimi vrednotami Evropske unije, lahko nasprotja nastanejo tudi pri razlagi samih konvencijskih pravic s strani ESČP in SES. Nekateri govorijo o »neposredni razlagi«⁵⁶ EKČP s strani ESČP ter o »posredni razlagi«⁵⁷ EKČP s strani SES.⁵⁸ Glede na to, da Evropska unija zaenkrat⁵⁷ ni članica EKČP⁵⁸, se SES načeloma ni treba ozirati na sodno prakso ESČP⁵⁹, čeprav se nanjo, kot je že bilo omenjeno, pogosto ali celo praviloma sklicuje.

Na področju mednarodnega zasebnega prava je posebej pomemben skupnostni cilj, ki pa ga Svet Evrope ne pozna (oziroma mu ne daje enake veljave), t.i. »prost pretok«⁶⁰ sodnih odločb (člen 293 Pogodbe ES). Evropski zakonodajalec sprejema vedno nove pravne instrumente, ki naj omogočijo čim bolj neovirano razširjanje učinkov sodnih odločb na ozemlja drugih držav članic. Kadar so sodišča držav članic EU soočena s sodnimi odločbami, ki izhajajo iz drugih držav članic EU in ki kršijo EKČP, bi bilo torej logično, da bi pri odločitvi o (ne)priznanju upoštevati tudi javni red, ki izhaja iz prava EU, torej upoštevati dejstvo, da je načelo prostega pretoka sodnih odločb, poleg spoštovanja človekovih pravic, prav tako eno od temeljnih načel EU.⁶⁰ V okviru

⁵³ Prvi civilni senat francoskega kasacijskega sodišča, 3. 12. 1996, *Revue critique de droit international privé* 1997.328, komentar H. Muir Watt: zahteve prvega odstavka 6. člena morajo francoska sodišča upoštevati, kadar uporabljajo tuje pravo in kadar podelijo učinke tuji sodni odločbi, izdani v državi, ki ni članica EKČP.

⁵⁴ Guinchard et al., s. 304, št. 209 in nasl.

⁵⁵ Guinchard et al., št. 209.

⁵⁶ Pristop Evropske unije k EKČP je predviden z začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe (novi člen 6 § 2 Pogodbe EU).

⁵⁷ Glej mnenje SES št. 2/94 z dne 28. 3. 1996.

⁵⁸ Guinchard et al., št. 209 in nasl.; Bobek.

⁵⁹ Zanimivo je omeniti, da se je tudi ESČP že sklicevalo na sodbo SES: ESČP, *Bosphorus Hava Yollari... proti Irski*, 30. 6. 2005, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VI. Sodnik SES Ilešič govori o »zavesti o potrebi po spoštovanju sodbe 'paralelnega' sodišča«, ki je prisotna v sodni praksi SES in ESČP. Ilešič, s. 3, 4.

⁶⁰ Tako tudi: Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 314.

EU lahko zato včasih pride do situacije, ko se nacionalno sodišče, ki varuje svoj javni red, sestavljen tudi iz temeljnih vrednot evropskih mednarodnih organizacij, katerih članica je njegova država, znajde v položaju, ko mora pretehtati, katera od komponent evropskega javnega reda naj prevlada. Sodišče države članice Evropske unije bo tako lahko ob tehtanju med pomanjkljivostmi sodne odločbe in potrebo po prostem pretoku sodb, prišlo do drugačnega rezultata, kot če mu slednje ne bi bilo treba upoštevati, torej drugače kot v primerih, ko sodna odločba izhaja iz tretje države.

Več avtorjev ugotavlja, da ima skupnostni javni red predvsem vlogo krepiteve in dopolnjevanja nacionalnega javnega reda, ko gre za priznanje ali izvršitev odločb, ki izhajajo iz tretjih držav, medtem ko ima v določeni meri nasprotno vlogo, torej omejuje in korigira vsebino javnega reda držav članic, ko gre za sodbe, izdane v drugi državi članici.⁶¹ Ta razlika izhaja iz že omenjenega načela okrepljenega sodelovanja držav članic Evropske unije in iz načela prostega pretoka sodnih odločb, kot tudi drugih svoboščin, ki izhajajo iz prava EU. Vse te svoboščine so varovane le v razmerjih med državami članicami in nimajo veljave v razmerjih s tretjimi državami, torej tudi ne z državami pogodbenicami EKČP, ki niso članice EU.

Kako uskladiti skupnostni in konvencijski javni red? Guinchard meni, da nas primer *Pellegrini* uči, da so »mednarodna pravila sodelovanja, ki urejajo priznanje odločbe, sprejete v drugem pravnem redu, v skladu z EKČP le, če državi priznanja dovoljujejo, da ne prizna sodne odločbe, ki je bila izdana v postopku, ki krši 6. člen«⁶². Tudi SES se je, soočeno z vprašanjem, kateri od evropskih javnih redov naj prevlada, v sodbi v zadevi *Krombach*⁶³ odločilo za procesne garancije EKČP. Zdi se, da se tako teorija kot sodna praksa bolj nagibata k rešitvi, naj v primeru konflikta prevlada varstvo človekovih pravic, kljub temu pa zaenkrat o ustaljeni sodni praksi oziroma soglasnem mnenju teorije na tem področju še ne moremo govoriti. Pravo ravnotežje je treba še poiskati.

Pripombo L. Sinopoli, ki jo je izrazila v zvezi s sodbo ESČP v zadevi *Pellegrini*⁶⁴ in ki se nanaša na učinke tujih sodnih odločb na splošno, lahko *a fortiori* razširimo tudi na pravna razmerja znotraj EU: »če poznamo razsežnosti, ki jih je dobila pravica do poštenega sojenja [v judikaturi ESČP], se moramo vprašati, ali taka obveznost [preverjanja njihovega spoštovanja v postopku priznanja in izvršitve] ne pomeni pomembne ovire za mednarodni pretok odločb«⁶⁵. Pri tem se je treba zavedati, da je tudi v primeru, ko bi SES temeljne pravice razlagalo enako kot ESČP, uporaba pridržka javnega reda

⁶¹ Basedow, *Recherches...*, s. 70, 71 ; Basedow, *Die Verselbständigung...*, s. 315. Tako tudi: Loussouarn, Bourel, de Vareilles-Sommi res, s. 795, št. 507.

⁶² Guinchard et al, št. 214, s. 314.

⁶³ SES, *Krombach proti Bamberski*, op. cit.

⁶⁴ ESČP, *Pellegrini proti Italiji*, op. cit.

⁶⁵ Sinopoli, s. 2.

v postopkih eksekvatur omejena na primere »omiljenega« javnega reda, poleg tega pa uredbi Bruselj I in Bruselj II bis⁶⁶ zahtevata »očitno« nasprotovanje javnemu redu. »Očitno« kršitev temeljnih procesnih garancij je v primeru *Krombach* zahtevalo tudi SES, čeprav je uporabilo Bruseljsko konvencijo, kjer beseda »očitno« ni navedena. Za obsodbo pred ESČP nasprotno zadostuje, da je kršitev EKČP podana, ne da bi bilo za to potrebno doseči poseben standard »očitnosti«. Lahko torej ugotovimo, da vse tveganje za konflikt ni izključeno.⁶⁷

Težavnost oziroma neuskkljenost se kaže tudi v zvezi z »novimi« uredbami⁶⁸, ki ukinjajo pridržek javnega reda. S sodbo *Krombach* je SES pri uporabi uredbe Bruselj I povečalo obveznosti sodišč v državi priznanja in izvršitve pri uporabi pridržka javnega reda. V postopkih, v katerih se uporabljajo nove uredbe, morajo države izvršbe sprejeti tuje sodne odločbe praktično brez vsake kontrole, saj lahko izvršitev zavrnejo le, če obstaja druga sodna odločba, ki je nezdružljiva s tisto, katere izvršitev se zahteva⁶⁹. Zdi se, da gre razvoj hkrati v dve različni smeri, vendar pa je neuskkljenost do neke mere tudi le navidezna, saj gre pri razširjanju možnosti uporabe pridržka javnega reda na procesni javni red pri uredbah Bruselj I in Bruselj II bis ter pri natančnih zahtevah v zvezi s procesnimi garancijami v »novih« uredbah (katerih spoštovanje sicer preverja kar država izdaje sodne odločbe) pravzaprav za varstvo enakih pravic. Kljub temu je treba opozoriti, da vsebinski javni red z »novimi uredbami« ni več varovan.

Da pa tudi ESČP ni neobčutljivo za argument spodbujanja pravosodnega sodelovanja med državami na področju izvrševanja sodnih odločb, dokazuje že obrazložitev v primerih *Soering* ter *Drozd in Janousek*⁷⁰, nedavno pa npr. v zadevi *Eskinazi in Chelouche*⁷¹, v kateri je sodišče zapisalo: »[k]onvencija ne zavezuje držav pogodbenic, da njihova pravila vsiljujejo tretjim državam ali ozemljem, če bi zahteva po taki kontroli nasprotovala aktualnim težnjam po izboljšanju mednarodne pravne pomoči na področju pravosodja⁷² in povzročila tveganje, da mednarodne pogodbe postanejo le mrtva črka na papirju, v škodo osebe, ki jo varujejo«. Seveda pa je to »razumevanje« relativno in omejeno s hujšimi kršitvami konvencije.

⁶⁶ 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, op. cit.

⁶⁷ Guinchar et al., št. 214, s. 313. Pri tem je treba poudariti, da je izredno težko določiti, kdaj je nasprotovanje javnemu redu »očitno« in kdaj ne, posebej pri priznavanju in izvršitvi tujih odločb, kjer gre za varovanje »omiljenega javnega reda«, tako da v nobenem primeru ne zadostuje le manj pomembno nasprotovanje javnemu redu.

⁶⁸ Že citirane uredbe o evropskem nalogu za izvršbo nespornih zahtevkov, o evropskem postopku v sporih majhne vrednosti in o evropskem postopku za izdajo plačilnega naloga.

⁶⁹ Člen 21 § 1 Uredbe o evropskem izvršilnem naslovu, člen 22 Uredbe o evropskem plačilnem nalogu in člen 22 § 1 Uredbe o evropskem postopku v sporih majhne vrednosti. Vse uredbe so citirane zgoraj.

⁷⁰ ESČP, *Drozd in Janousek*, 26. 6. 1992, serija A št. 240, § 110.

⁷¹ Sklep ESČP, *Eskinazi in Chelouche proti Turčiji*, 6. 12. 2005, objavljena na spletnem iskalniku HUDOC, § C 2.

⁷² *Drozd in Janousek*, že citirana, § 110.

5. Evropski javni red in nacionalni javni redi

Evropski javni red je skupek temeljnih vrednot Evropske unije in Sveta Evrope, vendar pa je hkrati del širšega sistema, ki vključuje med drugim nacionalne pravne rede držav članic obeh organizacij. Nedavne odločbe evropskih sodišč dokazujejo, da morajo nacionalni sodniki poleg mednarodnega javnega reda njihovih držav upoštevati tudi evropski javni red in da »je lahko preveč popustljivo obnašanje na tem področju v neskladju z vsebino evropskega javnega reda«. ⁷³ Ne smemo pa pozabiti, da »impregnacija« deluje v obeh smereh: kakor so javni redi držav članic prežeti z evropskim javnim redom, je tudi evropski javni red prežet z nacionalnimi javnimi redi teh držav, ki prispevajo k njegovi vsebini in mu dajejo zavezujočo naravo. V skladu z Lizbonsko pogodbo so »[t] emeljne pravice, kakor [...] izhajajo iz skupnega ustavnega izročila držav članic, [...] kot splošna načela del prava Unije« ⁷⁴.

5.1. Vključitev konvencijskega javnega reda v nacionalni javni red

ESČP je državam že večkrat naložilo obveznost, da evropski javni red, ki izhaja iz EKČP, upoštevajo kot del njihovega nacionalnega (notranjega) javnega reda ⁷⁵. Spoštovati ga morajo tudi v postopkih priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb, ⁷⁶ saj je država, ki prizna sodno odločbo, ki krši konvencijske pravice, je za to kršitev posredno odgovorna ⁷⁷.

Možnost posredne odgovornosti države izvršiteljice je ESČP, po že omenjenem primeru *Soering* iz leta 1989 ⁷⁸, dopustilo tudi že v zadevi *Drozd in Janousek* iz leta 1992 ⁷⁹, v kateri pa se je sodišče nato izreklo za nepristojno. Šlo je za kazenski postopek, izpeljan v Andori, v katerem sta bili dve osebi obsojeni na štirinajstletno zaporno kazen, ki sta jo nato prestajali v francoskih zaporih. V postopku so bile storjene nekatere hude kršitve postopkovnih garancij (med njimi npr. kršitev garancije nepristranskega in neodvisnega sodišča), vendar je ESČP menilo, da tega postopka ne more ocenjevati s stališča strogih zahtev EKČP, ker Andora ni njena pogodbenica. Sodišče ob tem ni želelo upoštevati okoliščine, da ima Francija (kakor tudi Španija, ki je bila prav tako tožena) močno

⁷³ Basedow, *Recherches...*, s. 65.

⁷⁴ Člen 6 § 3 Pogodbe o Evropski uniji, spremenjene z Lizbonsko pogodbo.

⁷⁵ V tej smeri npr. ESČP, *Loizidou proti Turčiji*, 23. 3. 1995, serija A št. 310, § 75.

⁷⁶ ESČP, *Pellegrini proti Italiji*, že citirana.

⁷⁷ Bureau, Muir Watt, s. 273, št. 285.

⁷⁸ ESČP, 7. 7. 1989, *Soering proti Združenemu kraljestvu*, serija A št. 161. V tej zadevi sicer ni šlo za izvršitev tuje odločbe, ampak za odločitev sodišča, da bi Anglija v primeru izročitve obtoženca ZDA odgovarjala za kršitev 3. člena EKČP (prepoved mučenja), ker bi bila ta oseba v ZDA verjetno žrtev nečloveškega ravnanja. Anglija bi torej odgovarjala za kršitev EKČP, ki bi jo zagrešila tretja država.

⁷⁹ ESČP, 26. 6. 1992, *Drozd in Janousek proti Franciji in Španiji*, serija A št. 240.

pravno povezavo z Andoro, ki je subjekt *sui generis* mednarodnega prava, ravno zaradi pomanjkanja suverenosti. Sodišče je kljub temu menilo, naj država ne izvrši tuje sodne odločbe, če gre za »očitno zavrnitev sodnega varstva (*déni de justice flagrant*)«⁸⁰. Gre torej za varovanje pravice do poštenega sojenja, vendar le primerih posebno hudih kršitev. Zanimivo je pritrdilno ločeno mnenje sodnika Matscherja, ki je menil: »kršitev iz prvotnega postopka lahko pripišemo⁸¹ državi priznanja, če ta pomaga pri izvršitvi sodbe, izdane v takem postopku, enako kot v primeru izročitve, ko kršitev 3. člena EKČP v drugi državi povzroči posredno odgovornost države, ki je osebo izročila.«⁸² V odklonilnem ločenem mnenju so sodniki MacDonald in drugi poudarili potrebo po tem, da se tudi v postopku priznanja in izvršitve preveri spoštovanje temeljnih garancij, med njimi tudi neodvisnost sodišča.⁸³

Po sodbi *Pellegrini* je ESČP še nekajkrat odločalo o odgovornosti držav pogodbenic za izvršitev sodnih odločb, izdanih v državah, ki niso pogodbenice EKČP, in pri katerih izdaji so bile kršene konvencijske procesne garancije. V sodbi v primeru *Maumousseau in Washington proti Franciji*⁸⁴ iz leta 2007 ESČP nekako »kombinira« zahteve iz sodb *Pellegrini* ter *Drozd in Janousek*: glede na subsidiarno uporabo konvencije mora pritožnik morebitne kršitve konvencije v postopku izdaje sodne odločbe uveljavljati že pred sodišči države priznanja oziroma izvršitve, v nasprotnem primeru pa lahko ESČP sankcionira le situacije, ko je pritožnik v državi izdaje odločbe žrtev očitne zavrnitve sodnega varstva.⁸⁵ V odločbi o dopustnosti pritožbe v zadevi *Eskinazi in Chelouche proti Turčiji*⁸⁶ iz leta 2005, kjer je šlo za priznanje izraelske sodne odločbe, je sodišče ugotovilo, da situacija pritožnic ni primerljiva s tisto gospe Pellegrini (sodni postopki v Izraelu še niti niso bili zaključeni), hkrati pa ne obstajajo indici, da bi bili v Izraelu žrtvi očitne zavrnitve sodnega varstva. Lahko rečemo, da sodbi *Drozd in Janousek* ter *Pellegrini* trenutno tvorita osnovo za odločanje ESČP v zadevah »posredne odgovornosti« oziroma »posredne zaščite pravic«⁸⁷ na področju priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb, seveda skupaj s sodbo *Soering*, ki je utemeljila možnost posredne odgovornosti držav pogodbenic.

⁸⁰ Laurence Sinopoli meni, da ne gre za to, da bi bila država priznanja posredno odgovorna za kršitev, ki jo je storila država izdaje odločbe, ampak da je priznanje samo po sebi krši EKČP. Sinopoli, s. 2.

⁸¹ *Drozd in Janousek*, že citirana, pritrdilno ločeno mnenje sodnika Matscherja. Sodnik Matscher se pridružuje mnenju večine, da kršitev EKČP ni bila podana, vendar iz razloga, da ima 6. člen EKČP v postopku priznanja in izvršitve »omiljeni učinek«, tako da bi morala biti kršitev konvencije očitna.

⁸² *Drozd in Janousek*, že citirana, odklonilno ločeno mnenje sodnikov MacDonalda, Bernhardta, Pekkanena et Wildhaberja.

⁸³ ESČP, *Maumousseau in Washington proti Franciji*, 6. 12. 2007, objavljena na spletnem iskalniku HUDOC.

⁸⁴ § 97 – 99 citirane sodbe.

⁸⁵ ESČP, *Eskinazi in Chelouche proti Turčiji*, že citirana.

⁸⁶ ESČP, *Wagner in J. M. W. L. proti Luksemburgu*, 28. 6. 2007.

⁸⁷ SES, *Krombach proti Bamberski*, že citirana, ter SES, *Renault proti Maxicar*, 11. 5. 2000, št. C-38/98.

ESČP je odločalo tudi o odgovornosti držav, ki tujim sodnim odločbam niso hotele podeliti eksekvatur in so s tem kršile EKČP. V zadevi *Wagner in J. M. W. L. proti Luksemburgu*⁸⁸ je bil slednji obsojen za kršitev 8. člena EKČP, ker na podlagi nacionalnih pravil o mednarodnem zasebnem pravu ni hotel priznati sodne odločbe, ki je bila sprejeta na podlagi tujih pravnih pravil, ki so se razlikovala od luksemburških (šlo je za posvojitev s strani samske osebe, kar v Luksemburgu ni mogoče). V zadevi *Leschiutta in Fraccaro* pa je bila Belgija ravno tako obsojena za kršitev 8. člena EKČP, ker ni nemudoma izvršila italijanskih sodb o izročitvi otroka.

Ugotovimo torej lahko, da ESČP državam nalaga, da konvencijska določila varujejo tudi v postopkih priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb, s tem da jim včasih nalaga priznanje oziroma izvršitev sodnih odločb, ki jih sicer ne bi priznale, včasih pa od njih zahteva zavrnitev priznanja in izvršbe odločb, ki bi jih same sicer bile pripravljene sprejeti v svoj pravni red.

5.2. Vključitev skupnostnega javnega reda v nacionalni javni red

Pri javnem redu, ki izhaja iz prava Evropske unije, je situacija podobna kot pri konvencijskem. Glede na sodbi *Krombach in Maxicar*⁸⁹ je javni red pojem, ki spada v notranje mednarodno zasebno pravo vsake države in ga morajo z vsebino napolnjevati domača sodišča, medtem ko ima SES nalogo, da delo sodnikov na nek način uokvirja.⁹⁰ Nekateri pri tem menijo, da gre »v resnici [...] Sodišče občasno dalj od preprostega uokvirjanja tega pojma, saj državam članicam nalaga varovanje določene vsebine javnega reda. Tako morajo te sedaj z zavrnitvijo priznanja sodnih odločb, ki bi bile z njim v nasprotju, varovati temeljne pravice in vrednote, ki izhajajo iz norm neposredne uporabe⁹¹ prava Evropske unije⁹².«⁹³ Ravno tako lahko SES odloči, da država članica določene vrednote ne more varovati v okviru pridržka javnega reda, ki ga določajo skupnostni akti, ker bi s tem prekoračila skupnostno sprejemljivo vsebino javnega reda.

⁸⁸ Glej tudi npr. SES, *Renault proti Maxicar*, že citirana, § 26-28.

⁸⁹ »Norme neposredne uporabe« (*lois de police, lois d'application immédiate*) so norme, ki jih mora sodnik uporabiti brez ozira na kolizijsko normo, torej ne glede na to, ali kolizijska norma v danem primeru napotuje na uporabo tujega prava.

⁹⁰ SES, *Krombach*, že citirana; SES, 1. 6. 1999, *Eco Swiss proti Benetton*, št. C-126/97; SES, *Renault proti Maxicar*, že citirana.

⁹¹ SES, *Eco Swiss*, že citirana.

⁹² V spornem primeru je šlo za uporabo (Newyorške) Konvencije o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb, že citirana, in sicer za drugi odstavek člena V, ki kot enega od razlogov za zavrnitev priznanja navaja nasprotovanje arbitražne odločbe javnemu redu države priznanja.

⁹³ Za podobno rešitev na področju kolizijskega prava glej sodbo SES, 25. 11. 1971, *Béguelin proti G. L.*, št. 22/71.

SES je v sodbi *Eco Swiss proti Benetton* iz leta 1999⁹⁴ razsodilo, da določbe Pogodbe ES o konkurenčnem pravu pomenijo sestavino javnega reda, ki jo morajo upoštevati države članice pri priznanju in izvršitvi tujih odločb⁹⁵. SES je državam naložilo, da določbo primarnega skupnostnega prava štejejo za del njihovega mednarodnega javnega reda, tako da je popolnoma evropsko pravilo postalo del nacionalnega javnega reda. Ta odločba sodišča temelji na prepričanju, da člen 81 Pogodbe ES pomeni temeljno vrednoto za delovanje skupnega trga, torej za uresničevanje enega od najpomembnejših ciljev evropske integracije.⁹⁶

Člen 81 Pogodbe ES je bil nedavno (spet) na preizkusu francoskih⁹⁷, belgijskih (v isti zadevi kot v Franciji)⁹⁸ in švicarskih⁹⁹ sodnikov, vsakokrat v postopku priznanja in izvršitve tuje arbitražne odločbe. Belgijsko in francosko sodišče nista dvomili o tem, da je 81. člen del njihovega javnega reda, kot to izhaja iz sodbe *Eco Swiss*. Švicarsko sodišče pa je sprejelo nasprotno odločitev, kar je po eni strani razumljivo, saj Švica ni država članica Evropske unije, po drugi strani pa nekoliko presenetljivo, saj gre za »državo, ki je geografsko, ekonomsko in politično umeščena v prostor, kjer je varstvo konkurence pomembna vrednota«¹⁰⁰. Sodišče je opozorilo na pojem mednarodnega javnega reda na področju arbitražnega prava, po katerem »je arbitražna odločba neskladna z javnim redom, če ne spoštuje vrednot, ki so bistvene in široko priznane in ki so po večinskem mnenju v Švici temelj vsakega pravnega reda«¹⁰¹. V omenjenem primeru je Zvezno sodišče menilo, da skupnostno pravo varstva konkurence, ki varuje »javni interes Skupnosti« in katerega področje uporabe je posledično omejeno v prostoru, ne pomeni »splošnejšega načela, ki ga sprejemajo vse države, ki se štejejo za del iste civilizacije, ki ji pripada Švica«¹⁰².

⁹⁴ Pritožbeno sodišče (*Cour d'appel*) Pariz, 23. 3. 2006, *Société SNF SAS c/ Société CYTEC Ind. BV*, *Revue de l'arbitrage* 2007.100, komentar S. Bollée.

⁹⁵ Prvostopenjsko sodišče (Tribunal de premi re instance) Bruselj, 71. senat, št. NRG 2005/7721/1, 8. 3. 2007, *Soc. SNF SAS c/Soc. CYTEC Ind. BV*, neobjavljena sodba, citirana po F.-X. Train.

⁹⁶ Švicarsko zvezno sodišče (Tribunal fédéral suisse), 8. 3. 2006, *Tensacciai c/ Terra Armata*, *Revue de l'arbitrage* 2006.763, komentar L. G. Radicati di Brozolo. Glede enakega pravnega vprašanja glej tudi italijanske sodbe: Pritožbeno sodišče Firenze, 21. 3. 2006, *Les Cahiers de l'arbitrage*, *Gazette du Palais*, 15.-17. oktober 2006, s. 57, komentar T. Tampieri; Pritožbeno sodišče Milano, 21. 7. 2006, *Terra Armata c/ Tensacciai*, *Rivista dell'arbitrato* 2006, komentar L. G. Radicati di Brozolo (ista zadeva kot pred švicarskim zveznim sodiščem), citirane po F.-X. Train.

⁹⁷ F.-X. Train.

⁹⁸ F.-X. Train.

⁹⁹ F.-X. Train.

¹⁰⁰ Uredba (SE) št. 864/2007 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 11. 7. 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (»Rim II«), Ur. l., št. L 199 z dne 31. 7. 2007.

¹⁰¹ Uradni prevod uredbe.

¹⁰² Gre za t.i. *talak*, ki je le ena od oblik razveze zakonske zveze v islamskem pravu.

Za del javnega reda držav članic EU lahko štejemo tudi določbo 32. člena preambule uredbe Rim II, sprejete julija 2007¹⁰³, ki se glasi: »Upoštevanje javnega interesa upravičuje, da lahko sodišča držav članic v izjemnih okoliščinah uporabijo izjeme na podlagi javnega reda in prevladujočih obveznih določb. Zlasti uporaba določb prava, kakor to določa ta uredba, ki bi povzročila dodelitev nesorazmerne eksemplarične ali kazenske odškodnine, odvisno od okoliščin primera ali pravnega reda države članice sodišča, kjer je bila vložena tožba, bi lahko veljala za nasprotujočo si z javnim redom („ordre public“) pristojnega sodišča.«¹⁰⁴ Tu gre seveda za kolizijskopravno področje, kjer javni red nastopa s svojim »polnim učinkom«, medtem ko pri priznanju in izvršitvi, kot že rečeno, govorimo o omiljenem učinku javnega reda. Vendar pa je, glede na to, da je zakonodajalec navedel primer možnega nasprotovanja javnemu redu, mogoče sklepati, da je izbral enega najmanj spornih primerov, torej najmanj sprejemljivih s stališča držav članic. Čeprav se torej pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb zahteva posebno huda kršitev javnega reda, bi omenjeni primer v primeru velike nesorazmernosti temu standardu najverjetneje zadostil, tako da bi bila priznanje oziroma izvršitev zavrnjena.

6. Evropski javni red in mednarodno pravo

365

Države članice Evropske unije, kot tudi države članice Sveta Evrope, so hkrati tudi del svetovne skupnosti držav in jih zato zavezujejo številne bilateralne in multilateralne mednarodne pogodbe, kot tudi mednarodni *ius cogens*. Temeljne vrednote mednarodnega prava so hkrati del mednarodnega javnega reda, ki ga morajo države upoštevati pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb.

Če mednarodno pravo dopolnjuje nacionalni javni red, pa se lahko države z mednarodno pogodbo zavežejo, da nekaterih točno določenih pravnih pravil ne bodo štejele za nasprotne njihovemu javnemu redu. Kaj storiti, če se evropsko in mednarodno pravo znajdeti v nasprotju? S tem vprašanjem je bila soočena Francija na področju islamskih enostranskih repudiacij, do katerih je prišlo v Maroku in Alžiriji. Gre za t.i. »odslovitev žene« oziroma enostransko razvezo zakonske zveze, ki jo po islamskem pravu lahko izpelje mož, ne pa tudi žena, pri tem pa žena pogosto nima nobene besede in včasih niti ne ve, da teče postopek za razvezo zakonske zveze, oziroma ne dobi (ustrezne)

¹⁰³ Konvencija z dne 10. 8. 1981 o osebnem in družinskem statusu ter pravosodni pomoči, sklenjena med Francijo in Marokom.

¹⁰⁴ Razvoj francoske sodne prakse s področja eksekvatur repudiacij je podrobno opisan npr. tudi v odločbi ESČP, D. D. proti Franciji z dne 8. 11. 2005, v kateri pa sodišče ni vsebinsko odločilo, saj je pritožnica umaknila pritožbo.

preživnine.¹⁰⁵ Francija se je z mednarodno pogodbo iz leta 1981¹⁰⁶ zavezala, da bo maroške repudiacije priznavala pod enakimi pogoji kot odločbe o razvezi zakonske zveze, izdane v drugih državah (podobno pogodbo je Francija sklenila tudi z Alžirijo). To je bilo s strani številnih strokovnjakov in sodne prakse razumljeno kot izenačenje repudiacije z razvezo zakonske zveze (čeprav to v pogodbi ni bilo izrecno določeno), zato naj bi bila Francija dolžna priznavati maroške odločbe v zvezi z enostransko repudiacijo.¹⁰⁷ Po drugi strani pa EKČP nasprotuje takemu priznanju, saj žena običajno nima nobenih pravic v postopku (procesni javni red), poleg tega pa možnost take enostranske razveze zakonske zveze obstaja le za moške. Taka ureditev krši 5. člen Protokola št. 7 EKČP, ki zagotavlja enakost med spoloma.

Predlaganih je bilo več rešitev problema, ki je pravzaprav v tem, da je bila ena država pogodbenica mednarodne pogodbe hkrati tudi pogodbenica EKČP, druga pa ne, tako da je konflikt med mednarodnimi pogodbami obstajal le za Francijo, ne pa tudi za Maroko oziroma Alžirijo. Po številnih ovinkih je francosko kasacijsko sodišče leta 2004 sprejelo odločitev, ki od tedaj velja za ustaljeno sodno prakso, po kateri mora EKČP prevladati nad bilateralno konvencijo o medsebojnem priznavanju sodnih odločb.¹⁰⁸ Ker je EKČP del francoskega mednarodnega javnega reda, mora pridržek javnega reda preprečiti priznanje maroških in alžirskih repudiacij. Čeprav načelo enakosti med spoloma ni splošno priznано načelo v mednarodni skupnosti¹⁰⁹, ga morajo države pogodbenice EKČP varovati tudi, kadar so soočene s tujimi odločbami, če nočejo biti obsojene zaradi kršitve tega evropskega pravnega akta.

Že iz primerov *Soering* ter *Drozd in Janousek*, pa tudi na podlagi prepričljive argumentacije francoskega kasacijskega sodišča lahko sklepamo na splošno pravilo, da se država pogodbenica EKČP ne more izogniti svojim konvencijskim obveznostim s sklicevanjem na drugo mednarodno pogodbo, ki domnevno določa nižje standarde varstva človekovih pravic v razmerjih med podpisnicami. Enako pravilo bi moralo veljati tudi za pravo Evropske unije, vključno s predpisi s področja mednarodnega zasebnega prava, ki zaradi doseganja cilja skupnega sodnega prostora v Evropski uniji ne bi smeli zniževati ravnih varstva človekovih pravic, kot jo vzpostavlja EKČP.

¹⁰⁵ Prvi civilni senat francoskega kasacijskega sodišča, 17. 2. 2004, *Revue critique de droit international privé* 2004.423, komentar P. Hammje; *Journal de droit international (Clunet)* 2004.1200, komentar L. Gannagé; *Dalloz* 2004.824, komentar Cavarroc, in s. 815, komentar P. Courbe; *Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)* 2004.II.10128, komentar H. Fulchiron; *Répertoire du notariat Defrénois* 2004.812, komentar Massig; Ancl, Lequette, št. 63-64.

¹⁰⁶ Ancl, Lequette, št. 63-64 § 13, 14, s. 605-607.

¹⁰⁷ Basedow, *Recherches...*, s. 55.

¹⁰⁸ Glej tudi: Muir-Watt, s. 539.

¹⁰⁹ Muir-Watt, s. 539.

7. Sklep

Prispevek lahko sklenem z ugotovitvijo, da evropski pravni viri vplivajo tako na vsebino javnega reda evropskih držav, kot tudi na vlogo javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu teh držav. »Pridržek javnega reda, ki tradicionalno varuje vrednote in načela nacionalnega pravnega reda, se vedno bolj napolnjuje iz [...] skupnostnega in konvencijskega prava«. ¹¹⁰ To je pomembno, saj je javni red tradicionalno igral vlogo varuha vrednot različnih držav, sedaj pa, obogaten s skupnimi, »evropskimi vrednotami«, dobiva tudi vlogo promotorja slednjih. S sodbami *Krombach* in *Pellegrini* sta najvišji evropski sodišči odločili, da morajo biti temeljne pravice iz EKČP varovane tudi v fazi priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb v evropskem kontekstu. »To velja predvsem za pravico do poštenega sojenja, ki dobiva edinstven pomen v različnih pravnih sistemih«.

Evropski javni red je tako danes eden od povezovalnih elementov med evropskimi državami. Javni redi posameznih držav so z njim obogateni, pa tudi omejeni. Sodišča morajo zavrniti priznanje in izvršitev, čeprav tuja sodna odločba ni v neskladju z javnim redom (le) njihove države, je pa v neskladju s skupnimi vrednotami. Po drugi strani sodišča ne morejo več zavrniti priznanja in izvršitve, čeprav je sodba v neskladju z javnim redom (le) njihove države, če ta zavrnitev z »evropskega vidika« ne bi bila upravičena oziroma proporcionalna.

Ohranitev pridržka javnega reda tako ni nasprotna ideji o evropski integraciji¹¹¹. V današnjem evropskem kontekstu javni red ne pomeni preživetega orodja, ostanka nekega drugega časa, temveč »bi lahko bil uporabljen kot instrument za gradnjo novega korpusa skupnih načel«. ¹¹² Že dejstvo, da preverjanje uporabe pridržka javnega reda v okviru Evropske unije in v okviru Sveta Evrope izvaja organ, ki temelji na drugem pravnem redu kot je nacionalni, vodi v preseganje partikularizma. ¹¹³ »To, kar je bil v določenem trenutku v preteklosti dejavnik faktor delitve, bi lahko danes postal skupni imenovalc, z namenom varovanja novega evropskega sodnega prostora«. ¹¹⁴ »Najbolj nacionalistični od vseh pravnih pojmov je v določenih primerih postal temelj evropske trdnjave.« ¹¹⁵

¹¹⁰ Za sodno prakso SES s tega področja glej: Niboyet, de Geouffre de La Pradelle, s. 237, 238, št. 322. Avtorja menita, da npr. zavrnitev priznanja zakonske zveze, ki je bila regularno sklenjena med dvema homoseksualnima osebam v državi njunega izvora, lahko krši njuno svobodo gibanja.

¹¹¹ Ibidem, s. 543.

¹¹² Muir-Watt, s. 544.

¹¹³ Poillot Peruzzetto, s. 7.

¹¹⁴ Muir-Watt, s. 544.

¹¹⁵ Kljub temu avtorji poudarjajo njegovo vlogo zmanjševanja oziroma urejanja neskladij in konkurence med nacionalnimi pravnimi redi. Picheral, s. 21.

Res je, da pridržek javnega reda, posebej, kadar je izražen v obliki splošne formule, pomeni tudi določeno nepredvidljivost pravnih razmerij. Prav tako je res, da njegova ohranitev priča o določeni stopnji nezaupanja v spoštovanje temeljnih pravic in vrednot s strani drugih držav. Vendar pa se s samo ukinitvijo tega instituta ne da doseči zблиžanja in medsebojnega zaupanja med državami, kar je eden od ciljev predvsem Evropske unije. Zaupanje naj zraste samo, na podlagi dejanskega spoštovanja skupnih vrednot s strani vseh držav članic. Odprava pridržka javnega reda naj ne bo sredstvo za doseganje omenjenega cilja, ampak naj sledi takrat, ko bo ta cilj že dosežen. Strah, da bi njegova ohranitev državam omogočala varovanje njihovih posebnih, parcialnih in s strani drugih držav nerazumljivih interesov, je odveč, saj uporabo pridržka nadzirata SES preko razlage uredb s področja priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb ter ESČP s presojo spoštovanja konvencijskih pravic, ki so lahko kršene tudi z neutemeljeno zavrnitvijo priznanja oziroma izvršitve.

Literatura

1. ANCEL, BERTRAND, LEQUETTE, YVES, Grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé, 4. izdaja, Dalloz, Pariz, 2001;
2. BASEDOW, JÜRGEN, Die Verselbständigung des europäischen ordre public, v: *Privatrecht in Europa, Vielfalt, Kollision, Kooperation*, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München, 2004, s. 291-319;
3. BASEDOW, JÜRGEN, Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence, v: *M. – N. Jobard-Bachelier, P. Mayer (ur.), Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Pariz, 2005;
4. BOBEK, MICHAL, A Rather Awkward Relationship; The European Court of Human Rights, the European Union and the Search for Human Rights Competency, *Common Law Review*, URL : http://review.society.cz/index.php?option=com_content&task=view&id=64&Itemid=2 (21. 7. 2008);
5. DANNEMANN, GERHARD, Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK, *RabelsZ* 63 (1999), s. 452-470;
6. GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE, Compétence et exécution des jugements en Europe, LGDJ, Pariz, 3. izdaja, 2002;

7. FOHRER, ESTELLE, L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français, Bruylant, Bruselj, 1999.
8. GUINCHARD, SERGE, et al., Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès, 2. izdaja, Dalloz, Pariz, 2003;
9. ILEŠIČ, MARKO, Mednarodna mreža sodišče – med hierarhijo in sodelovanjem, v: Pravna praksa, 12. 1. 2006, s. 3, 4.
10. JOUBERT, NATALIE, La notion de liens suffisants acev l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé, Litec, Pariz, 2007.
11. KRAMBERGER, JERCA, Javni red pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb (s poudarkom na procesnih vprašanjih), Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete, Pravna fakulteta v Ljubljani, 2005, letnik 65, s. 253-276;
12. LOUSSOUARN, YVON, BOUREL, PIERRE, de Vareilles-Sommières, Pascal, Droit international privé, Dalloz, Pariz, 9. izdaja, 2007;
13. MAYER, PIERRE, HEUZÉ, VINCENT, Droit international privé, Montchrestien, Pariz, 9. izdaja, 2007;
14. MUIR-WATT, HORATIA, Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions, Texas International Law Journal, Vol. 36:539, 2001;
15. NIBOYET, MARIE-LAURE, de Geouffre de La Pradelle, Géraud, Droit international privé, LGDJ, Pariz, 2007;
16. PICHERAL, CAROLINE, L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), Université Aix-Marseille, 2001;
17. POILLOT PERUZZETTO, SYLVAIN, Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire, Comité français de droit international privé, 28. 3. 2002, URL: <http://www.peruzzetto.eu/art/ordrepublic-loipolice-comitedip-plan.pdf> (23. 11. 2007);
18. SINOPOLI, LAURENCE, Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome, Gazette du palais, 23. 7. 2002, št. 204, s. 2;
19. SONNENBERGER, HANS JÜRGEN, Kommentar zum Art. 6 EGBGB, Münchener Kommentar zum BGB, Band X, 3. izdaja, 1998;
20. SUDRE, FRÉDÉRIC, L'ordre public européen, v: L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen (11, 12 mai 2000), Bruylant, Bruselj, 2001, s. 109-131.

21. THOMA, IOANNA, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007;
22. TRAIN, FRANÇOIS-XAVIER, Belgique, France et Suisse. Le contrôle de la conformité des sentences arbitrales au droit communautaire de la concurrence : trois juridictions nationales saisies, un même problème, trois solutions différentes, Internetna stran Société de Législation Comparée, URL: www.slcdip.com (30. 11. 2007).

Evropsko pogodbeno pravo, škafle za orodje in modri gumbi

dr. Damjan Možina¹

1. Uvod²

Evropsko pogodbeno pravo nastaja na različne načine. Gre za del širšega procesa evropeizacije zasebnega prava, ki pomeni enega najpomembnejših razvojnih trendov v pravu našega časa.³ Poenotenja evropskega zasebnega prava ni mogoče doseči z enim samim zamahom, na primer s sprejetjem evropskega civilnega zakonika, za kar zaenkrat ni niti pravnih možnosti v smislu pristojnosti ES niti političnih želja. Pri razmišljanju o poenotenju evropskega zasebnega prava se ne gre osredotočati le na sredstvo kodifikacije oziroma pozitivnega prava.⁴ Prvi korak na poti premagovanja razdrobljenosti in zaprtosti zasebnega prava v okviru nacionalnih držav je nastajanje evropske zasebnopravne znanosti.

V okviru zasebnega prava je pogodbeno pravo področje, kjer so, ne nazadnje tudi zaradi njegove povezanosti z mednarodno trgovino, prizadevanja za (svetovno in) evropsko poenotenje najbolj izoblikovana. Evropsko pogodbeno pravo pomeni predvsem primerjalnopravno

¹ Docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Prispevek je bil prvič predstavljen v reviji *Podjetje* in delo 8/2008, založnik z objavo soglašaja.

³ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, *Der gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht*, JZ 2008, 529. O evropskem zasebnem pravu glej na primer Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron (izd.), *Towards a European Civil Code*, 2. izd., Kluwer Law International, Hague 1998; Hartkamp, *Perspectives for the Development of a European Civil Law*, v: Bussani/Mattei (ur.), *The Common Core of European Private Law*, Kluwer Law International, Hague 2003, stran 67; Basedow, *Grundlagen des europäischen Privatrechts*, JuS 2/2004, stran 89.

⁴ Več: Zimmermann, *Civil Code or Civil law? Towards a new European Private Law*, 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* (1994), stran 219.

proučevanje različnih nacionalnih ureditev pogodbenega prava in iskanje najboljših ter najširše sprejemljivih rešitev. To delo se nadgrajuje z oblikovanjem konkretnjših pobud in osnutkov splošnega dela pogodbenega prava, kakršna so Načela evropskega pogodbenega prava (PECL).

Proces poenotenja in harmonizacije zasebnega prava poteka tudi na ravni pozitivnega prava Evropske skupnosti. Le-to je že precej preoblikovalo področja, kot so konkurenčno pravo, pravo intelektualne lastnine, delovno pravo in pravo gospodarskih družb, poseglo pa je tudi v »klasično« disciplino zasebnega prava – obligacijsko in v tem okviru zlasti pogodbeno pravo. Od sredine 80. let prejšnjega stoletja je Skupnost sprejela vrsto direktiv, predvsem s področja varstva potrošnikov, ki na poseben način spreminjajo nacionalno pravo držav članic.

V novejšem času čedalje bolj prodira spoznanje, da bi bilo potrebno fragmentirani pogodbenopravni *acquis communautaire*, nastal s posamičnimi in večinoma sektorsko usmerjenimi direktivami ter bolj ali manj brez sistematičnega pristopa, izboljšati in nadgraditi ter harmonizacijo dvigniti na višjo raven. Ta prizadevanja podpira in usmerja tudi Komisija ES, njen osrednji projekt pa je izdelava Skupnega referenčnega okvira (*Common Frame of Reference – CFR*), ki naj bi bil sestavljen iz temeljnih načel, enotne terminologije in modelnih pravil. V začetku leta 2008 je izšel njegov prvi osnutek (*Draft CFR*), ki je v strokovni javnosti zbudil izjemno zanimanje in izzval številne odzive.⁵ Vsebina, obseg, namen in pravni učinek končnega (političnega) CFR še niso določeni, kaže pa, da naj bi šlo za nezavezujoč akt, ki bi bil nekakšno pomagalo oziroma »škafca za orodje« (*tool-box*), namenjena predvsem evropskemu zakonodajalcu pri sprejemanju nove zakonodaje, pa tudi vir navdiha nacionalnim zakonodajalcem. V tem pogledu je CFR sredstvo »mehkega«, nepozitivnopravnega poenotenja. Kot se čedalje bolj poudarja, pa bi lahko bil tudi podlaga za tako imenovani opcijski instrument, niz pravnih pravil, ki bi ga pogodbene stranke lahko izbrale kot merodajnega za svoje razmerje. Pred kratkim je bil predstavljen tudi predlog direktive, s katerim želi Komisija ES nekatere izmed pomanjkljivosti obstoječe zakonodaje ES na področju pogodbenega prava odpraviti na drugačen način – s popolno harmonizacijo zgolj izbranih problemskih sklopov pogodbenih razmerij med podjetji in potrošniki.

⁵ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier, München 2008, brezplačno dostopno tudi na internetu: http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/569.principles_definitions_and_model_rules_of_european_private_law.htm.

2. Ozadje nastajanja evropskega pogodbenega prava: primerjalnopravna znanost, CISG in PECL

Ideje o nadnacionalnem poenotenju (tudi: »internacionalizaciji«) pogodbenega prava, pa tudi drugih področij zasebnega prava so se začele pojavljati že kmalu po nastanku nacionalnih držav in velikih kodifikacij v 19. stoletju, ki ga imenujemo tudi obdobje nacionalizacije prava.⁶ Nekako od 12. do 18. stoletja je v Evropi trajalo obdobje občega prava (*ius commune*), ko je imel velik del Evrope skupen zasebnopravni imenovalc – rimsko pravo, ki se je intenzivno proučevalo in sistematiziralo ter se v srednji in zahodni Evropi uporabljalo kot subsidiaren statut.⁷ Splošni del – teorija pogodbenega prava (in tudi drugih delov zasebnega prava) je bila takrat v precejšnji meri enotna (»obča«). Nacionalne kodifikacije so sicer sestavile pravno materijo v kompleksne logične sisteme in gotovo pomenijo enega ključnih momentov razvoja pravne misli, vendar pa so hkrati razmeroma enotno evropsko zasebnopravno tradicijo fragmentirale v okvire nacionalnih pravnih redov.⁸ Težnje po poenotenju (v tem smislu »denacionalizaciji«) so začele nastajati predvsem v zvezi s pravnimi razmerji, ki segajo v več nacionalnih pravnih redov (razmerja z mednarodnim elementom), kjer uporaba klasičnega mehanizma kolizijskih norm ni prinašala zaželenih rezultatov.

Prve pomembne korake na poti poenotenja pogodbenega prava je naredila primerjalnopravna znanost. Če naj se omeni eno samo ime, potem je to ime prof. Ernsta Rabela, ki je v obdobju med svetovnima vojnama začel projekt poenotenja prava prodajne pogodbe.⁹ Projekt se je na podlagi njegove primerjalnopravne raziskave nadaljeval po drugi svetovni vojni in pripeljal do sprejetja Haaških konvencij o mednarodni prodaji blaga (1964).¹⁰ Ti dve konvenciji (enotno haaško prodajno pravo) v

⁶ Avtonomno poenoteno pogodbeno pravo poznamo že v srednjem veku, ko se je vzporedno z razvojem trgovine in širjenjem vpliva italijanskih mestnih držav ter zaradi potreb po posebni pravni ureditvi »pravo trgovcev« (*ius mercatorum*, *lex mercatoria*) odcepilo od tedanjega civilnega prava (rimskega in kanonskega prava), vključno s trgovskim sodstvom. Ločeno urejanje civilnega in trgovskega (pri nas: »gospodarskega«) prava je bilo značilno tudi za prve kodifikacije, danes pa prevladuje monistična koncepcija. V zvezi s sodobnim poenotenjem prava se pogosto govori tudi o iskanju nove *lex mercatoria*, pri tem pa se želi bržkone bolj kot resnično povezanost obeh pojavov, ki je zaradi časovne oddaljenosti zbledela, poudariti potreba gospodarskih subjektov po enotnih pravilih poslovanja, zlasti na mednarodni ravni.

⁷ V obdobju občega prava so se rimskemu pravu pridružili elementi kanonskega prava in lokalnega običajnega prava. V 17. in 18. stoletju se v zvezi z uporabo te »posodobljene« različice rimskega prava govori o *usus modernus pandectarum*. O občepni recepciji rimsko-kanonskega prava glej: Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, München 1985, stran 7 in naslednje.

⁸ Več: Zimmermann: *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, 2001, stran 1 in naslednje.

⁹ Glej: Rabel, *Das Recht des Warenkaufs – eine rechtsvergleichende Darstellung*, de Gruyter, Berlin 1957.

¹⁰ Konvenciji o mednarodni prodaji blaga ter sklepanju prodajnih pogodb z dne 1. 7. 1964, ki sta v prilogi vsebovali

praksi nista zaživele, zato pa je toliko več uspeha doživela njuna naslednica – Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG – Dunajska konvencija), ki je naslednji pomemben korak na poti k poenotenju evropskega pogodbenega prava. Konvencijo je podpisalo 70 držav, med njimi skoraj vse evropske države, močno pa je vplivala tudi na druge projekte za poenotenje pogodbenega prava ter na nacionalne reforme. Svoj osnovni koncept ji dolguje tudi evropska direktiva o potrošniški prodaji in garancijah. Čeprav o stopnji svetovne harmonizacije prava prodajne pogodbe, ki jo je dejansko dosegla Konvencija, spričo pogostih izključitev njene veljave v praksi (*opt-out*) obstajajo različna mnenja, pa ne more biti dvoma o tem, da je Konvenciji uspelo razviti enoten in uporaben pravni okvir za analizo nekaterih kompleksnih pravnih vprašanj, ki lahko nastanejo v zvezi s prodajno pogodbo in v pogodbenem pravu na splošno.¹¹

V nasprotju z mednarodnimi konvencijami so Načela evropskega pogodbenega prava (Principles of European Contract Law – PECL) nastala na avtonomen, od držav neodvisen način: od začetka 80. let prejšnjega stoletja je skupina pravnih strokovnjakov pod vodstvom danskega profesorja Oleja Landa na primerjalnopravni podlagi in ob upoštevanju ureditev (tedanjih) držav ES in CISG ter vzoru ameriških »Restatements«¹² oblikovala modelna pravila evropskega pogodbenega prava ter jih izdala v treh zvezkih (1995, 1999 in 2003), skupaj s komentarji in primerjalnopravnimi opombami.¹³ Načela evropskega pogodbenega prava gradijo na skupnem jedru evropskih pogodbenopravnih ureditev in predstavljajo najboljše in najširše sprejemljive rešitve, združene v delujoč in moderen sistem, ki je tudi nekakšen most med kontinentalnim pravom in *common law*. Načela, čeprav jih stranke načeloma lahko vključijo v svoje pogodbe in jih tudi arbitraže lahko uporabijo kot izraz sodobne *lex mercatoriae*, niso avtoritativno zakonsko besedilo, ampak so mišljena bolj kot znanstvena podlaga za bodočo evropsko zakonodajo ter kot model, ki mu lahko sledijo nacionalni zakonodajalci. V približno istem času je pod okriljem Inštituta UNIDROIT v Rimu in pod vodstvom prof. Bonella nastajal soroden in vsebinsko precej vzporeden projekt: Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (Principles of International Commercial Contracts – PICC).¹⁴

Enotni zakon o mednarodni prodaji blaga in Enotni zakon o sklepanju pogodb o mednarodni prodaji blaga. T.i. enotno haaško prodajno pravo pa je močno vplivalo na nastanek jugoslovanskega Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR (1978), predhodnika slovenskega OZ. Glej: Schlechtriem/Možina, Pravo mednarodne prodaje, Ljubljana 2006, stran 4.

¹¹ McKendrick, Harmonisation of European Contract Law: The State We Are in, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford 2006, stran 7.

¹² »Restatements of law«, ki jih izdaja American Law Institute – nedržavna institucija, ki združuje praktike in akademike, na »mehak« način prispevajo k poenotenju civilnega prava, ki je v ZDA v prvi vrsti pravo zveznih držav in ne zveze. Vsebujejo nezavezujoča pravila (rules) v obliki členov, ki jih spremlja komentar, ki pojasnjuje, kaj je mišljeno s posameznim pravilom, ter opombe (»notes«), ki pojasnjujejo, kako je posamezno pravilo povezano z obstoječim pravom.

¹³ The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I, II, III, Kluwer Law International, 1995–2003. Prvi in drugi zvezek urejata sklenitev pogodbe, zastopanje, veljavnost pogodb, razlago, vsebino in učinek pogodb, izpolnitev ter neizpolnitev (kršitev) in pravna sredstva. Tretji del vsebuje določbe o obveznostih z več upniki ali dolžniki, prenosu terjatev (cesiji), prevzemu dolga, prenosu pogodb, pobotanju, zastaranju, protipravnosti, pogojih in kapitalizaciji obresti.

3. Pogodbeno pravo ES¹⁵

Evropska skupnost ni bila ustanovljena zaradi poenotenja zasebnega prava, ampak predvsem za integracijo trgov. Zato Skupnost po Pogodbi o ES nima neposredne pristojnosti za sprejemanje zasebnopravne zakonodaje. Ima pa možnost sprejemanja ukrepov na podlagi nekaterih posamičnih določb, zlasti 95. člena PES, ki omogoča harmonizacijske ukrepe zaradi vzpostavitve in delovanja skupnega trga.¹⁶ Predpostavka je, da različnost ureditev držav članic pomeni oviro za delovanje skupnega trga. Razen tega ima Skupnost v 153. členu PES tudi pristojnost za ukrepe za zagotovitev visoke ravni varstva potrošnikov.¹⁷ Od sredine 80. let prejšnjega stoletja je Skupnost izdala vrsto direktiv, predvsem s področja varstva potrošnikov, ki tvorijo srce pogodbenopravnega *acquis communautaire*. Večina direktiv ureja področja, ki se z vidika klasičnega pogodbenega prava zdijo obrobna, nanje pa se pogosto prej kot na pogodbeno pravo gleda kot na konkretizacijo prepovedi nepoštenih poslovnih praks. Direktive določajo posebna pravila o sklepanju nekaterih tipov potrošniških pogodb, predvsem obveznosti podjetja glede predpogodbenega seznanjanja potrošnika z določenimi informacijami o poslu nekateri pa potrošnika varujejo pred nepremišljenim prevzemanjem obveznosti tudi s pravico, da si v določenem roku premisli in brez posledic prekliče svojo izjavo volje (*cooling-off*), kar v slovenskem pravu nekoliko nenatančno imenujemo »odstop«.¹⁸ Direktive se nanašajo na pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov (»pogodbe od vrat do vrat«),¹⁹ pogodbe, sklenjene na daljavo,²⁰ pogodbe o paketnih turističnih

¹⁴ Glej na primer Canaris, »Die Stellung der 'UNIDROIT Principles' und der 'Principles of European Contract Law' im System der Rechtsquellen«, v: Basedow (ur.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000.

¹⁵ Poglavlje delno povzeto po: Možina, Evropeizacija in modernizacija obligacijskega prava, Podjetje in delo, št. 6-7/2008.

¹⁶ Tudi po členu 94 PES lahko Svet izda direktive za približevanje nacionalnih zakonodaj, ki neposredno vplivajo na vzpostavitev ali delovanje skupnega trga, vendar se zahteva soglasje držav članic v Svetu. Skupnost ima možnost sprejemanja ukrepov tudi na podlagi člena 308 PES, ki pa prav tako zahteva soglasje. Glej tudi: Škrk, Harmonizacija evropskega pogodbenega prava, Pravna praksa, št. 37/2006, stran 6.

¹⁷ Vendar pa tretji odstavek 153. člena nakazuje nazaj na člen 95 PES.

¹⁸ V slovenskem pravu »pravica do odstopa« označuje tako odstopno upravičenje kot posledico kršitve pogodbe (na primer člena 103 in 468 OZ) kot tudi odstop v potrošniškem pravu, kjer ima potrošnik pravico, da prekliče svojo izjavo volje (na primer člen 43č ZVPot). V tujih pravnih redih se ta dva primera tudi terminološko razlikujeta: pravica odstopa zaradi kršitve se na primer v angleškem pravu imenuje right to termination, v nemškem pa Rücktrittsrecht, medtem ko se »potrošniška« pravica odstopa označuje z right of withdrawal oziroma Widerrufsrecht. Razlikovanje je utemeljeno, saj se obe obliki razveljavitve pogodbe po predpostavkah, mehanizmu delovanja in pravnih posledicah razlikujeta.

¹⁹ Direktiva Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 o varstvu potrošnikov pri pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, UL L 372/31.

²⁰ Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov pri sklepanju pogodb na daljavo, OJ L 144, ter Direktiva 2002/65/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo in o spremembi Direktive Sveta 90/619/EGS ter Direktiv 97/7/ES in 98/27/ES, UL L 271.

storitvah,²¹ pogodbe o časovnem zakupu nepremičnin (*time-sharing*)²² in na pogodbe o potrošniških posojilih.²³ Pogodbenega prava se dotika tudi direktiva o elektronskem poslovanju.²⁴ V gospodarsko pogodbeno pravo spadata direktiva o samozaposlenih trgovskih zastopnikih²⁵ ter direktiva o zamudah pri plačilih v gospodarskih poslih.²⁶

Najmanj dve izmed potrošniških direktiv pa sta drugačne narave in ju nikakor ni mogoče šteti za obrobni, saj urejata materijo, ki je trdno zasidrana v temelje pogodbenega prava. Direktiva o potrošniški prodaji²⁷ določa kupčeve pravice na podlagi neskladnosti blaga s prodajno pogodbo, direktiva o nepoštenih pogojih v potrošniških pogodbah²⁸ pa odvzema veljavnost splošnim pogodbenim pogojem, ki niso bili posamično dogovorjeni in v nasprotju z načelom dobre vere posegajo v pogodbeno ekvivalenco. Ti dve direktivi sta pomembno prispevali h krepitvi razprave o širšem poenotenju evropskega pogodbenega prava, ponekod pa sta sprožili tudi dvome o pristojnosti Skupnosti za spreminjanje pogodbenega prava.²⁹

Obstoječe pogodbeno pravo ES ima tudi številne pomanjkljivosti. Glede učinkovitosti načela minimalne harmonizacije, ki mu sledijo direktive, obstajajo resni dvomi: pravilo, da smejo države članice zagotoviti višjo raven varstva potrošnikov od standarda iz direktiv, ustvarja nove razlike med pravnimi redi, kar je v direktnem nasprotju s ciljem harmonizacije. Značilnost pogodbenega prava ES je tudi, da je nastal brez sistematičnega in dogmatičnega okvira, kakršnega poznajo nacionalni sistemi pogodbenega prava, posledično pa je mestoma nekoherenten.³⁰ Pri implementaciji v nacionalno pravo nastajajo številne težave. Direktive so jezikovno šibke, pravni pojmi so pogosto zelo abstraktni, uporabljajo pa se neenotno. Številna vprašanja so rešena nepopolno, praznine

²¹ Direktiva Sveta 90/314/EGS z dne 13. junija 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih, UL L 158/59.

²² Direktiva 94/47/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. oktobra 1994 o varstvu potrošnikov v zvezi z nekaterimi vidiki pogodb o nakupu pravice do uporabe nepremičnin na podlagi časovnega zakupa, UL L 280.

²³ Direktiva Sveta 87/102/EGS z dne 22. decembra 1986 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi s potrošniškimi posojili, spremenjena z Direktivo Sveta 90/88/EGS z dne 22. februarja 1990 ter Direktivo 98/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998, UL L 42, L 61 in L 101.

²⁴ 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, UL L 178.

²⁵ Direktiva Sveta 86/653/EGS z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih, UL L 382/17.

²⁶ Direktiva 2000/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. junija 2000 o boju proti zamudah pri plačilih v trgovinskih poslih, UL L 200/35.

²⁷ Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njimi povezanih garancij, UL L 171/12.

²⁸ Direktiva Sveta 93/13/ES z dne 5. aprila 1993 o nepoštenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL L 95.

²⁹ Vogenauer/Weatherill, v: *The EC's Competence to Pursue Harmonisation*, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, stran 107.

³⁰ Tako na primer več direktiv omogoča potrošniku odstop od pogodbe (preklie), vendar pa različno urejajo modalitete, zlasti roke in pravne posledice.

pa stopnjujejo napetosti z nacionalnim pravom. Poleg tega pri mednarodnih pogodbenih razmerjih, ki naj bi jih notranji trg ravno spodbujal, zapleten sistem kolizijskih pravil mednarodnega zasebnega prava ne daje ustreznih, zlasti ne dovolj predvidljivih rezultatov, kar slabo vpliva na čezmejno sklepanje pogodb. To še zlasti velja za razmerja s potrošniki, kjer so slednji ne glede na izbiro prava deležni varstva s prisilnimi predpisi domačih držav. Ta argument velja za nekatera področja poslovanja bolj kot za druga, prepričljiv je predvsem v zavarovalništvu, kjer so pogodbeni pogoji ključni del produkta.³¹

Razprava o sistematičnem poenotenju evropskega pogodbenega prava in zasebnega prava na splošno ima tudi politično dimenzijo. Sledi novim pogojem čezmejnega pravnega prometa, ki jih je vzpostavil skupni trg, ustanovitvi Evropske unije z Maastrichtsko pogodbo (1992) ter nastanku gospodarske in denarne unije. Potem ko je Evropski parlament že v letih 1989 in 1994 opozoril, da je harmonizacija določenih delov zasebnega prava ključna za delovanje notranjega trga, in pozval k začetku priprav na evropski civilni zakonik,³² je tudi Evropski svet v letu 1999 (Tampere) sklenil, naj se pripravi raziskava o potrebi približevanja zasebnopravne zakonodaje držav članic za nemoteno delovanje gospodarskega prometa.³³

4. Komisija: sporočilo o evropskem pogodbenem pravu (2001), akcijski načrt (2003) in pot naprej (2004)

V letu 2001 se je v razpravo vključila Komisija ES ter izdala »Sporočilo o evropskem pogodbenem pravu«.³⁴ Izrazila je skrb, da bi utegnila različnost pravnih ureditev pomeniti oviro čezmejnemu poslovanju na notranjem trgu. Da bi spodbudila razpravo in odzive kar najširšega kroga zainteresiranih, je predstavila štiri možne rešitve za težave, ki izvirajo iz razlik med pravnimi redi držav članic ter nekoherentnosti potrošniške zakonodaje ES: (1) nobene aktivnosti na ravni ES, prepustitev trgu; (2) spodbujanje razvoja skupnih načel pogodbenega prava, ki bi vodile v večjo konvergenco nacionalnih ureditev; (3) izboljšanje kakovosti obstoječe zakonodaje, predvsem revizija obstoječih direktiv, modernizacija in poenostavitev; (4) sprejemanje obširne nove zakonodaje na ravni ES.

³¹ Wilhelmsson, Full harmonisation of Consumer Contract Law? ZEuP 2/2008, 226.

³² UL C 158 z dne 26. 6. 2989 (resolucija A2-157/89), UL C 205 z dne 25. 7. 1994 (resolucija A3-0329/94). Glej tudi resolucijo iz leta 2000, UL C 377 z dne 29. 12. 2000 (resolucija B5-0228, 0229-0230/2000).

³³ Glej 39. odstavek sklepov Evropskega sveta, Tampere, 15-16. oktober 1999.

³⁴ Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o evropskem pogodbenem pravu, KOM (2001) 398 final, UL C 225/1.

Komisija je zbrala odzive in v letu 2003 izdala novo Sporočilo (»Akcijski načrt«), s katerim je oznanila, da je večina zainteresiranih podprla opcijo št. 3 za izboljšanje kakovosti obstoječe zakonodaje, da pa je veliko podpore prejela tudi opcija št. 2 za razvoj skupnih načel pogodbenega prava.³⁵ Z Akcijskim načrtom je Komisija začela novo poglavje v razvoju evropskega pogodbenega prava, saj se ni omejila na individualne ukrepe in regulativne cilje v posameznih »politikah«, ki bi se sicer nadaljevali, temveč se je nedvoumno izrekla za povečanje koherence na sistematičen način, ki presega dotedanji sektorski pristop. Predlagala je kombinacijo zakonodajnih in nezakonodajnih ukrepov, ki naj bi izboljšali koherenco *acquis communautaire* in spodbudili uporabo notnih splošnih pogojev v ES, raziskava pa naj bi odgovorila na vprašanje, ali bi bilo težave mogoče odpraviti s sistemskimi (nesektorskimi) rešitvami, kot na primer z opcijskim instrumentom – nizom pravil, ki bi ga pogodbene stranke lahko izbrale kot merodajnega za svoje razmerje. Osrednji projekt za izboljšanje *acquis* naj bi bil »Skupni referenčni okvir« (CFR) za evropsko pogodbeno pravo, ki naj bi vseboval notne definicije osnovnih pojmov ter modelna pravila, izdelana na primerjalnopravni podlagi. Bil naj bi tudi podlaga za razmislek o opcijskem instrumentu, pri njegovem nastajanju pa naj bi sodeloval čim širši krog zainteresiranih strani. Z njim želi Komisija premostiti prepad med sistematičnim in celovitim pristopom izdelkov pravne znanosti ter pogodbenim pravom ES, saj glede virov poudarja kombinacijo dveh pristopov: po eni strani skupnih Načel, izdelanih s primerjalnopravnim delom na podlagi nacionalnih pravnih redov in konvencij, po drugi pa analizo obstoječega *acquis communautaire*.³⁶ Komisija je tudi izrecno poudarila, da ne namerava ustvariti evropskega civilnega zakonika.

V letu 2004 je Komisija izdala novo »Sporočilo o evropskem pogodbenem pravu in reviziji *acquis*: Pot naprej«,³⁷ v katerem je podrobneje predstavila predvideno strukturo in vsebino CFR. Sestavljen naj bi bil iz skupnih temeljnih načel, definicij pojmov in modelnih pravil. Čeprav bi po obliki spominjal na zakon, naj ne bi imel zavezujoče pravne narave, vendarle pa naj bi vplival na oblikovanje tako evropske kot nacionalne zakonodaje. CFR naj bi bil torej nezavezujoče, a vendarle referenčno pravno besedilo. Uporabljal naj bi se predvsem kot pripomoček za izboljšanje obstoječega *acquis*, kot nekakšna »škatla za orodje« (*tool-box*) oziroma priročnik evropskega pogodbenega prava, namenjena predvsem evropskemu zakonodajalcu.³⁸ Izpolnjeval pa bi lahko tudi druge vloge, predvsem kot model za nacionalne zakonodajalce, zlasti glede harmonične

³⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European Contract law – An Action Plan, COM (2003) 68 final, UL C 63 z dne 15. 3. 2003.

³⁶ Schulze, *Gemeinsamer Referenzrahmen und *acquis communautaire**, ZEuP 2007, stran 133.

³⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the *acquis*: The Way Forward, COM (2004) 651 final, z dne 11. 10. 2004. Glej: Schmidt-Kessel, *Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004*, GPR 1/05, strani 2–8.

³⁸ Glej Report from the Commission: Second Progress Report on the Common Frame of Reference, COM (2007) 447 final.

implementacije direktiv v nacionalno pravo. Predvsem v tem smislu bi lahko bil CFR tudi sredstvo za »mehko« harmonizacijo. Pri razlagi *acquis* bi ga lahko uporabljali Sodišče ES in arbitraže, pri pripravi splošnih pogodbenih pogojev pa tudi podjetja. Bil naj bi tudi podlaga za razpravo o morebitnem opcijem instrumentu v prihodnosti.³⁹ Kot kaže, pa naj bi bil projekt sprva usmerjen predvsem v izboljšanje obstoječih potrošniških direktiv. S tem je povezan tudi drug, do neke mere vzporeden projekt, ki ga Komisija prav tako predstavlja v sporočilu iz leta 2004: revizija osmih direktiv s področja prava potrošnikov naj bi pokazala, ali izpolnjujejo cilje varstva potrošnika in notranjega trga.⁴⁰ Po besedah Komisije v zadnjem času so njeni osrednji cilji vendarle predvsem ustvarjanje zaupanja potrošnikov in podjetij v notranji trg, odpravljanje ovir za njegovo delovanje, zagotavljanje visoke ravni varstva potrošnikov in poenostavitev zakonodaje.

Na bruseljskem vrhu Evropskega sveta (4.–5. novembra 2004) so tudi predsedniki držav in vlad držav članic v haaški program za krepitev svobode, varnosti in pravice v EU zapisali, da je »v zadevah pogodbenega prava ... treba izboljšati kakovost obstoječe in bodoče zakonodaje EU z ukrepi konsolidacije, kodifikacije in racionalizacije veljavnih pravnih instrumentov in z razvijanjem Skupnega referenčnega okvira«.⁴¹

5. Nastajanje »akademskega« osnutka skupnega referenčnega okvira – DCFR

V delo različnih znanstvenih skupin, ki so delovale na področju evropskega zasebnega prava, se je vključila Komisija ES in njihovo delo povezala, ga finančno podprla in izjemno pospešila. Od leta 2005 skupina več kot 150 znanstvenikov s 60 evropskih univerz (»Network of excellence«), financirana v okviru šestega okvirnega raziskovalnega programa EU, izdeluje osnutek Skupnega referenčnega okvira (Draft CFR), ki ga nekateri, bržkone zaradi provenience njegovih avtorjev, imenujejo tudi »akademski«. Najpomembnejši med mednarodnimi raziskovalnimi skupinami sta »Study Group on a European Civil Code« pod vodstvom prof. Christiana von Bara in »Research Group on the Existing EC Private Law« (*Acquis Group*), ki jo vodi prof. Hans Schulte-Nölke.⁴² Mreža znanstvenikov naj bi, nekoliko poenostavljeno, predelala in razširila Načela evropskega

³⁹ Glej: Staudenmayer, What does European Contract Law Mean, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, stran 235.

⁴⁰ Glej Report from the Commission: First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review, COM (2005) 456 final. Gre za direktive, ki se nanašajo na naslednja področja: sklepanje pogodb zunaj poslovnih prostorov, paketne turistične storitve, nepošteni pogodbeni pogoji, časovni zakup nepremičnin, sklepanje pogodb na daljavo, označevanje cen, opustitvene tožbe in potrošniška prodajna pogodba.

⁴¹ UL C 53 z dne 3. 3. 2005, tč. 3.4.4, stran 14.

pogodbenega prava (PECL) v »restatement«, imenovan CFR. Delo je izpostavljeno izjemnemu časovnemu pritisku: prvi osnutek je moral biti Komisiji predložen do konca 2007. V začetku leta 2008 je izšel »Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim outline edition«,⁴³ od tedaj pa se o njem zgoščeno vrstijo konference, seminarji, članki in knjige.⁴⁴ DCFR seveda ni mogel v celoti nastati v treh letih, ampak je v veliki meri rezultat že prej opravljenega dela – dolgoročnih znanstvenih projektov, predvsem PECL. Do konca leta 2008 naj bi mreža raziskovalcev Komisiji predložila končni rezultat projekta, skupaj s komentarjem in primerjalnopravnimi opombami. Izjemno kratek rok za pripravo DCFR, ki ga je postavila Komisija, je tudi eden njegovih bolj problematičnih vidikov. Po načrtih Komisije naj bi bil končni, politični CFR sprejet v letu 2009, še pred iztekom mandata Barrosove ekipe,⁴⁵ kar pa se ne zdi izvedljivo.

Pri pripravi DCFR sta imeli dve glavni raziskovalni skupini različen pristop in različne vire. Skupina za evropski civilni zakonik (*Study group on a European Civil Code*) je uporabljala predvsem rezultate primerjalnopravnega dela na podlagi nacionalnih pravnih redov in CISG, ki jih utelešajo zlasti PECL, razvila pa je tudi vrsto novih pravl. Nasprotno pa je Skupina za raziskavo obstoječega zasebnega prava Skupnosti (*Acquis group*) pripravila tiste dele DCFR, ki temeljijo na načelih obstoječega prava Skupnosti (*Principles of the Existing EC – Private Law*).⁴⁶ Ta načela so bila izdelana na podlagi prava Skupnosti, implementacije v nacionalno pravo ter sodne prakse Sodišča ES, ne pa tudi »čistega« nacionalnega prava. V tem smislu so nekakšno nasprotje Načel evropskega pogodbenega prava (PECL), ki zasebnega prava Skupnosti niso upoštevala in so bila izdelana le na podlagi nacionalnih ureditev in CISG. Ob začetku nastajanja PECL pogodbenega prava ES namreč še ni bilo, pozneje pa so avtorji Načel začetni pristop pač nadaljevali. Skupina *Acquis* se je lotila projekta iskanja in razvoja splošnejših načel v obstoječem pravu ES. Načela obstoječega prava Skupnosti (*Acquis Principles – ACQP*) pa niso le sistematičen »restatement« oziroma vizualizacija obstoječega prava Skupnosti, ampak vključujejo tudi razvojni moment v smislu zaželenega prava. Ker so največji

⁴² Druge sodelujoče skupine so: Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, francoska zveza Henri Capitant, t.i. »Common-core« skupina iz Trenta, skupina, ki se ukvarja z ekonomsko analizo projekta, skupina, ki pripravlja bazo podatkov o evropskem pogodbenem pravu, ter Evropska pravna akademija Trier, ki organizira konference. Glej: von Bar/Schulte-Nölke, *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, ZRP 5/2005, stran 165.

⁴³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Sellier, München, 2008, brezplačno dostopno tudi na internetu: http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/569.principles_definitions_and_model_rules_of_european_private_law.htm.

⁴⁴ *Europäische Rechtsakademie Trier* je eno od konferenc, posvečenih DCFR, v sodelovanju z Ministrstvom za pravosodje RS organizirala tudi v Ljubljani 28.–29. aprila 2008.

⁴⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *European Contract Law and the revision of the acquis: The Way Forward*, COM (2004) 651 final, z dne 11. 10. 2004, stran 13.

⁴⁶ *The Research Group on the Existing EC Private Law, Contract I – Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, München 2007. Nemška verzija načel brez komentarja je objavljena tudi v ZEuP 2000, strani 896–908.

del pogodbenega prava skupnosti pravila varstva potrošnikov, gre pri Načelih Acquis pravzaprav za splošno pogodbeno pravo na podlagi evropskega potrošniškega *acquis*.⁴⁷ Velja tudi omeniti, da tako *Study Group on European Civil Code* kot tudi Skupina *Acquis* objavlja tudi ločene samostojne publikacije o posameznih pravnih področjih.⁴⁸ Tako je DCFR pravzaprav kompilacija več zbirk načel (tako PECL kot PEL in ACQP), od katerih ima sicer vsaka zbirka načel različen obseg⁴⁹ in tudi namen. V DCFR pa za zdaj še ni vključeno zavarovalno pogodbeno pravo, katerega »načela« bodo objavljena posebej.⁵⁰ Vzporedno z nastajanjem DCFR je potekala serija posvetovalnih delavnic (*Stakeholder-network*), na katerih so zastopniki industrije, potrošniških organizacij, odvetniki, notarji in druga zainteresirana javnost pregledovali osnutke CFR in razpravljali o njihovi uporabnosti za prakso.

6. Obseg in struktura DCFR

Obseg »akademskega« DCFR je zastavljen veliko širše, kot nakazuje Sporočilo komisije iz leta 2004, ki omenja del splošnega pogodbenega prava ter posebna pravila za prodajne in zavarovalne pogodbe.⁵¹ Širši je tudi od Načel evropskega pogodbenega prava (PECL), ki so sicer že sama prešla okvire pogodbenega prava in urejajo tudi nekatera obligacijskopravna vprašanja, ki imajo v civilnem pravu splošen pomen, kot na primer obveznosti z več strankami, odstop terjatev, pobotanje in zastaranje. Drugače kot PECL, katerih struktura vendarle temelji na pojmu pogodbe, je osnovna struktura DCFR zgrajena na abstraktnjšem konceptu obligacije (obveznosti). Poleg splošnega pogodbenega prava in nekaterih splošnih obligacijskopravnih institutov vsebuje DCFR

⁴⁷ Jansen/Zimmermann, *Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?* JZ 23/2007, stran 1115.

⁴⁸ *Study Group on a European Civil Code* (izd.), *Principles of European law – Service Contracts*, Sellier München 2006; *Principles of European law – Sales Contracts*, Sellier, München 2008; *Principles of European law – Lease of Goods*, Sellier, München 2008; *Principles of European law – Service Contracts*, Sellier, München 2006; *Principles of European Law – Personal Security*, Sellier, München 2007; *Principles of European Law – Benevolent Intervention in Another's Affairs*, München 2006.

⁴⁹ PECL obravnavajo splošno pogodbeno pravo in del obligacijskega prava, ki presega zgolj pogodbeno pravo (na primer zastaranje, pobotanje ipd.), izdelana pa so na podlagi prava 10–15 držav članic ter CISG; ACQP vključujejo splošno pogodbeno pravo in nekatere posamične pogodbe, regulirane na ravni ES; PEL vključujejo posamične pogodbe ter nepogodbene obveznosti kot tudi nekatera vprašanja premičninskega stvarnega prava ter ustanov, izdelana pa so na podlagi prava 27 držav članic.

⁵⁰ Schulze, *The Academic draft of the CFR and the EC Contract Law*, v: Schulze (ur.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, München 2008, stran 6.

⁵¹ To sporočilo (op. št. 35) v I. prilogi navaja »možno strukturo CFR«. Razdeljen naj bi bil na tri poglavja, v prvem naj bi bila temeljna načela, v drugem definicije pojmov, v tretjem pa vzorčna pravila (model rules). Ta naj bi bila sestavljena iz devetih odsekov: pogodba (sklenitev, oblika, zastopanje, veljavnost, razlaga, vsebina), predpogodbene obveznosti, izpolnitev in pravna sredstva za neizpolnitev, obveznosti z več strankami, odstop terjatve, zamenjava dolžnika, zastaranje, posebna pravila za prodajno pogodbo, posebna pravila za zavarovalno pogodbo.

tudi vrsto pravil za posamične pogodbe (prodaja, najem, storitve, mandat, trgovsko zastopanje, franšiza in distribucija, posojila in osebna zavarovanja), predvsem pa tudi pravo nepogodbenih obveznosti – pravice in obveznosti, ki izhajajo iz neupravičene obogatitve, »dobronamernih posegov v tuje posle« (poslovodstvo brez naročila) ter iz »povzročitve škode drugemu« (deliktno odškodninsko pravo). V končni različici naj bi DCFR vseboval tudi del premičninskega stvarnega prava, kot na primer prenos lastninske pravice in premoženjska zavarovanja ter pravo ustanov.⁵² Raziskovalna skupina je želela Komisiji, Svetu in parlamentu zagotoviti dovolj široko podlago za informirano odločitev, nekakšen meni področij, ki bi jih bilo mogoče vključiti v končni CFR, zaradi večje koherence pa je poskušala zajeti vso za notranji trg relevantno materijo obligacijskega in stvarnega prava, ki jo vidi kot organsko celoto in poudarja njeno notranjo neločljivo povezanost.⁵³ Zgolj obravnava splošnega pogodbenega prava po mnenju skupine ne bi zadoščala, kajti splošna pravila je treba preizkusiti in po potrebi dopolniti glede na najpomembnejše posamezne pogodbe. Po drugi strani DCFR po besedah njegovih avtorjev tudi ne bi mogel vsebovati zgolj pravil o potrošniških pogodbah, saj potrošniško pravo ni samostojno in neodvisno področje zasebnega prava: sestavljajo ga odstopanja od splošnih zasebnopravnih načel, zato ga ni mogoče razvijati brez njih.⁵⁴ Vključitev prava nepogodbenih obveznosti je obrazložena s pogosto težko določljivo mejo med pogodbenim pravom in drugimi področji. Obligacijsko pravo, ki ga avtorji DCFR vidijo kot organsko celoto, je dopolnjeno tudi z nekaterimi področji premičninskega stvarnega prava, ki so pomembna za delovanje notranjega trga.⁵⁵

Vmesna skica osnutka DCFR (DCFR – Interim outline odition) vsebuje sedem knjig in dve prilogi. Knjige VIII–X naj bi bile objavljene pozneje, vsebovale pa naj bi ureditve prenosa lastninske pravice na premičninah, premičninskih zavarovanj in ustanov.

Prva knjiga (Splošne določbe) vsebuje le šest členov. Prvi (člen I-1:101) med njimi opredeljuje predvideno področje uporabe (»predvsem« glede pogodbenih in nepogodbenih pravic in obveznosti ter povezanih stvarnopravnih vprašanj), pri tem pa velja opozoriti zlasti na področja, ki so iz DCFR izključena: status ali pravna sposobnost fizičnih oseb, oporoke in dedovanje, družinska razmerja – vključno s premoženjskimi razmerji, menice, čeki, zadolžnice in drugi vrednostni papirji, delovna razmerja, lastninska pravice in pravice zavarovanja na nepremičninah ter ustanovitev, pravna osebnost, notranja organizacija, regulacija ali prenehanje gospodarskih družb in podobnih struktur, ter zadeve, ki se nanašajo predvsem na postopek ali izvršbo. Druge določbe prve knjige se nanašajo na razlago in razvoj teh pravil, opredeljujejo pomen

⁵² Glej točko 39 uvoda v DCFR – Interim outline edition (op. št. 41), stran 19.

⁵³ Von Bar/Schulte-Nölke, *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, ZRP 5/2005, stran 166.

⁵⁴ Tako 42. točka uvoda v DCFR – Interim outline edition (op. št. 41), stran 20.

⁵⁵ *Ibidem*.

»pisnosti«, »tekstovne oblike«, »podpisa« in še nekaterih elementov oblike pravnih poslov, glede definicij pojmov in računanja časa pa odkazujejo na obe prilogi. Prva priloga vsebuje 122 definicij pojmov, druga pa razmeroma izčrpana pravila o štetju časa.

Druga knjiga vsebuje pravila o pogodbah in drugih pravnih poslih. Splošnim določbam, ki jih sestavljajo definiciji »pogodbe« in »pravnega posla«, načelo avtonomije volje, pravilo o pomenu običajev in prakse, pravilo o učinkovanju izjave volje, pravilo o mešanih pogodbah in še nekatera pravila, sledi drugo poglavje o prepovedi diskriminacije v zasebnem pravu in sankcijah zanjo. Tretje poglavje obravnava pravila trženja in predpogodbene obveznosti. Četrto poglavje vsebuje pravila o sklenitvi pogodbe, peto pa obravnava pravico odstopa (preklica) v potrošniških pogodbah, tako imenovani *cooling-off*. V šestem poglavju so pravila o zastopanju, sedmo sestavljajo pravila o neveljavnosti pogodb (zmota, prevara, grožnja, izkoriščanje, pa tudi kršitev temeljnih načel in kogentnih norm), osmo pravila o razlagi, deveto pa pravila o vsebini in učinku pogodb, kamor spadajo tudi pravila o splošnih pogojih pogodbe.

Tudi tretja knjiga (Obveznosti in pravice) se začne s splošnimi določbami, ki vključujejo nekatere definicije, načelo dobre vere in poštenja, pa tudi pravila o spremenjenih okoliščinah in še nekatere določbe. Drugo poglavje vsebuje pravila o izpolnitvi obveznosti, tretje pa o pravnih sredstvih za kršitev (»neizpolnitev«) obveznosti – o izpolnitvenem zahtevku in njegovih omejitvah, zadržanju lastne izpolnitve, razveljavitvi pogodbe (odstopu) in njenih posledicah, znižanju cene ter odškodnini in obrestih. Četrto poglavje obravnava obveznosti z več strankami, peto pa prenos pravic in obveznosti. V šestem poglavju so pravila o pobotanju in prenehanju obveznosti zaradi združitve, sedmo pa obravnava zastaranje.

Četrta knjiga združuje pravila nekaterih posamičnih pogodb. V šestih delih so urejeni: prodaja, najem premičnin, pogodbe o storitvah, mandat, pogodbe o trgovskem zastopanju, franšizi in distribuciji ter pogodba o osebnih zavarovanjih. Ureditev prodajne pogodbe temelji na CISG in Direktivi 99/44/ES o potrošniški prodaji. Obsežneje so urejene »potrošniške garancije« (komercialne oziroma prostovoljne garancije). Tudi ureditev pogodbe o najemu premičnin je pri pogodbah s potrošniki kogentna. Novost je regulacija pogodb o opravljanju storitev (*services*), kjer splošnemu delu, ki ga sestavlja dve poglavji (splošne določbe in splošna ureditev pogodb o storitvah), sledijo poglavja: o gradbeni pogodbi (*construction*), o pogodbi o predelavi (*processing*), o shranjevalni pogodbi (*storage*), o pogodbi o oblikovanju (*design*), pogodbi o informiranju in svetovanju (*information and advice*) ter pogodbi o zdravljenju (*treatment*). Sledi obsežna regulacija mandatne pogodbe, v naslednjem poglavju pa so urejene pogodbe o trgovskem zastopanju, franšizi in distribuciji ter osebnih zavarovanjih. Tudi to poglavje se začne s splošnimi ter nadaljuje s posebnimi določbami, zanimivi sta ureditvi pogodb o franšizi in distribuciji, ki jih večina civilnih zakonikov ne ureja. Poglavje o osebnih zavarovanjih je

razdeljeno na splošne določbe, določbe o poročstvu in določbe o samostojnih garancijah, ima pa tudi poseben oddelek o osebnih zavarovanjih, ki jih dajejo potrošniki, kar je prav tako novost.

V razmeroma kratki peti knjigi so pravila o poslovodstvu brez naročila (*benevolent intervention in another's affairs*). Šesta knjiga z naslovom »nepogodbena odgovornost na podlagi povzročitve škode drugemu« (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*) vsebuje deliktno odškodninsko pravo. To temelji na osnovnem pravilu iz člena VI: 101: oseba, ki pretrpi »pravno relevantno škodo«, ima pravico zahtevati njeno povrnitev (reparacijo) od osebe, ki je škodo povzročila naklepno ali malomarno ali ki drugače odgovarja za povzročitev škode. Splošni elementi škodnega dogodka so: (pravno relevantna) škoda, pripisljivost (odgovornost) ter vzročna zveza med škodo in razlogom pripisljivosti. Temeljnim določbam sledijo poglavja o pravno relevantni škodi, odgovornosti (tako krivdni kot odgovornosti ne glede na krivdo), vzročnosti, ugovorih (razbremenitvi odgovornosti) in zahtevkih oškodovanca (reparacija). V sedmi knjigi so zbrana pravila o neupravičeni obogatitvi.

7. Kritike DCFR

Skupina šestih uglednih nemških profesorjev objavila članek, v katerem se do DCFR opredeljuje zelo kritično.⁵⁶ Avtorjem očitajo vrsto pomanjkljivosti, zlasti vrednotnih nasprotij ter inkonsistentnosti posamičnih pravil. Grajjajo med drugim zmanjševanje pomena pogodbene avtonomije, ki ga pripisujejo DCFR, katerega pogodbeno pravo naj bi bilo v veliki meri kogentno. V tem smislu očitajo tudi pomanjkanje debate oziroma celo soglasja o temeljnih »ustavnih« vrednotah ES, zlasti glede razmerja med pogodbeno avtonomijo in socialno pravičnostjo. Ta kritika ni upravičena in se pravzaprav niti ne nanaša na sam DCFR, ampak prej na že sprejete direktive, saj DCFR v bistvenem ohranja obstoječe razmerje med avtonomijo in intervencionizmom. Bolj upravičena se zdi pripomba, da naj bi DCFR spričo velike količine generalnih klavzul in odprtih pojmov zmanjševal pravno varnost in odpiral vrata sodniški arbitrarnosti. Besedilo je v tem smislu, na primer pri oblikovanju končnega CFR ali morebitnega opcijskega instrumenta, bržkone mogoče še izboljšati. Da bi DCFR lahko postal primerna podlaga za opcijski instrument, pravijo kritiki, bi bila potrebna ponovna razprava o normativnih podlagah referenčnega okvira, ki naj bi bile tudi med avtorji DCFR še nedorečene, boljša integracija *acquis communautaire* ter skupnih načel pogodbenega prava, ter

⁵⁶ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, Der gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht, JZ 2008, strani 529-549.

drugačna nomotehnika, ki bi določeneje odgovorila na odprta pravna vprašanja. Zato menijo, da DCFR še ni »zrel« za politično legitimacijo, ampak se mora znanstvena razprava o strukturah, vrednotah in pravilih evropskega zasebnega prava nadaljevati.⁵⁷ Druga kritika, ki se ji pridružujem tudi sam, graja predvsem preširoko strukturo DCFR, ki temelji na konceptu obligacije in ureja tako rekoč celo obligacijsko pravo, namesto da bi se osredotočil na »pogodbe« in pogodbeno pravo, kjer so pravne in politične možnosti za uveljavitev realnejše.⁵⁸ Nagnjenost DCFR k abstraktnim konceptom, kjer je pogodba v terminološki strukturi le podkategorija »pravnih poslov«, zamegljuje fokus na pogodbeno pravo.⁵⁹ Namesto splošnega pogodbenega prava želi DCFR ustvariti (splošno) obligacijsko pravo. Široka zasnova DCFR sicer omogoča primerjavo in razpravo o nekaterih osnovnih pojmih zasebnega prava in jo je mogoče uporabiti za raziskovanje povezav med elementi pogodbenega prava in drugimi področji. Vendarle pa bi moral DCFR bolj kot na abstraktnih konceptualnih strukturah temeljiti na reševanju konkretnih vprašanj – predvsem pogodbenega prava.⁶⁰ V ta namen ga bo treba, če naj res pomeni podlago za prihodnje evropsko pogodbeno pravo, korenito revidirati.

8. Na poti od »akademskega« do »političnega« CFR: predsedovanje Slovenije svetu EU

387

Po objavi vmesnega osnutka CFR (DCFR) je nastopilo obdobje njegovega intenzivnega proučevanja, razprave o evropskem pogodbenem pravu pa so se še okrepile. V ta čas je padlo tudi predsedovanje Slovenije Svetu EU. Cilj slovenskega predsedovanja na tem področju je bil oblikovati stališče Sveta do temeljnih vidikov bodočega (političnega) CFR in s tem dati tudi Komisiji določene usmeritve za nadaljnje delo. Drugače kot Evropski parlament in Komisija se namreč Svet EU glede bodočega CFR in njegovega osnutka še ni določeneje opredelil. Razprava v pristojnem Svetu za civilne zadeve (splošna vprašanja), ki se je začela že med nemškim in portugalskim predsedovanjem, se je osredotočala na štiri med seboj povezane temeljne vidike CFR: namen, vsebina, obseg (doseg) in pravni učinek. Slovenskemu predsedstvu je uspelo uskladiti stališča predstavnikov držav članic in Svet EU s področja pravosodja in notranjih zadev je na seji 18. aprila 2008 sprejel »poročilo o vzpostavitvi skupnega referenčnega okvira za evropsko pogodbeno pravo«.⁶¹ Poročilo izraža razmeroma zadržano in previdno

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Glej: Schulze, *The Academic draft of the CFR and the EC Contract Law*, v: Schulze (ur.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, München 2008.

⁵⁹ Schulze/Wilhelmsson, *From the DCFR towards European contract law rules*, ERCL 2/2008, stran 157.

⁶⁰ Ibidem, stran 159.

⁶¹ Glej besedilo poročila, dostopno na: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st08/st08092.en08.pdf>.

stališče, ki pa je vendarle odprto do prihodnjega razvoja evropskega pogodbenega prava. V evropski strokovni javnosti se slovensko predsedovanje Svetu EU na tem področju ocenjuje kot uspešno.

V zvezi z namenom CFR je Svet – prav nič presenetljivo – izhodiščno odločno zavrnil možnost, da bi se CFR uporabil kot osnutek za evropski civilni zakonik. Tudi možnost uporabe CFR v smislu opcijskega instrumenta je bila zavrnjena. Svet podpira uporabo CFR kot enega izmed orodij, namenjenih zakonodajalcu ES za izboljšanje kakovosti zakonodaje. Zavrnjena je bila misel, da bi bil CFR usmerjen tudi proti državam članicam, vendarle pa Svet priznava sekundarni namen CFR v smislu vira navdiha in reference za nacionalne zakonodajalce, ki pa sama po sebi ni zavezujoča.

Glede vsebine je Svet, izhajajoč iz opredelitve namena, zavrnil možnost, da bi bil CFR zgolj zbirka nacionalnih pravnih načel, kot tudi možnost, da bi pomenil le formulacijo načel, ki so bila razvita v pogodbenem pravu na ravni Skupnosti. Svet podpira CFR kot zbirko definicij, temeljnih načel in vzorčnih pravil na področju pogodbenega prava, ta zbirka pa naj bi bila izdelana na podlagi obstoječe zakonodaje Skupnosti, nacionalnih zakonodaj in obsežnega gradiva, ki ga je predložila mreža raziskovalcev. Svet se je izrecno navezal na predloženi »akademiški« DCFR (ki nosi naslov: Načela, definicije in vzročna pravila). CFR naj bi torej ne pomenil le kompilacije obstoječega prava, ampak tudi »zaželeno« pravo in s tem omogočal pomemben razvojni korak v evropskem pogodbenem pravu.

Podpora Sveta razvojnemu momentu je opazna tudi pri stališču do področja uporabe (obsega): CFR naj bi vključeval tako potrošniško kot splošno pogodbeno pravo, zajemal pa naj bi vse relevantne vidike pogodbenega razmerja od predpogodbenega obdobja do faze izpolnitve in pravnih sredstev za neizpolnitev. Svet podpira razmeroma širok obseg CFR, ki pa je vseeno bistveno ožji od tistega v DCFR. Svet tudi izrecno omenja, da naj CFR upošteva tudi rezultate projekta revizije potrošniškega *acquis communautaire*.

V zvezi s pravnim učinkom je stališče Sveta zelo zadržano. Zavrnjena je bila kakršnakoli vezanost držav članic na CFR, tudi vezanost zakonodajnih organov ES pa naj bi bila le relativna, saj naj bi bili dopustni odmiki. Zavezujočega pravnega učinka naj torej CFR pravzaprav sploh ne bi imel. Po mnenju Sveta naj bi bil CFR namenjen prostovoljni uporabi, njegova avtoriteta pa naj bi bila bolj v »moči argumenta« kot v »argumentu moči«, kar je skladno z njegovo predvideno funkcijo »škatile za orodje« evropskega zakonodajalca.

9. Opcijski instrument in »modri gumb«

Ideja »opcijskega instrumenta« je bila nakazana že v prvem, podrobneje predstavljena v drugem, nekoliko bolj zadržano pa omenjena tudi v tretjem Sporočilu Komisije. Kot se poudarja, bi lahko bil CFR podlaga za takšen instrument,⁶² razprave pa kljub trenutno odklonilnemu stališču Sveta seveda ni konec. Z opcijskim instrumentom je mišljen niz pravil pogodbenega prava, ki bi ga pogodbene stranke lahko izbrale kot merodajnega za svoje razmerje. Ta niz pravil ne bi nadomestil nacionalnih pravnih redov, ampak bi obstajal poleg njih, strankam na izbiro. Da lahko takšen pristop dobro deluje, kažejo primeri iz prava intelektualne lastnine (Uredba o znamki Skupnosti)⁶³ in prava gospodarskih družb (Societas Europaea,⁶⁴ Evropsko gospodarsko združenje⁶⁵ itn.).⁶⁶ Opcijski instrument bi obstajal kot nekakšen 28. pravni red (ob 27 državah članicah). Mehanizem spominja na CISG, vendar s pomembno razliko: konvencija v pogodbah med strankami iz držav podpisnic (in pod drugimi pogoji) velja, če je stranke ne izključijo (opt-out). Takšna veljava opcijskega instrumenta pa bi pomenila stopnjo unifikacije, ki za zdaj ni niti dosegljiva niti zaželeno. Rešitev, po kateri morajo stranke opcijski instrument izbrati oziroma vključiti v svojo pogodbo (opt-in), je skladnejša s pogodbeno avtonomijo.

Kadar stranke sklepajo pogodbe čez državne meje, je različnost pravnih ureditev dejavnik, ki povečuje stroške transakcij. Pri velikih poslih velika podjetja najemajo odvetniške družbe ali pa imajo v vsaki od držav, kjer poslujejo, svoje podružnice, pri poslih majhnih in srednjih podjetij pa so lahko stroški spoznavanja in prilagajanja tujemu pravu relativno visoki. V mednarodnih transakcijah obstaja močna težnja po enotni in nevtralni pravni ureditvi, saj je, če je izbrano ali določeno pravo ene ali druge sopogodbence, druga stranka praviloma nezadovoljna. Na podlagi enotnih materialnopravnih pravil lahko podjetja gradijo tudi enotno tržno strategijo.

Realnost Skupnega trga je drugačna: čeprav se merodajno pravo lahko izbere s pogodbo, stranki ne moreta biti popolnoma prepričani, da bodo na primer obveljali uporabljeni splošni pogoji, saj so sodišča drugih držav – ravno pri kontroli splošnih pogojev – pogosto nagnjena k uporabi določbe 7. člena nekdanje Rimske konvencije⁶⁷ in 8. člena

⁶² Glej na primer Beale, *The nature and purposes of the Common Frame of Reference*, *Juridica International*, vol. XIV (v tisku).

⁶³ Uredba Sveta št. 40/94 z dne 20. 12. 1993 o znamki Skupnosti, UL ES 1994 L11/1.

⁶⁴ Uredba Sveta št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu Evropske delniške družbe (SE), UL ES 2001 L 294/1.

⁶⁵ Uredba Sveta št. 2137/85 z dne 25. 7. 1985 o Evropskem gospodarskem interesnem združenju, UL ES 1985 L 199/1.

⁶⁶ Leible, *Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument*, *Betriebsberater* 28/2008, stran 1472.

⁶⁷ Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, Rim, 19. 6. 1980, glej UL ES C 169/10 z dne 8. 7. 2005.

njene naslednice, tako imenovane »Rimske« uredbe (Rim I).⁶⁸ o kogentnih določbah v kolizijskem pravu.⁶⁹ V poslovanju s potrošniki na Skupnem trgu je enotna tržna strategija skorajda nemogoča. Čeprav lahko tudi tu stranki načeloma izbereta merodajno pravo, pa potrošnika tedaj, ko podjetje »usmeri« (na primer z reklamo) svoje aktivnosti v državo njegovega običajnega prebivališča, varujejo kogentne norme prava te države.⁷⁰ Podjetje, ki želi sklepati pogodbe s potrošniki v 27 državah članicah, mora torej upoštevati 27 ureditev potrošniškega prava. Pri prodaji na daljavo je na primer implementacija Direktive 97/7/ES v nacionalne ureditve tako različna, da izdelava enotnih splošnih pogojev sploh ni mogoča.⁷¹

Te ovire bi bilo mogoče premagati z opcijskim instrumentom na podlagi CFR. Tudi nekatere novejšje raziskave mnenj in pričakovanj na strani tako podjetij kot potrošnikov kažejo precejšnjo naklonjenost prakse evropskemu »opcijskemu« pogodbenemu pravu.⁷² Le-to bi lahko spodbudilo poslovanje na Skupnem trgu zlasti med manjšimi in srednje velikimi podjetji.

Prodajalec, zlasti internetni, bi lahko prodajal potrošnikom po pravu njihove domače države ali po pravu opcijskega instrumenta. Tak instrument, ki bi vseboval splošno pogodbeno pravo in ureditev prodajne pogodbe in ki bi vseboval vse standarde varstva potrošnikov ES, bi reševal veliko večino problematičnih situacij. Na prodajalčevi spletni strani bi lahko bil potrošnik vprašan po svoji domači državi. Če bi bil prodajalec

⁶⁸ Uredba ES št. 593/2008 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 17. 6. 2008 o uporabi prava v pogodbenih razmerjih, UL ES L 177, stran 6 in naslednje.

⁶⁹ Leible, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, Betriebsberater 28/2008, strani 1469–1475

⁷⁰ Glej 5. člen rimske konvencije in 6. člen uredbe, ki sta kljub razlikam konceptualno enaka. Glej tudi: Možina, Internet in varstvo potrošnikov v mednarodnem zasebnem pravu, Pravnik let. 55 (2000), št. 4-5, strani 321–345.

⁷¹ Leible, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, Betriebsberater 28/2008, stran 1472. Direktiva za odstop (preklic) določa minimalni rok sedem delovnih dni, implementacije pa od sedem do 15 dni. Razen tega države različno določajo podrobnosti glede poduka o tej pravici: nekatere zahtevajo pisno, druge tekstovno obliko, tretje uporabo predpisanega obrazca. Glej: Schulte-Nölke/Twigg-Flessner/Ebers (izd.), EC Consumer Law Compendium, Sellier, München 2008.

⁷² Tako se je v raziskavi Eurobarometra, objavljeni aprila 2008, v povprečju kar 57 odstotkov vprašanih izreklo za harmonizirano evropsko pogodbeno pravo v smislu opcijskega instrumenta. Vprašanje se je glasilo: če bi sklepali pogodbo z osebo ali podjetjem v drugi državi članici, kot na primer pri nakupovanju blaga v tujini, ali bi želeli, če bi imeli te možnosti, da določbe pogodbe temeljijo na a) harmoniziranem evropskem pravu, b) nacionalnem pravu v državi sopogodbence, c) nacionalnem pravu druge države članice. Podpora evropskemu pogodbenemu pravu sega od 79 odstotkov (Nizozemska) do 41 odstotkov (Portugalska), v Sloveniji pa znaša 71 odstotkov. Vir: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_292_sum_en.pdf. Iz študije, narejene med podjetji v imenu družbe Clifford Chance, izhaja precejšnja podpora konceptu evropskega pogodbenega prava, glede prihodnjega pristopa pa 28 odstotkov vprašanih podpira uvedbo evropskega pogodbenega prava vzporedno z nacionalnimi ureditvami, medtem ko se jih 38 odstotkov zavzema za enotnejšo implementacijo in razlago evropskih direktiv, 30% pa za evropsko pogodbeno pravo, ki bi nadomestilo nacionalno pogodbeno pravo. Glej Weatherill/Vogenauer, The EC's Competence to Pursue Harmonisation, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford 2006, stran 132.

pripravljen skleniti pogodbo po pravu te države, bi preprosto sprejel potrošnikovo naročilo. Če ne, bi lahko potrošnika na spletni strani vprašal, ali želi skleniti pogodbo na podlagi evropskega opcijskega instrumenta. Potrošnik bi lahko to izbiro potrdil s pritiskom na »modri gumb« na zaslonu, oblikovan na primer kot evropska zastava z 12 zvezdami, pod katerim bi pisalo na primer »prodaja po pravu EU«. ⁷³ V odsotnosti prave materialnopravne unifikacije se zdi kolizijskopravni pristop v smislu opcijskega instrumenta najboljša pot v prihodnost evropskega pogodbenega prava. Takšen instrument bi omogočal preizkus teze o potrebi po enotnem pogodbenem pravu ter različnosti nacionalnih ureditev kot oviri za Skupni trg, pri tem pa nacionalnih zakonodaj ne bi neposredno »ogrozil«. Če bi se izkazal kot uspešen, bi to bila velika spodbuda za razvoj evropskega zasebnega prava.

V zvezi s podrobnostmi opcijskega instrumenta je še veliko odprtih vprašanj. Glede tega, ali naj bi šlo le za opcijski potrošniški pogodbeni zakonik, to je za pravila pogodb med podjetji in potrošniki (B2C) v smislu opisanega »modrega gumba«, ali pa bo vseboval tudi pravila za pogodbe med podjetji (B2B), bi veljalo podpreti slednji, širši pristop. ⁷⁴ Nejasen je tudi podroben mehanizem veljave: možnost izbire takšnega instrumenta kot merodajnega (a nedržavnega) prava in s tem izključitev kogentnih predpisov potrošnikove države v končno besedilo pred kratkim sprejete Rimske uredbe (Rim I.) ni bila sprejeta, omenja pa jo preambula. ⁷⁵ Bržkone bi bilo najbolje, če bi pogoje uporabe opcijskega instrumenta opredelil ta sam. ⁷⁶ Pri tem bi bila izbira opcijskega instrumenta lahko na voljo tudi pri notranjih razmerjih, to je kadar sta obe stranki v isti državi. Glede pravne oblike, za katero drugo sporočilo Komisije navaja možnost uredbe ali priporočila, bi veljalo že zaradi pravne jasnosti dati prednost uredbi. ⁷⁷ Mnenja glede pravne podlage za takšen instrument v PES niso enotna, v poštev pa bi lahko prišel 308. člen PES. ⁷⁸

⁷³ Glej: Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the »Blue Button«, *European Review of Contract Law*, let. 3/št. 3 (oktober 2007), strani 332–349; Beale, *The nature and purposes of the Common Frame of Reference*, *Juridica International*, vol. XIV (v tisku).

⁷⁴ Bonell podpira idejo opcijskega zakonika evropskega potrošniškega pogodbenega prava, po drugi strani pa si težko predstavlja en sam niz pravil, ki bi bil privlačen tako za podjetja, vključno z malimi in srednjimi podjetji, kot za potrošnike, glej: *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, *56 American Journal of Comparative Law* (2008), stran 15.

⁷⁵ Glej točko 14.

⁷⁶ Leible, *Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument*, *Betriebsberater* 28/2008, stran 1473.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem* ter Hesselink/Rutgers/de Booy, »The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law« (October 31, 2007). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04.

10. Predlog direktive o pravicah potrošnikov: popolna harmonizacija le nekaterih ključnih vprašanj potrošniškega pogodbenega prava?

Komisija ES je oktobra 2008 objavila predlog direktive o pravicah potrošnikov (začasna različica).⁷⁹ Predlog direktive, ki nosi zelo širok naslov, temelji na že omenjenem projektu revizije obstoječega potrošniškega prava z namenom njegove dopolnitve in poenostavitve.⁸⁰ Ta projekt kot eno izmed možnosti prihodnjega razvoja predvideva tako imenovani horizontalni instrument, ki bi na enoten način urejal problemske sklope, skupne več direktivam, omenja pa tudi popolno harmonizacijo. Izhajajoč iz ugotovitev, da različnost ureditev v državah članicah, ki je posledica minimalne harmonizacije, podjetja odvrča od čezmejnega poslovanja, potrošniki pa, zlasti zaradi pomanjkanja zaupanja, ne izkoriščajo v polni meri možnosti notranjega trga, želi Komisija s predlogom direktive ubrati nov pristop: popolno harmonizacijo, a le nekaterih ključnih vprašanj ne bi smele uvesti ali obdržati strožjih pravil in zagotavljati višje ravni varstva. Po mnenju Komisije naj bi enotna ureditev, po kateri bi imeli potrošniki enake pravice ne glede na to, kje bi nakupovali, pripomogla k povečanju njihovega zaupanja, podjetja pa spodbujala k čezmejnemu poslovanju. To naj bi povečalo pravno varnost in ustvarilo pravi notranji trg na področju trgovine na drobno, katere potenciali naj bi, zlasti na področju elektronskega poslovanja, ne bili polno izkoriščeni. S predlogom želi Komisija vsebino štirih ključnih direktiv pogodbenega prava – Direktivo 85/577//ES o pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, Direktivo 93/13/EGS o nepoštenih pogodbenih pogojih, Direktivo 97/7/ES o pogodbah na daljavo ter Direktivo 1999/44/ES o potrošniški prodaji – sistematično združiti v en horizontalni instrument, jo dopolniti, poenostaviti in odstraniti nekatere nedoslednosti in praznine. Predlog direktive, katere podrobna predstavitev sicer zasluži samostojno obravnavo, ureja področje seznanjanja potrošnikov z informacijami pred sklenitvijo pogodbe, področje pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov in na daljavo, kjer ima potrošnik pravico, da si v 14 dneh premisli in odstopi od pogodbe (jo prekliche), področje prodajne pogodbe (dobavo in prehod nevarnosti, skladnost s pogodbo in pravna sredstva v primeru neskladnosti) ter področje nepoštenih pogodbenih pogojev. V zvezi s področjem urejanja direktive velja postaviti vprašanje, zakaj se direktiva loteva le nekaterih izmed področij, kjer obstoječa zakonodaja določa zelo podobne predpogodbene obveznosti seznanjanja in pravico odstopa (preklica).

⁷⁹ Proposal for directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Bruselj, 8. 10. 2008, COM(2008) 614/3, dostopno na: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf.

⁸⁰ Glej Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, z dne 8. 2. 2006, COM (2006) 744 final.

Kot kaže, ima Komisija glede prihodnosti evropskega pogodbenega prava v ognju več želez hkrati. Predlog direktive, ki ga Komisija predstavlja le nekaj mesecev pred predstavitvijo končnih rezultatov projekta DCFR in v času intenzivnega dela na CFR, bi, če bil sprejet, uvedel nekakšen po vsebini skromen, »evropski potrošniški zakonik«, ki pa bi, čeprav bi bržkone odpravil nekatere od obstoječih težav, ustvaril kopico novih. Gotovo se je mogoče strinjati s potrebo po reviziji in poenostavitvi potrošniškega pogodbenega prava, vendar bi toga regulacija zgolj nekaterih problemskih sklopov brez širšega poenotenja pogodbenega prava lahko ustvarila kaotičen položaj.⁸¹ Na področju prodajne pogodbe predlog direktive na primer predvideva pravico potrošnika, da v primeru neskladnosti zahteva popravilo ali zamenjavo stvari, podrejeno pa zniža kupnino ali odstopi od pogodbe, ne harmonizira pa na primer splošnih vprašanj pogodbene odškodninske odgovornosti, ki so v državah članicah urejene različno. Kako naj se torej presoja zahtevke za povrnitev škode zaradi neskladnosti s pogodbo? Kakšne predpostavke in časovni okviri naj veljajo zanj?⁸² Podobna vprašanja v zvezi z razmerjem do nacionalnega prava se postavljajo tudi na področju nepoštenih pogodbenih pogojev.⁸³ Pogodbenih razmerij s potrošniki tudi z aktom, ki bi zajel veliko širša področja kot predlog direktive, ni mogoče regulirati tako, da se v praksi ne bi zastavljala vprašanja splošnega pogodbenega in zasebnega prava.⁸⁴ Poleg tega je meje popolnoma harmoniziranih področij tudi zelo težko določiti, kot kaže sodna praksa v zvezi z direktivo o produktni odgovornosti.⁸⁵ Seznam pravnih problemov, povezanih s parcialno, a popolno harmonizacijo, je dolg. Tudi Direktiva 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah, ki prav tako teži k popolni harmonizaciji, odpira vrsto podobnih dilem,⁸⁶ ki pa se vendarle zdijo nekoliko manj pereče kot predlog direktive o pravicah potrošnikov, saj se ta loteva urejanja pogodbenih razmerij med posamezniki, ki so bolj kompleksna kot vprašanje, ali določena praksa nasprotuje k dobrim poslovnim običajem in lahko vpliva na delovanje trga.

Pristop, ki ga je s predlogom direktive ubrala Komisija, se seveda sam po sebi ne izključuje s CFR, temveč se oba pristopa lahko dopolnjujeta. Vendar zgolj nezavezujoča »škafca za orodje« s svojim neformalnim vplivom ne bi dosegla ravni harmonizacije, potrebne za učinkovito delovanje predlagane direktive. Kolizijskopravni pristop opcijskega instrumenta, kjer bi stranke lahko izbrale kompleksnejši in konsistentnejši

⁸¹ Wilhelmsson, Full harmonisation of Consumer Contract Law? ZEuP 2/2008, 226.

⁸² Glej primerjalnopravno: Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, št. 3-4/2008, strani 407-426.

⁸³ Wilhelmsson, Full harmonisation of Consumer Contract Law? ZEuP 2/2008, strani 226, 227.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Glej: Možina, Odgovornost proizvajalca za proizvod z napako: evropsko obligacijsko pravo izpodriva nacionalno pravo, Podjetje in delo, št. 1/2007, strani 71-86.

⁸⁶ UL ES L 149, 11. 6. 2005, stran 22. O direktivi glej Možina, Razvojne težnje v evropskem pravu nelojalne konkurence in varstva potrošnikov, Podjetje in delo 6-7/2004, strani 1339-1352, ter Možina, Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah – odprta vprašanja, Podjetje in delo, št. 6-7/2006, strani 1296-1308.

sistem pravnih norm, se zdi boljša alternativa. Tudi opsijski instrument pa se sam po sebi ne izključuje s predlogom direktive.

Zanimivo bo videti odzive držav članic na predlog direktive. Kljub vsem težavam jim načelo minimalne harmonizacije vendarle omogoča nekaj maneverskega prostora, da standarde varstva iz direktiv kolikor mogoče harmonično umestijo v svoje pravne rede. Za nekatere države članice bi sprejetje direktive pomenilo tudi znižanje ravni varstva potrošnikov, česar se bodo vlade in parlamenti le neradi lotevali. V trenutni različici ima predlog direktive tudi nekatere nomotehnične pomanjkljivosti, njeno besedilo pa je – glede na to, da želi poenostaviti pravila za varstvo potrošnikov – mestoma slabo razumljivo in nepregledno. V tem smislu predlog direktive ne izpolnjuje zadanih ciljev poenostavitve in bi ga bilo gotovo mogoče izboljšati. Nejasnosti, uporaba nedefiniranih pojmov in slabo domišljena razmerja z nacionalnim pravom iz predloga direktive sama po sebi dokazujejo, da Komisija nujno potrebuje, če ne drugega, CFR vsaj kot »škatlo za orodje« za izboljšanje zakonodaje.

Evropsko pogodbeno pravo doživlja razburljivo obdobje svojega razvoja. Nastaja Skupni referenčni okvir (CFR), ki naj bi obstoječe razmeroma fragmentirano in nekoherentno pogodbeno pravo ES, katerega večji del spada v pravo varstva potrošnikov, izboljšal in nadgradil, upoštevajoč pri tem dosežke pravne znanosti, zlasti Načela evropskega pogodbenega prava (PECL). Kot kaže, pa se CFR ne bo razvil v evropski pogodbeni (ali celo civilni!) zakonik v klasičnem pomenu, saj naj bi bil le nezavezujoč akt, nekakšen priročnik oziroma »škatla za orodje«, namenjena predvsem evropskemu zakonodajalcu. Ne bo imel torej veljave pozitivnega prava, njegova teža pa bo v kakovosti in prepričljivosti rešitev. Ob nastajanju CFR je evropsko zasebno pravo dokončno dobilo svoj prostor tudi na politični agendi ES.

Kakšen bo končni CFR, je zaenkrat težko reči. Komisija bo pri svojem odločanju, pred katerim bo verjetno opravila tudi ponovni krog javnih posvetovanj, z »belo knjigo« ali brez nje, gotovo uporabila tudi akademski osnutek, tako imenovani DCFR, prav tako pa je skoraj gotovo tudi, da ga ne bo v celoti prevzela. Zdajšnji obseg DCFR, ki zajema znaten del premoženjskega prava in poleg pogodbenega prava vključuje tudi pravo neposlovnih obveznosti (nepogodbeno odškodninsko pravo, neupravičeno pridobitev, poslovodstvo brez naročila) in celo del stvarnega prava premičnin, namreč precej odstopa od načrtov Komisije, ki ostajajo v okvirih pogodbenega prava. Zato lahko predvidevamo, da bodo del četrte knjige ter peta, šesta in sedma knjiga DCFR izpadle

iz projekta CFR. V prihodnosti se bo delo bržkone bolj usmerilo v pogodbeno pravo, pri čemer bo DCFR eden ključnih virov, ki pa bo bržkone še predmet revizije. Velja pa pripomniti, da bi Komisija, če naj bo CFR res le nezavezujoča »škatla za orodje«, glede njegove vsebine vendarle lahko ubrala širši pristop.

Zelo zanimiva je naslednja morebitna faza v razvoju evropskega pogodbenega prava: uporaba »evropskih« pravil materialnega pogodbenega prava na podlagi izbire prava (opcijski instrument). V odsotnosti možnosti za »pravo« in kompleksno poenotenje pogodbenega prava je kolizijskopravni pristop dobra rešitev za težave zaradi prevelikega števila pravnih ureditev na notranjem trgu, poleg tega pa omogoča tudi empirično preverjanje teze, da praksa želi enotno ureditev pogodbenega prava. Če bo na primer na področju elektronskega poslovanja sistem »modrega gumba« – preglednih in uporabnih pravil prodaje na podlagi evropskega prava, ki bi jih potrošnik izbral na spletni strani – postal zgodba o uspehu, utegne to zelo pozitivno vplivati na razpoloženje glede prihodnosti evropskega zasebnega prava.

Drugo železo, ki ga ima Komisija v ognju glede prihodnosti evropskega pogodbenega prava, je popolna harmonizacija, a zgolj nekaterih vprašanj potrošniškega pogodbenega prava. Ta pristop, ki ga ubira pred kratkim objavljen predlog direktive o pravicah potrošnikov, se sicer sam po sebi sicer ne izključuje s CFR in tudi ne z opcijskim instrumentom, vendar utegne toga regulacija zgolj nekaterih problemskih sklopov pogodbenih razmerij med podjetji in potrošniki brez širše harmonizacije pogodbenega prava povzročiti tudi težave.

Akademski osnutek skupnega referenčnega okvira (DCFR) ima tudi povsem samostojno vrednost: je obsežno in pomembno civilistično znanstveno delo, rezultat enega največjih primerjalnopravnih projektov vseh časov. Kot tako bo imelo svojo težo in vpliv ne glede na končni CFR. DCFR je mejnik na poti evropeizacije zasebnega prava: omogočil bo pogled na strukturo obstoječega evropskega obligacijskega prava, pripomogel bo k širjenju zavesti, da so rešitve, ki jih poznajo nacionalni pravni redi, med seboj zelo primerljive, in s tem spodbujal razmislek o poenotjenju in modernizaciji zasebnega prava. DCFR bo uporaben tudi v znanosti in izobraževanju: študentje in pravniki iz vse Evrope bodo lahko uporabljali enako besedilo, bogate primerjalnopravne opombe pa jim bodo odpirale vpogled v pravne rede drugih držav članic. Pri tem bo ključnega pomena (in terminološki izziv) tudi dostopnost dela v vseh jezikih držav članic. Vsekakor bo DCFR tudi koristna »škatla za orodje« nacionalnih zakonodajalcev pri bodočih reformah; med drugim bo omogočil vpogled v nekatere najsodobnejše rešitve na področju obligacijskega prava ter ponudil model za bolj harmonično vključitev potrošniškega *acquis communautaire* v splošno pogodbeno pravo.

VI.

**Povzetki
Abstracts**

Pravni letopis
2008

Različne vrste hipotek v slovenskem pravu

Avtor v svojem prispevku obravnava zlasti maksimalno in skupno hipoteko, kot dve najpomembnejši modaliteti hipoteke, ki se pojavljata v naši praksi. Ključna značilnost maksimalne hipoteke je, da ima načelo akcesornosti tu svojstveno vsebino. Maksimalna hipoteka ne varuje posameznih terjatev, temveč okvirno (kreditno) razmerje med upnikom in dolžnikom. To dejstvo ima pomembne posledice glede nastanka, prenosa in prenehanja maksimalne hipoteke. Posebna pozornost je posvečena prenosu terjatev zavarovanih z maksimalno hipoteko, kjer avtor ugotavlja, da so pravila slovenskega prava preveč utesnjujoča. Tako zagovarja uvedbo možnosti (delne) konverzije maksimalne hipoteke v fiksno hipoteko, ki bi med drugim omogočila prenos posameznih terjatev skupaj z zavarovanjem. Podrobneje je obravnavana tudi problematika in vpisovanja in izbrisa skupne hipoteke v zemljiško knjigo, kjer je predstavljena tudi novela ZZK-1A, ki prinaša bistvene poenostavitve postopkov vpisa in izbrisa.

POVZETKI

398

Ključne besede: Maksimalna hipoteka, fiksna hipoteka, skupna hipoteka, nepremičnine, cesija terjatev, zemljiška knjiga.

Various Types of Mortgage in Slovenian Law

The author deals with the maximal amount mortgage and joint mortgage as two most important mortgage types in the Slovenian legal practice. The former is very specific as regards the principle of accessoriness, since this type of mortgage does not secure individual debts, but the framework (credit) relationship between the creditor and the debtor. This fact has considerable consequences as regards the creation, transfer and extinction of the maximal amount mortgage. Special attention is paid to the issue of transfer of account receivables, secured by this type of mortgage, where the author's finding is, that the rules of Slovenian law are too narrow. He advocates the introduction of the possibility of a (partial) conversion of a maximal amount mortgage to a fixed amount mortgage, which would, inter alia, enable the transfer of individual account receivables, together with the security. The author also describes the issue of registration of joint mortgage in the Land Register, together with the latest changes of the Land Register Act, which brings about a considerable simplification of the procedures.

Key words: Maximal amount mortgage, fixed amount mortgage, joint mortgage, immovables, transfer of account receivables, Land Register.

Hipoteka na nepremičnini, pridobljena v izvršilnem postopku

Avtor z vidika izvršilnega in zemljiškoknjžnega prava obravnava nastanek, vsebino in prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi. Opredeljuje čas pridobitve hipoteke in pomen pridobitve vrstnega reda. Kritično predstavi in oceni stališče Ustavnega sodišča, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne učinkuje v izvršilnem postopku in da zato upnik ni varovan v primeru, če se tretja oseba, ki kot lastnik ni vknjižena, sklicuje na pridobitev lastninske pravice na originaren način (predvsem pri skupni lastnini zakoncev). Avtor obravnava tudi vprašanja povezana s prenehanjem prisilne hipoteke. Članek obravnava tudi pridobitev hipoteke s predhodno odredbo kot sredstvom zavarovanja.

Compulsory Lien on Real Estate, Acquired in Enforcement of Judgment Proceedings

The author analyses the creation, contents and termination of a compulsory lien on a real estate from the viewpoint of enforcement of judgment law and land registry law. The issues concerning time of acquiring of mortgage are dealt with and the importance of priority principle emphasised on. The author critically assesses the position of the Constitutional court that the principle of public good faith does not apply in enforcement proceedings. According to the aforementioned position the creditor is not protected if a third person objects enforcement in a real estate, over which he acquired the ownership on an original basis (such as with joint property of spouses). Issues concerning the creation of a compulsory lien as a protective interim measure are also discussed.

Key words: enforcement of judgments, land registry, mortgage, principle of public good faith, real estate, warrant of execution

Prodaja nepremičnine v izvršilnem postopku

Prispevek obravnava tri vidike prodaje nepremičnine v izvršilnem postopku: prodajno ceno, položaj dolžnika po prodaji stanovanja ali individualne stanovanjske hiše, v kateri prebiva, in položaj kupca nepremičnine. Avtorica ugotavlja, da je Zakon o izvršbi in zavarovanju s tem, ko je znižal prodajno ceno na eno polovico ocenjene vrednosti, kot tudi s tem, da je omejil pravico dolžnika, da še naprej prebiva v prodanem stanovanju oziroma hiši in možnost odloga izvršbe za njegovo izselitev dolžnika iz prodanega stanovanja oziroma hiše, nedvomno povečal možnosti za prodajo nepremičnine in s tem prispeval k večji učinkovitosti izvršbe. Sprašuje pa se, ali je zakonodajalcu uspelo preprečiti možnost preprečil možnost zlorab, do katerih lahko pride pri prodaji, in ali je v zadostni meri poskrbel za varstvo temeljnih pravic dolžnika, kadar je zaradi izselitve ogrožena njegova eksistenca, saj mu ni treba zagotoviti niti minimalnih pogojev za bivanje.

Ključne besede: izvršba na nepremičnine, prodajna cena, odlog izvršbe, pridobitev lastninske pravice v izvršilnem postopku, pravica dolžnika na prodani nepremičnini

The Sale of Immovables in the Execution Proceeding

The paper deals with three aspects of the sale of immovables in the execution proceeding: the selling price, the position of the debtor after the sale of his apartment or his dwelling house and the legal position of the buyer. The author establishes that The Act on Execution and Protective Measures has, by lowering the selling price to one half of the appraised value of an immovable, as well as by limiting the right of the debtor to reside in a sold apartment or dwelling house and by limiting the possibility of the stay of the execution for the ejection of the debtor from a sold apartment or dwelling house, undoubtedly increased the possibility for the successful sell of an immovable and contributed to the efficiency of the execution. However, she doubts whether the legislator succeeded to prevent the abuses and to protect the basic rights of the debtor when his existence is threatened by the ejection from his apartment while it is not necessary to secure him even minimal dwelling conditions.

Key words: execution on immovables, selling price, stay of execution, acquisition of the property right in execution proceeding, rights of the debtor on sold immovable

Temeljna načela dednega prava

Načela dedovanja izražajo pravno-politično vrednotenje v dednem pravu; njih uresničevanje deloma zagotavlja tudi ustava. Avtor šteje, da veljata v našem pravu samo dve taki načeli: svoboda oporočnega razpolaganja (svoboda testiranja) in dedovanje v družini. Prvo načelo pomeni, da lahko zapustnik z oporoko odloča o usodi svojega premoženja za primer smrti, ne da bi se oziral na zakoniti dedni red. Svobodi testiranja postavlja pravo določene omejitve; najmočnejša vsebinska omejitev je nujni delež. Po drugem načelu preide zapustnikovo premoženje ob njegovi smrti na osebe, ki so z njim v določenem družinskem razmerju – ob pogoju, da zapustnik ni z oporoko drugače razpolagal. Vesoljno nasledstvo (univerzalna sukcesija) po mnenju avtorja ni načelo, ampak zgolj izraz pravnotehnične odločitve zakonodajalca. V prispevku avtor navaja argumente proti pojmovanju, da gre tudi pri nekaterih drugih rešitvah dednega prava za načela, omenjeni načeli pa podrobneje obravnava.

Ključne besede: svoboda testiranja, omejitve svobode testiranja, dedovanje v družini, udeležba države na dediščini, vesoljno nasledstvo.

The Basic Principles of Inheritance Law

The principles of inheritance express legally-political evaluation in law of inheritance; their implementation is partially assured also by the constitution. The author argues that in our law there are only two of these principles: the freedom of testamentary disposition (testamentary freedom) and the principle of family inheritance. The first principle means that with a testament the deceased person can decide on the destiny of his property in a case of death without taking into consideration the legal order of inheritance. The testamentary freedom is limited by law; the strongest content limitation is the compulsory portion. Following the second principle, the property of the deceased goes over to persons that are in familial connection with him, provided he did not made different testamentary dispositions. The author's opinion is that the universal succession is not a principle as such but only the expression of legally-technical decision of a legislator. In this article the author lists arguments against the notion that at some other solutions of law of inheritance we are also confronted with principles and he deals with the two mentioned principles more in detail.

Key words: testamentary freedom, the limitations of testamentary freedom, family inheritance, participation of state on legacy, universal succession.

Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka

Avtorica v prispevku obravnava dedno pogodbo ter s slednjo povezan pojem dednopravnih klavzul v ženitnih pogodbah ter institut skupne oporoke. Problematika je predstavljena z vidika domačega dednega prava, ki načeloma navedenim institutom ne priznava veljavnosti. V prispevku je predstavljen tudi primerjalnopravni vidik urejanja omenjene problematike, zlasti v naslednjih treh državah: Franciji, Avstriji in Nemčiji. Avtorica se sprašuje ali je veljavna ureditev v slovenskem pravu, ki, razen ene same izjeme (odpoved še neuvedenemu dedovanju), dednih pogodb ne dovoljuje, še primerna. Zlasti se omenjeno vprašanje izpostavlja v povezavi z novo slovensko ustavnopravno ureditvijo. Ustavno sodišče je sicer o tem vprašanju že odločalo in podalo mnenje, da veljavna ureditev ni v nasprotju s slovensko ustavo, vendar avtorica meni, da bi veljalo o dovoljevanju sklepanja dednih pogodb de lege ferenda temeljito razmisliti. To še posebej velja za sklepanje dednih pogodb med zakonci oziroma za dovolitev sklepanja skupne oporoke ter dednopravnih klavzul v ženitni pogodbi.

POVZETKI

406

Ključne besede: dedna pogodba, dednopravne klavzule, ženitna pogodba, skupna oporoka, pravica do zasebne lastnine in dedovanja.

Contract of Inheritance, Inheritance Clauses in Prenuptial Agreements and the Institute of Joint Will

In the article author deals with the institute of contract of inheritance and with the connected concept of inheritance clauses in prenuptial agreements and the institute of joint will. The problems are introduced from the domestic inheritance law point of view that in principle denies the validity of mentioned institutes. The comparative law perspective of the topic is also presented in the article, more in details the following countries: France, Austria and Germany. Author is posing a question if the valid regulation in Slovenian law is still acceptable, specially because it is somehow controversial in comparison with the new constitutional regulation. The Constitutional Court already accepted the decision regarding the question: the valid legal regulation in question is not in contradiction with the Constitution. Regardless of this, the author believes that the question of allowing the contracts of inheritance to be contracted *de lege ferenda* should be reconsidered carefully. That is specially true for the contracts of inheritance among spouses, joint wills and inheritance clauses in prenuptial agreements.

Key words: contract of inheritance, inheritance clauses, prenuptial agreements, joint will, the right to private property and inheritance.

Prenos dela pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje (kritična analiza slovenskega predloga)

V prispevku se presoja razloge za sprejem predloga sprememb in dopolnitev zakona o dedovanju ter podaja kritična analiza tega predloga. Zaradi uveljavljenega in tradicionalnega sodnega zapuščinskega postopka v Republiki Sloveniji spremembe po mnenju avtorja prispevka niso potrebne in niso smiselne. Predlog sprememb zakona je strokovno premalo dodelan in poraja številna vprašanja, na katera ni jasnih odgovorov. Pri tem, da se zapuščinski postopek začne po uradni dolžnosti in upoštevajoč institut napotitve na pravdo med samim zapuščinskim postopkom, se zapuščinskega postopka ne da sistemsko in celovito spremeniti v smislu prenosa pristojnosti na notarje. Tako je predlagani prenos pristojnosti v zapuščinskem postopku na notarje le poskus nekakšne sui generis ureditve, ki bo, če bo sprejeta, nujno povzročila številne nejasnosti in zaostanke, po vsej verjetnosti pa bo postopek tudi dražji.

POVZETKI

408

Ključne besede: dedno pravo, zapuščinski postopek, notarji, spremembe zakona o dedovanju, prenos pristojnosti

Transfer of a Part of Competence in the Probate Proceeding to Notaries (Critical Analysis of the Slovenian Draft)

The paper aims to review the reasons for the adoption of the draft, amending and modifying the inheritance act, and states a critical analysis of the said draft. Owing to the established and traditional judicial probate proceeding in the Republic of Slovenia, in the opinion of the author of the paper the amendments are neither necessary nor reasonable. The act amending draft is not sufficiently upgraded from the professional point of view and generates numerous issues to which no clear answers can be given. Since the probate proceeding is initiated *ex officio* and considering the institute of the reference to a suit in the course of the very probate proceeding, the probate proceeding can not be subjected to the systemic and overall modification in the sense of the transfer of competence to notaries. Thus the proposed transfer of competence in the probate proceeding to notaries is only the attempt of a sort of the regulation *sui generis*, which will, if adopted, inevitably provide numerous lacks of precision and backlog of court cases, and most probably the proceeding will be much more high-priced.

Key words: inheritance law, probate proceeding, notaries, amendments of the inheritance act, transfer of competence

Odgovornost pravnih poklicev - teorija in praksa

Zaradi različnih funkcij in vlog, ki jih v našem pravnem sistemu opravljajo stečajni upravitelji, izvršitelji, arbitri, mediatorji, odvetniki in notarji, njihove odškodninske odgovornosti ni mogoče presoјati po enotnih pravilih. Edina skupna značilnost omenjenih pravnih poklicev je v tem, da v primeru neskrbnega opravljanja svojega dela odgovarjajo za povzročeno škodo. Medtem ko je odgovornost odvetnikov, notarjev in upraviteljev relativno široka in se nanaša na praktično vse napake pri delu, je odgovornost arbitrov potrebno razlagati ožje (analogno sodniški). Razlog je v naravi arbitražnega odločanja, ki arbitražno odločbo po učinkih izenačuje s pravnomočno in izvršljivo sodno odločbo.

POVZETKI

410

Ključne besede: odškodninska odgovornost, odvetnik, notar, izvršitelj, arbiter, mediator, stečajni upravitelj

The Civil Liability of Legal Professions – Theory and Practice

Within Slovenian legal system, bankruptcy administrators, executors, mediators, arbitrators, lawyers and public notaries perform different roles and functions. Accordingly, their civil liability is subject to different rules. The only common feature is that every profession is legally responsible for damage caused by the breach of due-diligence. While lawyers, public notaries and executors are liable according to general rules on civil liability, the liability of arbitrators is narrower. The reason lies in the very nature of the arbitration proceeding and arbitral award, which is legally identical to the effect of a civil law judgment (*res judicata*).

Key words: civil liability, lawyer, public notary, executor, bankruptcy administrator, mediator, arbitrator

Odgovornost notarja

Čeprav je notariat javna služba, ima pravno razmerje med notarjem in strankami nekatere značilnosti pogodbe o naročilu (mandatne pogodbe). Notarjeve obveznosti so določene v zakonu in so sestavni del notarjevega pravnega razmerja s strankami, ki so naročniki notarskih storitev. Kršitev teh obveznosti pa je ena od predpostavk notarjeve odškodninske odgovornosti. Notarjeva neposlovna (deliktna) odškodninska odgovornost je lahko podana v razmerju do morebitnih tretjih, ki niso naročniki notarskih storitev. Ne glede na opredelitev podlage notarjeve odgovornosti (poslovna oziroma neposlovna) pa za oba primera velja, da se notar razbremeni odgovornosti, če dokaže, da je pri izpolnjevanju svojih zakonskih obveznosti ravnal z ustrežno profesionalno skrbnostjo (skrbnostjo dobrega notarja).

POVZETKI

412

Ključne besede: notar, odgovornost notarja, skrbnost dobrega notarja, neposlovna (deliktna) odškodninska odgovornost, poslovna odškodninska odgovornost.

Notary's Responsibility

Although the notary service is a public service, the legal relation between the notary and his client has some characteristics of an order agreement (mandatory agreement). The notary's obligations are stipulated by law and are a component part of the notary's legal relationship with his clients, who are persons placing the notary order. Breaching of these obligations is one of the cases of notary's indemnification responsibility. The notary's unbusinesslike (delinquent) indemnification responsibility can also occur in the relation with possible third persons, who are not persons placing the notary order. Regardless of the definition of the notary's responsibility (businesslike or unbusinesslike) it is stipulated in both cases that the notary is relieved of his responsibility if he proves that in fulfilling his legal obligations he acted with appropriate professional care (with good notary care).

Key words: notary, notary's responsibility, good notary care, unbusinesslike (delinquent) indemnification responsibility, businesslike indemnification responsibility.

Pogodba o zavarovanju odgovornosti

Pri zavarovanju odgovornosti ima oškodovanec na voljo direktni zahtevek proti zavarovalnici. Vendar zavarovalnica jamči za škodo pod drugačnimi pogoji kot odgovorna oseba (zavarovanec): obseg odškodninske odgovornosti odgovorne osebe je opredeljen z zakonom (in pogodbo, če gre za pogodbeno odgovornost), zavarovalnica pa jamči le v okviru zavarovalne pogodbe - tako vsebinsko (možne so razne omejitve ali izključitve jamstva) kot zneskovno (v okviru zavarovalne vsote, ki pomeni največjo možno obveznost zavarovalnice). Zavarovalna zaščita je drugačna v primeru, če se zavarovanje nanaša na splošno nepogodbeno odgovornost zavarovanca, če se nanaša na odgovornost zavarovanca kot delodajalca, ali v primeru, če zavarovalnica ščiti poslovno (poklicno) sfero zavarovanca. V slednjem primeru je predmet zavarovanja škoda, ki nastane zaradi t.i. poklicne odgovornosti zavarovanca - to je škoda, ki jo zavarovanec zaradi strokovne napake povzroči svoji pogodbeni stranki (izjemoma tudi tretji osebi) pri opravljanju poklicne dejavnosti. Glede obsega zavarovalnega kritja se lahko zavarovalnica in zavarovalec dogovorita v okviru njune pogodbene svobode. Ta je ustrezno manjša, če je zavarovanje obvezno po zakonu, saj morata pogodbeni stranki upoštevati zakonske zahteve o vsebini zavarovanja.

POVZETKI

414

Ključne besede: Zavarovanje odgovornosti, poklicna odškodninska odgovornost, strokovna napaka, sprožilci zavarovalne police, zavarovalna vsota

Liability Insurance Contract

In liability insurance the damaged party can file a direct claim against the Insurer. However, the Insurer guarantees the cover of damage under different conditions than the responsible person (the Insured): the scope of liability for damages of the responsible person is regulated by law (and contract in case of contractual liability), whereas the Insurer guarantees the cover only in the frame of the insurance contract; as regards contents (limitations or exclusions from cover are possible) as well as amounts (in the scope of the sum insured, which represents the highest possible obligation of the Insurer). Insurance cover is different in case the insurance refers to general non-contractual liability of the Insured, if it refers to the liability of the Insured acting as an employer or in case the Insurer protects professional (occupational) sphere of the Insured. In the latter case the subject-matter of insurance is damage, which occurs due to the so-called occupational liability of the Insured; i.e. that is the damage which the Insured inflicts upon its contractual party (or rarely upon the third party) due to a professional mistake during professional life. On the scope of insurance cover, the Insurer and the Policyholder can agree within their contractual freedom, which decreases correspondingly if insurance is mandatory by law due to the fact that contractual parties have to abide by statutory requirements regarding the subject-matter of insurance.

Key words: Liability insurance, professional liability for damages, professional misconduct, insurance policy triggers, the sum insured

Odgovornost za napake v pravnem mnenju neodvisnega pravnega strokovnjaka

Predmet prispevka je odgovornost za napake v pravnem mnenju, ki ga stranki poda neodvisni pravni strokovnjak oziroma konzultant. Če se naročnik zanaša na zmotno pravno mnenje, mu zaradi tega lahko nastane precejšnja škoda, h kateri pa je pravni svetovalec pripomogel samo posredno, saj za naročnika neposredno ni opravljal pravnih poslov ali procesnih dejanj. Pravno razmerje med naročnikom in pravnim svetovalcem je mogoče kvalificirati kot pogodbo o naročilu avtorskega dela, ki predstavlja posebno obliko podjemne pogodbe. Odgovornost je zato potrebno presoјati po določbah Obligacijskega zakonika. Konzultant mora pri pripravi pravnega mnenja ravnati s skrbnostjo dobrega strokovnjaka. Kdaj gre za napako, je odvisno od opredelitve konzultantove naloge, zlasti stopnje njene konkretnosti oziroma abstraktnosti. Za odškodninsko odgovornost konzultanta je potrebno napako pravočasno grajati, v pravdi pa dokazati vzročno zvezo med napako v mnenju in nastankom škode ter predvidljivost obsega take škode.

POVZETKI

416

Ključne besede: Pravno mnenje, pravno svetovanje, pravni strokovnjak, konzultant, avtorska pogodba, podjemna pogodba, odgovornost za napake, odškodnina

The Liability for Defects in Independent Legal Expert's Legal Opinion

The subject of the article is the liability for defects in a legal opinion prepared for a party by an independent legal expert or consultant. The client can incur significant damage by relying on a mistaken legal position from the opinion. However, legal consultants can contribute only indirectly to the occurrence of the damage as they do not personally perform any legal transactions or procedural acts for the client. The legal relationship between a client and a legal consultant can be qualified as a contract on the creation of a copyrighted work, which is in itself a special form of the contract for work or services. The consultant must act with the diligence of a good expert when preparing the opinion. Liability needs to be judged according to the provisions of the Obligations Code. The definition of defects in the legal opinion depends on the content of the consultant's job, especially how abstract or concrete it is. In order to enforce consultant's liability for damages, the defects must be notified in time and the causal link between the defect and the occurrence of the damage must be proved along with the foreseeability of the extent of such damage.

Key words: Legal opinion, legal counselling, legal expert, consultant, copyright contract, contract for work, liability for defects, damages

Vpliv evropskega prava na ureditev zunajsodnega reševanja sporov

V Evropi se vse bolj uveljavljajo različne oblike alternativnega reševanja sporov zunaj klasičnih sodnih postopkov, zlasti mediacija in conciliacija, v širšem smislu pa tudi arbitraža. Ti postopki lahko posamezniku olajšajo dostop do pravice, primerni pa so tudi za enostavnejše reševanje čezmejnih sporov na enotnem evropskem trgu. Zaradi tega EU že dlje časa zahteva, naj države članice spodbujajo uporabo takih postopkov, in spodbuja samoregulacijo teles, ki se ukvarjajo z zunajsodnim reševanjem sporov. Direktiva 2008/52/ES je prvi pravno zavezujoč akt EU, ki pravno ureja tudi nekatere vsebine same zakonske ureditve mediacije. Dosedanji akti EU, namenjeni povečevanju kakovosti mediacije, so bili namreč pravno nezavezujoči, zlasti v obliki priporočil. Z ureditvijo zunajsodnega reševanja sporov se poleg EU ukvarjajo tudi druge mednarodne organizacije in telesa, npr. Svet Evrope, OECD in UNCITRAL. Slovenska zakonska ureditev mediacije se je oblikovala pod intenzivnim vplivom omenjenih mednarodnih pravnih virov.

POVZETKI

418

Ključne besede: zunajsodno reševanje sporov, mediacija, conciliacija, Evropska unija, Svet Evrope, UNCITRAL, OECD

The Influence of European Law on the Regulation of Out-of-Court Dispute Resolution

The use of various forms of alternative dispute resolution outside classical judicial procedures is growing in Europe. These include especially the mediation and conciliation and, in a wider sense, also the arbitration. These procedures can facilitate access to justice for individuals and are appropriate for easier resolution of cross-border disputes in the single European market. For this reason, the EU demands that Member States encourage the use of such procedures, and promotes the self-regulation of the bodies, dealing with out-of-court dispute resolution. Directive 2008/52/EC is the first legally binding EU document that determines some of the elements of legislative regulation of the mediation itself. Thus far, EU acts intended to increase the quality of mediation were legally not binding and were mostly in the form of recommendations. Apart from the EU, other international organisations are dealing with out-of-court dispute resolution as well, such as the Council of Europe, OECD and UNCITRAL. The new Slovenian legislation on mediation has been formed under intensive influence of these international legal sources.

Key words: out-of-court dispute resolution, mediation, conciliation, European Union, Council of Europe, UNCITRAL, OECD

Dedovanje in pravo EU

V članku se avtorica loteva predstavitve problematike dedovanja z vidika prava EU. Opozarja, da zaenkrat še ne moremo govoriti o evropskem mednarodnem zasebnem dednem pravu, še manj pa lahko v doglednem času računamo na harmonizacijo materialnega dednega prava. Slednja po mnenju večine avtorjev, katerim se pridružuje tudi avtorica tega prispevka, praktično ni izvedljiva oziroma mogoča, vprašanje pa je tudi ali je v resnici zaželeno. Na določenih področjih, kamor lahko uvrstimo tudi področje dedovanja, je namreč več stoletni pravni razvoj v različnih državah prinesel določene posebnosti, ki jih je treba upoštevati in spoštovati, ne pa jih spreminjati in prilagajati drugim za vsako ceno. Vsekakor pa velja pozdraviti projekt, ki se ga loteva EU in bo v perspektivi prinesel veliko olajšanje težav, ki se v praksi pojavljajo pri t. i. internacionalnem dedovanju. Kot sredstvo za doseganje omenjenega cilja naj bi v prvi vrsti služila harmonizacija oziroma poenotenje pravil mednarodnega zasebnega prava na področju dedovanja.

POVZETKI

420

Ključne besede: dedno pravo, mednarodno zasebno pravo, evropsko mednarodno zasebno dedno pravo, harmonizacija dednega prava, Zelena knjiga o dedovanju in oporokah.

Succession Law and the EU Law

In this article the author deals with the problem of Succession Law from the EU perspective. She emphasizes that for the time being we can not talk about European Private International Law on Succession. We also can not, at least in a very near future, count on harmonization of substantial Succession Law. The latter is, by the opinion of majority of authors and also by the opinion of the author of this article, practically unfeasible or impossible, the question is also if it is really desirable. On certain areas, among which is also the area of inheritance, the historical legal development in different countries brought certain specifics that should be considered and respected and not changed or adapted to others. Doubtlessly we should welcome the project of EU which is about to bring a great relief to the difficulties in the area of so called international inheritance. As the main mean for the achievement of a set goal the process of harmonization and unification of the rules on Private International Law on the field of succession will be used.

Key words: Succession Law, Private International Law, Private International Law on Succession in EU, harmonization of Law of Succession, Green Paper on Succession and Wills.

Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu

Javni red v mednarodnem zasebnem pravu je skupek temeljnih vrednot, ki morajo biti varovane tudi v zasebnopravnih razmerjih z mednarodnim elementom. V svojih začetkih predvsem odraz interesov posameznih držav, se v zadnjem času vedno bolj bogati iz evropskih virov, Evropske konvencije o pravu človekovih pravic in prava Evropske unije, ki vsebujejo skupne temeljne vrednote evropskih držav. Hkrati je možnost držav, da v okviru javnega reda varujejo vrednote, ki so lastne le njim samim, ne pa tudi širši skupnosti držav, na podlagi istih evropskih virov vedno bolj omejena. Zdi se torej, da se vloga obravnavanega instituta v evropskem prostoru pomembno spreminja, iz varovanja parcialnih interesov držav proti varovanju skupnih interesov držav članic Sveta Evrope in Evropske unije.

POVZETKI

422 **Ključne besede:** mednarodno zasebno pravo, javni red, ordre public, pridržek javnega reda, evropski javni red, Evropska konvencija o pravu človekovih pravic, pravo Evropske unije, temeljne pravice

Europeanisation of Public Policy in Private International Law

Public policy in international private law contains fundamental values which must be protected even in legal relations involving foreign element. Originally it represented mainly the interests of particular States, yet in recent times it becomes more and more enriched by European sources, the European Convention on Human Rights and the EU law, which include common fundamental values of the European states. On the other hand, the same European sources limit the States in protecting the values which are not shared by the community of the European states. It seems that the role of public policy and thus the public policy exception faces important changes in the European legal environment, from the protection of the partial State interests towards the protection of the common interests of the Member States of the Council of Europe and of the European Union.

Key words: private international law, public policy, ordre public, public policy exception, European public policy, European Convention on Human Rights, EU Law, fundamental rights

Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi

Evropsko pogodbeno pravo je v razburljivi razvojni fazi. Avtor v članku predstavlja različne pojavne oblike, ozadje nastajanja in aktualne projekte evropskega pogodbenega prava. Predstavljene so osnovne poteze obstoječe zakonodaje ES na področju pogodbenega prava, ki večinoma ureja le posamezne vidike pogodbenih razmerij med podjetji in potrošniki. Acquis communautaire je nastal brez sistematičnega okvira, značilnega za večino nacionalnih pravnih redov, zanj pa so značilne številne pomanjkljivosti. Komisija ES ga želi izboljšati s projektom Skupnega referenčnega okvira (CFR), ki naj bi bil, nekakšen nezavezujoč priročnik – »škatla za orodje« – predvsem za evropskega zakonodajalca. Avtor predstavlja nastajanje, strukturo in vsebino CFR in njegovega nedavno objavljenega osnutka (DCFR), ter možnosti njegove uporabe, tudi kot podlago za morebiten opsijski instrument. Obravnava tudi najnovejši predlog direktive o pravicah potrošnikov, s katero želi Komisija doseči popolno harmonizacijo nekaterih vidikov potrošniških pogodb.

POVZETKI

424

Ključne besede: evropsko pogodbeno pravo, evropsko zasebno pravo, pravo varstva potrošnikov, Skupni referenčni okvir, acquis communautaire, Načela evropskega pogodbenega prava

European Contract Law, Tool-Boxes and Blue Buttons

European contract law is going through a very exciting development phase. The author presents the concept of European contract law, its background, as well as some basic features of the existing European legislation in this field, mainly regulating particular aspects of contractual relations between businesses and consumers. Acquis communautaire evolved without a systematic framework, characteristic for most national contract law systems. It has several shortcomings and inconsistencies. The Commission of the EC is planning to improve it with the current project called the Common Frame of Reference (CFR), which, as it seems, should be a kind of non-binding »tool-box«, a manual on European contract law, primarily for European legislator. The author discusses the making, the structure and the contents of the CFR and its recently published draft, the so called DCFR, as well as the possibilities of its use, especially as regards the possible optional instrument in the future. Included is a short comment on the most recent Commission's proposal – a directive aimed at maximum harmonisation of selected aspects of consumer contract law.

Key words: European contract law, European private law, consumer protection law, Common Frame of Reference, *acquis communautaire*, Principles of European Contract Law

