



Medijski sponzor





2017

Pravni letopis 2017

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

ij inštitutzapimerjalnopravo

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založil

IUS Software, d. o. o., GV Založba

Odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

Uredniški odbor: mag. Nina Betetto, dr. Bojan Bugarič, dr. Matija Damjan,
dr. Miha Juhart, dr. Damjan Možina, dr. Ana Vlahek, Jan Zobec

Mednarodni uredniški svet: dr. Vlatka Butorac Malnar, dr. Inese Druviete,
dr. Jan Hurdík, dr. Marko Ilesič, dr. Meliha Povlakić, ddr. Johannes Michael Rainer,
dr. Nenad Tešić, dr. Jernej Sekolec

Članki v publikaciji so recenzirani.

Izdajo Pravnega letopisa je sofinancirala Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

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

Oblikovanje in računalniški prelom: Anja Tavčar

Tisk

Demat, d. o. o.
Ljubljana

Naklada

100 izvodov

Cena z DDV

31,00 EUR

Naročila

tel.: 01 30 91 821
faks: 01 30 91 815

Ljubljana 2017

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. INFORMACIJSKA DOLŽNOST PRI SKLEPANJU POGODB

- 9 Merila za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja
Andreja Fakin
- 25 Predpogodbena dolžnost obveščanja bank pri sklepanju pogodb
Rok Rozman

II. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ZDRAVNIKA

- 43 Medicinska napaka
Vesna Rijavec
- 59 Kršitev pojasnilne dolžnosti zdravnika
Viktorija Žnidaršič Skubic
- 69 Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo za zdravniško
napako v sodni praksi
Ana Božič Penko
- 89 Moderni sistemi urejanja odškodninske odgovornosti zdravnika
Nita Rován Vizlar

III. NOMOTEHNIKA

- 107 Transparentnost sprejemanja občinskih predpisov
Albin Igličar
- 117 Uporabna etika in prostorska problematika
Bečir Kečanović

- IV. DRUGI PRISPEVKI**
- 137 **Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku**
Vesna Bergant Rakočević
- 145 **Razlikovanje med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli**
Matija Damjan
- 155 **Odškodninska odgovornost delodajalca**
Damjan Možina
- 173 ***Bail-in* ter poseg v lastninsko pravico skozi prizmo Sodišča Evropske unije**
Urša Ušeničnik
- 187 **Oblike oporok v slovenskem pravu in možnost elektronske oporoke**
Petra Hren
- 203 **Investor-State Arbitration and the Hundreds of Latvian Arbitration Tribunals**
Inese Druviete, Ēriks K. Selga
- 217 **A (Non-)Applicability of Conventions 148 and 155 of the International Labour Organization in the Brazilian Domestic Law**
Deilton Ribeiro Brasil, Fabrício Veiga Costa, Reginaldo Gonçalves Gomes,
Érica Patrícia Moreira de Freitas
- 235 **V. POVZETKI/ABSTRACTS**



Pravni letopis 2017

Informacijska dolžnost pri sklepanju pogodb

I.

ANDREJA FAKIN

Merila za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

ROK ROZMAN

Predpogodbena dolžnost obveščanja bank pri sklepanju pogodb

Izvirni znanstveni članek
347.133.1:001.102

Merila za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

ANDREJA FAKIN,
dr. pravnih znanosti,
strokovna sodelavka na
Okrajnem sodišču v Ljubljani

1. Uvod

Ljudje sprejemamo odločitve na podlagi informacij, ki jih imamo na voljo. Tako je tudi pri sklepanju pravnih poslov. Posameznik na podlagi njemu znanih dejstev sprejme odločitev o tem, ali bo pravni posel sklenil ali ne. Načeloma velja, da si mora vsak sam zagotoviti informacije, ki jih potrebuje za svojo poslovno odločitev.¹ Navedeno je posledica pravila o lastni odgovornosti, ki posamezniku poleg odgovornosti, da skrbi za lastne interese, nalaga tudi breme, da si sam zagotovi informacijski položaj, ki mu bo omogočal oblikovanje svobodne poslovne volje.²

V izjemnih primerih se zaradi zagotavljanja pravičnosti v pravnih razmerjih breme informiranja prenese na sopogodbenika.³ Vzpostavijo se dolžnosti informiranja, ki k informiranju o dejstvih, ki jih posameznik potrebuje za sprejetje svoje poslovne odločitve, zavezujejo nasprotno stranko. Predmet obravnave tega prispevka so prav te izjemne situacije, točneje merila za prepoznavanje situacij, v katerih se dolžnosti informiranja vzpostavijo. Prispevek se omejuje na predpogodbene dolžnosti informiranja, ki se drugače kot pogodbene (časovno) aktivirajo pred sklenitvijo pogodbe.⁴ Pravna podlaga za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja je lahko bodisi zakon oziroma drug predpis (zakonske predpogodbene dolžnosti

¹ Grigoleit, str. 35; Schwarze, str. 10, 7, 21; Singer, str. 525; Busch, str. 2; Wolf, Neuner, str. 478; Pohlmann, str. 102.

² Grigoleit, str. 35; Markesinis in dr., str. 99; Singer, str. 525; Schwarze, str. 7, 10, 21; Kramer, str. 5, Schäfer, Ott, str. 390; Busch, str. 2; Wolf, Neuner, str. 478; Pohlmann, str. 102; Bork, str. 307.

³ Schäfer, Ott, str. 355, 390; Busch, str. 3; Markesinis in dr., str. 44–46; Pohlmann, str. 102.

⁴ Von Mehren, str. 97–98; Schwarze, str. 14; Loos, str. 94; Westermann in dr., str. 232; Pohlmann, str. 19.

informiranja) bodisi načelo vestnosti in poštenja (pri nas 5. člen OZ⁵).⁶ Pri zakonskih predpogodbenih dolžnostih informiranja je predpostavke za njihovo vzpostavitev predvidel že zakonodajalec.⁷ Drugače je pri predpogodbenih dolžnostih informiranja, ki temeljijo na načelu vestnosti in poštenja, pri katerih se kot problematično izkaže prav identificiranje okoliščin, ki vplivajo na njihovo aktiviranje. Pri ugotavljanju, ali se je dolžnost vzpostavila, je namreč treba opraviti tehtanje med načelom lastne odgovornosti ter skrbjo nasprotni stranke za interese sopogodbnika (načelo vestnosti in poštenja). Tehtanje je vse prej kot preprosto, saj je odvisno od številnih dejavnikov, poleg tega pa dejavniki v različnih kombinacijah dajejo različne rezultate. Ugotavljanje relevantnih naveznih okoliščin za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja je še dodatno oteženo, ker se relevantnost okoliščin zaradi same narave načela dobre vere in pravičnosti, iz katere izhajajo, lahko spreminja.

Ne glede na težavnost identificiranja okoliščin in ugotavljanja njihovega vpliva na vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja se poleg kazuističnega reševanja primerov v sodni praksi v teoriji pojavljajo poskusi abstrahiranja relevantnih okoliščin.⁸ Eden od mogočih načinov sistematiziranja dejavnikov, povezanih z vzpostavitvijo predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki temeljijo na dobri veri, bo predstavljen v tem prispevku.⁹

2. Delitev predpogodbenih dolžnosti informiranja glede na sprožilni moment

Pri ugotavljanju okoliščin za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja se kot pomembna izkaže delitev glede na sprožilni moment, ki kot merilo delitve določa okoliščino, ki ključno vpliva na aktiviranje dolžnosti. Tako razlikujemo med spontanimi predpogodbenimi dolžnostmi informiranja, poizvedovalnimi dolžnostmi in dolžnostmi, ki temeljijo na dolžnosti govoriti resnico.

⁵ Obligacijski zakonik (OZ), Ur. l. RS, št. 83/01, s spremembami.

⁶ Sefton-Green, str. 27–28; Von Mehren, str. 96–98; Faust, Grigoleit, str. 197–199; Wolf, Neuner, str. 478; Hübner, str. 355; pri nas: Fakin, Splošne, str. 89 in nasl.

⁷ Več o tem Fakin, Ureditev, str. 335 in nasl.

⁸ Razvrščanje glede na naravo pogodbe, glede na osebe, ki vstopajo v pravna razmerja, tipološko razlikovanje, gibke teorije, interesnospecifična razčlenitev informacijskih konfliktnih položajev, kombinirane teorije. Več o tem Fleischer, str. 74–276; Grigoleit, str. 11.

⁹ Uporabljena je kombinirana metoda sistematiziranja predpogodbenih dolžnosti informiranja, saj se kot merilo členitve uporabljajo podlaga vzpostavitve (dobra vera, zakon), vrsta dolžnosti (spontana, dolžnost, ki izvira iz dolžnosti govoriti resnico, poizvedovalna), vrsta pogodbe, ki se sklepa, ter tudi oseba, ki vstopa v pravno razmerje. Ugotovitve temeljijo na raziskavi, opravljeni v okviru podiplomskega študijskega programa Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, pod mentorstvom prof. dr. Damjana Možine (Fakin, Predpogodbene dolžnosti informiranja (doktorska disertacija), Ljubljana, 2015).

Spontane predpogodbene dolžnosti informiranja se, kot pove že njihovo ime, vzpostavijo spontano, tako da je zavezanec dolžan informacijo razkriti ne glede na to, ali je bil po njej posebej vprašan.¹⁰

Od spontanosti dolžnosti informiranja je treba razlikovati poizvedovalne dolžnosti, namen katerih je preprečevanje zmote, v katero se je spravił sopogodbenuk sam, oziroma je riziko zmote na njem.¹¹ Zavezanec je dolžan v takšnih situacijah bodočega sopogodbenuka opozoriti na zmoto, ki jo je pri njem opazil, oziroma preveriti, ali je sopogodbenuk v zvezi z določenim dejstvom v zmoti.¹²

Predpogodbene dolžnosti informiranja, ki temeljijo na dolžnosti govoriti resnico, od udeleženca v pravnem prometu terjajo, da na vprašanja sopogodbenuka odgovori pravilno in popolno, takšne pa morajo biti tudi njegove spontane izjave (ki jih poda prostovoljno).¹³ Posebnost te skupine predpogodbenih dolžnosti informiranja je, da lahko do njihove kršitve pride le z aktivnim ravnanjem zavezanca.

Zaradi posebnih značilnosti vsake od predstavljenih skupin predpogodbenih dolžnosti informiranja so različne tudi predpostavke za njihovo vzpostavitev. Posebnosti glede na vrsto dolžnosti bodo posebej izpostavljene pri vsaki od v nadaljevanju predstavljenih predpostavk. Pri tem velja poudariti, da je med posameznimi skupinami dolžnosti informiranja pogosto težko ločiti, saj se lahko te hkrati vzpostavijo glede na različne sprožilne momente.¹⁴

3. Merila za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

Kljub načelnemu priznavanju načela vestnosti in poštenja kot pravne podlage za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja institut v praksi še ni povsem zaživel. Primeri, ki sicer vsebinsko spadajo k problematiki razporeditve informacijskega bremena med strankama, se namreč največkrat ne presojajo po institutu predpogodbenih dolžnosti informiranja,¹⁵ temveč sodišča pri njihovem reševanju uporabljajo druge, sorodne institute. Zaradi pomanjkanja slovenske sodne prakse, ki bi se nanašala neposredno na predpogodbene dolžnosti informiranja, ki temeljijo na načelu vestnosti in poštenja, je pri določanju predpostavk in njihove vsebine treba izhajati predvsem iz tujih pravnih ureditev, ki so na področju oblikovanja poslovne volje sorodne slovenski ureditvi. Kot primerjalnopravno izhodišče sta v tem prispevku predstavljeni

¹⁰ Kramer, str. 1409; Schwarze, str. 13; Busch, str. 16; Wolf, Neuner, str. 103; Pohlmann, str. 29.

¹¹ Müller, str. 31.

¹² Schwarze, str. 23.

¹³ Roth, str. 86; Fleischer, str. 254; Grigoleit, str. 6; Dolenc, str. 110; Wagner, str. 88–89; Pohlmann, str. 32.

¹⁴ Več o tem: Fakin, Splošne, str. 202.

¹⁵ Drugače velja za zakonske predpogodbene dolžnosti informiranja.

nemška in švicarska pravna ureditev. Ugotavljanje relevantnosti okoliščin in njihovega vpliva na vzpostavitev dolžnosti pa je tudi nujno povezano s primerjavo vsebin sorodnih, v teoriji in sodni praksi že uveljavljenih institutov. Za primerjavo so primerni predvsem tisti, ki urejajo proces oblikovanja poslovne volje. Pri nas sta to instituta zmote in prevare.

V primerjalnem pravu izpostavljene navezne točke za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja so za potrebe tega prispevka razporejene v tri večje skupine oziroma predpostavke: (1) pomembnost informacije, (2) vedenje udeležencev pravnega razmerja in (3) dodatne okoliščine. Prva predpostavka se nanaša na informacijo, ki je lahko predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja, pri čemer se osredotoča na ugotavljanje pomembnosti dejstva, ki je lahko predmet dolžnosti. Druga se nanaša na vedenje strank predpogodbenega razmerja o okoliščinah, relevantnih za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja. Tretja predpostavka zajema različne druge navezne točke, ki lahko vplivajo na vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja, pri čemer njihova vsebina in vpliv nista ostro zamejena in zato predpostavka pušča priprta vrata za upoštevanje morebitnih drugih dodatnih okoliščin, ki bi lahko upravičevale (ne)aktiviranje predpogodbenih dolžnosti informiranja.

Ob ugotavljanju predpostavk za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja in njihove vsebine je treba upoštevati, da načelo vestnosti in poštenja ni le podlaga za vzpostavitev dolžnosti informiranja, temveč tudi vodilo pri interpretaciji vsake od predpostavk. Ker se predpogodbene dolžnosti informiranja vzpostavijo v izjemnih primerih in pomenijo odstop od splošnega pravila o lastni odgovornosti v zvezi s pridobivanjem informacij, je treba okoliščine, ki vplivajo na njihovo vzpostavitev, razlagati restriktivno.

3.1. Pomembnost informacije

3.1.1. Pojem informacije

Namen predpogodbenih dolžnosti informiranja, ki temeljijo na dobri veri, je upravičencu do informiranja zagotoviti informacije, ki jih potrebuje za oblikovanje svobodne poslovne volje. Predmet dolžnosti informiranja so zato informacije. V primerjalnem pravu se informiranje omejuje na obstoječa dejstva ter na prihodnja dejstva in mnenja, a pri teh dveh le v delih, ki temeljijo na obstoječih dejstvih.¹⁶

Tudi v našem pravu lahko na podlagi analize sodne prakse, ki se nanaša na situacije, ki vsebinsko spadajo pod problematiko razporeditve informacijskega bremena med strankama, ugotovimo, da so predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja obstoječa dejstva. Gre za informacije o lastnostih stvari, oseb ali storitev, o pravnem položaju; tako so predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja na primer dejstvo, da se prodaja le gostinski lokal, ne pa

¹⁶ Müller, str. 24; Grigoleit, str. 16; Roth, str. 85.

tudi vrt, ki leži poleg njega,¹⁷ informacija o pravnem lastništvu nepremičnine,¹⁸ zazidljivost nepremičnine,¹⁹ dejstvo, da gre za novogradnjo,²⁰ obstoj hipoteke,²¹ dejstvo, da je hladilna komora uporabna,²² obstoj terjatve²³ ipd.²⁴

Predpogodbene dolžnosti informiranja se v našem pravu načeloma ne vzpostavijo v zvezi z bodočimi dejstvi in prognozami,²⁵ saj riziko za njihovo uresničitev nosi vsaka od strank sama.²⁶ Kljub odsotnosti konkretnih primerov iz sodne prakse lahko domnevamo, da so izjemoma lahko predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja enako kot v primerjalnem pravu tudi pri nas prihodnja dejstva, če bi se ta dala predvideti glede na obstoječa dejstva. Pri tem je treba poudariti, da se mora standard predvidljivosti približati stopnji gotovosti, da se bo določeno dejstvo uresničilo.²⁷ Enako kot pri prihodnjih dejstvih lahko sklenemo tudi v zvezi z mnenji oziroma ocenami: izjavitelj načeloma ni odgovoren za svoje mnenje, saj to po navadi pomeni subjektivno vrednotenje (na primer najlepša obleka). Če mnenja temeljijo na obstoječih dejstvih, pa izjavitelj za takšne izjave lahko odgovarja. Kot primer lahko navedemo mnenje oziroma oceno izjavitelja o solventnosti družbe: ker izjava o solventnosti družbe temelji na preučevanju bilanc in drugih poslovnih podatkov, ki predstavljajo obstoječa dejstva, lahko izjavitelj, če teh dejstev ne upošteva, za takšno mnenje odgovarja.

¹⁷ VSL II Cp 2463/2012 z dne 8. 5. 2013.

¹⁸ VSL II Cp 152/2009 z dne 6. 5. 2009.

¹⁹ VSL II Cp 1966/2014 z dne 19. 11. 2014.

²⁰ VSC Cp 593/2013 z dne 20. 2. 2014.

²¹ VSL I Cp 902/213 z dne 4. 12. 2013.

²² VSL I Cpg 287/2013 z dne 17. 12. 2014.

²³ VSL II Cp 1553/1999 z dne 29. 3. 2000.

²⁴ Opisana dejstva so predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja tudi v specialnih predpisih, v katerih so dolžnosti informiranja kodificirane (zakonske predpogodbene dolžnosti informiranja). Kot primer lahko navedemo prvi odstavek 25.b člena Zakona o varstvu potrošnikov (Ur. l. RS, št. 20/98, s spremembami): »Podjetje mora potrošniku pred sklenitvijo pogodbe oziroma preden potrošnika zavezuje ponudba, na jasen in razumljiv način zagotoviti informacije o glavnih značilnostih blaga v obsegu, ki ustreza nosilcu podatkov in blagu, če niso te jasne že iz okoliščin.«

²⁵ VS RS II Ips 338/2006 z dne 19. 2. 2009: najemnik poslovnih prostorov nosi poslovni riziko za ustreznost najemnine, ki je bila določena po odstotkih od prometa, kljub temu da mu je najemodajalka razkrila, kakšen promet sama pričakuje.

²⁶ VSM I Cp 1361/2011 z dne 31. 1. 2012: ker je bila bolezen v času sklepanja pogodbe v mirovanju, metastaze, ki so sicer posledica napredovanja osnovne bolezni in ki so bile vzrok za nastanek zavarovalnega primera, pomenijo bodoče negotovo dejstvo, v zvezi s katerim ne obstaja dolžnost po 931. do 933. členu OZ. Podobno, sicer v zvezi z zmoto, razmišlja tudi Plavšak, str. 205, in sicer se mora zmota nanašati na napačno predstavo o okoliščinah, ki obstajajo že ob sklenitvi pogodbe, tako da ni mogoče izpodbijanje zaradi napačnih pričakovanj oziroma predvidevanj strank o tem, kaj se bo dogajalo v prihodnje (po sklenitvi pogodbe).

²⁷ VSM I Cp 1361/2011 z dne 31. 1. 2012.

3.1.2. Merilo pomembnosti

Predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja ni vsaka informacija (točneje: obstoječe dejstvo). Informiranje sopogodbnika o vseh obstoječih dejstvih v praksi niti ne bi bilo izvedljivo. Prevelika količina informacij bi lahko povzročila celo nasproten učinek od želenega (tj. zagotoviti ustrezen informacijski položaj upravičenca) – gre za pojav tako imenovane informacijske prenasičenosti oziroma preobremenjenosti (*information overload*),²⁸ ko je odločanje zaradi prevelike količine informacij, ki jih mora upravičenec preučiti oziroma iz njih izluščiti tiste, ki jih potrebuje za oblikovanje svoje poslovne volje, oteženo.²⁹ Nastanek takšnih situacij preprečuje predpostavka pomembnosti informacije, ki mora biti izpolnjena, da bi se predpogodbena dolžnost informiranja vzpostavila.³⁰

Informacija je pomembna, če je od nje odvisna odločitev stranke o vstopu v pravno razmerje oziroma je od nje odvisno oblikovanje vsebine tega bodočega razmerja.³¹ Kot merilo pomembnosti imamo na izbiro objektivni in subjektivni kriterij. Prvi je namenjen varstvu pravnega prometa, zato za merilo postavlja očitno bistvenost informacije za sklenitev pravnega posla.³² Subjektivni kriterij pa je usmerjen na dojetje pomembnosti informacije konkretnega udeleženca pogodbenega razmerja in je posebej namenjen varstvu njegove individualne poslovne volje.³³ Okoliščina je po tem merilu pomembna, kadar stranka pogodbe, če bi informacijo imela, ne bi sklenila oziroma bi jo sklenila pod drugačnimi pogoji.³⁴

V primerjalnem pravu se v zvezi s predpogodbenimi dolžnostmi informiranja kot vodilni jemlje objektivni kriterij pomembnosti informacije.³⁵ Ta se vsebinsko sklada s predpostavko objektivne bistvenosti pri zmoti³⁶ in zajema okoliščine, kot so bistvene sestavine pogodbe, na primer lastnosti predmeta pogodbe, ki odstopajo od lastnosti, potrebnih za običajno oziroma dogovorjeno rabo (stvarne napake),³⁷ očitne pomanjkljivosti predmeta,³⁸ informacije o oko-

²⁸ Wolf, Neuner, str. 109; Rott, str. 190.

²⁹ Problematika se pojavlja predvsem pri specifičnih predpogodbenih dolžnostih informiranja, ki jih z namenom varstva potrošnikov predpisuje zakonodajalec. Ker mejna koristnost informacij z njihovo količino pada, je ravnanje zakonodajalca, da prodajalcem nalaga vse več dolžnosti informiranja, vprašljivo tudi z vidika varstva potrošnikov. Prevelika količina informacij namreč ne zagotavlja nujno, da bo potrošnik tudi dejansko bolj informiran.

³⁰ Markesinis in dr., str. 307; Müller, str. 31–32; Kramer, str. 1409; Pohlmann, str. 58, 103 in nasl.

³¹ Müller, str. 32.

³² Bork, str. 337.

³³ Wolf, Neuner, str. 463.

³⁴ Prav tam.

³⁵ Markesinis in dr., str. 307; Bork, str. 337; Pohlmann, str. 103; Schwenger, str. 290; Huguenin, str. 420, 1543.

³⁶ Müller, str. 32; Schwenger, str. 285. Več o tem Fakin, *Predpogodbene ...*, str. 31 in nasl.

³⁷ Roth, str. 90; Fleischer, str. 264–266; Pohlmann, str. 103.

³⁸ Roth, str. 90; Pohlmann, str. 103.

liščinah, ki ustrezajo pojmu pravnih napak predmeta pogodbe,³⁹ okoliščine, ki ogrožajo uresničitev namena pogodbe,⁴⁰ okoliščine, ki sta jih stranki pravnega posla povzdignili na raven njune skupne poslovne podlage.⁴¹

Ker je tudi v našem pravu vodilni kriterij ugotavljanja bistvenosti zmote pri odplačnih pravnih poslih objektivni (46. člen OZ), ta pa vsebinsko ustreza kriteriju bistvenosti zmote v tujih ureditvah,⁴² se zdi smiselno kriterij objektivne bistvenosti zmote uporabiti tudi kot vsebino predpostavke pomembnosti pri predpogodbenih dolžnostih informiranja v naši ureditvi.

Ugotovimo lahko, da objektivni kriterij bistvenosti zmote izpolnjujejo okoliščine, ki se štejejo za bistvene za sklenitev pravnega posla glede na običaje v pravnem prometu (46. člen OZ). Bistvena je tako zmeta o tem, da se prodaja le gostinski lokal, ne pa tudi vrt, ki leži poleg njega,⁴³ o pravem lastništvu nepremičnine,⁴⁴ o zazidljivosti nepremičnine,⁴⁵ o dejstvu, da gre za novogradnjo,⁴⁶ o obstoju hipoteke.⁴⁷ Predpostavko bistvenosti zmote izpolnjujejo tudi bistvene lastnosti osebe, če se pogodba sklepa glede na osebo, in predmeta, na primer lastnost hladilne komore, da je uporabna,⁴⁸ obstoj terjatve⁴⁹ ipd. V našem pravu je bistvena tudi zmeta, ki se šteje za bistveno glede na namen strank. Predpostavka je sicer konkretno subjektivna, vendar je ta v alternativnem odnosu s preostalimi objektivnimi predpostavkami in v terminologiji nemške ureditve pomeni objektivni pogoj bistvenosti,⁵⁰ zato so tudi dejstva, ki jih sicer uvrščamo med atipične poslovne podlage, lahko predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja, če sta jih stranki povzdignili na raven njune skupne poslovne podlage. Kot primer atipične poslovne podlage lahko navedemo lastnost likalnika, da ima možnost samozklopa (to funkcijo namreč ponujajo zelo redki modeli, tako da se glede na običaje v pravnem prometu ta lastnost likalnika gotovo ne more šteti za bistveno). Če je prodajalec seznanjen z

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Bork, str. 337; Pohlmann, str. 103.

⁴¹ Kramer, str. 1368; Wolf, Neuner, str. 469.

⁴² Več o tem: Fakin, *Predpogodbene ...*, str. 170 in nasl.

⁴³ VSL II Cp 2463/2012 z dne 8. 5. 2013.

⁴⁴ VSL II Cp 152/2009 z dne 6. 5. 2009.

⁴⁵ VSL II Cp 1966/2014 z dne 19. 11. 2014.

⁴⁶ VSC Cp 593/2013 z dne 20. 2. 2014.

⁴⁷ VSL I Cp 902/213 z dne 4. 12. 2013.

⁴⁸ VSL I Cpg 287/2013 z dne 17. 12. 2014.

⁴⁹ VSL II Cp 1553/1999 z dne 29. 3. 2000.

⁵⁰ Objektivni pogoj bistvenosti v nemškem pravu vsebuje merilo, da so zaradi varstva pravnega prometa pravno upoštevne le nekatere, to je dovolj pomembne zmote (in ne vse), med njimi tudi zmeta o okoliščini, ki sta jo kot bistveno dogovorili stranki, saj je tudi nasprotni stranki znano, da je ta okoliščina za sklenitev pravnega posla pomembna.

namenom kupca, da kupi likalnik s to funkcijo, je ta lastnost predmeta povzdignjena na raven njune skupne poslovne podlage in se zato glede na namen strank morebitna zmota o tej lastnosti šteje za bistveno. Navedene okoliščine, ki izpolnjujejo predpostavko bistvenosti zmote, izpolnjujejo tudi predpostavko pomembnosti informacije, ki se zahteva za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja.

V primerjalnem pravu se ne zahteva, da bi bila predpostavka objektivne pomembnosti informacije izpolnjena pri dolžnostih, ki temeljijo na dolžnosti govoriti resnico, in poizvedovalnih dolžnostih.⁵¹ Enaki izjemi bi lahko dopustili tudi v našem pravu. Če je namreč stranka vprašana po določenem dejstvu (enako velja za spontane izjave), mora na vprašanje odgovoriti pravilno in popolno, in sicer ne glede na to, ali se njen odgovor nanaša na dejstvo, ki izpolnjuje predpostavko pomembnosti, ali ne. Tako mora biti odgovor na vprašanje, ali je izdelek testiran na živalih (to dejstvo sicer ne izpolnjuje predpostavke objektivne pomembnosti informacije), pravilen in popoln.⁵² Podobno je pri poizvedovalnih dolžnostih: če se pri zavezancu pojavi dvom o skladnosti upravičenčeve želene in izjavljene volje, ga mora zavezanec na to opozoriti, in sicer ne glede na to, ali dejstvo izpolnjuje predpostavko objektivne pomembnosti.

3.2. Vedenje udeležencev

Aktiviranje predpogodbenih dolžnosti informiranja je odvisno od nekaterih elementov zavezi obeh pogodbenih strank. Predpogodbene dolžnosti informiranja se ne vzpostavijo, če upravičenec za informacijo in njeno pomembnost ve oziroma bi zanj moral vedeti (okvir vedenja upravičenca), kot tudi ne, če ni podano vedenje zavezanca o informaciji in njeni pomembnosti ter informacijskem položaju upravičenca (okvir vedenja zavezanca).

3.2.1. Okvir vedenja upravičenca

Predpostavka okvira vedenja upravičenca je negativna predpostavka – če upravičenec za informacijo ve oziroma ta spada v njegov okvir vedenja, potem se v zvezi s takšno informacijo predpogodbena dolžnost informiranja ne vzpostavi. Izključevanje tovrstnih informacij iz dometa predpogodbenih dolžnosti informiranja je glede na primarnost načela lastne odgovornosti v zvezi s pridobivanjem informacij logična posledica nesmiselnosti obremenjevanja sopogodbena s predpogodbeno dolžnostjo informiranja, če informacijo upravičenec že ima.⁵³

⁵¹ Markesinis in dr., str. 282–286, 294–295; Fleischer, str. 260–261; Grigoleit, str. 6; Jauerling, str. 66; Wolf, Neuner, str. 413; Schwenger, str. 290.

⁵² Izjema velja pri pravici do laži – več o tem Fakin, *Predpogodbene ...*, str. 218.

⁵³ O transakcijskih stroških glej Cooter, Ulen, str. 88 in nasl.

V primerjalnem pravu spadajo v okvir vedenja upravičenca tiste informacije, ki jih upravičenec ima (najkasneje) v trenutku sklepanja pravnega posla.⁵⁴ Vedenje o informacijah se mu lahko tudi pripiše, in sicer, če so mu informacije dostopne brez nadaljnega (z minimalnimi stroški).⁵⁵ Da bi bila predpostavka izpolnjena, mora biti pri obeh opisanih situacijah (da upravičenec informacijo ima oziroma bi jo moral imeti) podana še dodatna okoliščina: upravičenec se mora zavedati pomembnosti te informacije za sklenitev pravnega posla oziroma bi se njene pomembnosti moral zavedati.⁵⁶ Izjeme so dopuščene v zvezi z dolžnostmi, ki izvirajo iz dolžnosti govoriti resnico,⁵⁷ in poizvedovalnimi dolžnostmi.⁵⁸

V zvezi s pripisovanjem vedenja upravičencu najdemo merila o tem, katere informacije bi posameznik pri sklepanju pravnega posla moral imeti, v predpostavki opravičljivosti zmote. Kriterij opravičljivosti zmote vsebuje merila za presojo, katere informacije v zvezi s sklepanjem pravnega posla si je glede na zahtevano skrbnost v pravnem prometu dolžan zagotoviti posameznik sam. Stališča, ki jih je zavzela sodna praksa v zvezi s standardom opravičljivosti zmote, pa lahko uporabimo tudi na področju predpogodbenih dolžnosti informiranja, saj je tudi pri njih ključno vprašanje skrbnosti ravnanja v pravnem prometu. Iz objavljenih odločitev slovenskih sodišč lahko ugotovimo, da so merila skrbnosti zelo stroga, saj je kriterij opravičljivosti zmote le redko izpolnjen.⁵⁹ Čeprav ima stranka o pomembni informaciji (njenem obstoju) zgolj indic, je takšno informacijo dolžna pridobiti.⁶⁰ Tako bi moral kupec, ki je razpolagal s kombiniranim ZK-izpiskom, iz katerega je bilo razvidno, da je le del nepremičnine stavbno zemljišče, del pa travnik, v zvezi z zazidljivostjo nepremičnine sam pridobiti lokacijsko informacijo.⁶¹ Imel je namreč indic, da zemljišče ni v celoti zazidljivo, zato njegova zmota o zazidljivosti nepremičnine ni opravičljiva.

Pri dolžnosti stranke, da si sama zagotovi določene informacije, je treba upoštevati še nadaljnjo zahtevo – stranka si je dolžna informacijo zagotoviti sama, če ji je ta dostopna. Iz

⁵⁴ Roth, str. 90; Schwarze, str. 39; Pohlmann, str. 104–105; Huguenin, str. 420; Schenker, str. 315.

⁵⁵ Roth, str. 90; Schwarze, str. 39; Pohlmann, str. 104–105; Huguenin, str. 150, 416.

⁵⁶ Müller, str. 29; Kramer, str. 1279.

⁵⁷ Če je dolžnost informiranja kršena naklepno, ni pomembna skrbnost upravičenca do informacije, da bi torej mogel in moral vedeti, da informacija, dana s strani sopogodbenika, ni pravilna oziroma popolna. Upravičenec se je na informacijo upravičeno zanesel (Bork, str. 338).

⁵⁸ Schwarze, str. 38; Kramer, str. 1279.

⁵⁹ Na primer VSL I Cp 1346/2010 z dne 26. 8. 2010: prodajalec se mora sam pozanimati o vrednosti nepremičnine, ki jo prodaja, in se ne more uspešno sklicevati na nerealno prikazovanje cene stanovanja s strani kupca, zaradi česar naj bi bila njegova zmota opravičljiva; VS RS II Ips 749/2008 z dne 22. 12. 2011: ker kupec ni poskrbel za razjasnitev ZK-izpiska, ki ga ni razumel, ni ravnal z zadostno skrbnostjo in njegova zmota ni opravičljiva.

⁶⁰ VS RS II Ips 117/2007 z dne 18. 6. 2009.

⁶¹ Prav tam.

objavljenih odločitev slovenskih sodišč lahko razberemo, da ima pasivnost stranke v zvezi s pridobivanjem pomembnih informacij, ki so dostopne brez nadaljnjega, zanjo neugodne pravne posledice.⁶² Šteje se, da stranka lahko pridobi informacijo brez nadaljnjega, na primer z vpogledom v javno knjigo ali tako, da prebere pogodbo.⁶³ Praksa sicer še ni zavzela stališča v zvezi z visokimi stroški, ki bi jih stranka lahko imela s pridobivanjem informacij, v povezavi z njihovo dostopnostjo, vendar se zdi, da bi bilo mogoče enaka merila, kot so jih na podlagi ekonomske analize prava oblikovali v primerjanih pravnih redih, uporabiti tudi pri nas, namreč da so informacije, katerih pridobitev je povezana z visokimi stroški (na primer da mora stranka za pridobitev informacije naročiti izvedbo dragih raziskav), upravičencu nedostopne, zato te ne spadajo v njegov okvir vedenja.⁶⁴

Poleg obeh zahtev, ki se nanašata na samo pridobitev informacije (torej indic o njenem obstoju in njena dostopnost), mora biti za ugotovitev, da informacija spada v okvir vedenja upravičenca, izpolnjena tudi zahteva, da upravičenec ve, da je informacija za sklenitev pravnega posla pomembna, oziroma bi za njeno pomembnost moral vedeti.⁶⁵

Enako kot v primerjalnem pravu tudi pri nas poznamo izjeme, ko se kljub temu, da bi upravičenec sicer moral sam vedeti za določeno informacijo oziroma bi se moral o njej pozanimati, vzpostavijo dolžnosti nasprotno stranko opozoriti na očitno in sopogodbeniku razpoznavno zmoto.⁶⁶ Izjeme veljajo tudi v zvezi z dolžnostmi, ki izhajajo iz dolžnosti govoriti resnico: za izjavo o informaciji, za katero upravičenec ve oziroma bi zanjo moral vedeti, lahko zavezanec odgovarja, če se upravičenec nanjo (upravičeno) zanese.⁶⁷

3.2.2. Okvir vedenja zavezanca

V primerjalnem pravu se predpogodbene dolžnosti informiranja vzpostavijo samo, če zavezanec informacijo, ki je predmet predpogodbenih dolžnosti informiranja, v trenutku sklepanja

⁶² VSC Cp 1083/2005 z dne 17. 8. 2006: splošne pogoje poslovanja bi stranka lahko prebrala; ker tega ni storila, se na zmoto zaradi neizpolnjene predpostavke njene opravičljivosti ne more sklicevati. VS RS II Ips 606/2009 z dne 20. 1. 2011: stranka, ki je prevzela poroštveno obveznost in se pred tem ni pozanimala o kreditni sposobnosti glavnega dolžnika, čeprav je to možnost imela (da bi se pozanimala, ali je glavni dolžnik zavaroval svoj dolg z nepremičnino in v kakšnem deležu je ta njen lastnik), ni ravnala dovolj skrbno, zato poroštvena pogodba ni izpodbojna.

⁶³ Prav tam.

⁶⁴ Lahko pa spadajo v njegov riziko.

⁶⁵ Domneva se, da je to vedenje podano v zvezi z informacijami, ki izpolnjujejo predpostavko objektivne pomembnosti.

⁶⁶ Fakin, Splošne, str. 89 in nasl.

⁶⁷ VS RS II Ips 652/2005 z dne 12. 12. 2007: zaradi zatnjevanja prodajalca poslovnega deleža, da obveznosti družbe ne presegajo določenega zneska, kasneje pa se je izkazalo, da ga presegajo za kar 22-krat, je zmota kupca opravičljiva.

pravnega posla ima oziroma bi jo moral imeti.⁶⁸ Vedenje o informaciji mu lahko tudi pripisemo, če mu je bila informacija dostopna, vendar možnosti njene pridobitve ni izkoristil.⁶⁹ Poleg vedenja o sami informaciji mu mora biti znano oziroma bi mu moralo biti znano, da upravičenec informacije nima oziroma da je ta, ki jo ima, napačna, nadalje pa tudi, da je informacija pomembna za sklenitev pravnega posla.⁷⁰ Vsebina predpostavke je drugačna pri poizvedovalnih dolžnostih, pri dolžnostih, ki temeljijo na dolžnosti govoriti resnico, pa ni treba, da je ta izpolnjena.⁷¹

Pri nas v zvezi z okvirom vedenja zavezanca po mojem mnenju lahko zavzamemo enaka stališča kot v primerjanih ureditvah. Pri pripisovanju znanja zavezancu, ker bi ta za določeno dejstvo moral vedeti, lahko uporabimo merila, ki veljajo za pripisovanje vedenja upravičencu (ključni so stroški pridobitve informacije). Tako na primer prodajalec ne ve za vse lastnosti predmeta prodaje (in vse hibe). Če pa bi se o določeni lastnosti predmeta lahko pozanimal (dostopnost) in bi se o tem tudi moral pozanimati (na primer zaradi konstantnih zahtev za popravilo – indic), pa tega ni storil, mu vedenje o tej lastnosti lahko pripisemo, čeprav dejanskega vedenja o lastnosti stvari (hibi) ni imel. Podano mora biti vedenje o informaciji sami (torej mora obstajati indic o obstoju določenega dejstva, to dejstvo, torej informacija, pa mora biti zavezancu dostopno) ter o njeni pomembnosti za sklenitev pravnega posla.⁷² Poleg tega mora zavezanec vedeti (oziroma bi moral vedeti), da informacija ne spada v okvir vedenja upravičenca.

Pri poizvedovalnih dolžnostih je predpostavka okvira vedenja zavezanca v primerjalnem pravu prilagojena namenu te posebne skupine dolžnosti, ki je v zagotavljanju razumevanja pogodbene vsebine in podlag. Zavezanec mora torej za informacijo in njeno pomembnost vedeti (oziroma bi zanjo moral vedeti), prav tako pa mora vedeti (oziroma bi moral vedeti), da je sopogodbenuk v zmoti.⁷³ Tudi pri nas lahko sklenemo, da se tovrstne dolžnosti aktivirajo, če sta podani ti dve komponenti zavesti zavezanca (vedenje o informacijskem položaju upravičenca, torej da je v zmoti, in vedenje o informaciji, torej o obstoju in njeni pomembnosti). V našem pravu namreč ni sporno, da je zmoto sopogodbenuka treba sanirati (49. člen OZ), prav

⁶⁸ Roth, str. 87–88; Markesinis in dr., str. 309–310; Grigoleit, str. 77; Schwarze, str. 39, 49–50; Pohlmann, str. 103.

⁶⁹ Grigoleit, str. 77; Roth, str. 88.

⁷⁰ Roth, str. 88; Bork, str. 330.

⁷¹ Grigoleit, str. 6–7; Huguenin, str. 150; Schenker, str. 315.

⁷² Več o tem v poglavju Okvir vedenja upravičenca.

⁷³ Čeprav informacija spada v okvir vedenja upravičenca (glede na tam veljavne domneve glede skrbnosti v pravnem prometu), se lahko aktivira poizvedovalna dolžnost, če zavezanec (med drugim tudi) ve oziroma bi moral vedeti, da je upravičenec v zmoti.

tako pa mora biti zavezancu jasno, da je informacija (vsaj subjektivno) pomembna za sklenitev pravnega posla.⁷⁴

Izjema v zvezi s predpostavko okvira vedenja zavezanca velja tudi pri dolžnostih, ki temeljijo na dolžnosti govoriti resnico. Za aktiviranje te skupine dolžnosti ni treba, da je predpostavka vedenja zavezanca izpolnjena. Ne glede na dejstvo, ali zavezanec ve, da je vsebina informacije, ki jo je spontano razkril sopogodbniku, pravilna in popolna, ter ali bi za njeno vsebino moral vedeti, je kršitev dolžnosti informiranja podana, takoj ko informacija ne ustreza resničnemu stanju. Okoliščina vedenja zavezanca je v teh primerih pomembna samo za ugotavljanje njegove krivde, kjer se ta zahteva za vzpostavitev odgovornosti za kršitev dolžnosti govoriti resnico.

3.3. Dodatne okoliščine

Predpostavke v zvezi z informacijo, ki je lahko predmet dolžnosti informiranja, in vedenjem udeležencev pogodbenega razmerja ne razrešujejo v celoti vprašanja, kdaj se vzpostavijo spontane predpogodbene dolžnosti informiranja. Aktiviranje spontanah predpogodbenih dolžnosti informiranja je v primerjalnem pravu odvisno tudi od dodatnih okoliščin, kot so na primer zaupanje med strankama, subjektivne lastnosti strank ipd.⁷⁵ Te okoliščine lahko riziko za nepoznavanje informacij prerazporedijo od upravičenca k zavezancu in obratno.

Da bi se vzpostavile spontane predpogodbene dolžnosti informiranja, mora biti med strankama podan odnos zaupanja, stranki (točneje, upravičenec) pa morata ta odnos zaupanja prepoznati in ga postaviti za izhodišče svojega odločanja.⁷⁶ V primerjalnem pravu ugotavljajo, da so predpogodbene dolžnosti informiranja širše v razmerjih, kjer je zaupanje med strankama še posebej intenzivno.⁷⁷ Takšna so na primer kooperativna in druga dolgotrajna razmerja, zaupanje je intenzivnejše tudi pri stalnih poslovnih odnosih med strankama, v primerih, ko sta stranki v osebnem razmerju ali ko sta kako drugače med seboj družinsko oziroma prijateljsko povezani.⁷⁸ Sporno pa je, ali je tudi opravljanje določenega poklica, na primer da je ena od strank odvetnik, bankir ipd., okoliščina, ki kaže na obstoj zaupnega razmerja med strankama.⁷⁹

⁷⁴ Plavšak, str. 204–205. Če informacija izpolnjuje objektivni kriterij pomembnosti, potem lahko zavezancu vedenje o njeni pomembnosti za sklenitev pravnega posla pripišemo, sicer pa bo njegovo vedenje o pomembnosti treba dokazati.

⁷⁵ Schwarze, str. 146; Kramer, str. 1401; Schwenzer, str. 290; Huguenin, str. 150, 415; Fleischer, str. 634–638; Schenker, str. 315.

⁷⁶ Schwarze, str. 101–103; str. 309; Grigoleit, str. 222; Bork, str. 337; Kramer, str. 1409; Pohlmann, str. 54 in nasl.

⁷⁷ Kramer, str. 1408–1409; Schwarze, str. 107–108; Markesinis in dr., str. 309.

⁷⁸ Prav tam.

⁷⁹ Schwarze, str. 107–108.

Tudi pri nas velja, da je zaupanje med strankama večje pri kooperativnih pravnih poslih,⁸⁰ zato je v teh primerih tudi v našem pravu mogoč zaključek, da lahko upravičenec pričakuje razkritje več informacij kot sicer. Če med strankama razmerje zaupanja ni podano, se predpogodbene dolžnosti informiranja ne vzpostavijo oziroma zavezanec za njihovo kršitev ne odgovarja.

Na vzpostavitev spontanah predpogodbenih dolžnosti informiranja vplivajo tudi subjektivne lastnosti strank.⁸¹ Tako je pri ugotavljanju, ali se je dolžnost vzpostavila, treba upoštevati lastnost stranke, ki ji preprečuje, da bi pridobila o informaciji vedenje, ki ga potrebuje za sprejetje svobodne odločitve.⁸² Navedena okoliščina posega v predpostavko okvira vedenja upravičenca, in sicer na način, da znižuje merila, kdaj se določeno vedenje upravičencu lahko pripiše.⁸³ Gre za upoštevanje osebnostnih lastnosti oziroma lastnosti določene osebe, ki jih tuji pravni redi upoštevajo pri predpostavki poslovne neizkušenosti pri odušni pogodbi.⁸⁴ Gre za okoliščine, kot so starost, naglušnost ipd.⁸⁵ Te lastnosti povzročijo, da stranka sama ne more prepoznati pomembne informacije, torej njene pomembnosti za pravni posel, ki ga sklepa. Predpogodbene dolžnosti informiranja, ki se pri tem vzpostavijo, se največkrat nanašajo na pravne rizike, pravni položaj ali posledice pravnega posla, ki se sklepa.⁸⁶ Takšni zaključki v zvezi z navedenimi okoliščinami bi bili lahko upoštevni tudi pri nas, saj tudi v našem pravu poznamo poslovno neizkušenost kot enega od subjektivnih pogojev pri odušni pogodbi (119. člen OZ).

Pri predpostavki dodatnih okoliščin velja opozoriti na možnost, da se kot pravno relevantne za vzpostavitev dolžnosti upoštevajo tudi druge okoliščine, ki v izjemnih primerih upravičujejo premik informacijskega bremena z ene na drugo stranko predpogodbenega razmerja.⁸⁷ Navedena posebnost sicer zmanjšuje pravno varnost udeležencev v pravnem prometu, vendar pa hkrati omogoča doseganje pravičnosti pri razporeditvi informacijskega bremena glede na okoliščine konkretnega primera.

⁸⁰ Glej na primer Cigoj, str. 2162 in nasl.

⁸¹ Schwarze, str. 146; Kramer, str. 1401.

⁸² Kramer, str. 1401; Jauering, str. 65; Twigg-Flesner, Schulze, str. 133.

⁸³ Schwarze, str. 156–158; Müller, str. 146.

⁸⁴ Schwarze, str. 153–155; Kramer, str. 1409.

⁸⁵ Prav tam.

⁸⁶ Roth, str. 131.

⁸⁷ Tako je na primer v teoriji sporno, ali se predpogodbene dolžnosti informiranja aktivirajo v zvezi z informacijami, ki so bile pridobljene načrtno in z visokimi stroški (Fleischer, str. 262–264). Ekonomska analiza prava se zavzema za rešitev, da se dolžnosti informiranja v teh primerih ne vzpostavijo oziroma da se dopusti pravica do laži (Kovač, str. 38), vendar takšno stališče za zdaj v pravu še ni uveljavljeno.

4. Sklep

Predpogodbene dolžnosti informiranja so izjema od pravila o lastni odgovornosti za pridobivanje informacij. Namen njihove vzpostavitve je v zagotovitvi informacijskega položaja, ki bo upravičencu do informiranja omogočil, da oblikuje poslovno voljo, prosto napak. Pri ugotavljanju, ali se je na podlagi načela vestnosti in poštenja vzpostavila predpogodbena dolžnost informiranja, je treba upoštevati več dejavnikov. Izkaže se, da je aktiviranje predpogodbenih dolžnosti informiranja odvisno od vrste in pomembnosti informacije, ki je predmet dolžnosti, vedenja udeležencev o pomembnosti in vsebini informacije ter informacijski potrebi upravičenca, pa tudi od dodatnih okoliščin, kot so intenziteta zaupanja med strankama, poslovna neizkušenosť in druge lastnosti udeležencev pravnega razmerja. Na vsebino predpostavk vpliva tudi sprožilni moment, zaradi katerega se dolžnost informiranja aktivira (spontana; dolžnost, ki temelji na dolžnosti govoriti resnico; poizvedovalna predpogodbena dolžnost informiranja).

Zaradi pomanjkanja slovenske sodne prakse v zvezi s predpogodbenimi dolžnostmi informiranja, ki temeljijo na načelu vestnosti in poštenja, si je pri določanju vsebine predpostavk treba pomagati s primerjalnopravno analizo ter v sodni praksi in teoriji že uveljavljenimi instituti, ki urejajo področje napak volje (zmota, prevara). Stališča, ki sta jih teorija in sodna praksa že zavzeli s posameznimi predpostavkami pri teh dveh institutih, je mogoče aplicirati tudi na področje predpogodbenih dolžnosti informiranja. Za povečanje uporabnosti instituta predpogodbenih dolžnosti informiranja in zagotovitve pravne varnosti udeležencev v pravnem prometu je nujno postaviti jasne temelje za nadaljnje razvijanje vsebine predpostavk. Le tako bo namreč poseganje na področje lastne odgovornosti v zvezi s pridobivanjem informacij legitimno.

Literatura

- BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- BUSCH, Christoph. *Informationspflichten in Wettbewerbs- und Vertragsrecht: Parallelen in UWG und BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- CIGOJ, Stojan. *Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, zvezki od I do IV. Ljubljana: Uradni list RS Slovenije, 1984-1985.
- COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston: Pearscon, Prentice Hall, 2012.
- DOLENC, Mile. *Napake volje pri pravnoposlovni izjavi in njihove posledice* (doktorska disertacija). Ljubljana, 2001.

- FAKIN, Andreja. *Predpogodbene dolžnosti informiranja* (doktorska disertacija). Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2015.
- FAKIN, Andreja. Splošne predpogodbene dolžnosti informiranja: pravna podlaga vzpostavitve in možne sankcije za njihovo kršitev. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 1, str. 89–104.
- FAKIN, Andreja. Ureditev predpogodbenih dolžnosti informiranja pri potrošniški prodaji blaga v Sloveniji. V: Vlahek, A., Damjan, M. (ur), *Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov*, Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2015, str. 335–364.
- FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans Christoph. Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen. V: Eidenmüller, H., in dr., *Revision des Verbraucher-acquis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, str. 193–200.
- FLEISCHER, Holger. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*. München: C. H. Beck, 2001.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. München: C. H. Beck, 1997.
- HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. izd. Berlin: Walter de Gruyter, 1996.
- HUGUENIN, Claire. *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*. Zürich: Schulthess, 2012.
- JAUERING, Otmar. *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. München: Beck, 1990.
- KOVAČ, Mitja. *Comparative contract law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- KRAMER, Ernst A. V: Krüger, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 2007.
- LOOS, Marco. Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the Consumer rights directive. V: Stürner, M., *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*. München: Sellier, 2010.
- MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus Charles. *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd Edition. Oxford: Hart, 2006.
- MÜLLER, Georg. *Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1994.
- PLAVŠAK, Nina. V: Plavšak, N., *Obligacijsko pravo: splošni del*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- POHLMANN, André. Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten: ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Fordeerungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, *Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 268. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- ROTH, Bamberger. V: Krüger, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 2007.
- ROTT, Peter. Information obligations and withdrawal rights. V: Twigg-Flesner, Ch. (ur.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

- SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton: E. Elgar, 2004.
- SCHENKER, Franz. V: Hondius, Ewoud H. (ur.), *Precontractual Liability: reports to the XIIIth Congress*, International Academy of Comparative Law, Montreal, 18.–24. 8. 1990. Deventer: Kluwer Law, 1991.
- SCHWARZE, Roland. *Vorvertragliche Verständigungspflichten*. Tübingen: Mhor Siebeck, 2001.
- SCHWENZER, Ingeborg. V: Von Caemmerer, Schlechtriem, P., *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das übereinkomen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG-Kommentar)*, 2. izd. München: C. H. Beck, 1995.
- SEFTON GREEN, Ruth. *Mistake, fraud and duties to inform in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SINGER, Reinhard. V: Habermann, N. (red.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 1, Allgemeiner Teil. Berlin: Sellier-de Gruyter, 2012.
- TWIGG-FLESNER, Christian, SCHULZE, Reiner. Protecting rational choice: information and the right of withdrawal. V: Howells, G., Ramsay, I., Wilhelmsson, T., in Kraft, D., *Handbook of Research on International Consumer Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, str. 130–157.
- VON MEHREN, Arthur Taylor. *International encyclopedia of comparative law*. Vol. 7, Contracts in general. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- WAGNER, Gerhard. Lügen im Vertragsrecht. V: Zimmermann, R. (ur.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- WESTERMANN, Harm Peter, BYDLINSKI, Peter, WEBER, Ralph, *BGB – Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.
- WOLF, Manfred, NEUNER Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlicher Rechts*. München: C. H. Beck, 2012.

Izvirni znanstveni članek
336.717:347.441.142

Predpogodbena dolžnost obveščanja bank pri sklepanju pogodb

ROK ROZMAN
dr. pravnih znanosti,
prokurist in direktor pravne službe v
UniCredit Banki Slovenije, d. d.

1. Izvor predpogodbene dolžnosti obveščanja bank

Pogodbeno pravo temelji na načelu prostega urejanja obligacijskih razmerij in dispozitivnosti zakonskih določil. Predpostavlja se, da stranke vstopajo v pogodbena razmerja na podlagi svobodne volje ter v prirejenem položaju (*freedom of contract*). V nekaterih okoliščinah pa pravo vendarle pripoznava, da stranke niso v popolnoma enakovrednem položaju, zato posega v avtonomnost urejanja njihovih medsebojnih razmerij s predpisovanjem prisilnih pravil ravnanja. Gre za drugi vidik načela enakopravnosti, ki za zagotovitev dejanske enakopravnosti predpisuje ugodnejši pravni položaj za šibkejšo pogodbeno stranko.¹ Razlogi za takšno obravnavo so običajno ekonomski, lahko pa izhajajo tudi iz drugih omejitev.

Eden najpomembnejših vidikov (ne)enakopravnosti strank, ki vstopajo v pogodbeno razmerje, se izkazuje na informacijskem področju. Informacije so za današnjo (informacijsko) družbo izredno pomembne in se z njimi srečujemo skoraj na vsakem koraku.² V poslovnem okolju posest informacije pomeni premoženjsko vrednost. Bolje obveščena stranka namreč lahko doseže boljše pogodbene pogoje in izbira poslovna razmerja, v okviru katerih uspešneje ureničuje svoje poslovne interese. V povezavi s tem se srečujemo s problemom tako imenovane informacijske asimetrije (*information asymmetry*), ki pomembno vpliva na nastajanje in obli-

¹ Načelo pogodbene enakopravnosti (4. člen OZ) izvira iz koncepta enakopravnosti pred zakonom kot človekove pravice in temeljne svoboščine, ki je tudi ustavna kategorija (glej 14. člen Ustave RS).

² Vsepovsod nas obkrožajo predvsem reklamne informacije, ki nas vabijo k nakupu izdelkov in naročilu storitev. Pomemben (če ne celo glavni) vir informacij je nedvomno internet kot največji informacijski zbir, ki omogoča in hkrati usmerja informacijsko družbo. Ob tem pa informacije iščemo in pridobivamo tudi v vsakodnevnih medsebojnih interakcijah.

kovanje pogodbenih razmerij.³ Vsaka stranka mora sicer v prvi vrsti najprej sama poskrbeti za svoje interese in prevzema odgovornost za svoja ravnanja. V ta okvir spada tudi njena dolžnost, da si zagotovi vse informacije, ki jih potrebuje za odločitev o sklenitvi pogodbenega razmerja. Vendar pa posamezne informacije niso prosto dostopne vsem udeležencem pogodbenega razmerja in je njihovo razkritje odvisno od poslovnega interesa stranke, ki ima informacije v posesti oziroma pod nadzorom. Kadar takšno informacijsko neravnovesje postane (prevelika) ovira za varnost pravnega prometa, je potrebna pravna intervencija v obliki predpisovanja posebnih predpogodbenih dolžnosti obveščanja na strani močnejše (profesionalne) pogodbene stranke.

Informacijska asimetrija se pojavlja na številnih področjih, izrazita je v bančni dejavnosti. Banke so kot najbolj usposobljen finančni posrednik odločilni dejavnik za uspešno delovanje celotnega gospodarstva, saj zaradi njihovega (ne)uspešnega delovanja nastajajo pozitivne in negativne eksternalije, ki se prenašajo na makroekonomsko raven. Zaradi te sistemske vloge so banke podvržene strogemu regulativnemu nadzoru, ki naj zagotovi njihovo solventnost in likvidnost, hkrati pa v očeh strank zagotavlja posebno stopnjo zaupanja in varnosti.⁴ Pri svojem poslovanju banke zbirajo in obdelujejo številne podatke o (potencialnih) strankah. Stranka je v bistveno slabšem položaju glede znanja in izkušenj na področju bančnih storitev, hkrati pa je zaradi omejenega vpogleda v bančno aktivo prikrajšana tudi za možnost izvajanja samostojne ocene kvalitete premoženja posamezne banke.

Pri sklepanju bančnih pogodb ima banka položaj profesionalnega subjekta, ki precej lažje pridobiva specifične in kompleksne informacije kot navadne stranke.⁵ Predpisane informacije mora po pravni ureditvi, z namenom doseči bolj enakopraven pogodbeni položaj obeh pogodbenih strank, deliti s strankami. Pri tem gre navadno za različna pojasnila, nasvete, opozorila

³ Asimetrija informacij preprečuje popolno informiranost subjektov na trgu, ki so pripravljeni med seboj sklepati pogodbeni razmerja. V tem smislu se izkazuje kot anomalija, ki povzroča nedelovanje popolnega trga. Primerjaj Jaka Cepec, Asimetrija informacij v pogodbenem pravu, *LeXonomica: Revija za pravo in ekonomijo*, 2009, letn. 1, št. 1, str. 59–74. Glej tudi Ann-Sophie Vandenberghe, *Erasmus Law Review*, 2010, vol. 3, št. 1, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1674527> (2. 11. 2017).

⁴ Banka potrebuje zaupanje komitentov, sicer se lahko sooči z navalom deponentov (*bank panic, bank run*), ki pomeni grožnjo za njen propad ne glede na dejstvo njene siceršnje solventnosti.

⁵ Pridobivanje in razumevanje informacij na kompleksnih poslovnih področjih je običajno povezano z visokimi stroški, ki jih profesionalne stranke lahko razpršijo med večje število transakcij in s tem dosega ustrezne stopnje ekonomije obsega. Zato se običajna stranka znajde v situaciji tako imenovane racionalne ignorance, ko je zanj ekonomsko bolj racionalno, da ne pridobiva dodatnih informacij, ker bi strošek njihovega pridobivanja presegal koristi, kot si jih lahko obeta na podlagi posesti teh informacij. S tem se informacijska asimetrija povečuje in odvrča posamezne stranke (zlasti potrošnike), da bi vlagale lastne vire v njeno odpravo. Primerjaj Diego Valiante, Andrea Renda, Legal and economic approach to tying and other potentially unfair and anticompetitive commercial practices: focus on financial services, 1. 2. 2010, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1736555> (2. 11. 2017), str. 42–44.

ali razkritja, ki naj nasprotni stranki pomagajo pri odločitvi za izbor in sklenitev pogodbenega razmerja. Dolžnost zagotavljanja informacij se dopolnjuje s prepovedjo namernega prikrivanja relevantnih informacij in prepovedjo posredovanja neresničnih ali zavajajočih informacij.⁶ Banka mora stranki posredovati resnične in popolne informacije, tako da se slednja nanje lahko upravičeno zanese. Predpogodbena dolžnost obveščanja banke torej vključuje tako aktivna ravnanja (pozitivna obligacija) kakor prepoved izvajanja nekaterih ravnanj, katerih izpolnitev bi pomenila kršitev pravne norme in uresničitev prepovedane posledice (pasivna oziroma negativna obligacija). V strokovni literaturi in sodni praksi je tovrstna informacijska obveznost pogosto označena s terminom pojasnilna dolžnost, ki ga v nadaljevanju uporabljam kot sopomenko.⁷

Za pojasnilno dolžnost ni bistveno, ali banka razpolaga z informacijami, ki jih je dolžna pred sklenitvijo pravnega posla zagotoviti stranki. Pravna ureditev namreč izhaja iz predpostavke (*presumptio iuris et de iure*), da je te informacije sposobna zagotoviti učinkoviteje (lažje, hitreje, z manj napora in vloženi sredstvi), kot bi to lahko samostojno storila stranka.⁸ Merilo skrbnosti banke glede priprave, izbora in načina posredovanja relevantnih informacij je poklicna (profesionalna) skrbnost dobrega strokovnjaka (dobre banke). Pojasnilna dolžnost je podana ne glede na (ne)izražen interes upravičene stranke, zato se banka ne more razbremeniti svoje obveznosti samo z ugovorom, da stranka ni vprašala ali na drug način izrazila interesa za pridobitev zadevnih informacij. Velja pa tudi nasprotni sklep, da mora stranki zagotoviti (dodatna) pojasnila in nasvete, po katerih stranka izrecno povprašuje in spadajo v kontekst pogodbenega razmerja, ki ga nameravata medsebojno skleniti.⁹

⁶ Pojasnilna dolžnost bi bila izničena, če bi banka stranki poleg informacij, ki ji jih je v skladu s pozitivno zakonodajo dolžna zagotoviti, lahko posredovala še dodatne zavajajoče ali celo neresnične informacije, s katerimi bi jo poskušala prepričati v nakup svojih produktov ali storitev.

⁷ Primerjaj na primer Nina Plavšak, v: Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur, *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana: GV Založba, 2009, str. 139, in odločbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1564/2013 z dne 11. februarja 2015.

⁸ Zbrane informacije še ne zagotavljajo preudarne odločitve, ampak jih je treba tudi ustrezno interpretirati in ovrednotiti. Pri tem so banke spet v prednosti, saj to lahko storijo bistveno učinkoviteje, zato naj v okviru pojasnilne dolžnosti to naredijo tudi za račun svojih strank. Primerjaj Marc Kruithof, Walter Gerven, *A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID*, *Ghent University Financial Law Institute Working Paper*, 2010, št. 7, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1622682> (2. 11. 2017).

⁹ Ta dolžnost profesionalne stranke ni neomejena in se presoja od primera do primera. Obveznost je praviloma podana glede pojasnil in nasvetov v zvezi s predmetom pogodbe, s katerimi profesionalna stranka razpolaga ali jih lahko brez večjih naporov pridobi.

2. Pravni viri pojasnilne dolžnosti v bančnem poslovanju

Cilj predpisovanja pojasnilne dolžnosti banke je torej vzpostavitev informacijskega ravnotežja med banko in njeno stranko v predpogodbeni fazi, ko se dogovarjata za sklenitev pogodbe o bančnih storitvah. Posredovane informacije naj stranki omogočijo, da lahko spozna vse pomembne lastnosti predmeta pogodbe in ustrezno oceni tveganja, povezana z njimi. Pri sklepanju in izvrševanju pogodbenih razmerij naj si banka ne prizadeva samo in izključno za uresničitev svojih interesov, temveč naj upošteva tudi (legitimne) interese svoje stranke in si razumno prizadeva za njihovo uresničitev.

Povsem jasno in legitimno je, da banka pri sklepanju poslov s strankami sledi predvsem svojim interesom, ki se kažejo v obliki realizacije čim višjih prihodkov ob dani omejitvi stroškov. Na drugi strani je interes stranke, da za opravljene bančne storitve plača čim nižje nadomestilo oziroma da za določeni strošek dobi najvišjo kakovost bančne storitve in prevzame najmanjše tveganje. Pojasnilna dolžnost v tem kontekstu določa mejo pri uveljavljanju interesov banke, ko sklepa pogodbe s strankami. Banka je dolžna svoji stranki pojasniti vse relevantne okoliščine, ki so pomembne za določeno vrsto pogodbe o bančnih storitvah. Katere so te okoliščine in na kakšen način naj jih posreduje stranki, je opredeljeno v področni zakonodaji za posamezno področje bančnega poslovanja. Ta kot *lex specialis* (v razmerju do splošnega načela vestnosti in poštenja) določa pojasnilno dolžnost banke. Povedano drugače, glavni pravni vir pojasnilne dolžnosti banke ni načelo vestnosti in poštenja, temveč posamične konkretne pravne norme, s katerimi je pravo poseglo v pogodbeno avtonomijo banke in ji naložilo konkretne informacijske obveznosti.

Pojasnilna dolžnost banke v zakonodaji ni urejena kot splošen pravni institut niti kot poseben institut, ki bi na splošno veljal za vsa poslovna razmerja, v katera vstopa banka pri izvajanju svoje poslovne dejavnosti. Opredelitev konkretnih obveznosti je zato treba izluščiti iz relevantnih določil specialne (področne) zakonodaje, ki ureja posamezna ožja področja bančnega poslovanja. Ta področna zakonodaja po večini izhaja iz določil *acquis communautaire*, torej pravnega reda Evropske unije (EU). Z namenom odpraviti ovire za notranji trg je na ravni EU prišlo do pomembne stopnje harmonizacije pravne ureditve na področjih bančnega poslovanja, finančnega trga in potrošniške zakonodaje. Sprejete so bile številne direktive EU, ki so jih bile države članice dolžne prenesti in implementirati v nacionalne zakonodaje. Ob primerjavi vsebine pojasnilne dolžnosti po posameznih področjih bančnega poslovanja zato v pravnih ureditvah držav članic lahko zaznamo visoko stopnjo usklajenosti.

Pojasnilna dolžnost banke je najbolj obsežna, hkrati pa tudi najbolj kompleksna na področju investicijskih storitev in poslov. Velik premik v miselnosti in razvoju na tem področju je prinesla Direktiva 2004/39/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o trgih fi-

nančnih instrumentov¹⁰ (tako imenovani MiFID). Sledila je Direktiva Komisije 2006/73/ES z dne 10. avgusta 2006 o izvajanju Direktive 2004/39/ES.¹¹ Republika Slovenija obe implementirala z Zakonom o trgu finančnih instrumentov (ZTFI).¹² Na podlagi evropske popotnice je ZTFI temeljito prenovil delovanje investicijskih podjetij. Med drugim je določil pogoje in okvire za razvrstitev strank ter jasno opredelil pojasnilno dolžnost na strani investicijskih podjetij. Ob tem je treba opozoriti še na vrsto podzakonskih aktov, ki jih je na izvedbeni ravni sprejela Agencija za trg vrednostnih papirjev.¹³ V okviru EU je bila sicer sprejeta tudi že Direktiva 2014/65/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o trgih finančnih instrumentov.¹⁴ Ta posega med drugim na področje pojasnilne dolžnosti investicijskih podjetij, tako da podrobneje opredeljuje nekatere že znane obveznosti, hkrati pa so dodane nove.¹⁵

Najpomembnejši dejavnosti banke sta dajanje kreditov za svoj račun in sprejemanje depozitov javnosti. Potrošniki pogosto vstopajo v kreditna razmerja brez zadostnega razmisleka o stroških, ki so s tem povezani, predvsem pa brez realne ocene svoje finančne sposobnosti vračanja kredita. Z namenom njihove zaščite je zato zakonodajalec posegel v tovrstna razmerja ter podrobneje opredelil pravila in okvire sklepanja kreditnih razmerij med potrošniki in bankami. Pojasnilna dolžnost se v tem kontekstu izkazuje v obliki predpisovanja predhodnih informacij, ki jih je banka dolžna zagotoviti potrošniku pred sklenitvijo kreditne pogodbe. V okviru EU to področje urejata Direktiva 2008/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2008 o potrošniških kreditih in razveljavitvi Direktive Sveta 87/102/EGS in Direktiva 2014/17/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. februarja 2014 o potrošniških kreditnih pogodbah za stanovanjske nepremičnine in spremembi direktiv 2008/48/ES in 2013/36/EU ter Uredbe (EU) št. 1093/2010.¹⁶ V domačem pravnem redu je bila ta materija prenovljena in je podrobneje urejena z novim Zakonom o potrošniških kreditih (ZPotK-2).¹⁷

¹⁰ UL L 224, z dne 16. avgusta 2006.

¹¹ Polni naslov: Direktiva Komisije 2006/73/ES z dne 10. avgusta 2006 o izvajanju Direktive 2004/39/ES v zvezi z organizacijskimi zahtevami in pogoji poslovanja investicijskih družb ter opredeljenimi izrazi za namene navedene direktive, UL L 241, z dne 2. septembra 2006.

¹² Ur. l. RS, št. 67/07, s spremembami. Glej zlasti 212. do 215. člen ZTFI.

¹³ V kontekstu pojasnilne dolžnosti je pomemben zlasti Sklep o pogojih za opravljanje investicijskih in drugih storitev za borznoposredniške družbe. Trenutno veljavni sklep je začel veljati 15. januarja 2017 (Uradni list RS, št. 85/16).

¹⁴ UL L 173, z dne 12. junija 2014.

¹⁵ Glej predvsem 24. in 25. člen Direktive 2014/65/EU. Začetek veljavnosti teh ukrepov je bil sprva predviden od 3. januarja 2017, kasneje pa odložen za eno leto (novi rok je torej 3. januar 2018).

¹⁶ UL L 133/66, z dne 22. maja 2008, in UL L 60/34, z dne 28. februarja 2014.

¹⁷ Ur. l. RS, št. 77/16. Glej zlasti 7. do 11. člen ter 39. in 40. člen ZPotK-2. To materijo je pred tem urejal ZPotK-1 (Ur. l. RS, št. 59/10, s spremembami) in še pred njim ZPotK (Ur. l. RS, št. 70/00, s spremembami). Podrobnejša vsebina predhodnih informacij za kreditna razmerja je določena s Pravilnikom o vsebini predhodnih informacij in obrazcih za predhodne informacije o potrošniških kreditih (Pravilnik o potrošniških kreditih) in Pravilnikom

V povezavi z depoziti področna bančna zakonodaja ne ureja posebne pojasnilne dolžnosti banke, kar je mogoče pripisati dejstvu, da gre praviloma za enega najbolj enostavnih bančnih produktov.

Najbolj množično uporabljene storitve bank so plačilne storitve, ki nas spremljajo skoraj na vsakem koraku in so osnova prostega pretoka denarnih sredstev. Niso omejene z državnimi mejami, zato ne preseneča visoka stopnja poenotenja njihove pravne ureditve na ravni EU. Temeljno vlogo na tem področju ima Direktiva 2007/64/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES in 2006/48/ES ter o razveljavitvi Direktive 97/5/ES.¹⁸ V domači pravni red je bila prenesena z Zakonom o plačilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS).¹⁹ Pojasnilna dolžnost se v tem kontekstu izkazuje v obliki predhodnih informacij, ki jih je banka dolžna zagotoviti uporabniku plačilnih storitev pred sklenitvijo pogodbe.²⁰

V primerih, ko banka opravlja storitve za potrošnike, je treba upoštevati še nekatera določila potrošniške zakonodaje. Ta na splošni ravni določajo pojasnilno dolžnost poslovnih subjektov, ko v okviru izvajanja svoje dejavnosti sklepajo posle s potrošniki. Na ravni EU je potrošniška zakonodaja harmonizirana predvsem z Direktivo 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta.²¹ Ta podrobneje določa pojasnilno dolžnost podjetij pred sklenitvijo pogodbe s potrošniki.²² Pojasnilne obveznosti pri sklepanju pogodb o finančnih storitvah na daljavo so podrobneje opredeljene z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/65/ES 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.²³ Omeniti velja še Direktivo Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o

o vsebini predhodnih informacij in obrazcih za predhodne informacije o potrošniških kreditih za nepremičnino (Pravilnik o potrošniških kreditih za nepremičnino), ki ju je na podlagi zakonskega pooblastila izdal minister za gospodarstvo (oba objavljena v Uradnem listu RS, št. 7/17).

¹⁸ UL L 319/1, z dne 5. decembra 2007.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 58/09, s spremembami. Glej zlasti 79. do 82. člen ZPlaSS.

²⁰ Banka je za izvedbo plačilnih storitev dolžna s stranko skleniti pogodbo o plačilnih storitvah, ki se lahko sklene kot okvirna pogodba ali kot pogodba o izvršitvi enkratne plačilne transakcije. ZPlaSS določa obvezne sestavine obeh pogodb in informacije, ki morajo biti stranki predložene pred sklenitvijo pogodbe.

²¹ UL L 304/64, z dne 22. novembra 2011.

²² Primerjaj 5., 6. in 7. člen Direktive 2011/83/EU. Direktiva se sicer ne uporablja za finančne storitve, kamor spadajo tudi bančne storitve, vendar pa države članice napotuje, da se v tem kontekstu zgledujejo po njenih določilih tako, da zagotovijo enake konkurenčne pogoje za vse potrošnike in vse pogodbe v zvezi s finančnimi storitvami. Primerjaj 32. uvodno izjavo Direktive 2011/83/EU.

²³ UL L 271/16, z dne 9. oktobra 2002.

nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, katere materija se prav tako lahko povezuje z izvajanjem pojasnilne dolžnosti banke.²⁴ V slovenski pravni red so bile navedene direktive prenesene z Zakonom o varstvu potrošnikov (ZVPot).²⁵ Zakon na splošni ravni ureja pravice potrošnikov pri ponujanju, prodajanju in drugih oblikah trženja blaga in storitev s strani podjetij.

Banka lahko krši svojo pojasnilno dolžnost tudi s prepovedanimi ravnanji ali opustitvami, ki imajo značilnosti nepoštenih poslovnih praks. V tem kontekstu pride v poštev materija Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP).²⁶ Z njim je bila v domači pravni red prenesena Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta.²⁷ ZVPNPP izrecno prepoveduje uporabo nepoštenih poslovnih praks v situacijah pred sklenitvijo pogodbe, torej tudi pri izvajanju pojasnilne dolžnosti banke.

3. Dolžnost obveščanja stranke na področju potrošniškega kreditiranja

Najširši nabor in obseg dolžnosti obveščanja banke v predpogodbeni fazi je določen v okviru bančne storitve potrošniškega kreditiranja. V nadaljevanju je pozornost namenjena izključno temu področju, saj bi podrobnejša obravnava drugih področij močno presejala namen tega prispevka. Problematiko pojasnilne dolžnosti banke v tem kontekstu lahko združimo v naslednje sklope: (1) predhodne informacije, (2) razlagalna obveznost, (3) ocena kreditne sposobnosti stranke, (4) investicijske storitve in (5) nepoštene poslovne prakse.

3.1. Predhodne informacije

Banka mora skladno z določili ZPotK-2 potrošniku pred sklenitvijo kreditne pogodbe na razumljiv in nazoren način zagotoviti predhodne informacije o kreditu.²⁸ Tako naj se potrošniku omogoči, da lahko primerja različne ponudbe in presodi ustreznost ponujenega kredita glede

²⁴ UL L 95/29, z dne 21. aprila 1993.

²⁵ Ur. l. RS, št. 98/04, s spremembami. Položaj potrošnika gre po ZVPot vsaki fizični osebi, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene zunaj svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti.

²⁶ Ur. l. RS, št. 53/07. Glej zlasti 4. do 10. člen ZVPNPP.

²⁷ UL L 149/22, z dne 11. junija 2005.

²⁸ Z novim zakonom je bila implementirana Direktiva 2014/17/EU. Svetovna finančna kriza je narekovala učinkovito finančno zaščito potrošnikov, ki naj ne bo omejena na predpisovanje novih obveznosti glede predpogodbenih razkritij in pogodbenih klavzul, temveč naj vključuje tudi finančno opismenjevanje potrošnikov. Primerjaj Martin Melecky, Sue Rutledge, *Financial Consumer Protection and the Global Financial Crisis*, <<https://mpr.ub.uni-muenchen.de/28201/>> (2. 11. 2017).

na svoje potrebe, premoženjsko stanje in finančni položaj.²⁹ Predhodne informacije morajo vsebovati podatke o banki, lastnostih in pogojih kredita, pravicah in obveznostih potrošnika in banke ter dodaten pouk in opozorila glede na vrste in način sklepanja kreditnih pogodb.³⁰ Kadar gre za kreditno pogodbo s spremenljivo kreditno obrestno mero ali kreditno pogodbo, pri kateri je kredit obračunan v tuji valuti, mora banka v okviru predhodnih informacij potrošniku zagotoviti dodatne informacije.³¹

Predhodne informacije banka potrošniku zagotovi pisno na papirju ali drugem trajnem nosilcu podatkov. Za namene primerljivosti kreditov mora pri tem uporabiti predpisani standardni obrazec.³² Informacije v zvezi s spremenljivo obrestno mero, tujo valuto, referenčno vrednostjo in druge dodatne informacije v zvezi s kreditno pogodbo je treba potrošniku zagotoviti v ločenem dokumentu, ki se priloži standardnemu obrazcu. Vse predhodne informacije morajo biti podane v besedilu enake velikosti in poudarjenosti ter v čitljivi obliki.³³ Na zahtevo potrošnika mora banka slednjemu zagotoviti tudi brezplačen izvod osnutka kreditne pogodbe, razen če z njim nima namena skleniti kreditne pogodbe.³⁴

3.2. Razlagalna obveznost banke

S posredovanjem predhodnih informacij pojasnilna dolžnost banke še ni izčrpana, temveč vključuje še posebno razlagalno obveznost. Banka mora potrošnika opozoriti na pravne posledice, ki izhajajo iz sklenitve nameravane kreditne pogodbe, znana in običajna tveganja ter morebitne druge okoliščine v zvezi s sklenitvijo kreditne pogodbe, ki so ji znana. Na zahtevo mora potrošniku zagotoviti tudi dodatna pojasnila o predhodnih informacijah o potrošniškem kreditu, o glavnih značilnostih predlaganega kredita ter o možnih posledicah sklenitve predlagane kreditne pogodbe. Če potrošnik izrecno navede določene elemente zelenega

²⁹ Primerjaj prvi odstavek 7. člena ZPotK-2, prvi odstavek 9. člena Pravilnika o potrošniških kreditih in prvi odstavek 4. člena Pravilnika o potrošniških kreditih za nepremičnine.

³⁰ Podrobnejša vsebina predhodnih informacij je določena z obema pravilnikoma. Predpogodbene informacije morajo potrošniku omogočati, da lahko primerja kreditne produkte, oceni njihove posledice in sprejme utemeljeno odločitev o sklenitvi kreditne pogodbe. Posredovane morajo biti brez nepotrebne odlašanja, potem ko potrošnik posreduje banki zahtevane podatke o svojih potrebah, finančnem položaju in željah v zvezi s kreditnim produktom. Primerjaj 40. člen ZPotK-2 in 14. člen Direktive 2014/17/EU.

³¹ V teh primerih se dodatno zahteva predložitev grafičnega prikaza nihanja referenčne obrestne mere in vrednosti tuje valute v razmerju do evra za zadnjih deset let, ime referenčne vrednosti in njenega upravljavca ter opozorilo na morebitne posledice za potrošnika.

³² Gre za obrazec Standardne predhodne informacije za potrošniški kredit, ki je določen s Pravilnikom o potrošniških kreditih, oziroma obrazec za predhodne informacije ESIS, kot je določen s Pravilnikom o potrošniških kreditih za nepremičnino.

³³ Primerjaj 8. člen Pravilnika o potrošniških kreditih.

³⁴ Glej peti odstavek 7. člena ZPotK-2.

kredita, mora banka te elemente smiselno upoštevati pri pripravi predhodnih informacij. Ob tem ga mora opozoriti na tveganja, ki so nesorazmerno velika glede na podatke o njegovem finančnem položaju in premoženjskem stanju, s katerimi banka razpolaga.³⁵

Obseg in raven razlagalne obveznosti banke sta pravni standard, vezan na zmožnost razumevanja povprečnega potrošnika, ob upoštevanju okoliščin položaja, v katerem se ponuja kreditna pogodba, vrste in zapletenosti kreditnega posla. Povprečni potrošnik je običajno (razumno) obveščena, razumno pozorna in pazljiva oseba v konkretnem družbenem, jezikovnem in kulturnem prostoru.³⁶ Če potrošnik v določenem konkretnem primeru očitno ne razume v zadostni meri bistvenih značilnosti ali specifičnih posledic ponujenega kredita in ima težave pri razumevanju pogodbениh določil, mu mora banka posredovati dodatna pojasnila. Večja razlagalna dolžnost banke je vezana tudi na morebitne neobičajne pogodbene pogoje, ki jih vsebuje kreditna pogodba.³⁷

V zvezi s potrošniško kreditno pogodbo za nepremičnine banka lahko potrošniku zagotavlja svetovalne storitve kot ločeno aktivnost.³⁸ Pred sklenitvijo kreditne pogodbe mora tako potrošnika izrecno seznaniti s podatkom, ali izvaja svetovalne storitve, in z višino oziroma načinom obračuna morebitnega plačila za opravljeno storitev.³⁹ Dogovor o izvajanju svetovalnih storitev se lahko sklene konkludentno, vsekakor pa je priporočljivo, da je tak dogovor tudi v pisni obliki.

Ob posredovanju različnih informacij in pojasnil lahko v praksi nastane situacija, ko banka stranko zelo aktivno prepričuje za sklenitev pogodbe. Četudi med bodočima pogodbениma strankama v teh primerih ni dogovora o izvajanju svetovalnih storitev, se ob posredovanju različnih nasvetov in pojasnil lahko izkaže, da je banka *de facto* prevzela vlogo svetovalca, stranka pa je takšne nasvete sprejela v dobri veri in se je nanje upravičeno zanašala. V tem primeru je treba izhajati iz koncepta svetovalnega razmerja na dejanski osnovi in morebitno neustrezno ravnanje banke (na primer v smislu posredovanja zavajajočih nasvetov, ki naj stranko prepričajo v sklenitev pogodbe) presoјati kot potencialno kršitev pogodbениh obveznosti.⁴⁰ Tak

³⁵ Primerjaj tretji in četrti odstavek 9. člena Pravilnika o potrošniških kreditih.

³⁶ Primerjaj odločbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1236/2013 z dne 9. oktobra 2013. Primerjaj tudi sodbo Sodišča EU C-220/98 z dne 13. januarja 2000 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG proti Lancaster Group GmbH*), točki 27 in 30, ter sodbo istega sodišča C-356/04 z dne 19. septembra 2006 (*Lidl Belgium GmbH & Co. KG proti Etablissements Franz Colruyt NV*), točka 78.

³⁷ Primerjaj 16. člen Direktive 2014/17/EU.

³⁸ Primerjaj 47. člen ZPotK-2.

³⁹ Pri izvajanju svetovalnih storitev je banka dolžna ravnati v najboljšem interesu potrošnika. Za izdelavo priporočila ustrezne kreditne pogodbe za nepremičnino je dolžna pridobiti potrebne informacije o potrošnikovem osebnem in finančnem položaju, njegovih željah in ciljih. Priporočilo za sklenitev kreditne pogodbe se poda v pisni obliki.

⁴⁰ Kršitev pojasnilne dolžnosti v tem kontekstu je lahko pravna podlaga za odškodninsko obveznost banke. Več o tem glej Rok Rozman, Odškodninska odgovornost banke za kršitev pojasnilne dolžnosti, *Podjetje in delo*, 2016, št. 3-4, str. 454.

pristop izhaja predvsem iz nemške in avstrijske sodne prakse, ki je zavzela stališče o obstoju dejanskega svetovalnega razmerja in na tej podlagi utemeljila odškodninsko odgovornost banke za neustrezne nasvete in pojasnila.⁴¹

3.3. Ocena kreditne sposobnosti

V povezavi z opredelitvijo pojasnilne dolžnosti banke se pogosto omenja tudi obveznost ocene potrošnikove kreditne sposobnosti, ki jo je banka prav tako dolžna izvesti pred sklenitvijo kreditne pogodbe. Banka mora skrbno upravljati tveganja, ki jim je izpostavljena pri poslovanju. Pri tem je na prvem mestu kreditno tveganje, ki za banko praviloma pomeni največje poslovno tveganje. Izhodišče preudarnega in skrbnega upravljanja kreditnega tveganja je ocena strankine kreditne sposobnosti.⁴²

V okviru ZPotK-2 je obveznost ocene potrošnikove kreditne sposobnosti pred sklenitvijo kreditne pogodbe določena kot ukrep varstva potrošnikov, ki naj prepreči, da bi se kreditodajalci spuščali v neodgovorno posojanje ali izdajanje kreditov kreditno nesposobnim potrošnikom.⁴³ Banka mora preveriti potrošnikovo kreditno sposobnost na podlagi potrebnih, zadostnih in sorazmernih informacij o njegovih prihodkih in izdatkih ter drugih finančnih in ekonomskih okoliščinah, ki jih pridobi od potrošnika in iz dostopnih zbirk osebnih podatkov.⁴⁴ Na podlagi zbranih informacij mora nato presoditi, ali potrošnik izpolnjuje kriterije kreditne sposobnosti za ponujeni kreditni produkt. Pri tem mora izhajati iz ustreznih notranjih pravil in predvsem

⁴¹ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča Avstrije 8 Ob 66/12g z dne 5. aprila 2013. V konkretnem primeru je šlo za specifično situacijo, v kateri sta bili poleg banke in dveh strank udeleženi tudi zavarovalnica in premoženjska svetovalka. Slednja je stranki na podlagi pomanjkljivih informacij prepričala v sklenitev več povezanih pogodb v okviru kompleksne finančne konstrukcije, za katere se ob pravilni izpolnitvi pojasnilne dolžnosti nikakor ne bi odločili. Kompleksna struktura povezanih poslov tožnikoma ni bila razumljiva in sta se zanašala na ustna pojasnila svetovalke, ki sta ji zaupala.

V nemški sodni praksi in v mednarodnih finančnih krogih je močno odmevala sodba nemškega vrhovnega sodišča (Bundesgerichtshof) v zadevi XI ZR 33/10 z dne 22. marca 2011. Spor se je nanašal na kompleksen posel z izvedenimi finančnimi instrumenti, ki ga je banka sklenila s svojo stranko. Sodišče je ob tem zavzelo stališče, da je banka nastopala kot svetovalec stranke na dejanski osnovi in ji v tej vlogi prodala visoko kompleksen finančni produkt, ki ga je strukturirala v svojo korist in na škodo stranke. Zaradi svoje svetovalne vloge in vloge nasprotne stranke v poslu je banka izhajala iz izrazitega konflikta interesov. Na tej osnovi bi morala stranki predhodno razkriti tudi svoj zaslužek v poslu, kar bi slednji omogočilo, da bi lahko drugače in bolj realno ocenila ponujeni finančni produkt ter verjetnost uresničitve z njim povezanih tveganj.

⁴² Pred nastopom kreditne izpostavljenosti banka v procesu odobravanja kredita ocenjuje, ali bo stranka sposobna poplačati predvidene kreditne obveznosti ob zapadlosti. Ustrezni postopki upravljanja kreditnega tveganja so sicer podrobneje urejeni v okviru bančne regulative. Primerjaj 151.–155. člen ZBan-2 in Sklep o ocenjevanju izgub iz kreditnega tveganja banki in hranilnic (Ur. l. RS, št. 50/15, s spremembami).

⁴³ Primerjaj 26. uvodno izjavo Direktive 2008/48/ES in 55. uvodno izjavo Direktive 2014/17/EU.

⁴⁴ Primerjaj 10. in 42. člen ZPotK-2. Glej tudi Smernice organa EBA o oceni kreditne sposobnosti (Ur. l. RS, št. 12/17).

lastne kreditne politike, s katero so določene ravni in vrste kreditnega tveganja, ki ga je banka v svojem poslovanju pripravljena in sposobna prevzemati. Tveganje izgube zaradi potrošnikove nezmožnosti izpolnitve prevzetih obveznosti ob zapadlosti v vsakem primeru ostaja na strani banke. Zato stranka v nobenem primeru ne more uspeti z zahtevkom za (obvezno) sklenitev kreditnega razmerja, če bo banka (neutemeljeno) zavrnila njeno vlogo za odobritev kredita, ker bo ocenila, da ni podana njena zadostna kreditna sposobnost.⁴⁵

Obveznosti banke, da pred sklenitvijo kreditne pogodbe oceni potrošnikovo kreditno sposobnost, ni pravilno enačiti z nasprotno pravico potrošnika, da od banke zahteva izdelavo in predložitev takšne ocene. O podrobnostih ocene kreditne sposobnosti banka tudi ni dolžna obveščati potrošnika ali mu predložiti kakršnegakoli dokumenta, ki bi utemeljeval njeno oceno.⁴⁶ Izrecna prepoved sklenitve kreditne pogodbe v primerih, ko banka potrošnikovo kreditno sposobnost oceni kot neustrezno glede na predvideno kreditno obremenitev, je po ZPotK-2 predpisana samo za primer kreditne pogodbe za nepremičnino.⁴⁷ Če banka oceno potrošnikove kreditne sposobnosti izvede nepravilno in z njim sklene kreditno pogodbo za nepremičnino, lahko potrošnik od te pogodbe kadarkoli odstopi.⁴⁸

Obveznost ocene potrošnikove kreditne sposobnosti ni namenjena izboljšanju informacijskega položaja potrošnika v predpogodbeni fazi, zato je ni pravilno obravnavati kot posebno obliko ali del pojasnilne dolžnosti banke. Navedeno smiselno izhaja tudi iz sodne prakse Sodišča EU.⁴⁹ V kontekstu obvezne ocene potrošnikove kreditne sposobnosti in obveznosti zagotoviti potrošniku zadostno razlago predpogodbenih informacij je treba šteti, da gre za dve ločeni predpogodbeni obveznosti, med katerima načeloma ni povezave.⁵⁰

⁴⁵ Banke ne zavezuje kontrahirna dolžnost. To velja tudi v primeru, da bi stranki uspelo izkazati, da je banka napačno ocenila njeno kreditno sposobnost kot neustrezno.

⁴⁶ Velja samo obveznost posredovanja obvestila o zavrnitvi kredita. Če banka zavrne vlogo za sklenitev kreditne pogodbe s potrošnikom, mora potrošnika takoj brezplačno obvestiti o zavrnitvi in o tem, ali je podlaga za zavrnitev avtomatizirana obdelava podatkov (primerjaj šesti odstavek 10. člena ZPotK-2).

⁴⁷ Primerjaj 42. člen ZPotK-2. Od sklenjene kreditne pogodbe za nepremičnino banka tudi ne more odstopiti, če je nepravilno izvedla oceno potrošnikove kreditne sposobnosti ali ji potrošnik pred sklenitvijo kreditne pogodbe ni predložil popolnih informacij. Izjema je primer, kadar potrošnik namerno priredi posredovane informacije ali namerno ne predloži vseh informacij.

⁴⁸ Za druge primere potrošniških kreditnih pogodb takšna sankcija ni predpisana, kar pa ne pomeni, da banka lahko enostavno prezre morebitno negativno oceno potrošnikove kreditne sposobnosti glede na predvideno kreditno obremenitev. Upoštevati je namreč treba namen in cilj predpisovanja obvezne ocene potrošnikove kreditne sposobnosti z ZPotK-2 kot ukrepa za zagotavljanje odgovornega kreditiranja na strani bank. Na tej podlagi lahko izpeljemo sklep, da je banka dolžna potrošnika (vsaj) opozoriti, če ne izpolnjuje pogojev kreditne sposobnosti za ponujeni kreditni produkt.

⁴⁹ Glej sodbo Sodišča EU C-449/13 CA (*Consumer Finance SA proti Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, rojene Savary in Florianu Bonatu*) z dne 18. decembra 2014.

⁵⁰ Več o tem glej Janja Hojnik, Predpogodbena informiranje kreditnojemalcev in preverjanje njihove bonitete, *Bančni vestnik*, 2015, letn. 64, št. 7–8, str. 28–32.

3.4. Pojasnilne obveznosti v zvezi z izvajanjem investicijskih storitev

V bančni praksi so najpogostejši reklamacije, pritožbe strank in sodni spori, povezani s potrošniškimi kreditnimi obveznostmi, pri katerih so obveznosti pogodbenih strank vezane na tujo valuto in/ali določeno referenčno obrestno mero. V teh primerih se med trajanjem kreditnega razmerja menjalni tečajji in referenčne vrednosti praviloma redno spreminjajo, kar vpliva tudi na spreminjanje višine pogodbenih obveznosti strank.

Posamezne stranke so v pravnih sporih v zvezi s tovrstnimi kreditnimi pogodbami zato zavzele stališče, da gre dejansko za običajno kreditno razmerje z dodanim (izvedenim) finančnim instrumentom. Ob sklenitvi kreditne pogodbe naj bi banka tako izvajala (tudi) investicijsko storitev oziroma naj bi poslovala za svoj račun v smislu določil ZTFI in MiFID. Tako naj bi bila pred sklenitvijo kreditne pogodbe zavezana izpolniti pojasnilno dolžnost, kot je sicer določena za primer izvajanja investicijskih storitev in poslov.⁵¹ Takšno stališče ni utemeljeno, če sta tuja valuta oziroma referenčna vrednost neposredno vezani na samo potrošniško kreditno pogodbo, tako da ni mogoče govoriti o ločenem oziroma samostojnem produktu.⁵²

Sodišče EU se je s tem problemom najprej ukvarjalo v zadevi C-604/11, v kateri se je dejansko stanje nanašalo na posebno pogodbo o obrestni zamenjavi, ki jo je stranka sklenila z banko v zvezi s kreditno pogodbo.⁵³ Za uporabo izjeme glede obveznosti izvajanja pojasnilnih obveznosti po MiFID mora biti investicijska storitev ponujena kot sestavni del finančnega produkta, za katerega velja specifičen pravni režim.⁵⁴ Podobno stališče je zavzelo tudi Vrhovno sodišče Španije v zadevi 323/2015, ki se je nanašala na presojo specifičnega večvalutnega hipotekarnega posojila. Stranka (posojilojemalec) je pri tem produktu med trajanje kreditnega

⁵¹ Pojasnilna dolžnost na področju investicijskih storitev in poslov obsega posredovanje predpisanih predhodnih informacij in pojasnilnih obveznosti. Pri tem banka izvaja test ustreznosti (*test of appropriateness*), če gre za storitev gospodarjenja s finančnimi instrumenti ali investicijsko svetovanje, v primeru drugih investicijskih storitev pa test primernosti (*test of suitability*). Primerjaj 214. člen ZTFI.

⁵² Primerjaj izjemo iz 19. člena MiFID, ki v primerih, ko je investicijska storitev ponujena kot del finančnega proizvoda, za katerega že veljajo druge določbe prava EU v zvezi s kreditnimi institucijami in potrošniškimi krediti glede ocenjevanja tveganja za stranke in/ali zahtev po informacijah, za to storitev izrecno izključuje dodatne pojasnilne obveznosti po MiFID.

⁵³ Primerjaj sodbo Sodišča EU C-604/11 (*Genil 48 SL in Comercial Hosteler de Grandes Vinos SL proti Bankinter SA in Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*) z dne 30. maja 2013. Družbi Genil 48 SL in Comercial Hosteler sta z bankama sklenili kreditne pogodbe in dodatno še ločene pogodbe o obrestni zamenjavi (*swap*) za zaščito pred nihanjem spremenljive obrestne mere (euríbor).

⁵⁴ V konkretnem dejanskem stanju primera iz sodbe Sodišča EU C-604/11 je finančni instrument (pogodba o obrestni zamenjavi) zapadel kasneje kot kreditni produkt in je bil sklenjen v ločeni pogodbi, hkrati pa se je en finančni instrument nanašal na več različnih kreditnih produktov. Sodišče je podlagi tega ocenilo, da gre dejansko za investicijsko storitev, ki ni ponujena kot sestavni del finančnega produkta, zato zapade pod določila MiFID in s tem povezane pojasnilne obveznosti.

razmerja lahko spreminjala valuto odplačila kredita in s tem tudi referenčno obrestno mero.⁵⁵ Takšna oblika posojila je po mnenju španskega vrhovnega sodišča finančni instrument, kot je opredeljen v nacionalnem zakonu o trgu vrednostnih papirjev, s katerim je bila implementirana direktiva MiFID. Zato je bil posojilodajalec pred sklenitvijo kreditne pogodbe dolžan izpolniti (tudi) dolžnosti obveščanja po tem zakonu in ne samo po pravilih, ki veljajo za kreditne pogodbe.

Sodišče EU je podobno situacijo kreditne pogodbe v tuji valuti obravnavalo v zadevi C-312/14.⁵⁶ Posamezne menjalniške transakcije, ki jih opravi kreditna institucija v skladu z določbami pogodbe o kreditu, izraženem ali sklenjenem v tuji valuti, po mnenju sodišča ne pomenijo investicijske storitve ali dejavnosti po določilih MiFID.⁵⁷ Predmet potrošniške kreditne pogodbe v tuji valuti ni prodaja finančnega instrumenta po ceni, ki se določi ob sklenitvi pogodbe, temveč obveznost vračila posojenega kapitala in zapadlih obrokov. Določbe kreditne pogodbe, ki se nanašajo na preračunavanje tuje valute, zato ne pomenijo finančnega instrumenta (kot ločene finančne transakcije), temveč so le podrobni izvršitveni pogoj, ne- ločljivo povezan z njeno izvršitvijo.⁵⁸ Zato banka v tem kontekstu ni dolžna izvajati testa primernosti in ustreznosti.

3.5. Pojasnilna dolžnost in nepoštena določila potrošniške kreditne pogodbe

Banka kot finančni posrednik v okviru svoje dejavnosti vstopa v poslovna razmerja s številnimi strankami. Pri tem izvaja omejeno število storitev, ki so po vsebini precej standardizirane. Vse podrobnosti pogodbenega razmerja med banko in stranko so običajno dogovorjene v obsežni pogodbeni dokumentaciji, ki jo pripravi banka. Razlogov za takšen pristop je več, predvsem pa banka tako lažje in učinkoviteje uveljavlja ter ščiti svoje poslovne interese. Pogodbe z enako vsebino ji omogočajo, da optimizira delovanje, saj ima v vseh pogodbenih razmerjih

⁵⁵ Primerjaj sodbo Tribunal Supremo de España št. 323/2015 (*Jacobo in Zaira proti Kutxabank, S.A.*) z dne 30. junija 2015. Posojilojemalca sta proti banki vložila tožbo in zahtevala, da se klavzula o večvalutnem hipotekarnem posojilu, ki sta ga sklenila z banko, razglasi za nično ali pa se razveljavi. Večvalutna hipoteka je v konkretnem primeru pomenila posebno hipotekarno posojilo (sklenjeno v evrih), pri čemer je imel posojilojemalec možnost, da izbere valuto, v kateri bo odplačeval posojilo in ustrezne obroke.

⁵⁶ Primerjaj sodbo Sodišča EU C-312/2014 (*Banif Plus Bank Zrt. proti Márton Lantos in Mártonné Lantos*) z dne 3. decembra 2015. Zakonca Lantos sta 11. junija 2008 z družbo Banif Plus Bank sklenila pogodbo o potrošniškem kreditu v tuji valuti za nakup motornega vozila. Kreditojemalca sta kasneje oporekala, da tovrstna kreditna pogodba pomeni investicijsko storitev v smislu MiFID, ker vsebuje določbe o menjalnem tečaju, s katerimi se valutno tveganje prevladi na kreditojemalca.

⁵⁷ Navedena sodba je bila sprejeta po odločitvi v zadevi C-604/2011 in po izdaji sodbe Vrhovnega sodišča Španije 323/2015.

⁵⁸ Glej sodbo Sodišča EU C-312/2014, zlasti točke 70–72. Primerjaj tudi Janja Hojnik, (Ne)uporaba direktive MiFID za zavarovanje kreditov v tujih valutah, *Bančni vestnik*, 2016, letn. 65, št. 1–2, str. 42–45.

smiselno enak pravni položaj in lahko vnaprej predvidi in standardizira potrebne aktivnosti. Drugi pomemben razlog je vezan ravno na obsežen in kompleksen regulativni okvir, ki banke zavezuje in ureja izvajanje njihovih storitev. Vsakršno odstopanje od preverjenega standardnega pogodbenega besedila bi banko namreč lahko izpostavilo tveganju neskladnosti z veljavno zakonodajo (*compliance risk*).⁵⁹

Banka sklepa posle s strankami po načelu vzemi ali pusti (angl. *take it or leave it*). Zato so stranke praviloma postavljene v situacijo, da morajo sprejeti ponujene standardne pogodbene pogoje, če želijo z banko skleniti izbrano pogodbeno razmerje. Takšen pristop ne nazadnje odgovarja tudi strankam, saj omogoča, da zahtevne bančne posle razmeroma hitro in pregledno lahko sklepajo tudi neuke stranke.⁶⁰

Tehnika uporabe standardiziranih pogodb je značilna tudi za potrošniške kreditne pogodbe, ki jih praviloma pripravi banka in potrošnikom dopuščajo zelo malo možnosti za individualne dogovore. Običajno se potrošniki lahko pogajajo samo glede višine kredita, dobe vračila kredita, obrestne mere, valute kredita in glede zavarovanj za izpolnitev njihovih kreditnih obveznosti. S trenutkom sklenitve pogodbe tako splošni pogodbeni pogoji kot posamični dogovori postanejo del celovitega pogodbenega razmerja in zavezujejo obe pogodbeni stranki. Vendar pa to pravilo ni absolutno, saj zakonodaja varuje šibkejšo pogodbeno stranko glede splošnih pogodbenih pogojev, ki so do nje pretirano strogi. V primeru, da bi posamezna splošna določila kreditnih pogodb nasprotovala samemu namenu pogodbe ali dobrim poslovnim običajem, pride v poštev sankcija delne ničnosti.⁶¹

Kot *lex specialis* to materijo ureja ZVPot, ki za nične razglašča pogodbene pogoje, ki so nepošteni do potrošnika. Pri opredelitvi pogodbenih pogojev za nepoštene gre za pravni standard, ki ga je treba napolniti glede na okoliščine konkretnega primera.⁶² Vprašanje presoje nepoštenosti pogodbenih pogojev v kreditni pogodbi je povezano tudi s pojasnilno dolžnostjo banke, pri čemer pa se njen vpliv od primera do primera razlikuje. Pogodbeni pogoji so lahko nepošteni sami po sebi (*per se*), ker pretirano posegajo v ravnotežje pravic in obveznosti obeh

⁵⁹ Tveganje skladnosti (*compliance risk*) je banka dolžna kontinuirano spremljati in upravljati ter v ta namen ustanoviti tudi posebno funkcijo skladnosti (*compliance function*). Več o namenu, vlogi in pristojnostih funkcije skladnosti v bankah glej Rok Rozman, Upravljanje s tveganjem skladnosti v bankah, *Bančni vestnik*, 2011, letn. 60, št. 9, str. 32–38.

⁶⁰ Primerjaj Vesna Kranjc, Posebna pravila OZ o sklepanju pogodb na podlagi splošnih pogojev pogodbe, *Podjetje in delo*, 2003, letn. 29, št. 3–4, str. 494.

⁶¹ Primerjaj 120. in 121. člen OZ. Sodišče lahko zavrne uporabo posameznih splošnih določil kreditne pogodbe tudi v primeru, ko stranki jemljejo pravico ugovorov, povzročijo izgubo pravic ali so sicer nepravilna in pretirano stroga zanjo.

⁶² Pogodbene pogoje je treba razlagati v povezavi z drugimi pogoji v pogodbi in ob upoštevanju narave blaga oziroma storitve ter vseh drugih okoliščin v zvezi s sklenitvijo pogodbe. Primerjaj 24. člen ZVPot.

pogodbenih strank. V tem primeru pojasnilna dolžnost ne bo imela večjega vpliva in ne more spremeniti njihove pravne narave. Lahko pa se pogodbeni pogoji kot nepošteni pokažejo šele v sklopu vseh okoliščin konkretnega primera. Kot odločilno se v tem primeru postavlja vprašanje dejanske seznanjenosti stranke z domnevno nepoštenimi pogoji in njihovimi (ekonomskimi) učinki. Pravilno izpolnjena pojasnilna dolžnost lahko v takšni situaciji naredi bistveno razliko.⁶³

Podobno stališče izhaja iz aktualne sodne prakse Sodišča EU. Omeniti velja sodbo C-26/13, v kateri je presojalo nepoštenost pogojev v kreditni pogodbi v zvezi z Direktivo 93/13/EGS.⁶⁴ Izpostavljeno je bilo vprašanje, ali zadostuje, da so pogodbeni pogoji za potrošnika slovnično jasni in razumljivi. Sodišče je zavzelo stališče, da mora v tem kontekstu biti potrošniku omogočeno, da na podlagi natančnih in razumljivih pogodbenih pogojev lahko oceni tudi ekonomske posledice, ki utegnejo nastati zanj v zvezi s tem.⁶⁵ Nepoštenost splošnih pogodbenih pogojev se lahko presoja in ugotavlja samo, če njihova vsebina ni jasna in razumljiva za povprečnega potrošnika, ki je pri sklepanju pogodb razumno obveščen ter razumno pozoren in preudaren. Pri tem je treba upoštevati tako pogodbeno besedilo kot vsebino izpolnitve pojasnilne dolžnosti na strani banke.

V povezavi z aktualno bančno prakso velja tovrstno vprašanje vsebinske ustreznosti podanih predhodnih informacij navezati predvsem na pojasnila, vezana na pogodbeno določila o spremenljivi obrestni meri in možnosti njenih bistvenih sprememb v prihodnosti. Sporne so lahko tudi omejitve minimalne spremenljive obrestne mere, če stranki pred sklenitvijo kreditne pogodbe niso bile ustrezno predstavljene, temveč so bile vključene samo v zapleteno definicijo izbrane referenčne obrestne mere.

V primeru ugotovitve ničnosti (nepoštenega) pogodbenega določila kreditna pogodba praviloma ostane v veljavi brez ničnega določila.⁶⁶ Le izjemoma bo prišla v poštev nadomestitev nepoštenega pogoja v kreditni pogodbi na podlagi posega sodišča, kadar bi ničnost celotne kreditne pogodbe imela za potrošnika izredno škodljive posledice in bi bil s tem lahko ogro-

⁶³ Navedbo napačne EOM v potrošniški kreditni pogodbi je tako na primer mogoče opredeliti kot zavajajočo poslovno prakso. Ugotovitev, da gre za nepošteno poslovno prakso, pa je samo eden od elementov za presojo, ali se pogodbeni pogoji v zvezi s stroški potrošniškega kredita štejejo za nične. Odločilna je namreč potrošnikova dejanska seznanjenost z relevantnimi stroški kredita. Primerjaj odločbo Sodišča EU C-453/10 z dne 15. marca 2012, točka 47.

⁶⁴ Glej sodbo Sodišča EU C-26/13 (*Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai proti OTP Jelzálogbank Zrt*) z dne 30. aprila 2014.

⁶⁵ Prav tam, točki 71 in 73.

⁶⁶ Dejstvo nepoštenosti določenega pogodbenega pogoja samo po sebi še ne zadošča za ničnost celotne pogodbe, če ta lahko obstaja brez zadevnega pogoja. To velja tudi, če bi bila ničnost pogodbe kot celote lahko koristna za potrošnika. Primerjaj odločbo Sodišča EU C-453/10 z dne 15. marca 2012.

žen odvrtačni učinek ugotovitve ničnosti pogodbe.⁶⁷ Ničnost učinkuje za nazaj, kot da kreditna pogodba nikoli ne bi imela nepoštenega pogodbenega določila.⁶⁸

4. Sklep

Predpogodbena pojasnilna dolžnost banke lahko pomembno prispeva k zmanjševanju informacijske asimetrije in vzpostavitvi večjega informacijskega ravnotežja med banko in stranko pri sklepanju bančnih pogodb. Pri tem pa sama količina informacij še ne prispeva nujno k boljši obveščenosti stranke, temveč je pomembna tudi strukturiranost podanih vsebin in poudarek na informacijah, ki so za stranko resnično pomembne. Zlasti je treba stranko opozoriti na nenavadne značilnosti in/ali tveganja ponujenega produkta, ki stranko izpostavljajo povečanemu finančnemu tveganju.

Sodna praksa Sodišča EU je v zadnjem obdobju zavzela jasno stališče, da zgolj slovnična razumljivost in jasnost podanih predpogodbenih informacij ne zadoščata, temveč morajo te potrošniku omogočati, da lahko oceni relevantne ekonomske posledice sklenjene pogodbe. V tem kontekstu je viden pomemben poudarek na vsebini pred obliko. Vzpostavlja se dolžnost banke, da namesto posredovanja pojasnil ob uporabi zahtevnega pravnega in finančnega izrazoslovja ter izključitvenih klavzul poda povprečnemu potrošniku jasne in razumljive informacije. Pri pripravi novih bančnih produktov je zato treba celovito oceniti ustreznost ponujenega produkta za ciljne stranke in relevantna tveganja ter analizirati možne ukrepe za zmanjševanja teh tveganj. Le tako bo lahko banka stranki ponudila resnično uporabne predpogodbene informacije, ki so pomembne za premišljeno odločitev o sklenitvi pogodbe.

⁶⁷ Primerjaj sodbo Sodišča EU C-26/13, točke 83–85. Na načelni ravni je Sodišče EU sicer izrazilo zadržke glede pristojnosti nacionalnih sodišč, da spreminjajo nedovoljene pogodbene pogoje, tako da jih nadomestijo z dispozitivno nacionalno določbo. Glej tudi sodbo C-618/10 (Bañco Espanol de Crédito) z dne 14. junija 2012.

⁶⁸ Nepravilno bi bilo časovno omejiti restitucijske učinke, povezane s sodno ugotovitvijo nepoštenosti pogoja iz potrošniške kreditne pogodbe, v smislu 6. člena Direktive 93/13/EGS, zgolj na zneske, ki so bili neupravičeno preplačani na podlagi takega pogoja po razglasitvi odločbe, s katero je bila sodno ugotovljena ta nepoštenost. Primerjaj sodbo v združenih zadevah C-154/15, C-307/15 in C-308/15 z dne 21. decembra 2016.



Odškodninska odgovornost zdravnika

II.

VESNA RIJAVEC

Medicinska napaka

VIKTORIJA SKUBIC ŽNIDARŠIČ

Kršitev pojasnilne dolžnosti zdravnika

ANA BOŽIČ PENKO

*Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo
za zdravniško napako v sodni praksi*

NITA ROVAN VIZLAR

*Moderni sistemi urejanja odškodninske
odgovornosti zdravnika*

Medicinska napaka

VESNA RIJAVEC

dr. pravnih znanosti, redna profesorica
na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru

1. Uvod

Na področju medicine gre razvoj v smeri čedalje večje izpostavljenosti zdravniškega dela in dela drugega zdravstvenega osebja javni presoji in vse strožjega uveljavljanja odgovornosti. V pravni teoriji so škodljiva dejanja in opustitve pri opravljanju zdravstvenih storitev razvrščeni v štiri skupine:

- kršitev pravil zdravstvene stroke (zdravniška napaka),
- kršitev osebne pravice na telesni integriteti (zdravljenje brez privolitve pacienta),
- kršitev obveznosti dajanja nujne medicinske pomoči,
- kršitev obveznosti sklenitve pogodbe o zdravstveni storitvi.¹

Tokratni prispevek je osredotočen na primere, v katerih je zdravnik zdravstveno oskrbo zagotavljal v nasprotju s pravili stroke in z nezadostno skrbnostjo. V širšem smislu pa za napako lahko štejemo tudi druge v prejšnjem odstavku našete kršitve. Prav tako je treba že na začetku poudariti, da je predmet prispevka preučevanje posameznih predpostavk odškodninske obveznosti v zvezi z napako (škoda, protipravnost, vzročna zveza in krivda).

Terminologija, povezana z napakami v zdravstvu, ni povsem enotna niti pri nas niti drugod. V angleško govorečem svetu se uporabljajo izrazi, ki opisujejo podlago odškodninske odgovornosti zdravnika z več plati istega pojava: *medical error*,² *mistake*³ – *medical malpractice*,

¹ Horvat, str. 281.

² Merry in McCall Smith, str. 72.

³ Jackson, str. 154.



violation,⁴ *medical negligence – breach of the duty*.⁵ Rudolf Virchov je na nemškem pravnem področju že leta 1869 zdravnikovo nepravilno ravnanje imenoval napako in jo opredelil kot »kršitev splošno priznanih pravil stroke ob pomanjkanju dolžne skrbnosti ali previdnosti«. Pojem se je pozneje razvil v »napako v zdravljenju«, *Behandlungsfehler*. Napaka je storjena, če je torej zdravnik ravnal drugače, kakor bi ravnal povprečni abstraktni tip zdravnika, s katerim ga primerjamo.⁶

Medicinska napaka je tako primerjalnopravna skupna točka različnih pravnih redov. Drugi odločilni pojem je zaplet, ki je nevtralnejši od izraza napaka.

Ugotovimo lahko, da sta tudi pri nas teorija in praksa v daljšem obdobju uspešno izoblikovali jasnejše opredelitve odločilnih pojmov, kot so zaplet, napaka in strokovni standard. Po drugi strani v medicinski stroki nasprotujejo splošnemu poimenovanju napake zdravniška napaka, ker izraz neustrezno *a priori* polaga odgovornost na zdravnikova ramena, čeprav lahko k škodi prispeva nepravilno ravnanje več subjektov v zdravstveni oskrbi. Zato je na splošno primernejši izraz zdravstvena napaka, ki ima širši pomen. S tem se vsekakor strinjam, za potrebe tega prispevka pa se omejujem na zdravnika pri izvajanju zdravstvene storitve oziroma dejavnosti.

V odškodninskih sporih zaradi medicinske napake, ki pridejo pred sodišče, je treba odgovoriti na številna težka in zapletena vprašanja o standardih strokovnega ravnanja, vzročni zvezi, obsegu in višini škode. Vprašanje ekskulpacije po obrnjenem dokaznem bremenu je v sferi povzročitelja in tudi v tem kontekstu se razpravlja o standardu skrbnosti. Prav tako je pogosta dilema, kdo odgovarja za napako in ali gre za poslovno ali deliktno odškodninsko odgovornost, kdaj je odgovornost objektivna, kdaj krivdna.

Za nepravilno izpolnitev oziroma kršitev pojasnilne dolžnosti je v Sloveniji do pred kratkim veljalo, da vzpostavlja neposlovno (deliktno) odškodninsko odgovornost, dokler ni Vrhovno sodišče⁷ obrazložilo, da je pojasnilna dolžnost zdravnikova obveznost, ki izhaja iz njegovega pogodbenega razmerja z bolnikom, kar pa je temelj za poslovno odškodninsko odgovornost. Pogodbeno razmerje ne nastane, kadar ni podana privolitev bolnika (bolnik nasprotuje medicinskemu posegu). To ne velja za ravnanje zdravnika, ko zaradi okoliščin ne more pridobiti privolitve in bi bilo bolnikovo življenje ogroženo, če ne bi ukrepal.⁸ Prav tako gre za obliko neposlovne odškodninske odgovornosti takrat, ko je škoda posledica nedopustnega posega v telesno integriteto. Medicinske (strokovne) napake pa vzpostavijo poslovno odškodninsko

⁴ De Cruz, str. 525–547.

⁵ Devereux, str. 112.

⁶ Polajnar Pavčnik, str. 220.

⁷ Sodba in sklep VS RS II Ips 94/2015, 2. 7. 2015, tako tudi sodba in sklep VS RS II Ips 342/2014, 22. 1. 2015.

⁸ Samec Berghaus in Felicijan Pristovšek, str. 117.

odgovornost.⁹ Razlikovanje med poslovno ali neposlovno odškodninsko odgovornostjo samo po sebi ne vpliva na predpostavke odškodninske odgovornosti, ki morajo biti izpolnjene pri obeh vrstah odškodninske odgovornosti.¹⁰ Razlika se pojavi pri razbremenitvi odškodninske odgovornosti. Tako se povzročitelj neposlovne odškodninske odgovornosti te razbremeni, če dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde (131. člen Obligacijskega zakonika – OZ),¹¹ medtem ko mora povzročitelj škode pri poslovni odškodninski odgovornosti za svojo razbremenitev dokazati, da ni mogel izpolniti svoje obveznosti oziroma da je zamudil z izpolnitvijo obveznosti zaradi okoliščin, nastalih po sklenitvi pogodbe, ki jih ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti (240. člen OZ). Izhajajoč iz omenjenega, je pri obeh vrstah odškodninske odgovornosti v osredju vprašanje ravnanja *contra legem artis*.¹² Vendar bo moral povzročitelj v primeru razbremenitve poslovne odškodninske odgovornosti dokazati svojo skrbnost kakor tudi obstoj okoliščin, zaradi katerih pogodbe ni mogel pravilno izpolniti in ki so bile zanj nepremagljive oziroma neodvrnljive.¹³

2. Napaka in zmota

Omeniti je treba težnje, da bi se z uporabo različnih izrazov napaka in zmota predstavniki stroke vnaprej opredeljevali o stopnji odgovornosti udeležencev dogodka, ki se je končal škodljivo za bolnika.¹⁴ Za pravnike je jasno, da napaka pomeni odstop od pravilnega ravnanja, z zmoto pa v pravu označujemo napako volje (ko oseba zaradi napačnega pojmovanja okoliščin stori nekaj, kar sicer ne bi hotela). Izraz zmota zato v obravnavanem smislu ni ustrezen.¹⁵ Koristno izhodišče za odločitev, ali gre za zmoto ali za napako, je presoja kognitivnega procesa pri človeškem vedenju, ki je prispevalo k nastanku posledice. Po svoji naravi zmota ni nikdar namerna, je napaka volje. Napaka pa je posledica kršitve sprejetih pravil, norm in načel ter pomeni krivdni odklon od njih. Kršitve lahko vključujejo izbiro – v kršitvi je jasna voljna komponenta. Lahko so tlakovane celo z dobrimi nameni. S skrivanjem za zmoto pa se vendarle ni mogoče izogniti krivdi za napako, če je zmota neopravičljiva, če je bil zdravnik v zmoti, ker se ni dovolj skrbno poučil o okoliščinah pri posegu. Takrat govorimo o napaki, ki je posledica kršitve zaradi malomarnosti. Po drugi strani ni tako redko, da dejavniki v sistemu organizacije

⁹ Sodba VS RS II Ips 716/2006, 26. 2. 2009.

¹⁰ Sklep VS RS II Ips 615/2007, 7. 5. 2009.

¹¹ Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US.

¹² Sodba in sklep VS RS II Ips 342/2014, 22. 1. 2015.

¹³ Mežnar, str. 29.

¹⁴ Lampret.

¹⁵ V angleškem jeziku se za medicinsko napako uporablja izraz *error*, ki se pri nas prevaja kot napaka in zmota; glej angleško-slovenski slovar.

storitev zelo otežujejo izogibanje kršitvam (premajhna kadrovska zasedenost, pomanjkanje opreme in zdravil itd.).

3. Zaplet in nezgoda/nesreča

Nezgoda je zaplet med zdravljenjem, ki je sicer potekalo strokovno neoporečno in s kar največjo skrbnostjo. To je slab dogodek, ki se zgodi naključno in ga kljub predvidljivosti ni mogoče preprečiti. Običajno se konča z nastankom škode. Napačno delovanje medicinske opreme, ki povzroči poškodbo pacienta, je nezgoda, če je do okvare prišlo kljub potrebni skrbnosti, po naključju, ki ga ni bilo mogoče preprečiti.

Zaplet ima splošnejši pomen kakor nezgoda ali nesreča. S to besedo označujemo vsak neljubi dogodek, ki se konča slabo ali dobro, ki je nameren ali nenameren. Vsaka nezgoda je tudi zaplet, vsak zaplet pa ni tudi nezgoda.¹⁶

4. Zaplet in napaka

Enako pomembno je tudi razlikovanje med zapletom in napako. Napaka je odstopanje od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, ki lahko povzroči kakršnokoli poslabšanje zdravja.¹⁷ Toda vsak neljubi dogodek ni napaka in tudi ni podlaga pravne odgovornosti. Zaplet pomeni, da je pri medicinskem posegu nastala neka neželena posledica, za katero pa še ne vemo, ali je v vzročni zvezi z nepravilnim ravnanjem izvajalcev posega. Nekateri v tem smislu uporabljajo tudi izraz varnostni incident. V medicinski literaturi se pojem zapleta povezuje s pojmom iatrogen, kar pomeni, da je zaplet povezan z zdravniškim ravnanjem. Kot zelo splošno lahko povzamemo opredelitev, po kateri gre za iatrogeni zaplet, ko škodljiva posledica nastane zaradi medicinskega ukrepa, neodvisno ali odvisno od osnovne bolezni.¹⁸

Ilustrativna je naslednja obrazložitev v sodbi, s katero je sodišče zavrnilo tožbeni zahtevek za plačilo odškodnine zaradi zdravniške napake. Tako je odločilo, ker po mnenju izvedenca pri operativnem posegu ni bilo odstopanja od strokovnega standarda. Po ugotovitvah izvedenca okvara freničnega živca pomeni komplikacijo ali zaplet. Vsak operativni poseg je povezan s tveganjem, da med njim pride do zapleta. Komplikacija ni nepričakovan ali naključen dogodek, saj jih je večina predvidljivih ter lahko nastane kljub profesionalni skrbnosti in ravnanju

¹⁶ Difference between ACCIDENT and INCIDENT, dostopno na naslovu: <<https://www.espressoenglish.net/difference-between-accident-and-incident/>> (10. 4. 2017).

¹⁷ Flis, str. 52.

¹⁸ Fortuna, str. 48.

po pravih stroke. To se je zgodilo tudi v obravnavanem primeru, saj je sodni izvedenec pojasnil, da so v strokovni literaturi opisane možnosti poškodbe freničnega živca kot zaplet pri različnih torakalnih ali kardialnih operacijah s pristopom v prsni koš s torakotomijo ali sternotomijo. Ob tem se pri posegih v prsnem košu, predvsem medpljučju, v strokovni literaturi dopušča možnost še številnih drugih zapletov.¹⁹

Vprašanje, ali gre za zaplet ali strokovno napako, je na koncu pravno vprašanje, o katerem odloča sodišče. Za razjasnitev tega vprašanja je treba imenovati sodnega izvedenca. Naloga izvedenca je, da sodišče seznaní s pravili stroke in veljavno medicinsko doktrino.²⁰

5. Pojem medicinske napake

Za potrebe prakse je bila v Sloveniji izoblikovana naslednja definicija, ki ustrezno opredeljuje protipravnost kot element odškodninske odgovornosti v postopku zdravljenja: »Zdravstvena napaka je napaka, ki se zgodi pri opravljanju zdravstvene dejavnosti. Pomeni odstopanje od pričakovanih norm zdravstvene stroke in od tega, kar se v stroki smatra kot običajno in pravilno.«²¹

Napake lahko zdravnik stori na najširšem polju, to je pri opravljanju zdravstvene dejavnosti.²² Zdravstvena dejavnost pa zajema ukrepe in aktivnosti, ki jih po medicinski doktrini in ob uporabi medicinske tehnologije opravljajo zdravstveni delavci oziroma delavke in zdravstveni sodelavci oziroma sodelavke pri varovanju zdravja, preprečevanju, odkrivanju in zdravljenju bolnikov in poškodovancev (prvi odstavek 1. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti – ZZDej²³).

Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP)²⁴ uporablja pojme zdravstvena storitev, medicinski poseg, zdravljenje in zdravstvena oskrba. Med temi je pojem zdravstvene oskrbe najširši.²⁵ Zdravstvena oskrba so medicinski in drugi posegi²⁶ za preprečevanje bolezni in krepitev zdravja, diagnostiko, terapijo, rehabilitacijo in zdravstveno nego ter druge storitve oziroma

¹⁹ Sodba VSL II Cp 2398/2010, 10. 11. 2010.

²⁰ Sodba VSL II Cp 2586/2013, 6. 5. 2014.

²¹ Takšno definicijo zdravstvene napake je izoblikovala posebna komisija Ministrstva za zdravje.

²² Zdravstvena dejavnost je dejavnost, ki jo določa poseben zakon (21. točka prvega odstavka 2. člena ZPacP).

²³ Ur. l. RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13 in 88/16 – ZdZPZD.

²⁴ Ur. l. RS, št. 15/08.

²⁵ Korošec in drugi, str. 49.

²⁶ S pojmom drugi posegi so mišljena dejanja tudi drugih spremljevalnih poklicev, na primer kliničnih psihologov in socialnih delavcev.

postopki, ki jih izvajalci zdravstvenih storitev opravijo pri obravnavi pacienta (22. točka prvega odstavka 2. člena ZPacP). To je vse, kar ustanova ponuja. Zato zdravnik lahko napravi napako ne samo pri zdravljenju, temveč pri opravljanju zdravstvene oskrbe, za katero je zadolžen. Napaka ni vezana le na medicinske posege, temveč je mogoča tudi pri drugih posegih. To so spremljevalna dejanja medicinskega posega,²⁷ za katera je lahko prav tako zadolžen zdravnik. Zdravnik na primer organizira prevoz pacienta in sam presodi, da ga pri tem ne bo spremljal.

V medicinski stroki menijo, da lahko o zdravniški napaki govorimo tudi takrat, ko škoda ni nastala. Ne samo napake tudi zaplete je treba skrbno spremljati in nemudoma sprejemati ukrepe za njihovo preprečevanje.

Napakam se ni mogoče izogniti (*errare humanum est*). Tudi najskrbnejša oseba se lahko zmoti. Za skrbnejše osebe je mogoče pričakovati le, da bodo napake storile redkeje. Zato je treba standard skrbnosti nastaviti na povprečje, ki ni stanje perfekcije. Napačna presoja je lahko malomarnost ali pa ne, kar je odvisno tudi od narave napake.²⁸

V napako ni mogoče privoliti.

6. Odgovornost bolnišnice ali drugih zdravstvenih sodelavcev

Pogosto se toženi zdravnik brani, da pacientu ni bil dolžan zagotoviti oskrbe. Zato moramo najprej ugotoviti, kdo je primarno dolžan zagotoviti oskrbo in nato katera kršitev je povzročila škodo. Kršitev je na strani bolnišnice, če ne zagotovi dovolj zdravnikov oziroma pogojev za izvajanje svoje dejavnosti.²⁹ Pri tem je treba upoštevati realne možnosti. Za razporejanje preskromnih virov in sredstev morajo obstajati standardi. Obstaja razlika med dolžnostjo bolnišnice za zagotavljanje ustrezne oskrbe, za katero je odgovorna, in njeno svobodo, da sama izbere način organiziranja svojih služb v okviru omejenih sredstev. V angleškem pravu je znan primer, ko je gospa Bull tožila v imenu prizadetega sina, enega od dvojčkov, ki je okvaro pri porodu utrpel zaradi prepoznega prihoda reševalnega vozila. Sistem nujne pomoči se je na konkretnem področju sesul in rešilec je prispel prepozno. Opravičevali so se, da so delali na dveh mestih. Pravdo so izgubili, sodišče je štel, da niso zagotovili primerne ravni zdravstvene oskrbe.³⁰

²⁷ Medicinski poseg je vsako ravnanje, ki ima preventivni, diagnostični, terapevtski ali rehabilitacijski namen in ki ga opravi zdravnik, drug zdravstveni delavec ali zdravstveni sodelavec (10. točka prvega odstavka 2. člena ZPacP).

²⁸ Merry in McCall Smith, str. 172.

²⁹ Jackson, str. 105.

³⁰ Prav tam.

7. Klasifikacija napak

Medicinska napaka je lahko storjena pri najrazličnejših opravilih v okviru zdravstvene dejavnosti, za katero je po pravilih stroke zadolžen zdravnik oziroma spada v njegove kompetence in na področje, ki ga po organizacijski shemi pokriva. Napake lahko preučujemo po naslednjih sklopih:

- napake v postopku ali izboru zdravljenja (vprašanje strokovno pravilnega pristopa k zdravljenju),
- napake pri vodenju medicinske dokumentacije,
- napake v organiziranju dela in izvajanju nadzora ter
- napake pri uporabi medicinskih pripomočkov in aparatov.³¹

Pogosto se napake klasificirajo tudi glede na faze v postopku zdravljenja: napake v diagnostičnem postopku, napake v samem aktivnem zdravljenju in napake v postoperativni fazi. Zdravniške napake so lahko posledica bodisi zdravnikovega napačnega aktivnega bodisi pasivnega ravnanja (opustitev dolžnostne skrbnosti).

8. Napake v dokumentaciji

Dokumentacija je namenjena informiranju zdravnikov in zdravstvenega osebja. Za preprečevanje napak pri vodenju dokumentacije je treba podatke vnašati ažurno. Neobstoja zaznamka kaže na to, da ukrep ni bil izveden, vendar je to samo indic.³²

9. Zdravniki pripravniki in specializanti

Ta kategorija oseb mora delovati pod nadzorom, za katerega pravila stroke natančno določajo, kako naj poteka. Odstop od teh pravil lahko pripelje do škode in odgovornosti pristojnega zdravnika, če je on opustil dolžno skrbnost.

10. Protipravnost

Zdravniška napaka je ravnanje v nasprotju s 45. členom ZZDej, ki določa, da zdravniki opravljajo zdravstvene dejavnosti v skladu s sprejeto zdravstveno doktrino in kodeksom medicinske deontologije oziroma drugimi strokovnimi in etičnimi kodeksi. Kodeks medicinske deonto-

³¹ Samec Berghaus in Felicijan Pristovšek, str. 112.

³² Gehrlein, str. 33–34.

logije Slovenije³³ zdravniku nalaga izvajanje primerne zdravstvene storitve ob vsem spoštovanju človeškega dostojanstva (2. člen) ter opravljanje svojega poklica odgovorno, strokovno, vestno in natančno do slehernega bolnika. Pri izbiri metod in načinov zdravljenja je sicer svoboden, vendar mora dosledno upoštevati dosežke medicinske znanosti in načela strokovnega ravnanja (14. člen kodeksa).

Okvir za oblikovanje poklicnih standardov daje tudi ZPacP z uzakonjeno pravico pacienta do primerne, kakovostne in varne zdravstvene oskrbe v skladu z medicinsko doktrino (11. člen). Ta zakon prav tako definira strokovni standard kot priporočilo, ki ga sprejme pristojni strokovni organ posamezne zdravstvene stroke za doseganje optimalne stopnje urejenosti na določenem področju (20. točka prvega odstavka 2. člena ZPacP).

Zahtevo po upoštevanju splošno priznanih pravil stroke je seveda treba razlagati v kontekstu posameznega primera. Če zdravnik v posamičnem primeru zavestno odstopi od prevladujoče metode in svoje ravnanje utemelji s strokovnimi argumenti, takšnega ravnanja ne bo mogoče šteti za kršitev. Nedvomno pa kršitev pomeni tudi nezavesten odstop, katerega vzrok je nestrokovnost.

Sodišče mora najprej poiskati odgovor na vprašanje, kakšno je po pravilih stroke pravilno ravnanje zdravnika pri zdravljenju v takšnem primeru, kakršnega obravnava. Šele po določitvi abstraktnih izhodišč lahko ugotavlja, ali je bil zdravnikov poseg skladen s pravili stroke (doktrino) oziroma kje so vzroki za poslabšanje tožnikovega zdravja.

Omeniti velja še 3. člen Zakona o zdravniški službi (ZZdrS),³⁴ ki določa, da je zdravnik pri sprejemanju svojih odločitev sicer neodvisen, vendar mora kljub temu izbrati način zdravljenja, ki je v danih okoliščinah najprimernejši. Zdravnik mora pri svojem delu ravnati po spoznanjih znanosti in strokovno preverjenih metodah. Če je v dilemi, katero metodo mora uporabiti, se mora držati načela varnejše poti. Pri tem pa je pomembno poudariti, da sodišča pri ugotavljanju oziroma ocenjevanju, ali je bila storjena zdravniška napaka, upoštevajo stanje medicinske znanosti v času opravljanja medicinskega posega. Poznejši dosežki medicinske znanosti imajo lahko vpliv samo ob potrditvi pravilnosti opravljenega posega, torej če so zdravniku v korist.³⁵

Zdravniško napako je sodišče ugotovilo v primeru, v katerem se je operater pri odstranitvi maščobne ciste (tumorja) v bazi lobanje odločil za uporabo metode totalne resekcije, kar sicer ne zadostuje za zaključek, da je bila že s tem storjena zdravniška napaka. Zgolj uporaba te,

³³ Dosegljivo na: <<http://www.kme-nmec.si/files/2016/08/Slovesni-kodeks-med-deontol.pdf>> (10. 4. 2017).

³⁴ Ur. l. RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF in 88/16 – ZdZPZD.

³⁵ Horvat, str. 282.

čeprav tvegane metode namreč ne pomeni zdravniške napake. Ključen zaplet pri posegu je nastopil, ko se je pri luščenju tumorja okrog srednje možganske arterije ta zatrgala in začela krvaveti, temu delu (to je reševanju zatrgane žile) pa operater ni bil kos (nestrokovnost). Zato je sodišče odločilo, da je v obravnavani zadevi operater storil zdravniško napako, za katero je podana odškodninska odgovornost (tožene stranke), ki nastopi, če medicinski delavec ne ravna, kot je treba, in je torej poslabšanje pacientovega zdravja posledica njegovega strokovno nepravilnega ravnanja.³⁶

Naslednji je primer hude reakcije na kontrastno sredstvo po izvedeni intravenski urografiji. Ta se pojavlja zelo redko, tako pozna (tako huda) reakcija pa še precej redkeje. Izredno nizka statistična pojavnost tovrstnih reakcij in izvedenčeve ugotovitve utemeljujejo sklep sodišča, da ravnanje medicinskega osebja bolnišnice pred preiskavo, med njo in po njej ni odstopalo od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti. Zato poslabšanje tožnikovega zdravja ni posledica strokovne zdravniške (medicinske) napake, temveč naključnega zapleta, ki ga kljub predvidljivosti s strokovno neoporečnim in ustrezno skrbnim ravnanjem ni bilo mogoče preprečiti.³⁷

11. Vzročna zveza

Če zdravnik prekrši dolžnost, mora oškodovanec dokazati vzročno zvezo med kršitvijo in nastalo škodo, kar ni vselej preprosto, saj je pacient že po definiciji bolan in si za poslabšanje zdravja konkurirata vsaj dva vzroka.³⁸

Za nastanek odškodninske obveznosti mora biti podana vzročna zveza med zatrjevano kršitvijo (zdravstveno napako) in nastalimi posledicami, to je škodo. Dokazno breme je na strani pacienta. Ugotovljeno dejansko stanje se presoja na podlagi pravnih teorij o vzročni zvezi (teorija naravne vzročnosti ali ekvivalenčna teorija, teorija o *ratio legis* vzročnosti, teorija adekvatne vzročnosti). Po ekvivalenčni teoriji (*conditio sine qua non*) se kot vzrok upošteva tista okoliščina, brez katere posledica ne bi mogla nastati. Pri teoriji o *ratio legis* vzročnosti (teorija o varstvenem namenu norme) je upoštevan le tisti vzrok, ki ga pravna norma glede na svoj namen šteje za vzrok oziroma je vzrok kršitev pravne norme. Po teoriji o adekvatni vzročnosti (angl. *proximate cause*) se med pravno relevantne vzroke za škodo šteje tisto ravnanje (dejanje ali opustitev), ki praviloma ustreza nastanku škode. Ta teorija ustreza, kadar gre za aktivno ravnanje, ker mora biti vzrok adekvaten škodni posledici. Lahko zadošča že naravna vzročnost (ekvivalenčna oziroma *sine qua non* vzročnost), dokler gre za notranje povezano delovanje, pri

³⁶ Sodba VSL I Cp 2523/2014, 7. 1. 2015.

³⁷ Sodba VS RS II Ips 88/2009, 26. 11. 2009.

³⁸ Jackson, str. 100.

čemer so naključja izključena. Pri opustitvenih ravnanjih nastopi problem ugotavljanja relevantnih vzrokov za nastanek škodne posledice, ker vzrok ni očiten; lahko bi rekli, da vzročnost tu nikoli ni naravna, ampak jo pravo šele vzpostavi. Prvenstveno je torej treba upoštevati teorijo o *ratio legis* vzročnosti.

Če so v odškodninskem sporu upoštevna pravila objektivne odgovornosti, to je če škoda izvira od neke medicinske naprave kot nevarne stvari oziroma neke diagnostične ali terapevtske metode, ki se lahko šteje za nevarno (npr. sevanje), se vzročna zveza domneva (149. člen OZ).

12. Krivda

Malomarnost kot oblika krivde v civilnem pravu se presoja kot huda malomarnost ali lahka malomarnost, pri čemer je merilo presoje abstraktno. O nezavestni malomarnosti govorimo takrat, ko se povzročitelj škode zmožnosti nastanka škode sicer ni zavedal, pa bi se je bil moral in mogel zavedati po okoliščinah primera in svojih osebnih lastnostih. Predvidena je dolžna skrbnost – standard dobrega strokovnjaka. Splošni standard je povprečni tovrstni strokovnjak, kakršen je zdravnik v presoji. V angleškem pravu je standard razumni zdravnik v praksi (*reasonable medical practitioner*).³⁹

Vsebinsko pravil zdravniške znanosti in stroke ugotavlja sodišče (tudi) s pomočjo izvedencev, samo pa presoja subjektiven odnos obdolženca do dejanja.⁴⁰

Zdravnik mora v postopku zdravstvene oskrbe ravnati z vso potrebno dolžno skrbnostjo in po pravilih medicinske stroke, sicer ima njegovo ravnanje ob poslabšanju zdravja pacienta elemente nedopustnosti. Pri presoji ravnanja zdravnika se uporablja strožje merilo skrbnosti – skrbnost dobrega strokovnjaka (drugi odstavek 6. člena OZ). Zahtevati pa je mogoče le takšno previdnost in skrbnost, kakršna je bila glede na strokovna merila v konkretnem primeru objektivno potrebna in subjektivno mogoča.

Po sodni praksi standarda skrbnosti dobrega strokovnjaka ne smemo presojati glede na to, kaj vse bi v konkretnem primeru morebiti še lahko storili, da bi bilo zdravljenje tožnice čim uspešnejše, temveč glede na to, ali je bilo v konkretnem primeru v konkretnih okoliščinah storjeno, kar določajo trenutne zmožnosti, praksa in standardi zdravljenja. Postopek diagnostike in predoperativnega zdravljenja tožnice je bil izveden skrbno, po pravilih stroke in doktrini. Enako je bilo izvedeno tudi njeno zdravljenje (operacija), in to kljub komplikaciji (prerezanju sečevoda), pri kateri po dejanskih ugotovitvah nižjih sodišč o izredni zahtevnosti operacije in statistični verjetnosti nastanka zapleta ne gre za zdravniško napako. Sama komplikacija je

³⁹ Merry in McCall Smith, str. 172.

⁴⁰ Sodba VS RS I Ips 10600/2010-347, 24. 10. 2013

bila po ugotovitvah nižjih sodišč (ob upoštevanju standarda skrbnosti dobrega strokovnjaka) zaznana pravočasno in nato ustrezno zdravljena.⁴¹

Vsebina pravnega standarda skrbnosti dobrega strokovnjaka je odvisna od okoliščin konkretnega primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja, ki so tako raznoliki in vsebinsko odvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin, da jih ni mogoče relativno določno opredeliti. Glede skrbnosti zdravnika se je treba sklicevati na strokovne, poklicne standarde vedenja in ravnanja, ki na področju medicine veljajo v kritičnem času. Sodišče ob pomoči izvedenca opredeli vsebino tega pravnega standarda, ugotovi, kaj v konkretnem primeru zahteva sodobna medicinska doktrina, torej strokovni standardi in normativi glede na razvitost zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji, kako bi zdravnik moral ravnati. Na podlagi informacij izvedenca in glede na okoliščine konkretnega primera odloči, ali ravnanje zdravnika v konkretnem primeru ustreza pravnemu standardu skrbnosti dobrega strokovnjaka ali od tega standarda odstopa.

V konkretnem primeru, dejanski stan utemeljuje materialnopravni sklep nižjih sodišč, da je bilo ravnanje toženčevega zdravstvenega osebja v kritičnem času *contra legem artis*. Po profesionalnih standardih strokovnega ukrepanja bi namreč to moralo takoj, ko se je začelo stanje prve tožnice slabšati (hitrejše delovanja srca, upočasnitev utripa, kar se je na koncu odrazilo v zastoju srca), glede na vse indikacije pomisliti na možnost pnevmotoraksa (ki je pogosta komplikacija pri bronhoskopiji, zlasti pri okvarjenih pljučih, kakršna so bila tožničina). Bistveni elementi konkretnega dejanskega stanu so naslednji: prva tožnica je bila 17. 1. 1992 (takrat stara 20 mesecev) sprejeta na zdravljenje pri tožencu zaradi suma aspiracije tujka, ki je bil potrjen z rentgenskim posnetkom pljuč z verificirano atelektazo desnega dela pljuč; do aspiracije tujka je prišlo okoli sedem mesecev pred hospitalizacijo, tako da so bila pljuča prve tožnice okvarjena že dalj časa.⁴²

Večina literature s tega področja stoji na stališču, da se ravnanje konkretnega zdravnika, ki mu očitamo, da je storil napako, presoja z abstraktnim merilom zdravnika, specialista posameznega področja, ki ima bistveno enake lastnosti, znanja in izkušnje na določenem področju.⁴³ Zastavlja se vprašanje ali je pri tem mogoče upoštevati tudi subjektivno merilo kot višji standard, in sicer v primeru, da ima določen strokovnjak več znanj od »abstraktnega« zdravnika. Čeprav je merilo povprečno skrben abstraktno zamišljen tip zdravnika, menim, da ne bi bilo prav, da bi zdravnik, ki zaradi svoje nadpovprečne sposobnosti ali nadpovprečnega znanja presega povprečje, nudil pacientu povprečno storitev, če bi to storil namerno oziroma se ne

⁴¹ Sodba in sklep VS RS II Ips 938/2006, 1. 7. 2009.

⁴² Sodba in sklep VS RS II Ips 342/2014, 22. 1. 2015.

⁴³ Strnad, str. 849, in Ivanjko, str. 182.

bi dovolj potrudil, čeprav bi se lahko.⁴⁴ Ameriški pristop pozna standard razumnega medicinskega strokovnjaka (»reasonable medical practitioner«), ki že po imenu omogoča takšno širšo razlago.

13. Dokazni postopek v pravdi

Pri presoji pravil o trditvenem in tudi dokaznem bremenu pacienta je treba izhajati iz razumnih in ne prestrogih zahtev. Dejstva o poteku konkretnega posega izvirajo iz zaznavnega področja zdravstvene ustanove. Pacient je nemalokrat v položaju, ko ne more zbrati (zavarovati, shraniti v dokazne namene) vseh potrebnih dokumentov o svojem zdravstvenem stanju in izvedenih posegih. Zadošča, če v tožbi poda trditve, na podlagi katerih lahko sodišče domneva o obstoju nedopustnega ravnanja. Zdravstvena ustanova, ki razpolaga z vso dokumentacijo, nato poda substancirane trditve glede dejstev, ki obstoju tako imenovane strokovne napake nasprotujejo. Zaradi obrnjenega dokaznega bremena po prvem odstavku 131. člena OZ je dokazno breme vsebine pravnega standarda vestnega in medicinsko korektnega zdravljenja na zdravstveni ustanovi – če ta tega ne dokaže, ne bo zmogla ekskulpacijskega dokaznega bremena. Toženka bi morala dokazati, da zdravnica operaterka ni ravnala nestrokovno. Ker tega ni dokazala (sodišče ni moglo ugotoviti, ali je ravno nenormalen potek živčnih vlaken vzrok poškodbe), je treba šteti, da zdravnica ni ravnala s skrbnostjo, kakršna se od nje kot strokovnjakinje pričakuje.⁴⁵

14. Pomen izvedenca

Brez sodelovanja izvedenca oziroma izvedencev praviloma ne gre. Še posebej pri ugotavljanju, kakšno bi moralo biti dolžno ravnanje zdravnika *lege artis*, se sodnik znajde na obsežnem območju druge stroke oziroma drugih strok, kjer številna vprašanja ostajajo sporna celo za medicinske strokovnjake. Razvoj znanosti in tehnologije še zlasti v medicini bistveno vpliva na izvajanje zdravstvenih ukrepov in zahteva čedalje bolj zapleteno ravnanje. Vse to vpliva tudi na spoznavne možnosti v sodnih postopkih. Zato ni dvoma o pomenu pravilne izbire in pravnega usmerjanja izvedenca, ki mora sodniku s strokovno razlago pomagati pri razčiščevanju dejanskih vprašanj.

Izvedencu, ki sodniku pomaga razumeti relevantna pravila stroke, mora sodnik predhodno jasno postaviti vprašanja in tudi sam določiti pravno relevantna dejstva, pri katerih za svoje sklepanje potrebuje strokovna pojasnila izvedenca. Od kvalitete vprašanj je odvisna kvaliteta

⁴⁴ Glej tudi Morgan Pillay, Finnerty in Devitt, str. 92.

⁴⁵ Sklep VS RS II Ips 32/2012, 25. 10. 2012.

odgovorov. Izvedenec niti ne določa dokazne teme niti ne sme namesto sodnika napraviti dokazne ocene. Nekatera dejstva sicer med pregledom ugotovi sam, vendar v okviru zastavljene naloge, da izdela izvid o stanju preiskovanca. Šele ko sodišče ob pomoči izvedenca ugotovi potrebna dejstva, lahko z uporabo materialnega prava odloči o utemeljenosti tožbenega zahtevka. Na izvedenca prav tako ne more preložiti pravne presoje, čeprav je včasih težko razlikovati med pravnimi in dejanskimi vprašanji. Tudi če izvedenec sodniku posreduje pravila stroke, ki so pravne narave, konkretno vsebino pravnega standarda na podlagi teh pravil oblikuje sodnik. Izvedenec torej ne sodi (pač pa vselej in samo sodnik). Izvedenec vpliva na dokazno oceno, ker sodniku posreduje pravila, ki omogočajo, da dokazno pomembna dejstva poveže v spoznanje o obstoju pravno odločilnega dejstva.⁴⁶

15. Sklep

Opredelitev ključnih pojmov glede neljubih dogodkov v zdravstvu je odločilna iz več razlogov. Na podlagi jasnih definicij je mogoče čim prej sprejeti potrebne ukrepe za odpravo nepravilnosti in pomanjkljivosti ter posledično za zagotovitev varnosti pacientov. Vse bolj pa se uveljavljajo tudi zahteve po spremljanju kakovosti zdravstvenih ustanov na podlagi različnih meril. Uvajajo se novi načini evidentiranja teh kazalcev. Zato ni vseeno, kaj bo postalo pokazatelj višje kakovosti: majhno število zapletov ali število napak. Od ugotovitev pa bosta lahko odvisna tudi obstoj in financiranje.

Na koncu je treba opozoriti še na vidik defenzivne medicine. Na področju priznavanja odškodnin so prav ZDA nekaj posebnega. V ameriškem pravu odškodninsko obveznost opredeljuje pet elementov, ki jih sodišče preskusi pri tožbi zaradi zdravniške napake: obstoj dolžnosti, kršitev dolžnosti, vzročna zveza, škoda in krivda z obrnjenim dokaznim bremenom.⁴⁷ V obdobju velikega porasta odškodninskih tožb, ki se kaže tudi pri nas, pa so ameriške izkušnje zanimive iz drugega zornega kota. Ameriško zdravniško združenje, ki pokriva dvanajst zveznih držav, opozarja na resno nevarnost, da bo prišlo do pomanjkanja zdravnikov, ker je za zdravniško prakso višina zavarovalnih premij prevelika obremenitev. Zviševanje premij je posledica nepredvidljivih in nesorazmerno visokih odškodnin. Poleg tega je velik problem, da se zdravniki bolj kot z zdravljenjem ukvarjajo s sestavljanjem zdravstvene dokumentacije oziroma poročil o medicinskem posegu, ker se bojijo, da bo nespretno poročilo uporabljeno v pravdi proti njim. Zato se zavzemajo za ustanovitev posebnih sodišč, ki bi zagotavljala pravično in usklajeno dosojanje odškodnin ter vzpostavitev ravnotežja na področju zdravstvenih storitev.⁴⁸

⁴⁶ Ude in drugi, str. 471.

⁴⁷ De Cruz, str. 532.

⁴⁸ Struve, str. 68.

Odškodninska odgovornost zdravnika oziroma zdravstvenih delavcev je povsod eden od vidikov profesionalne odgovornosti, ki jo poznamo tudi pri odvetnikih, inženirjih, posrednikih in podobno. Pri obravnavanju zdravniških napak je značilna velikost tveganja, ki je povezan z opravljanjem tega poklica. Z ene strani je opravljanje zdravstvenih storitev plemenita in humana dejavnost, z druge strani pa praviloma vsaka napaka ogroža največji vrednosti človeka, to je njegovo zdravje in življenje. Za preprečitev morebitnih napak pri opravljanju zdravniškega poklica zakonodajalec predpiše postopek in način usposabljanja zdravnika, da opravlja tako pomembno in odgovorno poklicno dejavnost. To pa pomeni, da je pri tem poklicu še posebej poudarjeno načelo strokovnega vestnega dela ob uporabi strokovnega znanja in izkušenj.⁴⁹

Za konec lahko ugotovimo, da je v vsaki stvari (tudi pri tožbah) treba upoštevati pravo mero, sicer se lahko prizadevanja izrodijo v nasprotje postavljenemu cilju.

Literatura

- De CRUZ, Peter. *Comparative Healthcare Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2016.
- DEVEREUX, John. *Australian Medical Law*. London: Cavendish Press, 2002.
- FLIS, Vojko. Medicinska napaka. V: Flis, V., in drugi (ur.), *Medicina in pravo II, Odgovornost zdravnika, Medicinska napaka*. Maribor: Slovensko zdravniško društvo, Pravniško društvo, 1994, str. 47–67.
- FORTUNA, Marjan. Zavarovanje bolnikov, če strokovna napaka ni dokazana. *ISIS, Glasilo Zdravniške zbornice Slovenije*, 2004, letn. 13, št. 10, str. 48.
- GEHRLEIN, Markus. Temelji prava zdravnikove odškodninske odgovornosti. *Pravosodni bilten*, 2016, letn. 37, št. 2, str. 29–44.
- HORVAT, Bogomir. Odškodninski spori iz zdravstvene dejavnosti. V: Reberšek Gorišek, J., in drugi, *Medicina in pravo: Sodobne dileme*. Maribor: Pravna fakulteta univerze v Mariboru; Splošna bolnišnica Maribor, 2006, str. 279–292.
- IVANJKO, Šime. Odgovornost in zavarovanje odgovornosti zdravnika. V: Rijavec, V., in drugi, *Medicina in pravo: Sodobne dileme II*. Maribor: Pravna fakulteta Univerze v Mariboru; Zdravniško društvo Maribor, 2010, str. 177–186.
- JACKSON, Emily. *Medical Law: Text, Cases, and Materials, second edition*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KOROŠEC, Damjan, KRALJ, Katarina, NOVAK, Barbara, PIRC MUSAR, Nataša, BALAŽIC, Jože, ROBIDA, Andrej, BRULC, Urban, IVANC, Blaž. *Zakon o pacientovih pravicah s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- LAMPRET, Tadeja. Zmota ali napaka. *Dnevnik*, 27. 10. 2001, <<https://www.dnevnik.si/11658>> (10. 4. 2017).

⁴⁹ Ivanjko, str. 178.

- MERRY, Alan, McCALL SMITH, Alexander. *Errors, Medicine and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- MEŽNAR, Špelca. Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja. *Odvetnik*, 2013, leto 15, št. 2 (60), str. 28–31.
- MORGAN PILLAY, Selena, FINNERTY Susan, DEVITT Patrick. A psychiatrist's view of medical negligence. *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2013, str. 92–96.
- POLAJNAR PAVČNIK, Ada. Zaplet, napaka in pravne posledice. V: Reberšek Gorišek, J., in drugi, *Medicina in pravo: sodobne dileme*. Maribor: Pravna fakulteta Univerze v Mariboru; Splošna bolnišnica Maribor, 2006, str. 217–221.
- SAMEC BERGHAUS, Nataša, FELICIJAN PRISTOVŠEK, Rok. Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika. V: Kraljič, S., Reberšek Gorišek, J., Rijavec, V. (ur.), *25. posvet Medicina in pravo: Razmerje med pacientom in zdravnikom, konferenčni zbornik*. Maribor: Pravna fakulteta Univerze v Mariboru; Medicinska fakulteta Univerze v Mariboru, 2016, str. 109–125.
- STRNAD, Igor. Civilnopravni vidiki odgovornosti v zdravstvu in prikaz sodne prakse s študijo primerov. *Podjetje in delo*, 2002, št. 5, str. 840–849.
- STRUVE, Catherine T. *Expertise in Medical Malpractice Litigation: Special Courts, Screening Panels, and Other Options* <http://www.pewtrusts.org/~media/legacy/uploadedfiles/wwwpewtrustsorg/reports/medical_liability/medicalmalpractice101603pdf.pdf> (10. 4. 2017).
- UDE, Lojze, BETETTO, Nina, GALIČ, Aleš, RIJAVEC, Vesna, WEDAM LUKIČ, Dragica, ZOBEC, Jan. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2010, str. 471–478.

Izvirni znanstveni članek
347.56:614.25

Kršitev pojasnilne dolžnosti zdravnika

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC
dr. pravnih znanosti, redna profesorica
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Odškodninska odgovornost je lahko po naravi poslovna, kar pomeni, da temelji na pogodbeni podlagi, ali deliktna, če temelji na zakonu. V prvih primerih je poudarek pri preučevanju odškodninske odgovornosti zdravnika predvsem na kršitvah pravil medicinske stroke. V prispevku pa bo pretežno obravnavana druga oblika odškodninske odgovornosti, to je neposlovna odškodninska odgovornost, kjer gre za primere, v katerih zdravnik in pacient pred nastankom škode nista sklenila pogodbe o zdravljenju. Zato zdravnik v takih primerih odgovarja neposredno na podlagi zakona: govorimo o tako imenovanem civilnem deliktu.

Zakonska podlaga za povrnitev nastale škode je v načelu *neminem laedere* (nikomur škodovati), ki je zapisano v 10. členu Obligacijskega zakonika (OZ).¹ Po tem načelu vsak neutemeljen poseg v telesno integriteto človeka pomeni škodo, za katero povzročitelj odgovarja: ne samo takrat, ko je bil poseg opravljen nestrokovno (*contra legem artis*), ampak tudi tedaj, ko je bil izveden brez pacientovega soglasja oziroma to ni bilo veljavno.

Za veljavno privolitev se zahteva, da je pacient sposoben odločanja o sebi. V skladu z določbo drugega odstavka 35. člena Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP)² je starost 15 let določena zgolj kot orientacijska starost, ki je namenjena lažji presoji zdravnika in ga hkrati v konkretnih primerih ne zavezuje. Zdravnik mora namreč za vsakega mladoletnega pacienta presoditi, ali je sposoben razumeti pomen in posledice predlaganega zdravstvenega posega. Izjemoma se

¹ Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US.

² Ur. l. RS, št. 15/08.

lahko torej tudi odloči, da petnajstletnik tega ni sposoben ali da je štirinajstletnik že dosegel ustrezno stopnjo razumevanja za odločanje o sebi.

Pacientova izjava volje mora biti resna in nedvoumna, in če tako določa zakon, mora biti podana v ustrezni obliki. V skladu s slovenskim pravom velja, da se za veljavnost izjave volje načeloma ne zahteva posebna obličnost, je pa vendarle pisna oblika soglasja predpisana za primere operativnih ali drugih medicinskih posegov, ki so povezani z večjim tveganjem ali obremenitvijo.³

Privolitev pacienta ni veljavna, če nasprotuje morali, prisilnim predpisom in temeljnim ustavnim načelom (na primer privolitev v evtanazijo ali v zdravniško napako). Tvrstne izjave bi morali šteti za nične.⁴

2. Pojasnilna dolžnost zdravnika

Pacientova pravica do obveščeniosti in sodelovanja v postopku zdravljenja je zagotovljena v 19. členu ZPacP. Pacient jo lahko uresničuje predvsem na podlagi pojasnilne dolžnosti zdravnika. Le če bo zdravnik pojasnilno dolžnost ustrezno izpolnil, se bo pacient lahko v resnici svobodno odločil o posegu v svoje telo.

2.1. Kako naj zdravnik pravilno opravi svojo pojasnilno dolžnost

Vsa potrebna pojasnila mora zdravnik dati pacientu v neposrednem stiku, obzirno in pacientu razumljivo. To zlasti pomeni, da mora pri tem upoštevati pacientove individualne sposobnosti sprejemanja in razumevanja informacij. Pojasnilo naj bo dano v celoti in pravočasno (vsekakor pred zdravstvenim posegom).

V praksi so lahko problematični zlasti primeri, v katerih se pacientom izročajo v podpis razmeroma obsežni pojasnilni obrazci, na podlagi katerih naj bi se seznanili z vsemi potrebnimi informacijami o predvidenem posegu oziroma zdravljenju. Takšno ravnanje ni problematično, če gre za tako imenovani dvostopenjski sistem pojasnila, kar pomeni, da zdravnik sicer pacientu najprej izroči obrazec, ki ga lahko pacient v miru preuči, potem pa mu je na voljo še za osebni posvet in morebitna vprašanja. Povsem drugače je, kadar druga stopnja tovrstnega pojasnjevanja ne nastopi. Sodna praksa je namreč že (večkrat) sprejela stališče, da če zdravnik pacientu ni bil na voljo za dodatna pojasnila, pojasnilna dolžnost ni bila v celoti opravljena in zato privolitev pacienta ni bila veljavna. Podpis na obrazcu namreč ne jamči, da je pacient tudi v resnici razumel vsebino informacije.

³ Glej peti odstavek 26. člena ZPacP.

⁴ O ničnosti in njenih posledicah glej Juhart in dr., str. 179–182, ter Plavšak, Juhart in Vrenčur, str. 368–386.

Za operativne in druge posege, povezane z večjim tveganjem ali obremenitvijo, mora pacientu dati pojasnila zdravnik, ki bo medicinski poseg opravil. Samo izjemoma, če to ni mogoče, lahko to stori drug zdravnik, ki je prav tako usposobljen za konkretni medicinski poseg.⁵ Za druge, manj invazivne posege oziroma posege, ki niso obremenjeni z večjimi tveganji, tovrstne zahteve zakon sicer ne postavlja, vendar je kljub temu pomembno, da je pacient vsakokrat seznanjen s tem, kdo bo poseg opravljal, sicer je lahko (v skrajnem primeru) ogrožena tudi veljavnost njegove privolitve.

Pojasnila mora dati zdravnik neposredno pacientu. Le kadar je pacient privolitveno nesposoben oziroma nesposoben odločanja o sebi (na primer otrok ali oseba s težavami v duševnem zdravju), se pojasnilo da osebam, ki so pristojne za dajanje tako imenovane nadomestne privolitve (na primer staršem, skrbnikom). Kljub temu pojasnilna dolžnost zdravnika še vedno obstaja tudi v razmerju do privolitveno nesposobne osebe, saj bi sicer lahko govorili o njeni degradaciji iz subjekta v objekt zdravljenja. Tako bi kršili posameznikovo pravico do osebnega dostojanstva oziroma njegove osebnostne pravice.⁶ Zdravnik mora zato pojasnilo prilagoditi pacientovi obstoječi sposobnosti za razumevanje in le takrat, ko ta skorajda v popolnosti manjka ali je sploh ni, sme pojasnilo v celoti opustiti.

Obseg pojasnila zdravnika je odvisen od več različnih dejavnikov. Eden pomembnejših je dejavnik nujnosti medicinskega posega. Velja temeljno pravilo, da sta obseg in podrobnost pojasnila v obratnem sorazmerju z nujnostjo posega. To pomeni, da se pri nujnejših posegih (če je pacientovo zdravstveno stanje takšno, da je informiranje sploh mogoče) pacientu dajo le najbolj temeljna pojasnila. Ko gre za manj pomembne postopke z vidika ohranjanja človekovega življenja, postaja zdravnikova dolžnost pojasnjevanja vse širša. To še posebej velja za pojasnila glede uporabe novih diagnostičnih metod in tehnik zdravljenja, pojasnila pri raziskavah, posegih, pri katerih obstaja velika nevarnost nastanka trajnih škodnih posledic (na primer invalidnosti), ali pri medicinsko neindiciranih posegih (recimo pri lepotnih operacijah).

Glede obsega zdravnikovega pojasnila velja opozoriti še na to, da preobsežno, čezmerno in preveč natančno pojasnilo načeloma prav tako ni primerno. Pri pacientu lahko doseže nasprotni učinek od želenega, saj povprečni pacient prevelike količine zapletenih informacij ne zmore razumeti, zato lahko postane vznemirjen in prestrašen, kar ga utegne nazadnje celo odvrniti od (zanj objektivno koristnega) zdravljenja.

V okviru pojasnila tveganja zdravnik pacientu razloži, kako velika je nevarnost nezaželenih posledic med posegom ali po njem, ne da bi bil za to kdorkoli odgovoren. V takšnih primerih govorimo o tako imenovani komplikaciji ali zapletu, ki se lahko zgodi tudi ob strokovno

⁵ Glej drugi odstavek 20. člena ZPacP.

⁶ Glej 34. in 35. člen Ustave Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06.

povsem neoporečnem zdravljenju, to je zdravljenju, ki je bilo izvedeno v skladu z dolžno profesionalno skrbnostjo. Zaplet se pojavlja redko, naključno in ga ni mogoče preprečiti, tudi če ga je mogoče predvideti.

V skladu s slovensko sodno prakso je zdravnik dolžan pacienta obvestiti o običajnem, rednem tveganju, ki je tipično za postopek in je tudi statistično pogostejše. Nekaterih netipičnih in bolj oddaljenih tveganj, ki se statistično pojavljajo pri zelo majhnem številu pacientov, zdravnik ni dolžan pojasnjevati. Primer iz slovenske sodne prakse: sodišče je v enem od konkretnih primerov odločilo, da anesteziologinja pred posegom spinalne anestezije ni bila dolžna obvestiti pacientke o možnosti nastanka paraplegije. Takšen zaplet se namreč statistično pojavi na enega od 150.000 do 220.000 primerov.⁷ Ker gre za zelo pomembno nevarnost oziroma zaplet, zaradi katerega se pacient, če bi zanj vedel, za spinalno anestezijo morda ne bi odločil (zlasti ker bi se ji v določenih primerih lahko izognili s splošno anestezijo ali pa je – na primer pri porodu – sploh ne bi uporabili), je bila odločitev zelo sporna. Novejša sodna praksa kaže na pravilnejšo odločitev, saj je sodišče v zadevi VSL sodba I Cp 2868/2014⁸ odločilo, da je tovrsten zaplet tipičen za takšne postopke in ga je zato treba (ne glede na sicer nizko incidenco) pacientu vsakokrat pojasniti.

Če bi pri zdravljenju dejansko nastal zaplet, na katerega je bil pacient opozorjen, vendar je v zdravstveni poseg kljub temu privolil, odškodninska odgovornost zdravnika ne bo podana. Če pa na tak zaplet pacient ne bi bil opozorjen, o veljavni privolitvi v zdravljenje ne bi mogli govoriti in zdravnik bi bil lahko odškodninsko odgovoren, tudi če je zdravljenje potekalo strokovno neoporečno.

Drugače od komplikacije ali zapleta pacient ne more podati veljavnega soglasja za strokovno napako. Odškodninska odgovornost zdravnika v takšnem primeru ne bo izključena, tudi če bi pacienta vnaprej obvestil o možnosti, da se mu pripeti napaka, in bi se pacient s tem celo (izrecno) strinjal.

3. Izjeme od pacientove pravice do obveščeniosti (pojasnilne dolžnosti zdravnika)

3.1. Nujni posegi

Med izjeme od pravice pacienta do obveščeniosti uvrščamo nujne primere, ko je ogroženo pacientovo življenje, pacientovega soglasja za poseg pa ni mogoče dobiti. Zdravnik takrat

⁷ Glej sklep VSL, opr. št. I Cp 1792/2010, <www.sodisce.si> (7. 4. 2017).

⁸ Sklep VSL, opr. št. I Cp 2868/2014, <www.sodisce.si> (7. 4. 2017).

deluje kot poslovodja brez naročila: govorimo o tako imenovani nujni gestiji.⁹ Čeprav pacient v poseg ni privolil, v takšnem primeru ne gre za civilni delikt in zdravnik ne bo odškodninsko odgovoren.

V skladu s predstavljenimi izhodišči (izrecno) soglasje ne bo potrebno niti takrat, ko se med medicinskim posegom pojavi potreba po razširitvi posega. To velja le, če je razširitev življenjsko potrebna in zdravnik potrebe po razširitvi ni mogel vnaprej predvideti in tako vnaprej pridobiti pacientovo soglasje za takšen (eventualen) poseg.

3.2. Poseben primer nenujnega posega

Slovenska zakonodaja širi uporabo domnevne privolitve izven sfere nujne medicinske pomoči, saj določa, da se brez pacientove privolitve lahko opravi tudi medicinski poseg, ki ni povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, če pacient ni sposoben odločanja o sebi, nadomestne privolitve pa ni mogoče pridobiti v razumnem času. Zdravnik lahko takšen poseg opravi le takrat, ko ne more vedeti, da bi mu pacient ali njegov zakoniti zastopnik nasprotoval oziroma je prepričan, da s posegom varuje pacientovo najvišjo zdravstveno korist.¹⁰

3.3. Terapevtski privilegij oziroma obzirni molk zdravnika

Zdravnik sme pacientu izjemoma zamolčati podatke o njegovem zdravstvenem stanju, če glede na okoliščine konkretnega primera presodi, da bi pacientu takšno obvestilo povzročilo resno zdravstveno škodo.¹¹ Terapevtskega privilegija pa ne sme uporabiti, kadar pacient izrecno zahteva, da je o svojem zdravstvenem stanju v celoti in natančno obveščen.

3.4. Pacientova odpoved pravici do obveščenosti o lastnem zdravstvenem stanju

Pacient ima pravico, da se odpove pravici do obveščenosti o svojem zdravstvenem stanju, in zdravnik mora takšno odločitev (načeloma) spoštovati.¹² Problem je v tem, da bodo zaradi takšne odpovedi lahko v praksi (v veliko primerih) nastopile težave, saj zdravnik pacienta težko zdravi oziroma mu predlaga ustrezno terapijo, ne da bi ob tem (vsaj deloma) razkril tudi njegovo diagnozo. Zato velja prepričanje, da je zdravnik kljub takšni pacientovi prepo-

⁹ Glej 199. člen OZ.

¹⁰ Glej 29. člen ZPacP.

¹¹ Glej prvi odstavek 22. člena ZPacP.

¹² Glej drugi odstavek 22. člena ZPacP.

vedi informiranja tega dolžan seznaniti vsaj z zdravstveno škodo, ki mu lahko zaradi takšne odločitve nastane.

Pravica pacienta do neobveščeniosti je omejena s pravicami drugih. Če bi namreč zaradi spoštovanja pacientove pravice bila povzročena resna zdravstvena škoda drugim osebam, je pacienta kljub vsemu treba seznaniti z njegovim zdravstvenim stanjem in ga tudi poučiti o njegovem nadaljnjem ravnanju (na primer pri nevarnih nalezljivih boleznih).

4. Primerjalno pravo

4.1. Primer iz angleške sodne prakse

Tudi v primerjalnem pravu in sodni praksi lahko v zadnjem času zaznamo vse večje premike v smeri priznavanja odškodnine za primere, v katerih pacient ni podal informiranega soglasja oziroma zdravnik svoje pojasnilne dolžnosti ni opravil z vso dolžno skrbnostjo.

V Veliki Britaniji se v zvezi s tem kot odločilen navaja primer *Chester v Afshar*,¹³ v katerem so sodniki odstopili od klasičnega pojmovanja tako imenovane kavzalnosti *but for*¹⁴ v korist načela informiranega soglasja pacienta. Menili so namreč, da je temeljna dolžnost prava, da zaščiti pacientovo pravico do izbire. Da bi bila ta res v celoti zagotovljena, mora pravo poskrbeti, da zdravnik primerno izpolnjuje svojo pojasnilno dolžnost do pacienta. Če dolžnosti ne izpolni ali je ne izpolni primerno in se tveganje, o katerem pacienta ni obvestil (pa bi ga moral), pozneje uresniči, pacient pa ob tem utrpi škodo, zdravnik zanjo odgovarja.

Dejansko stanje v primeru *Chester v Afshar* je bilo takšno: gospa Chester je bila zaradi hudih bolečin v hrbtu napotena k dr. Afsharju, eminentnemu strokovnjaku nevrokirurgu. Ta ji je predlagal operacijo, pri čemer pa je ni opozoril na možnost zapleta, ki se lahko zgodi v enem do dveh odstotkih primerov, to je na nastanek pomembne poškodbe živčevja, ki je v nekaterih primerih ni mogoče preprečiti. Gospa Chester je v operacijo privolila in zdravnik jo je ustrezno, po strokovnih standardih, tudi opravil. Kljub temu je pozneje nastal omenjeni zaplet, zaradi katerega je ostala deloma paralizirana.

Na podlagi dokaznega postopka v konkretnem primeru je bilo ugotovljeno, da pacientka, če bi jo zdravnik na možnost nastanka tovrstnih posledic opozoril oziroma bi ji te primerno pojasnil, z operacijo ne bi soglašala, ampak bi se odločila za pridobitev drugega mnenja. Potem

¹³ Herring, str. 118.

¹⁴ Gre za pravilo o vzročni zvezi, ki se praviloma uporablja, ko gre za ugotavljanje, ali je zdravnikovo ravnanje v resnici (neposreden) vzrok za nastalo škodo na zdravju pacienta. V skladu s tem je treba dokazati, da se poškodovanje pacientovega zdravja ne bi zgodilo, če zdravnikovega malomarnega ravnanja ne bi bilo. Glej Hillel, McCague in Yaniszewski, str. 218–222. Glej tudi Hylton, str. 195 in 196.

ko bi ga dobila, pa bi se, če bi jo drugo mnenje navajalo k podobni odločitvi, kot ji je že bila predlagana, z operacijo najverjetneje strinjala in se vrnila k prvemu zdravniku, da jo opravi.

Sodišče je tožbenemu zahtevku gospe Chester za plačilo odškodnine ugodilo, saj so menili, da v konkretnem primeru ni pomembno, da bi se pozneje s takšno operacijo kljub vsemu strinjala. Pomembno je, da če bi tedaj, torej ob pravem času, dobila primerno pojasnilo, z operacijo ne bi soglašala in ji ta niti ne bi bila opravljena. Ob vztrajanju pri klasični uporabi pravil vzročnosti v angleškem pravu (pravilo vzročnosti *but for*) takšna odločitev ne bi mogla biti sprejeta. V konkretnem primeru je bilo namreč ugotovljeno, da bi se nazadnje pacientka tudi ob pravilno danem pojasnilu zdravnika oziroma ob pridobitvi drugega (podobnega) zdravniškega mnenja za operacijo vendarle odločila. Sodniki so menili, da pravičnost v konkretnem primeru zahteva odstop od ustaljenih načel.¹⁵

S tem so pokazali, da je dolžnost zdravnikov, da paciente primerno informirajo, nadvse pomembna. Samo tako se bodo namreč lahko pacienti svobodno in informirano odločili o tem, ali želijo medicinski poseg ter kdo in kdaj naj bi ga opravil.

Poznejši razvoj angleške sodne prakse pa je v zvezi s tem vendarle pokazal, da prikazana odločitev velja samo za primere, v katerih bi bile posledice, če bi bil postopek izpeljan ob drugem času, drugačne.¹⁶

4.2. Sistemi nekrivdne odškodninske odgovornosti

Države, kot so Norveška, Švedska, Finska, Danska in Nova Zelandija, so uvedle sisteme tako imenovane nekrivdne odškodninske odgovornosti v zdravstvu kot alternativo klasičnemu civilnemu odškodninskemu postopku, ki poteka kot pravdni postopek pred sodiščem.¹⁷ Drugače kakor pri tem o upravičenosti odškodninskih zahtevkov pacientov odločajo v posebnih postopkih – po pravni naravi najbližje upravnopravnim – za to posebej ustanovljeni in usposobljeni organi.

O upravičenosti pacientov do odškodnine zaradi škode, ki jim je nastala zaradi zdravljenja, odločajo po posebnih predpisih, ki so glede na klasična pravila odškodninske odgovornosti nekoliko drugačna in prilagojena. Predvsem se z njimi sledi cilju, da bi bili pacienti v čim več primerih in čim prej odškodovani, tudi če morda zdravniku v konkretnem primeru ne bi bilo

¹⁵ Herring, str. 118 in 119.

¹⁶ Prav tam, str. 122.

¹⁷ Natančneje Žnidaršič Skubic, str. 287–306.

mogoče dokazati krivde, bi pa pacientu nastala izjemno težka posledica na njegovem zdravju. Praviloma so tovrstne odškodnine tako po vrsti kot po obsegu omejene.¹⁸

Sistemi nekrivdne odgovornosti v zdravstvu se v različnih državah nekoliko razlikujejo, pri čemer se razlika pojavlja tudi pri ureditvi vprašanja, ali je na podlagi takšnega sistema pacient upravičen do odškodnine iz razloga nepravilno opravljene ali neopravljene pojasnilne dolžnosti zdravnika. Na Norveškem in Novi Zelandiji je v takšnem primeru odškodnina pacientu lahko priznana, na Švedskem pa takšno možnost zavračajo.¹⁹ O tem vprašanju so sicer na Švedskem potekale intenzivne razprave, ki pa so na koncu pripeljale do sklepa, da bi priznavanje tovrstne odškodnine sistem bistveno preveč zapletlo. Prepričani so bili namreč, da bi bile v takšnih primerih praviloma potrebne dodatne raziskave in utemeljevanje zdravnikove odgovornosti, podajanje podrobnih dokazil in podobno. Zato so menili, da tovrstna odškodnina ni primerna za takšen sistem, zato jo je še vedno treba, če se pacient za to odloči, uveljavljati v klasičnem, civilnopravnem odškodninskem postopku. Ob tem pa je zanimiv tudi podatek, da na Švedskem doslej v sodni praksi še ni bilo izkazanega primera, v katerim bi bila pacientu dosojena odškodnina zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti zdravnika. To velja kljub temu, da slednje ni prepovedano, kar nedvomno kaže na določeno konservativnost švedskih sodišč.²⁰ Na Danskem je tovrstna škoda pojmovana kot psihološka škoda in kot takšna prav tako ni predmet poplačila v skladu z nekrivdno odškodninsko shemo.²¹

5. Sklep

Skozi zgodovino so se pojavljali (in zagovarjali) različni koncepti komunikacije med pacientom in zdravnikom: od paternalističnega, informativnega, interpretativnega, do danes najbolj zaželenega – posvetovalnega modela. V skladu s slednjim naj zdravnik ne bi bil le neodvisen, indiferenten »informer« pacienta, ampak predvsem empatično udeležen svetovalec, skorajda njegov prijatelj. Zdravnik naj bi se kar najbolj vživel v pacientov položaj in mu poskušal svetovati rešitev, ki bi jo priporočil tudi svojemu prijatelju ali sorodniku oziroma rešitev za katero iskreno verjame, da bi jo v podobnem primeru sprejel tudi sam.

Mislím, da bi širitev tovrstne komunikacije med pacientom in zdravnikom predstavljala pomemben korak k vzpostavitvi in utrditvi njunega medsebojnega zaupanja in spoštovanja. Na ta način bi nedvomno v pomembnem obsegu pripomogli tudi k rešitvam, ki bi prinesle odškodninske tožbe proti zdravnikom le v najbolj skrajnih primerih nedopustnih posegov v

¹⁸ Glej Dute, str. 469.

¹⁹ Glej Dute, str. 454.

²⁰ Wendel, str. 381 in 382.

²¹ Ostaja pa seveda možnost uveljavljanja škode v odškodninski pravdi. Glej Dute, str. 454.

pacientovo psihično in fizično integriteto oziroma v njegove pravice, prav tako pa bi bila povečana pravna varnost obeh.

V prihodnje bi, menim, bilo treba nameniti več pozornosti iskanju rešitev zunaj klasičnega sistema odškodninske odgovornosti. Ureditve, ki jih že poznajo ponekod v primerjalnem pravu v okviru tako imenovanih nekrivdnih odškodninskih shem v zdravstvu, so lahko izhodišče za razmišljanje tudi o morebitnih spremembah v našem pravnem redu *de lege ferenda*.

Literatura

- DUTE, Jos. A Comparison of No-Fault Compensation Schemes. V: Dute, J., Faure, M. G., in Koziol, H. (ur.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*. Dunaj: Springer, 2004, str. 444–484.
- HERRING, Jonathan. *Medical Law and Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HILLEL, David, MCCAGUE, W. Paul, in YANISZEWSKI, Peter F. Proving Causation Where the But For Test Is Unworkable. *The Advocates' Quarterly*, 2005, letn. 30, št. 2, str. 218–222.
- HYLTON, Keith N. *Tort Law, A Modern Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- JUHART, Miha, MOŽINA, Damjan, NOVAK, Barbara, POLAJNAR-PAVČNIK, Ada, in ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. *Uvod v civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list RS, 2011.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha, in VRENČUR, Renato. *Obligacijsko pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- WENDEL, Lotta. Compensation in the Swedish Health Care Sector. V: Dute, J., Faure, M. G., in Koziol, H. (ur.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*. Dunaj: Springer, 2004, str. 367–391.
- ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. Odškodninski sistemi v zdravstvu. V: Kraljić, S., Reberšek Goršek, J., in Rijavec, V. (ur.), 26. posvet *Medicina, pravo in družba: Varnost pacienta in zdravstvenih delavcev* (23.–24. marec 2017, Maribor, Slovenija) (konferenčni zbornik). Maribor: Univerza v Mariboru, 2017, str. 287–306.

Strokovni članek
347.56:616-035.7

Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo za zdravniško napako v sodni praksi

ANA BOŽIČ PENKO
dr. pravnih znanosti, vrhovna sodnica
na Vrhovnem sodišču RS

1. Odgovornost za škodo zaradi zdravniške napake in zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti

Pravna teorija in sodna praksa sta enotni, da zdravnik ne ravna tako, kot je treba, kadar je poslabšanje pacientovega zdravja posledica njegovega strokovno nepravilnega ravnanja (strokovna medicinska napaka) ali kadar je ravnanje po strokovni plati sicer neoporečno (*lege artis*), vendar pacient v poseg v lastno telesno integriteto ni predhodno informirano privolil zaradi neizpolnjene ali nezadostno izpolnjene pojasnilne dolžnosti (kršitev pojasnilne dolžnosti).

2. Kaj je zdravniška napaka

Kako naj ravna zdravnik med zdravljenjem, je določeno s pravili zdravstvene stroke. Ta pravila pa ne dajejo definicije zdravniške napake (to bi namreč terjalo tudi težko predstavljlivo postavitev pravila o pravilnosti zdravljenja). Uporabljajo besedne zveze, kot so neustrezno zdravljenje in neustrezno ravnanje zdravstvenih delavcev,¹ vendar iz njih dovolj jasno izhaja razumevanje, da je zdravniška napaka ravnanje, ki ni v skladu s pravili stroke.

Ravnanje v nasprotju s pravili stroke je v sodni praksi ključna predpostavka odgovornosti za škodo, nastalo zaradi zdravniške napake, in sicer ne glede na to, ali odgovornost obravnavamo kot nepogodbno ali kot pogodbno.

¹ Glej na primer določbi 47. in 49. člena Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP), Ur. l. RS, št. 15/08.

Tako odločbe Vrhovnega sodišča pojasnjujejo,² da je strokovna napaka zdravnika oziroma zdravstvenega osebja podana, kadar njihovo ravnanje ni v skladu z zahtevami zdravstvene doktrine; da je medicinska napaka odstopanje od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, ki lahko povzroči kakršnokoli poslabšanje zdravja,³ oziroma da o strokovni napaki zdravnika govorimo, če ta ne ravna z večjo skrbnostjo, po pravilih zdravniške znanosti in stroke ter po običajih in če ne prepreči škode za pacienta oziroma povzroči, da se pacientu zdravje poslabša.⁴ V prvem delu gre za pravni standard skrbnosti dobrega strokovnjaka, ki je opredeljen v Obligacijskem zakoniku (OZ).⁵ Njegova vsebina je odvisna od okoliščin konkretnega primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja, ki so tako raznoliki in vsebinsko soodvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin, da jih v ni mogoče relativno določno opredeliti. V primeru skrbnosti zdravnika se sklicujejo na strokovne, poklicne standarde vedenja in ravnanja, ki veljajo na področju medicine. Sodišče s pomočjo izvedenca opredeli vsebino tega pravnega standarda, ugotovi, kaj v konkretnem primeru zahteva sodobna medicinska doktrina, strokovni standardi in normativi glede na razvitost zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji, kako bi zdravnik moral ravnati. Na podlagi informacij izvedenca in glede na okoliščine konkretnega primera sodišče odloči, ali ravnanje zdravnika v konkretnem primeru ustreza pravnemu standardu skrbnosti dobrega strokovnjaka ali od tega standarda odstopa.

K razlogom navedene odločbe dodajam, da imajo pravila znanosti in stroke takrat, ko so v funkciji napolnjevanja oziroma normativne konkretizacije pravnega standarda, naravo prava.⁶

V nadaljevanju je predstavljenih nekaj primerov odločitev, da je bila zagrešena zdravniška napaka, iz sodne prakse Vrhovnega sodišča.

Prvi primer.⁷ Medtem, ko je tožnica med operacijo ležala na operacijski mizi, je razkužilna tekočina zatekala do dela njenega telesa, kjer se je koža stikala s podlago operacijske mize. Koža je imela tesen stik z mokro podlago in ob delovanju električnega kirurškega noža je prišlo do spreminjanja električne energije v toplotno. Tožnica je utrpela opekline. Sodišče druge stopnje je zavrnilno prvostopenjsko sodbo zoper bolnico oziroma njeno zavarovalnico spremenilo in v vmesni sodbi zavzelo stališče, da ni šlo za situacijo, ki se ji ne bi dalo izogniti ter da se podobne situacije dogajajo in so predvidljive. Revizijsko sodišče je revizijo tožene stranke zavrnilo: izvajalci zdravstvenih storitev morajo medicinske (tehnične) pripomočke

² Zadeva II Ips 384/2009.

³ Zadeva II Ips 80/2011.

⁴ Zadeva II Ips 302/2011.

⁵ Ur. l. RS, št. 83/01, in spremembe.

⁶ Glej Zobec v Ude in dr., str. 330.

⁷ Zadeva II Ips 288/2012.

in naprave uporabljati pravilno, v skladu z navodili in relevantno strokovno literaturo, ter jih obvladati toliko, da lahko z njimi pravilno delajo in tudi da preprečijo morebitno škodo za pacienta, če bi se ti pokvarili; ker uporaba teh pripomočkov ni brez nevarnosti za pacientovo življenje in zdravje, so tudi zahteve glede skrbnosti pri njihovi uporabi (tudi v smislu nadzora in varnostnih ukrepov) zelo visoke. Izvajalci zdravstvenih storitev bi morali obvladati uporabo elektrokirurškega noža, ki je na splošno v kombinaciji s tekočino sposoben povzročiti tudi takšne poškodbe – opekline, do katerih ne bi smelo priti.

Drugi primer.⁸ Zaradi suma aspiracije tujka je bila tedaj 20-mesečna tožnica sprejeta na zdravljenje v bolnico. V diagnostične namene je bila opravljena bronhoskopija, pri kateri tujek ni bil najden, pač pa je pokazala stenozo desnega glavnega bronhija. Čez tri dni je bila znova opravljena bronhoskopija, tudi tedaj tujek ni bil najden, je pa bil ugotovljen gnojni izloček. Dan za tem je prišlo do spontanega pnevmotoraksa, zato je bil uveden dren. Po osmih dneh je bila opravljena tretja bronhoskopija, pri kateri je bronhoskopist ugotovil popolno zaporo desnega glavnega bronhija. Štiri dni kasneje je bila opravljena četrta bronhoskopija. Najdena je bila večja količina granulacijskega tkiva, ne pa tudi tujek.

Bronhoskopija je natančna diagnostična in terapevtska metoda, ki je povezana s tveganjem in možnimi komplikacijami (še zlasti pri jemanju tkiva in odstranjevanju aspiriranega tujka), med temi pa so tudi pnevmotoraks in motnje ritma srca. Tveganje je večje pri pacientih z bolnimi pljuči in pri ponavljajočih se bronhoskopijah. In tako tveganje se je med četrto bronhoskopijo uresničil: prišlo je do zastoja srca zaradi tenzijskega pnevmotoraksa. Osebje je med oživljanjem pnevmotoraks kot vzrok srčnega zastoja izključilo zato, ker je imela tožnica že od prej (od pnevmotoraksa) vstavljen dren. Če bi bil dren prehodan, do tega ne bi moglo priti. Po 45 minutah oživljanja je osebje znova pomislilo, da je srčni zastoj povzročil pnevmotoraks, kar je bilo potrjeno z diaskopom, ki je bil ves čas na razpolago, saj je tožnica med posegom ležala na diaskopski mizi; po vbodu debele igle, skozi katero se vpihne zrak, v prsni koš, se je tožnično kardiorespiratorno stanje hitro izboljšalo. Ugotovilo se je, da je bil dren, ki ga je imela nameščenega od prej, zamašen, kar pred četrto bronhoskopijo ni bilo preverjeno na pravilen način (z rentgenskim slikanjem pljuč). Če bi zdravstveno osebje že na začetku reanimacije preverilo pnevmotoraks z uporabo diaskopa ter nanj takoj odreagiralo, bi bila reanimacija takoj uspešna in prvi tožnici ne bi nastala škoda (huda difuzna hipoksična ishemična poškodba možganov, katere posledica je cerebralna paraliza, motnja vida in govora ter huda upočasnitev umskega razvoja s posledično umsko manjrazvitostjo). Zaključek: invalidnost tožnice je posledica pomanjkanja kisika in krvi v možganih zaradi zastoja srca in zapoznelega reagiranja zdravstvenega osebja. Revizija zoper pravnomočno sodbo, s katero je bila tožnici prisojena odškodnina, je bila zavržena. Konkreten dejanski stan po prepričanju Vrhovnega sodišča ute-

⁸ Zadeva II Ips 342/2014.

meljuje materialnopravni sklep nižjih sodišč, da je bilo ravnanje toženčevega zdravstvenega osebja v kritičnem času *contra legem artis*.

Tretji primer.⁹ Tožnico je ginekologinja seznanila, da je noseča in da nosi dvojčka. Ker je bila nosečnost neželena, je bila tožnici, stari 17 let, pri nosečnosti 9 tednov in 2 dni, v bolnici opravljena umetna prekinitev nosečnosti. Iz bolnice je bila odpuščena v domačo oskrbo z navodilom o 7-dnevem počitku in kontrolnem pregledu pri izbranem ginekologu čez 3 ali 4 tedne. Izbrana ginekologinja v zdravstvenem domu je ob kontrolnem pregledu ugotovila normalno stanje po izvedeni umetni prekinitvi nosečnosti. Zaradi slabega počutja in znakov nosečnosti se je tožnica spet oglasila pri ginekologinji in tedaj je bilo ugotovljeno, da je z dvojčki v 20. tednu nosečnosti, kar je potrdil tudi nadaljnji pregled v bolnici. Tožnica se za ponovno umetno prekinitev nosečnosti ni odločila, ker bi bila ta zaradi dolgotrajnosti nosečnosti že nevarna za njeno življenje, umetna prekinitev nosečnosti pa bi bila opravljena tako, da bi »rodila mrtva otroka.« Tožnica je nato s porodom, ki je potekal brez posebnosti, rodila dva zdrava otroka. Povrnitev premoženjske in nepremoženjske škode je zahtevala od zdravstvenega doma. Razsojeno je bilo, da je medicinsko napako storila ginekologinja, ki je po posegu, s katerim naj bi bila nosečnost umetno prekinjena, na pregledu spregledala, da splav ni uspel. Ugovor deljene odgovornosti – zdravstveni dom je namreč uveljavljal, da bi se tožnica zanj lahko ponovno odločila, ko je bilo ugotovljeno, da je še vedno noseča, je bil na drugi stopnji zavržen. V revizijskem postopku podlaga odgovornosti ni bila izpodbijana. Zahtevek zoper bolnico je bil v enem od predhodnih sojenj zavržen, ker ginekologinja, ki je opravljala splav (dejansko je šlo za specializantko po niti mesecu in pol opravljene specializacije), ni ravnala v nasprotju s pravili stroke, pač pa je šlo za zaplet.¹⁰ Izid sojenja je bil naslednji: tožnici je bila prisojena odškodnina za nepremoženjsko škodo (strah, telesne bolečine, nevšečnosti), iz naslova premoženjske škode pa odškodnina za kritje dela stroškov preživljanja otrok za nazaj, za čas, ko je bilo zaradi njene težke materialne situacije preživninsko breme zanj objektivno pretežno, zavržen pa je bil zahtevek v obliki rente za vnaprej, ker se je njeno premoženjsko stanje izboljšalo. Stališče sodišč je bilo, da je zdravniška napaka nedvomno povzročila tožnici škodo v obliki preživljanja otrok, ki ga sama ob njihovem rojstvu ni bila finančno zmožna, da pa bi bilo stališče, da je toženkina odgovornost za preživljanje dvojčkov neodvisna od tožničnih finančnih zmožnosti,¹¹ nepravilna in v nasprotju z namenom odškodnine; rojstva zdravih otrok namreč ni moč označiti za škodo, zato je vprašanje škode povezano zgolj z njihovim preživljanjem, ki za starša (ki otrok ni želel) pomenijo neobičajno veliko finančno breme.

⁹ Zadeva II Ips 185/2016.

¹⁰ Zadeva II Ips 384/2009.

¹¹ Da bi morala torej odgovorna oseba (zdravnik oziroma zdravstvena organizacija) kriti vse stroške preživljanja otrok, rojenih po neuspešno opravljenih splavih.

Četrty primer.¹² Tožnica je uveljavljala odškodnino za premoženjsko in nepremoženjsko škodo, ker je zaradi zdravnikove strokovne napake med porodom prišlo do hipoksije možganov, kar je povzročilo njihovo okvaro in je vodilo v cerebralno paralizo. Rojena je bila kot druga od dvojčkov. Po doktrini je optimalen čas rojstva drugega dvojčka pol ure po rojstvu prvega. V konkretnem primeru se je prvi dvojček rodil po naravni poti, odločitev za carski rez za rojstvo tožnice pa je porodničar sprejel takoj po nastopu indikacij zanj in znotraj pol ure po prvem porodu; tožnica je bila rojena 41 minut za prvim dvojčkom. Pravnomočno je bilo odločeno, da zdravniške napake ni bilo, ampak je šlo za zaplet, ki izključuje odgovornost. Vrhovno sodišče je pravnomočno zavrnilo sodbo razveljavilo. Nižjima sodiščema, ki sta presodili, da porodničar ni ravnal nestrokovno, saj je odločitev za carski rez sprejel v pravilnem trenutku, je očitalo, da nista dogajanja v relevantnem časovnem obdobju presojali celovito, torej ali je porod kot celota (in ne samo do odločitve za carski rez) trajal predolgo, in ob upoštevanju medsebojnega vplivanja posameznih ukrepov ali opustitev in drugih subjektivnih in objektivnih okoliščin. Tudi dejstva, da je šlo za porod dvojčkov, ki pomeni še dodaten dejavnik tveganja, in da je po medicinski doktrini optimalen čas med njunima rojstvoma 30 minut. V zvezi s tem očitkom je ključnega pomena ugotovitev, ali bi do hipoksije možganov prišlo tudi v primeru, če bi bil porod v konkretnih okoliščinah dokončan prej kot v 41 minutah oziroma znotraj 30 minut, kot po medicinski doktrini znaša optimalen čas med rojstvom dvojčkov. Tega sodišče prve stopnje doslej zaradi zmotnega materialnopravnega izhodišča ni ugotavljalo. Šele nato bo mogoča presoja o tem, ali je bilo ravnanje zdravstvenega osebja zavarovanke tožene stranke v danih okoliščinah takšno, kot je bilo treba, in če ne, ali je podana pravno relevantna vzročna zveza med tem ravnanjem in škodo.

3. Komplikacija oziroma zaplet ni medicinska napaka

Komplikacija je zaplet, ki se zgodi med zdravljenjem, ki je sicer potekalo strokovno neoporečno in z največjo možno profesionalno skrbnostjo; zgodi se naključno in je kljub predvidljivosti ni mogoče preprečiti.

Ni medicinska napaka; če je škoda nastala zaradi zapleta med ali po zdravljenju, odgovornosti za škodo ni, če je zdravnik ravnal v skladu s pravili stroke.

Navedeno ilustriram z opisom dveh primerov iz sodne prakse Vrhovega sodišča v zadevah, v katerih je bilo odločeno, da ni šlo za zdravniško napako, temveč za zaplet oziroma komplikacijo pri zdravljenju.

¹² Zadeva II Ips 73/2015.

Prvi primer.¹³ Pacientka s sumom na rakovo obolenje je bila sprejeta v bolnico zaradi diagnostične laparoskopije. Specialisti anesteziologi pred operativnim posegom niso opravili alergoloških preiskav. Pri uvajanju v anestezijo je prišlo do anafilaktičnega šoka, zaradi katerega je prišlo do hude trajne poškodbe možganov; pacientka je bila šest let nepokretna, nato je umrla. Po doktrini prehodni alergološki testi niso priporočljivi; opravljajo se samo pri tistih bolnikih, ki so anafilaktični šok (že) preživeli in morajo biti ponovno operirani ter se pri njih sumi na alergijo na določene substance. Do podobne reakcije pride le v enem primeru na 6250 anestezij. Ravnanje anesteziologinje ni odstopalo od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, zato je zavrnitev tožbenega zahtevka materialnopravno pravilna. Zelo nizka statistična pojavnost reakcij pri uvodu v anestezijo, kakršno je doživela pokojna, zlasti pa na medicinski ekspertizi temelječa ugotovitev, da po strokovni literaturi pri pokojni ni bilo razlogov za opravljanje alergoloških testov na anesteziološke učinkovine, omogoča sklep, da poslabšanje pokojničinega zdravja ni posledica strokovne zdravniške napake, temveč naključnega zapleta, ki ga kljub predvidljivosti s strokovno neoporečnim in ustrezno skrbnim ravnanjem ni bilo mogoče preprečiti.

Drugi primer.¹⁴ Tožnikova nepremoženjska škoda je posledica izredno hude akutne alergijske reakcije na kontrastno sredstvo, vbrizgano pri intravenski urografiji – kontrastni rentgenski preiskavi sečil. Tožnik je kontrastno rentgensko preiskavo sečil opravil ob 8. uri, pred njo so ga povprašali, ali ima morebitne reakcije nanjo in ali je alergičen na jod, njegovi odgovori so bili nikalni. Nato mu je bilo vbrizganih 30 ml kontrastnega sredstva, ki vsebuje jod. Predhodno testiranje z manjšo količino vbrizganega kontrasta po doktrini ni potrebno in se ne opravlja več, ker lahko že najmanjša količina intravenozno vbrizganega joda povzroči povsem enako reakcijo kot končno vbrizgana količina. Tožnik med rentgensko preiskavo ni kazal znakov reakcije na vbrizgani jod. Nobene reakcije ni zaznal niti zdravnik, ki je preiskavo odredil, ko je dve uri in pol po preiskavi, ob 10.30, tožnika pregledal in tudi tožnik mu ni poročal o slabšem počutju. Malo pred 13.30 je tožnika, ki je doživel zelo redko in predvsem zelo pozno hudo reakcijo na kontrastno sredstvo, ki bi se lahko končala tudi s smrtjo, namreč anafilaktični šok, v bolnišničnih prostorih opazil drug zdravnik, ki je odredil pregled v ambulanti internistične prve pomoči, od koder so tožnika nato odpeljali na oddelek za intenzivno terapijo; zdravljenje reakcije je bilo ustrezno, sicer tožnik ne bi preživel. Do tako hude reakcije na kontrastno sredstvo, kot jo je doživel tožnik, prihaja pri tovrstnih preiskavah zelo redko, tako pozno pa še precej redkeje (pri 94 % preiskovancev se simptomi pojavijo že v prvih 20 minutah po vbrizganju kontrasta). Izredno nizka statistična pojavnost tovrstnih reakcij ter mnenja izvedencev, da ravnanje medicinskega osebja pred preiskavo, med njo in po preiskavi ni odstopalo od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, omogoča sklep, da po-

¹³ Zadeva II Ips 214/2008.

¹⁴ Zadeva II Ips 88/2009.

slabšanje tožnikovega zdravja ni posledica strokovne zdravniške napake, temveč naključnega zapleta, ki ga kljub predvidljivosti s strokovno neoporečnim in ustrezno skrbnim ravnanjem ni bilo mogoče preprečiti. Zavrnitev zahtevka je zato materialnopravno pravilna.

Sodna praksa je o tem, da zaplet izključuje zdravniško napako, vseskozi nespremenjena in enotna.¹⁵

Ni pa izključena odgovornost za škodo, nastalo zaradi zapleta, v primeru kršitve pojasnilne dolžnosti. O tem v nadaljevanju.

4. Podlaga odgovornosti: nepogodbena ali pogodbena (civilni delikt ali kršitev pogodbe)?

4.1. Nepogodbena odgovornost

Za nepogodbeno odgovornost nasploh je značilno, da nastopi, ko subjekta odgovornosti za škodo v času nastanka škodnega dogodka nista bila v pogodbenem razmerju. Odgovornost temelji neposredno na zakonu (na primer škode iz prometnih nesreč).

Podlaga nepogodbene odgovornosti je 131. člen Obligacijskega zakonika.¹⁶

Predvsem v starejši slovenski judikaturi se je odgovornost za medicinsko napako (ob drugačnem mnenju teorije, ki se je že tedaj zavzemala za pogodbeno odgovornost¹⁷) presojala praktično samo po nepogodbeni podlagi. Dilema je bila le, ali je odgovornost krivdna ali objektivna. Obveljala je opredelitev za krivdno odgovornost.¹⁸

Oškodovanec (pacient) je moral dokazati protipravnost zdravnikovega ravnanja, ki se je kazalo v kršitvi pravil stroke, svojo škodo ter vzročno zvezo med njo in zdravnikovim protipravnim ravnanjem, zdravnikova krivda pa se je domnevala. Zdravnik se je krivde (in s tem odgovornosti, ker morajo biti elementi civilnega delikta podani kumulativno) razbremenil, če je dokazal, da je ravnal s profesionalno skrbnostjo (s skrbnostjo strokovnjaka).

¹⁵ Glej na primer odločbe II Ips 506/ 1992, II Ips 385/2006, II Ips 1145/2008, II Ips 80/2011.

¹⁶ Člen 131 OZ:

- (1) Kdor drugemu povzroči škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde.
- (2) Za škodo od stvari ali dejavnosti, iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico, se odgovarja ne glede na krivdo.
- (3) Za škodo ne glede na krivdo se odgovarja tudi v drugih z zakonom določenih primerih.

¹⁷ Glej Cigoj, str. 108 in 147.

¹⁸ Prim. Betetto, str. 3–5.

Vrhovno sodišče je, na primer,¹⁹ zapisalo, da ker je bilo ugotovljeno, da ni podan eden od elementov odškodninskega delikta, to je vzročna zveza med tožnično škodo in uporabljenim načinom zdravljenja, ter ker je dokazano, da ni bilo nedopustnega ravnanja, tožena stranka tožnici ni odškodninsko odgovorna.

4.2. Pogodbena odgovornost

Odgovornost za škodo je pogodbena, ko je škoda posledica kršitve pogodbe. Podlaga zanjo je 243. člen OZ²⁰ v zvezi z 246. členom istega zakona.²¹

Teoretiki, kot je bilo zapisano že zgoraj, pretežno zagovarjajo stališče, da je razmerje med pacientom in zdravnikom pogodbene narave.²² Nepogodbene narave je le, ko mora zdravnik opraviti nujen medicinski poseg, pacient pa je v stanju, ki mu ne dopušča oblikovanja lastne volje. Takšno je tudi stališče Vrhovnega sodišča v najnovejših odločbah,²³ po katerih je razmerje med zdravnikom in pacientom praviloma pogodbene narave; izjema velja na primer tedaj, ko zdravnik ravna v nuji. Sklicevanje na strokovno napako pomeni uveljavljanje poslovne odškodninske odgovornosti.

¹⁹ II Ips 357/2004.

²⁰ Člen 243 OZ:

(1) Upnik ima pravico do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, ki bi ju dolжник moral pričakovati ob kršitvi pogodbe kot morebitni posledici kršitve pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana.

(2) 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 dolжник vedel za posebne okoliščine, zaradi katerih je nastala.

(3) Če je pri kršitvi obveznosti nastala za upnika poleg škode tudi kakšna korist, jo je treba pri odmeri odškodnine primerno upoštevati.

(4) Stranka, ki se sklicuje na kršitev pogodbe, mora storiti vse razumne ukrepe, da bi se zmanjšala škoda, ki jo je ta kršitev povzročila, drugače lahko druga stranka zahteva zmanjšanje odškodnine.

(5) Določbe tega člena se smiselno uporabljajo tudi za neizpolnitev obveznosti, ki niso nastale iz pogodbe, če ni za posamezne izmed njih v tem zakoniku določeno kaj drugega.

²¹ Člen 246 OZ: Če v določbah tega odseka ni drugače določeno, se za povrnitev škode, nastale s kršitvijo pogodbene obveznosti, smiselno uporabljajo določbe tega zakonika o povrnitvi nepogodbene škode.

²² Tako na primer Polajnar Pavčnik, str. 92–98, Klarić, Ovčak Kos, str. 2.

²³ Na primer v zadevah II Ips 342/2014, II Ips 207/2015, II Ips 297/2015. Drugače še na primer v zadevi II Ips 102/2014, kjer pojasnjuje, da zdravstvena ustanova odškodninsko odgovarja po načelu krivdne odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom. Oškodovanec mora dokazati obstoj treh predpostavk (protipravnost, škodo in vzročno zvezo), odgovorna oseba pa se bo odškodninske odgovornosti razbremenila, če bo dokazala, da za nastalo škodo, čeprav vzrok zanjo izvira iz njene sfere, ni kriva. Enako Višje sodišče v Ljubljani v odločbi II Cp 2457/2009, II Cp 1594/2016, II Cp 381/2016.

Ravnanje zdravnika v nuji, ko pacient ni sposoben dati privolitve, se v teoriji obravnava kot nujna gestija. Podlago za tako ravnanje ima zdravnik v določbi 28. člena Zakona o pacientovih pravicah:

»Če pacient ni sposoben odločanja o sebi ali ni zmožen izraziti svoje volje, se lahko opravi nujna medicinska pomoč brez njegove privolitve.«

v zvezi z določbo 12. točke 2. člena istega zakona:

»Nujna medicinska pomoč je neodložljivo ravnanje, ki je potrebno za ohranitev življenjsko pomembnih funkcij ali za preprečitev nepopravljivega in hudega poslabšanja zdravstvenega stanja.«

Stališča Vrhovnega sodišča, ali je v primeru nujne gestije zdravnikova odgovornost deliktna, še ni.

4.3. Čas in oblika sklenitve pogodbe

Pogodba med pacientom in zdravnikom oziroma zdravstveno ustanovo je konkludentno sklenjena že takoj, ko se pacient zgleda pri zdravniku in ni več dvoma, da bo zdravnik opravil vsaj nekatere zdravstvene storitve.

Tako tudi Vrhovno sodišče:²⁴ pogodbeno razmerje je vzpostavljeno ob soglasju volj obeh pogodbenih strank, ki se lahko izjavi tudi na konkludenten način;²⁵ revizijsko sodišče ugotavlja, da je pogodba o opravljenju zdravstvenih storitev sklenjena konkludentno v trenutku, ko se pacient zgleda pri zdravniku (tudi v primeru predhodnega napotila), ta pa na podlagi informacij pacienta začne izvajati ukrepe, ki jih je mogoče uvrstiti v krog izvajanja zdravstvene dejavnosti v širšem smislu.²⁶

4.4. Pravna narava pogodbe

V teoriji se pogodba o izvajanju zdravstvenih storitev večinoma opredeljuje kot podjemna pogodba.²⁷ Tako opredelitev sprejema tudi Vrhovno sodišče.²⁸ Hkrati teorija opozarja, da se

²⁴ II Ips 95/2015.

²⁵ Prim. 15. in 18. člen OZ.

²⁶ Po določbi prvega odstavka 1. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti (ZZDej, Ur. l. RS, št. 9/92, in spremembe) zdravstvena dejavnost obsega ukrepe in aktivnosti, ki jih po medicinski doktrini in ob uporabi medicinske tehnologije opravljajo zdravstveni delavci oziroma delavke in zdravstveni sodelavci oziroma sodelavke pri varovanju zdravja, preprečevanju, odkrivanju in zdravljenju bolnikov in poškodovancev.

²⁷ Polajnar Pavčnik, str. 94; Cigoj, str. 108 in 147.

²⁸ Na primer v odločbah II Ips 342/2014, II Ips 207/2015.

pri tej vrsti pogodbe zdravnik zaveže, da bo vložil vso skrb, ki jo njegova stroka zahteva, da bi bolnik okreval (da bo torej ravnal *lege artis*), za zdravje pa ne odgovarja.²⁹ Zdravnikova obli-gacija je torej obligacija prizadevanja (izjemoma, na primer pri lepotnih posegih, sterilizaciji, splavu, laboratorijskih preiskavah, izdrtju ali vsaditvi zoba in podobno je obligacija rezul-tata). Zato nekateri avtorji menijo, da gre iz razloga, ker obligacija prizadevanja ni tipično izpolnitveno ravnanje pri podjemni pogodbi, dejansko za mandatno pogodbo³⁰ oziroma za še nepoimenovan (inominanten) kontrakt, ki bi ga bilo primerno zakonsko urediti kot pogodbo o zdravstveni storitvi.³¹

4.5. Pomen razlikovanja pravnih podlag odgovornosti

a) Razlika v obsegu odškodnine oziroma pravno priznanih škod

Ob stališču, da oškodovancu za škodo, ki je posledica kršitve pogodbe, ne pripada odškodni-na za nepremoženjsko škodo, oškodovanec lahko uveljavlja odškodnino za nepremoženjsko škodo le po deliktne podlagi.

Navedeno pojasnjujejo naslednji razlogi odločbe sodišča (druge stopnje):³² Zakonska ureditev poslovne odškodninske odgovornosti se glede na neposlovno (deliktno) odškodninsko odgo-vornost od nje razlikuje tudi v pogledu obsega škode (243. člen Obligacijskega zakonika). Na podlagi poslovne odškodninske odgovornosti, ki je v neizpolnitvi obveznosti oziroma zamudi z izpolnitvijo, ima oškodovanec pravico zgolj do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, pa še to le v tistem obsegu, ki ga je dolžnik lahko pričakoval ob kršitvi pogodbe kot možno posledico glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana, razen (drugi odstavek 243. člena Obligacijskega zakonika) v primeru prevare ali namerne neizpolnitve ter neizpolnitve pogodbe iz hude malomarnosti. V tem primeru merilo pričako-vanosti ni pogoj za uveljavitev celotne škode, vendar v obsegu navadne škode in izgubljenega dobička. Pri pogodbeni (poslovni) odškodninski odgovornosti oškodovanec (upnik) glede na citirana določila veljavnega Obligacijskega zakonika ni upravičen do povračila nepremoženj-ske škode, kar pa je seveda popolnoma neživljenjsko in tudi v nasprotju s pravico do povračila škode, ki jo daje Zakon o zdravstveni dejavnosti.

To stališče je sodna praksa Vrhovnega sodišča v zadnjem času presegla – oškodovancu prizna-va odškodnino za nepremoženjsko škodo tudi, ko ta izvira iz kršitve pogodbe.

²⁹ Polajnar Pavčnik, str. 94.

³⁰ Ovčak Kos.

³¹ Klarić, str. 385.

³² Odločba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2457/2009.

b) Razlika v zastaralnem roku

Pri deliktne odgovornosti je zastaralni rok za odškodninske terjatve 3 leta, odkar je oškodovanec zvedel za škodo in za povzročitelja, in največ 5 let od nastanka škode (prvi in drugi odstavek 352. člena Obligacijskega zakonika).

Odškodninska terjatev za škodo, nastalo s kršitvijo pogodbene obveznosti, zastara v času, določenem za zastaranje te obveznosti (tretji odstavek 352. člena Obligacijskega zakonika).

O tem naslednji primer iz sodne prakse sodišča druge stopnje.³³ Škodo – šlo je sicer za kršitev pojasnilne dolžnosti in ne za zdravniško napako v ožjem pomenu, kar je glede vprašanja zastaranja nebitveno – je pritožbeno sodišče opredelilo kot pogodbeno. Ugovor zastaranja porodnišnice je zavrnilo z razlogi:

- da za zastaranje pogodb o zdravstvenih storitvah ni predpisan poseben rok (v smislu tretjega odstavka 352. člena Obligacijskega zakonika), zato odškodninske terjatve za škodo iz teh pogodb zastarajo v splošnem 5-letnem roku;
- da začne rok teči prvi dan po dnevu, ko je oškodovanec imel pravico zahtevati izpolnitev pogodbe, kar je po kršitvi pogodbe, in po tistem, ko je zvedel za škodo;
- da sta starša za obseg škode tožnika zvedela septembra 2006, ko je tožnik dopolnil leto in pol in je bila zato tožba, vložena septembra 2011, vendar pred potekom 5 let, odkar sta zvedela za škodo, pravočasna.

c) Razlika v ekskulpacijskih razlogih

Odgovornosti za nepogodbeno škodo po pravilih krivdne odgovornosti se zdravnik razbremeni, če dokaže, da ni kriv za škodo (prvi odstavek 131. člena Obligacijskega zakonika), odgovornosti za pogodbeno škodo pa, če dokaže, da pogodbe ni mogel izpolniti ali da je zamudil z izpolnitvijo zaradi okoliščin, ki so nastale po sklenitvi pogodbe in jih ni mogel preprečiti, odpraviti ali se jim izogniti (240. člen istega zakona).

Primer iz sodne prakse je zgoraj, v točki a) že povzeta odločba.

d) Razlika v krogu oškodovancev

Če je škoda nepogodbena, ima oškodovanec pravico do odškodnine za premoženjsko in nepremoženjsko škodo, pravico do odškodnine za duševne bolečine zaradi smrti ali posebno hude invalidnosti bližnjega pa imajo tudi njegovi bližnji.

Kot že rečeno, po novejši sodni praksi tudi pri pogodbeni škodi odškodnina za nepremoženjsko škodo ni (več) izključena.³⁴ Nadalnje vprašanje je, ali je do nje upravičen samo pacient

³³ Nova, revizijsko še ne preizkušena sodba odločba Višjega sodišča v Kopru I Cp 480/2016.

³⁴ Glej Božič Penko.

kot neposredni oškodovanec ali – enako kot pri nepogodbeni škodi – tudi njegovi bližnji kot posredni oškodovanci, če pacient umre ali postane posebno hud invalid.

Sodišče druge stopnje³⁵ je prisodilo odškodnino za nepremoženjsko škodo staršem in bratu pacienta, ki je ob porodu utrpel najtežjo hipoksično-ishemično encefalopatijo, ki je privedla do hude stopnje cerebralne paralize, ki pomeni katastrofalno škodo; Vrhovno sodišče pa je obravnavalo odškodninsko zadevo po tožbi staršev, ki sta zahtevala odškodnino od zdravstvenega doma za nepremoženjsko škodo zaradi smrti sina, ker naj bi tam zaposlena zdravnica ravnala napačno, zaradi česar ni preprečila sinove smrti. Ugodilno drugostopenjsko sodbo je spremenilo tako, da je zahtevek zavrnilo, a iz drugih razlogov in ne zaradi pomanjkanja aktivne legitimacije staršev.³⁶

4.6. Prosta izbira podlag odgovornosti?

Klarić meni, da bi bilo treba oškodovancu prepustiti odločitev, po kateri podlagi bo uveljavljal odškodnino, oziroma mu dati možnost izbrati podlago, ki je zanj glede na okoliščine primera ustrežnejša (manj obremenjujoča). Taka naj bi bila ureditev v številnih državah (vključno s tistimi s sistemom *common law*), pri čemer naj bi te ureditve dajale prednost deliktne odgovornosti.

Domače sodne prakse, ki bi tezi o možnosti izbire podlage odgovornosti izrecno bodisi pritrdila bodisi jo ovrgla, ni. V resnici pa ji sodišča tiho sledijo: ne zavračajo zahtevkov po nobeni podlagi zaradi nesklepčnosti.

5. Kaj je pojasnilna dolžnost

Pacient je subjekt in ne objekt zdravljenja, zato je spoštovanje njegove volje, razen izjemoma, pri zdravljenju vrhovno načelo.³⁷ Pojasnilna dolžnost in z njo povezana doktrina ozaveščene privolitve je instrument, ki pacientu omogoča uresničenje njegove ustavne pravice do samoodločbe, ki jo zagotavlja splošna določba o varstvu osebnostnih pravic iz 35. člena Ustave Republike Slovenije in spoštovanje prepovedi prisilnega zdravljenja iz tretjega odstavka 51. člena Ustave.

Konkretizira jo določba 20. člena Zakona o pacientovih pravicah:

³⁵ Zadeva Višjega sodišča v Kopru I Cp 480/2016.

³⁶ Odločba II Ips 183/2015.

³⁷ Glej odločbe Vrhovnega sodišča II Ips 83/2013 in II Ips 94/2015 ter Ustavnega sodišča Up-2595/08.

(1) Pacient ima pravico, da je zaradi uresničevanja pravice do samostojnega odločanja o zdravljenju in pravice do sodelovanja v procesu zdravljenja obveščen o:

- svojem zdravstvenem stanju in verjetnem razvoju ter posledicah bolezni ali poškodb;
- cilju, vrsti, načinu izvedbe, verjetnosti uspeha ter pričakovanih koristih in izidu predlaganega medicinskega posega oziroma predlaganega zdravljenja;
- morebitnih tveganjih, stranskih učinkih, negativnih posledicah in drugih neprijetnostih predlaganega medicinskega posega oziroma predlaganega zdravljenja, skupaj s posledicami njegove opustitve;
- morebitnih drugih možnosti zdravljenja;
- postopkih in načinih zdravljenja, ki v Republiki Sloveniji niso dosegljivi ali niso pravice iz obveznega zdravstvenega zavarovanja.

(2) Pojasnila iz prejšnjega odstavka mora zdravnik, odgovoren za zdravljenje, pojasniti pacientu v neposrednem stiku, obzirno, na pacientu razumljiv način oziroma skladno z individualnimi sposobnostmi sprejemanja informacij, v celoti in pravočasno. Za operativni ali drug medicinski poseg, povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, pacientu da razumljiva ustna in pisna pojasnila zdravnik, ki bo opravil medicinski poseg, če to ni mogoče, pa drug zdravnik, ki je usposobljen za tak medicinski poseg.

(3) Pacient ima pravico do sprotnega in podrobnega obveščanja o poteku zdravljenja ter po koncu medicinskega posega oziroma zdravljenja pravico do obveščenosti o rezultatu zdravljenja oziroma morebitnih zapletih.

(4) Pacient, ki ni sposoben odločanja o sebi, uresničuje pravice po tem členu v skladu z zmogljivostmi, ki jih dopušča njegova sposobnost razumevanja.

6. Razmerje med pojasnilno dolžnostjo in sklenitvijo pogodbe o zdravstvenih storitvah ter podlaga odgovornosti

Gre za vprašanje, ali je izpolnitev pojasnilne dolžnosti pogoj za sklenitev pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev. Relevantno je zato, ker je od njega odvisna podlaga odgovornosti za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti.

Če je odgovor pritrdilen – če je izpolnitev pojasnilne dolžnosti pogoj za veljavno sklenitev pogodbe, potem v primeru kršitve pojasnilne dolžnosti pogodba ni bila veljavno sklenjena in je odgovornost za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti deliktna. Če je odgovor nikalen – če izpolnitev pojasnilne dolžnosti ni pogoj za veljavno sklenitev pogodbe, je odgovornost za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti pogodbena.

Enotnega stališča v teoriji in v sodni praksi ni.

V sodni praksi se je za pritrtilen odgovor še pred kratkim zavzela sodba pritožbenega sodišča,³⁸ ki obrazloži, da je odgovornost zdravstvenega zavoda za pacientovo škodo pri strokovni napa-ki poslovna, pri kršitvi pojasnilne dolžnosti pa neposlovna (deliktna).

Najnovejša sodna praksa pa večkrat zavzame nasprotno stališče: da je izpolnjevanje pojasnilne dolžnosti del pogodbenih obveznosti zdravnika. Pogodba je torej sklenjena pred podajanjem pojasnil pacientu in izpolnjevanje pojasnilne dolžnosti ni predpostavka za veljavno sklenitev pogodbe o zdravstvenih storitvah. Pri pravilni izpolnitvi pojasnilne dolžnosti ne gre za vprašanje izoblikovanja svobodne in resne volje kot pogoja za veljavnost sklenitve pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev, temveč za zaščito pravice ozaveščene privolitve v posamezen medicinski poseg v okviru izpolnjevanja pogodbenih obveznosti iz že sklenjene pogodbe; odgovornost za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti je torej pogodbena, in ne deliktna.³⁹

7. Pomen pojasnilne dolžnosti ter razmerje med pojasnilno dolžnostjo in privolitvijo v poseg

Po pravkar predstavljenih stališčih zdravnik in pacient najprej skleneta pogodbo o opravljanju zdravstvenih storitev, nato zdravnik poda pacientu ustrezna pojasnila, in šele za tem sledi izpolnjevanje drugih obveznosti iz pogodbe: diagnosticiranje, zdravljenje.

V okviru izpolnjevanja teh obveznosti so (lahko) potrebni različni posegi, pacient kot subjekt razmerja pa ima pravico odločiti, ali bo vanje privolil ali ne. Poseg, opravljen brez privolitve, je protipraven. Predpostavka za pravno veljavnost privolitve v poseg je pacientova svobodna in prava volja. Ta se lahko oblikuje le, če je pacient ustrezno obveščen o diagnozi bolezni, poučen o možnih načinih zdravljenja, o morebitnih nevarnostih, o predvidljivosti uspeha pa tudi o možnih posledicah odklonitve zdravniške pomoči. Povedano drugače: privolitev mora biti ozaveščena.

Pojasnilna dolžnost vsebuje pojasnilo tveganja, terapevtsko pojasnilo in pojasnilo diagnoze.⁴⁰

Pravilno opravljena pojasnilna dolžnost je pogoj za veljavnost privolitve v poseg, ali, kot je natančneje pojasnilo Vrhovno sodišče: pravilna izpolnitev pojasnilne dolžnosti je načeloma pogoj za veljavnost pacientove privolitve v izvedbo medicinskih posegov, ki sami po sebi predstavljajo poseg v njegovo telesno integriteto, in sicer ne glede na to, ali gre za terapevtske ali za diagnostične postopke.⁴¹

³⁸ Zadeva Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2666/2014.

³⁹ Tako Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 94/2015 in Višje sodišče v Ljubljani v sklepu II Cp 1439/2016.

⁴⁰ Polajnar Pavčnik, str. 110, Krušič Mate, str. 26–28, sodbi II Ips 99/2006, II Ips 94/2015.

⁴¹ Sodba II Ips 94/2015.

Učinki privolitve se presojuje po določbah Zakona o pacientovih pravicah.

Privolitev je potrebna tudi v primeru, ko se med posegom pokaže potreba po razširitvi posega. Vrhovno sodišče je v več odločbah pojasnilo, da mora zdravnik, če med operacijo ugotovi, da je potreben dodaten poseg, operacijo prekiniti in dodatni poseg lahko izvede šele, če pacient z njim soglaša.⁴² Brez posebne privolitve lahko operacijo razširi le v primeru, da bi prekinitvev posega pomenila resno nevarnost za pacientovo življenje in zdravje. Pri tem mora presoditi tudi, kakšno nevarnost bi vnovična operacija pomenila za pacientovo zdravje. V primeru, ko je razširitev posega predvidljiva, pa mora zdravnik pacienta nanjo opozoriti in dobiti vnaprejšnje soglasje.

Eden od primerov, ko je bilo odločeno,⁴³ da je podana odškodninska odgovornost zdravstvene ustanove zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti (čeprav je zdravljenje potekalo v celoti *lege artis*) je naslednji. Tožnica je imela na desni strani vratu na dotik bolečo tvorbo. Bila je napotena na zdravljenje v bolnišnico. Kirurg, njen poznejši operater, ji je tvorbo prikazal kot nenevaren benigni tumor, njegovo predlagano operativno odstranitev pa kot krajši nezapleten medicinski poseg. Tožnica je privolila v tak poseg. Med operacijo je bilo ugotovljeno, da gre za nevrilemom, tvorbo, nastalo iz živčne ovojnice in izhajajočo iz živčnega pleteža, ki jo je treba prav glede na povezanost z živčnim pletežem odstraniti z drugačno, mikroskopsko operacijsko tehniko in s posegom, ki je zahtevnejši in dolgotrajnejši od tistega, na katerega je tožnica pristala, ter ki je za razliko od tega povezan z izrazito povečanim tveganjem neugodnega vpliva posega na funkcijo živčevja in z občutnejšimi neugodnimi posledicami za pacienta. Kirurg je operacijo po spremenjeni ugotovitvi diagnoze nadaljeval in jo strokovno korektno (*lege artis*) dokončal. Ne glede na to, da med operacijo ni bila zagrešena nobena strokovna napaka, se je uresničilo zgoraj omenjeno tveganje: pri tožnici, ki prej ni imela nobene od teh težav, je nastopila pareza desne roke z ohromitvijo moči in gibljivosti in postala je 50-odstotna invalidka. Nesporno je, da tožnica s spremenjeno diagnozo in temu ustrezno spremenjeno tehniko in zahtevnostjo operacije in z zvečanim tveganjem ni bila seznanjena, sodišče prve stopnje pa je ugotovilo, da v primeru, če bi bila o navedenem informirana, ne bi privolila v operativni poseg. Zato in ker je bilo ugotovljeno, da prekinitvev posega in vnovična operacija v primeru, da bi se tožnica zanjo odločila, ne bi bila povezana z nerazumnim tveganjem, dvoma o protipravnosti ravnanja zdravnika ne more biti. S tem argumentom je Vrhovno sodišče zavrnilo revizijo zoper sodbo, s katero je bila tožnici pravnomočno prisojena odškodnina.

⁴² Na primer v zadevah II Ips 99/2006, II Ips 9/2000, II Ips 16/2003 in II Ips 716/2006.

⁴³ Zadeva II Ips 716/2006.

8. Vsebina (obseg, natančnost) pojasnila in njegova odvisnost od vrste tveganja

Zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti zdravnik odgovarja, če je pacientu nastala pravno priznana škoda zato, ker se je uresničilo katero od tistih tveganj, na katera bi moral biti opozorjen, pa ni bil, in sicer tudi tedaj, če je bil medicinski poseg opravljen v skladu z medicinsko doktrino oziroma *lege artis*.

V prvem od predstavljenih primerov⁴⁴ je tožnica privolila v kolonoskopijo. Med preiskavo je zdravnica na sluznici črevesa opazila polip in ga odstranila. To je opravila strokovno, v skladu z veljavno doktrino. Kljub temu je pri tožnici po posegu prišlo do predrtnja črevesne stene, kar je eden od možnih zapletov pri posegu odstranitve polipov, ki pa ga ni mogoče vnaprej predvideti. Tožnica je bila zaradi tega istega dne zvečer hospitalizirana in pozneje tudi operirana. Zdravnica tožnici ni povedala, da je našla polip, da ga je treba in zakaj ga je treba odstraniti, da ga bo in na kakšen način ga bo odstranila, o možnosti poznejše operativne namesto takojšnje odstranitve polipa in o možnih (vsaj najpogostejših) zapletih ob in po samem posegu. Da je polip odstranila, je tožnici povedala šele po tistem, ko je tožnico že zbolelo. Zdravnica tožnici niti po posegu ni povedala, kakšni so možni zapleti, na kaj mora biti pozorna, in ji ni dala nadaljnjih napotkov. Tožnica ni privolila v odstranitev polipa, saj je zanj zvedela šele po tistem, ko je bil že opravljen. Pojasnilna dolžnost ni bila izpolnjena. Ker tožnica ni privolila v poseg, saj sploh ni vedela, da bo opravljen, je bil poseg, ki je bil sicer opravljen strokovno in brez zdravniške napake, nedopusten in je bilo z njim poseženo v tožničino telesno integriteto. Zdravstvena ustanova, v kateri je bil poseg opravljen, je bila zavezana k plačilu odškodnine.⁴⁵

Obseg pojasnilne dolžnosti je odvisen od okoliščin vsakega posameznega primera, zato ga ni mogoče natančno opredeliti vnaprej za nedoločeno število primerov. V splošnem velja, da zdravnik ni dolžan pacienta poučiti o vseh možnih nezaželenih učinkih posega, je pa v vsakem primeru odločilno, da zdravnik pacienta pouči o bistvenih okoliščinah, ki mu omogočajo, da spozna pomen svoje privolitve ter da ima dovolj podlage za odločitev za ali proti zdravljenju, da ga morebitne škodljive posledice ne bi presenetile, ker jih ni pričakoval.⁴⁶ V poglavitnih obrisih in na ustrezen način mu mora prikazati stanje ter podati prognozo in opozorilo na običajno, redno tveganje.⁴⁷ Obseg pojasnilne dolžnosti je Vrhovno sodišče⁴⁸ opredelilo s tremi načeli.

⁴⁴ Zadeva II Ips 43/2013.

⁴⁵ Po deliktne podlagi.

⁴⁶ Tako Vrhovno sodišče na primer v odločbah II Ips 72/2009, II Ips 65/2012 in II Ips 174/2012.

⁴⁷ Sodba II Ips 99/2006.

⁴⁸ V zadevi II Ips 94/2015.

Prvo načelo: obseg in podrobnost pojasnila morata biti v obratnem sorazmerju z nujnostjo posega.

Drugo načelo: opozorilo se mora nanašati na *redna tveganja* medicinskega posega, kamor spadajo tipična in statistično pogostejša tveganja.

Splošna tveganja mora zdravnik pacientu pojasniti zlasti takrat, kadar ima pacient predvideni poseg zmotno za povsem nenevarnega. Zadostuje splošno pojasnilo v smeri vpliva posega oziroma tveganj, to je posredovanje splošnega vtisa resnosti in usmerjenosti spektra tveganj, tako da pacient nima iluzij o tem, kaj ga lahko doleti ob neuspehu posega. V primeru, ko obstaja več tveganj, katerih posledice pacienta prizadenejo na enak način, načeloma zadošča že opozorilo na tisto tveganje, ki pacienta prizadene najhuje.⁴⁹

Tipično tveganje je tisto, ki je lastno samemu posegu, torej posebej značilno za naravo določenega medicinskega posega. Po sodni praksi posamezno tveganje ni tipično ali netipično že samo zato, ker je ali ker ni pogosto. Izjema so primeri, ko gre za statistično tako ekstremno nizko pojavnost, da se domneva, da pri razumnem pacientu obstoj takšnega tipičnega tveganja ne bi vplival na privolitev v poseg. Opozorilo na tveganje, ki je tipično, a redko, je sestavni del pojasnilne dolžnosti ravno zaradi načela obratne sorazmernosti med obsegom pojasnilne dolžnosti in nujnosti posega in načela primerjave posledic uresničenega tveganja pri opravljenem medicinskem posegu s posledicami opustitve posega. Ker gre pri opozorilu na tipična tveganja za uporabo strokovnega znanja, lastnega zdravnikom, je dolžnost opozorila nanje toliko bolj logična. Če bi pojasnilno dolžnost zožili le na statistično upoštevana tveganja in bi pri redkih tipičnih tveganjih zanemarili druge kriterije, ki lahko vplivajo na privolitev, bi bila pravica do informirane privolitve tako izvotljena, da pacient, katerega volja je pri odločanju za zdravljenje bistvena, ne bi razpolagal s podatki, ki bi mu omogočali vsebinsko uresničitev te pravice.⁵⁰

Tretje načelo: opozorilo mora upoštevati tudi *redka tveganja* predvidenega posega, če ta lahko ob svoji uresnitvi tako ogrožajo pacientovo življenje in zdravje, da so primerljiva z naravnim potekom zdravljenе bolezni ali ga celo presegajo in bi lahko vplivala na pacientovo privolitev.

Najprej predstavljam primer, ko je bilo odločeno, da je zdravnik kršil pojasnilno dolžnost.⁵¹ Tožnica je bila sprejeta v bolnico zaradi operativne odstranitve pooperacijske kile. Prejela je spinalno anestezijo. Šest ur in pol po prejemu anestezije je bilo ugotovljeno, da ne čuti nog. Pregled z magnetno resonanco je pokazal hematoma, ki je bil odstranjen z operacijo, opravljeno

⁴⁹ Sklep II Ips 140/2015.

⁵⁰ Sodba II Ips 94/2015.

⁵¹ Sodba II Ips 94/2015.

no že uro in pol po ugotovitvi, da tožnica ne čuti nog. Kljub operaciji je ostala popolna trajna plegija obeh nog, najverjetneje zato, ker je bila prebodena subarahnoidalna žila v hrbteničnem kanalu ob uvajanju anestezije. Anestezistka tožnice na tveganje plegije ob spinalni anesteziji ni opozorila. Ugotovljeno je bilo, da je tako tveganje redko, a je ne glede na redkost tipično, saj je za spinalno anestezijo tipično poseganje v spinalni kanal. Opravljeni poseg (odstranitev kile) ni bil življenjsko nujen, zato bi moralo biti pojasnilo prilagojeno posledicam morebitnega realiziranega tveganja (paraplegija) v razmerju s posledicami pacientovega zdravstvenega stanja (kila). Ker je paraplegija kot uresničenje navedenega tveganja z vidika kakovosti pacientovega življenja nedvomno veliko hujša od bolezenskega stanja, ki so ga skušali sanirati z operacijo pooperativne kile, je to le še dodatni razlog, zaradi katerega bi morala biti tožnica z možnostjo paraplegije seznanjena. Gre namreč za okoliščine, ki se ne izidejo v domnevi, da nizka pojavnost zapleta pri razumnem pacientu ne bi vplivala na njegovo privolitev v medicinski poseg. Ker anesteziologinja tožnice na opisano tveganje pred posegom ni opozorila, je prekršila pogodbene obveznosti; zdravstvena ustanova zato odgovarja za nastalo škodo. Do odškodnine so upravičeni tudi posredni oškodovanci.

V naslednjem predstavljenem primeru⁵² je bilo razsojeno, da kršitve pojasnilne dolžnosti ni bilo. Tožnik je prestal operacijo odstranitve hemoroidov. Pred operacijo je bil obveščen o tveganjih vnetja in krvavitve, ne pa tudi sepse, do katere je prišlo po operaciji. V pravdi je trdil, da je bila njegova privolitev v medicinski poseg neveljavna, ker ni bil obveščen o sepsi kot morebitnem tveganju; sporno je bilo, v kolikšnem obsegu bi ga moral zdravnik obvestiti, oziroma se je presojalo o tem, ali je sepsa tipično tveganje. Revizijsko sodišče je soglašalo s presojo sodišč prve in druge stopnje o ustreznosti obsega pojasnila, čeprav tožnik o sepsi ni bil obveščen. Zdravnik mora pacientu pojasniti tipična tveganja, to so takšna, ki so posebej značilna za poseg in se jim tudi ob največji možni skrbnosti in opravljanju posega brez napak vedno ni mogoče izogniti ter so tako pomembna, da so sposobna vplivati na pacientovo odločitev. Pojasnilo ni potrebno, če nastane škoda le v izjemno redkih primerih in je domnevati, da pri razumnem pacientu omenjeno tveganje ne bi vplivalo na privolitev v poseg. Po mnenju revizijskega sodišča je bil tožnik ustrezno obveščen o negativnih tveganjih krvavitve in vnetja, izjemno redkih negativnih posledic posega, kot je sepsa (zgolj 0,001-odstotna pogostnost) pa ni mogoče uvrstiti med tipična tveganja, ki bi od zdravnika terjala ustrezno pojasnilo. Zahteva po pojasnilu, ki bi upoštevalo tudi tako izjemna tveganja, bi bila do zdravnikov prestroga.

⁵² Zadeva II Ips 174/2012.

9. Posebnosti sodne prakse o položaju oškodovanca v pravdi

Razmerje med pacientom in zdravnikom oziroma zdravstveno organizacijo je razmerje civilnega zasebnega prava, za katero je značilna prirejenost položajev njegovih subjektov.⁵³ Je pa položaj pacienta v odškodninski pravdi zoper zdravnika za škodo, ki izvira iz zdravniške napake ali iz kršitve pojasnilne dolžnosti, praviloma težji: zaradi zdravnikovega škodnega ravnanja ali opustitve je njegovo zdravje okvarjeno oziroma še poslabšano glede na stanje pred škodnim dogodkom, da je vzrok njegove škode ravno zdravnikovo ravnanje ali opustitev in da je bilo to protipravno, mora kot laik dokazovati v pravdi, v kateri mu nasproti stoji strokovnjak z relevantnega medicinskega področja, ki ima na voljo vse podatke o poteku zdravljenja in podobno.

Sodna praksa položaj oškodovanca nekoliko lajša z mehčanjem nekaterih sicer do tožnika strogih procesnih institutov. Tako je na primer Vrhovno sodišče odločilo, da je dopusten informativni dokaz z izvedencem medicinske stroke, da bi se ugotovilo, ali je tožnikova škoda posledica medicinske napake ali zapleta, in da je dopustna dopolnitev dejanskih trditev po prejemu izvedenskega mnenja, saj tožnik kot laik te presoje sam ni bil zmožen.⁵⁴ Je pa po mnenju Vrhovnega sodišča primernejši strožji pristop pri presoji pravočasnosti trditev v zvezi s kršitvijo pojasnilne dolžnosti, saj trditveno breme o tem, ali in koliko ji je bilo pojasnjeno, za stranko ni pretežno: posebno strokovno znanje se za to ne zahteva, relevantna dejstva lahko zazna sama.

Kot ustrezen dokazni standard za dejstva, ki utemeljujejo vzročno povezavo med ravnanjem zdravnika in škodnim dogodkom, je namesto prepričanja sprejelo pretežno verjetnost.⁵⁵

Z materialnopravnega vidika oškodovančev položaj blaži pristop sodišč, ki za zdaj kot sklepčne obravnavajo tako tožbe, ki uveljavljajo in temu ustrezno substancirajo deliktno odgovornost, kot tiste, ki uveljavljajo pogodbeno odgovornost.

10. Sklep

O številnih pravnih vprašanjih v zvezi z odškodninskimi zahtevki za škodo, nastalo z zdravniško napako oziroma kršitvijo pojasnilne dolžnosti, se je sodna praksa, kot sem skušala prikazati zgoraj, že izrekla in uskladila. Številna pa jo, če bo sistem ostal tak, kot je zdaj, in če se bo naraščanje števila tovrstnih pravnih pravnih pravnih nadaljevalo, še čakajo.

⁵³ Ovčak Kos, str. 1.

⁵⁴ Zadeva II Ips 302/2011.

⁵⁵ Zadeva II Ips 671/2008.

Literatura

- BETETTO, N. Odškodninski spori zaradi zdravniške napake. *Pravna praksa*, 1996, št. 6, str. 3–5.
- BOŽIČ PENKO, A. Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo. *Pravni letopis*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, 2016.
- CIGOJ, S. *Institucije obligacij*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1989.
- KLARIĆ, P. *Odštetno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 2003.
- KRUŠIČ MATE, Z. *Pravica do zasebnosti v medicini*. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- OVČAK KOS, M. *Civilnopravna odgovornost zdravnikov*. Ljubljana: Aletheia, 2017.
- POLAJNAR PAVČNIK, A. (ur.), WEDAM LUKIĆ, D. (ur.). *Pravo in medicina*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998.
- UDE, L. (ur.), in drugi. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 3. knjiga, Ljubljana: Uradni list RS in GV Založba, 2009.

Pregledni znanstveni članek
347.56:614.25

Moderni sistemi urejanja odškodninske odgovornosti zdravnika

NITA ROVAN VIZLAR
mag. pravnih znanosti, pravna
svetovalka na Računskem sodišču RS

1. Uvod

V našem pravnem redu se za ugotovitev obstoja odškodninske odgovornosti zahteva obstoj vseh predpostavk odškodninske odgovornosti, to je tistih, na obstoj katerih je vezana odškodninska odgovornost. Oškodovanec mora dokazati, da mu je zaradi oškodovalčevega protipravnega dejanja nastala škoda, ki je v vzročni zvezi s tem dejanjem. Če uspe oškodovanec dokazati vse tri predpostavke, se predpostavlja, da je oškodovalec tisti, ki je povzročil škodo. Svoje odgovornosti se lahko razbremeni le, če dokaže, da za nastalo škodo ni kriv. Ker za odškodninsko odgovornost zdravnikov veljajo splošna pravila Obligacijskega zakonika (OZ)¹, se tudi pri teh sporih, za ugotovitev obstoja odškodninskega odgovornosti, zahteva obstoj vseh predpostavk odškodninske odgovornosti. Oškodovani pacient mora dokazati, da je zdravnik ravnal v nasprotju s pravili stroke (*contra legem artis*) in da je to ravnanje v vzročni zvezi s škodo. Da se bo zdravnik razbremenil svoje odgovornosti, bo moral dokazati, da je ravnal v skladu s pravili stroke (*lege artis*). Dokazovanje takšne vzročnosti pomeni za oškodovanca težko breme in je poglobitna ovira pri uveljavljanju odškodninskih zahtevkov. Različni pravni redi različno rešujejo problematiko olajševanja dokaznega bremena v korist oškodovancev.² V Angliji to rešujejo s *testom but for*, v Nemčiji pa se za ugotovitev dejanske vzročne zveze uporablja princip *condictio sine qua non*, ki je identičen testu *but for*.³

¹ Ur. l. RS, št. 97/07 – UPB1, 64/16 – odl. US.

² Pavčnik, str. 159–160.

³ Stauch, str. 49–55.

Število odškodninskih tožb zoper zdravnike se že nekaj časa povečuje.⁴ Razlog lahko najdemo tudi v povečanem zavedanju pacientov o svojih pravicah in s tem o njihovih kršitvah. Ker pa je, sploh v medicini, zelo težko dokazati vse predpostavke odškodninske odgovornosti zdravnika, čeprav je evidentno, da je do škode prišlo med zdravljenjem, so se v svetu pojavile težnje, da bi se vzpostavil sistem, po katerem bi bili do odškodnine upravičeni vsi tisti, ki bi bili med zdravljenjem poškodovani. V takšnih sistemih so do odškodnine upravičeni tudi tisti pacienti, katerim je med zdravljenjem nastala škoda, četudi krivde za njen nastanek ne moremo pripisati zdravniku oziroma drugemu zdravstvenemu osebju.

V prispevku podrobneje obravnavam dve državi, ki sta vsaka na svoj način, vendar s podobnim ciljem, uvedli posebne odškodninske sisteme za povrnitev škode pacientov. Prva država je Nova Zelandija, ki je poseben odškodninski sistem uvedla že leta 1972, druga država pa je Švedska, ki je leta 1975 uvedla poseben odškodninski sistem, ki temelji na zavarovalniškem principu. Na koncu bom na kratko predstavila še ureditev v Franciji in Avstriji, ki sta odškodninsko shemo *no-fault*⁵ uvedli le za posamezne primere nesreč v zdravstvu.

2. Nova Zelandija

Najbolj znana država, ki je vpeljala poseben odškodninski sistem, je Nova Zelandija. V nasprotju z drugimi predstavljenimi državami je Nova Zelandija uvedla poseben odškodninski sistem, ki ne velja le za poškodbe v zdravstvu, ampak za vse vrste poškodb, ki so posledice nesreč,⁶ prav tako so do povračila škode iz odškodninske sheme upravičeni vsi posamezniki, ki so utrpeli škodo na ozemlju Nove Zelandije,⁷ ne glede na to, kdo je škodo povzročil.

Pravna podlaga odškodninskega sistema je leta 1972 sprejeti zakon Accident Compensation Act,⁸ na podlagi katerega je bila ustanovljena Komisija za nadomestilo škode (Accident Compensation Commission), ki je začela delovati 1. aprila 1974. Povračilo škode se financira pretežno iz državnih sredstev, poleg tega pa so vir prihodkov še prispevki delodajalcev.⁹ Izpla-

⁴ WMA Statement on Medical Liability Reform. Stališče Svetovnega zdravniškega združenja (WMA) je bilo sprejeto na 56. zasedanju generalne skupščine, Čile, 2005 in potrjeno na 200. zasedanju Sveta SZZ, Norveška, 2015. <www.wma.net/en/30publications/10policies/15/> (10. 3. 2017).

⁵ Prevod: brez krivde.

⁶ V prispevku se osredotočam le na področje medicinskih nesreč.

⁷ To so tako državljani kot obiskovalci države. Drugače kot za državljane so pravice iz odškodninske sheme za obiskovalce države omejene. Todd, str. 1181.

⁸ Glej: <www.acc.co.nz/about-acc/legal/legislation/the-accident-compensation-act-1972-repealed/index.htm> (10. 3. 2017). Leta 2001 je bil sprejet nov zakon, Accident Compensation Act, ki je do danes doživel že več reform; <www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0049/latest/DLM99494.html> (10. 3. 2017).

⁹ Sistem se financira z dajatvami, ki jih plačujejo delodajalci, samozaposleni, imetniki vozniških dovoljenj in od leta 1992 tudi zaposleni. Več o financiranju v nadaljevanju.

čevanje nadomestil za nastale poškodbe je določeno z zakonom, pri čemer se za upravičenost do nadomestila ne zahteva krivda oškodovalca. Sistem *no-fault* namreč temelji na prepričanju, da so vsi poškodovani posamezniki upravičeni do ustreznega nadomestila. Za upravičenost do nadomestila se zahteva, da nastala poškodba ustreza eni izmed kategorij, vnaprej določenih z zakonom.¹⁰ Sistem zagotavlja realno nadomestilo, ki pa ne pokriva nujno vseh stroškov, ki so nastali posamezniku.¹¹

Prednost sistema *no-fault* je, da posamezniki prejmejo nadomestilo hitro in pravično (primerljivi zneski za primerljive poškodbe), poleg tega je sistem usmerjen k zagotavljanju varne zdravstvene oskrbe in ne k iskanju individualnih krivcev za nastalo škodo. S tem ko oškodovanci prejmejo nadomestilo od Komisije za nadomestilo škode, se odrečejo pravici vložitve tožbe za povračilo škode, do katere bi lahko bili upravičeni po zakonodaji.¹² Ena izmed posebnosti Nove Zelandije je namreč ta, da je od uveljavitve sistema *no-fault* prepovedano vložiti odškodninsko tožbo za poškodbe, katerih nadomestilo je zagotovljeno s shemo. Na tak način skuša država preprečiti, da bi oškodovanci dvakrat prejeli nadomestilo za pretrpljene poškodbe.¹³

Sistem *no-fault* na Novi Zelandiji je prešel tri faze razvoja. Prva faza obsega zgodnja leta, ko je bil sistem uveden (1974–1992), druga faza je sledila od leta 1992 do leta 2005, kot tretjo fazo pa lahko razumemo razvoj oziroma zdajšnje stanje sistema, torej od leta 2005.¹⁴

2.1. Prva faza razvoja (1974–1992)

Sistem *no-fault* je na Novi Zelandiji zaživel že leta 1974 in z njegovo uveljavitvijo se je država odmaknila od ene temeljnih predpostavk odškodninske odgovornosti, to je krivda. Glavni cilj na novo uvedenega sistema je bilo zagotavljanje večje varnosti posameznikov, tako na medicinskem področju kot tudi na drugih področjih, kjer pogosto prihaja do poškodb. Zato se je ob vzpostavitvi sistema od Komisije za nadomestilo škode pričakovalo, da bo pomembno prispevala k spodbujanju varnosti, saj bo imela vpogled v vse nastale poškodbe, ki bodo uvrščene v ta sistem, in bo z delovanjem na tem področju lahko pomembno vplivala na stroške, ki jih bo imela z izplačevanjem nadomestil v okviru sistema *no-fault* v prihodnje. Kljub velikim pričakovanjem je imela Komisija za nadomestilo škode v prvih letih uvedbe sistema bolj malo

¹⁰ V prvi fazi razvoja sistema je bil uveljavljen enotni koncept poškodbe zaradi nesreče, vendar so ga kmalu zamenjale kategorije posameznih poškodb. Oliphant, 2009, str. 4.

¹¹ Prav tam, str. 3–5.

¹² Herring, str. 70–73, Bismark, Paterson, str. 278–283, Oliphant, 2009, str. 1–19, Stauch, str. 133–135, in spletna stran Komisije za nadomestilo škode, <www.acc.co.nz/index.htm> (10. 3. 2017).

¹³ V res izjemnih primerih je poleg prejetega nadomestila mogoče prejeti tudi odškodnino na podlagi vložene tožbe, vendar le v primerih res izjemno velike škode, ki je bila povzročena namenoma.

¹⁴ Oliphant, 2009, str. 1–2.

uspeha na področju spodbujanja varnosti, njeno delovanje je bilo usmerjeno le k izplačevanju nadomestil.¹⁵

Glavni poudarki prvotnega besedila zakona *Accident Compensation Act* so bili promocija varnosti, zagotavljanje in promoviranje rehabilitacije tistih posameznikov, ki so utrpeli poškodbo zaradi nesreče, ki je z zakonom umeščena v odškodninsko shemo, in skrb za ustrezno nadomestilo poškodovanim osebam ali njihovim družinskim članom. V primerih, ko je poškodba ustrezala zakonskim kriterijem za nadomestilo, je bilo obvezno, da je posameznik zahteval nadomestilo po tej shemi, in ni imel možnosti vložiti odškodninske tožbe.¹⁶

Čeprav je sistem že od vsega začetka omogočal izplačilo nadomestil za zdravstvene nesreče, kriteriji upravičenosti za nadomestilo v okviru teh nesreč niso bili izrecno definirani do spremembe zakona leta 1992. V praksi se je zato uvedlo razlikovanje med dvema kategorijama zdravstvene nesreče: »zdravniška napaka« (*medical error*), če je bilo zdravljenje neustrezno, in »nesreča pri zdravljenju« (*medical mishap*), če je med zdravljenjem prišlo do redkih neželenih učinkov.¹⁷

Zgodovinsko gledano so poškodbe, nastale med zdravljenjem, zajemale 0,05 odstotka vseh zahtevkov, ki so bili vloženi na Komisijo za nadomestilo škode. V skladu z zakonodajo iz leta 1972 so poškodbe, ki so bile posledica nesreče, zajemale zdravstvene, kirurške in zobozdravstvene nesreče pri zdravljenju ter nesreče, povezane s prvo pomočjo. Zahteve zoper zdravnike so bile zelo redke in tudi zdravniki sami niso vedeli, do kam sega odgovornost za njihova dejanja.¹⁸

Leta 1982 je sledila sprememba zakona *Accident Compensation Act*, ki je uvedla plačevanje sistema *no-fault* izključno po sistemu *pay-as-you-go*.¹⁹ Takšen sistem plačevanja je veljal do leta 1999, ko je vlada uvedla sistem *fully funded*, kar pomeni, da na podlagi dajatev Komisija za nadomestilo škode vsako dajatveno leto pridobi dovolj sredstev, da lahko financira celotne stroške vsakega posameznega zahtevka.

2.2. Druga faza razvoja (1992–2005)

Leta 1992 je vlada zavzela pomembno drugačen pristop k preprečevanju poškodb, in sicer je uvedla pristop, ki je temeljil na zavarovanju, in se s tem odmaknila od družbene odgovornosti k individualni odgovornosti. Sprejela je zakon *The Accident Rehabilitation and Compensa-*

¹⁵ Bismark, Paterson, str. 278–283, Oliphant, 2009, str. 1–19, in Stauch, str. 133–135.

¹⁶ Todd, str. 1172.

¹⁷ Oliphant, 2009, str. 5–7.

¹⁸ Bismark, Paterson, str. 279.

¹⁹ Sistem sprotnega prispevnega kritja.

tion Insurance Act,²⁰ katerega glavni cilj je bil odpraviti enotni koncept »poškodbe zaradi nesreče« in uvesti posamezne kategorije poškodb. Ena izmed novih kategorij v okviru poškodbe zaradi nesreče je bila tudi zdravstvena nesreča (*medical misadventure*), ki je bila povsem na novo definirana, pri čemer sta bila upoštevana oba vidika zdravstvene nesreče (zdravniška napaka in nesreča pri zdravljenju), kot sta bila uporabljena v praksi Komisije za nadomestilo škode v minulih letih. Nov zakon je uvedel zelo restriktivno definicijo zdravstvene nesreče, zaradi česar se je zelo omejil dostop do nadomestil iz sheme, kar je vodilo v večjo možnost vlaganja odškodninskih tožb.²¹

Reforma leta 1992 je v sistem *no-fault* znova uvedla krivdo (*medical error*) in Komisija za nadomestilo škode je bila dolžna poročati o vseh odkritjih zdravniških napak Zdravniški zbornici (Medical Council of New Zealand), kar je pomenilo večjo možnost disciplinskega ukrepanja zoper zdravnike.²² Definicija zdravniške napake je po novem pomenila nesposobnost registriranega zdravnika zagotoviti ustrezen standard skrbnosti in usposobljenosti, ki se utemeljeno pričakuje v okoliščinah, v katerih je potekalo zdravljenje. Do reforme leta 2002 ni bilo mogoče pripisati odgovornosti za zdravniško napako zdravstveni ustanovi, zato je bilo vse usmerjeno k individualni napaki zdravnika, kar je bilo, kot že omenjeno, povezano tudi z disciplinskimi sankcijami. Navedeno je zato povzročilo precejšnje zamike pri izplačilu nadomestil, saj so se zdravniki zaradi pretečih sankcij izogibali odprti komunikaciji in so izpodbijali najdene oziroma očitane napake.²³

Nesreča pri zdravljenju je bila definirana kot redka (pojavi se v manj kot enem odstotku primerov) in zelo resna (smrt, invalidnost ali podaljšana hospitalizacija) posledica zdravljenja, ki je sicer bilo ustrezno izvedeno. Čeprav je takšna opredelitev pojma nesreče pri zdravljenju omogočila izplačilo nadomestila tudi za poškodbe, ki so nastale brez krivde zdravnika, je bila tarča mnogih kritik. Opredelitev pojma je bila namreč zelo stroga in nedoločna in je omogočila arbitrarno izplačevanje nadomestil.²⁴

2.3. Tretja faza razvoja (od leta 2005)

V tretji fazi razvoja je prišlo do zamenjave pojma zdravstvena nesreča s pojmom »poškodba pri zdravljenju« (*treatment injury*), in to zaradi spoznanja, da je prejšnja razlaga zdravstvene nesreče v praksi povzročala veliko zmede in arbitrarnosti pri njenem upoštevanju in da

²⁰ Glej <www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/aca19921992n6311/> (10. 3. 2017).

²¹ Wallis, str. 34.

²² Prav tam.

²³ Oliphant, 2009, str. 7–9, in Bismark, Paterson, str. 279.

²⁴ Oliphant, 2009, str. 8, in Bismark, Paterson, str. 279–280.



preobremenjenost z individualno odgovornostjo lahko pomembno vpliva na varnost pacientov. Reforma leta 2005 je zato odpravila prej ugotovljene pomanjkljivosti pojma nesreče pri zdravljenju in razširila kriterije upravičenosti do izplačila nadomestil po shemi na vse poškodbe pri zdravljenju (*treatment injury*), ne glede na napako pri zdravljenju ali obstoj resne in zelo redke posledice zdravljenja.²⁵

Nova Zelandija se je tako znova odmaknila od ugotavljanja krivde pri povzročitvah poškodb in s tem od individualne odgovornosti ter spet prešla na družbeno odgovornost. Ta sprememba je omogočila, da so zdaj do nadomestila upravičeni vsi, ki so utrpeli poškodbe med zdravljenjem zaradi zdravstvenih delavcev.²⁶ Kljub temu se še vedno zahteva povezava med zdravljenjem in poškodbo, kar pomeni, da poškodbe, ki so neposredno povezane z zdravljenjem ali so običajna posledica zdravljenja (na primer izguba las med kemoterapijo), niso pokrite z nadomestili.²⁷

Accident Compensation Act²⁸ definira poškodbo pri zdravljenju kot fizično poškodbo, ki je nastala kot posledica zdravljenja s strani registriranega zdravstvenega delavca. Zdravljenje v tem pomenu obsega tako postavljanje diagnoze, opazovanje, izvajanje preiskav, dajanje nasvetov kot tudi dejansko zdravljenje. Do nadomestila so upravičeni tisti, ki so zaradi zdravljenja, ki ga je izvedel registrirani zdravnik, utrpeli določeno škodo; vzrok za nastalo škodo je bilo to zdravljenje, ne morda njihovo predhodno zdravstveno stanje ali kaj drugega. Komisija za nadomestilo škode poskrbi za stroške zdravljenja, nadomestilo plače, potrebno pomoč (na primer varstvo otrok) in za drugo asistenco.²⁹

Sistem *no-fault* se financira z dajatvami na področjih, kjer se dogajajo nesreče, ter iz splošnih obdavčitev. Dajatve se danes vplačujejo na štiri račune: (1) delavski račun (poškodbe na delu za zaposlene, samozaposlene), (2) račun za motorna vozila (poškodbe, povzročene z motornimi vozili), (3) prejemnikov račun (poškodbe zunaj dela) in (4) račun za poškodbe pri zdravljenju (poškodbe, povzročene pri zdravljenju).³⁰

²⁵ Wallis, str. 34.

²⁶ Po zakonu Accident Compensation Act so to zdravniki, kiropraktiki, zobozdravniki, zdravstveni tehniki, babice, medicinske sestre, lekarniški delavci in drugi zdravstveni delavci.

²⁷ Oliphant, 2009, str. 9–13, in Bismark, Paterson, str. 280.

²⁸ Glej <www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0049/latest/DLM99494.html> (10. 3. 2017).

²⁹ Oliphant, 2009, str. 10–11.

³⁰ Glej <www.acc.co.nz/about-acc/overview-of-acc/how-were-funded/> (14. 3. 2017).



2.4. Sklep

Novozelandska shema deluje po principu *no-fault*, torej brez krivde. Do nadomestila iz sheme je zato posameznik upravičen tudi v primerih, ko je poškodba posledica popolnih naključij, in v primerih, ko je posameznik sam kriv za nastalo poškodbo.^{31, 32} Cilj sheme je zagotoviti realno nadomestilo (v nasprotju s popolnim) za nastalo škodo in pokriva tako premoženjsko kot tudi nepremoženjsko škodo (tedensko denarno nadomestilo v višini 80 odstotkov dohodkov pred nesrečo; enkratno pavšalno nadomestilo za nepremoženjsko škodo, nastalo zaradi trajne invalidnosti v višini 10 odstotkov ali več, ter plačilo zdravstvenih stroškov in stroškov rehabilitacije).³³

Kritiki sistema *no-fault* opozarjajo, da sistem ni v celoti pravičen. Čeprav je število tistih, ki so upravičeni do nadomestila za pretrpljene zdravstvene poškodbe, večje, kot če bi bil še vedno v veljavi odškodninski sistem, so iz njega še vedno izključeni tisti posamezniki, ki lahko utrpijo enake poškodbe, vendar njihovih poškodb ne moremo uvrstiti pod pojem »poškodba pri zdravljenju«. ³⁴ Prav tako v večini primerov do nadomestila niso upravičeni posamezniki, katerih poškodbe so posledica bolezni.³⁵ Dodatna pomanjkljivost sistema je v tem, da so nadomestila precej nižja od tistih, ki bi si jih pacient lahko obetal v primeru uspešne odškodninske tožbe.³⁶

3. Evropske države

Zgledu Nove Zelandije so skušale slediti tudi nekatere evropske države. Prva evropska država, ki je uvedla poseben odškodninski sistem, je bila Švedska. Švedska je leta 1975 uvedla sistem *no-fault*, ki temelji na zavarovalniškem modelu. Švedski so sledile tudi druge skandinavske države, in sicer leta 1984 Finska, leta 1988 Norveška in leta 1992 Danska.

Poleg teh držav tudi nekatere druge evropske države poznajo posebne odškodninske sisteme, vendar so ti urejeni le za posebne, vnaprej določene primere poškodb med zdravljenjem. Tako je bil v Franciji leta 2002 uveden sistem *no-fault* glede nadomestil za primere poškodb med zdravljenjem, ko je zdravljenje potekalo v skladu s profesionalnimi standardi ravnanja.

³¹ Do nadomestila ni upravičen posameznik, ki se je poškodoval med poskusom storitve samomora.

³² Oliphant, 2006.

³³ Prav tam.

³⁴ Bismark, Paterson, str. 282.

³⁵ Oliphant, 2006.

³⁶ Bismark, Paterson, str. 282.

Avstrija pa je leta 2001 omogočila ustanovitev posebnih odškodninskih skladov, iz katerih se financirajo določene vrste poškodb, nastale med zdravljenjem.

V nadaljevanju podrobneje obravnavam švedsko ureditev, na koncu pa bom na kratko opisala kako deluje sistem *no-fault* v Franciji in Avstriji.

3.1. Švedska

Švedski sistem *no-fault* izplačevanja nadomestil za poškodbe, nastale med zdravljenjem, temelji na zavarovalniškem pristopu. Ideja, ki stoji za to odločitvijo, je, da za kritje nadomestil za nastalo škodo ne bi smeli obremeniti davkoplačevalca, ampak naj stroške nadomestil krije zavarovanje tistih, ki izvajajo dejavnosti, ki veljajo za rizične. Med te dejavnosti spada tudi zdravstvena dejavnost.³⁷

Kljub možnosti oškodovancev, da zahtevajo izplačilo nadomestila iz obveznega zavarovanja zdravstvenega izvajalca, pa še vedno obstaja možnost odškodninske tožbe.³⁸ Zakon (*Patient Injury Act*) določa obvezno zavarovanje tako zasebnikov kot javnih zdravstvenih delavcev, kar pomeni, da je škoda, nastala kot posledica zdravljenja, krita z obveznim zavarovanjem. Nadomestilo za nastalo škodo je izračunano v takšni višini, kot bi ga določilo sodišče.³⁹

Sistem zavarovanja pacientov za poškodbe, povezane z zdravljenjem, ki ga je Švedska uvedla že leta 1975, je prvotno temeljil na prostovoljnem zavarovanju, v skladu s katerim pacientom, ki so med zdravljenjem utrpeli škodo, ni bilo treba več vlagati tožb, da bi prejeli pravično odškodnino, ampak so se lahko obrnili neposredno na zavarovalnico. Sistem je temeljil na prostovoljnem zavarovanju javnih in zasebnih izvajalcev zdravstvenih storitev, izplačilo nadomestil poškodovanim pacientom pa je bilo zagotovljeno prek konzorcija zavarovalnic, ki so ga ustanovile bolnišnice. Razlog za uvedbo posebnega odškodninskega sistema je temeljil na domnevi, da je pacientom, ki so utrpeli določeno škodo, težko dokazati škodo pred sodiščem v odškodninski tožbi, prav tako so ti postopki dragi in dolgotrajni. Z uvedbo sistema so skušali čim učinkoviteje poskrbeti za nadomestila poškodovanim pacientom, medtem ko disciplinsko kaznovanje zdravstvenih delavcev s tem sistemom ni bilo predvideno.⁴⁰

³⁷ Ulfbeck in dr., str. 112.

³⁸ Kljub tej možnosti to uporablja le malo oškodovancev. V večini primerov so odškodninske tožbe vložene v primerih poškodb, ki niso krite iz obveznega zavarovanja odgovornosti izvajalca zdravstvene dejavnosti. Ulfbeck in dr., str. 116.

³⁹ Prav tam, str. 114–116; Mielnicki, Schultz, str. 528.

⁴⁰ Johansson, str. 88–90, Hellbacher in dr., str. 7–8, Mello in dr., str. 3, Fortuna, str. 48, Report on Medical Liability, str. 16 in Stauch, str. 135–136.

Leta 1995 je prišlo do prvih sprememb sistema, in sicer je Družba za vzajemno zavarovanje (*Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag*) v lasti regionalnih bolnišnic začela z zavarovanjem vseh javnih bolnišnic in javnih zdravstvenih izvajalcev, prav tako so se prek nje zavarovali tudi zasebni zdravstveni izvajalci, ki so imeli sklenjeno pogodbo z vlado.⁴¹

Naslednja sprememba je sledila leta 1997, ko je začel veljati zakon Patient Injury Act, ki je določil, da so vsi zdravstveni izvajalci (tako javni kot zasebni) dolžni poskrbeti za zavarovanje odgovornosti, večinoma se to zgodi prek Družbe za vzajemno zavarovanje. Zavarovalnica, pri kateri je zdravstveni izvajalec zavarovan, nato poskrbi za izplačilo nadomestil tistim pacientom, ki so utrpeli škodo, pri čemer ta ustreza kriterijem za izplačilo nadomestil. Ker nekateri zdravstveni delavci ne izpolnjujejo zahtev glede obveznega zavarovanja, so zavarovalnice ustanovile Združenje za zavarovanje pacientov (*Patient Insurance Association, Patientförsäkringsföreningen*), ki poskrbi za izplačilo nadomestil tistim oškodovanim pacientom, ki so se zdravili pri zdravstvenih izvajalcih, ki niso bili zavarovani. Zavarovalnica lahko v določenih primerih zahteva povračilo odškodnine od zdravnika, in sicer če je zdravnik pacientu povzročil škodo namenoma ali iz hude malomarnosti.⁴²

V okviru Združenja za zavarovanje pacientov deluje tudi Odbor za pritožbe pacientov (*Patient Claims Panel*), na katerega se lahko pacienti pritožijo, če niso zadovoljni z odločitvijo zavarovalnice glede nadomestila. Pritožbo lahko vložijo vsi oškodovani pacienti ne glede na to, ali je bil zdravstveni izvajalec zavarovan ali ne. Odbor izdaja neobvezujoča mnenja v zadevah, ki so napotena pred odbor s strani pacienta, izvajalca zdravstvenih storitev ali zavarovalnice. Čeprav so njegova mnenja zgolj neobvezujoča, zavarovalnica v veliki večini primerov sledi njegovemu mnenju. Temeljna naloga odbora je zagotoviti pravično in enotno prakso na podlagi zakona Patient Injury Act. Odbor je sestavljen iz predsednika, ki mora biti (ali pa je bil) sodnik, in šestih članov. Trije člani odbora zastopajo interese pacientov, preostali trije člani pa so strokovnjaki vsak na svojem področju (na področju medicinske stroke, področju zavarovanja pacientov in na področju švedskega zdravstvenega sistema).⁴³

V skladu z zakonom Patient Injury Act so do nadomestila upravičeni pacienti s poškodbami, za katere je izkazano, da med poškodbo in zdravljenjem obstoji vzročna zveza in da bi se lahko poškodbi pacienta izognili, pri tem pa zajema tako telesne poškodbe kot duševne bolečine. Patient Injury Act določa, da se pri ugotavljanju, ali bi se bilo poškodbi pacienta, pri pregledu, zdravljenju oziroma drugih dejavnostih v postopki zdravljenja mogoče izogniti, uporabi standard izkušenega specialista oziroma drugega izkušenega zdravnika na posameznem po-

⁴¹ Mello in dr., str. 3.

⁴² Mielnicki in dr., str. 528.

⁴³ Johansson, str. 88–89.

dročju.⁴⁴ Uporaba tega standarda pomeni, da je oškodovanec upravičen do nadomestila za poškodbo, ki je nastala med zdravljenjem, če bi izkušeni specialist v istih okoliščinah ravnal drugače in se tako izognil nastanku poškodbe.⁴⁵

Zakon določa šest kategorij poškodb, nastalih med postopkom zdravljenja, ob nastanku katerih ima pacient pravico do odškodnine. Teh šest kategorij poškodb je povezanih z zdravljenjem, materialom, diagnozo, infekcijami, nesrečami in zdravili.⁴⁶ Do nadomestila niso upravičeni tisti, ki so poškodbo utrpeli med obravnavo v nujnih stanjih, ko ni mogoče vedno dosledno upoštevati strokovnih smernic nudenja pomoči, ter v primerih, ko je poškodba nastala zunaj določenih kategorij poškodb. Zakon določa ohlapnejša pravila v zvezi z dokaznim bremenom, in sicer določa, da mora biti poškodba zgolj verjetna posledica enega od naštetih dejanj oziroma opustitve dejanj.⁴⁷

V primeru poškodb zaradi napak na medicinski opremi zakon vzpostavlja objektivno odgovornost. Pacient, ki je utrpel škodo zaradi napak v delovanju medicinske opreme, je upravičen do nadomestila za nastalo škodo. Pri tem ni pomemben vzrok nedelovanja medicinske opreme.⁴⁸ Nadalje zakon vzpostavlja pravilo alternativnega načina zdravljenja. Zakon določa, da je pacient upravičen do nadomestila, če bi bilo z izbiro alternativnega načina zdravljenja, ki je prav tako uspešno za zdravljenje oškodovančeve bolezni, mogoče preprečiti nastanek poškodbe. Pri tem zakon zahteva, da je alternativni način zdravljenja obstajal že v času zdravljenja pacienta, in četudi obravnavani zdravnik ni usposobljen za izvajanje takšnega načina zdravljenja, zakon zahteva, da bi moral zdravnik pacienta ustrezno usmeriti.⁴⁹

Večina nadomestil je izplačanih za telesne poškodbe, zelo malo pa za duševne bolečine. Nadomestilo zajema tako premoženjsko (zmanjšanje premoženja in stroški, povezani s poškodbo) kot tudi nepremoženjsko škodo (bolečine in trpljenje, invalidnost in izmaličenje ter neprijetnosti). V primeru smrti pacienta lahko nadomestilo zajema tudi stroške pogreba, izgubo preživljanja in duševne bolečine, povezane z izgubo bližnjega.⁵⁰

Varnost pacientov je pomemben del švedskega zdravstvenega sistema. Patient Injury Act, ki ne določa disciplinskih sankcij zoper zdravstveno osebje, omogoča pacientom, ki so utrpeli poškodbe, ki bi se jim bilo mogoče izogniti, nadomestilo brez izpostavljanja nepotrebnim in

⁴⁴ Prav tam.

⁴⁵ Ulfbeck in dr., str. 117.

⁴⁶ Za poškodbe, povezane z zdravili, je nadomestilo upravičeno le, če je poškodba povezana s predpisovanjem zdravila ali če je nastala zaradi administrativne napake.

⁴⁷ Johansson, str. 88, in Mielnicki in dr., str. 532–533.

⁴⁸ Ulfbeck in dr., str. 118.

⁴⁹ Prav tam, str. 119–120.

⁵⁰ Johansson, str. 89.

pogosto visokim sodnim stroškom. Sistem namreč omogoča, da pacientom, ki menijo, da jim je bila povzročena škoda, ni treba dokazovati strokovne napake zdravnika ali malomarnosti med zdravljenjem zato, da bi bili upravičeni do nadomestila. Na tak način pacienti tudi lažje razumejo, da se poškodbe med zdravljenjem lahko zgodijo tudi brez napak zdravnikov ali drugega zdravstvenega osebja, zdravniki pa se lažje posvečajo zdravljenju pacientov in ne razmišljajo o odškodninski odgovornosti. Kljub možnosti nadomestila v skladu z zakonom Patient Injury Act se lahko pacienti namesto tega odločijo vložiti odškodninsko tožbo zoper izvajalca zdravstvene dejavnosti.^{51,52} Kot negativni vidik švedskega sistema zagotavljanja nadomestil za poškodbe med zdravljenjem sta poudarjena prevelika usmerjenost k zagotavljanju nadomestil poškodovanim pacientom in s tem zanemarjanje vidika preventive, torej zagotoviti sistem, v katerem se ne bi dogajale napake.⁵³ To bi lahko storili na način, da bi se o napakah opozarjalo, se na njih učilo in na tak način zagotavljalo varnejšo zdravstveno oskrbo.

3.2. Francija

Francija je leta 2002 uvedla poseben odškodninski sistem za primere, ko nastane škoda na zdravju pacienta, čeprav je postopek zdravljenja potekal v skladu s predpisanimi poklicnimi standardi ravnanja. Za te primere je bil ustanovljen poseben odškodninski sklad, ki zagotavlja izplačilo nadomestil za te primere in temelji na nacionalni solidarnosti.⁵⁴ Razlogi za uvedbo posebnega odškodninskega sistema so bili med drugim v razvoju medicine kot stroke, ki je skupaj s svojim napredkom prinesla dodatne nevarnosti, katerim so izpostavljeni pacienti. Zaradi teh dodatnih tveganj so tudi zavarovalnine postajale čedalje višje. Sprejet je bil dogovor o razdelitvi finančnega bremena za izplačilo nadomestil za poškodbe med zdravljenjem na način, da naj zdravniki odgovarjajo zgolj za škodo, ki so jo povzročili, za druge poškodbe, ki so nastale med zdravljenjem in za nastanek katerih ni mogoče dokazati krivde zdravnika, pa se naj nadomestila krijejo iz javnih sredstev, v imenu nacionalne solidarnosti.⁵⁵

Primeri, ko je pacient upravičen do nadomestila iz tega posebnega sklada, so zelo omejeni. Do nadomestil so upravičeni primeri, ko je škoda na zdravju pacienta nastala zaradi (1) nesrečnih

⁵¹ Prav tam.

⁵² Enako je urejeno na Finskem in Norveškem. Na Danskem je določeno, da so pravila odškodninske odgovornosti izključena, če ima pacient možnost zahtevati nadomestilo prek zavarovalniške sheme. Navedeno pa ne velja za primere odgovornosti za izdelke, v teh primerih ima oškodovanec možnost neposredne tožbe zoper proizvajalca. Ulfbeck in dr., str. 116.

⁵³ Ulfbeck in dr., str. 129.

⁵⁴ Helleringer, str. 1125.

⁵⁵ Thouvenin, str. 166–167.

naključij med zdravljenjem, (2) bolnišničnih okužb in (3) okužb med transfuzijo krvi (okužba z virusom HIV in hepatitisom C).⁵⁶

Do nadomestil v naštetih primerih so pacienti upravičeni le v primeru, ko ni mogoče zdravniku pripisati odgovornosti za nastalo škodo, pri čemer zakon določa dodatne pogoje za upravičenost do nadomestila (določena stopnja intenzivnosti poškodbe).⁵⁷ Izjema so okužbe med transfuzijo krvi, za katere velja, da je pacient upravičen do nadomestila tudi v primeru, ko lahko odgovornost za nastalo škodo pripišemo zdravniku ali zdravstvenemu osebju.⁵⁸

3.3. Avstrija

Leta 2001 je bil sprejet zvezni zakon, Krankenanstalte und Kuranstaltengesetz (KAKuG),⁵⁹ ki je določil temelje za ustanovitev posebnih odškodninskih skladov za bolnišnice (*Patientenschädigungsfonds*). Ti skladi se financirajo s prispevki pacientov, ki se zdravijo v javnih bolnišnicah. Zvezne dežele so ustanovile posebne odškodninske sklade za paciente, ki so med postopkom zdravljenja utrpeli materialno ali nematerialno škodo. Namen teh odškodninskih skladov ni nadomestiti klasičnega sistema ugotavljanja odškodninske odgovornosti, ampak pomagati v primerih, ko je težko dokazati krivdo, je pa jasno, da je do škode prišlo, in v primerih nastanka zelo oddaljenih posledic, čeprav je bil pacient o možnosti njihovega nastanka opozorjen. Višina izplačanih zneskov je omejena in odvisna od vsake zvezne dežele posebej.⁶⁰ Kljub možnosti izplačil nadomestil iz posebnih odškodninskih skladov, imajo oškodovani pacienti še vedno možnost vložiti odškodninsko tožbo.⁶¹

Poleg navedenih odškodninskih skladov pozna Avstrija še dve vrsti posebnih odškodninskih skladov. Prvi je solidarnostni sklad Zdravniške zbornice, iz katerega se financirajo odškodninski zahtevki pacientov, ki so utrpeli škodo pri zasebnikih, v drugo skupino posebnih odškodninskih skladov pa spadajo skladi za nadomestila škode, nastale zaradi okužbe z virusom HIV in hepatitisom C.⁶²

⁵⁶ Prav tam, str. 1126–1130.

⁵⁷ Nastati mora pomembna škoda na zdravju pacienta (najmanj 25-odstotna invalidnost). Helleringer, str. 1126–1130.

⁵⁸ Prav tam, str. 1130–1131.

⁵⁹ Glej <www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010285> (10. 3. 2017).

⁶⁰ Koch, Medical Malpractice in Austria; str. 1051.

⁶¹ Koch, Medical Liability in Austria; str. 30–31.

⁶² Koch, Medical Liability in Austria; str. 32.

3.4. Povzetek

V Franciji in Avstriji sta predstavljena posebna odškodninska sistema namenjena zgolj ozkemu segmentu poškodb, nastalih v postopku zdravljenja, in sicer za primere, ko pravila o odškodninski odgovornosti ne omogočajo izplačila odškodnine ali pa je to zelo oteženo, je pa jasno, da je škoda nastala. V nasprotju s tema dvema državama je Švedska uvedla poseben odškodninski sistem, ki velja za vse poškodbe nastale med zdravljenjem, ki ustrezajo vnaprej določenim kriterijem, deluje pa po principu brez krivde. Vsi trije posebni odškodninski sistemi še vedno dajejo pacientu možnost, da se odloči za vložitev odškodninske tožbe. Prav tako za vse tri sisteme velja, da mora pacient dokazati, da je poslabšanje njegovega zdravstvenega stanja posledica zdravljenja. Ko je enkrat ta povezava vzpostavljena, ni treba več ugotavljati ravnanj zdravnika. Prav tako se za upravičenost do odškodnine zahteva, da je prišlo do izjemnega stranskega učinka zdravljenja, kar pomeni, da pacienti, katerih trenutno zdravstveno stanje pomeni naravno posledico bolezni ali neizogiben rezultat zdravljenja, niso upravičeni do izplačila odškodnine.⁶³

4. Sklep

Optimalni odškodninski sistemi na področju zdravstva delujejo tako, da na eni strani zagotavljajo varno zdravstveno oskrbo, torej delujejo preventivno na področju poškodb med zdravljenjem, na drugi strani pa učinkovito zagotavljajo nadomestila v primerih, ko je do teh poškodb prišlo. Da se dosežeta ta dva cilja, je treba zagotoviti več nujnih elementov. Kot prvo mora odškodninski sistem spodbujati zdravnike in drugo zdravstveno osebje, da poročajo o napakah, še posebej o tistih, katerih posledica je škoda na zdravju pacienta. Kot drugo se od sistema pričakuje, da bodo zdravstveni delavci delovali v smeri kakovostne in varne zdravstvene oskrbe. Kot tretji element so poudarjeni učinkoviti mehanizmi sankcioniranja tistih zdravnikov, ki bi škodo povzročili namenoma ali iz hude malomarnosti ali zaradi lastne nesposobnosti. Nadalje bi moral biti odškodninski sistem zastavljen tako, da bi spodbujal pošten in odprt odnos med pacientom in zdravnikom. Kot zadnji element optimalnega odškodninskega sistema pa je poudarjeno, da mora imeti pacient v primerih, ko je to upravičeno, pravico do nadomestila, ki mu mora biti izplačano hitro, biti mora pravično, ustrezno in vnaprej predvidljivo.⁶⁴

Tako Nova Zelandija kot Švedska skušata s svojima sistemoma zagotoviti hitro in pravično nadomestilo za škodo, ki je nastala pacientom. To je bil tudi eden od glavnih razlogov za

⁶³ Koch, *Medical Liability in Europe*; str. 650–653.

⁶⁴ Studdert in dr., str. 219.



uvvedbo posebnih odškodninskih sistemov, saj so odškodninski postopki večinoma zelo dolgotrajni in zahtevni za dokazovanje. Kot pomemben element je v obeh državah poudarjena varna zdravstvena oskrba, saj se skuša zagotoviti poročanje o zdravstvenih napakah, kar naj bi pripomoglo k večji varnosti pacientov, hkrati pa se spodbuja odprta komunikacija med zdravniki in pacienti. Ker zdravniki niso obremenjeni z dejstvom, da se bo v sodnih postopkih ugotavljala njihova odgovornost, se ne zatekajo k defenzivni medicini in so lahko bolj »sproščeni« pri zdravljenju posameznega pacienta. V vseh predstavljenih državah se s posebnimi odškodninskimi skladi skuša zagotoviti pravično nadomestilo pacientom, ki so med zdravljenjem utrpeli škodo, razlika je le v dostopu do teh sredstev. Na Novi Zelandiji in na Švedskem je to primarni način za izplačilo nadomestil oškodovanim pacientom, v Franciji in Avstriji pa velja le za izjemne primere, ko ni pričakovati, da bo pacientu uspelo v odškodninskem sporu.

Menim, da bi bilo tudi v Sloveniji smiselno razmisliti o alternativnem načinu ugotavljanja odškodninske odgovornosti zdravnikov, saj so odškodninski spori dolgotrajni, dokazovanje odškodninske odgovornosti zdravnika je težavno, in zato so tudi končni izidi sporov negotovi. Pri vzpostavitvi oziroma nadgraditvi obstoječega odškodninskega sistema bi morali delovati v smeri preprečevanja nastanka zdravstvenih napak, kar pomeni predvsem dosledno poročanje o napakah, še posebej o tistih, ki povzročijo škodo na zdravju pacientov. Le na tak način se bodo lahko napake v prihodnje zmanjšale in bo s tem zdravstvena oskrba postala varnejša. Naslednji korak je omogočiti zdravnikom delovno okolje, v katerem bodo lahko delovali strokovno in odgovorno, brez strahu pred morebitnimi odškodninskimi zahtevki. Če bo kljub vsem preventivnim ukrepom do zdravstvenih napak vseeno prišlo, je treba predvsem poskrbeti za hitro in pravično nadomestilo škode, ki je nastala pacientu. Pri tem bi lahko, po vzoru Švedske, gradili na sistemu obveznega poklicnega zavarovanja zdravnikov, ki je že zdaj določeno v Zakonu o zdravniški službi⁶⁵ Prav tako bi bilo treba v primerih hujših kršitev delovnih obveznosti zdravnikov poskrbeti za njihovo učinkovito sankcioniranje. Pri tem bi bilo smiselno prevetriti sistem ugotavljanja stanovske odgovornosti zdravnikov, ki ga izvajajo organi Zdravniške zbornice Slovenije.

⁶⁵ Ur. l. RS, št. 72/06 – UPB3, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF, 88/16 – ZdZPZD. Prvi odstavek 61. člena tega zakona določa, da mora biti zdravnik, ki dela neposredno z bolniki, zavarovan za odgovornost za škodo, ki bi lahko nastala pri njegovem delu. Zaposlenega zdravnika zavaruje delodajalec.

Literatura

- BISMARCK, Marie, PATERSON, Ron, No-Fault Compensation in New Zealand. *Health Affairs*, 2006, str. 278–283.
- FORTUNA, Marjan. Zavarovanje bolnikov, če strokovna napaka ni dokazana. *Isis*, 2004, let. 13, št. 10, str. 48.
- HELLBACHER, Ulf, ESPERSSON, Carl, JOHANSSON, Henry. *Patient injury compensation for healthcare-related injuries*. Visby: Eddy.se ab, 2007. Dostopno na: <http://www.vvm.gov.lv/images/userfiles/phoebe/ministrija_sabiedribas_lidzdaliba_ab75e1a-6c38b637dc22573d800293aaa/pacientu_apdrosin.pdf> (31. 1. 2016).
- HELLERINGER, Genevieve. Medical Malpractice and Compensation in France: Part II: Compensation Based on National Solidarity. *Chicago-Kent Law Review*, 2011, zv. 86, št. 3, str. 1125–1138.
- HERRING, Jonathan. *Medical law and medical ethics*, 1st edition. New York: Oxford University Press, 2006.
- JOHANSSON, Henry. The Swedish system for compensation of patient injuries. *Upsala Journal of Medical Sciences*, 2010, str. 88–90.
- KOCH, Bernhard A. Medical Liability in Austria. V: Koch, B. A. (ur.), *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, str. 1–59.
- KOCH, Bernhard A. Medical Malpractice in Austria. *Chicago-Kent Law Review*, 2011, zv. 88, št. 3, str. 1027–1052.
- KOCH, Bernhard A. Medical Liability in Europe: Comparative Analysis. V: Koch, B. A. (ur.), *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, str. 611–691.
- MELLO, Michelle M., KACHALIA, Allen, STUDDERT, David M. Administrative Compensation for Medical Injuries. *The Commonwealth Fund*, 11. 7. 2011, <http://www.commonwealthfund.org/~media/Files/Publications/Issue%20Brief/2011/Jul/1517_Mello_admin_compensation_med_injuries.pdf> (3. 11. 2017), str. 1–16.
- MIELNICKI, Philip, SCHULTZ, Marten. Medical Liability in Sweden. V: Koch, B. A. (ur.), *Medical Liability in Europe, A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, str. 525–546.
- OLIPHANT, Ken. *Accident Compensation in New Zealand*, 2006, <www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/05-12-2006_assurance/05-12-06_ken_oliphant-en.pdf> (13. 3. 2017).
- OLIPHANT, Ken, Compensation, Ideology and Patient Safety in New Zealand's No-Fault System. *Opinio Juris in Comparatione*, 2009, zv. 3, str. 1–19.
- POLAJNAR PAVČNIK, Ada, Temeljne pravice kot osebnostne pravice. V: Pavčnik, M., Polajnar Pavčnik, A., Wedam Lukić, D. (ur.), *Temeljne pravice*, Ljubljana: Cankarjeva založba, 1997 (Zbirka Pravna obzorja 7), str. 159.
- STAUCH, Marc. *The Law of Medical Negligence in England and Germany, A comparative Analysis*, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.



- STUDDERT, David M., BRENNAN, Troyen A. No-Fault Compensation for Medical Injuries, The Prospect for Error Prevention. *Health Law and Ethics*, Jama, 2001, let. 286, št. 2, str. 217–223.
- THOUVENIN, Dominique. French Medical Malpractice Compensation Since the Act of March 4, 2002: Liability Rules Combined with Indemnification Rules and Correlated with Several Kinds of Proceedings. *Drexel Law Review*, 2011, zv. 4, str. 165–197.
- TODD, Stephen. Treatment Injury in New Zealand. *Chicago-Kent Law Review*, 2011, zv. 86, št. 3, str. 1169–1216.
- ULFBECK, Vibe, HARTLEV, Mette, SCHULTZ, Marten. Malpractice in Scandinavia. *Chicago-Kent Law Review*, 2011, zv. 87, št. 1, str. 111–129.
- WALLIS, Katharine. New Zealand's 2005 »no-fault« compensation reforms and medical professional accountability for harm. *The New Zealand Medical Journal*, 2013, zv. 126, št. 1371, str. 33–44.



Pravni letopis 2017

Nomotehnika

III.

ALBIN IGLIČAR

Transparentnost sprejemanja občinskih predpisov

BEČIR KEČANOVIĆ

Uporabna etika in prostorska problematika

Strokovni članek
352:340.134(497.4)

Transparentnost sprejemanja občinskih predpisov

ALBIN IGLIČAR

dr. pravnih znanosti, zaslužni profesor
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Značilnosti lokalne skupnosti

V lokalni skupnosti zadovoljujemo predvsem potrebe, ki so skupne večini ljudi. Pri tem lahko omenimo najprej potrebe po stanovanju, prehrani in sploh osnovni preskrbi, ki je s tem povezana. Ob teh, fizioloških potrebah so na lokalno skupnost vezane še potrebe po varnosti. To so potrebe, ki jih občuti sicer manjši, vendar še vedno večinski del članov določene družbene skupnosti. Sem prištevamo potrebe po socialnem, zdravstvenem in otroškem varstvu, pa tudi potrebe po elementarni pravni in politični varnosti. Na prvem mestu in izhodiščno pa je za lokalno skupnost bistveno življenjsko okolje oziroma urejanje prostora in gospodarjenje z njim. Če sledimo klasifikaciji človeških potreb po Maslowu, je mogoče ugotoviti, da lokalna skupnost zelo pogosto pomeni tudi okvir za zadovoljitev človekove potrebe po pripadnosti. Ob družini, prijateljski skupini in podobnem je namreč za veliko ljudi pomembna tudi navezanost na določen kraj oziroma njegove prebivalce. Tako postane pripadnost nekemu kraju posebna vrednota, ki jo krepijo skupne navade, običaji, nazori in poznanstva.

Iz potreb, ki se porajajo v lokalni skupnosti, se razvijejo interesi. Ti so objektivno-subjektivni odraz potreb in položaja ljudi v določenih oblikah združevanja ljudi. Na oblikovanje interesov vplivata tudi sfera zavesti in z njo povezana ideologija. Zato so interesi pogosto označeni kot spoznane in politično izražene potrebe. Tako je mogoče reči, da potrebe pripadajo zasebni sferi civilne družbe, interesi pa so že sestavni del širše javnosti in (politične) države. Potrebe v interese »prevaja« človekova zavestna dejavnost. Velik del interesov začne svojo pot izražanja, usklajevanja in združevanja prav v lokalni skupnosti. Po drugi strani v lokalno skupnost sežejo že oblikovani interesi iz širše družbe. To velja tudi za področje prostora in komunalnega urejanja. Poleg osnovnih socialnih in kulturnih dejavnosti ljudi je namreč ozemlje (teritorij) oziroma fizični prostor konstitutivna sestavina temeljne lokalne skupnosti – občine.

Družbene procese izražanja, združevanja ter uveljavljanja interesov v enotah lokalne skupnosti institucionalizira najprej državni pravni sistem. Ta zadeva tako področje urejanja elementarnih družbenih odnosov kot tudi sfero oblasti oziroma upravljanja skupnih družbenih zadev. V okviru državnega pravnega sistema pa se številni družbeni odnosi, ki se vzpostavljajo v lokalni skupnosti, podrobneje pravno urejajo z avtonomnim (samoupravnim) pravom teh skupnosti samih.

Vsaka oblika združevanja ljudi ima neki notranji red, ki zagotavlja normalno delovanje skupnosti. Zato med temeljne naloge lokalne skupnosti oziroma občine kot njene osnovne oblike uvrščamo tudi pravno urejanje lokalnih zadev javnega pomena. Postavljanje splošnih pravnih pravil za vedenje in ravnanje prebivalcev občine zajema odnose, ki so značilni za povezovanje ljudi v (fizičnem) prostoru. To so zato predvsem področja urejanja prostora in varovanja okolja, določanje javnega reda in prekrškov zoper javni red, normiranje občinskega redarstva oziroma inšpekcijskega nadzorstva nad izvajanjem občinskih predpisov, določanje načina upravljanja občinskega premoženja in financiranja občine, urejanje lokalnih javnih služb od komunalnega prek požarnovarstvenega do pogrebne področja, urejanje lokalnega prometa, dopolnilne regulacije socialnovarstvenega področja, zlasti osebna pomoč na domu ter predšolske in osnovnošolske dejavnosti, določanje delovanja občinskih organov in neposrednega odločanja občanov. Za vsa ta področja delovanja lokalne skupnosti je državni zakon, tj. Zakon o lokalni samoupravi,¹ le splošni pravni okvir. V lokalni samoupravi je zato treba s predpisi dopolnjevati državne zakone ter originarno urejati področja izvirne pristojnosti lokalne skupnosti. Obe vrsti urejanja pa morata potekati transparentno, spoštujoč javnost delovanja organov, sodelovanje javnosti v sistemu posvetovalne (deliberativne) demokracije ter navajanje subjektov, ki so sodelovali pri pripravi predloga predpisa (zakonodajna sled).

Zato je uveljavitev zakonodajne sledi za lokalno samoupravo posebej pomembna na področjih, ki so za to obliko samouprave najbolj značilna. Poleg tega je zakonodajna sled pomemben kazalnik stopnje vključenosti občanov v upravljanje skupnih javnih zadev v lokalni skupnosti. Tega sodelovanja javnosti je še premalo tudi pri pripravi občinskih predpisov in je preslabo oziroma pomanjkljivo urejeno v statutih občin in poslovniških določbah občinskih svetov.² Te ugotovitve Ministrstva za javno upravo oziroma njegove Službe za lokalno samoupravo še bolj veljajo za doseganje transparentnosti normodajnih procesov v občinah pri normativnem in dejanskem uvajanju prvin zakonodajne sledi.

¹ Ur. l. RS, št. 72/93, in spremembe.

² Poročilo o izvedbi nadzora zakonitosti občinskih predpisov v letu 2015, Ministrstvo za javno upravo, Služba za lokalno samoupravo, objavljeno 5. 4. 2017, < http://www.mju.gov.si/si/lokalna_samouprava/ > (30. 10. 2017), str. 4.

2. Lobiranje in zakonodajna sled

Resolucija o normativni dejavnosti³ med pomembna načela normativne dejavnosti uvršča načelo transparentnosti, ki naj se uveljavlja tako pri državnih kot pri občinskih predpisih.⁴ To načelo »predpostavlja predstavljanje politike urejanja določenega področja čim širši javnosti, posebno pa ciljnim skupinam, na katere se nanaša«. ⁵ Ob sodelovanju javnosti pri pripravi predpisov ima pri uresničevanju te usmeritve ključno vlogo vzpostavitev tako imenovane zakonodajne sledi. Ta zagotavlja transparentnost pri podatkih o interesnih skupinah in njihovih lobistih, ki so vplivali na vsebino sprejetega zakona. Lobiranje kot metoda delovanja interesnih skupin oziroma civilne družbe v procesu sprejemanja zakonodaje je lahko dopolnitev demokracije tega procesa, če poteka v skladu s pravnimi in etičnimi pravili. Kadar pa lobisti in lobiranci ne spoštujejo pravnih in etičnih okvirov, se ta način udeležbe pri pripravi zakonov spremeni v grožnjo demokratični in pravni državi.

Pojem zakonodajna sled (*legislative footprint*) se je v Evropski uniji začel uveljavljati v prvem desetletju 21. stoletja. Izraz se navezuje na delovanje lobistov, ki v njenih institucijah vplivajo na vsebino zakonodajnih aktov in političnih odločitev. Njegov pomen je najbolj razviden v 3. točki Resolucije Evropskega parlamenta z dne 8. maja 2008 o pripravi okvira za dejavnosti zastopnikov interesov (lobistov) v institucijah Evropske unije,⁶ ki zakonodajno sled opredeljuje kot »okvirni seznam, priložen Poročilu Parlamenta, registriranih zastopnikov interesov, s katerimi so bila opravljena posvetovanja in so imeli vpliv pri pripravi poročila«. V resoluciji je izraženo tudi mnenje, »da je še posebej primerno, da se takšen seznam vključi v zakonodajna poročila«, ter »da je enako pomembno, da Komisija tako zakonodajno sled priloži svojim zakonodajnim pobudam«.

Poleg lobistov naj bi zakonodajna sled razkrivala tudi druge udeležence zakonodajnega procesa iz strokovne in splošne javnosti, vključno s člani delovnih skupin za pripravo določenega zakona. Omenjeni seznam bi zelo povečal transparentnost zakonodajnega procesa in omogočil vpogled v njegovo interesno ozadje.

S tega stališča so zelo pomembne zaveze Vlade RS v Programu ukrepov za preprečevanje korupcije, da bo »v gradivo oziroma uvod predloga kateregakoli zakona, ki ga bo posredova-

³ Ur. l. RS, št. 95/09.

⁴ Poleg načela transparentnosti navaja še načela poenostavitve, dostopnosti, določnosti, odgovornosti, sorazmernosti, samoomejevanja in potrebnosti.

⁵ V nadaljevanju je pri pojasnitvi načela transparentnosti v Resoluciji o normativni dejavnosti dodano: »... najavo, pripravo in sprejemanje predpisov po rednih zakonodajnih postopkih, ki omogočajo kakovostno seznanjanje ter odzive in vplive zainteresirane javnosti.«

⁶ UL C 271 E, z dne 12. 11. 2009.

la v Državni zbor, poleg informacij o sodelovanju javnosti ... pri pripravi predloga zakona, posredovala tudi druge pomembne podatke o morebitnih sodelavcih (notranja ali zunanja strokovna javnost, morebitne člane delovnih skupin, podatke o poslovnih subjektih ali fizičnih osebah na podlagi avtorskih pogodb ipd.), ki so sodelovali pri pripravi predloga predpisa, seznamu morebitnih lobistov ali zastopnikov organizacij, ki so se vključevali v pripravo predpisa v različnih fazah postopka do določitve besedila predpisa na Vladi.⁷

Temu cilju je namenjena tudi določba 8. člena Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ):⁸ »Ob objavi predloga predpisa ali splošnega akta za izvrševanje javnih pooblastil ... se z namenom zagotavljanja transparentnosti postopka sprejemanja akta posreduje v svetovni splet tudi osebno ime in naziv zunanjega strokovnjaka ali firmo in naslov pravne osebe, ki je sodelovala pri pripravi akta.«

Tudi Poslovnik Vlade RS⁹ za spremni dopis h gradivu vlade zahteva navedbo podatkov o osebah, ki so pri pripravi tega gradiva sodelovale kot zunanji strokovnjaki (četrti odstavek 8. člena). Podobno določbo najdemo v dopolnitvah Poslovnika Državnega zbora (PoDZ-1)¹⁰ iz leta 2017.¹¹

Nekatere prvine zakonodajne sledi je mogoče razbrati tudi iz določb vladnega poslovnika, da je k uvodu predloga zakona dodano tudi poročilo o sodelovanju javnosti v času javne razprave. Tudi pravila Poslovnika Državnega zbora (115. člen) kot sestavino uvoda k predlogu zakona zahtevajo prikaz sodelovanja javnosti pri pripravi zakonskega predloga, kar je spet del zakonodajne sledi.

Pomembne vidike zakonodajne sledi zagotavlja tudi zakonska ureditev lobiranja v Zakonu o integriteti in preprečevanju korupcije (ZIntPK).¹² Lobiranje je zakonita (legalna) in sprejemljiva (legitimna) dejavnost, ki dopolnjuje procese demokratičnega odločanja zakonodajne in izvršilne veje oblasti.¹³ Če politične stranke v sodobnem parlamentu uveljavljajo širše interese družbenih slojev in razredov, se za uveljavljanje ožjih interesov manjših skupin in organizacij

⁷ Program ukrepov Vlade, 2015–2016.

⁸ Ur. l. RS, št. 24/03, in spremembe.

⁹ Ur. l. RS, št. 102/15, in spremembe.

¹⁰ Ur. l. RS, št. 35/02.

¹¹ Ur. l. RS, št. 38/17. Tretji odstavek 115. člena kot sestavino uvoda predloga zakona določa tudi »podatek o zunanjem strokovnjaku oziroma pravni osebi, ki je sodelovala pri pripravi predloga zakona (osebno ime in naziv fizične osebe ali firma in naslov pravne osebe); znesek plačila, ki ga je oseba iz prejšnje alineje v ta namen prejela«.

¹² Ur. l. RS, št. 45/10, in spremembe.

¹³ Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije v 14. točki 4. člena pojasnjuje izraz lobiranje kot »delovanje lobistov, ki za interesne organizacije izvajajo nejavno vplivanje na odločanje državnih organov in organov lokalnih skupnosti ter nosilcev javnih pooblastil pri obravnavi in sprejemanju predpisov in drugih splošnih aktov, pa tudi na odločanje državnih organov ter uprav lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil o drugih zadevah razen tistih,

oblikujejo interesne skupine. Osnovna metoda delovanja interesnih skupin pa je lobiranje. V razmerju med civilno družbo in državo se z lobistično dejavnostjo dopolnjuje nabor interesov, ki tvorijo družbeno ozadje državnih odločitev. O posebnih vidikih lobiranja lahko govorimo tudi, kadar gre za nejavno vplivanje na (normativne) odločitve organov lokalne samouprave. Kljub temu ima lobiranje v javnem mnenju pogosto negativen prizvok. Od različnih koruptivnih dejanj in klientelističnih omrežij se razlikuje po pravno sprejemljivem delovanju in odkritosti (transparentnosti), saj se morajo lobistične aktivnosti razkriti v poročilih lobistov in lobiranih, javnih evidencah z registri lobistov ter pri poklicnem strokovnem delovanju pri zbiranju in posredovanju informacij ob sprejemanju predpisov in ob drugih odločevalskih procesih. Lobiranje kot vplivanje na odločevalce se pojavlja na vseh stopnjah pravodajnega procesa: v pripravljalnem delu oblikovanja osnutka predpisa, v samem postopku njegovega sprejemanja v pristojnem organu in v dejavnosti izvrševanja predpisa oziroma nadzora nad njegovim izvrševanjem.

Navedene prvine zakonodajne sledi še niso združene v enotnem dokumentu, ki bi strnjeno na enem mestu vseboval skupni seznam vseh subjektov, ki so javno ali lobistično vplivali na nastajanje predpisa, in bi bil sestavni del gradiva, ki spremlja predlog predpisa.¹⁴

Velik del zakonodajne sledi (še vedno pa ne celotna zakonodajna sled) bi bil torej razviden že, če bi bili evidentirani res vsi lobistični stiki v skladu z Zakonom o integriteti in preprečevanju korupcije. Ta lobista namreč zavezuje, da mora Komisiji za preprečevanje korupcije poročati o interesnih organizacijah, za katere je lobiral, navesti namen in cilje lobiranja, razkriti podatke o višini plačila ter navesti državne organe oziroma lobirance, pri katerih je lobiral, ter predpise, na vsebino katerih je želel vplivati (64. člen ZIntPK). Že v lobistovem poročilu so zajeti tudi podatki o lobirancu in načinu lobiranja ter drugi podatki, ki omogočajo razkritje lobističnega stika. Še pomembneje pa je, da mora tudi lobiranec o vsakem stiku z lobistom pripraviti zapis ter ga posredovati predstojniku in Komisiji za preprečevanje korupcije.¹⁵ Kadar je lobiranje zadevalo sprejem predpisov ali drugih splošnih aktov, je treba natančno navesti te predpise oziroma akte.

Zelo pogosto se izgubi sled za subjektom, ki je želel vplivati ali je vplival na vsebino splošnega akta, če je posameznik (ali interesna organizacija oziroma neformalna skupina) deloval na področju, ki se neposredno nanaša na sistemska vprašanja krepitve pravne države, demokracije in varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, saj takšno vplivanje na odločanje državnih

ki so predmet sodnih in upravnih postopkov ter postopkov izvedenih po predpisih, ki urejajo javna naročila, in drugih postopkov, pri katerih se odloča o pravicah in obveznostih posameznikov».

¹⁴ Zatler.

¹⁵ Po določbi drugega odstavka 68. člena ZIntPK mora lobiranec v zapisu navesti: osebno ime lobista, podatek, ali se je lobist identificiral, področje lobiranja, ime interesne organizacije, za katero je lobiral, morebitne priloge, datum in kraj obiska lobista ter podpis lobiranca.

organov in organov samoupravnih lokalnih skupnosti pri sprejemanju predpisov ne spada k lobiranju (56.a člen ZIntPK). Lobiranec je sicer dolžan prijaviti tudi lobistični stik z osebami, ki lobirajo za interesno organizacijo, v kateri so zaposleni, in se jim ni treba vpisati v register lobistov, vendar ta ureditev ni popolnoma jasna. Namen te ureditve je, da vplivanje v interesu določene organizacije zajema vsak lobirančev nejavni stik z lobistom oziroma predstavnikom interesne organizacije v zadevah javnega pomena in torej tudi pri splošnih pravnih aktih.

Nekatere podatke za zakonodajno sled je mogoče dobiti v Pravno-informacijskem sistemu Republike Slovenije, ki v svojem analitičnem delu prikazuje postopek priprave in sprejemanja predpisov s pripetimi besedili in zapisniki sej. Zakonodajni monitor, ki ga je leta 2015 vzpostavila organizacija Transparency International Slovenija, pa razkriva tisti del zakonodajne sledi, ki zajema sprejemanje zakona v Državnem zboru ter prijavljene lobistične stike.¹⁶ Omenjeni portal pa še vedno ne omogoča vzpostavitve »neposredne povezave med temo določenega lobističnega stika in kasnejšim oglašanjem/amandmiranjem/glasovanjem posameznega poslanca glede določenega akta, ... manjka tudi povezava ob posameznih aktih, ki bi omogočala preglednost, koliko lobističnih stikov se je odvilo za posamezen akt in kako so ti stiki vplivali na njegovo vsebino«. ¹⁷ Navsezadnje je že na spletni strani Državnega zbora vidno, kateri zakoni in drugi akti so v obravnavi, v kateri fazi so in kateri akti so bili sprejeti. Omogočena sta tudi dostop do besedila predloga akta in povezava na sorodne akte. Podatki s spletne strani Državnega zbora so objavljeni tudi na portalu Parlameter.¹⁸ Ta ob transkriptih razprav poslancev prikazuje še njihovo aktivnost, navzočnost na sejah ter njihova glasovanja in njihove politične preference oziroma uvrstitev po bližini posameznim strankam; vsebino določene seje pa nakazujejo tudi najpogosteje uporabljene besede. Ker vsebina Parlametra zajema samo postopek v Državnem zboru, pokaže le del zakonodajne sledi, dogajanj, ki so del zakonodajnega procesa in potekajo na ministrstvih in vladi, pa ne.

3. Pomen javnosti in zakonodajne sledi za občinske predpise

Če opisana prizadevanja štejemo za resna, bo treba k sestavinam uvoda predloga zakona in uvoda predloga občinskega odloka dodati seznam vseh, ki so na kakršenkoli način sodelova-

¹⁶ Zakonodajni monitor vsebuje podatke: časovnica sprejemanja akta, seznam glasovanj v Državnem zboru, seznam amandmajev, prikaz poslanskih izjav o aktu – število izjav poslancev glede na politično stranko, spol in temo izjave, navzočnost poslancev na sejah, njihovo glasovanje in lobistične stike.

¹⁷ Sedeljšak, str. 7

¹⁸ Dostopno na naslovu <<https://parlameter.si>>. Podatki s tega portala olajšujejo politološke in sociološke analize delovanja Državnega zbora. Za preučevanje zakonodajne sledi pa so potrebni še dodatni napor raziskovalca, saj »orodja Parlametra« niso prilagojena natančnosti zakonodajnega postopka, njegovim podfazam in zakonodajnopravnim vidikom zakonskih predlogov, strukturi zakonov, vsem dokumentom, ki se pojavljajo v zakonodajnem procesu, itd.

li pri nastajanju splošnega pravnega akta. Poslovnike občinskih (mestnih) svetov slovenskih občin, ki podrobneje določajo postopke sprejemanja predpisov, bo treba ustrezno dopolniti. V teh aktih naj bi bilo navedeno, da mora uvod k predlogu (splošnega) normativnega akta vsebovati tudi seznam vseh udeležencev pravodajnega procesa, od začetne pobude do njegovega sprejetja. Kaj s tem dosežemo?

Na podlagi podatkov s takega seznama lahko preverimo spoštovanje pravil normodajnih postopkov in ugotovimo, ali so v sprejetem aktu uveljavljeni splošni in resnično skupni družbeni interesi ali pa je akt institucionaliziral interese ozkih družbenih skupin ali celo posameznikov ter je morda celo rezultat njihovega nezakonitega lobiranja. Na podlagi popisa subjektov, ki so vplivali na vsebino splošnega pravnega akta, bo mogoče tudi preverjati, koliko je bila spoštovana Resolucija o normativni dejavnosti,¹⁹ ki moralno-politično zavezuje tako državnega kot občinskega normodajalca. Osrednja pozornost v tej resoluciji je sicer namenjena zakonodajni dejavnosti, toda v danem primeru, s potrebnimi spremembami (*mutatis mutandis*), enako zavezuje in usmerja občinsko normodajno dejavnost.

Raziskava Ocena sistemov integritete lokalnih skupnosti, ki so jo leta 2016 opravili v organizaciji Transparency International Slovenija, je pokazala, da v občinah skoraj ni poročanja o kakršnihkoli lobističnih stikih, torej tudi ne pri vplivanju na vsebino splošnih pravnih aktov.²⁰ Zamisel o sledljivosti nastajanja občinskega predpisa seveda ni omejena na lobistične vplive (ti so samo eden od morebitnih vidikov udeležbe pri nastajanju akta), zato med priporočili omenjene raziskave beremo: »Občinski svet naj ob obravnavi predloga splošnega pravnega akta (odlokov) dobi na vpogled tudi seznam vseh oseb, ki so sodelovale pri njihovi pripravi in sprejemu oziroma oblikovanju (tako imenovana zakonodajna sled). Za tak seznam naj bosta odgovorna tako župan kot predlagatelj akta.«²¹

V procesu pripravljanja in oblikovanja občinskih predpisov je – ob sodelovanju javnosti – treba še naprej izpopolnjevati tudi strokovne vidike priprave občinskih odlokov kot sestavine slovenskega pravnega sistema. Zato je pri uvodu k predlogu odloka pomembno pripraviti poglobljeno oceno stanja na področju, na katero posegajo določbe predlaganega odloka, temeljito obrazložiti razloge za njegovo sprejetje ter pojasniti njegove cilje in načela. Navedbi posledic, ki jih bo imel odlok na socialnem, administrativnem, gospodarskem, okoljskem in finančnem področju, naj bo priloženo poročilo o vključitvi javnosti v obravnavo predlaganega odloka, s tem v zvezi pa naj bodo navedeni še podatki iz »zakonodajne sledi«.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 95/09.

²⁰ Transparency International Slovenija – Društvo Integriteta, Ocena sistemov integritete lokalnih skupnosti, Ljubljana 2016, <http://transparency.si/images/publikacije/Porocilo_LIS.pdf> (30. 10. 2017).

²¹ Prav tam, str. 13; podobno na str. 15: »Občine naj ustvarijo celotno zakonodajno sled kot prilogo k vsakemu predlogu predpisa oziroma splošnega akta, ki mora biti tudi elektronsko dostopna.«

V besedilu členov odloka morajo biti spoštovane vse zahteve pravnega izrazoslovja, večja svoboda v izražanju pa je mogoča pri obrazložitvi predloga odloka. Občinski predpisi naj bodo za občane čim bolj razumljivi tudi jezikovno. Jezik odlokov in drugih občinskih predpisov naj bi bil čim bližji vsakdanjemu jeziku. Seveda je to le cilj, saj morajo pravni akti ob tem zagotavljati natančnost in preciznost v izrazih, ustrezati ustaljenim pravnim pojmom ter biti čim bolj jasni in nedvoumni. Za urejanje nekaterih odnosov pa bodo občinski predpisi vendarle lahko uporabili poimenovanja, ki so značilna le za posamezna območja ali strokovna področja. Občinski postavodajalec naj bi posnemal vodilo vseh velikih zakonodajalcev: misliti kot filozof in se izražati kot kmet. K razumljivosti občinskih predpisov lahko prispevajo, kot omenjeno, dobre obrazložitve teh aktov, saj je v obrazložitvi mogoče bolj poljudno pojasniti vsebino predpisa, ki je sicer vezan z zahtevami pravniškega jezika.

Zakonodajna sled naj bo dodana vrednost, ki krepi demokratičnost oziroma preglednost procesa pripravljavanja in sprejemanja občinskega predpisa. Ta novost nikakor ne sme biti kakršnokoli nadomestilo za kakovost (kvaliteto) občinskih splošnih pravnih aktov. V njih moramo še naprej skrbeti za uveljavljanje temeljnih vidikov modernega prava od načela jasnosti vsebine prek zahtev po splošnosti in abstraktnosti teh aktov do njihove sistematičnosti.²² Le tako bodo občinski predpisi ustrezali tudi cilju racionalnosti pravnega urejanja ter načelom pravne države in avtonomnosti lokalne samouprave.

K transparentnosti občinskih predpisov pripomore tudi ustrezno vključevanje splošne javnosti v pravodajne procese.

Pri vključevanju javnosti je treba upoštevati:

- načelo pravočasnosti, torej pravočasno obveščanje javnosti (strokovne, zainteresirane ali ciljne javnosti) in zagotavljanje razumnega časa za sodelovanje od 30 do 60 dni (pregled gradiv, priprava predlogov, pripomb in mnenj);
- načelo odprtosti, kar pomeni omogočanje posredovanja pripomb in predlogov in mnenj v čim zgodnejši fazi priprave odločitev;
- načelo dostopnosti, in sicer gradiv ter strokovnih podlag, uporabljenih v pripravi odločitev;
- načelo odzivnosti, kar zajema obveščanje sodelujočih o razlogih za upoštevanje ali neupoštevanje njihovih pripomb, predlogov in mnenj;
- načelo transparentnosti, tj. zagotavljanje transparentnosti postopka s predstavitvijo vsebine urejanja ter ravni in postopka sprejemanja odločitev, načina in rokov sodelovanja, pripomb in predlogov in mnenj vseh udeležencev;

²² Splošnost meri na vnaprej neopredeljeno število oseb, ne na individualno določeno osebo, abstraktnost izpostavlja vnaprej zamišljeno merilo bodočih družbenih odnosov, sistematičnost pa zahteva skladno oziroma neprotislovno celoto pravnih norm, ki jih vsebuje splošni akt. Bohinc, Cerar, Rajgelj, str. 168.

- načelo sledljivosti, tj. zagotavljanje transparentnosti prejema in upoštevanja predlogov, pripomb in mnenj ter tudi gradiv, nastalih v samem procesu sodelovanja (na primer zapisnikov) ter njihove dostopnosti.

Ta načela je z ustreznimi določbami treba prenesti v poslovnik občinskega sveta, da bi bilo zagotovljeno sodelovanje javnosti že pred začetkom obravnave splošnega akta v organih občine.²³

Primer dobre prakse na tem področju je sprejemanje Odloka o občinskem podrobnem prostorskem načrtu (OPPN) za avtobusni terminal v Kranju.

Sodelovanje občanov, tako z vidika vseh prebivalcev kranjske občine kot z vidika neposredno zainteresiranih stanovalcev, je bilo v času med obema obravnavama odloka tako rekoč maksimalno.²⁴ Vsak občan je imel možnost povedati svoje mnenje in pripombe. Vse pripombe in mnenja (tudi imena občanov) so del gradiva, ki je spremljalo pripravo odloka za drugo obravnavo, na sestankih pa so bili dani odgovori in pojasnila na pripombe zainteresirane javnosti. To so že podatki zakonodajne sledi. Občinska uprava je za vsa gospodinjstva v kranjski občini oktobra 2016 pripravila predstavitevno brošuro *Sodobni avtobusni terminal Kranj in trajnostna prenova širšega območja*. V njej so pojasnila o pozitivnih učinkih avtobusnega terminala (urejeno in prilagojeno parkiranje, manj cestnega hrupa, manjša onesnaženost, krajšanje avtobusnih poti, pešcem prijazno okolje, večja kakovost bivanja in razvojni potenciali). Poleg tega je bila na reprezentativnem vzorcu prebivalcev kranjske občine opravljena anketa o njihovem strinjanju z lokacijo novega avtobusnega terminala. V njej se je 97,4 odstotka respondentov izreklo, da se s predlagano umestitvijo avtobusnega terminala strinjajo.

Priprava in izdelava OPPN do prve obravnave sta potekali v strokovni službi občinske uprave. V ta proces zunanja javnost ni bila posebej vključena, razen obvezne javne razgrnitve. Premajhna navzočnost zainteresirane javnosti že v inicialni fazi pripravljanja prostorskih aktov je bila kasneje spoznana kot pomanjkljivost začetne faze postopka.²⁵ Sprejemanje odloka v

²³ Lavtar, str. 103–113.

²⁴ V času med prvo in drugo obravnavo OPPN na seji občinskega predstavniškega telesa, tj. od januarja do oktobra 2016, je bila zainteresirana in splošna javnost močno vključena v odločevalski proces.

²⁵ Postopek za sprejem odloka se je začel leta 2013, ko je župan Mestne občine Kranj izdal Sklep o začetku postopka priprave OPPN (Ur. l. RS, št. 57/13). Skladno s postopkom sprejemanja OPPN sta sledili javna razgrnitev in javna obravnava. Od 4. decembra 2015 do 8. januarja 2016 je bil dopolnjeni osnutek Odloka OPPN javno razgrnjen. Javna obravnava je bila 17. decembra 2015. Tudi v tej fazi ni bilo prav posebnega zanimanja javnosti. Ob prvi obravnavi omenjenega dopolnjenega osnutka odloka (13. seja sveta MOK, 27. 1. 2016) je nastala neformalna skupina Civilna iniciativa, ki je projektu nasprotovala. S predstavniki civilne iniciative je občinska uprava pripravila štiri strokovne sestanke (26. 1. 2016, 8. 9. 2016, 19. 10. 2016 in 24. 10. 2016). Na predlog krajevne skupnosti in Civilne iniciative je bil izbran neodvisni strokovnjak za recenzijo študije obremenitve s hrupom za OPPN, kar je bila strokovna podlaga za okoljsko poročilo. S stališči državlanske pobude za ohranitev zdravega življenjskega okolja Zlato polje glede OPPN se je na svoji 14. redni seji 23. 3. 2016, seznanil svet Mestne občine Kranj. Krajevna skupnost Zlato polje in

prvi obravnavi je bilo izpeljano na seji občinskega sveta, ki je odprta za javnost. Na seji sveta Mestne občine Kranj so bili ob svetnikih navzoči tudi predstavniki civilne iniciative in novinarji. Zato je bilo vzpostavljeno posebno medijsko središče, v avli mestne občine pa je bil zagotovljen tudi neposredni prenos seje. S tem je bila omogočena tako rekoč popolna transparentnost sprejemanja življenjsko pomembnega odloka v drugi fazi odločevalskega procesa. Najpomembnejši del skupnih interesov občanov na področju urejanja prostora se namreč na ravni občine kot osnovne oblike lokalne samouprave v Sloveniji pravno institucionalizira v občinskih odlokih o občinskem prostorskem načrtu (OPN) in v občinskem podrobnem prostorskem načrtu (OPPN). Zato je posebej pomembno, da je v njihovo pripravo in sprejetje vključena javnost ter da je zagotovljena sledljivost vplivanja vseh deležnikov v procesu nastajanja in odločanja o teh aktih.

V zvezi z načelom odprtosti oziroma možnostmi za vključevanje javnosti v zgodnje faze priprave odločitev (načelo odprtosti) je potrebna tudi previdnost, saj morajo biti predlagateljeve osnovne zamisli in cilji vendarle jasni in dorečeni, preden se h komentiranju pripravljenih delovnih osnutkov predpisov pritegne zunanja strokovna in splošna javnost. Šele ob jasnih in znotraj servisne funkcije uprave usklajenih osnutkih predpisov je racionalno sprejemati pripombe, komentarje in predloge javnosti na takšne osnutke ter na odzive javnosti tudi odgovarjati s pojasnili in obrazložitvami v skladu z resolucijskim načelom odzivnosti. Takrat je tudi smiselno bolj natančno in podrobno predstavljati vsebino pravnega urejanja določenega področja družbenih odnosov (načelo transparentnosti) ter utemeljevati in pojasnjevati razloge za neupoštevanje nekaterih pripomb javnosti v nadaljnjih fazah oblikovanja normativnega akta (načelo sledljivosti).

Literatura

- BOHINC, Rado, CERAR, Miro, RAJGELJ, Barbara. *Temelji prava in pravne ureditve*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- LAVTAR, Roman. Nadzorstvo nad zakonitostjo občinskih aktov. V: Cerkvenik, S., Rojnik, E. (ur.), *1. Kongres slovenskih občin*. Ljubljana: Inštitut za javne službe; Maribor Skupnost občin Slovenije; Koper: Združenje mestnih občin Slovenije, 2017.
- MASLOW, Abraham. *Motivation and Personality*. New York: Harper & Row, 1970.
- SEDELJŠAK, Mirjam. *Zakonodajna sled* (seminarska naloga pod mentorstvom A. Igličarja). Ljubljana: Pravna fakulteta, 2016.
- ZATLER, Renata. Transparentnost zakonodajnega procesa. *Pravna praksa*, 2016, št. 34, str. 13–15.

Mestna občina Kranj sta informacijo o gradnji avtobusnega terminala objavili tudi v lokalnem glasilu Zlatopoljčan, prvič že junija 2013 in pozneje še junija 2016.

Uporabna etika in prostorska problematika

BEĆIR KEČANOVIĆ
*mag. pravnih znanosti, Inštitut za
razvoj vključujoče družbe – IRVD*

1. Uvod

Pri nas je prostorska problematika v veliki meri rezultat miselnosti o družbeni lastnini, za katero je veljala domneva, da uporabnikom ni treba kaj dosti skrbeti za njeno upravljanje, saj naj bi za to skrbeli pristojni organi. Po osamosvojitvi in spremembi družbenega reda je ta miselnost »nikogaršnje zemlje« dodobra prispevala k temu, da je družbena lastnina postala »zlata jama« divjega prilaščanja, na nekaterih območjih pa ostala bolj ali manj divje odlagališče odpadkov in drugih nevarnih snovi. Nekoč odprt in vključujoč družbeni prostor v urbanih okoljih, ki je bil pod enakimi pogoji dostopen za vse in vsakogar, da lahko služi javnemu, kulturnemu, umetniškemu in drugim oblikam dobrega življenja v skupnosti, je postal ujetnik sebičnega gena, betonskih ovir, zapornic in groženj s prepovedjo vstopa na svetinjo domnevno zasebne lastnine.

Na globalni ravni se uničevanje življenjskega prostora stopnjuje sorazmerno z industrijskim razvojem in pohlepom. Čezmerno izkoriščanje, onesnaževanje ter razvrednotenje naravnega okolja in prostora spremljajo neizmerljive posledice in žrtve izkoriščanja, neenakosti, izključevanja, revščine, lakote, oboroženih spopadov. Iz istih razlogov se nepregledne množice podajajo na dolgo in negotovo pot beguncev in migrantov. To so glavni problemi današnjega sveta, na katere v gradivu krovnega programskega dokumenta o razvoju sveta Agenda 2030 opozarjajo svetovni voditelji.

Nosilna misel Agende 2030, *Spremenimo svet za ljudi in planet Zemljo*, s splošnimi cilji in podcilji predstavlja vizijo sveta brez revščine, lakote, bolezni in pomanjkanja, brez strahu in nasilja, varnega in zdravega okolja ter življenjskega prostora. Toda ob zmernem optimizmu dejansko stanje zbuja občutek nelagodja, da je Agenda 2030 zadnji klic razuma k ohranjanju

življenjskega prostora. Pri tem se sproti odpirajo znanstvena in moralna vprašanja preživetja, kar na različnih področjih narekuje, da se teorija in praksa z različnih področij sproti srečujeta in posvetujeta. Na tem spoznanju je v drugi polovici prejšnjega stoletja nastala uporabna etika, ki je kot praktična (sub)disciplina osredinjena na konkretne družbene probleme in etične dileme. S predpostavko skupnega potenciala raznolikosti in vključevanja, da lahko vsakdo pod enakimi pogoji sodeluje in svobodno izraža svoje mnenje pri urejanju skupnih zadev, med katerimi je življenjski prostor gotovo vrednota najvišjega reda, uporabna etika spodbuja k preudarnemu in vzajemno spoštljivemu, deliberativnemu razpravljanju in odgovornemu ravnanju, tako da se razumni ljudje v vseh pogledih izogibajo zaostrovanju in polarizaciji različnih interesov, izsiljevanju, grožnjam in nasilju.

Prispevek Uporabna etika in prostorska problematika je prirejena različica razprav in gradiva okrogle mize, Vključevanje javnosti za transparentno, kakovostno in odgovorno urejanje prostora, organizirane v okviru letošnjih Nomotehničnih dnevov.¹ Na več mestih povzema raziskavo o zakonodajni sledi in vključevanju, opravljeno v okviru Inštituta za ustavno pravo v Ljubljani.²

2. Uporabna etika in pravo

Etična teorija je tradicionalno razdeljena na dve glavni področji, metaetiko in normativno etiko. Metaetika obravnava vlogo in pomen jezika morale, denimo glede vprašanj, kaj je pomen ali vsebina etičnih pojmov, kot so »pravilno«, »napačno«, »dobro«, »zlo« itn. Podobna vprašanja so tudi na pravnem področju predmet (moralne) filozofije. Kako naj v pravu ravnamo in kaj sta zanj »dobro« oziroma »zlo«, pa je tipično vprašanje pravne aksiologije ali etike prava.³ Normativna etika zajema moralno teorijo ter uporabno ali praktično etiko. Prva se ukvarja z vprašanji, katere vrste stvari so dobre, katera dejanja so pravilna, kaj je v moralnem smislu značilno za razmerje med pravilnim in dobrim. Uporabna ali praktična etika, osredinjena na konkretne družbene razmere, probleme in etične dileme, vrednoti posamezne primere dobre in slabe prakse ter pravilnega ali napačnega delovanja institucij. Kot referenčni okvir jo pri tem vodijo splošna načela, pluralizem vrednot in moralna prepričanja, v našem primeru denimo splošna načela in prepričanja o življenjskem prostoru in naravnih dobrinah kot skupnem dobru in vrednotah najvišjega reda.⁴

¹ XV. Nomotehnični dnevi, 24. maj 2017, Pravna fakulteta v Ljubljani, Inštitut za primerjalno pravo; <www.ipp-pf.si/nomotehnicni-dnevi> (30. 9. 2017).

² Glej Igličar in dr.

³ Pavčnik, str. 74.

⁴ Prim. Jamieson, str. 46, 145, 153–155.

Začetek uporabne etike izhaja iz 60. let prejšnjega stoletja, ko so znanstveniki in praktiki z različnih področij na podlagi študij primerov ugotavljali, da lahko le s celostnim pristopom ter interdisciplinarno izmenjavo uporabnega znanja skupaj rešujejo kompleksne probleme in etične dileme, denimo glede biomedicinskih raziskav, kloniranja, evtanazije, samomora, smrtne kazni, splava, seksizma, rasizma, ksenofobije, svetovne revščine, lakote, okoljskih in prostorskih problemov, neenakosti in izključevanja ali diskriminacije, vprašanj migracijske in begunske problematike, nasilnega ekstremizma in terorizma, oboroževanja in vojn. Večinoma z istim namenom je uveljavljena na pravnem in drugih področjih.⁵

Medtem ko njen teoretični okvir ostaja moralna filozofija, danes uporabno etiko povezujejo z različnimi znanstvenimi področji, od nevroznanosti in psiholoških teorij vrednot do modeliranja etične infrastrukture s kognitivnimi sestavinami in funkcijami človeške ter umetne inteligence.⁶ Pri prepoznavanju (diagnosticiranju) konkretnih življenjskih primerov, problemov ali etičnih dilem, njihovi konceptualizaciji in opredelitvi je poudarek uporabne etike na spoznavnem vidiku.⁷ Pri tem izhaja iz omenjenih teorij o spoznavnih in moralnih vrlinah ali krepostih dobrega spoznanja, tako da v praksi ni bistvene razlike med uporabno etiko in praktičnim (operativnim) pristopom na pravnem področju.⁸ Na obeh področjih so torej poleg normativnega izhodišča ključne spoznavne in moralne vrline tistega, ki spoznava in vrednoti dejansko stanje. Na zavestni ravni se ta proces odraža kot občutenje ali doživljanje sebe in okoliškega sveta. Spoznanje, kot rezultat telesnih in duševnih aktivnosti, notranjih povezav in dialoga z bolj ali manj intenzivno izmenjavo informacij v notranjem (duševnem) in zunanjem okolju daje občutek resničnosti. Moralne vrline pa delujejo kot vrednotna podlaga, dispozicija ali merilo notranje dolžnosti, ki se navzven kaže bodisi kot moralno ali pravno odgovorno ravnanje do drugega ter naravnega in družbenega okolja. Kot je v svoji Filozofiji prava zapisal Radbruch, nasprotje »zunanost-notranost«, nekoč merilo razlikovanja med moralnim in pravnim področjem, je tukaj preseženo. Ni področja »notranjega« in »zunanjega« vedenja, ki ga ne bi mogli podvreči tako moralnemu kot pravnemu vrednotenju. Vez med obema normativnima področjema v večji meri obstaja v tem, da je morala smoter prava in osnova za njegovo zavezujočo veljavnost. Zavezujočo moč prava lahko utemeljuje le morala.⁹

⁵ Beauchamp, v: Frey in dr. (ur.), str. 1–15.

⁶ Tillman, str. 3, 11, 149.

⁷ O spoznanju ter etičnih in pravnih dilemah pri (diskrecijski) presoji in odločanju o javnem interesu je nekaj povzetkov v mojem prispevku *Obvladovanje tveganja pri nastajanju in sprejemanju predpisov*, v: Ude (ur.), str. 107–108.

⁸ Glede razlikovanja med »dobrim« in »zlim« v pravu je, kot navaja Pavčnik, tipično vprašanje etike prava. Na istem mestu pa nadaljuje, da je vedenje ali spoznanje o tem predmet gnoseologije ali epistemologije prava, prav tam, str. 74.

⁹ Dreier in dr. (ur.), str. 70–79.

Z vpetostjo v svet moralne filozofije, metaetike in teorij normativne etike, na drugi strani z osredinjenostjo na konkretne družbene probleme in etične dileme uporabna etika v vsakdanjem življenju, tako kot je značilno za pravo, stavi na praktično (operativno) razlago normativnega in dejanskega sveta.¹⁰ Z vrednotenjem izhaja iz referenčnega okvira, v katerem so vrednote hkrati najvišji cilj in motivacijski dejavnik. Pri vsem tem pa se zanaša na osebnost kot celoto, ki v svojem kognitivnem aparatu sprejema najboljše možne odločitve o skupnem dobru in vrednotah dobrega življenja v skupnosti. V tem procesu, ko iz notranjega komunicira z zunanjim svetom, uporabna etika išče odgovore na metaetična vprašanja, kaj je »pravilno«, »napačno«, »dobro«, »zlo« itn. Sprejete odločitve sproti primerja glede na referenčni okvir. Če to primerjamo z dognanji teorije prava, opraviti imamo s (pravnim) vrednotenjem – z razmerjem, kot navaja Pavčnik, v katerem si stojita nasproti normativno in dejansko (tudi zamišljeno) izhodišče. V tem razmerju razlaga ni le »rekonstrukcija misli, ki je v zakonu«, ampak je tudi vrednostna konstrukcija, normativno in dejansko zgrajena na konkretnem življenjskem primeru, problemu ali dilemi. V primeru, ko pravni subjekt razlaga normativni (pravni) akt glede na primer, ki ga mora razrešiti, se ta razlaga imenuje praktična (operativna) razlaga. Ne glede na to, kdo je razlagalec, ji daje poseben pomen praktični primer, ki je vselej del konteksta, v katerega sta razlagalec in razlaga vpeti.¹¹

2.1. Integriteta

Z gledišča tega prispevka ter primerjave med uporabno etiko in pravom velja opozoriti še na večstranski pomen besede *integriteta*. Njena raba v praksi očitno narašča, tako v pravnem kot etičnem pogledu. Razlage pa se gibljejo od poenostavljenih (pavšalnih, banaliziranih) do poglobljenih in znanstveno podprtih. Tiste, ki proizvajajo pojmovno zmedo, večinoma pozabljajo izvorni pomen *integritete* in njeno nesporno vlogo pri nedotakljivosti človekovega dostojanstva ter varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Glede tega, praksa Evropskega sodišča za človekove pravice, na katero se v odločbah sklicuje Ustavno sodišče RS, ugotavlja, da je integriteta standard celovitosti, ki jamči nedotakljivost osebe v telesnem in duševnem pomenu. Glede vloge in rabe besede integriteta v smislu notranje dolžnosti in moralne odgovornosti, bodisi v etiki, pravu ali politiki, so za teoretično razlago gotovo najbolj kompetentni moralni filozofi. Ker je od vsega začetka očitno žrtev pojmovne zmede, je v tem okviru še vedno deležna številnih pomislekov glede njene uporabne vrednosti. Marmor denimo v zvezi z zakonodajnim postopkom navaja, da integriteta ni niti ideal, niti vrednota, niti je kaka posebej pomembna kategorija.¹² Zato, poudarjam, bi veljalo pri njeni razlagi v moralnem

¹⁰ O praktični (operativni) razlagi v pravu glej Pavčnik, str. 479.

¹¹ Prav tam, str. 481.

¹² Marmor.

(etičnem), političnem in pravnem pogledu notranje dolžnosti in odgovornosti izhajati iz tega, kar moralni filozofi tudi pri nas ugotavljajo, da ima integriteta le vlogo nekakšne »metavrline«, univerzalne dispozicije za delovanje v skladu s pravili.¹³

Upoštevanje metaetično naravo ter potrebo po dosledni razmejitvi njene vloge pri celovitosti in nedotakljivosti osebnosti, je pomen integritete v pravu nekako najbližji razlagi »občutka za pravo mero, pravnega občutka, občutka za pravičnost«. ¹⁴ Kakor koli temu rečemo, je drugotnega pomena. Poglavitno je, da nas »nemir oplazi«, da se ga zavemo in se nanj človeško in strokovno odzovemo.¹⁵ Kar zadeva namen zakonodajalca pri njeni opredelitvi v področnem zakonu – Zakonu o integriteti in preprečevanju korupcije (ZIntPK),¹⁶ bi integriteti verjetno najbolj koristilo, če bi se dejansko držali tega, kar o njej kot metavrlini menijo moralni filozofi. Od tod naprej bi se integriteti pri upravljanju javnih zadev, denimo v postopku priprave, sprejemanja in izvrševanja prostorskih predpisov, bolj kot s filozofiranjem približali s spoštovanjem temeljnih načel pravne države in tega, kar pri kakovosti pravnega urejanja na sistemski ravni določajo standardi zakonodajne dejavnosti. V tem okviru je posebej naglašen pomen nomotehnike, ki lahko v veliki meri prispeva k pravni varnosti in odgovornosti z jasnimi in s preglednimi formulacijami pravnih pravil ter njihovo skladnostjo in vpetostjo v koherentni pravni sistem.¹⁷

Pri konkretnih upravnih postopkih bi integriteti prav tako koristilo, če bi dosledno upoštevali, kar praktično na vseh pravnih področjih zahtevajo temeljna postopkovna načela zakonitosti, varstva pravic in javnih koristi ali javnega interesa, materialne resnice, proste presoje in prostega preudarka, dolžnosti govoriti resnico ter pošteno uporabljati pravice in pooblastila. To je po mojem ključno, da lahko integriteta s svojo metaetično naravo, normativno opredelitvijo in zakonodajalčevim namenom v področnem zakonu (3. točka 4. člena ZIntPK: »... 'integriteta' je pričakovano delovanje in odgovornost posameznikov in organizacij pri preprečevanju in odpravljanju tveganj, da bi bila oblast, funkcija, pooblastilo ali druga pristojnost za odločanje uporabljena v nasprotju z zakonom, pravno dopustnimi cilji in etičnimi kodeksi«) morda le zaživi v pravni in etični praksi. V nasprotnem bo integriteta, brez uporabne etike in praktične, operative razlage v pravu ostala votel miselni konstrukt, ki se vse bolj odmika logiki zdravega razuma in vsakdanjega življenja tudi na prostorskem področju. Kot vodni top, ki meša meglo, da pade umetni sneg ter prekrije odpadke in umazanijo v prostoru.¹⁸

¹³ Strahovnik, v: Kećanović in dr. (ur.), str. 127–150.

¹⁴ Pavčnik, str. 145.

¹⁵ Prav tam, str. 620.

¹⁶ Ur. l. RS, št. 45/10, in spremembe; glej 3. točko 4. člena.

¹⁷ Igljčar in dr., str. 7–9.

¹⁸ O tem, zakaj beseda integriteta izgublja ugled, glej Kećanović 2015a.

3. Prostor vključujoče družbe in deliberativne demokracije

Vključevanje je osrednji pojem uporabne etike, njenega namena, vrednot in prepričanj o dobri in pravični družbi. Z istim namenom je opredeljeno v politiki Vlade Republike Slovenije: »Sodelujemo z vsemi deležniki na pravičen in organiziran način, jih seznanjamo in vključujemo v procese tako, da zagotavljamo vključenost vseh ključnih deležnikov, še posebej najranljivejših skupin. Delujemo etično, profesionalno, strokovno, racionalno, odgovorno in samostojno v zakonitih in razumnih rokih.«¹⁹ Na splošno pa je pri vključevanju tudi v okviru tega prispevka treba poudariti, da je vedno v nekem določenem sorazmerju z izključevanjem.²⁰

Prostor vključujoče družbe in deliberativne demokracije v političnem, ustavnopravnem pomenu izraža temeljno predpostavko enakih možnosti, da lahko vsakdo sodeluje pri upravljanju javni zadev, na tak način vpliva na svoj družbeni položaj in išče smisel življenja v skupnosti. V prispevku se s to predpostavko navezujem na razširjeni koncept vključujoče in varne družbe, za katerega se zavzemam pri zagotavljanju varnosti in urejanju vseh drugih javnih zadev tako, da je to primerljivo tudi s cilji Agende 2030.²¹ Ta v 17 splošnih in 169 konkretnih ciljih med drugim navaja, da sta trajnostni razvoj in svetovna družba prihodnosti odvisna od vključevanja na vseh ravneh.²² Institucionalno je za vključujočo in varno družbo ključen 16. cilj Agende 2030, ki govori o tem, da je treba oblikovati učinkovite, odgovorne in vključujoče institucije na vseh ravneh. Od tega je v največji meri odvisno uresničevanje vseh preostalih ciljev Agende 2030, saj je stabilen in učinkovit institucionalni okvir ključen za gospodarski, okoljski, prostorski in druge vidike trajnostnega razvoja ter napredka vključujoče in varne družbe, tako na svetovni kot na nacionalni ravni.²³

V okviru tega, kar je opredeljeno kot temeljni namen uporabne etike, da je osredinjena na konkretne družbene probleme in etične dileme, je koncept vključujoče in varne družbe povezan s teorijami deliberativne, posvetovalne demokracije, ki so rezultat teoretičnih premislekov o pravični in dobri družbi. Tako vključujoča in varna družba kot deliberativna demokracija v središče javnega prostora postavljata načelo javnosti in razpravljanja kot pogoj za nepristranski in pravičen postopek.²⁴ Če se na tej točki vrnemo k zgornjim ugotovitvam o ustavnoprav-

¹⁹ Glej dokument Politika napredka in kakovosti sodobne javne uprave, ki ga je sprejela Vlada Republike Slovenije.

²⁰ Igljčar in dr., str. 19–22.

²¹ Primeroma se sklicujem na Gradivo 3. posveta nacionalne platforme o preprečevanju nasilne radikalizacije in terorizma, ki je potekal 22. 6. 2017 na Brdu pri Kranju.

²² Igljčar in dr., str. 18.

²³ Primerjaj Strategijo razvoja Slovenije 2030 – osnutek, ki je v času, ko je ta prispevek nastal, še v pripravi; Služba Vlade RS za razvoj in evropsko kohezijsko politiko; <www.svrk.gov.si/si/delovna_podrocja/razvojno_nacrtovanje/strategija_razvoja_slovenije_2030_v_pripravi/> (13. 10. 2017).

²⁴ Kečanovič, v: Kocbek (ur.), str. 1239.

nem vidiku, se koncept vključujoče in varne družbe skupaj z deliberativno demokracijo odraža v logičnem zaporedju temeljnih načel in ustavnih določb o neposredni demokraciji, po katerih je oblast v rokah ljudstva, vsakomur pa so pod enakimi pogoji zajamčene (politične) pravice svobodnega zbiranja in združevanja, dostopa do informacij javnega značaja, svobodnega izražanja in sodelovanja pri upravljanju javnih zadev.²⁵

Kar zadeva reševanje konkretnih primerov, problemov in dilem, se prepoznavanje (diagnostičiranje), konceptualizacija in opredeljevanje vedno začne z notranjim dialogom, ki gnezdi v spoznavnih in moralnih vrlinah osebnosti. Končni razsodnik je medosebno (intersubjektivno), dialoško razmerje vseh, ki v posamičnem primeru sodelujejo, razpravljajo in argumentirajo. V tem procesu tako uporabna etika kot pravo z istim namenom preudarnega in vzajemno spoštljivega dialoga pričakujeta, da se razumni ljudje izogibajo pretiranemu zaostrovanju ali polarizaciji »naših« in »vaših« interesov, poskusov izsiljevanja, pritiskov ali groženj. Glede tega se vključujoča in varna družba z deliberativno demokracijo ob ustavno zajamčenih pravicah in svoboščinah navezuje na etiko javne besede (diskurza) ali komunikacijsko etiko. To je tudi normativni pogoj za uveljavljanje načela javnosti kot vrhovnega etičnega in organizacijskega načela, ki je nadrejeno celo lastninski pravici in svobodi tiska.²⁶ V antični državi *polis* so primerljivo dialoško metodo pri urejanju skupnih zadev označevali z besedo *isegoria*.²⁷ Sodobniki ji pravijo *deliberativna*, posvetovalna demokracija. Pojem sicer pripisujejo Besetteu, ki naj bi ga začel uporabljati pri sklicevanju na razprave v ameriškem kongresu, vendar pomeni veliko več. Deliberativna demokracija je način razmišljanja o politiki, ki poudarja javno izmenjavo mnenj med enakopravnimi državljani in ne zgolj štetje glasov ali politično predstavništvo. Je odziv na pereče razmere, v katerih politika predstavniške demokracije nima ravno velike podpore v javnosti, tako da se ob pomanjkanju zaupanja sooča s problemi demokratičnega deficita in (ne)legitimnosti.²⁸

3.1. Vključevanje skupnega potenciala raznolikosti

Vključevanje skupnega potenciala raznolikosti z vrednotami in uporabnim znanjem, ki ga en sam poklic, kaj šele en sam domnevni strokovnjak enostavno ne premore, je med temeljnimi predpostavkami interdisciplinarnosti, kar je, kot rečeno, značilnost uporabne etike, dobrega ter učinkovitega reševanja konkretnih problemov in etičnih dilem v vsakdanjem življenju. Bolj so življenjske situacije zahtevne, večja je potreba po interdisciplinarnem pristopu, kar po naravi stvari presega meje enega samega področja. Zato znanstveniki in praktiki na različnih področ-

²⁵ Grad in dr.

²⁶ Primerjaj Splichal (ur.).

²⁷ Boniolo, v: Magnani (ur.).

²⁸ Parkinson; Igličar in dr., str. 14.

jih, tako kot ob rojstvu uporabne etike, ugotavljajo, da reševanje kompleksnih vprašanj zahteva soprisotnost vseh sodelujočih, kar je značilnost ustvarjalnega delovanja. V primeru Slovenije, ki spada med majhne države, je vključevanje skupnega potenciala raznolikosti in vrednot v družbi znanja nujno. Majhna država si ne more privoščiti, da bi raziskovali prav vse »na novo«. Pozornost do sprememb in skupnih teženj terja preseganje individualizma na vseh ravneh. Temu primerno že v samem spoznavnem procesu, ki je sicer vse bolj vključujoč, v določenih razmerjih pa enostranski in izključujoč. Raziskovalci in praktiki naj bi zato sodelovali od vsega začetka, že pri prepoznavanju (diagnosticiranju) problema, njegovi konceptualizaciji in opredelitvi.²⁹

S širokimi in enakimi možnostmi za vključevanje ter preudarno in strpno, deliberativno razpravo pri upravljanju javnih zadev se tudi na prostorskem področju krepi legitimnost, pravna in moralna veljavnost sprejetih odločitev.³⁰ Če je vloga formalnih sistemov in postopkovnih (proceduralnih) pravil, da vzdržujejo družbeni red in sistem družbenih odnosov, vključevanje z deliberativno razpravo omogoča raznolikost in širino posvetovanja, kritično preverjanje in demokratičen nadzor nad izvrševanjem političnih odločitev. V tem pogledu se vključujoča in varna družba z deliberativno demokracijo začne pri vprašanjih preglednosti postopkov, dostopa do informacij javnega značaja in množičnega komuniciranja. Tako je na primer v zakonodajnem postopku celotno delo zakonodajnega telesa vezano na načelo javnosti. Vsi ti elementi spadajo k odgovoru na vprašanje, ali imajo državljani ne le formalne, temveč dejanske možnosti za sodelovanje (participacijo) v vključujočem javnem prostoru, kjer z dejavnim vplivom na politične odločitve dejansko lahko vplivajo na svoj družbeni položaj in smisel življenja v skupnosti.³¹

3.1.1. Primeri dobre prakse vključevanja in deliberativnega urejanja javnih zadev na prostorskem področju

Predstavniki akademske stroke, ki sodelujejo pri oblikovanju strateških odločitev na področju urejanja prostora, poudarjajo pomen vključevanja in široke izmenjave uporabnega znanja med prebivalci, načrtovalci in odločevalci v prostorskih zadevah.³² Uporabno znanje javnosti ali tako imenovano modrost množic (angl. wisdom of the crowds ali crowd wisdom) o prostoru je nadvse dragocen vir informacij lokalnega prebivalstva o njihovem bivanjskem okolju, ki temelji na izročilu več generacij o povsem specifičnih prostorskih omejitvah, kot so poplavnost, plazovitost, osončenost, kakovost zemlje in drugo.³³

²⁹ Mlinar, str. 20–55.

³⁰ Igličar in dr., str. 28–31.

³¹ Kečanović 2014.

³² Nared, v: Bartol in dr., str. 13–15.

³³ Bizjak, v: Cerkenik in dr., str. 188–189.

Med konkretnimi primeri dobre prakse, kako zlasti mlade vključevati v načrtovanje in urejanje prostora, so navedene oblike vključujočega (participativnega) akcijskega raziskovanja in prostorske (arhitekturne, urbanistične, planerske) delavnice. Vključujoče akcijsko raziskovanje in načrtovanje na eni strani širi obzorja udeležencev, na drugi strani pa daje dragocen prispevek v obliki strokovno podprtih analiz, etičnega vrednotenja in ciljev razvoja, vizije in ukrepov za doseganje zastavljenih ciljev.³⁴ Primeri urbanističnih delavnic, ko občine skupaj s prebivalci in stroko iščejo najboljše možne rešitve, so ponekod že uveljavljeni kot dobra praksa vključevanja v zgodnjih fazah urejanja prostora.³⁵ Urbanistične delavnice spodbujajo udeležence, da se na interaktiven način učijo kritičnega odnosa do lastnega dela, ki ga usmerjajo pedagogi s pomočjo strokovnjakov v lokalni skupnosti, tj. kako prepoznati značilnosti prostora in opredeliti probleme ter kako jih s pomočjo teoretičnih in praktičnih znanj razrešiti. Komunikacija med njimi poteka vsestransko, vsem je skupni cilj reševanje problema ali pa njegovo iskanje, predvidevanje razvoja dogodkov, dejavnosti in procesov v prostoru. V ta namen se na podlagi zaznanih problemov in želja izoblikujejo različni razvojni scenariji, ki nastanejo s pomočjo strokovne in laične javnosti ter prenosa tujih vzorcev in primerov iz prakse. Izpostavljeni izzivi in problemi predstavljajo temelj za oblikovanje novega spoznanja in nadgradnjo razumevanja prostorskih procesov.³⁶

Dobra praksa načrtovanja in projektne dela v okviru urbanističnih delavnic potrjuje, da vključevanje strokovne in splošne javnosti s preglednostjo in sledljivostjo prispeva k doseganju stopnje legitimnosti prostorskih rešitev. Od vključevanja je odvisna tudi širša strokovna in javna podpora posamezni rešitvi.³⁷ Pri načrtovanju posega v lokalnem okolju se v vsakem primeru najprej vzpostavijo določena pričakovanja ter stiki med predstavniki lokalne skupnosti in investitorji. Če so uspešni, jim sledijo razvojne vizije in možne fizične rešitve, katerih zagovorniki večinoma nimajo zadostnih strokovnih in drugih relevantnih argumentov za njihovo utemeljitev. Na drugi strani je treba upoštevati, da se pri lokalnih prebivalcih že pri naznanitvi javnosti o nameri za določeno gradnjo upravičeno vzpostavijo določena vprašanja o racionalnosti, dejanskih potrebah, ustreznosti oblik, možnih in dejanskih vplivih na okolje ter drugih dilemah, na katere praviloma mora primerno odgovoriti predlagana rešitev. Zato mora proces pridobivanja ustrezne rešitve zagotoviti celostno obravnavo dane problematike, kar poleg izhodišč investitorjev vključuje upoštevanje vseh preostalih pričakovanj in pogojev vpletenih akterjev, na tak način pa onemogočiti favoriziranje enostranskih namer, ki vodijo v neželene rešitve.³⁸

³⁴ Nared, str. 13–15.

³⁵ Gabrijelčič in dr.

³⁶ Prav tam.

³⁷ Čok, v: Gabrijelčič in dr., str. 102–109.

³⁸ Prav tam, str. 103.

4. Uporabna etika na obrobju prostorske problematike

Med pogostejšimi vzroki prostorske problematike so primeri, ko posamezniki ali interesne skupine na nesprejemljiv način posegajo v prostor kot skupno dobro, da bi v škodo javnega uveljavili osebni ali drug interes. V povezavi s tem so okoliščine in nedopustna ravnanja pri upravljanju javnih zadev, ki oškodovanje javnega interesa s protipravnim prilaščanjem ali razvrednotenjem (degradacijo) prostora omogočajo ali podpirajo. Posledice opozarjajo, da obstoječi pravni in institucionalni mehanizmi preprečevanja in obvladovanja prostorske problematike v danih okoliščinah niso učinkoviti. Če ob protipravnem prilaščanju prostora pogledamo primere neustreznega ravnanja z industrijskimi odpadki in drugimi nevarnimi snovmi, vidimo, da so posledice tudi na tem področju prestopile meje pravne dopustnosti in institucionalnega nadzora.³⁹ Znanost je sicer zmožna spremljati nekatere učinke posameznih nevarnih snovi.⁴⁰ O posledicah strupene mešanice, ko premešane skupaj učinkujejo, pa tudi znanost lahko bolj ali manj ugiba.⁴¹

4.1. Nasprotje interesov, pritiski in ogrožanje varnosti v prostorskih zadevah

Kljub zavedanju, kako je prostor izjemnega pomena za preživetje, so vse večji prostorski apetiti različnih investorjev, zlasti globalne industrije, pri čemer so najbolj na udaru prostorsko majhne družbe in države, največje tveganje za »gnile kompromise« v prostoru. Isti nagibi sebičnega gena, ki jih poganja pohlep, so med glavnimi vzroki prostorske problematike tudi pri urejanju lastninskih pravic na skupnih površinah ali funkcionalnih zemljiščih, nekoč družbeni lastnini v urbanih okoljih. Tu so še različni posredniki, nekateri celo pod pretvezo zastopanja javnega interesa, ki v prostoru prav tako iščejo priložnost za osebno korist. Konkretni primeri potrjujejo, kako množico različnih interesov spremljajo bolj ali manj ostro nasprotovanje, prikriti in nedovoljeni vplivi, nezakonito lobiranje, pritiski in grožnje.⁴²

³⁹ Glej na primer Poročilo Medresorske delovne skupine za usklajevanje aktivnosti v zvezi s posledicami požara v podjetju Kemis d. o. o, dostopno na <www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/Sporocila_za_javnost/2017/07/20170710_Kemis_koncno_porocilo.pdf> (13. 10. 2017); glej tudi Jenull, Kečanović, str. 203–208; <www.irvd.si/wp-content/uploads/2017/09/Jenull_-Kecanovic-Neu%C4%8Dinkovitost-nadzornih-institucij.pdf> (13. 10. 2017).

⁴⁰ Bošnjak.

⁴¹ Prijatelj in dr.

⁴² Med konkretnimi primeri v zadnjem času je na primer Magna. Objektivnosti je bil najbližji javni poziv Gospodarske zbornice Slovenije v prispevku Magna ne sme biti poligon za obračunavanje 4. 9. 2017, da se udeleženi vzdržijo žalitev ali sovražnega govora; <www.gzs.si/mediji/Novice/ArticleId/60955/magna-ne-sme-bit-poligon-za-obracunavanje> (13. 10. 2017).

Preprečevanju in obvladovanju interesnih sporov, še posebej pritiskov in groženj z namenom uveljavljanja zasebnega v škodo javnega interesa, bi morali nameniti več pozornosti. Tiste, ki si prizadevajo za zaščito skupnega dobra, pa kljub temu doživljajo pritiske in grožnje, pa bi morala podpreti tudi splošna javnost, saj ne delujejo v svojem, ampak v javnem interesu. Pravna država pa tudi ne bi smela popuščati pritiskom, grožnjam in izsiljevanju.

4.2. Nepreglednost, izključevanje in pomanjkanje odgovornosti

Če začnemo pri občinah, ki so prva raven oblastnega urejanja prostora, Strategija razvoja lokalne skupnosti v RS do leta 2020 opozarja na odprta vprašanja demokratičnega deficita in izključevanja oziroma ovir za vključevanje prebivalcev pri pripravi in sprejemanju odlokov in drugih splošnih aktov. Da med formalnim in dejanskim obstaja široka vrzel, potrjujejo ugotovitve istega dokumenta o odprtih vprašanjih javne etike in etičnega upravljanja občin.⁴³

Nacionalno poročilo o urbanem razvoju – HABITAT III pri oceni odnosa lokalnih skupnosti do vključevanja javnosti poudarja, da to ni le vprašanje formalnopravne ureditve. Kot pogosto težavo poudarja pomanjkljivo komunikacijo med različnimi sektorji občinske uprave. Strateške usmeritve sicer poudarjajo medsektorsko povezovanje in vključevanje različnih deležnikov v proces priprave dokumentov, na operativni ravni pa je sodelovanje med njimi vseeno težavno in pogosto zelo omejeno.⁴⁴ Ocenjuje, da so lokalne skupnosti zadržane do višje stopnje sodelovanja, javnost pa je po drugi strani razdrobljena na veliko število pobud in oblik organiziranosti. Proces vključevanja so zahtevni z vidika načrtovanja in izvajanja, prav tako morajo biti smiselno vključeni v oblikovanje odločitev. Zagotoviti je treba ustrezne informacije in uporabno znanje pa tudi vključevanje in medsebojno sodelovanje različnih deležnikov.⁴⁵

Vzroki prostorske problematike seveda niso samo v lokalni samoupravi. Občine se večinoma zavedajo pomembnosti dobrega upravljanja prostora, vendar se ob tem srečujejo z množico pričakovanj in interesov, ki niso vedno v skladu z javnim interesom in pričakovanjem večine prebivalcev. V medijih lahko zasledimo precej pogosta obvestila o različnih primerih razvrednotenja prostora, od črnih gradenj do protipravnega prilaščanja javnih površin.⁴⁶ Divje prilaščanje javnega prostora in propadanje grajenega javnega dobra je le še en vidik tega pojava.⁴⁷

Glede vzrokov na državni ravni predstavniki državnih organov ugotavljajo, da je sprejemanje vedno novih zakonov z drobljenjem zakonske materije med glavnimi razlogi za nedosega-

⁴³ Kečanović, v: Cerkvėnik, str. 69–89.

⁴⁴ Vodeb in dr., str. 25.

⁴⁵ Prav tam, str. 54–55.

⁴⁶ Bizjak, str. 175–192.

⁴⁷ Lipnik.

nje zastavljenega cilja: preglednega in stabilnega sistema za zagotavljanje javnega interesa na področju urejanja prostora na eni strani ter razumljivega, razmeroma enostavnega in varnega investicijskega okolja za zasebni interes in gospodarsko pobudo na drugi strani. Pri vrstah in obsegu nalog, ki jih morajo v okviru urejanja prostora izvajati občine, zakonodaja ne pozna nobene razlike med večjimi in manjšimi ali pa mestnimi in preostalimi občinami, kar predstavlja problem zlasti v kadrovsko bolj podhranjenih občinah. Še bolj je problematično, da tudi z vidika prostorskega razvoja zakonodaja vse občine obravnava enako. Med njimi ni povezovalnega člena, ki bi celostno, sistemsko in sistematično zasledoval širše cilje družbe in države kot celote, onkraj ozkih lokalnih interesov. Vse to je privedlo do razmer, ko želi skoraj vsaka občina sama zase umeščati v prostor širok nabor prostorskih ureditev, ne glede na realne potrebe in zmožnosti in ne glede na širši (regijski, državni) vidik.⁴⁸

Na pomanjkanje odgovornosti pri urejanju prostora in zagotavljanju enakih možnosti za vključevanje javnosti pri pripravi in sprejemanju predpisov opozarja tudi Računsko sodišče RS. V revizijskih ugotovitvah navaja, da bi moralo ministrstvo, pristojno za prostor, v skladu s področnim zakonom predpisati podrobnejše pogoje za obravnavo pobud javnosti, vendar tega še ni storilo. Čeprav je načelo javnosti izpostavljeno kot eno temeljnih načel, so v postopku prostorskega načrtovanja pravice javnosti oziroma posameznih predlagateljev sprememb po mnenju Računskega sodišča slabo varovane. Na lokalni ravni se lahko javnost vključi v postopek šele po dopolnjenem osnutku občinskega prostorskega načrta, ko občina novih pobud in večjih sprememb ne more več vključiti v osnutek, ne da bi postopek vrnila na začetek osnutka. Računsko sodišče RS je pozvalo pristojno ministrstvo, da v roku 90 dni po prejemu revizijskega poročila izkaže, da je predpisalo podrobnejše pogoje za obravnavo pobud javnosti s strani občin, česar pa ministrstvo ni storilo. Pri pregledu odzivnega poročila in njegove dopolnitve so ugotovili, da namerava ministrstvo pripraviti Priročnik za obravnavo pobud za spremembo namenske rabe zemljišč. Toda ta po oceni Računskega sodišča RS ni predpis, kot ga v primeru revizijskih ugotovitev predvideva določba področnega zakona, poleg tega pa ni bil pripravljen oziroma sprejet v roku 90 dni po prejemu revizijskega poročila. K temu Računsko sodišče RS dodaja svoje mnenje, da bi moralo biti ministrstvo strokovno dovolj usposobljeno, da naloge s svojega področja opravlja samo, ne da jih oddaja zunanjim izvajalcem in pri tem porablja proračunska sredstva. Po ugotovitvah Računskega sodišča je očitno, da področni zakon v tem pogledu sam predstavlja sistemski vir in strukturni problem izključevanja. Pristojno ministrstvo pa z očitano neodzivnostjo in nestrokovnostjo pri tem očitno sodeluje.⁴⁹

⁴⁸ Ministrstvo za infrastrukturo in prostor RS: Izhodišča normativnih sprememb na področju urejanja prostora in graditve objektov.

⁴⁹ Računsko sodišče RS: Popravljalni ukrepi pri reviziji učinkovitosti urejenosti postopka prostorskega načrtovanja občin – Porevizijsko poročilo.

4.4. Nekateri učinki prostorske problematike na delo sodišč

Vpliv slabega prostorskega urejanja na delovanje sodne oblasti se najbolj kaže pri neuskklajenosti zemljiškoknjižnega stanja z dejanskim stanjem.⁵⁰ V sistemu družbene lastnine so bili posegi v prostor s stanovanjsko gradnjo zelo intenzivni. Zemljišča so bila običajno prenesena na gradbena podjetja, bodisi kot izvajalce ali investitorje gradenj. Po obdobju družbene lastnine, ko so številne pravice ustanovljali in prenašali neknjižno, so sicer s predpisi stvarnopravnega in zemljiškoknjižnega področja uveljavljeni jasni koncepti, vendar so bili sprejeti ob neurejenem dejanskem stanju. Z lastninjenjem je pravica uporabe na družbeni lastnini po zakonu, *ex lege* spremenjena v lastninsko pravico. Iz sodne prakse in strokovnih pravnih mnenj je razvidno, kako zahtevni in dolgotrajni so lahko postopki ugotavljanja, komu dejansko pripada lastninska pravica, tako da imajo sodišča nemalo težav na tem področju.⁵¹

S pregledom sodne prakse se sled slabega urejanja prostorskih zadev razteza od zakonske ravni preko podzakonskih predpisov do občinskih splošnih aktov. Povzetek načelnih ugotovitev, kako državni in lokalni predpisi pri nas vplivajo na delo upravnih sodišč, pa samo dodatno potrjuje iste, sistemske vzroke, kot jih navajajo zgoraj navedeni strateški dokumenti in poročila področnih ministrstev o pomanjkljivostih v državnih predpisih in občinskih splošnih aktih. Še nazornejša je problematika slabih predpisov, razvidna iz odločb Ustavnega sodišča Republike Slovenije o neskladnosti oziroma kršitvah načela ustavnosti in zakonitosti.

5. Zakonodajna sled lobiranja, nedovoljenih vplivov in odklonskih dejanj

Lobistični in drugi interesni vplivi so pri nas formalno urejeni v skladu z demokratičnimi pravili in področnimi etičnimi standardi. Medtem se tudi kultura lobiranja razvija v smeri, da je priznana kot oblika vključevanja in demokratičnega uveljavljanja različnih interesov. Na drugi strani so očitna znamenja prikrite moči lobijev, nezakonitega lobiranja in nedovoljenih vplivov pri upravljanju javnih zadev, ki so med ključnimi dejavniki strukturnega problema izključevanja, tako da skupaj proizvajajo demokratični deficit, neenakost ali diskriminacijo, korupcijo in druga odklonska dejanja.⁵²

Pri urejanju prostora, kar je sicer primarna pristojnost občin, je ob številnih prostorskih aktih presenetljivo, da ni prav veliko podatkov o lobiranju. Glede tega dvomim, da je vzrok domnevno v 56. a členu ZIntPK, ker naj bi ta z zakonsko izjemo puščal odprta vrata nenadzo-

⁵⁰ Igličar in dr., str. 19–22

⁵¹ Klakočar Zupančič, str. 22.

⁵² Igličar in dr., str. 38–42.

rovanemu lobiranju in nedovoljenim vplivom v postopkih priprave in sprejemanja predpisov.⁵³ Določba 56.a člena ZIntPK izhaja iz namena zakonodajalca, da izjemoma podpira »lobiranje« v javnem interesu, ki naj bi ga z namenom krepite pravne države in drugih temeljnih vrednot družbe izvajali predvsem prostovoljci in nepridobitne nevladne organizacije. Toda sam status prostovoljca, nevladne organizacije ali druge ustanove civilne družbe še ne pomeni delovanja v skladu z namenom, ki ga je pri 56.a členu ZIntPK določil zakonodajalec. Zato bi morali predstavniki države in lokalne samouprave v vseh primerih s preverjanjem vztrajati pri sledljivosti in preglednosti (lobističnih) vplivov na predpise. Evidentirati in z enako skrbnostjo kot pri lobistih bi morali preverjati, ali ima predstavnik nevladne organizacije oziroma druge ustanove resnično isti namen, kot je zakonodajalec določil v 56.a členu ZIntPK. To so dejavnosti, ki jih sicer kot obveznost preglednega, sledljivega in odgovornega ravnanja pri pripravi in sprejemanju predpisov ter drugih splošnih aktov zajema institut zakonodajna sled.⁵⁴

Nepregledni in nenadzorovani, nerazkriti vplivi na pripravo in sprejemanje predpisov in javnih politik, pa čeprav iz kroga nevladnih organizacij ali drugih ustanov civilne družbe, niso v javnem interesu niti pravne države niti njenih državljanov in državljanek. Preverjanje, kdo in v imenu koga želi vplivati na pripravo ali sprejemanje predpisov, pa je tudi v spoznavnem (kognitivnem) pomenu prvi pogoj za oceno, ali so dejansko, ne le formalno izpolnjeni vsi zakonski znaki, s katerimi 56.a člen določa izjemo lobiranja. Njen obseg je samo v tem, da tisti, ki dejansko izpolnjuje zakonske pogoje po 56.a členu, ne potrebuje registracije in ostalega, kar je kot pogoj lobiranja določeno za lobiste, poklicne ali nepoklicne. Določba 56.a člena pa v nobenem primeru ne daje odpustkov za zanemarjanje sledljivosti vplivov in s tem preglednosti (transparentnosti) postopka priprave in sprejemanja predpisov ali javnih politik. Nepridobitne nevladne organizacije, ki se tega zavedajo, so evidentiranje in preverjanje svojih stikov s predstavniki lokalne skupnosti, države in EU sprejele kot zgled dobre prakse pri registru transparentnosti na ravni EU.⁵⁵

⁵³ Člen 56a ZIntPK: »Delovanje posameznikov, neformalnih skupin ali interesnih organizacij z namenom vplivanja na odločanje državnih organov in organov samoupravnih lokalnih skupnosti ter nosilcev javnih pooblastil pri obravnavi in sprejemanju predpisov in drugih splošnih aktov, na področju, ki se neposredno nanaša na sistemska vprašanja krepite pravne države, demokracije in varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ne sodi med lobiranje po določbah tega zakona.«

⁵⁴ Igličar in dr., str. 5–14.

⁵⁵ Register in celoten sistem transparentnosti na ravni EU skupaj upravljata Evropski parlament in Evropska komisija; <ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?locale=sl#sl> (13. 10. 2017); glej tudi zakonodajna sled in povezava z Resolucijo Evropskega parlamenta o preglednosti, odgovornosti in integriteti v institucijah EU, op. cit. št. 58.

5.1. Uporabna vrednost zakonodajne sledi v smislu uporabne etike

Zakonodajna sled v administrativno-tehničnem pogledu zagotavlja evidentiranje, sledljivost in preglednost (transparentnost) lobiranja ter drugih vplivov, od začetkov pripravljavanja splošnega pravnega akta do njegovega sprejema. Na tak način, s sledljivostjo in preglednostjo, podpira enake in poštene možnosti, tako da lahko vsakdo z vključevanjem prispeva k učinkovitosti javne kontrole, sprotne nadzora, preprečevanja in odkrivanja nedovoljenih vplivov ter drugih odklonskih dejanj, ki spodkopavajo legitimnost, kakovost in učinkovitost zakonov, podzakonskih predpisov in splošnih aktov.⁵⁶

Pri izvrševanju zakonov, podzakonskih predpisov in drugih splošnih aktov zakonodajna sled učinkuje kot mehanizem naknadne in sprotne kontrole, kako različni vplivi in odločitve v postopku priprave in sprejemanja učinkujejo v praksi. Če to povežemo z ugotovitvami o uporabni etiki, da z osredinjenostjo na konkretne družbene probleme in etične dileme išče najboljše možne rešitve, je uporabna vrednost zakonodajne sledi pri urejanju prostorske problematike toliko večja, tako v etičnem kot v pravnem pomenu. Na splošno pa ima zakonodajna sled ob administrativno-tehničnem evidentiranju vplivov širšo vlogo, da spodbuja k odgovornosti za vladavino prava in pravno državo ter tako prispeva k zmanjšanju demokratičnega primanjkljaja, sistemskih vzrokov odklonskih dejanj ter nezaupanja v javne institucije in pravne akte. S praktično istim namenom je dokončno, z Resolucijo Evropskega parlamenta z dne 14. septembra 2017 o preglednosti, odgovornosti in integriteti, uveljavljena v institucijah EU.

6. Sklepna misel

Prispevek *Uporabna etika in prostorska problematika* je nastal v času, ko v Sloveniji potekajo intenzivne priprave na prenavo Strategije prostorskega razvoja Slovenije – SPRS in Strategije razvoja Slovenije do leta 2030. To sta dolgoročna strateška dokumenta, ki se v marsičem navezuje na cilje Agende 2030 in Vizije Slovenija 2050. Tako kot ob rojstvu uporabne etike gre za vrsto kompleksnih družbenih vprašanj in izzivov, ki narekujejo interdisciplinarno sodelovanje znanosti in prakse. Uporabna etika s primerno etično infrastrukturo lahko veliko pripomore k temu, da z vključevanjem skupnega potenciala raznolikosti, vrednot, uporabnega znanja in deliberativnega pristopa ne samo na prostorskem področju pritegne in motivira celotno družbo.

⁵⁶ Igličar in dr.

Literatura

- BEAUCHAMP, L. T. The Nature of Applied Ethics. V: Frey, G. R., Wellman, C. H. (ur.), *A Companion to Applied Ethics*. Oxford: Blackwell 2003.
- BIZJAK, I. Prostorsko načrtovanje v Sloveniji – je urbanizem mrtev? V: Cerkvjenik, S. Rojnik, E. (ur.), *1. Kongres slovenskih občin*. Ljubljana: Inštitut za javne službe; Maribor Skupnost občin Slovenije; Koper: Združenje mestnih občin Slovenije, 2017.
- BONIOLO, G. The Art of Deliberating Democracy, Deliberation and the Life Sciences between History and Theory. V: Magnani, L. (ur.), *Studies in Applied Philosophy, Epistemology and Rational Ethics*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2012.
- BOŠNJAK, D. Zaradi ostankov zdravil v okolju moški manj plodni, *Delo*, 7. 10. 2017; <www.delo.si/znanje/znanost/zaradi-ostankov-zdravil-v-okolju-moski-manj-plodni.html> (13. 10. 2017).
- ČOK, G. Izdelava variant v okviru urbanističnih delavnic kot metoda za doseganje stopnje legitimnosti prostorskih rešitev. V: Gabrijelčič, P., Fikfak, A. (ur.), in dr., *Igra ustvarjalnosti: urbanistične, urbanistično-arhitekturne in planerske delavnice*. Ljubljana: Fakulteta za arhitekturo, 2012.
- DREIER, R., PAULSON, L. S. (ur.). Gustav Radbruch: *Filozofija prava*. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- Evropski parlament. *Resolucija o preglednosti, odgovornosti in integriteti v institucijah EU*, 14. 9. 2017, <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0358+0+DOC+XML+V0//SL> (13. 10. 2017).
- GABRIJELČIČ, P., FIKFAK, A. (ur.), in dr. *Igra ustvarjalnosti: urbanistične, urbanistično-arhitekturne in planerske delavnice*. Ljubljana: Fakulteta za arhitekturo, 2012.
- GRAD, F., KAUČIČ, I. ZAGORC, S. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2016.
- Gospodarska zbornica Slovenije, Magna ne sme biti poligon za obračunavanje, da se udeleženi vzdržijo žalitev ali sovražnega govora, 4. 9. 2017, <www.gzs.si/mediji/Novice/Article-Id/60955/magna-ne-sme-bit-poligon-za-obracunavanje> (13. 10. 2017).
- IGLIČAR, A., KEČANOVIĆ, B., RIBIČIČ, C. *Zakonodajna sled: sledljivost vplivov v postopkih priprave in sprejemanja občinskih splošnih aktov*. Ljubljana: Inštitut za ustavno pravo, 2017. Dostopno tudi na: <ustava.si/wp-content/uploads/2017/09/Zakonodajna-sled.pdf> (13. 10. 2017).
- JAMIESON, D. *Ethics and the Environment*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- JENULL, H., KEČANOVIĆ, B. Neučinkovitost nadzorstvenih institucij na primeru varstva naravnega okolja (študija primera). V: *Dnevi prekrškovnega prava*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- KEČANOVIĆ, B. (ur.). *3. posvet nacionalne platforme o preprečevanju nasilne radikalizacije in terorizma*, 22. 6. 2017, Brdo pri Kranju, Ministrstvo za notranje zadeve RS – Policija

- in Inštitut za razvoj vključujoče družbe – IRVD. dostop: <www.irvd.si/wp-content/uploads/2014/07/Gradivo-posveta.pdf> (13. 10. 2017). (Citirano Kečanović 2017a.)
- KEČANOVIĆ, B. Vključujoča in varna lokalna skupnost. V: Cerkvenik, S., Rojnik, E. (ur.), *Zbornik 1. kongresa slovenskih občin*, Ljubljana: Inštitut za javne službe; Maribor: Skupnost občin Slovenije; Koper Združenje mestnih občin Slovenije, 2017. (Citirano Kečanović 2017b.)
- KEČANOVIĆ, B., Politika etičnega poslovanja in etična infrastruktura v podporo uresničevanju strateških ciljev javne uprave, prispevek na Dnevih slovenske uprave 2015, Fakulteta za upravo, Ljubljana; <www.irvd.si/wp-content/uploads/2015/05/Kecanovic.pdf> (13. 10. 2017). (Citirano Kečanović 2015a.)
- KEČANOVIĆ, B. Obvladovanje tveganja pri nastajanju in sprejemanju predpisov. *Pravni letopis*, Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2015. (Citirano Kečanović 2015b.)
- KEČANOVIĆ, B. Pomen vključujoče družbe pri urejanju in nadzoru lobiranja. *Podjetje in delo*, 2014, št. 6-7.
- KLAKOČAR ZUPANČIČ, U. Določitev pripadajočega zemljišča k stavbi po ZVEtL. *Pravna praksa*, 2011, št. 43.
- LIPNIK, M. *Zasebna in javna last v soseskah skozi zgodovino*; intervju. 8. december 2015. Dostopno na: <javnepovrsine.wordpress.com/2015/12/08/intervju-12-martina-lipnik/> (13. 10. 2017).
- MARMOR, A. (2004), Should We Value Legislative Integrity? *Public Policy Research Paper* University of Southern California Law School, 2004, št. 14.
- Ministrstvo za infrastrukturo in prostor RS. *Izhodišča normativnih sprememb na področju urejanja prostora in graditve objektov*, št. 35001-76/2013/27, 13. 11. 2013; <www.izs.si/fileadmin/dokumenti/Zakonodaja/spremembe-zakonodaja-2014/Izhodisca-MzIP-13-11-13.pdf> (13. 10. 2017).
- MLINAR, Z. (ur.). *Kakšna sociologija? Za kakšno družbo?* Ljubljana: SAZU, 2016.
- NARED, J. Participativno raziskovanje in načrtovanje kot del študijskega procesa. V: Bartol, B., in dr. (ur.), *Slovenski prostor 2050: vizije prostorskega razvoja Slovenije*. Ljubljana, Ministrstvo za okolje in prostor, 2016. Dostopno na: <www.mop.gov.si/fileadmin/mop.gov.si/pageuploads/podrocja/prostorski_razvoj/slovenski_prostor_2050.pdf> (13. 10. 2017).
- PARKINSON, J. *Deliberating in the Real World: Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy*. New York: Oxford University Press, 2005.
- PAVČNIK, M. *Teorija prava*, Ljubljana: GV Založba, 2015.
- PRIJATELJ, V. M., HOČEVAR, B. Zelo strupeni plini bi najprej poškodovali dihala. *Delo*, 8. 6. 2017, <www.delo.si/novice/okolje/zelo-strupeni-plini-bi-najprej-poskodovali-dihala.html?iskalnik=Barbara%20Ho%C4%8Devar> (13. 10. 2017).
- Računsko sodišče RS, *Popravljalni ukrepi pri reviziji učinkovitosti urejenosti postopka prostorskega načrtovanja občin*, Porevizijsko poročilo, št. 320-1/2016/48, 11. 10. 2017, <www.rs-rs

- si/rsrs/rsrs.nsf/I/KD07770148F79677DC12581B60045AF29/\$file/ProstorskoNacrtovanje_porev.pdf> (13. 10. 2017).
- Služba Vlade RS za razvoj in evropsko kohezijsko politiko. *Strategija razvoja Slovenije 2030 – osnutek*, <http://www.svrk.gov.si/fileadmin/svrk.gov.si/pageuploads/Osnutek_SRS2030_-_javno_posvetovanje.pdf> (6. 11. 2017).
- SPLICHAL, S. (ur.). *Zagovor javnosti: med svobodo izražanja in sovražnim govorom*. Ljubljana: SAZU, 2017.
- STRAHOVNIK, V. Spoznavne vrline, integriteta in etika javne uprave. V: Kečanović, B. (ur.) in dr. *Javna etika in integriteta: odgovornost za skupne vrednote*. Ljubljana: KPK, 2012.
- TILLMAN, J. J. *An Integrative Model of Moral Deliberation*. London: Palgrave Macmillan, 2014.
- Vlada Republike Slovenije. *Politika napredka in kakovosti sodobne javne uprave, sprejeta v podporo uresničevanju Strategije razvoja javne uprave*, št. 01000/- 9/2014/11, 29. 4. 2015, <http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/SOJ/2015/POLITIKA_NAPREDKA.pdf> (6. 11. 2017).
- Vlada Republike Slovenije. *Poročilo Medresorske delovne skupine za usklajevanje aktivnosti v zvezi s posledicami požara v podjetju Kemis, d. o. o.*, 6. 7. 2017, <www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/Sporocila_za_javnost/2017/07/20170710_Kemis_koncno_porocilo.pdf> (13. 10. 2017).
- VODEB, V., in dr. *Nacionalno poročilo o urbanem razvoju – Habitat III*. Ljubljana: Ministrstvo za okolje in prostor, Direktorat za prostor, graditev in stanovanje, 2016.



Drugi prispevki

IV.

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku

MATIJA DAMJAN

Razlikovanje med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli

DAMJAN MOŽINA

Odškodninska odgovornost delodajalca

URŠA UŠENIČNIK

*Bail-in ter poseg v lastninsko pravico skozi prizmo
Sodišča Evropske unije*

PETRA HREN

*Oblike oporok v slovenskem pravu in možnost
elektronske oporoke*

INESE DRUVIETE, ĒRIKS K. SELGA

*Investor-State Arbitration and the Hundreds
of Latvian Arbitration Tribunals*

DEILTON RIBEIRO BRASIL, FABRÍCIO VEIGA COSTA,

REGINALDO GONÇALVES GOMES, ÉRICA PATRÍCIA MOREIRA DE FREITAS
*A (Non-)Applicability of Conventions 148 and 155 of the International
Labour Organization in the Brazilian Domestic Law*

Strokovni članek
347.956

Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ
*dr. pravnih znanosti, višja sodnica
svétnica na Višjem sodišču v Ljubljani*

1. Razlogi za novosti v pritožbenem postopku

Novosti, ki jih za pritožbeni postopek, zlasti za pritožbo zoper sodbo, prinaša novela ZPP-E, so med pomembnejšimi. Glede na cilje, ki si jih je zakonodajalec postavil, si ravno glede sprememb pri sojenju sodišč druge stopnje veliko obeta, kar je bilo večkrat poudarjeno v vseh fazah sprejemanja novele.¹ Eden glavnih ciljev tudi tokratnih sprememb temeljnega procesnega predpisa je namreč racionalizacija in pospešitev, torej skrajševanje pravnih postopkov, še posebej reduciranje sojenja na čim manj stopenj. Namen je zmanjšati delež oziroma število razveljavitev prvostopenjskih sodb in vračanja zadev na sodišča prve stopnje. Sedanja statistika kaže glede tega razmeroma slabo stanje, kar kot primer ponazarjajo statistični podatki za leto 2016 Višjega sodišča v Ljubljani, ki je največje pritožbeno sodišče v državi; lani je bilo od vseh pritožbenih zadev (vseh štirih pritožbenih sodišč) pri njem vloženi 57,57 odstotka. Od 3.389 civilnih (pravnih in nepravnih) zadev, ki jih je Višje sodišče v Ljubljani obravnavalo leta 2016, je bilo razveljavljenih kar 20,22 odstotka prvostopenjskih odločitev. Statistika v gospodarskih sporih je sicer nekoliko boljša: od 1.433 gospodarskih sporov je bilo razveljavljenih 12,17 odstotka odločitev. Na obeh področjih (oddelkih) je bilo spremenjenih odločitev nekaj več kot 13 odstotkov, preostalo so potrjene odločitve (66,44 odstotka na civilnem področju, 73,92 odstotka na gospodarskem).

¹ Ocena stanja in razlogi za sprejem zakona; EVA 2013-2030-0093.

2. Podaljšan pritožbeni rok in poravnava pred sodnikom posameznikom

Sprememba, ki je glede na omenjeni cilj pravzaprav paradoksalna, a je nedvomno pozitivna, je podaljšanje roka za pritožbo zoper sodbo s petnajst na trideset dni, enak rok pa bo veljal za odgovor na pritožbo. Domnevni prihranek trajanja postopka na račun dolžine pritožbenega roka gotovo ne odtehta koristi, ki se od te spremembe obeta. Omogočila bo boljši premislek glede vložitve pritožbe in njeno večjo kakovost. Včasih bo olajšala povsem praktične ovire za vložitev, zlasti če gre za stranko iz tujine, ko je treba zagotoviti prevode, v nekaterih primerih pa bo naredila tudi prostor za morebitna pogajanja med strankama.

Naslednja sprememba, ki je na prvi pogled sicer videti neproblematična in je tudi glede na cilj vsekakor dobrodošla, je možnost sklenitve poravnave pred sodnikom poročevalcem posameznikom, ne da bi zadevo prej obravnaval senat. Ta novost je gotovo namenjena večji praktičnosti zaradi mediacijskih postopkov, ki se ob uspešnem koncu formalizirajo s sklenitvijo sodne poravnave, za kar naj ne bi bilo potrebe po navzočnosti vseh treh članov pritožbenega senata. Vendar ta novost v ničemer ni omejena na primere mediacije, kar pomeni, da jo lahko uporabi vsak sodnik poročevalec. Konceptualno novost ni povsem neproblematična, čeprav ne more biti dvoma, da je skoraj vsaka sporazumna rešitev spora dobrodošla. Toda sodnik poročevalec, ki bo opravil poravnalni pritožbeni narok, o zadevi še ne bo poznal stališča senata, imel bo le svoje (»delovno«) stališče. V fazi poravnavanja se seveda sodnik poročevalec ne bo izrekal o utemeljenosti vložene pritožbe, vendar bo v okviru spodbujanja in pomoči pri poskusu sklenitve poravnave bržkone vsaj delno razkril svoja pravna stališča. Menim, da se to konceptu senatnega sojenja na drugi stopnji ne prilega najbolje, še zlasti ker novela ne predvideva podajanja ločenih mnenj višjih sodnikov članov senata v fazi odločanja senata o pritožbi, kot se to po novem omogoča vrhovnim sodnikom v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi. Stranke se bodo morale zavedati, da gre morda za stališče manjšine senata.

3. Nadomestna sodba

Ena pomembnejših novosti, ki jo novela ZPP-E vnaša v pritožbeni postopek, je nadomestna sodba (novi 343.a člen). Gre za možnost, da očitano kršitev po 14. točki (nerazumljivost sodbe; nasprotujoči si ali bistveno pomanjkljivi razlogi, nasprotje med izrekom in razlogi) in 15. točki (napaka pri povzemanju navedb ali dokazov) drugega odstavka 339. člena ZPP odpravi prvostopenjsko sodišče samo, in sicer tako, da izda nadomestno sodbo. Gre za specifično obliko poprave sodbe, ko je napaka očitna, a očitno ni (le) posledica strojepisne pomote v črkah in številkah.

Čeprav statistike razveljavljenih zadev na pritožbenih sodiščih niso posebej izdelane glede na posamezne kršitve, je kršitev zlasti po 14. točki (precej manj po 15.) gotovo ena pogostej-

ših postopkovnih napak prvostopenjskih sodnikov, ki terja razveljavitev njihovih odločitev in vrnitev zadev v ponovno sojenje sodišču prve stopnje, saj je ta kršitev že po naravi taka, da je pritožbeno sodišče ne more odpraviti samo.² Če bi z nadomestno sodbo sanirali vsaj del teh kršitev, bi se to takoj ugodno odrazilo na deležu razveljavljenih zadev. Rešitev je sama po sebi sicer dobrodošla in koristna, vendar bo morda, predvsem zaradi ne posebej razdelane (podnormirane) ureditve, v praksi z njo največ zapletov.

Prvo vprašanje je bolj formalno-tehnično, in sicer, ali prvostopenjski sodnik ob izdaji ali pred izdajo nadomestne sodbe že izdano lastno sodbo razveljavi. Menim, da ne, saj za to v noveli ni podlage. Formalno-tehnično je tudi vprašanje, ali je nadomestna sodba popolna, cela, nova sodba ali pa po analogiji dopolnilne sodbe ali poprave sodbe le nekakšna delna odločba, ki vsebuje samo tisto, kar je novo, drugačno, spremenjeno ali dopolnjeno. Glede na besedilo določila, ki to novost uvaja, menim, da je to nova popolna sodba.

Naslednje je vprašanje, ali sme prvostopenjsko sodišče nadomestiti (popraviti, prilagoditi, dopolniti) le razloge, ki so si nasprotujoči ali nasprotujejo odločitvi (izreku), ali pa sme poseči tudi v izrek sodbe. Menim, da besedilo novele zakona nadomestne sodbe ne omejuje na razloge sodbe. Tudi iz obrazložitve predloga zakona izhaja, da je zakonodajalec s tem meril tako na spremembo obrazložitve kot na spremembo izreka.³ Ob poseganju v izrek sodbe pa se z nadomestno sodbo poseže v pravico nasprotne stranke, kar verjetno ne bi bilo prav brez predhodne zagotovitve kontradiktornosti, torej vročitve pritožbe nasprotni stranki in njenega morebitnega odgovora. Novost je namreč umeščena pred določbo o vročanju pritožbe v odgovor.

Največ dilem pa se bo odprlo, če bo zoper sodbo vložena pritožba z obeh strani, sodišče prve stopnje pa bi z nadomestno sodbo »saniralo« (na primer s spremembo izreka sodbe) le nekatere očitane kršitve iz pritožbe ene stranke. Po novi določbi drugega odstavka 343.a. člena ima stranka zoper novo sodbo pravico do pritožbe. To verjetno pomeni, da imata obe stranki pravico do pritožbe zoper novo sodbo, toda vprašanje je, ali tudi dolžnost, torej ali se prejšnje pritožbe (zoper sodbo, ki je nadomeščena, ki je torej ni več) sploh ne upoštevajo. Najbrž ne bi bilo ustrezno, da bi stranka takso za pritožbo v takem primeru plačala dvakrat, toda tu gre tudi za odvetniški strošek z novo pritožbo. Zastavlja se vprašanje, ali se stranka lahko samo z obvestilom sodišču sklicuje na že vloženo pritožbo in ali mora biti o tem posebej poučena, ali se torej *mora* znova pritožiti, čeprav o njeni prvi pritožbi pristojno pritožbeno sodišče sploh še ni odločalo. Zastavlja se tudi vprašanje, ali lahko stranka v novi pritožbi uveljavlja popolnoma druge, nove razloge, na primer tudi glede (dela) odločitve, v katero ni bilo z nadomestno sodbo nič poseženo. Ali se torej vsebinsko prejšnja (»stara«) pritožba vendarle kakorkoli upošteva? Najpreprostejša in najbolj »čista« se zdi rešitev, da se stanje presoja, kot da z nadomestno

² Prim. Zobec 2009, str. 444–445 in nasl.

³ Glej Oceno stanja in razlogi za sprejem zakona; EVA 2013-2030-0093, str. 198.

sodbo stare sodbe ni več, in mora stranka, če želi njen pritožbeni preizkus, (znova) vložiti pritožbo, sicer obvelja nadomestna sodba.⁴ Morda je to najmanj problematično oziroma sporno, če je pritožnik v pritožbi uveljavljal le kršitev, ki se z nadomestno sodbo odpravlja. Sicer pa menim, da je v tem primeru korektno, da je stranka v pravnem pouku na to posebej opozorjena in da ni obremenjena s ponovnim plačilom sodne takse.

4. Omejitev kasacijskih pooblastil

Druga bistvena novost v pritožbenem postopku je pritožba zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje (novi 357.a člen). S tem se uvaja (nujna) kontrola želenega omejevanja kasacijskih pooblastil pritožbenega sodišča, torej povečanja deleža meritorne odločitve na drugi stopnji brez vračanja zadev v novo sojenje, kar je bil namen že novele ZPP-D, ki pa, morda tudi zaradi neobstoja kontrolnega mehanizma, glede tega ni bila posebej uspešna. Delež pritožbenih obravnav, na katerih je pritožbeno sodišče samo dopolnilo dokazni postopek ali saniralo ugotovljene kršitve, je ostal razmeroma majhen.⁵ Strinjam se s prof. Galičem, ki že dolgo opozarja, da se je (sicer ustavna) pravica do pritožbe preveč poudarjala (absolutizirala) in da je bila pogosto (le) priročen izgovor, da pritožbeno sodišče ni samo meritorno odločilo v sporu, temveč je sodbo razveljavilo in jo vrnilo sodišču prve stopnje.⁶ Zdaj je določeno, da pritožbeno sodišče (nikoli) ne razveljavi sodbe sodišča prve stopnje, če bi to povzročilo hujšo kršitev strankine pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (novi drugi odstavek 354. člena in novi drugi odstavek 355. člena ZPP). Kaj pomeni, da je kršitev pravice do sojenja v razumnem roku hujša, bo stvar presoje. Menim, da bodo prišla v poštev zlasti merila, ki jih glede presoje kršitev te pravice določa Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (4. člen). Kdaj je torej razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje sploh še mogoča oziroma primerna, bo skozi prakso odločanja o pritožbi zoper sklep o razveljavitvi povedalo Vrhovno sodišče. Odločanje o teh pritožbah, za katere edini dopusten razlog je to, da pritožbeno sodišče ni meritorno odločilo, je prednostno, sklepi Vrhovnega sodišča o tem pa ne bodo obrazloženi. V delovnih in socialnih sporih, ker je taka pritožba po 30. členu Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (ZDSS-1) že predvidena, Vrhovno sodišče do razveljavitev ni bilo pretirano strogo,⁷ vendar so pogoji za to po ZPP-E zdaj še bolj jasno zaostreni. Ker

⁴ Tako v obrazložitvi predloga zakona (Ocena stanja in razlogi za sprejem zakona; EVA 2013-2030-0093, str. 198), kjer se navaja primerljiva ureditev iz Zakona o upravnem postopku.

⁵ Na pravnem oddelku Višjega sodišča v Ljubljani je bilo tako leta 2016 skupno le petnajst pritožbenih obravnav, od tega štiri s področja družinskega prava, pri čemer je delež družinskih primerov v pripadu zadev razmeroma majhen (približno 2 odstotka).

⁶ Galič 2017, str. 52–53, Galič 2005, Galič 2004, str. 408; prim. tudi Zobec 2009, str. 29–30.

⁷ Glej na primer odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije Dsp 4/2010, Dsp 93/2009, Dsp 2/2010, Dsp 61/2009 in druge.

razveljavitev še vedno ni absolutno prepovedana, bi si jo lahko zamislili tedaj, ko sodišče prve stopnje zadeve sploh še ni vsebinsko obravnavalo, pač pa je tožbo zavrglo, ker je na primer napačno ocenilo, da je stranka zamudila prekluzivni rok za njeno vložitev, ali ko je neutemeljeno zavrnilo zahtevek zaradi zastaranja, verjetno tudi, če ni obravnavalo ugovora pobota. V teh primerih bi se namreč prvo pravo sojenje začelo (in končalo) na eni sami stopnji.

Menim, da se 357.a člen ZPP enako uporablja tudi v vseh nepravdnih postopkih (v družinskih, dednih, klasičnih nepravdnih itd.), in to ne glede na 366. člen, da se določbe o pritožbi zoper sodbo v postopku pritožbe zoper sklep uporabljajo »smiselno«, in ne glede na določbo 163. člena Zakona o dedovanju in 37. člena Zakona o nepravdnem postopku, da se ZPP uporablja subsidiarno oziroma smiselno. Res je sicer, da so izredna pravna sredstva v nepravdnih postopkih zelo omejena, vendar gre tu za nekaj drugega – za nadzor nad višjimi sodišči samo z vidika zakonodajalčevega cilja, da se čim več zadev zaključi ob prvem sojenju, pa čeprav pred višjim sodiščem. Zato menim, da ne glede na »omejitveni« dostop do Vrhovnega sodišča v nepravdnih postopkih (ki je vsebinski) ni razlogov, da se 357.a člen ZPP ne bi uporabljal v vseh nepravdnih postopkih, ko gre za končne sklepe v teh postopkih.

Utegnejo se sicer pojaviti težave povsem praktične narave. Vzemimo primer nepravdnega postopka za določitev meje, ko bi prvostopenjsko sodišče mejo določilo po napačnem merilu in bi bil za pravilno končno odločitev potreben ogled na kraju samem. V naši pravosodni tradiciji se zdi nenavadno, da bi to opravil pritožbeni senat. Enako velja za marsikatero druge nepravdne postopke (npr. pridržanje na zdravljenju brez privolitve). V takih primerih je morda smiselno, da se odločitev prvostopenjskega sodišča razveljavi ob upoštevanju manj strogih meril novega 355. člena ZPP. Izvedba obravnave se v teh zadevah po naravi stvari bolje prilega sodniku posamezniku, torej prvostopenjskemu sodniku. Res je, da se pooblastila za izvedbo pritožbene obravnave v nekaterih okoliščinah lahko prenesejo na sodnika poročevalca, vendar te okoliščine v omenjenih zadevah niso nujno vedno podane.⁸

Postavlja se še vprašanje roka za vložitev te pritožbe. Šesti odstavek 357.a člena ZPP določa, da se v postopku s to pritožbo smiselno uporabljajo določbe tega zakona, ki urejajo pritožbo zoper sklep sodišča prve stopnje, kar glede na drugi odstavek 363. člena ZPP pomeni, da velja za vložitev te pritožbe petnajstdnevni pritožbeni rok. Tak rok pa ni smiseln v primerih, kjer je rok za pritožbo zoper meritorno končno odločitev prvostopenjskega sodišča krajši, recimo v zadevah zaradi objave popravka po Zakonu o medijih in v primerih pridržanja na zdravljenju v psihiatrični bolnišnici brez privolitve po Zakonu o duševnem zdravju, kjer je rok za pritožbo zoper sodbo oziroma sklep sodišča prve stopnje tri dni. Menim, da je v teh primerih smiseln in primeren enak, torej tridnevni, ne petnajstdnevni rok.

⁸ Prvi odstavek 39. člena Zakona o medijih (ZMed), prvi odstavek 50. člena Zakona o duševnem zdravju (ZDZdr).

5. Obvestilo stranki, da pritožba nima možnosti za uspeh

Tretja bistvena novost v pritožbenem postopku je sicer omejena le na gospodarske spore, gre pa za nekakšno zavrnilno pismo, namreč obvestilo stranki, da zadeva nima možnosti za uspeh (spremenjeni 490. člena ZPP). Pogoj, da se višje sodišče lahko odloči za to možnost, je, da je senat soglasen o tem, da je pritožba očitno neutemeljena in da zadeva ni pomembna za zagotovitev pravne varnosti, enotnost sodne prakse ali razvoj prava z njo. V tem primeru se stranka o ključnih razlogih za nameravano zavrnitev pritožbe obvesti s pozivom, da v določenem roku izjavi, ali pri pritožbi vztraja ali pa jo umika. Če jo umakne, se ji vrne polovica plačane takse za pritožbo, in sicer glede na tarifno številko 1122 Zakona o sodnih taksah (ZST-1). Novost je povzeta po nemški ureditvi, kjer naj bi dobro delovala, zlasti kadar stranka ne želi negativnega precedensa v svoji stvari oziroma kadar revizija ni dovoljena.⁹ Sama sem do te novosti skeptična, glede na zakonske pogoje, ki so pojmovno sicer dokaj odprti, pa vendarle menim, da se za to možnost pritožbeni senati ne bodo (pre)pogosto odločali.

6. Prehodni režim

Nekaj nejasnosti so glede začetka veljavnosti nekaterih omenjenih novosti vnesle prehodne določbe zakona, in sicer o novem, daljšem roku za pritožbo zoper sodbo, uporabi določb o nadomestni sodbi in uporabi novih določb v primeru, ko je sodba razveljavljena in se sojenje ponovi pred sodiščem prve stopnje. Datum začetka uporabe novega zakona je 14. 9. 2017 (132. člen ZPP-E). Zaradi dikcije 125. člena novele so mogoče različne razlage, od kdaj se uporablja z novelo vpeljeni daljši, to je ne več petnajstdnevni, temveč tridesetdnevni rok za pritožbo zoper sodbo (prvi odstavek 333. člena ZPP, 81. člen ZPP-E). Določba tretjega odstavka 125. člena ZPP-E se glasi: »*Postopek, ki se je začel pred začetkom uporabe tega zakona, se pred sodiščem druge stopnje in pred vrhovnim sodiščem nadaljuje po določbah tega zakona, če je odločba, s katero se postopek pred sodiščem prve stopnje konča, izdana po začetku uporabe tega zakona.*« Na prvi pogled se sicer zdi, da pravni pouk spada k sodbi, ki je dejanje v postopku pred sodiščem prve stopnje. Pravni pouk je namreč sestavni del sodbe sodišča prve stopnje (prvi odstavek 324. člena ZPP). Vendar mora biti pravni pouk pravilen, napačen stranki ne more škoditi. Zavzemam se za razlago, da določba o pritožbenem roku spada k postopku pred sodiščem druge stopnje (gre za prvo določbo iz razdelka zakona o postopku z rednimi pravnimi sredstvi, ki so v pravdi po definiciji devolutivna in o katerih odloča sodišče druge stopnje; prim. 35. člen ZPP), pravni pouk v prvostopenjski sodbi pa v tem delu le opozarja na

⁹ Glej obrazložitev predloga zakona (Ocena stanja in razlogi za sprejem zakona; EVA 2013-2030-0093), str. 219–220.

ureditev iz drugostopenjskega postopka. Drugi argument je *in dubio pro litiges*, kar tudi vodi do tridesetdnevnega roka za vse sodbe, izdane od 14. 9. 2017 dalje.

Glede na namen novele je bil zakonodajalčev cilj verjetno tudi, da se institut nadomestne sodbe začne uporabljati takoj, vendar glede na dikcijo prvega in tretjega odstavka 125. člena ZPP-E (prvi odstavek se glasi: »Postopek, ki se je začel pred začetkom uporabe tega zakona, se konča po določbah do sedaj veljavnega zakona, če ni v tem zakonu drugače določeno.«) ta cilj ne more biti dosežen, saj ne gre za »postopek pred sodiščem druge stopnje«, ker nadomestno sodbo izda sodišče prve stopnje. Ta institut je torej pridržan za zadeve, v katerih se bo postopek začel po začetku uporabe novele.

Menim, da velja enako za postopke, ki se zaradi razveljavitve odločitve vrnejo v novo sojenje oziroma v nov postopek, čeprav bi bilo morda smiselno ali zaželeno, da bi se nekatere določbe ZPP-E že uporabile (na primer glede ravnanja s tajnimi podatki ali glede končne besede). Sledeč besedilu prehodne določbe novela tega ne omogoča, saj ti postopki (ki se po razveljavitvi začnejo znova) namreč še niso (pravnomočno) končani.

Zastavlja se še vprašanje uporabe določb ZPP-E v pritožbenem postopku za sodne odločbe, izdane po 14. 7. 2017, ki se nanaša na postopek pred sodiščem prve stopnje pri presoji procesnih kršitev. Postopek se je torej vodil po ZPP (do novele D); prehodna določba (prvi odstavek 125. člena novele E). Menim, da je edino logično, da se zakonitost izvedenega postopka presoja po pravilih, ki so veljala v času tega postopka, torej ne po ZPP-E, tudi če je sodba izdana po uveljavitvi novele. Ni dopustno, da bi nova merila in novi instituti (prek presoje pritožbenega sodišča) veljali za nazaj.¹⁰

Literatura

GALIČ, Aleš. Izvajanje nekaterih določb Zakona o delovnih in socialnih sodiščih. *Pravosodni bilten*, 2007, letn. 28, št. 2, str. 29–48.

GALIČ, Aleš. Prve izkušnje z novelo ZPP-D. V: *VIII. dnevi civilnega prava*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2005, str. 30–43.

GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.

GALIČ, Aleš. *Zakon o pravdnem postopku (ZPP) z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona in stvarnim kazalom Aleša Galiča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2008.

GALIČ, Aleš. *Zakon o pravdnem postopku (ZPP) z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona in stvarnim kazalom Aleša Galiča*. 6., dopolnjena izd. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.

¹⁰ Nesmiseln bi bil denimo očitek sodniku prve stopnje, da ni izdelal načrta postopka, da ni ustrezno ravnal s tajnimi podatki ipd.



- UDE, Lojze, in drugi. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, 2005.
- ZOBEC, Jan. Ugotavljanje dejanskega stanja na pritožbeni stopnji. V: *Pravni letopis 2009*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2010, str. 30–43.
- ZOBEC, Jan. *Zakon o pravnem postopku s komentarjem, 3. knjiga*. Ljubljana: GV Založba in Uradni list Republike Slovenije, 2009.

Izvirni znanstveni članek
347.78:792.026

Razlikovanje med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli

MATIJA DAMJAN
dr. pravnih znanosti, raziskovalec
na Inštitutu za primerjalno pravo pri
Pravni fakulteti v Ljubljani

1. Male in velike avtorske pravice

Razlikovanje med malimi in velikimi avtorskimi pravicami se uporablja že od prvih začetkov kolektivnega upravljanja avtorskih pravic na glasbi sredi 19. stoletja v Franciji.¹ Velike pravice se nanašajo na javno priobčitev glasbe v odrski postavitvi in jih avtorji dramsko-glasbenih del (oper, operet, muzikalov ipd.) tradicionalno uveljavljajo individualno. Skladatelj operne glasbe ali njegov zastopnik se na primer s predstavnikom operne hiše dogovori o prenosu pravic za izvedbo določenega števila opernih predstav. Male pravice pa se nanašajo na javno priobčitev glasbe izven dramskega konteksta, na primer z živo izvedbo v lokalu, dandanes pa še pogosteje s predvajanjem glasbenih posnetkov ali oddajanjem po radiu ali televiziji. Ker je takšne uporabe glasbe veliko več, individualno dogovarjanje ne bi bilo praktično, zato za uveljavljanje teh pravic avtorji navadno pooblastijo kolektivno organizacijo.² Gre torej za ločnico med individualnim in kolektivnim upravljanjem pravic. Glede na to je delitev na male in velike pravice odvisna od tega, kakšen obseg materialnih avtorskih pravic (zlasti v okviru pravice priobčitve javnosti) je prenesen v upravljanje kolektivne organizacije, bodisi na podlagi pogodbe z avtorjem bodisi neposredno na podlagi zakona, kar velja v primeru obveznega kolektivnega upravljanja malih pravic.³

Opisanemu izhodišču sledi tudi zakonska ureditev v Sloveniji, ki za male pravice na glasbi predpisuje obvezno kolektivno upravljanje. Zakon o kolektivnem upravljanju avtorske in so-

¹ Piaskowski, str. 171–172.

² Homann, str. 93–94. Glej tudi Staudt in Czaplá, str. 275–276.

³ Staudt in Czaplá, str. 276.

rodnih pravic (ZKUASP)⁴ v 1. točki 9. člena določa, da imetnik pravic lahko upravlja svoje pravice na že objavljenih avtorskih delih le po kolektivni organizaciji (obvezno kolektivno upravljanje), če gre za priobčitev javnosti neodrskih glasbenih in pisanih del, razen pravice dajanja na voljo javnosti. Pred letom 2016 je bila enaka rešitev določena v 1. točki 147. člena Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP),⁵ le da ZASP pravice dajanja na voljo javnosti ni izločal iz obsega obveznega kolektivnega upravljanja. V ZASP je bila priobčitev javnosti neodrskih glasbenih in pisanih del poimenovana s skupnim izrazom »male pravice«, medtem ko se v ZKUASP ta izraz izrecno ne uporablja več, vendar lahko pričakujemo, da se bo v pravni literaturi in sodni praksi uporabljal še naprej.⁶ Uporabil ga je tudi Urad RS za intelektualno lastnino v izreku dovoljenj za kolektivno upravljanje, in sicer Združenju SAZAS za javno priobčitev neodrskih glasbenih del (male glasbene pravice)⁷ ter Društvu ZAMP za javno priobčitev neodrskih pisanih del (male pravice).⁸ Pravilnik o zaščiti glasbene avtorske pravice in delitvi avtorskih honorarjev, ki ga je sprejelo Združenje SAZAS,⁹ v 21. členu pojasnjuje, da avtorska pravica, ki izhaja iz naslova priobčitve javnosti neodrskih glasbenih del (t. i. male avtorske pravice), izvira iz javnega izvajanja in javnega oddajanja neodrskih glasbenih del.

Izraz velike pravice v naši zakonodaji ni bil nikoli opredeljen, lahko pa negativno definicijo izpeljemo iz opredelitve malih pravic: velike pravice se nanašajo na vse oblike javne priobčitve glasbenih del, ki niso zajete s pojmom malih pravic.

Čeprav sta izraza male in velike pravice v praksi kolektivnega upravljanja in strokovni literaturi zelo uveljavljena tako v Sloveniji kot v drugih državah, v pravnem smislu pojma nista jasno opredeljena.¹⁰ Glede na določbo 1. točke 9. člena ZKUASP je za razlikovanje med njima odločilno vprašanje, ali gre za odrsko ali neodrsko delo. Na prvi pogled je delitev jasna, ker pa zakon ne opredeljuje, katera dela so neodrska, se v praksi pojavljajo različni pogledi in razlage, kaj velja, če se glasbeno delo priobči javnosti drugače, kakor je bilo prvotno namenjeno, na primer, če se pesem prepeva kot del dramske predstave, če tenorist operno arijo zapoje na koncertu ali če se zvočni posnetek takšne izvedbe predvaja po radiu. V tem prispevku skušam opredeliti merila, na podlagi katerih je mogoče razlikovati med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli, oziroma natančneje, takšnimi načini priobčitve glasbenih del.

⁴ Ur. l. RS, št. 63/16.

⁵ Ur. l. RS, št. 16/07 – uradno prečiščeno besedilo, 68/08, 110/13, 56/15 in 63/16 – ZKUASP.

⁶ Drobež, str. 145.

⁷ Dovoljenje št. 800-3/96 z dne 12. 3. 1998.

⁸ Dovoljenje št. 800-9/96 z dne 14. 11. 1997.

⁹ Čistopis z dne 22. 3. 2013, dostopen na spletnem mestu združenja: <https://www.sazas.org/Portals/0/Dokumenti/Razno/Pravilnik_o_za%C5%A1%C4%8Diti_glasbene_avt_pravice.pdf> (5. 11. 2017).

¹⁰ Trampuž, str. 58; Karbaum, str. 1; Drobež, str. 149.

2. Pojem odrskega glasbenega dela

Pojem odrskih glasbenih del je pomensko precej odprt. Po navadni jezikovni razlagi bi glede na uporabo pridevnika odrski lahko sklepali, da gre za opredelitev lastnosti avtorskega dela: šlo naj bi za delo, ki se izvaja na odru oziroma je namenjeno izvajanju na odru. Vendar podrobnejša analiza pokaže, da odgovor ni tako preprost, saj se na odru lahko izvajajo praktično vsa glasbena dela, prav tako je mogoče v okviru odrske predstave javno predvajati fonograme glasbenih del. V teoriji zato ni sporno, da pojma odrski ne smemo razlagati dobesedno, v smislu fizičnega odra, na katerem se izvaja glasbeno delo, temveč ta izraz označuje dramaturško zgradbo in izvedbo avtorskega dela.¹¹ Zato se tudi tako glasbeno delo, ki se v posameznem primeru fizično izvaja na odru, v pravnem smislu lahko šteje za neodrsko glasbeno delo.

Pri razlagi, kaj v zakonu pomeni izraz odrsko, si lahko pomagamo s 26. členom ZASP. Ta v okviru pravice javnega izvajanja razlikuje med javnim glasbenim izvajanjem, kjer se glasbeno delo priobči javnosti z živo izvedbo, in javnim uprizarjanjem, kjer se delo priobči javnosti z odrsko uprizoritvijo. Iz tega je razvidno, da živa izvedba glasbe na odru še ne pomeni odrske uprizoritve glasbenega dela, ampak je slednji pojem ožji. Izraz odrski v smislu 9. člena ZKUASP je treba razlagati v smislu odrske uprizoritve glasbenega dela.

Višje sodišče v Ljubljani je v sodbi II Cp 4797/2008 z dne 25. 3. 2009 zavrnilo stališče tožene stranke, da glasbeno delo, ki je v živo izvajano na odru, ni neodrsko glasbeno delo (in da torej ni predmet obveznega kolektivnega upravljanja). Stranka je menila, da bi za neodrsko glasbeno delo šlo le, če bi predvajala posnetke glasbe, medtem ko naj bi pri živi izvedbi glasbe na odru šlo za odrsko delo. Sodišče je s sklicevanjem na Pravilnik o javni priobčitvi glasbenih del,¹² ki ga je na podlagi zakonskega pooblastila sprejelo Združenje SAZAS, pojasnilo, da so odrska dela opere, operete, baleti in podobno (točka b 2. člena pravilnika), neodrska pa oratoriji, kantate, dela resne in zabavne glasbe (točka a 2. člena pravilnika). Koncert zabavne glasbe torej po mnenju sodišča brez dvoma spada med tipična neodrska glasbena dela.

3. Stališča nemške teorije in sodne prakse

Pojem malih pravic se v sodbah slovenskih sodišč pojavlja pogosto (večinoma v sporih o plačilu nadomestila za javno priobčitev glasbe), vendar sodna praksa ni izoblikovala splošnih abstraktnih meril za razlikovanje med velikimi in malimi pravicami v mejnih primerih. Ker je slovenski ZASP pretežno zasnovan po zgledu nemške ureditve avtorskega prava, lahko glede te razmejčitve smiselno uporabimo merila, ki sta jih nemška pravna teorija in sodna praksa

¹¹ Trampuž, str. 58.

¹² Ur. l. RS, št. 29/98, 25/05, 120/05 – odl. US in 138/06.

razvili v zvezi s pojmom *kleine musikalische Rechte* in *große musikalische Rechte*. Nemška zakonodaja (*Urheberrechtsgesetz*,¹³ *Verwertungsgesellschaftengesetz*¹⁴) sicer ne predpisuje obveznega kolektivnega upravljanja pravic javne priobčitve glasbenih del, zato se izraza male in velike pravice v njej ne uporabljata niti se ne govori o odrskih in neodrskih delih. Pač pa je podobna razmejitev med kolektivnim in individualnim upravljanjem pravic na glasbenih delih, kakršna je v ZKUASP (in prej v ZASP), določena v pravilih kolektivne organizacije glasbenih avtorjev GEMA.¹⁵ Tipska pogodba, s katero avtor to kolektivno organizacijo pooblasti za upravljanje svojih pravic,¹⁶ namreč v § 1, točka a, prenaša v kolektivno upravljanje pravico javnega izvajanja avtorjevih tonskih del z besedilom ali brez njih, iz prenosa pravic v upravljanje pa izrecno izključuje pravico odrske uprizoritve dramsko-glasbenih del (samostojno, kot presek ali v večjih delih).¹⁷ V nadaljevanju te določbe je pojasnjeno, da prenos pravic v kolektivno upravljanje zajema tisto odrsko glasbo, ki ni integralni sestavni del dramsko-glasbenega odrskega dela (npr. filmska spremljevalna glasba, interludiji v operetah in veseloigrah, kabaretne predstave), razen če gre za uprizoritev sestavnih delov dramsko-glasbenih del v drugih odrskih delih.

Enako kakor po slovenskem pravu torej velja, da se kot male pravice kolektivno upravljajo pravice neodrske uporabe »goli« glasbenih del, medtem ko odrska uporaba dramsko-glasbenih del spada med velike pravice, ki se upravljajo individualno. Pravni teoretiki na podlagi navedene definicije ugotavljajo, da gre za veliko pravico, če sta hkrati izpolnjena dva pogoja: obstoj dramsko-glasbenega avtorskega dela in odrska uprizoritev takšnega dela. Poleg žive uprizoritve dramsko-glasbenega dela je predmet velike pravice tudi pravica do druge oblike javne priobčitve take uprizoritve, na primer z radiodifuzijo.¹⁸

Dramsko-glasbeno delo v pravnem smislu pravzaprav ni posebna kategorija avtorskega dela, ampak označuje povezavo glasbe z jezikovnimi, pantomimskimi ali koreografskimi deli v umetniško celoto, ki je namenjena odrski uprizoritvi. Povezava med elementi temelji na tem, da glasba izraža dramski zaplet, ki mu preostali elementi sledijo. Klasični primeri dramsko glasbenih del so opera, opereta, muzikal in balet. S povezavo ne nastane novo nedeljivo avtorsko delo, lahko pa gre za združeno delo, če so vsi udeleženi avtorji zavestno povezali svoje

¹³ Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3346) geändert worden ist.

¹⁴ Verwertungsgesellschaftengesetz vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190), das durch Artikel 14 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541) geändert worden ist.

¹⁵ *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*.

¹⁶ *Berechtigungsvertrag*, čistopis besedila ob upoštevanju sklepov redne skupščine združenja 26. in 27. aprila 2016, dostopen na naslovu: <https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Gema/Berechtigungsvertrag.pdf> (5. 11. 2017).

¹⁷ Staudt in Czapla, str. 282.

¹⁸ Karbaum, str. 2.

prispevke.¹⁹ Vsekakor je treba za odrsko izvedbo dramsko-glasbenega dela pridobiti pravice vseh udeleženi avtorjev, zato se delo v praktičnem smislu obravnava kot celota.²⁰ Za pojem dramsko-glasbenega dela zadošča, da ga je objektivno mogoče odrsko uprizoriti, ne glede na to, ali je bila glasba prvotno ustvarjena za ta namen ali pa je bila šele naknadno prirejena za odrsko uprizoritev.²¹ S tega vidika je odločilno, ali je iz glasbe prepoznaven smiseln potek dogajanja, ki omogoča povezavo z dramskimi oziroma koreografskimi elementi.²² Glasba je lahko predmet velike pravice samo kot element dramsko-glasbenega dela, ne pa tudi samostojno.

Za **odrsko uprizoritev** dramsko-glasbenega dela (z besedilom ali brez njega) gre, kadar je to delo scensko izvedeno v celoti, tako da so poleg glasbe slušno in vidno hkrati zaznavni dramski in scenski elementi ter ustvarijo na gledalca oziroma poslušalca enoten vtis. Glasba je torej priobčena tako, da je vsebinsko povezana z dramsko zgradbo in tvori integralen del scenske predstave, ki ga ne bi bilo mogoče preprosto izpustiti ali nadomestiti z drugim glasbenim delom, ne da bi se spremenil enotni vtis predstave. Če je glasba uporabljena samo kot zvočno ozadje gledališke predstave, brez takšne soodvisnosti med glasbo in scenskim dogajanjem, ne gre za odrsko uprizoritev glasbenega dela.²³

Nasprotje odrske uprizoritve je **koncertna izvedba** glasbenega dela, to je izvedba dela z glasbilo in/ali petjem, katere namen je le, da se glasbeno delo naredi javno zaznavno z zvokom, brez scenske predstave. Tudi če se glasba fizično izvaja na odru, v takšnem primeru ne gre za odrsko uprizoritev.²⁴

Predmet velike pravice so samo dramsko-glasbena dela, kadar se izvajajo odrsko. Predmet malih pravic pa so lahko vsa glasbena dela, torej tako nedramska glasbena dela kot dramsko glasbena dela, kadar niso izvedena odrsko.²⁵

Razlog za kolektivno upravljanje malih pravic je pragmatičen: v razmerah množičnega in razprostranjenega izkoriščanja avtorskih del, kakršno je značilno za neodrsko priobčitev glasbe, je individualno dogovarjanje o pogojih uporabe praktično neizvedljivo. Za individualno upravljanje velikih pravic pa sta dva razloga. Odrskih uprizoritev dramsko-glasbenih del je količinsko bistveno manj kakor pri malih pravicah, tako da jih avtor ali drug imetnik lahko individualno nadzira in zanje podeljuje pravice. Po drugi strani ima individualno upravljanje velikih pravic tudi vlogo varstva avtorjevih moralnih pravic. Pri odrski uprizoritvi se namreč

¹⁹ Homann, str. 17–18. Prim. Trampuž, Oman in Zupančič, str. 64, ter Damjan, str. 19.

²⁰ Loewenheim, § 72, r. št. 5–6.

²¹ Staudt in Czaplá, str. 283.

²² Wandtke in Bullinger, § 19, r. št. 19.

²³ Staudt in Czaplá, str. 284.

²⁴ Prav tam, str. 283.

²⁵ Karbaum, str. 2.

glasbeno delo ne izvaja izolirano, ampak v povezavi s scensko uprizoritvijo, režijo in koreografijo. Kontekst takšne izvedbe lahko prikaže glasbeno delo v povsem drugačni luči, kakor če se izvaja samostojno, kot ga je ustvaril glasbeni avtor, zato lahko odrska uprizoritev bistveno bolj poseže v avtorjevo osebnost.²⁶ Zato je individualno upravljanje pravice do odrske uprizoritve določeno tudi za tista glasbena dela, ki prvotno niso bila ustvarjena za ta namen in se sicer navadno uporabljajo v neodrski obliki.

Delitev na male in velike pravice pride v poštev pri vseh oblikah javne priobčitve dramsko glasbenega dela, torej tudi pri radiodifuznem oddajanju ali dajanju na voljo javnosti posnetka predstave. V teh primerih gre za veliko pravico, če je priobčeno celotno dramsko-glasbeno delo, tako da je na gledalca oziroma poslušalca ustvarjen celovit vtis vseh elementov. Pri priobčitvi samo krajšega odlomka takšnega dela tega celovitega vtisa poslušalec ne dobi, zato se to šteje za malo pravico. Po nemškem sporazumu o razmejitvi med velikimi in malimi pravicami (*Abgrenzungsvereinbarung*)²⁷ iz leta 1964 z naknadnimi dopolnitvami se na primer šteje, da gre za malo pravico, ki jo upravlja GEMA, če se na radiu priobči manj kot 25 minut dramsko glasbenega dela (če to hkrati ne presega 25 odstotkov trajanja celotnega dela), na televiziji pa manj kot 15 minut (če to hkrati ne presega 25 odstotkov trajanja celotnega dela).²⁸

4. Ločnica med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli po ZKUASP

Če zgornje ugotovitve apliciramo na razlago pojma neodrskega dela v 9. členu ZKUASP, lahko sprejmemo stališče, da ta pojem v kontekstu navedene določbe pravzaprav ne označuje posebne kategorije avtorskih del, ampak se nanaša na način uporabe glasbenih in pisanih del.

Odrsko delo torej v tem členu označuje odrsko uprizoritev glasbenega dela. Zanj gre, kadar je glasbeno delo priobčeno javnosti kot integralni del scenske predstave, tako da je glasba vključena v dramaturško zgradbo oziroma je podlaga koreografije in kot taka tvori bistven del predstave. Prvi pogoj za odrsko priobčitev glasbe je, da je glasbeno delo objektivno primerno za takšno vsebinsko povezavo z drugimi elementi predstave, recimo tako, da glasba izraža dramski zaplet, ki mu lahko sledi vsebina scenske predstave oziroma koreografije.²⁹ Na primer, preprosta telefonska melodija zvonjenja tipično ni primerna za odrsko uprizoritev, zato gre

²⁶ Prav tam, str. 3.

²⁷ Dostopno na naslovu: <https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Gema/jahrbuch/GEMA_Jahrbuch_10_Abgrenzungsvereinbarung.pdf> (5. 11. 2017).

²⁸ Karbaum, str. 4.

²⁹ Ker slovenski zakon ne govori o dramsko-glasbenih delih, tega pojma ni treba opredeljevati kot samostojnega elementa definicije odrskih del, ampak se lahko objektivna primernost glasbe za odrsko uprizoritev presoja v okviru ocene, ali je v konkretnem primeru šlo za takšno obliko uprizoritve.

tudi pri njeni uporabi v odrski predstavi za malo pravico. Ni pa za pojem odrske uprizoritve bistveno, ali se glasba med predstavo izvaja v živo ali se predvaja s fonograma.³⁰

Če se glasbeno delo priobči javnosti samostojno, brez vsebinske povezave s scenskim dogajanjem, gre vedno za neodrsko uporabo dela oziroma v terminologiji ZKUASP za priobčitev javnosti **neodrškega glasbenega dela**. Tudi v tem primeru ni pomembno, ali gre za živo (koncertno) izvedbo glasbe ali za predvajanje s fonogramov ali drugo obliko priobčitve javnosti.

Ločnica med odrskim in neodrskim delom je torej obstoj vizualnih dramskih, scenskih ali koreografskih elementov pri izvedbi dela, in sicer v soodvisnosti od glasbe. Tako je na primer popolna uprizoritev opere, ki poleg instrumentalne glasbe in petja vključuje tudi igro, koreografijo, kostumografijo in scenografijo, odrska priobčitev (velika pravica, ki se uveljavlja individualno). Izvedba iste opere samo s solisti in orkestrom na koncertu pa je neodrska priobčitev (mala pravica, ki se upravlja kolektivno).³¹

Seveda je večina glasbenih del ustvarjena zato, da bodo javno izvajana na določen način, in so temu ustrezno prilagojena. Opera kot značilna vrsta združenih del je očitno ustvarjena za odrsko uprizoritev. Po drugi strani je na primer popevka ustvarjena za koncertno izvajanje. Poenostavljeno zato govorimo o odrskih in neodrskih delih glede na tipično oziroma »glavno« obliko izvedbe dela. Med odrska dela tako tipično spadajo dramsko-glasbena in koreografska dela, na primer opere, operete, muzikali in baleti.³² Neodrška dela pa so solistična, zborovska in simfonična glasbena dela, oratoriji, kantate, pesmi zabavne in ljudske glasbe in podobno. Vendar je treba opozoriti, da takšna poenostavljena opredelitev glasbenih del drži samo, dokler se delo izvaja na zase značilen (odrski ali neodrski) način, ne pa tudi pri drugih oblikah izvedbe oziroma priobčitve javnosti.³³ V nadaljevanju so zato posebej obravnavani položaji, v katerih je glasbeno delo uporabljeno za drugačen namen od tistega, za katerega je bilo prvotno ustvarjeno.

4.1. Vključitev neodrškega glasbenega dela v odrsko postavitvev

Prvi tak položaj je, ko se v odrski predstavi uporabi neodrsko glasbeno delo, torej glasba, ki prvotno ni bila ustvarjena za odrsko uprizoritev. Gre za tako imenovano sekundarno dramsko-glasbeno delo, ki je bilo naknadno prirejeno za odrsko uprizoritev. V nemščini takšno naknadno priredbo glasbe za uporabo v koreografskem delu, na primer baletu, imenujejo *vertanzte Musik*, kar bi lahko prevedli kot uplesena glasba.

³⁰ Sodba nemškega Zveznega sodišča I ZR 75/58 z dne 18. 3. 1960.

³¹ Trampuž, str. 58.

³² Prim. točko b 2. člena Pravilnika Združenja SAZAS o javni priobčitvi glasbenih del.

³³ Trampuž, str. 59.

Kot že rečeno, ima zaradi varstva osebnostnih pravic avtor glasbe pravico individualnega odločanja o odrski uprizoritvi svojega dela ne glede na to, ali ga je zasnoval za takšno uporabo. Tudi pri sekundarnih dramsko-glasbenih delih, ki so bila naknadno prirejena za odrsko uprizoritev, je torej uporaba glasbe v odrski predstavi velika pravica.³⁴ Vendar gre za odrsko uprizoritev, za katero je potrebno individualno dovoljenje glasbenega avtorja, le kadar je glasba integrirana v scensko dogajanje, tako da tvori neločljiv sestavni del dramaturgije. Samo v tem primeru se namreč način priobčitve glasbe javnosti toliko razlikuje od izolirane izvedbe ali predvajanja, da je zanjo potrebno posebno dovoljenje avtorja. To še posebej velja, če je glasba predelana in prilagojena potrebam odrske uprizoritve. Če je posnetek glasbe predvajan v okviru gledališke predstave, ne da bi bila glasba tesno povezana z igro ali morebitno koreografijo, je to treba šteti za neodrsko uporabo glasbe, ki spada med male pravice.³⁵

Trampuž sicer meni, da neodrska glasbena dela (tj. tista, ki so bila ustvarjena za neodrsko rabo) vedno spadajo pod male pravice, tudi če se izvajajo na odru s kostumografijo in scenografijo; prav tako glasbena dela v dramskih predstavah, razen če so posebej napisana ali prirejena za to.³⁶ Vendar tu kaže sprejeti stališče nemške teorije, da je tudi glasbeno delo, ki je bilo prvotno ustvarjeno za koncertno izvedbo, lahko primerno za odrsko uprizoritev, če na primer izraža dramski zaplet, zaradi česar ga je objektivno mogoče povezati z ustrežno koreografijo v dramsko-glasbenem delu in ga odrsko uprizoriti.³⁷ V sodbi *Musical Starlights*³⁸ je nemško zvezno vrhovno sodišče odločilo, da za odrsko uprizoritev glasbenega dela zadošča, da ne gre za nepovezано nizanje dramskih elementov in glasbe, ampak je ustvarjen celovit vtis, iz katerega je prepoznaven smiseln potek dogajanja. Za odrsko priobčitev je torej ključno, da je glasba integralni del dramskega dogajanja in ne služi le za ambientalno ozadje. Tudi če je bila ta povezava glasbe s scenskimi elementi ustvarjena naknadno, gre pri takšni uporabi glasbe za veliko pravico. Res pa se to zgodi bolj izjemoma in je veliko pogostejši položaj, da se prej obstoječa glasba v odrskih uprizoritvah izkorišča v okviru malih avtorskih pravic.

To je upoštevano tudi v Pravilniku Združenja SAZAS o zaščiti glasbene avtorske pravice in delitvi avtorskih honorarjev, ki v drugem odstavku 21. člena med male avtorske pravice uvršča tudi pravice iz javnega izvajanja in javnega oddajanja:

- nenaročenih avtorskih del in naročenih del, za katera avtor ni prenesel pravice na naročnika, uporabljenih v dramskih delih, bodisi so uporabljena kot glasbena spremljava ali ilustracija bodisi so vključena v samo dramsko besedilo;

³⁴ Karbaum, str. 3.

³⁵ Karbaum, str. 3; Staudt in Czaplá, str. 286. Prim. odločitev nemškega zveznega sodišča v zadevi *Musical Gala*, sodba I ZR 117/97 z dne 14. 10. 1999.

³⁶ Trampuž, str. 59.

³⁷ Staudt in Czaplá, str. 286.

³⁸ Sodba I ZR 204/05 z dne 3. 7. 2008.

- neodrskih glasbenih del, ki se dramsko-odrsko ali koreografsko prikazujejo na odru ali televiziji;
- nenaročene glasbe in naročene glasbe, za katero avtor ni prenesel pravice na naročnika, za glasbeno-književne oddaje ali prireditve (glasbene zgodbe, recitali, humoristične, reportažne in podobne oddaje ali prireditve).

4.2. Neodrška priobčitev odrskega glasbenega dela

Za drug poseben položaj gre, kadar se glasbeno delo, ki je bilo ustvarjeno primarno za odrsko uprizorjanje, na primer opera, opereta ali balet, priobči javnosti neodrsko, torej ne kot integralni del odrske predstave, ampak z živo koncertno izvedbo ali predvajanjem posnetka glasbe brez drugih dramskih in scenskih elementov odrske predstave. Če je dramsko-glasbeno delo izvedeno brez scenske predstavitve, pri tem ne gre za odrsko uprizoritev, temveč za malo pravico, ki se upravlja kolektivno.³⁹ Živo izvajanja baletne glasbe v okviru baletne predstave v gledališču je torej velika pravica, radijsko oddajanje te glasbe pa mala pravica.⁴⁰

Ključno vprašanje je, ali gledalec doživi celovit vtis dramsko-glasbenega dela kot združitve glasbenih in neglasbenih elementov. Občinstvu prav tako ni posredovan celoten vtis dramsko-glasbenega dela, kadar mu je sicer odrsko (z dramaturgijo, kostumografijo, scenografijo) priobčen samo izoliran manjši odlomek dramsko-glasbenega dela, ne pa to delo kot celota, na primer, če je na televiziji predvajan samo nekajminutni izsek videoposnetka baletne predstave.⁴¹ Skladno s tem 2. člen Pravilnika Združenja SAZAS o javni priobčitvi glasbenih del v točki b določa, da med male pravice spadajo tudi odlomki glasbenih odrskih del (oper, operet, baletov ipd.) ne glede na trajanje pod pogojem, da ti odlomki ne predstavljajo dramske celote. Pravilnik istega združenja o zaščiti glasbene avtorske pravice in delitvi avtorskih honorarjev pa v drugem odstavku 21. člena pojasnjuje, da male avtorske pravice zajemajo tudi javno izvajanje ali oddajanje odlomkov glasbeno-odrskih del (opere, operete, baleti ipd.) ne glede na trajanje, vendar pod pogojem, da ti odlomki ne predstavljajo dramske celote, kot so celo dejanje, skrajšana verzija enega dejanja ali skrajšana verzija glasbeno-odrskega dela. Prav tako med male pravice spadajo koncertne in radijske izvedbe glasbe iz glasbeno-koreografskih del ne glede na trajanje.

V praksi je sicer mejo, kdaj gre in kdaj ne gre za dramsko celoto, najlažje določiti s trajanjem odlomka. Že omenjeni nemški sporazum o razmejitvi zato pri televizijskem oddajanju posnetka dramsko-glasbenega dela mejo med malo in veliko pravico postavlja pri 15-minutnem trajanju odlomka. Tovrstno praktično razmejitev bi bilo mogoče sprejeti tudi v slovenskem pravu.

³⁹ Staudt in Czapla, str. 284.

⁴⁰ Trampuž, str. 58.

⁴¹ Staudt in Czapla, str. 285.

5. Sklep

O odrskih glasbenih delih govorimo, kadar je glasba ustvarjena zato, da se bo uporabljala kot del dramsko-glasbene odrske postavitve, na primer opere, operete ali baleta. Vendar za razlikovanje med malimi in velikimi glasbenimi pravicami, torej med kolektivnim in individualnim uveljavljanjem avtorskih pravic na glasbi, namen, za katerega je bila glasba ustvarjena, ni odločilen. Ne glede na neposrečeno zakonsko definicijo pravo merilo razlikovanja ni narava posameznega glasbenega dela, ampak način njegove priobčitve javnosti. Primerneje bi bilo torej govoriti o odrski in neodrski priobčitvi javnosti glasbenih del, pri čemer je odrska priobčitev takšna, da je glasba integralni del dramsko-glasbene odrske postavitve.⁴²

Literatura

- STAUDT, Monika in CZAPLA, Mathias. Der Berechtigungsvertrag. V: Kreile, R., Becker, J., in Riesenhuber, K. (ur.), *Recht und Praxis der GEMA*, 2. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2008, str. 260–398.
- DAMJAN, Matija. Avtorstvo glasbenega dela in položaj glasbenega aranžerja. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2015, letn. 75, str. 7–34.
- DROBEŽ, Eneja. *Kolektivno varstvo avtorske in sorodnih pravic*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2017.
- HOMANN, Hans-Jürgen. *Praxis-Handbuch Musikrecht*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007.
- KARBAUM, Michael. *Kleines Recht & Großes Recht: Kollektive und individuelle Wahrnehmung von Urheberrechten in der Musik, GEMA-Hinweise 2010–03*. Dostopno na naslovu: <http://bibliothek.musikhochschule-muenchen.de/images/PDFs/Verschiedenes/info_kleines_recht.pdf> (5. 11. 2017), str. 1.
- LOEWENHEIM, Ulrich (ur.). *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2010.
- PIASKOWSKI, Nathalie. Collective Management in France. V: Gervais, D. (ur.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Aalphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2010, str. 169–214.
- TRAMPUŽ, Miha. *Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic*. Ljubljana, GV Založba, 2007.
- TRAMPUŽ, Miha, OMAN, Branko, in ZUPANČIČ, Andrej. *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP) s komentarjem*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1997.
- WANDTKE, Artur-Axel, in BULLINGER, Winfried (ur.). *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. München: C. H. Beck, 2014.

⁴² Prim. Drobež, str. 148–151, kjer kot temeljne opredelilne elemente malih glasbenih pravic navaja: (1) da gre za avtorsko delo, (2) ki je pred tem že bilo objavljeno, njegova (3) priobčitev javnosti pa se izvede v obliki (4) neodrske izvedbe.

347.51:349.22
Izvirni znanstveni članek

Odškodninska odgovornost delodajalca

DAMJAN MOŽINA

*dr. pravnih znanosti, redni profesor na
Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

Odškodninska odgovornost v okviru delovnega razmerja temelji na ureditvi civilnopravne odgovornosti za povrnitev škode, a ima določene posebnosti. Delovno razmerje kot posebno pravno razmerje med delodajalcem in delavcem uokvirja tudi njuno dolžnost varovanja drug drugega pred škodo. Zlasti delodajalec ima poudarjeno dolžnost varovanja delavca pred škodo, ki je podrobneje urejena tudi v predpisih o varstvu pri delu.

V prispevku¹ želim čim bolj celovito predstaviti enega od problemskih sklopov na področju odškodninske odgovornosti v zvezi z delovnim razmerjem: odškodninsko odgovornost delodajalca nasproti delavcu (179. člen ZDR-1).² Temeljno merilo delodajalčeve odgovornosti je krivdno načelo. To pomeni, da mora delodajalec v skladu s prvim odstavkom 131. člena OZ povrniti škodo, če je ta posledica njegovega protipravnega ravnanja in se delodajalec ne razbremeni domneve krivde (navadne malomarnosti). Izjemoma, kadar gre za delo z izrazito povečano škodno nevarnostjo, delodajalec v skladu z drugim odstavkom 131. člena OZ odgovarja za škodo objektivno, ne glede na krivdo.

¹ Prispevek je predelana in posodobljena različica avtorjevega komentarja 179. člena ZDR-1, ki je izšel v publikaciji Polonca Končar, Luka Tičar, Marijan Debelak, Biserka Kogej Dmitrovič, Damjan Mašera, Damjan Možina, Tatjana Plešnik, Jakob Krištof Počivavšek, Primož Rataj, Miha Šercer, Urban Vrtačnik, Delovna razmerja z e-komentarjem ZDR-1, elektronski vir, Tax-Fin-Lex, 2017, založnik z objavo soglaša.

² Drugi vidik je odškodninska odgovornost delavca nasproti delodajalcu (177. člen ZDR-1), tretji pa odškodninska odgovornost delodajalca tretjim osebam za škodo, ki jo povzroči delavec (147. člen OZ).

Kadar je delodajalec svojo odgovornost zavaroval, lahko delavec svoje zahtevke uveljavlja tudi neposredno proti zavarovalnici, seveda pa je ta odgovorna le, kolikor odgovarja delodajalec ter v mejah dogovorjene zavarovalne vsote.³

Spomniti velja, da so za obravnavanje sporov o različnih vidikih odškodninske odgovornosti v zvezi z delovnim razmerjem pristojna različna sodišča: v skladu s 5. členom ZDSS-1 so za odločanje o vseh zahtevkih delavca zoper delodajalca ter delodajalca zoper delavca pristojna delovna sodišča, vključno s položajem, kadar je kot sospornik tožena zavarovalnica, pri kateri ima delodajalec zavarovano svojo odgovornost, redna sodišča pa ostajajo pristojna za spore, kjer je tožena le zavarovalnica.

Delovno razmerje temelji na pogodbi o zaposlitvi, zato bi načeloma veljalo, da se vsa škoda, nastala s kršitvami obveznosti iz delovnega razmerja, povrne kot škoda zaradi kršitve pogodbene obveznosti. Vendar pa sodna praksa na odškodninsko odgovornost delodajalca nasproti delavcu, pa tudi na delavca nasproti delodajalcu, gleda kot na nepogodbeno odškodninsko odgovornost. Zdi se, da takšna obravnava izhaja že iz zakona, ki se v 177. členu ZDR-1 v zvezi s temeljem odškodninskega zahtevka sklicuje na namen in hudo malomarnost, torej obliki krivde,⁴ saj je krivdno načelo v slovenskem pravu merilo nepogodbene (deliktne) odgovornosti.⁵ Nasprotno pa pogodbeno odškodninska odgovornost ne temelji na krivdi, ampak na strožji obliki odgovornosti za lastno vplivno področje; dolžnik se torej odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbene obveznosti ne more razbremeniti z dokazom, da ni kriv (da je bil torej dovolj skrben), ampak mora dokazati obstoj nepredvidljivih in nepreprečljivih okoliščin, ki se jim ni bilo mogoče izogniti (240. člen OZ).⁶

V zgodovini, zlasti po obdobju industrijske revolucije, ko se je škodno tveganje zaradi v začetnem obdobju množične uporabe strojev precej povečalo, je imelo nepogodbeno odškodninsko pravo tudi izrazito socialno funkcijo. Ali je delavec dobil povrnitev škode zaradi delovne nesreče, zaradi katere je bila njegova delovna sposobnost zmanjšana, je pomembno vplivalo na življenje njegove družine. Danes seveda odškodninska odgovornost delodajalca za škodo ni več edini odgovor družbe na problem delovnih nesreč in drugih škod, ki jih utrpijo delavci. Temu so v prvi vrsti namenjena socialna zavarovanja in socialne dajatve, zlasti zdravstveno

³ Člen 965 OZ.

⁴ Tako tudi Špelca Mežnar, v: Nataša Belopavlovič, Barbara Kresal, Katarina Kresal Šoltes, Darja Senčur Peček (ur.), *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, IUS Software (GV Založba), Ljubljana 2016.

⁵ Nasprotno pa pogodbeno odškodninska odgovornost ne temelji na krivdi, ampak na strožji obliki odgovornosti za lastno vplivno področje; dolžnik se torej odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbene obveznosti ne more razbremeniti z dokazom, da ni kriv (da je bil torej dovolj skrben), ampak mora dokazati obstoj nepredvidljivih in nepreprečljivih okoliščin, ki se jim ni bilo mogoče izogniti (240. člen OZ). Več Damjan Možina, *Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe*, *Podjetje in delo*, št. 2/2016, str. 260 in nasl.

⁶ Več prav tam.

ter pokojninsko in invalidsko zavarovanje. Delavec torej ne ostane sam s svojo poškodbo ali okvaro zdravja, ampak ima pravico na primer do zdravstvenih storitev, nadomestila plače v času nezmožnosti za delo, do morebitne invalidske pokojnine in različnih drugih socialnih dajatev, na primer invalidnine.

Čeprav na drugi podlagi (in ne glede na odgovornost za delovno nesrečo) socialna zavarovanja in socialne dajatve deloma služijo odpravi iste škode kot odškodninsko pravo. Običajno pokrijejo predvsem del posledic delovnih nesreč, ki se nanaša na stroške zdravljenja delavca in izpad njegovega dohodka, morebitna odškodninska odgovornost delodajalca za delovno nesrečo pa se v tem primeru praviloma nanaša na tiste posledice poškodb oziroma okvar zdravja, ki jih z zdravljenjem ni bilo mogoče odpraviti, denimo duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti ali skaženosti, ali tiste, ki jih socialna zavarovanja in dajatve ne pokrivajo, na primer strah. Zaradi preprečevanja večkratne povrnitve škode je treba pri odškodninskih zahtevkih delavca proti delodajalcu upoštevati (všteti) dajatve in storitve, ki jih je delavec že prejel od nosilcev socialnih zavarovanj in ki so namenjene odpravi iste škode (*compensatio lucri cum damno*). Koordinacijo med različnimi sistemi povrnitve škode zagotavljajo pravila o subrogaciji (regresu).⁷

2. Škoda, nastala pri delu ali v zvezi z delom

V skladu s 179. členom ZDR-1 delodajalec odgovarja le za škodo, ki je delavcu nastala pri delu oziroma v zvezi z delom. To pomeni, da mora biti podana funkcionalna (vsebinska) povezava med dejavnostjo delodajalca in ravnanjem delavca, ob katerem je prišlo do škode. Praviloma je ta pogoj izpolnjen, če do škode pride, medtem ko delavec na delovnem mestu med delovnim časom opravlja svoje dolžnosti.⁸ Enako velja za škodo, nastalo na službeni poti. Vendar zgolj dejstvo, da je do škode prišlo na delovnem mestu v delovnem času, še ne pome-

⁷ Več Damjan Možina, Sara Lipužič, Subrogacijski zahtevki nosilcev socialnih zavarovanj proti zavarovalnici pri obveznem zavarovanju avtomobilske odgovornosti, Delavci in delodajalci, št. 4/2014, str. 379 in nasl.; Damjan Možina, Delodajalci in posledice prometnih nesreč, Podjetje in delo, št. 8/2014, str. 1505 in nasl.

⁸ Vrhovno sodišče, II Ips 246/2010, z dne 22. 12. 2011. V tem primeru je do škode prišlo tako, da je delavka posegla po platenki, ki jo je imela v svoji garderobni omarici, in popila nekaj požirkov, a je bilo v njej čistilo, ki vsebuje od 10 do 25 odstotkov natrijevega hidroksida, ne pa malinovec, ki ga je prinesla od doma v platenki. Delavka je zaradi zastrupitve umrla. Ključavnica na vratih njene omarice je bila pokvarjena. Tožniki – mož in otroci – so se sklicevali na krivdno in objektivno odgovornost delodajalca. Krivdna odgovornost delodajalca naj bi bila v tem, da je dopuščal vstop v skladišče nepooblaščenim osebam, da je toleriral odtujevanje manjših količin čistila, da ni popravil omarice, da dela ni ustrezno organiziral. Sodišče se s tem ni strinjalo. Menilo je, da so bili ukrepi delodajalca, ki je delavce poučil o varni rabi čistila, omejil dostop do mesta hrambe na najožji krog delavcev, ki so čistilo uporabljali, vztrajal pri sprotnem oskrbovanju za dnevne potrebe, vztrajal pri pretakanju v originalni embalaži in opozarjal na nedopustnost drugačne uporabe, primerni. Objektivna odgovornost naj bi temeljila na tem, da je čistilo nevarna stvar. Sodišče je menilo, da čistilo samo po sebi ni nevarno, prav tako ne običajno delo z njim, nevarna je šele njegova nenamenska raba.

ni nujno, da je podana tudi funkcionalna povezava. Do škode je namreč lahko prišlo zaradi dejanj drugih delavcev delodajalca, ki niso v funkcionalni povezavi z dejavnostjo delodajalca. Tako je na primer odločilo sodišče v primeru, kjer je oškodovanca, ki je bil zaposlen kot vrtnar in je iz bazena zajemal vodo za zalivanje, sodelavec v šali porinil proti bazenu, oškodovanec pa se je ustrašil, iskal oporo, z roko razbil šipo na bližnjem rastlinjaku in se hudo poškodoval; sodišče je menilo, da nastanek škode ni bil povezan z delom.⁹ Delodajalec tudi ne odgovarja za škodo, nastalo delavcu pri prevozu na delo ali z dela, razen če je prevoz organiziral sam.¹⁰ Vendar pa delodajalec odgovarja za škodo, ki jo delavec utрпи na področju delovnega mesta, na primer na dvorišču stavbe, v kateri dela, oziroma v neposredni okolici.¹¹

3. Krivdna odgovornost

Za krivdno odgovornost delodajalca morajo biti hkrati podani štirje elementi civilnega delikta: protipravno ravnanje, nastanek škode, vzročna zveza med njima in krivda. Zadnja se, kadar gre za navadno malomarnost, domneva, delodajalec pa se lahko domneve razbremeni, tako da dokaže, da mu malomarnosti ni mogoče očitati.

a) Protipravno ravnanje

Protipravno ravnanje pomeni ravnanje v nasprotju s pravom, pravnimi normami. Gre za ravnanje, ki pomeni kršitev dolžnosti, oziroma ravnanje, ki na nedovoljen način posega v pravno varovane interese drugega.

Protipravnost pogosto izhaja iz kršitve določenega predpisa (na primer o varstvu pri delu). V primerih, kjer predpisi ne določajo dolžnega ravnanja, je treba o dolžnostih delodajalca in njihovih kršitvah sklepati na podlagi celote okoliščin.¹² Zgolj na podlagi tega, ker je nastanek neke škode objektivno predvidljiv, še ni mogoče reči, ali in kdo jo ima dolžnost preprečiti.¹³

⁹ VS RS, II Ips 156/2004, z dne 23. 6. 2005.

¹⁰ Glej na primer VS RS, II Ips 320/2000, z dne 13. 12. 2000 (oškodovanec je padel pri vstopanju v avto), VIII Ips 101/1998, z dne 29. 9. 1998 (delavka padla, ko je – v prepovedanem času – šla po prehodu čez železniške tire domov na malico, čeprav je imela malico zagotovljeno na delovnem mestu), ter II Ips 295/99, z dne 27. 1. 2000. Glej tudi drugo alinejo prvega odstavka 66. člena ZPIZ-2.

¹¹ Glej VDSS, Pdp 174/2015, z dne 12. 3. 2015; kjer je moral delodajalec povrniti škodo zaposleni (šivilji), ki je padla na pohodni poti prek dvorišča do šivalnice. Sodišče je videlo krivdno odgovornost v tem, da pot ni bila ustrezno očiščena snega in v zgodnjih jutranjih urah, ko je zunaj še temno, ni bila ustrezno osvetljena. Delež oškodovanke, ki po poti ni stopala previdno, je sodišče ocenilo na 20 odstotkov. VDSS je v zadevi Pdp 1166/2012, z dne 12. 6. 2012, delodajalca obsodilo na plačilo odškodnine, ker je delavka, ki je pri tem, ko je iz prodajalne, kjer je bila zaposlena, nesla dva prazna trilitrska kozarca v zabojnik na dvorišču in na poledenelih tleh padla (lastni prispevek 20 odstotkov).

¹² Glej na primer VS RS, II Ips 217/2010, z dne 14. 7. 2011.

¹³ Vendar tako na primer VSL, II Cp 614/2017, z dne 29. 6. 2017.

Ta dolžnost se vzpostavi na podlagi tehtanja, pri katerem se poleg predvidljivosti upoštevajo tudi napor, potrebni za odvrnitev škode, ter pravno varovane interese potencialnih oškodovancev.¹⁴ Tako je denimo sodišče v primeru škode, ki jo je delavec, zaposlen kot varnostnik na hokejski tekmi, utrpel tako, da ga je zadel plošček, ki je med igro poletel z ledene ploskve, ugotovilo, da so bili varnostni ukrepi izvedeni v skladu s pravili Mednarodne hokejske zveze. Vendar je štelo, da je bilo po eni strani mogoče predvideti, da lahko ploščki z veliko hitrostjo priletijo čez zaščitno ograjo iz pleksi stekla, zlasti v področje za golom, kjer je stal oškodovanec, in po drugi strani, da bi bilo mogoče brez težav namestiti zaščitno mrežo.¹⁵ Ugotovitev protipravnosti pogosto zahteva tehtanje interesov in upoštevanje konkretnih okoliščin. Protipravno ravnanje mora biti konkretno opredeljeno.¹⁶ Protipravno ravnanje je lahko tudi v tem, da delodajalec delavca ni ustrezno podučil o varnosti pri delu.¹⁷

b) Škoda

Da lahko govorimo o krivdni odškodninski odgovornosti, mora kot posledica protipravnega ravnanja nastati škoda. Vsaka neugodnost še ne pomeni pravno relevantne škode. Škoda je lahko premoženjska, kaže se kot zmanjšanje premoženja, ali nepremoženjska, v obliki telesnih bolečin, strahu, ali duševnih bolečin s posebej opredeljenimi vzroki (zmanjšanje življenjske aktivnosti, skaženost, poseg v čast in dobro ime, okrnitev svobode, poseg v druge osebne pravice, poseg v spolno integriteto). Nepremoženjska škoda praviloma spremlja fizične poškodbe, denimo nesreče pri delu, vendar lahko do nje pride tudi drugače, na primer zaradi nezakonite odpovedi delovnega razmerja ali diskriminacije.

c) Vzročna zveza

Med protipravnim ravnanjem delodajalca (oziroma nevarno stvarjo ali dejavnostjo) in nastalo škodo mora obstajati pravno relevantna vzročna zveza. Pravzaprav morata biti podani dve vzročni zvezi: najprej vzročna zveza med ravnanjem oziroma nevarno stvarjo ali dejavnostjo ter škodnim dogodkom, nato pa še vzročna zveza med škodnim dogodkom in konkretno nastalo škodo.

Presoja pravno relevantne vzročne zveze ne pomeni ugotavljanja vzročne povezanosti v naravoslovnem smislu, ampak vsebuje element pravnega vrednotenja. Gre za presojo, katere dogodke in katere posledice teh dogodkov lahko pripišemo povzročitelju. Zato za pravno relevantno vzročnost ne zadošča le t. i. naravna vzročnost (*sine qua non*), ki v vzročno zvezo povezuje vse dogodke, brez katerih ne bi bilo posledice. Sodišča večinoma upoštevajo (le)

¹⁴ Glej na primer VS RS, II Ips 134/2007, z dne 10. 9. 2009.

¹⁵ VSL, I Cp 2646/2015, z dne 3. 2. 2016.

¹⁶ Glej na primer VS RS, II Ips 31/2002, z dne 30. 10. 2002.

¹⁷ Glej na primer VDSS, Pdp 941/2016, z dne 6. 4. 2017.

tiste vzroke, ki praviloma, po normalnem teku dogodkov, pripeljejo do posledic, kakršne so nastale. T. i. adekvatna vzročnost torej zajame posledice, ki so običajne oziroma objektivno predvidljive.¹⁸ Zlasti v primerih kršitev varnostnih predpisov je lahko relevantna tudi t. i. *ratio legis* vzročnost, to je, da se kot vzrok upošteva tisto ravnanje, ki ga pravna norma glede na svoj namen šteje kot pravno relevanten vzrok.¹⁹

V novejšem času se pojavljajo posamezna stališča, da je treba »oškodovanca vzeti takšnega, kakršen je« in mu povrniti vso škodo, čeprav je njen del morda posledica neobičajno velike ranljivosti oškodovanca oziroma njegovega predhodnega zdravstvenega stanja.²⁰ Teorija o adekvatni vzročnosti neobičajnih posledic načeloma ne zajame. Opozoriti pa je treba, da lahko stališče o »oškodovancu, kakršen je« v primerih izjemne preobčutljivosti povzroči povsem nesorazmerno širjenje polja odgovornosti na posledice, ki niso predvidljive in na katere odgovorna oseba tudi nima vpliva. Težko bi bilo na primer reči, da je bila (nezakonita) odpoved delovnega razmerja vzrok za samomor, ki ga je storil delavec.²¹ Osnovni pristop za presojo vzročne zveze v odškodninskem pravu vendarle ostaja teorija adekvatne vzročnosti.

Posamezni elementi krivdne odgovornosti med seboj niso vedno jasno ločeni, ampak se lahko prepletajo. Zlasti vprašanje, kaj štejemo za pravno relevantni vzrok nastanka škode, je pogosto odvisno od presoje protipravnosti in krivde. Sodišče, ki bo ravnanje delodajalca štelo za protipravno (in krivdno), bo štelo, da je nastanek škode posledica tega ravnanja in obratno. Tako je denimo Vrhovno sodišče odločalo v zadevi, kjer je do škode prišlo tako, da je oškodovanka, vzgojiteljica v vrtcu, ki je bila s svojo skupino otrok na zunanjem igrišču, padla in se poškodovala, medtem ko je s tal pobirala žogo in se ji je pod noge prikotalila še ena žoga.²² Sodišče je menilo, da je treba dolžnost delodajalca, da zagotovi varno delo, razlagati s pravo mero in na razumen način. Delodajalec vzgojiteljicam ni bil dolžan dati posebnih pravil o tem, kako pobrati kotalečo se žogo; zahteva za navodila za vsako, še tako očitno in banalno opravilo je povsem pretirana. V tej luči je sodišče ocenilo, da med ravnanjem delodajalca in nastankom škode ni vzročne zveze.

¹⁸ Glej VS RS, Občna seja, z dne 15. 12. 1998, v zvezi s sklepom II Ips 217/97, z dne 23. 9. 1998. V tej zadevi je oškodovanec uveljavljal povrnitev škode zaradi anksiozno-depresivnih stanj, ki naj bi nastala kot posledica prometne nesreče, v kateri je sicer zadobil le neznatno poškodbo. Sodišče je odgovorni osebi naložilo povrnitev dela škode, ne pa tudi škode, ki izhaja iz posebnih lastnosti oškodovanca, zaradi katerih se je na prometno nesrečo neobičajno odzval.

¹⁹ Glej na primer VS RS, II Ips 1074/2008, z dne 24. 2. 2011 (oškodovanka, zaposlena kot snažilka, je, da bi dosegla visoko omaro, stopila na stol in padla; sodišče je ugotovilo, da ji delodajalec ni zagotovil lestve v skladu s pravili o varnosti pri delu; ker je namen teh pravil ravno v preprečitvi takšnih delovnih nesreč, je škodo pripisalo delodajalcu).

²⁰ Glej na primer VS RS, II Ips 387/2007, z dne 16. 12. 2009.

²¹ V tem smislu tudi na primer nemško Zvezno vrhovno delovno sodišče (Bundesarbeitsgericht), 8 AZR 347/07, z dne 24. 4. 2008, obj. v NJW 2009, 251.

²² VS RS, VIII Ips 130/2013, z dne 11. 11. 2013.

d) Krivda

Krivda pomeni, da je povzročitelju v zvezi z nastankom škode mogoče očitati malomarnost, to je nezadostno skrbnost, ali celo namen (naklep). Navadna malomarnost ali *culpa levis* pomeni opustitev skrbnosti, ki se zahteva od skrbnega in pazljivega človeka. V skladu s prvim odstavkom 131. člena OZ se navadna skrbnost domneva, če so podani preostali elementi civilnega delikta. Delodajalec pa se lahko razbremeni, če domnevo ovrže z dokazom, da mu ni mogoče očitati malomarnosti. Velika oziroma skrajna malomarnost ali *culpa lata* pomeni opustitev običajne skrbnosti, ki se lahko pričakuje od vsakega človeka. Veliko malomarnost mora oškodovanec dokazati. Naklep pomeni, da je povzročitelj ravnal zavestno oziroma se je zavedal, da ima lahko njegovo dejanje škodne posledice in je privolil vanje.

4. Objektivna odgovornost

V primerih, ko gre za dejavnost ali stvar z izrazito povečano škodno nevarnostjo, delodajalec v skladu z drugim odstavkom 131. člena OZ za škodo ne odgovarja krivdno, ampak objektivno. Tedaj se ne sprašujemo o morebitnem protipravnem ravnanju delodajalca, ampak je pozornost usmerjena le v vprašanje, ali je šlo za dejavnost oziroma stvar z izrazito povečanim škodnim tveganjem (nevarna stvar, nevarna dejavnost), in ali se je to škodno tveganje uresničilo. Gre za posebno obliko odškodninske odgovornosti, ki je nastala zato, da bi v primerih dejavnosti, ki so same po sebi koristne in dopustne, a kljub skrbnosti predstavljajo veliko tveganje za nastanek škode, v primeru uresničitve tveganja oškodovanec lahko po poenostavljeni poti prišel do odškodnine. Gre za izjemo v sistemu nepogodbene odškodninske odgovornosti. Ta pristop se utemeljuje s tem, da naj tisti, ki ima korist od takšne dejavnosti oziroma stvari – v tem kontekstu delodajalec –, nosi tudi breme odgovornosti za škodo, čeprav mu ni mogoče očitati oziroma dokazati protipravnega in krivdnega ravnanja.²³

V skladu s 149. členom OZ se domneva tudi vzročna zveza, vendar lahko delodajalec domnevo izpodbije, če dokaže, da do škode ni prišlo zaradi nevarne stvari ali dejavnosti.

Za opredelitev neke stvari ali dejavnosti kot nevarne je treba odgovoriti na vprašanji, ali kljub skrbnosti obstaja neobičajna nevarnost nastanka škode in ali je mogoče pričakovati nastanek velike škode.²⁴ Sodna praksa je v preteklosti s (pre)široko razlago pojma nevarne stvari nekritično širila polje objektivne odgovornosti v korist oškodovanca, v zadnjem obdobju pa se je razlaga zožila z upoštevanjem izhodišča instituta, to je, povečane nevarnosti, ki je človek

²³ Stojan Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana, 1984, str. 644.

²⁴ Glej na primer VSL, II Cp 367/2011, z dne 25. 5. 2011.

ne more obvladati.²⁵ Praviloma mora biti stvar ali dejavnost nevarna sama po sebi; kadar je nevarna zgolj zaradi (nepravilnih) dejanj ali opustitev oškodovanca ali druge osebe, ne gre za objektivno odgovornost, obstaja pa možnost krivdne odgovornosti. Da lahko govorimo o nevarni stvari, mora povečana nevarnost iz nje izhajati tudi ob spoštovanju varnostnih predpisov.²⁶ Takšna povečana nevarnost pogosto izhaja iz industrijskih strojev v obratovanju. Morebitna nepravilna uporaba oziroma kršitve varnostnih predpisov s strani delavca, ki prispeva k nastanku škode, lastnosti nevarnosti praviloma ne odvzame, vendar pa vpliva na presojo prispevka oškodovanca (deljene odgovornosti).

Kot nevarne dejavnosti je sodna praksa prepoznala: delo s kemikalijami (na primer z organskim topilom trikloretilen,²⁷ popravilo cevovoda, v katerem se pretaka fenol visoke koncentracije²⁸), delo s stroji (na primer čiščenje valjev tiskarskega stroja med obratovanjem,²⁹ delo na aglomeratorju, kamor delavec meče kose plastike, pri čemer obstaja možnost, da delavca stroj »zagradi«,³⁰ delo ob gradbenem stroju-rovokopaču pri popravilu kanalizacijske cevi,³¹ delo na ožemalnem stroju v obratovanju, pri katerem je transportni trak v gibanju in mu delavca strežeta, pri čemer je delo normirano, hitrost pa vpliva na doseganje norme tudi drugih delavcev³²), delo v rudniku (na primer delo z verižnim transporterjem v obratovanju)³³ in delo na višini.³⁴ Delo za tekočim trakom je lahko nevarno,³⁵ če ne gre za povsem preproste delovne operacije, iz katerih ne izhaja nevarnost resnejše poškodbe (na primer zlom prsta).³⁶ Nevarno je tudi delo v gozdu (na primer sečnja, spravilo lesa itn.),³⁷ praviloma pa sem ne spada izpostavljenost klopom, okuženim z borelijo.³⁸

²⁵ Tako na primer Ada Polajnar Pavčnik, Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, št. 6-7/2011, str. 1276.

²⁶ VS RS, II Ips 291/2013, z dne 3. 7. 2014.

²⁷ Glej na primer VS RS, II Ips 645/2008, z dne 1. 12. 2011.

²⁸ VSL, I Cp 3800/2011, z dne 30. 5. 2012.

²⁹ Glej na primer VDSS, Pdp 1642/2014, z dne 25. 9. 2015.

³⁰ Glej na primer VS RS, VIII Ips 258/2012, z dne 27. 5. 2013.

³¹ Glej na primer VDSS, Pdp 1658/2014, z dne 14. 5. 2015.

³² VS RS, II Ips 291/2013, z dne 3. 7. 2014.

³³ Glej na primer VS RS, VIII Ips 212/2010, z dne 2. 4. 2012.

³⁴ Glej na primer VDSS, Pdp 256/2008, z dne 1. 4. 2009.

³⁵ Glej na primer VS RS, II Ips 412/2009, z dne 17. 2. 2011.

³⁶ Glej na primer VS RS, VIII 231/2012, z dne 27. 5. 2013.

³⁷ Glej na primer VDSS, Pdp 1129/2015, z dne 6. 6. 2016.

³⁸ Glej na primer VDSS, Pdp 1095/1996, z dne 26. 2. 1999, ter VS RS, II Ips 180/2005, z dne 11. 1. 2007; vendar glej na primer VS RS, II Ips 202/2008, z dne 14. 7. 2011.

Za nevarne dejavnosti pa sodišča niso štela na primer dela učiteljice v telovadnici osnovne šole (v glavo ji je priletela žoga),³⁹ dviganja in nalaganja industrijskega sesalnika v kombinirano vozilo (poškodba desne rame),⁴⁰ dela mestnega redarja (fizični napad stranke),⁴¹ raznašanja pošte s kolesom po makadamski cesti navzdol (padec) ter pomivanja in brisanja kozarcev v gostinstvu (poškodba zaradi kozarca, ki ga je oškodovanec razbil med brisanjem)⁴² in na splošno dela v gostinskem lokalu, kamor dnevno prihaja veliko ljudi (napad gosta).⁴³ Nevarne dejavnosti prav tako načeloma ne predstavljajo športne igre ali kondicijski tek pripadnikov vojske ali policije v okviru njihovega usposabljanja.⁴⁴ Sodišče kot nevarne dejavnosti tudi ni prepoznalo policijske intervencije, pri kateri je vinjen 65-letni moški v pižami, ki se je na svojih vratih upiral uporabi prisilnih sredstev, dveh policistov, večjih fizičnega obvladovanja nasilnežev, od katerih je bil eden občutno višje in močnejše postave od njega, ni napadel, pač pa jima je ustno grozil z nasiljem.⁴⁵

Sodna praksa šteje za nevarno dejavnost tudi prevoznništvo oziroma stalno rabo motornega vozila v službi.⁴⁶ Motorna vozila spadajo seveda v sodni praksi civilnih sodišč med nevarne stvari, vendar predvsem zaradi nevarnosti, ki jo motorno vozilo in njegov voznik predstavljata za druge udeležence v prometu (pešce, druge voznike in potnike). Zato je bilo navsezadnje vzpostavljeno tudi obvezno zavarovanje avtomobilske odgovornosti, ki pokriva specifično prometno tveganje, to je, da drug udeleženec v prometu utрпи škodo po krivdi oziroma odgovornosti voznika. Nekoliko nenavadno pa se zdi šteti uporabo motornega vozila samo po sebi za nevarno dejavnost, zlasti v primeru poklicnih voznikov, za katere sicer, v razmerju do drugih voznikov, veljajo visoke zahteve skrbnosti. Tveganja škode na cesti resda ni mogoče povsem izključiti, vendar je to tveganje za vse udeležence prometa vsakdanje in povsem sprejemljivo, vsekakor pa je manjše od tveganja pri »klasičnih« nevarnih dejavnostih, kot so delo v rudniku, delo na višini in delo z azbestom. V tej luči se lahko pokaže kot vprašljivo, da delodajalec odgovarja za škodo tudi poklicnemu vozniku, ki je s hudo kršitvijo prometnih predpisov izključno odgovoren za prometno nesrečo. Tako je na primer Vrhovno sodišče v primerih, ko je poklicni voznik v idealnih razmerah na avtocesti povsem spregledal pred njim vozeče vozilo in vanj brez zaviranja silovito trčil,⁴⁷ oziroma, ko je poklicni voznik zaradi neupoštevanja

³⁹ VS RS, VIII Ips 252/2015, z dne 10. 11. 2015.

⁴⁰ VS RS, VIII Ips 193/2015, z dne 14. 10. 2015.

⁴¹ VS RS, VIII Ips 231/2015, z dne 11. 1. 2016.

⁴² VS RS, VIII Ips 67/2013, z dne 12. 11. 2013.

⁴³ VS RS, II Ips 672/2009, z dne 19. 12. 2012.

⁴⁴ Glej na primer VS RS, II Ips 511/2008, z dne 8. 9. 2011, ter VIII Ips 18/2016, z dne 5. 4. 2016.

⁴⁵ VSL, II Cp 1221/2014, z dne 23. 6. 2014.

⁴⁶ Glej na primer VS RS, II Ips 124/2007, z dne 18. 6. 2009, ter VIII Ips 209/2013, z dne 22. 4. 2014.

⁴⁷ VS RS, VIII Ips 209/2013, z dne 22. 4. 2014.

predpisov o počitku med vožnjo zaspal za volanom in povzročil nesrečo,⁴⁸ odgovornost razdelilo med delodajalca (20 odstotkov) in delavca (80 odstotkov). Upoštevati je treba, da lahko delodajalec v teh primerih (poleg zavarovalnice AO) za škodo na podlagi prvega odstavka 147. člena OZ odgovarja tudi tretji osebi, na podlagi tretjega odstavka 147. člena OZ pa ima pravico do regresa zoper delavca. Za škodo na delodajalčevem vozilu, ki jo je povzročil delavec s hudo malomarnim ravnanjem, ta načeloma odgovarja tudi na podlagi 177. člena ZDR-1.

Kot nevarne dejavnosti sodna praksa praviloma šteje tiste dejavnosti, katerih posledica je poklicna bolezen, na primer delo, pri katerem je delavec izpostavljen azbestu.⁴⁹ Tu velja spomniti, da odpravljanje posledic izpostavljenosti azbestu, vključno s priznavanjem pavšalnih odškodnin, ki jih deloma krije država, po poenostavljenem (zunajsodnem) postopku ureja poseben zakon,⁵⁰ za sodno uveljavljanje odškodninskih zahtevkov pa se praviloma odločajo oškodovanci, ki ne izpolnjujejo pogojev po tem zakonu.

Delodajalec se lahko objektivne odgovornosti v celoti ali deloma razbremeni, če v skladu s 153. členom OZ dokaže, da je škoda nastala zaradi zunanjega, nepredvidljivega vzroka, ki se mu ni bilo mogoče izogniti oziroma ga preprečiti. Zunanji in nepredvidljiv vzrok, ki se mu ni bilo mogoče izogniti, lahko predstavlja tudi ravnanje samega oškodovanca (glej spodaj) ali tretje osebe.

Sodišča včasih ugotovijo tudi, da za odškodninsko odgovornost delodajalca obstajata kar dva temelja: tako objektivna odgovornost za nevarno dejavnost oziroma stvar, kot krivdna odgovornost (na primer zaradi opustitve varnostnih ukrepov).⁵¹

5. Prispevek oškodovanca in deljena odgovornost

Čeprav delodajalec za škodo odgovarja, pa je mogoče, da je k njenemu nastanku ali velikosti prispeval tudi sam delavec, na primer s kršitvijo pravil o varstvu pri delu oziroma z neskrbnim ali nerazumnim ravnanjem.

⁴⁸ Glej na primer VS RS, VIII Ips 71/2015, z dne 13. 7. 2015.

⁴⁹ Glej na primer VS RS, II Ips 298/2005, z dne 22. 2. 2007; II Ips 496/2005, z dne 27. 9. 2007; II Ips 554/2004, z dne 29. 6. 2006.

⁵⁰ Zakon o odpravljanju posledic dela z azbestom (ZOPDA), Uradni list RS, št. 38/2006, 114/2006 - ZUE, 139/2006, 51/2009.

⁵¹ Glej na primer VS RS, II Ips 402/2006, z dne 27. 11. 2008. Sodišče je menilo, da sta podani tako objektivna kot krivdna odgovornost tožene stranke: objektivna zato, ker je delovni stroj, ki je tožnika poškodoval, nevarna stvar, krivdna pa zato, ker tožena stranka gradbišča ni zavarovala in tako ni poskrbela za varno delo ter je dopustila, da so se na gradbišču zadrževali vaščani ter da so celo pri delu pomagali.

Takšnih primerov je v praksi precej. V teh primerih se lahko odgovornost razdeli (deljena odgovornost); del škode nosi delavec sam, delodajalec pa je v tem obsegu razbremenjen. Pri tem ne gre za natančno ugotovitev, kolikšen del škode je v tehničnem smislu posledica ravnanja oškodovanca, ampak za pravno oceno sodišča o tem, kolikšen del škode mu je mogoče glede na okoliščine pripisati.⁵²

Možnost deljene odgovornosti obstaja tako pri krivdni (171. člen OZ) kot pri objektivni odgovornosti delodajalca. Glede objektivne odgovornosti je merodajna ureditev razbremenitve v 153. členu OZ. Delodajalec se razbremeni, če dokaže, da je škoda deloma posledica ravnanja oškodovanca. Za razbremenitev odgovornosti v celoti, torej za ugotovitev, da je škoda izključno posledica ravnanja oškodovanca, mora delodajalec dokazati, da je bilo ravnanje delavca nepredvidljivo (nepričakovano), in nepreprečljivo oziroma se mu ni bilo mogoče izogniti.⁵³ Za (delno) razbremenitev krivdne odgovornosti delodajalec dokazuje, da je tudi delavec ravnal nepravilno oziroma neskrbno in tako prispeval k nastanku škode.

Sodišče je na primer razdelilo odgovornost med delodajalca (delo na strehi) in delavca, ki je hodil na mestu, kjer hoja ni bila predvidena, streha pa se je udrla in je delavec ob padcu dobil hude poškodbe, v razmerju 50:50.⁵⁴ Odgovornost je razdelilo tudi v primeru dela s strojem – nakladalnikom, kjer je do škode prišlo tako, da delavec ob izvajanju delovne operacije odklopa bagske roke ni upošteval pravilnega zaporedja faz v tem procesu, zaradi česar je prišlo do drugačnega delovanja stroja od predvidenega ter je bagska roka pritisnila kabino in oškodovanca v njej ukleščila in mu stisnila nogo (40-odstotni prispevek delavca).⁵⁵ V zadevi, kjer je do nezgode prišlo tako, da se je gradbeni stroj pri delu na neravnem terenu prevrnil na bok, pri čemer je prišlo do poškodbe delavca, je sodišče 70 odstotkov odgovornosti naložilo delavcu, ki v nasprotju s pravili ni uporabljal varnostnega pasu, 30 odstotkov pa delodajalcu, ki tistega dne ni nadzoroval dela.⁵⁶ V odmevni zadevi, kjer je oškodovanec (pri kopanju jarka za gradnjo obcestnega zidu je sodeloval kot predstavnik vodovodnega podjetja, ki naj bi opozarjal na potek vodovodne napeljave) nenadoma skočil na delujoči rovokopač in premaknil pogonsko ročico, zaradi česar se je rovokopač prevrnil in ga hudo poškodoval, je sodišče (po nenavadnem posredovanju Ustavnega sodišča) sprejelo odločitev o 50-odstotnem prispevku oškodovanca, za preostanek pa sta bila objektivno (rovokopač v obratovanju) in tudi krivdno (neustrezno

⁵² Podobno: Špelca Mežnar, v: Nataša Belopavlovič, Barbara Kresal, Katarina Kresal Šoltes, Darja Senčur Peček (ur.), *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, IUS Software-GV Založba, Ljubljana 2016, str. 990.

⁵³ Glej na primer VS RS, II Ips 1957/1998, z dne 10. 3. 1999.

⁵⁴ Glej VS RS, VIII Ips 61/2012, z dne 14. 5. 2013.

⁵⁵ VSL, II Cp 1049/2016, z dne 4. 5. 2016.

⁵⁶ VDSS, Pdp 161/2016, z dne 24. 8. 2016.

zavarovanje delovišča, neustrezna stabilizacija stroja, pomanjkljiva konstrukcija) odgovorna izvajalec del in podizvajalec.⁵⁷

Če sodišče ugotovi, da je do škode prišlo izključno zaradi ravnanja delavca, lahko škodo v celoti pripiše njemu, vendar so taki primeri precej redki. Sodna praksa velikokrat šteje, da vsaj manjši del škode tudi tedaj izhaja iz nevarne stvari oziroma dejavnosti. V primeru nesreče v rudniku, do katere je prišlo, ker delavec v očitnem nasprotju s pravili ni ustavil transporterja, ampak je med obratovanjem sam zlezel vanj in skušal odpraviti napako, pri tem pa ga je naprava ukleščila in mu poškodovala noge, pa je sodišče ugotovilo, da je do nesreče prišlo izključno zaradi delavčeve kršitve pravil o varnem delu in delodajalca v celoti razbremenilo.⁵⁸

Sodišča prispevka delavca ne upoštevajo v primerih, ko delavec, čeprav ima v primeru, da delodajalec ne spoštuje pravil o varstvu pri delu, dolžnost delodajalca na to opozoriti⁵⁹ in tudi pravico odkloniti delo, tega glede na okoliščine ne more uresničiti brez tveganja za svoj delovnopравни položaj.⁶⁰

6. Obravnava prispevka delavca v regresnih zahtevkih ZZZS in ZPIZ

V zvezi s prispevkom delavca k nesreči pri delu je treba opozoriti na regresni zahtevek, ki ga v tem primeru nosilci socialnega zavarovanja (ZZZS, ZPIZ) lahko uveljavljajo proti delodajalcu. Starejša sodna praksa je pri regresnem zahtevku zavračala upoštevanje delavčevega prispevka in od delodajalca zahtevala povrnitev dajatev, izplačanih delavcu na račun delovne nesreče, v celoti, čeprav je bil delavec soodgovoren za nesrečo.⁶¹ Zlasti za majhne delodajalce je to pomenilo izredno veliko breme.⁶² V letu 2014 pa je Vrhovno sodišče to prakso spremenilo in omejilo regresni zahtevek zoper delodajalca na del, za katerega je odgovoren.⁶³

⁵⁷ Za kritiko odločbe in odločanja v tej zadevi glej Damjan Možina, (Ustavno)sodna farsa o rovokopaču, Podjetje in delo, št. 2/2017, str. 251–268.

⁵⁸ VS RS, VIII Ips 212/2010, z dne 2. 4. 2012.

⁵⁹ VS RS, VIII Ips 170/2011, z dne 3. 9. 2012.

⁶⁰ Glej na primer VS RS, II Ips 120/2014, z dne 14. 1. 2016.

⁶¹ Glej na primer VSL, I Cpg 519/2000, z dne 23. 5. 2001, ter VSC, Cpg 376/2012, z dne 13. 3. 2013.

⁶² V zvezi z obremenitvijo delodajalca velja omeniti tudi, da sodišča še ne priznavajo regresnega zahtevka zoper AO zavarovalnico v primerih, kjer je za prometno nesrečo, v kateri se poškoduje delavec, odgovorna tretja oseba, delodajalec pa delavcu izplačuje nadomestilo plače v časučasne nemožnosti za delo. Več Damjan Možina, Delodajalci in posledice prometnih nesreč, Podjetje in delo, št. 8/2014, str. 1505 in nasl.

⁶³ VS RS, III Ips 122/2011, z dne 25. 2. 2014, ter III Ips 1/2014, z dne 25. 2. 2014.

7. Škoda, nastala po naključju

V primerih, ko predpostavke odškodninske odgovornosti niso izpolnjene, delodajalec za škodo, čeprav je nastala pri delu ali v zvezi z delom, ne odgovarja. Gre torej za škodo, do katere je prišlo po – bolj ali manj nesrečnem – naključju. Včasih je posredi tudi neskrbno ravnanje delavca.⁶⁴

Da za škodo delodajalec ne odgovarja, je rezultat presoje. Sodišče je denimo zavrnilo odškodninski zahtevek oškodovanca – vlakovodje, ki je pri speljevanju vlaka (ki ga je odredil prav oškodovanec) izgubil ravnotežje, se prijel za podboj vrat v službenem vagonu, ta pa so se zaprla in mu odtrgala del prsta na roki. Zavrnilo je tako objektivno (voznja v vlaku kot nevarna dejavnost) kot subjektivno odgovornost (v službenem vagonu ni bilo ročajev za oprijem).⁶⁵

Presoja sodišč tudi ni vedno povsem konsistentna. Vrhovno sodišče je denimo odločalo o zadevi, kjer je delavec – voznik, ki ga je delodajalec poslal na pot v zimskih razmerah, padel, ko je izstopil iz vozila in mu je spodrsnilo na zasneženem in poledenelem cestišču. Sodišče v ravnanju delodajalca, ki je delavca v zimskem vremenu poslal na pot z ustrezno opremo, vključno z zimskimi čevlji, ni videlo protipravnosti.⁶⁶ Isto sodišče pa je v drugi, podobni zadevi, odločilo drugače, izhajajoč iz (pre)širokega razumevanja dolžnosti delodajalca: poškodbo policista, ki je v zimskem času ponoči opravljal kontrolo prometa in mu je, ko je stopal od zaustavljenega vozila proti službenemu vozilu, spodrsnilo na poledenelem pločniku, štelu za posledico protipravnega ravnanja delodajalca, ki je »poznal vremenske razmere oziroma bi jih moral poznati, pa je kljub temu policistu odredil delo na tej lokaciji, čeprav bi ga lahko preusmeril drugam, kjer nevarnosti poledice ne bi bilo«. ⁶⁷ Prispevka oškodovanca k nastanku škode sodišče ni videlo. V teh primerih je šlo pravzaprav za povsem običajno življenjsko tveganje, ki mu je – pač zaradi vremenskih razmer – izpostavljen tako rekoč vsakdo, ki se tam nahaja. Z običajnim življenjskim tveganjem je mogoče opisati tudi zgoraj omenjeni primer vzgojiteljice v vrtcu, ki je padla pri pobiranju žoge.

Zahtevnejša vprašanja se zastavljajo v primerih, ko do škode pride zaradi specifičnega, z delom oziroma delovnim mestom povezanega tveganja, pa odgovornosti za škodo ni mogoče

⁶⁴ V zadevi, o kateri je odločalo VDSS Pdp 929/2015, z dne 10. 3. 2016, je denimo delavec, zaposlen kot voznik tovornega vozila, pri prevzemu pošiljke starega papirja skušal papir povezati z varnostnim pasom. Eno stran prikolice je odprl, se povzpел nanjo, pri tem, kot je povlekel pas, pa mu je spodrsnilo na listih umazanega papirja in nesnagi na tleh; padel je in si poškodoval ramo. Obut je bil v superge, ne v zaščitne čevlje. Sodišče je zavrnilo objektivno in krivdno odgovornost delodajalca in ugotovilo, da je škoda nastala izključno zaradi malomarnosti oškodovanca, ki ni očistil tal prikolice in ni obul zaščitnih čevljev.

⁶⁵ VDSS, Pdp 916/2015, z dne 12. 5. 2016.

⁶⁶ VS RS, II Ips 891/2007, z dne 12. 11. 2009.

⁶⁷ VS RS, II Ips 264/2011, z dne 25. 4. 2013.

naložiti delodajalcu, ker niso podane predpostavke krivdne odgovornosti, prav tako pa ne gre za nevarno dejavnost. Za taka primera je šlo denimo, ko je delavcema – hotelskemu recepcionarju in blagajničarki v trgovini – škodo povzročil ropar.⁶⁸ Delodajalcema v obeh primerih protipravnega ravnanja v smislu opustitev pri skrbi za varnost ni bilo mogoče očitati; šlo je za nepredvidljivo (in kaznivo) dejanje tretje osebe. V teoriji so se pojavile kritike, da rešitve niso pravične, saj sta delavca škodo vendarle utrpela zaradi tega, ker sta bila na delovnem mestu, pojavili pa so se tudi predlogi za objektivno odgovornost delodajalca za škodo, ki delavcu na delu oziroma v zvezi z delom nastane zaradi tretje osebe ali celo višje sile.⁶⁹ Vendarle pa je treba opozoriti, da je v primerih, ko škodo povzroči tretja oseba, v prvi vrsti ta oseba odgovorna za škodo. Poleg tega velja v zvezi s primeri, kjer je škoda nastala s kaznivim dejanjem tretje osebe, posebej spomniti tudi na to, da je za primere, kjer ni izgledov za povrnitev škode od storilca kaznivega dejanja, z zakonom vzpostavljena posebna povrnitvena shema, po kateri država žrtvam nasilnih kaznivih dejanj po poenostavljenem postopku izplačuje posebne »odškodnine«.⁷⁰ Ob upoštevanju tega v takšnih primerih ni posebne potrebe po objektivni odgovornosti delodajalca.

8. Odškodninska odgovornost za nezakonito odpoved delovnega razmerja

Kot pojasnjuje drugi odstavek 179. člena ZDR-1, delodajalec odgovarja delavcu tudi za škodo, nastalo s kršitvami pravic iz delovnega razmerja. Sem lahko uvrstimo na primer odškodnino za neizkoriščen letni dopust. Tudi tu morajo biti podani elementi krivdne odgovornosti (protipravno ravnanje, škoda, vzročna zveza, krivda). O krivdi delodajalca ni mogoče govoriti, če delavec ne izkoristi dopusta iz razlogov, ki so na njegovi strani, in mu jih je mogoče pripisati.⁷¹ Delavec je lahko upravičen do odškodnine le, če dopusta ni izrabil iz objektivnih razlogov.⁷² Delavec in delodajalec se ne moreta vnaprej dogovoriti o odpovedi dopustu v zameno za denarno nadomestilo, razen za primer prenehanja delovnega razmerja (164. člen ZDR-1).

⁶⁸ Glej VS RS, II Ips 217/2010, z dne 14. 7. 2011, ter VIII Ips 186/2015, z dne 14. 10. 2015.

⁶⁹ Glej Špelca Mežnar, v: Nataša Belopavlovič, Barbara Kresal, Katarina Kresal Šoltes, Darja Senčur Peček (ur.), *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*, IUS Software-GV Založba, Ljubljana 2016, str. 990.

⁷⁰ Glej *Zakon o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj*, Uradni list RS, št. 101/05 in 86/10. Tu ne gre za odškodninsko odgovornost države v ožjem smislu, ampak za drugo povrnitveno shemo, več Damjan Možina, *Odškodninska odgovornost države*, Ius Software (GV Založba), Ljubljana 2015, str. 52 in nasl.

⁷¹ Glej na primer Vrhovno sodišče, VIII Ips 218/2010, z dne 7. 2. 2012, ter VIII Ips 107/2011, z dne 20. 12. 2011.

⁷² Glej na primer VDSS, PdP 311/2014, z dne 27. 3. 2014.

Med kršitve pravic iz delovnega razmerja lahko uvrstimo tudi odškodninsko odgovornost delodajalca za nezakonito odpoved delovnega razmerja. Če sodišče ugotovi, da je bila delodajalčeva odpoved delovnega razmerja nezakonita, lahko delavca reintegrira na delovno mesto in ugotovi, da je delovno razmerje v vmesnem času obstajalo, mu prizna delovno dobo, nadomestilo plače in druge pravice. Seveda mora sodišče v zvezi z nadomestilom plače upoštevati tudi delavčevo dolžnost, da v skladu s 171. členom OZ škodo zmanjša ali prepreči in si po možnosti zagotovi drugo delo oziroma dohodek. Če reintegracija ni mogoča, delavcu poleg tega prizna tudi posebno denarno povračilo (glej 118. člen ZDR-1). Zastavlja se vprašanje, ali delodajalec poleg tega odgovarja tudi za morebitno nepremoženjsko škodo, ki jo je delavec utrpel zaradi nezakonite odpovedi. Delavci se v odškodninskih zahtevkih sklicujejo na zdravstvene težave, eksistenčni strah, duševne bolečine, osebnostne spremembe zaradi odpovedi in zmanjšanje življenjskih aktivnosti.

Sodna praksa je do takšnih odškodnin zadržana, a jih v izjemnih primerih vendarle priznava. Obravnava jih na podlagi nepogodbene odškodninske odgovornosti (delikta). Zgolj okoliščina, da je bila odpoved delovnega razmerja nezakonita, za priznanje odškodnine za nepremoženjsko škodo ne zadošča, ampak se zahteva, da je delodajalec huje zlorabil institut odpovedi delovnega razmerja oziroma zavestno ravnal v nasprotju s predpisi.⁷³ To pomeni, da sodna praksa za to odškodnino zahteva kvalificirano obliko protipravnosti in krivde na strani delodajalca. Pri priznavanju denarne odškodnine morajo sodišča določno navesti, za katero obliko nepremoženjske škode gre (telesne bolečine, duševne bolečine s posebej opredeljenimi vzroki, strah) in pri tem, kakor tudi glede odmere odškodnine, slediti uveljavljeni sodni praksi na podlagi 179. člena OZ. Trpljenje zaradi storjene krivice samo po sebi v slovenskem pravu ne pomeni pravno priznane nepremoženjske škode.

Sodišča svoje zadržanosti do tega instituta ne pojasnjujejo neposredno. Po eni strani si seveda ni težko predstavljati nezadovoljstva in prizadetosti delavca, ki mu je po krivici prenehalo delovno razmerje z odpovedjo. Vendar je po drugi strani ta prizadetost začasne narave, kajti sodišče kasneje ugotovi, da je bila odpoved nezakonita in prizna pravice iz delovnega razmerja za nazaj, kar je gotovo tudi neke vrste zadoščenje za krivico. Z eksistenčnim strahom pa se lahko dandanes sooči vsak, tako delavci, ki so še v delovnem razmerju, kot delavci, ki so dobili zakonito odpoved, še posebej pa tisti, ki zaposlitve sploh nimajo in niso le začasno brezposelni. V zvezi z zdravstvenimi težavami kot posledicami stresa zaradi nezakonite odpovedi posebno težavo predstavlja dokazovanje vzročne zveze. Zdravstvene težave namreč lahko nastanejo tudi v primeru stresa, ki spremlja zaposlitev, zaradi zakonite odpovedi, pa tudi brez vsakega zunanje vzroka. Vprašanje je, ali lahko izvedenec psihiatrične ali medicinske stroke

⁷³ Glej na primer VS RS, II Ips 16/2008, z dne 10. 9. 2009 (zavestna kršitev predpisov), VIII Ips 263/2012, z dne 17. 6. 2013, ter VDSS, Pdp 1088/2013, z dne 6. 3. 2014 (hujša zloraba instituta odpovedi). Glej tudi VDSS, Pdp 747/2014, z dne 3. 12. 2014, ter Pdp 710/2012, z dne 27. 9. 2012.

ustrezno odgovori na vprašanje pravno relevantne vzročnosti. Poleg tega so telesni in zlasti čustveni odzivi oškodovancev izrazito odvisni od njihove osebnosti. Nepravično bi bilo delodajalcu naložiti breme težkih posledic, ki so v odločilni meri rezultat predhodno obstoječega psihičnega stanja oziroma bolezni delavca.⁷⁴

9. Pojem delodajalca v smislu 179. člena ZDR-1

Kadar formalni delodajalec napoti delavca na delu k uporabniku, načeloma ta delavcu odgovarja tudi za morebitno škodo, nastalo pri delu oziroma v zvezi z delom.⁷⁵ Odgovarja po enakih načelih, torej praviloma krivdno, izjemoma pa objektivno, kadar gre za nevarno dejavnost ali nevarno stvar. Čeprav delavec z uporabnikom ni sklenil pogodbe o zaposlitvi, gre za *de facto* delodajalca, ki ga zato štejemo tudi kot delodajalca v smislu 179. člena ZDR-1. Na odgovornost uporabnika ne vpliva okoliščina, ali je z delodajalcem sklenil dogovor o napotitvi delavcev v skladu z zakonom; bistveno je, da je bil delavec vključen v delovni proces in je dejansko delal tako, kot je značilno za delavce.⁷⁶ Kot *de facto* delodajalca je mogoče šteti tudi naročnika del na gradbišču, ki organizira delovni proces na skupnem gradbišču in odgovarja za varnost tudi v razmerju do delavcev podizvajalcev glavnega izvajalca.⁷⁷ Pogodba med delodajalcem in uporabnikom, s katero bi želela prenesti odškodninsko odgovornost z uporabnika na delodajalca, nima učinka nasproti delavcu, ki lahko povrnitev škode v vsakem primeru zahteva od uporabnika.⁷⁸ Formalni delodajalec za škodo ne odgovarja poleg uporabnika (solidarno z njim) zgolj zato, ker ima sklenjeno delovno razmerje z delavcem,⁷⁹ vendar pa njegova odgovornost ni povsem izključena: odgovarja lahko, če mu je mogoče očitati protipravno in krivdno ravnanje, ki bi bilo v vzročni zvezi s poškodbo delavca.⁸⁰

⁷⁴ Glej VSL, I Cp 132/2016, z dne 20. 4. 2016. Sodišče je presojalo obstoj vzročne zveze med očitanim protipravnim ravnanjem, to je odpovedjo delovnega razmerja oškodovanki (zaposleni kot blagajničarki), za katero je kasneje sodišče ugotovilo, da je nezakonita, in domnevnim šikaniranjem, do katerega naj bi prišlo, ko je oškodovanka spet nastopila delo pri delodajalcu, in posledico – oškodovankino psihično boleznijo, zaradi katere je postala popolnoma nesposobna za delo. Ugotovilo je, da relevantne vzročne zveze ni, saj je na oškodovankino doživljanje vplivala predvsem njena osebna strukturiranost in druge bolezenske težave, nižje spominske kapacitete ter nesposobnost koncentracije.

⁷⁵ Glej 59.–63. člen ZDR-1 ter pregled sodne prakse pri: Tanja Pustovrh Pirnat, Sodna praksa glede odgovornosti zaposlitvene agencije za škodo, ki jo utrpijo delavci pri delu, Delavci in delodajalci, št. 1/2013, str. 79.

⁷⁶ VS RS, II Ips 367/2004, z dne 27. 10. 2005.

⁷⁷ Glej na primer VS RS, II Ips 207/2014, z dne 27. 8. 2015; VSL, III Cp 2413/2015, z dne 21. 10. 2015.

⁷⁸ VS RS, II Ips 199/2007, z dne 28. 6. 2010.

⁷⁹ Glej na primer VS RS, VIII Ips 13/2011, z dne 22. 5. 2012. Zdi se, da nekoliko drugačno stališče zastopa VDSS, glej na primer Pdp 202/2010, z dne 22. 4. 2010, ter Pdp 616/2011, z dne 1. 9. 2011.

⁸⁰ Glej VS RS, II Ips 861/2007, z dne 9. 9. 2010.

10. Povrnitev škode

Premoženjska škoda, ki se kaže v zmanjšanju oziroma preprečitvi povečanja premoženja, se povrne po načelu popolne odškodnine (169. člen OZ): odmeri se v znesku, ki je potreben, da postane premoženjsko stanje oškodovanca tako, kot da škodnega dogodka ne bi bilo (169. člen OZ). Če je oškodovanec prispeval k nastanku škode ali po škodnem dogodku ni zmanjšal škode, je upravičen le do sorazmerno zmanjšane odškodnine (171. člen OZ). Škoda na stvareh se lahko izjemoma povrne v obliki naravne restitucije (odgovorna oseba sama vzpostavi stanje, kakršno je bilo pred nastankom škode), praviloma pa v obliki civilne restitucije (odgovorna oseba poravnava stroške popravila). Kadar to ni mogoče ali ni gospodarno (ker je na primer cena popravila nesorazmerna glede na vrednost stvari pred nesrečo), odgovorna oseba povrne vrednost stvari pred škodnim dogodkom (kompenzacija). Premoženjska škoda zaradi smrti oziroma poškodbe oziroma okvare zdravja obsega denimo izgubljeni zaslužek, stroške zdravljenja, stroške zaradi povečanih potreb, stroške pogreba in izgubo dohodka.

Ker oškodovanec po povrnitvi škode ne bi smel imeti več kot pred škodnim dogodkom, je treba pri odmeri odškodnine upoštevati (všteti) dajatve in storitve, ki jih je oškodovanec prejel od nosilcev socialnih zavarovanj in so namenjene kritju iste škode (*compensatio lucri cum damno*). Tako na primer oškodovanec, ki mu je sistem zdravstvenega zavarovanja nudil zdravstvene storitve, ne more ob tem zahtevati povrnitev stroškov zdravljenja še od delodajalca, prav tako pa je treba denimo prejeto invalidnino všteti v odškodnino za zmanjšanje življenjske aktivnosti.⁸¹

Vsak poseg v človekovo osebnost ter njegovo telesno in duševno integriteto še ne predstavlja priznane nepremoženjske škode. To so le tisti posegi, ki se v skladu s 179. členom OZ z zadostno intenzivnostjo in v zadostnem trajanju izrazijo v telesnih bolečinah, duševnih bolečinah z natančno opredeljenim katalogom vzrokov (zmanjšanje življenjske aktivnosti, skaženost, razžalitev dobrega imena in časti, okrnitev svobode ali osebnostne pravice, smrt ali težka invalidnost bližnjega ter kršitev dostojanstva) ali v strahu. Ključno je torej trpljenje oškodovanca, ki poruši njegovo duševno ravnovesje (t. i. subjektivni koncept nepremoženjske škode). Ker z odškodnino nepremoženjske škode v resnici ni mogoče odpraviti, to pravzaprav ni odškodnina, s kakršno se povrne premoženjska škoda, ampak pravično denarno zadoščenje, ki naj bi prispevala k ponovni vzpostavitvi oškodovančevega duševnega ravnovesja. Nepremoženjska škoda se praviloma povrne v obliki denarne odškodnine, v določenih položajih pa obstaja tudi možnost nadenarnih sankcij (178. člen OZ). V sodni praksi se odškodnina odmerja upoštevajoč tako načelo individualizacije višine odškodnine, ki omogoča upoštevanje stopnje in trajanja bolečin glede na konkretne okoliščine pri posameznem oškodovancu, kot tudi načelo

⁸¹ Glej na primer VDSS, Pdp 1106/2015, z dne 12. 5. 2016.

objektivne pogojenosti višine odškodnine, v skladu s katerim sodišče upošteva pomen prizadete dobrine in namen odškodnine, pa tudi ustrezno razmerje z odškodninami za primerljivo škodo v drugih primerih.

Namen povrnitve škode ni le reparacija (restitucija, kompenzacija) v primeru premoženjske škode oziroma pravično zadoščenje v primeru nepremoženjske škode, ampak tudi preprečitev: odškodninsko pravo spodbuja potencialne povzročitelje škode k skrbnemu ravnanju, ki ne bo povzročilo škode oziroma jih odvrta od ravnanja v nasprotju s pravom (preventivna funkcija). Povrnitev škode pa ni namenjena golemu kaznovanju povzročitelja oziroma odgovorne osebe.

Tudi odškodnina za (premoženjsko in nepremoženjsko) škodo zaradi diskriminacije in trpinčenja na podlagi 8. člena ZDR-1, ki naj bi s svojo višino »odvrčala« delodajalca od ponovnih kršitev, ne pomeni podlage za kaznovanje delodajalca, ampak je instrument preventivnega usmerjanja ravnanja.⁸² Osnovno načelo ostaja popolna povrnitev škode, ki načeloma že sama po sebi učinkuje odvrčilno.⁸³ Vendarle pa lahko sodišče, kadar oceni, da popolna povrnitev na dolžnika ne deluje odvrčilno, določi odškodnino v znesku, ki presega škodo (nadkompenzacija), pri čemer upošteva na primer, ali gre za prvo ali ponavljajočo se kršitev prepovedi diskriminacije oziroma trpinčenja ter delodajalčevo stopnjo krivde.⁸⁴

11. Zastaranje

Glede zastaranja zahtevkov razlikujemo dve skupini primerov: t. i. tipične terjatve iz delovnega razmerja, denimo plača, regres, povrnitev stroškov itn. zastarajo v petletnem roku, ki ga določa ZDR-1 v 202. členu, medtem ko se za povrnitev škode zaradi nesreč pri delu in poklicnih boleznih (t. i. netipične terjatve iz delovnega razmerja) ter za nepremoženjsko škodo zaradi nezakonite odpovedi uporablja subjektivni triletni in objektivni petletni zastaralni rok za deliktne (nepogodbene) odškodninske terjatve iz 352. člena OZ.⁸⁵

⁸² Glej na primer VDSS, Pdp 1466/2014, z dne 16. 4. 2015.

⁸³ Več Damjan Možina, Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1, v: Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava, Liber amicorum Lojze Ude, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016, str. 371 in nasl.

⁸⁴ Prav tam.

⁸⁵ Marijan Debelak, Odškodninske terjatve iz delovnega razmerja v novejši sodni praksi, Delavci in delodajalci 2-3/2014, str. 328. Več: Damjan Možina, Zastaranje nepogodbениh odškodninskih zahtevkov, Pravni letopis 2015, str. 227 in nasl.

Izvirni znanstveni članek
347.734:33.025.2

Bail-in ter poseg v lastninsko pravico skozi prizmo Sodišča Evropske unije

URŠA UŠENIČNIK
mag. prava, odvetniška pripravnica v
Odvetniški pisarni Schönherr

1. Uvod¹

Zadnja finančna kriza, ki je pred leti prizadela Evropo, je pokazala, da tudi velike banke lahko zaidejo v težave, kar ima lahko hude posledice tako za vzdržnost finančnega sistema posamezne države članice Evropske unije kakor tudi za evrosistem in EU kot celoto. Zato je bilo za spopad s finančno krizo bistvenega pomena, da se tudi na ravni EU razvijejo ukrepi za reševanje bank, ki bodo učinkoviti ter hkrati skladni s pravili notranjega trga in konkurence. Kot odgovor na krizo se je na evropski ravni tako postopoma razvil ukrep za reševanje bank *bail-in*. Njegovo uporabo sta izrecno spodbujali Evropska komisija (v nadaljevanju: Komisija) in Evropska centralna banka (v nadaljevanju: ECB), izveden pa je bil v številnih državah članicah, ki so se soočale s propadajočimi bankami.

Vendar pa ta ukrep za reševanje bank v težavah, kljub številnim pozitivnim lastnostim, ni popoln. V svojem bistvu namreč ukrep *bail-in* pomeni poseg v lastninsko pravico delničarjev in upnikov prezadolženih bank. Posledično se tako postavi vprašanje sorazmernosti in upravičenosti izvedbe tega ukrepa v odnosu do lastninske pravice prizadetih posameznikov.

Ta prispevek uvodoma za namene razumevanja predstavi razvoj ukrepa *bail-in* na ravni EU ter problematiko posega v lastninsko pravico v povezavi z njegovo izvedbo. V drugi polovici se nato podrobno posveti stališču, ki ga je v zvezi z izpostavljeno problematiko sorazmernosti posega v lastninsko pravico prizadetih posameznikov razvilo Sodišče EU. Pri tem se opre na

¹ Tematika prispevka je podrobneje obravnavana v: Ušeničnik, Odškodninska odgovornost Evropske unije za ukrepe *bail-in*: analiza primerov Kotnik in Ledra Advertising, magistrska diplomska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2017.

sodbi Sodišča EU *Kotnik*² in *Ledra Advertising*³. Na podlagi stališča Sodišča EU iz omenjenih sodb v sklepu ponudi krajšo analizo možnosti posameznikov, prizadetih z izvedbo tega ukrepa, da uspejo z odškodninsko tožbo zoper institucije EU.

2. Ukrepi za reševanje bank ter *bail-in*

Najpogostejši ukrep za reševanje bank, ki jim je grozila insolventnost, je bil sprva uporaba davkoplačevalskega denarja za njihovo dokapitalizacijo (*bail-out*) – po podatkih Evropske komisije je bilo v EU v ta namen med letoma 2008 in 2014 odobrenih kar za 5,76 bilijona evrov državnih pomoči.⁴ Utemeljitev za upravičenost uporabe javnega denarja za reševanje bank je več. Prvi razlog je ta, da so banke potrebne za zagotavljanje finančnih sredstev realnemu gospodarstvu, s katerim so tudi čedalje bolj povezane – v primeru propada banke je zato težko predvideti in nadzorovati učinek, ki bi ga ta lahko imel na finančni sistem ter na realno gospodarstvo.⁵ Poleg tega obstaja tveganje nadaljnje destabilizacije, če deponenti izgubijo zaupanje v banko, sistemi zajamčenih vlog pa niso ustrezno financirani oziroma ne zadoščajo za ublažitev šoka propada banke, kar se lahko odrazi v množičnem dvigovanju depozitov z bank.⁶ Pri tem velja poudariti dejstvo, da so deponenti volivci, ki bi, če svojih depozitov ne bi mogli dvigniti z bank, krivdo lahko pripisali politikom – to vsakokratne vlade pri reševanju banke v krizi postavi pod določen pritisk, da ravnajo hitro in učinkovito.⁷ Poleg tega običajni insolvenčni postopki pogosto niso primeren način za obravnavanje nestabilnih ali propadajočih bank, saj običajno niso dovolj hitri, ne zagotovijo kontinuitete bistvenih funkcij finančne institucije, vodijo k velikemu zmanjšanju vrednosti sredstev in tako lahko vplivajo na realno gospodarstvo: uporaba običajnih postopkov insolvence zato redko vodi k zadovoljivi ohranitvi finančne stabilnosti.⁸

Pri reševanju bank v EU sprva ni bilo ustrezne alternative za postopke insolventnosti ali *bail-out*, da bi se izognili negativnim posledicam insolvenčnih postopkov, so se države zato odločale za dokapitalizacije bank z javnim denarjem.⁹ Vendar pa tudi ta način soočanja z bančno krizo ni bil brez slabosti. Odločitev za reševanje bank z dokapitalizacijo iz prora-

² Sodba v zadevi C-526/14, *Tadej Kotnik in drugi proti Državnemu zboru Republike Slovenije*, z dne 19. julija 2016, ECLI:EU:C:2016:570.

³ Sodba v združenih zadevah od C-8/15 P do 10/15 P, *Ledra Advertising Ltd in drugi proti Evropski komisiji in Evropski centralni banki*, z dne 20. septembra 2016, ECLI:EU:C:2016:701.

⁴ Wojcik, str. 91.

⁵ Prav tam, str. 92.

⁶ Prav tam.

⁷ Prav tam.

⁸ Prav tam.

⁹ Prav tam.

čuna je namreč za državo draga, za vlade politično zahtevna, povezana pa je tudi z velikimi družbenimi stroški.¹⁰ Dokaopitalizacije bank so v praksi tako povzročale luknje v proračunih držav in v določenih primerih celo ogrozile njihovo fiskalno vzdržnost.¹¹ Posledično so stroški *bail-out*, če je bila propadajoča banka locirana v državi članici, ki si njenega reševanja ni mogla privoščiti sama, posredno padli na EU.¹² *Bail-out* je osvetlil naraščajoče razlike v sposobnosti podpore propadajočim bankam na nacionalni ravni med državami članicami znotraj evroskupine.¹³ To je ustvarilo neenake konkurenčne pogoje za kreditne institucije na notranjem trgu finančnih storitev ter sočasno vodilo k zaostritvi dolžniške krize držav članic.¹⁴ *Bail-out* je poleg tega banke postavil v ugodnejši položaj kot preostale korporacije na trgu, kar je ustvarjalo motnje konkurence in moralna tveganja.¹⁵

Navedena problematika je pripeljala do razvoja koncepta »delitve bremen« pri reševanju propadajočih bank, ki se je dokončno odrazil v obliki instrumenta za reševanje bank *bail-in*. Koncept delitve bremen je mogoče razumeti kot soprispevek delničarjev in upnikov bank k strošku njihovega prestrukturiranja (poleg javnih sredstev).¹⁶ Pri delitvi bremen gre za to, da banka, njeni lastniki in njeni podrejeni upniki s svojimi prispevki zmanjšajo potrebo propadajoče banke po javnih sredstvih.¹⁷ Posledično se zmanjša moralno tveganje, saj delitev bremen zagotavlja, da osebe, ki so investirale v banke, preden so te zašle v težave, nase prevzamejo posledice potencialnih tveganj, ki iz takšnih investicij izhajajo.¹⁸ V svojem bistvu je *bail-in* torej instrument, ki oblastem daje pristojnost, da izgube propadajočih bank v upravnem postopku naložijo delničarjem in upnikom bank z odpisom ali pretvorbo njihovih finančnih instrumentov.¹⁹

Na EU ravni je bil ukrep *bail-in* prvič uveden s Sporočilom Komisije o uporabi pravil o državni pomoči za podporne ukrepe v korist bank v okviru finančne krize od 1. avgusta 2013 dalje²⁰ (v nadaljevanju: Sporočilo o bančništvu). Uvedba tega ukrepa je zasledovala cilj zmanjšanja porabe javnega denarja za reševanje bank (ter uporabe ukrepa *bail-out*) in spodbude fiskalno

¹⁰ Prav tam, str. 93.

¹¹ Lienemeyer in drugi, str. 279.

¹² Prav tam.

¹³ Wojcik, str. 93.

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Lienemeyer in drugi, str. 278.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Prav tam.

¹⁹ Wojcik, str. 95.

²⁰ UL 2013, C 216.

vzdržnim bankam, da se v primeru krize prestrukturirajo.²¹ Odpis oziroma pretvorba finančnih instrumentov naj bi namreč lahko učinkovito obnovila finančno stanje banke, to pa bi zmanjšalo oziroma izničilo potrebo po dokapitalizaciji iz javnih sredstev.²² *Bail-in* poleg tega zmanjša tudi nevarnost za izkrivljanje konkurence s postavljanjem bank v ugodnejši položaj v primerjavi z drugimi gospodarskimi subjekti ter pomeni rešitev težave moralnega tveganja posameznikov, ki se raje odločajo za tvegane naložbe, kadar njihove negativne posledice nosi skupnost.²³

2.1. *Bail-in* ter poseg v lastninsko pravico

Kljub zgoraj izpostavljenim pozitivnim lastnostim ukrepa *bail-in* se pri njegovi uporabi pojavljajo tudi pomisleki. Glavni pomislek uporabe ukrepa *bail-in* je v njegovem potencialnem konfliktu s temeljno pravico do lastnine.²⁴ Ukrepi, ki jih s sabo prinaša *bail-in*, kot so izbris ali prenos delnic delničarjev banke in zmanjšanje glavnice obveznosti banke do upnikov oziroma njihov izbris ali pretvorba v delnice, namreč jasno posegajo v pravico do lastnine – vprašanje, ki se pri tem poraja, pa je, ali je takšen poseg skladen s pravnimi omejitvami ter ali je lahko veljavno utemeljen in sorazmeren.²⁵ Pri tej analizi se bom osredotočila na zaščito lastninske pravice, kot je urejena v evropskem pravu in sodni praksi: torej v 17. členu Listine EU o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina)²⁶ ter sodni praksi Sodišča EU in v 1. členu Prvega protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in svoboščin (v nadaljevanju: EKČP) ter sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP). Pri tem velja poudariti, da sta vsebina in obseg pravice do lastnine, skladno s tretjim odstavkom 52. člena Listine, v Listini in Konvenciji enaka²⁷ (pravica do lastnine iz 17. člena Listine ustreza pravici do varstva premoženja iz 1. člena Prvega protokola k EKČP), kar posledično pomeni, da se sodna praksa obeh sodišč na tem področju vsaj načeloma dopolnjuje. Kot izhaja že iz samih členov obeh listin, lastninska pravica ni absolutna, temveč so dopustne njene omejitve ali celo njen odvzem v javno korist v primerih in pod pogoji, ki jih določa zakon; poleg tega je skladno z Listino odvzem dopusten zgolj proti pravični in pravočasni odškodnini za njeno izgubo.²⁸

²¹ Lienemeyer in drugi, str. 287.

²² Wojcik, str. 112.

²³ Sodba z dne 19. julija 2016, *Tadej Kotnik in drugi proti Državnemu zboru Republike Slovenije*, C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570, točki 57 in 58.

²⁴ Lienemeyer in drugi, str. 281.

²⁵ Wojcik, str. 117.

²⁶ UL C 326, 26. 10. 2012, str. 391–407.

²⁷ Člen 52(3) Listine.

²⁸ Člen 17(1) Listine: »Lastnina se nikomur ne sme odvzeti, razen v javno korist v primerih in pod pogoji, ki jih določa zakon, vendar le proti pravični in pravočasni odškodnini za njeno izgubo.«

V povezavi s pravico do lastnine in ukrepom *bail-in* velja najprej izpostaviti, da je v sodni praksi obeh sodišč mogoče najti sodbe, ki so se ukvarjale s finančnimi instrumenti v okviru lastninske pravice. ESČP je v preteklosti že odločilo, da ni razloga, da bi bilo lastništvo delnic in dolžniških instrumentov kakorkoli izvzeto iz varstva, ki ga nudi 1. člen Prvega protokola k EKČP, na primer v sodbah *Sovtransavto Holding proti Ukrajini*²⁹ ter *Fomin in drugi proti Rusiji*.³⁰ Prav tako se je z lastninsko pravico v okviru uporabe ukrepa *bail-in* ukvarjalo tudi Sodišče EU; na tem mestu izpostavljam sodbi *Kotnik in Ledra Advertising*, ki bosta predstavljeni v nadaljevanju. Finančni instrumenti so torej nedvomno varovani znotraj sklopa pravice do lastnine. To je tudi upravičeno ob upoštevanju posledic, ki jih za delničarje in lastnike dolžniških instrumentov pomeni *bail-in*. Izbris delnic za delničarje pomeni prenehanje uživanja pravic, ki izhajajo iz teh instrumentov: glasovalne pravice, pravice do vpliva na komercialne aktivnosti bank ter pravica do udeležbe ob morebitnem dobičku.³¹ Izbris dolžniških instrumentov za upnike banke pomeni, da ob zapadlosti ne bodo prejeli (celotne) vrednosti obresti in glavnice, njihova pretvorba v delnice pa, da bodo, namesto dogovorjenega plačila glavnice in obresti, prejeli zgolj pravico do udeležbe ob morebitnem dobičku banke.³² Poleg tega pretvorba dolga v kapital banke za lastnike dolžniških instrumentov pomeni tudi, da je poslabšan njihov položaj v morebitnem postopku insolvenca, saj imajo dolžniški instrumenti v teh postopkih prednost pred lastniškimi.³³

Kot je torej predstavljeno, *bail-in* finančnih instrumentov dejansko predstavlja poseg v lastninsko pravico. Kot tak je zato lahko dopusten zgolj, kadar zadosti pogojem načela sorazmernosti. V skladu s prvim odstavkom 52. člena Listine so namreč omejitve pravic iz Listine dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa oziroma so potrebne za zaščito pravic in svoboščin drugih.³⁴ Načelo sorazmernosti je podrobneje razčlenjeno v (ustaljeni) sodni praksi Sodišča EU, ki določa »[...] da je načelo sorazmernosti eno od splošnih načel prava Unije, ki določa, da morajo biti ukrepi, sprejeti v skladu s pravom Unije, primerni za uresničenje legitimnih ciljev, ki jim sledi zadevna ureditev, in ne smejo prekoračiti okvirov, ki so potrebni za njihovo doseganje.«³⁵ Za te ukrepe nadalje določa, da ne smejo prekoračiti

²⁹ ESČP, zadeva *Sovtransavto Holding proti Ukrajini*, št. 48553/99, z dne 25. 7. 2003, odst. 92 (v povezavi z lastništvom delnic).

³⁰ ESČP, zadeva *Fomin in drugi proti Rusiji*, št. 34703/04, z dne 26. 2. 2013, odst. 25 (v povezavi z lastništvom dolžniških instrumentov).

³¹ Wojcik, str. 118.

³² Prav tam.

³³ Prav tam.

³⁴ Člen 52(1) Listine.

³⁵ Sodba z dne 17. oktobra 2013, *Billerud Karlsborg AB in Billerud Skärblacks AB proti Naturvårdsverket*, C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664, odst. 34. Tako tudi npr. sodba z dne 8. junija 2010 v zadevi *Vodafone in drugi*, C-58/08,

meje, potrebne za uresničitev ciljev, ki jih zakonodaja legitimno uresničuje, pri več primernih ukrepih pa je treba uporabiti tistega, ki je najmanj omejujoč, pri čemer pa povzročene neugodnosti ne smejo biti nesorazmerne s cilji, ki jih zasledujejo.³⁶

Presoja sorazmernosti ukrepa *bail-in*, tako Wojcik, ima dva vidika: sorazmerne morajo biti tako pravne določbe, ki urejajo *bail-in*, kot tudi njihova uporaba v vsakem posamičnem primeru; sorazmernost pravnih določb samih tako še ne pomeni, da je ukrep sorazmeren v vsakem konkretnem primeru.³⁷ Vendar pa sta po njegovem oba vidika med seboj tesno prepletena – presoja obeh se bo tako osredotočala na podobne elemente.³⁸ Kot temelj sorazmernosti v obeh primerih navaja načelo *no creditor worse off*, ki pomeni, da so delničarji in upniki bank pri izvedbi ukrepa *bail-in* obravnavani enako, kot bi bili v primeru običajnega postopka insolvence oziroma da pri njegovi izvedbi ne utrpijo večjih izgub, kot bi jih v primeru likvidacije oziroma stečaja banke.³⁹ Cilj ukrepa *bail-in* je torej, da izbris delnic oziroma odpis dolžniških instrumentov, z namenom reševanja banke, nima dejanskega vpliva na ekonomski položaj delničarja ali upnika, ob upoštevanju ekonomskega položaja, kot bi ga imel v postopku insolvence.⁴⁰ Gre za to, da se štejejo delnice delničarja, ki v primeru likvidacije banke ne bi prejel ničesar, kot delnice brez vrednosti: izbris takih delnic v okviru ukrepa *bail-in* tako nikakor ne more vplivati na njegov ekonomski položaj.⁴¹ Enako velja tudi v primeru upnikov, ki bi bili v postopku insolvence le delno poplačani – odpis dela dolga, ki bi ga v postopku insolvence upniki tako ali tako izgubili, je v kontekstu ukrepa *bail-in* načeloma popolnoma upravičen.⁴² Vendar pa je pri izvedbi ukrepa *bail-in* treba paziti, da se načelo *no creditor worse off* dosledno zasleduje – razporeditev izvedbe ukrepa *bail-in* mora zato obvezno slediti obratnemu vrstnemu redu, kot je v nacionalni zakonodaji predpisan za poplačilo v postopkih insolvence.⁴³

Kot protiargument utemeljenosti načela *no creditor worse off* se navaja, da je bilo pred uvedbo ukrepa *bail-in* (torej v časih, ko je bil poglavitni ukrep za reševanje bank *bail-out*) zelo malo verjetno, da bodo sistemsko pomembne banke kadarkoli pristale v postopkih insolvence ter da

ECLI:EU:C:2010:321, odst. 51; sodba z dne 29. aprila 2015, *Geoffrey Léger proti Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes in Établissement français du sang*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, odst. 58.

³⁶ Sodba z dne 29. aprila 2015, *Geoffrey Léger proti Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes in Établissement français du sang*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, odst. 58 in navedena sodna praksa.

³⁷ Wojcik, str. 120.

³⁸ Prav tam.

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ Prav tam.

⁴² Prav tam, str. 121.

⁴³ Prav tam.

bodo zaradi tega finančni instrumenti delničarjev in upnikov bank izgubili svojo vrednost.⁴⁴ Vendar pa gre pri tem opomniti, da po pravilih EU državna pomoč bankam ni dovoljena in je dopustna le v izjemnih primerih.⁴⁵ Delničarji in upniki bank tako nimajo upravičenega pričakovanja, da bodo banki zagotovljene pomoči iz javnih sredstev ali pravice, da z ukrepom državne pomoči pridobijo kakršnokoli korist.⁴⁶

Iz vsega povedanega torej izhaja, da ukrep *bail-in* sicer posega v pravico do lastnine, vendar pa kljub temu lahko prestane test sorazmernosti. Samega cilja ukrepa, torej reševanja pomembne banke v težavah, propad katere bi lahko imel pogubne posledice za celoten bančni sistem, ni težko utemeljiti. Večje vprašanje se postavi pri primernosti samega ukrepa *bail-in* za dosego tega cilja. Na ravni EU je primernost ukrepa tako utemeljena z uporabo načela *no creditor worse off*, ki primerja situacijo prizadetih posameznikov v primeru uporabe ukrepa *bail-in* s situacijo, v kateri bi se znašli, če bi se prizadeta banka znašla v postopku insolvence. Zdi se torej, da bi bila izvedba ukrepa tako smatrana kot nesorazmeren poseg v lastninsko pravico zgolj v primeru, ko bi prizadet posameznik lahko dokazal, da je bil z njegovo izvedbo postavljen v slabši položaj od tistega, v katerem bi bil v primeru stečaja banke.

3. Pogled Sodišča EU – sodbi *Kotnik* in *Ledra Advertising*

V nadaljevanju se bom posvetila stališču, ki ga je v sodbah *Kotnik* in *Ledra Advertising* v povezavi z naslovno problematiko razvilo Sodišče EU. Oba izpostavljena primera zadevata reševanje prekomerno zadolženih bank v Sloveniji in na Cipru v letu 2013 s pomočjo izvedbe ukrepa *bail-in*.

Na tej točki velja najprej izpostaviti, da se primera (izvzemši samo izvedbo ukrepa *bail-in*) med seboj v določeni meri razlikujeta. V slovenskem primeru *Kotnik* je imela izvedba ukrepa *bail-in* podlago v zakonodaji, spremenjeni na podlagi akta Komisije (zgoraj omenjeno Sporočilo o bančništvu), njen namen pa je bila hitra odobritev dodelitve državne pomoči prizadetim bankam s strani Komisije kot skladne s pravom EU.⁴⁷ Po izvedbi ukrepa *bail-in* in odobritvi državne pomoči so bile banke dokapitalizirane s sredstvi iz slovenskega proračuna. Pri svojem delovanju je slovenski zakonodajalec torej sledil pravu EU s področja državnih pomoči, kot je v tistem času veljalo za vse države članice. Drugače je bilo na Cipru, kjer je bil *bail-in* eden od pogojev za pridobitev pomoči iz za to namenjenega sklada v okviru Evropskega mehanizma za stabilnost (v nadaljevanju: EMS), ki so ga z mednarodno pogodbo (Pogodba o

⁴⁴ Prav tam.

⁴⁵ Prav tam.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Odločba Banke Slovenije o izrednih ukrepih št. 24.20-021/13-010 z dne 17. 10. 2013.

EMS)⁴⁸ ustanovile države članice evroobmočja, in je imel kot tak izvor zunaj prava EU. V tem kontekstu so bili pogoji za reševanje bank oblikovani konkretno za primer ciprskih bank, po temeljiti ocenah stanja in po predhodnih pogajanjih med Ciprom in EMS (ki jih je na strani EMS vodila Komisija), vendar pa so kljub temu morala biti spoštovana pravila EU s področja konkurence. Sredstva za dokapitalizacijo bank so bila, za razliko od slovenskega primera, po izvedbi ukrepa *bail-in* zagotovljena v obliki finančne pomoči s strani EMS. Razlika se pojavi tudi pri sami izvedbi tega ukrepa. Finančni instrumenti posameznikov v primeru slovenskih bank so bili namreč v celoti odpisani (popoln *bail-in*), na Cipru pa je prišlo »zgolj« do pretvorbe nezajamčenih vlog.

Navedene razlike so namenjene predvsem hitri osvetlitvi dejanskega stanja v obeh primerih, nimajo pa bistvenega vpliva na predmetno razpravo. V obeh primerih je namreč določeno vlogo pri izvedbi ukrepa *bail-in* odigrala Komisija (kar je odprlo vrata presoji Sodišča EU), poleg tega pa je v obeh primerih prišlo do omejevanja lastninske pravice posameznikom, ki jih je zajela izvedba ukrepa *bail-in*. Sodišče EU je zato obe sodbi deloma posvetilo tudi obravnavi vprašanja sorazmernosti posega v lastninsko pravico prizadetih posameznikov.

3.1. Primer *Kotnik*

Sodba v primeru *Kotnik* se v večjem delu ukvarja s presojo narave in učinka Sporočila o bančništvu, ki ga je izdala Komisija in ki je ukrep *bail-in* predvidel kot enega od pogojev za odobritev dodelitve državne pomoči prezadolženim bankam, kot ukrepa mehkega prava. To presojo, njeni zanimivosti navkljub, bom za potrebe naslovne razprave izpustila. Osredotočila se bom izključno na četrto vprašanje, v katerem je slovensko Ustavno sodišče pri Sodišču EU iskalo odgovor, ali je mogoče izvedbo ukrepa *bail-in*, kot jo predvideva Sporočilo o bančništvu, imeti za skladno s temeljno pravico do lastnine, ki je posameznikom zagotovljena v 17. členu Listine.

Kot odgovor na vprašanje o skladnosti izvedbe ukrepa *bail-in* s 17. členom Listine je Sodišče EU najprej poudarilo, da Sporočilo o bančništvu ne določa obveznosti za države članice, da sprejmejo ukrepe porazdelitve bremen, ampak pomeni le merilo Komisije za odobritev dodelitve državnih pomoči.⁴⁹ Nato je zavrnilo možnost, da zahteve o deljenju bremen iz Sporočila o bančništvu pomenijo poseg v lastninsko pravico. Navedlo je, da v skladu s splošno ureditvijo delničarji v delniških družbah v celoti nosijo tveganje svojih naložb – ker so po tem sistemu delničarji banke zato načeloma odgovorni za dolgove banke do višine njenega osnovnega ka-

⁴⁸ Pogodba o ustanovitvi Evropskega mehanizma za stabilnost, ki so jo podpisale države članice evroobmočja 2. februarja 2012 in ki je začela veljati za prvih 16 držav članic, ki so jo ratificirale, 27. septembra 2012.

⁴⁹ Sodba z dne 19. julija 2016, *Tadej Kotnik in drugi proti Državnemu zboru Republike Slovenije*, C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570, odst. 70–71.

pitala »[...] ni mogoče šteti, da to, da se v točkah od 40 do 46 sporočila o bančništvu zahteva, da za odpravo kapitalskega primanjkljaja banke ti delničarji pred dodelitvijo državne pomoči prispevajo h kritju njenih izgub v enakem obsegu, kot če taka državna pomoč ne bi bila dodeljena, posega v njihovo lastninsko pravico«. ⁵⁰ Sodišče EU se je tako postavilo na stališče, da upoštevanje načela, da noben upnik ne utрпи večjih izgub, kot bi jih sicer (načelo *no creditor worse off*), pomeni, da v lastninsko pravico z ukrepi porazdelitve bremen ni bilo poseženo. ⁵¹

3.2. Primer *Ledra Advertising*

Za razliko od primera *Kotnik*, kjer je šlo za postopek odločanja o predhodnem vprašanju, se je Sodišče EU v primeru *Ledra Advertising* ukvarjalo z odločanjem o odškodninski odgovornosti Komisije in ECB zaradi vloge, ki sta jo odigrali na Cipru v povezavi z izvedbo ukrepa *bail-in*. Sodišče EU je tako v bistvu moralo presoјati, ali gre pri izvedbi ukrepa *bail-in* za primer posega v lastninsko pravico posameznikov, ki bi lahko vzpostavil odškodninsko odgovornost Komisije in ECB. S tega vidika je na sodbo *Ledra Advertising* pravzaprav mogoče gledati kot v praksi uporabljeno stališče, ki ga je Sodišče EU predhodno izoblikovalo v primeru *Kotnik*.

Sodba *Ledra Advertising* je zanimiva še z enega vidika. Preden je sploh moglo presoјati o posegu v lastninsko pravico prizadetih posameznikov, je Sodišče EU moralo razrešiti dve vprašanji, ki do tistega trenutka še nista imeli jasnega odgovora v sodni praksi. Najprej je Sodišče EU izpostavilo, da gre pri 17. členu Listine, ki določa pravico do lastnine, za pravno pravilo, katerega cilj je podeliti pravice posameznikom v smislu pravil o nepogodbeni odškodninski odgovornosti EU. ⁵² S tem je Sodišče EU prvič črno na belem potrdilo, da posamezniki lahko uveljavljajo odškodninske zahtevke proti EU ali državam članicam zaradi kršitve temeljnih pravic neposredno na podlagi Listine. Sodišče EU je nato nadaljevalo obrazložitev, da države članice v okviru Pogodbe o EMS sicer ne izvajajo prava EU in se Listina nanje v tem okviru ne nanaša, vendar pa se Listina vedno nanaša na institucije EU, tudi kadar te delujejo zunaj pravnega okvira EU. ⁵³ S tem je odločilo, da mora Komisija pri sprejemanju memorandumov o soglasju, kakršen je bil Memorandum o soglasju (v nadaljevanju: MoS) sklenjen s Ciprom, ki je predvideval izvedbo ukrepa *bail-in*, zagotavljati skladnost takega memorandumu s temeljnimi pravicami, zajamčenimi z Listino. ⁵⁴ Sodišče EU je s tem delom sodbe tako jasno

⁵⁰ Prav tam, odst. 74.

⁵¹ Prav tam, odst. 77.

⁵² Sodba z dne 20. septembra 2016, *Ledra Advertising Ltd in drugi proti Evropski komisiji in Evropski centralni banki*, združene zadeve od C-8/15 P do 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, točka 66.

⁵³ Prav tam, točka 67.

⁵⁴ Prav tam.

poudarilo, da so institucije EU, za razliko od držav članic, dolžne ravnati v skladu s pravom EU, tudi kadar opravljajo naloge zunaj pravnega reda EU.

Po uvodni vzpostavitvi pravnih temeljev za morebitno odškodninsko odgovornost Komisije za sodelovanje pri sprejetju MoS v okviru EMS je Sodišče EU nadaljevalo s preučitvijo, ali je Komisija v okviru MoS prispevala k dovolj resni kršitvi lastninske pravice tožeče stranke (prizadetih posameznikov), zajamčene v 17. členu Listine. Pri presoji je najprej, kot je v sodni praksi ustaljeno, opozorilo na to, da pravica do lastnine, kot jo zagotavlja Listina, ni absolutna, in da je njeno izvajanje lahko predmet omejitev, če so te utemeljene s cilji splošnega interesa – opozorilo je torej na možnost dopustnega posega v lastninsko pravico v okviru načela sorazmernosti.⁵⁵ Poudarilo je, da je sprejetje MoS skladno s ciljem splošnega interesa, ki mu sledi EU, to je zagotavljanje stabilnosti bančnega sistema evroobmočja kot celote.⁵⁶ Pri tem je opozorilo na osrednjo vlogo finančnih storitev v gospodarstvu EU ter na povezanost bank na mednarodni ravni, kar ustvarja tveganje, da se propad ene banke razširi naprej, kar ima lahko za posledico prelivanje negativnih učinkov v druge sektorje gospodarstva – ukrepi, ki so bili izvedeni na Cipru, vključno z ukrepom *bail-in*, so po presoji Sodišča EU preprečevali takšne posledice.⁵⁷ Sodišče EU je nato sklenilo, da »ob upoštevanju cilja zagotavljanja stabilnosti bančnega sistema v evroobmočju in glede na neposredno tveganje finančnih izgub, ki bi ogrozilo imetnike vlog pri zadevnih dveh bankah v primeru njunega stečaja, taki ukrepi ne pomenijo nesorazmernega in nedopustnega posredovanja, ki posega v bistvo lastninske pravice pritožnikov«. ⁵⁸ Posledično teh ukrepov ni mogoče šteti kot neutemeljeno omejitev te pravice in ni mogoče ugotoviti, da je Komisija s tem, da je dopustila sprejetje MoS, prispevala h kršitvi lastninske pravice tožeče stranke, ter zavrnilo odškodninski zahtevek kot »povsem brez pravne podlage«. ⁵⁹

Sodba Sodišča EU v primeru *Ledra Advertising* je tako določila, da se je v postopkih odškodninske odgovornosti za kršitve prava EU mogoče neposredno sklicevati na pravice, ki so posameznikom zagotovljene v Listini. Poleg tega je tudi jasno izpostavila širok domet obveznosti Komisije kot varuha pravnega reda EU. Vendar pa ves ta napredek z vidika varovanja določb temeljnih pogodb, še zlasti v povezavi z Listino, nikakor ni pomagal ciprskim posameznikom, ki so bili prizadeti s pretvorbo nezajamčenih vlog v sklopu izvedbe ukrepa *bail-in*. Sodišče EU se je namreč tudi tukaj, podobno kot v primeru *Kotnik*, trdno oklenilo načela *no creditor worse off*.

⁵⁵ Sodba z dne 20. septembra 2016, *Ledra Advertising Ltd in drugi proti Evropski komisiji in Evropski centralni banki*, združene zadeve od C-8/15 P do 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, točki 69–70 in navedena sodna praksa.

⁵⁶ Prav tam, točka 71.

⁵⁷ Prav tam, točka 73.

⁵⁸ Prav tam, točka 74.

⁵⁹ Prav tam, točki 74–76.

4. Presoja sorazmernosti ali zapiranje vrat potencialnim tožbam?

Sodba v primeru *Ledra Advertising* bodočim tožnikom najprej prinaša potrditev, da so tudi pravice iz Listine, konkretno pravica do lastnine iz 17. člena, smatrane kot pravno pravilo, katerega cilj je podeliti pravice posameznikom.⁶⁰ Takšno razumevanje pravice do lastnine, kot je določena v Listini, se morda zdi že na prvi pogled očitno, vendar pa je ta sodba prva, v kateri se je Sodišče EU o tem jasno izreklo. Vendar pa je ta del sodbe *Ledra Advertising* edini, ki lahko morebitnim tožnikom, ki so bili oškodovani z izvedbo ukrepa *bail-in*, vlije nekaj optimizma. Sodišče EU je namreč v nadaljevanju, pri presoji sorazmernosti ukrepa *bail-in*, zavzelo do oškodovancev izjemno strogo stališče, ki se pravzaprav v ničemer ne razlikuje od tistega v primeru *Kotnik*. V obeh primerih se je namreč Sodišče EU pri presoji sorazmernosti zateklo k uporabi načela *no creditor worse off* ter pri obeh ugotovilo, da je ukrep *bail-in* skladen s pravico do lastnine, če izgube, ki so jih prizadeti posamezniki utrpeli z odpisom oziroma pretvorbo njihovih finančnih instrumentov, niso večje od tistih, ki bi jih utrpeli v običajnem postopku insolvence banke.

V sodbi *Kotnik* je bila pavšalna omemba načela *no creditor worse off* morda na mestu, saj je šlo za odločanje o predhodnih vprašanjih ter se dejanska presoja tega načela pričakuje od nacionalnih sodišč pri iskanju odgovornosti nacionalnih institucij. Vendar pa menim, da istega ne gre trditi za sodbo *Ledra Advertising*, v kateri je bilo Sodišče EU tisto, ki je odločalo o odškodninski odgovornosti Komisije in ECB. Sodišče EU je v tej sodbi v štirih kratkih točkah na hitro sklenilo, da je poseg v lastninsko pravico tožnikov upravičen, in pri tem samo navedlo načelo sorazmernosti in načelo *no creditor worse off*. Ni ponudilo dejanske presoje trditev strank v postopku, temveč je zgolj navedlo, da »glede na neposredno tveganje finančnih izgub, ki bi ogrozilo imetnike vlog pri zadevnih dveh bankah v primeru njunega stečaja, taki ukrepi ne pomenijo nesorazmernega in nedopustnega posredovanja, ki posega v bistvo lastninske pravice pritožnikov«. ⁶¹ Tako ni razvidno, da bi upoštevalo trditev tožnikov o prehitri izvedbi ukrepa *bail-in* pod pritiski Komisije ter ni ponudilo celovite presoje, na kakšen način so izgube, ki so jih utrpeli z izvedbo tega ukrepa, dejansko primerljive s tistimi, ki bi jih utrpeli, če bi šli banki Cyprus Popular Bank in Bank of Cyprus v stečaj. Menim, da je zato sodba v tem delu pomanjkljiva, kar je še zlasti moteče ob upoštevanju dejstva, da se je Sodišče EU samo odločilo, da odločanja ne bo vrnilo na prvo stopnjo, temveč bo odločalo samo; že samo iz tega razloga bi bilo s strani Sodišča EU upravičeno pričakovati celovitejšo presajo oziroma utemeljitev svoje odločitve. Ob upoštevanju navedenega pa se mi poraja vprašanje, ali Sodišče EU morda ni zgolj želelo zapreti vrat morebitnim bodočim tožbam posameznikov, oškodovanih z

⁶⁰ Sodba z dne 20. septembra 2016, *Ledra Advertising Ltd in drugi proti Evropski komisiji in Evropski centralni banki*, združene zadeve od C-8/15 P do 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, točka 66.

⁶¹ Prav tam, točka 74.

ukrepom *bail-in*, ki se je v času bančne krize skoraj sistematično uporabljal po celotni Evropi, zoper institucije EU na čelu s Komisijo.

5. Sklep: možnosti uspeha posameznikov v odškodninski tožbi zoper institucije EU

V sklepu se bom na kratko posvetila preučitvi možnosti posameznikov, da jim v tožbi zoper EU uspe doseči povračilo škode, ki jim je nastala z izvedbo ukrepa *bail-in*. Menim namreč, da primer *Ledra Advertising*, ob upoštevanju primera *Kotnik*, te možnosti jasno nakaže. Pri tem se bom za potrebe te analize osredotočila konkretno na položaj posameznikov, prizadetih v primeru *Kotnik*.

Najprej velja izpostaviti nekaj dejanskih okoliščin, ki se v obliki očitkov Komisiji pojavijo v obeh obravnavanih primerih. Na tem mestu se je treba dotakniti predvsem pritiskov, ki naj bi jih Komisija izvajala nad obema državama članicama z namenom, da vendarle izvedeta *bail-in*. V primeru Slovenije naj bi Komisija močno vztrajala pri popolnem izbrisu podrejenih instrumentov kot pogoju za odobritev dodelitve državne pomoči slovenskim bankam kljub poročilom strokovnjakov, da to ni nujno sorazmeren ukrep.⁶² Podoben očitek Komisiji je mogoče najti tudi v sodbi *Ledra Advertising*, kjer oškodovani posamezniki zatrjujejo, da sta Komisija in ECB Republiko Ciper prisilili v sprejem Uredb št. 103 in 104 pod nadzorom uradnikov teh institucij – Komisija naj bi že od samega začetka vztrajala pri uporabi ukrepa *bail-in*, medtem ko prizadeti posamezniki trdijo, da je bil uporabljen prezgodaj.⁶³ Če očitki v obeh primerih držijo, je treba priznati, da je Komisija pri izbrisu oziroma pretvorbi finančnih instrumentov prizadetih posameznikov igrala veliko večjo, pa tudi spornejšo vlogo, kot sta zgolj izdaja smernic za dodelitev državne pomoči (*Kotnik*) oziroma podpis sporazuma v imenu EMS (*Ledra Advertising*). Če vzamemo pritiske kot resnične, namreč hitro ugotovimo, da sta bili obe državi pri reševanju svojih bank bolj ali manj stisnjeni v kot, in to čeprav je pravo obema dajalo določeno mero manevrskega prostora. Kot je Sodišče EU ugotovilo v primeru *Kotnik*, je Komisija z izdajo Sporočila o bančništvu omejila svojo diskrecijo, kar pa ni pomenilo, da slovenske oblasti niso imele možnosti prigrasiti drugačnih rešitev in kljub temu priti do odobritve dodelitve državne pomoči bankam.⁶⁴ Še več prostora za alternative bi, vsaj teoretično, morale imeti ciprske oblasti, saj je šlo v njihovem primeru za pogajanja o

⁶² <<http://www.mladina.si/164091/lazi-in-sprenevedanja-banke-slovenije/>>.

⁶³ Sodba z dne 20. septembra 2016, *Ledra Advertising Ltd in drugi proti Evropski komisiji in Evropski centralni banki*, združene zadeve od C-8/15 P do 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, odst. 43.

⁶⁴ Sodba z dne 19. julija 2016, *Tadej Kotnik in drugi proti Državnemu zboru Republike Slovenije*, C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570.

sporazumu o dodelitvi finančne pomoči, pogoji dodelitve pa so bili sestavljeni na podlagi teh pogajanj konkretno za Republiko Ciper. Iz dejstev obeh primerov gre nadalje razbrati, da je bila Komisija velika ambasadorka izvedbe ukrepa *bail-in* v času vrhunca bančne krize in je na vsak način vztrajala pri njegovi uporabi za reševanje bank. V obeh konkretnih primerih sta državi zgledno sledili mnenju (ali prisili?) Komisije, vendar pa se mi na tej točki postavlja vprašanje, kaj je v resnici botrovalo njenemu ravnanju. Sta izvedli ukrep *bail-in* zato, ker sta podlegli prisili Komisije in nista imeli dovolj političnega poguma, da bi se ji uprli s predlogom svojih lastnih ukrepov? Ali pa je bil za izvedbo ukrepa *bail-in* morda glavni razlog želja po hitri in učinkoviti rešitvi bančne krize v povezavi s pomanjkanjem lastnih idej, kako se soočiti z reševanjem bank? Ali se mogoče odgovor skriva nekje drugje?

Koliko imajo torej prizadeti posamezniki v primeru *Kotnik* možnosti za uspeh v morebitnem odškodninskem postopku zoper EU, ob upoštevanju zgoraj navedenega in v luči sodbe *Ledra Advertising*?

Zdi se malo verjetno, da bi posamezniki v primeru *Kotnik* lahko iskali odgovornost Komisije za izbris podrejenih instrumentov znotraj pravil o nepogodbeni odškodninski odgovornosti EU. Zatakne se namreč že pri formalnih predpostavkah morebitne tožbe, ki za dopustnost predvidevajo razlago pravnih in dejanskih okoliščin ravnanja, ki je posamezniku povzročilo škodo. Zdi se, da je sodba Sodišča EU v primeru *Kotnik* učinkovito zaprla vrata posameznikom, ki bi želeli s prstom pokazati na ravnanje Komisije v tem obdobju. Četudi bi posameznikom uspelo identificirati ravnanje Komisije, ki bi prestalo procesne zahteve za vložitev tožbe, pa se zdi, da je Sodišče EU s sodbo *Ledra Advertising* zadeve še dodatno otežilo s svojo strogo in hkrati pavšalno aplikacijo načela *no creditor worse off* kot merila za iskanje sorazmernosti posega v njihovo lastninsko pravico. Možnost uspeha posameznikov v primeru *Kotnik* si je tako mogoče zamisliti le ob natančni opredelitvi ravnanja Komisije ter ob celoviti in natančni primerjavi izgub, ki so jih utrpeli ob uporabi izvedbe ukrepa *bail-in*, in tistih, ki bi jih utrpeli v primeru stečaja zadevnih bank.

Literatura

Evropska komisija. *Državna pomoč: Komisija odobrila pomoč za reševanje ali prestrukturiranje petih slovenskih bank*, sporočilo za medije, 18. 12. 2013, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1276_sl.htm> (25. 8. 2017).

Evropska komisija. *Sporočilo Komisije o uporabi pravil o državni pomoči za podporne ukrepe v korist bank v okviru finančne krize do 1. avgusta 2013 dalje*, UL C 216, z dne 30. 7. 2013, str. 1–15.

LIENEMEYER, Max, KERLE, Clemens, MALIKOVA, Helena. *The New State Aid Banking Communication: The Beginning of the Bail-in Era Will Ensure a Level Playing Field*

- of Enhanced Burden-sharing. *European State Aid Quarterly*, 2014, letn. 13, št. 2, str. 277–288.
- MEKINA, Borut. »Dokument« Alenke Bratušek. *Mladina*, 13. 2. 2015, <<http://www.mladina.si/164175/dokument-alenke-bratusek/>> (25. 8. 2017).
- MEKINA, Borut. Laži in sprenevedanja Banke Slovenije. *Mladina*, 11. 2. 2015, <<http://www.mladina.si/164091/lazi-in-sprenevedanja-banke-slovenije/>> (30. 8. 2017).
- PODOBNIK, Klemen (ur.), VLAHEK, Ana (ur.). *Odškodninska odgovornost Republike Slovenije in Evropske unije za izbris kvalificiranih obveznosti banke: Analiza posledic primera Kotnik*, projektna naloga študentov Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, Pravne fakultete Univerze v Mariboru in Ekonomsko-poslovne fakultete Univerze v Mariboru v okviru projekta Po kreativni poti do praktičnega znanja, 2017, <<http://www.pf.uni-lj.si/media/pkp.2017.-.analiza.primera.kotnik.-.projektna.raziskovalna.naloga.-.naslovnica.in.kazalo.pdf>> (6. 9. 2017).
- VLAHEK, Ana (ur.). *Reforma področja državnih pomoči in izvajanje pravil o državnih pomočeh v praksi*, projektna naloga študentov Pravne fakultete Univerze v Ljubljani in Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani v okviru projekta Po kreativni poti do praktičnega znanja, 2015, <<http://www.pf.uni-lj.si/media/reforma.podrocja.drzavnih.pomoci.pdf>> (25. 8. 2017).
- WOJCIK, Karl-Phillip. Bail-in in the banking union. *Common Market Law Review*, 2016, let. 53, št. 1, str. 91–138.

Pregledni znanstveni članek
347.67:004

Oblike oporok v slovenskem pravu in možnost elektronske oporoke

PETRA HREN
*mag. prava, mlada raziskovalka na
Inštitutu za primerjalno pravo pri
Pravni fakulteti v Ljubljani*

1. Uvod

Slovenski pravni red omogoča dedovanje na podlagi zakona in na podlagi veljavne oporoke. Vsakdo, ki je oporočno sposoben, lahko razpolaga s premoženjem za primer smrti, pravo pa določa, da je te želje treba upoštevati.¹ Vendar vsaka sestavljena oporočka ne velja že sama po sebi, ampak se za njeno upoštevanje zahteva izpolnjevanje določenih zahtev, ki bodo predstavljene v nadaljevanju. Katere zahteve morajo biti izpolnjene, je odvisno od vrste oporočke. Pri lastnoročni oporočki zadostuje oporočiteljev zapis in podpis, v drugih primerih pa so potrebne priče, tolmač ali določena uradna oseba. Oporočka, sestavljena v obliki, ki ni predvidena z Zakonom o dedovanju,² ni veljavna. Pri tem se postavlja vprašanje, kako razlagati elektronsko oporočko. Ali oporočke v digitalizirani obliki izpolnjujejo zakonske zahteve katere od obstoječih oblik oporok ali pa jim pravo odreka veljavnost? Prispevek obravnava nabor veljavnih oporok in njihove značilnosti, ob tem pa se dotakne še področja oporok v elektronski obliki.

Slovenski pravni red oporočke deli na redne in izredne, zasebne in javne, pisne in ustne.³ Na izbiro oblike oporočke vpliva zapustnikova volja, njegovo psihofizično stanje in druge okoliščine, v katerih je oporočka sestavljena, na primer izredne razmere. Oporočka je formalen pravni posel, zato neupoštevanje pravil obličnosti lahko povzroči njeno neveljavnost.⁴

¹ Oporočno sposobna je oseba, ki je dopolnila 15 let in je hkrati sposobna razsojanja. Oporočna sposobnost se domneva in dokazuje se oporočna nesposobnost. VSK sodba I Cp 1020/2004 z dne 11. 10. 2005.

² Ur. l. SRS, št. 15/76, 23/78, Ur. l. RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US in 63/16.

³ Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 127.

⁴ Gavella, str. 176.

Posebno skupino sestavljajo skupne oporoke. Te so medsebojno vsebinsko povezane ali so odvisne izjave poslednje volje dveh ali več ljudi v istem dokumentu.⁵ ZD jih ne ureja niti ne omenja, tako da bi morale biti, upoštevaje 62. člen ZD, neveljavne. Vendar sodna praksa dopušča primere, ko dve osebi skupaj razpolagata v korist tretje osebe ali napravljena oporoka ustreza eni od zakonsko predvidenih oblik. Tako je Višje sodišče v Ljubljani⁶ odločilo, da čeprav ZD ne omenja skupne oporoke, to ne pomeni, da ji odreka veljavo. Treba je presoditi, ali listina izpolnjuje pogoje za drugo obliko oporoke. Če izpolnjuje zahteve, se bo štela za veljavno oporoko. Podobno je ugotovilo tudi Višje sodišče v Ljubljani⁷ pri presoji skupne oporoke iz leta 1988, in sicer da ta izpolnjuje zahteve pisne oporoke pred pričami, ter ji priznalo pravno veljavo. Vzajemna postavitvev podpisnikov oporoke za dediča drug drugemu pa ostaja še naprej neveljavna.⁸

Ena pomembnejših lastnosti oporoke je, da jo je, drugače od pogodbenega razpolaganja s premoženjem, mogoče kadarkoli preklicati.⁹ Oporočitelj lahko oporoko vsak trenutek preklicuje ali spremeni. To stori tako, da sestavi novo oporoko, poda izjavo, s katero oporoko preklicuje, ali oporoko uniči. Za preklic oporoke veljajo enake obličnostne zahteve kot za njeno sestavo. Pri tem ni nujno, da je druga oporoka sestavljena v enaki obliki kakor oporoka, ki se preklicuje. Enake posledice kot preklic ima tudi oporočiteljevo razpolaganje s stvarjo, ki jo je sicer nekemu naklonil z oporoko.¹⁰ Zapustnik, ki se odloči razdeliti svoje premoženje z oporoko, ima na voljo več možnosti.

2. Lastnoročna oporoka

Lastnoročna oporoka izvira iz časa rimskega imperija, ko jo je leta 446 uvedel cesar Valentinijan III., in se je ohranila vse do danes.¹¹ Pri lastnoročni oporoki gre za zapis oporočiteljeve volje, ki jo zapustnik sam v celoti napiše in tudi podpiše.¹² Ročni zapis omogoča poznejšo preverbo, ali je vsebino res napisal oporočitelj.¹³ Nenavzočnost prič pa zapustniku omogoča, da z obstojem oporoke in njeno vsebino niso seznanjene tretje osebe, ampak ohranja intimo

⁵ Žnidaršič Skubic, str. 102.

⁶ Sklep VSL I Cp 424/2000 z dne 7. 2. 2001.

⁷ Sklep VSL sklep II Cp 2682/2012 z dne 12. 12. 2012.

⁸ Žnidaršič Skubic, str. 102.

⁹ Glej 99. člen ZD.

¹⁰ Glej 105. člen ZD.

¹¹ Kranjc, str. 1005.

¹² Simmons, str. 357.

¹³ Pogačnik, str. 12–13. Zadostno stopnjo varnosti dajejo šele polni podpisi, zgolj parafranje ne omogoča, da izvedenec grafolog z gotovostjo potrdi, da podpis, v tem primeru samo parafa, pripada zadevni osebi.

vse do trenutka smrti. Iz listine mora biti nedvomno razvidna oporočiteljeva volja, ne zahteva pa se, da so dediči in premoženje imenovani in označeni z določenimi identifikacijskimi znaki. Pomembno je, da je mogoče iz oporoke brez dvoma razbrati, koga oporočitelj določa za dediča in katero premoženje mu zapušča. Tako je Višje sodišče v Mariboru¹⁴ za veljavno štelo oporoko, v kateri je zapustnica nepremičnine namesto s parcelnimi številkami navedla opisno kot »hiša«, »brajde«, »hlev s kurami nesnicami«. Navajanje parcelnih številk ni pogoj za veljavnost oporočnih določb, temveč mora biti oporoka jasna in nedvoumna, kar je v navedenem primeru bila, saj je imela zapustnica le eno nepremičnino posamezne vrste.

Vrsta sredstva, na katerem je napravljen zapis oporoke, in vrsta pisala nista pomembni, bistveno je le, da gre za trajen zapis v materializirani obliki. Fotokopirana oporoka ni veljavna, mogoče pa je s fotokopijo dokazovati njen obstoj in rekonstruirati vsebino oporoke, če je bila nehote uničena.¹⁵ Če je oporoko uničil sam oporočitelj, gre za preklic oporoke in fotokopija ne pride v poštev pri dokazovanju njenega obstoja ali rekonstrukciji. Oporočitelj lahko oporoko tudi izrecno prekliče z zapisom v listini, vendar se za tak preklic zahteva izpolnjevanje enakih formalnih pogojev, kot veljajo za sestavo oporoke. Višje sodišče v Ljubljani je pri presoji preklica oporoke ugotovilo, da listina ne izpolnjuje formalnih pogojev veljavnosti, saj je ni podpisal zapustnik, poleg tega pa je prič štelo za neverodostojni in pristranski. Preklic bi moral izpolnjevati pogoje, ki se zahtevajo za pisno oporoko pred pričami, torej bi zapustnik moral ob navzočnosti prič izjaviti, da preklicuje svojo oporoko, in preklic tudi podpisati.¹⁶

3. Pisna oporoka pred pričami

Pisni zapis oporočiteljeve volje ob navzočnosti oporočnih prič pomeni pisno oporoko pred pričami, pri čemer mora oporočitelj listino le lastnoročno podpisati, vsebino pa lahko napiše tretja oseba. Pri tem ni pomembno, ali je oporoka napisana na roko ali natipkana na računalnik in nato natisnjena niti kdo je oporoko napisal. Pri podpisu mora oporočitelj izjaviti, da je to njegova oporoka. Če te izjave ni, sodišče oporoki ne prizna pravne veljave. Pri pravni presoji veljavnosti pisne oporoke pred pričami je Vrhovno sodišče navedlo,¹⁷ da je izjava oporočitelja pred pričami, da je to njegova oporoka, pogoj za veljavnost oporoke. Šele z dejanjem nunkupacije zapis poslednje volje pridobi kvaliteto pisne oporoke pred pričami. Ni pomembno, ali je oporočitelj res prebral oporoko, ampak da pred pričama izjavi, da je to njegova oporoka, in jo pred njima podpiše. Za samo izjavo niso predpisane posebne oblič-

¹⁴ Sodba VSM I Cp 1628/2011 z dne 24. 4. 2012.

¹⁵ Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 129.

¹⁶ Sodba VSL I Cp 786/2010 z dne 16. 6. 2010.

¹⁷ Sklep VS RS II Ips 49/2011 z dne 3. 4. 2014.

nostne zahteve, kakšna mora biti oziroma katere besede morajo biti izgovorjene. Bistveno je, da iz nje nedvoumno izhaja, da je oporočitelj z njo izpovedal svoj namen, naj se listina šteje za njegovo oporoko.

Oporočitelj mora znati brati in pisati v jeziku, v katerem je oporoka sestavljena, pri podpisu pa morata biti navzoči dve polnoletni priči.¹⁸ Za priči se še zahteva, da sta poslovno sposobni osebi, ki znata brati in pisati.¹⁹ ZD v 67. členu izrecno prepoveduje biti priča oporočiteljevim potomcem, njegovim posvojencem in njihovim potomcem, zapustnikovim prednikom in posvojiteljem, sorodnikom v stranski vrsti do vštetega tretjega kolena, zakoncem navedenih oseb in zakoncu oporočitelja. Priča prav tako ne more biti oseba, ki ji je oporočitelj s predmetno oporoko naklonil neko korist. Absolutno nesposobne priče pa so priče, ki nikakor ne morejo nastopati kot priče pri nobeni oporoki, ker niso poslovno sposobne ali pa ne znajo brati in pisati. V zvezi s tem je zanimiva odločitev Višjega sodišča v Mariboru,²⁰ da kot priča ne more nastopiti župan občine, ki ji oporočitelj podarja vse svoje premoženje. Po mnenju sodišča župan ni nastopal kot fizična oseba, ampak je šlo v navedenem primeru za tako tesno prepletенost interesov, da ni mogoče ločiti interesne sfere, kjer župan nastopa kot funkcionar in organ občine in si prizadeva za njeno dobrobit, od sfere, kjer župan nastopa kot fizična oseba. Župan tako ne bi smel sodelovati pri sestavi oporoke kot oporočna priča, zato je bila oporoka ob ugovarjanju zapustnikove hčerke uspešno izpodbita.

Za priči se zahteva, da sta navzoči ves čas in obe hkrati. Odsotnost katere od prič, ko oporočitelj podpiše oporoko in izjavi, da je to njegova poslednja volja, povzroči izpodbojnost oporoke. Višje sodišče v Ljubljani²¹ je pri presoji veljavnosti oporoke to štelo za neveljavno, saj ni bilo dokazano, da je oporočiteljica pred pričo podala izjavo, da je to njena poslednja volja in ob tem podpisala oporoko. Izpolnjenost zahteve, da sta priči navzoči pri dejanju podpisa in v času izjave, da listini teže oporoke. Ker pogoji iz 64. člena ZD niso bili izpolnjeni, oporoka ni bila veljavna.

4. Sodna oporoka

Sodno oporoko sestavi sodnik pristojnega sodišča po volji oporočitelja, ki jo ta izrazi pred sodiščem.²² Oporoko sestavlja sodnik posameznik stvarno pristojnega sodišča. Pri sodni oporoki

¹⁸ Glej prvi odstavek 64. člena ZD.

¹⁹ Glej 67. člen ZD.

²⁰ Sklep VSM I Cp 298/2010 z dne 20. 4. 2010.

²¹ Sodba VSL I Cp 4483/2008 z dne 1. 4. 2009. Glej tudi VSL sodba II Cp 1099/99 z dne 6. 10. 1999.

²² Glej prvi odstavek 65. člena ZD.

gre za ustno oporoko, ki jo nato pristojni sodnik prenese v pisno obliko. Če oporočitelj ne zna brati in pisati, se zahteva tudi navzočnost dveh prič. Sicer njuna navzočnost ni obvezna.

Sodnik mora najprej ugotoviti istovetnost oporočitelja na podlagi osebne izkaznice ali na drug zanesljiv način, na primer s pričami ali listinami, zadostuje pa tudi, da sodnik pozna oporočitelja osebno in po imenu.²³ Enako ravna sodnik pri ugotavljanju istovetnosti prič, kar se vse vnese v zapisnik. Po ugotovljeni istovetnosti sodnik posluša izjavo oporočitelja in jo natančno po njegovih besedah zapiše v zapisnik. Pri tem je pomembno, da je oporočiteljeva volja jasno izražena in v oporoki ni morebitnih nejasnosti. Če sodnik presodi, da je to potrebno, oporočitelju pojasni omejitve razpolaganja z oporoko, kar določajo predpisi. Oporočitelj lahko razpolaga le z razpoložljivim delom, vrednost vsote nujnih deležev pa mora ostati prihranjena za nujne dediče, če še niso bili izplačani in so ostali brez oporočnih naklonil.²⁴

Ko sodnik oporoko zapiše, oporočitelj prebere zapisnik oporoke in izjavi, da je to njegova poslednja volja, ter zapisnik podpiše. Sodnik na oporoko zapiše, da jo je oporočitelj prebral in podpisal, ter jo tudi sam podpiše. Če oporočitelj ne zna pisati in brati, mu sodnik zapisnik o ustni izjavi prebere. Sledi izjava oporočitelja, da je to njegova poslednja volja, in njegov podpis oporoke ali odtis ročnega znamenja. Postopek glede podpisa sodnik navede z zaznamkom ter na koncu vse skupaj potrdi s svojim podpisom. Če oporočitelj ne zna brati in pisati, se zahteva navzočnost dveh prič od sestave zapisnika in branja oporoke do podpisa. Pogoji glede poslovne sposobnosti in starosti teh prič so enaki kakor pri sestavi pisne oporoke pred pričami. Priči se prav tako podpišeta na zapisnik. Pri tem ni odločilno, ali zapustnik in priči najprej podpišejo oporoko in šele nato zapustnik izjavi, da je to njegova volja, ali pa je zaporedje dogodkov obrnjeno. Kot se je izreklo Vrhovno sodišče RS,²⁵ gre za enotno pravno dejanje, zamenjava vrstnega reda izjave in podpisa pa ne vpliva na veljavnost oporoke. V pravu je treba ohranjati nekaj prožnosti, upošteva namen predpisa. Tako tudi pri obrnjenem poteku zapustnikovo razpolaganje še vedno ostaja enotno dejanje in so spoštovane predpisane zahteve, sama zamenjava vrstnega reda dejanj pa ne izniči namena določb. Priči sta navzoči, ko zapustnik izjavi, da je to njegova poslednja volja, le podpisa sta že na listini. Šele z drugim delom dejanja, torej z izjavo zapustnika, in ko sta izpolnjeni obe zahtevi, oporoka pridobi pravno veljavo, zato samo zaporedje ne vpliva na veljavnost oporoke.

Nepoznavanje uradnega jezika ni ovira za sestavo sodne oporoke. V tem primeru je potrebna navzočnost sodnega tolmača in dveh prič, ki znata tako uradni kot oporočiteljev jezik. Zapisnik o sestavi oporoke se pred njimi napiše v natančnem prevodu, nakar ga poleg oporočitelja

²³ Glej prvi odstavek 151. člena in 152. člen ZD.

²⁴ Pavlin, str. 79.

²⁵ Sodba VS RS II Ips 146/2015 z dne 22. 10. 2015.

podpišejo tudi tolmač in priči. Če je oporočitelj nem, morajo tolmač in priči znati znakovni jezik oziroma se znati sporazumeti z oporočiteljem.²⁶

Oporoka je lahko tudi daljša in zajema več listov. V tem primeru se morajo vsi listi speti z vrvico, oba konca vrvice pa se zapečatita s sodnim pečatom. Iz zapisnika mora biti jasno, koliko listov ima oporoka, oporočitelj pa mora posebej podpisati vsak list, ki sestavlja zapisnik, oziroma nanj odtisniti svoje ročno znamenje.²⁷

5. Oporoke, izpeljane iz sodne oporoke

Določbe glede sodne oporoke se uporabljajo tudi pri sestavi njenih izpeljank. ZD najprej navaja oporoko, sestavljeno v tujini. Na zahtevo državljana Republike Slovenije jo lahko sestavita konzularni predstavnik ali diplomatski predstavnik RS, ki opravlja konzularne posle.²⁸

Določbe, ki urejajo sodno oporoko, se uporabljajo tudi za izredne oblike oporok. Za oporoko, sestavljeno na slovenski ladji, velja, da jo lahko sestavi poveljnik ladje, vendar je njen čas trajanja omejen. Oporoka preneha veljati po poteku 30 dni od vrnitve oporočitelja v RS.²⁹ Pri tej obliki se postavlja vprašanje njene izrednosti in nujnosti. Zgolj okoliščina, da zapustnik potuje s slovensko ladjo, ne upravičuje obstoja izrednih razmer, ki bi dopuščale izredno oporoko. Zato menim, da bi bil potreben ponoven premislek, ali so še podani razlogi za posebno ureditev. V preteklosti so, upoštevaje število nesreč z ladjo, plavalno sposobnost ljudi in psihični odnos zapustnika do same vožnje, imele te določbe smisel, danes pa ni več tako. Te določbe se sicer smiselno uporabljajo tudi za sestavo na slovenskem letalu, le da jo namesto poveljnika ladje sestavi poveljnik letala.³⁰

Izredna je tudi oporoka, sestavljena med izrednim ali vojnim stanjem, tako imenovana vojaška oporoka.³¹ Sestavi jo poveljnik čete, njej enake ali višje enote ali druga oseba ob navzočnosti takšnega poveljnika.³² Podobno kot pri oporoki na ladji ali letalu ima tudi vojaška oporoka omejen čas veljave, ki je odvisen od stanja razmer na nekem območju (objektivni rok) ali od statusa samega zapustnika (subjektivni rok). Ko se izredno ali vojno stanje konča, je oporoka veljavna še 60 dni. Če pa zapustnik pred koncem izrednih ali vojnih razmer ali po njem vojaško službo zapusti, oporoka preneha po preteku 30 dni od prenehanja vojaške službe.

²⁶ Glej 154. člen ZD.

²⁷ Glej 153. člen ZD.

²⁸ Glej 69. člen ZD.

²⁹ Glej 70. člen ZD.

³⁰ Zupančič in Žnidaršič Skubic, str. 135.

³¹ Prav tam, str. 136.

³² Glej 71. člen ZD.

6. Ustna oporoka

V izrednih razmerah lahko zapustnik sestavi tudi ustno oporoko, če zaradi okoliščin ne more napraviti katere od že navedenih oblik oporoke.³³ Oporočitelj ustno izjavi svojo poslednjo voljo ob navzočnosti dveh prič, ki izpolnjujeta pogoje iz 67. člena ZD.³⁴ ZD izjemoma dopušča, da pričama ni treba znati brati in pisati. Glede prič obstajata v pravni teoriji diametralni stališči: prevladuje stališče, da se zahteva sočasna navzočnost prič, ki ga zagovarjajo tudi pravni teoretiki Zupančič, Žnidaršič Skubic, Gavella, deloma prav tako Blagojević, medtem ko nekateri tuji teoretiki (Kreč, Pavić, Crnić) menijo, da je mogoče izjavo zapustnikove volje podati vsaki priči posebej.³⁵ V sodni praksi je mogoče najti sodne odločbe, ki sledijo tako eni kot drugi skupini. Drugi skupini teoretikov je sledilo Višje sodišče v Ljubljani,³⁶ ko je odločilo, da je dopusten odstop od zahteve po sočasni navzočnosti oporočnih prič. Že sama ustna oporoka je izjema in pomeni odstop od ustaljenih zahtev ZD po pisnosti, zato se lahko naredi izjema tudi glede časovne navzočnosti prič. Tako stališče sodišča je lahko nevarno, saj večja domet izjem in dopušča vse širše tolmačenje ZD. Resda v zakonu sočasnost ni navedena, toda tako je mogoče sklepati glede na namen te zahteve in druge sodne odločbe. V navedeni zadevi se je sodišče sklicevalo, da glede tega vprašanja ni ustaljene sodne prakse, vendar pa je bilo mogoče zaslediti tudi odločbe, po katerih morata biti priči navzoči sočasno.³⁷

Menim, da bi se lahko izjemoma, upoštevaje vse konkretne okoliščine, določbe razlagale tako, da sočasna navzočnost dveh prič ni potrebna, kadar gre za izjemno zadevo, kjer bi bil oporočitelj v smrtni nevarnosti in bi bila pomembna vsaka minuta. Sicer, zlasti če so dostopne druge osebe in je časovni presledek daljši, pa navzočnost le posamezne priče ni utemeljen razlog za

³³ Gavella, str. 174–175.

³⁴ Za priči se tako kot pri pisni oporoki pred pričami ali sodni oporoki zahteva, da sta polnoletni, poslovno sposobni in nista v sorodstvenem razmerju z oporočiteljem ter nista prejemnika naklonil v oporoki. Prav tako so po 75. členu ZD neveljavna razpolaganja v ustni oporoki, če oporočitelj kaj zapusti oporočnim pričam, njihovim zakoncem, prednikom ali potomcem ter sorodnikom v stranski liniji do vključno tretjega kolena ali njihovim zakoncem.

³⁵ Zupančič, Žnidaršič Skubic in Gavella zagovarjajo sočasno navzočnost prič. Temu stališču pritrjuje tudi Blagojević, ki pa vseeno dopušča možnost, da izjemoma, če je šlo za kratek časovni presledek in izreden položaj, oporočitelj svojo voljo izrazi postopoma najprej eni in nato drugi priči, tako da priči nista sočasni navzoči, a je oporoka veljavna. Kot primer navaja rudarsko nesrečo. Medtem Kreč, Pavić in Crnić zagovarjajo stališče, da ni potrebna navzočnost obeh prič hkrati. Zupančič in Žnidaršič Skubic, str. 141; Gavella, str. 175; Blagojević, str. 277–278; Crnić, str. 128; Kreč in Pavić, str. 224.

³⁶ Sklep VSL I Cp 1434/2014 z dne 10. 9. 2014.

³⁷ Vrhovno sodišče v sodbi v zadevi II Ips 701/95 z dne 20. 2. 1997 o tem ni oblikovalo stališča, navedlo pa je, da se sestavi ustna oporoka pred dvema sočasno navzočima pričama. Enako je odločilo Višje sodišče v Ljubljani v sodbi v zadevi II Cp 1088/2012 z dne 21. 11. 2012. Pri ustaljeni sodni praksi mora iti za večje število sodnih odločb, vendar tudi pride do situacij, ko sodna praksa ni enotna ali pa so podani posebni razlog za odstop od nje.

dopustitev odstopa od zahteve po sočasni navzočnosti prič. Vse širša in ohlapnejša razlaga določb bi lahko hitro izgubila svoj smisel in namen, ki mu predpis sledi.

Po oporočiteljevi izjavi morajo priče brez odlašanja zapisati oporočiteljevo voljo in napisano izročiti sodišču ali pa izjavo zapustnika ustno ponoviti pred sodiščem. Pri tem morajo poleg kraja in časa nastanka navesti tudi okoliščine, v katerih je ustna oporoka nastala. Na podlagi tega se lahko pozneje preveri, ali so v trenutku izjave obstajale utemeljene okoliščine, ki so dopuščale ustno izjavo. Izredne razmere so lahko tako objektivne kot subjektivne. Subjektivne razmere na strani oporočitelja so poslabšanje njegovega zdravstvenega stanja in njegova nezmožnost za kakršnokoli telesno opravilo. Vrhovno sodišče³⁸ je sprejelo stališče, da sklicevanje na dejstvo, da bi zapustnica lahko sestavila oporoko že prej ali poklicala notarja, ni utemeljeno. Smisel ustne oporoke je namreč ravno v tem, da se uporabi, ko želi oporočitelj sestaviti pisno oporoko, pa je zaradi okoliščin ne more. Če izrednih razmer ni, pogoji za sestavo ustne oporoke niso izpolnjeni, zato ji ni mogoče priznati pravne veljave.

Ustna oporoka je veljavna le omejen čas ravno zaradi okoliščin, v katerih je nastala. Ko izredne razmere prenehajo, po poteku predpisanega časa preneha tudi oporoka, saj ima tedaj oporočitelj možnost, da v miru in brez hitenja premisli in sestavi redno, pisno oporoko v obliki, kakršno predpisuje ZD. Ustna oporoka preneha veljati 30 dni po prenehanju izrednih razmer, v katerih je bila napravljena.³⁹

7. Mednarodna oporoka

Pisno oporoko sestavi oporočitelj sam ali mu jo po njegovi izjavi pripravi bodisi sodnik pristojnega sodišča bodisi diplomatski oziroma konzularni predstavnik Republike Slovenije. Osebe, ki sestavljajo mednarodno oporoko, ZD imenuje pooblaščen osebe. Namen mednarodne oporoke je, da se zagotovi veljavnost oporoke tudi v drugih državah, ki so ratificirale Konvencijo o enotnem zakonu o obliki mednarodne oporoke.⁴⁰

Oporoka je lahko napisana v kateremkoli jeziku, izbira jezika pa vpliva na določitev prič in morebitnega tolmača.⁴¹ Priče morajo znati brati in pisati, ne potrebujejo pa znanja jezika, v katerem je oporoka sestavljena.⁴² Pomembno je le, da razumejo, za katero dejanje gre, in razu-

³⁸ Sodba VSRS II Ips 70/2005 z dne 29. 3. 2006.

³⁹ Glej 72. člen ZD.

⁴⁰ Konvencija je bila sestavljena v Washingtonu in 3. junija 1977 sprejeta v Jugoslaviji. Zupančič in Žnidaršič Skubic, str. 136. Konvencija o enotnem zakonu o obliki mednarodne oporoke <<http://pisrs.si/Pis.web/mednarodnaPogodba?id=US-19731023/01M>> (30. 10. 2017).

⁴¹ Glej 71.b člen ZD, kjer se zakonodajalec sklicuje na 67. člen, ki določa pogoje za priče pri pisni oporoki.

⁴² Zupančič in Žnidaršič Skubic, str. 137.

mejo oporočitelja, ko izjavi, da je to njegova oporoka. Za priče se zahteva enako kakor za priče pri pisni oporoki pred pričami ali pri sodni oporoki. Kot priča lahko nastopi tudi tujec, vendar mora tako kakor druge priče izpolnjevati zgoraj navedene pogoje. Kraj sestave oporoke, državljanstvo, stalno ali začasno prebivališče oporočitelja ne vplivajo na veljavnost oporoke. Če je mednarodna oporoka pomanjkljiva in ne ustreza zahtevam mednarodne oporoke, vendar izpolnjuje pogoje katere druge oblike oporoke, potem velja v tej drugi obliki.⁴³

Oporočitelj mora oporoko podpisati ob navzočnosti prič in pooblaščenih oseb ter izjaviti, da je to njegova oporoka. Če jo je podpisal že prej, jo mora ob navzočnosti prič in pooblaščenih oseb le pripoznati in potrditi, da je podpis njegov. Oporočitelj ima tudi možnost, da ga na njegovo zahtevo na oporoki v njegovem imenu podpiše druga oseba. Če oporoke ne podpiše oporočitelj sam, pooblaščen oseba na oporoki zapiše razlog za nezmožnost. Na listino se morajo poleg zapustnika podpisati tudi priči in pooblaščenec, pri čemer se ne zahteva, da so seznanjeni z vsebino dokumenta. Podpisov oporočitelja, pooblaščenih oseb in prič ni treba overiti.

Če oporoka vsebuje več listov, morajo biti vsi listi oštevilčeni in oporočitelj oziroma od njega pooblaščen oseba mora podpisati vsak list. Oporoka mora vsebovati še datum, ko je bila podpisana. Kot druge oblike oporok je tudi mednarodno oporoko mogoče preklicati po splošnih pravilih o preklicu.⁴⁴

Pooblaščen oseba ob podpisu oporoki priloži potrdilo,⁴⁵ v katerem ugotovi, ali so bile upoštevane zahteve, ki jih ZD določa za sestavo mednarodne oporoke. Na izrecno zahtevo se v potrdilo zapiše tudi kraj hrambe oporoke. Potrdilo ustvarja domnevo formalne veljavnosti mednarodne oporoke, dokler se ne dokaže nasprotno, njegove morebitne nepravilnosti pa ne vplivajo na samo veljavnost oporoke, če je ta sestavljena v skladu z določbami 71.a do 71.c člena ZD.⁴⁶ En izvod potrdila se izroči oporočitelju, drugega pa hrani pooblaščen oseba.

⁴³ Glej 71.g člen ZD.

⁴⁴ Glej 71.a do 71.d člen ZD.

⁴⁵ Vsebino potrdila določa drugi odstavek 71.e člena ZD. Potrdilo vsebuje: ime, funkcijo in naslov osebe, pooblaščen za sestavitev mednarodne oporoke, osebno ime, naslov, datum in kraj rojstva oporočitelja, osebno ime, naslov, datum in kraj rojstva prič, datum in kraj sestavitve oporoke, potrditev, da je priložena oporoka oporočiteljeva in da je seznanjen z njeno vsebino, potrditev, da je oporočitelj ob navzočnosti pooblaščenih oseb in prič oporoko podpisal ali priznal in potrdil, da je podpis na njej njegov, oziroma navedbo, zakaj oporočitelj ni mogel podpisati oporoke sam, potrditev, da so priče in pooblaščen oseba oporoko podpisale, potrditev, da je vsak list oporoke podpisan in oštevilčen, potrditev o ugotovitvi istovetnosti oporočitelja in prič, potrditev, da so priče izpolnjevale pogoje po tem zakonu, navedbo oporočiteljeve izjave o hrambi oporoke ter kraj, datum, podpis in pečat.

⁴⁶ Glej drugi odstavek 71.f člena ZD.

8. Notarska oporoka

Notarska oporoka je redna oporoka, ki pa jo ureja Zakon o notariatu (ZN).⁴⁷ Njeni učinki so enaki sodni oporoki. Notar kot javni organ ima pri njeni sestavi dve možnosti:⁴⁸ lahko jo zapiše po ustni izjavi oporočitelja ali potrdi že napisano izjavo volje, ki mu jo predloži oporočitelj.

Za oporoko, sestavljeno po ustni izjavi zapustnika, se zahteva notarski zapis. ZN natančno določa postopek sestave notarskega zapisa, navzoči pa morata biti tudi dve zapisni priči.⁴⁹ Enako težo kakor priči ima dodatni notar, tako da so ob sestavi oporoke navzoči oporočitelj in dva notarja – eden v funkciji javne osebe, ki sestavi listino, in drugi v funkciji prič. Notar, ki sestavi listino, je pristojen tudi za hrambo oporoke, če oporočitelj to želi – v tem primeru se oporočitelju ob sestavi izda potrdilo o hrambi in odpravek notarskega zapisa.

Kot veljajo posebni pogoji za priče po ZD, tudi ZN v 52. in 53. členu zahteva, da so zapisne priče polnoletne, pismene, razumejo uradni jezik in v listini, ki se sestavlja, niso navedene kot prejemniki koristi. Priči oziroma notar v vlogi prič morajo biti navzoči, ko notar bere zapis in ko ga oporočitelj podpiše, sicer oporoka ni veljavna. Predpisana je tudi navzočnost sodnega tolmača, če jo stranka izrecno zahteva ali če kateri od udeležencev ne obvlada uradnega jezika.

Pri sestavi notarskega zapisa ima notar dolžnost, da oporočitelju razumljivo opiše vsebino, ga opozori na pravne posledice njegovega dejanja in morebitna tveganja ter na druge okoliščine, če so mu znane.⁵⁰ Pomen pravnega pouka strank je Vrhovno sodišče poudarilo v zadevi II Ips 677/2007.⁵¹ Notarska namestnica udeležencev ni poučila o vsebini in posledicah preklica ter jim ni prebrala zapisa. Vrhovno sodišče je pritrdilo nižjima sodiščema, da je notarska namestnica le overila oporočiteljev podpis na listini, njenega dejanja pa ne moremo šteti za potrjevanje vsebine same listine v obliki notarskega zapisa. Ker preklic oporoke ni izpolnjeval obličnostnih zahtev, kakršne veljajo za njeno sestavo, je sodišče ugotovilo, da niso izpolnjeni pogoji za veljaven preklic oporoke. Le ugibamo lahko, da je verjetno prišlo do napačnega razumevanja med strankami postopka. Zapustnik je morda res želel preklicati oporoko, vendar je nastal nesporazum. Ker je notarska namestnica podpis le overila, so sledile hude posledice, saj zapustniku ni uspelo preklicati napisane oporoke in je ta ostala veljavna kljub njegovemu nasprotovanju za časa življenja. Sporno ostaja, da zapustnik kljub jasno izraženi volji, da ne želi obdržati sestavljene oporoke v veljavi, tega ni dosegel. Zapustnik je imel resda tudi možnost fizično uničiti oporoko, vendar misleč, da jo je veljavno preklical, tega ni storil. Čeprav

⁴⁷ Ur. l. RS, št. 2/07 – uradno prečiščeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08 in 91/13.

⁴⁸ Glej 46. člen ZN.

⁴⁹ Glej prvo alinejo prvega odstavka 51. člena ZN.

⁵⁰ Glej 42. člen ZN.

⁵¹ Sodba VS RS II Ips 677/2007 z dne 17. 12. 2008.

je iz tega mogoče sklepati, da oporoka ne izraža prave zapustnikove volje, je ostala v veljavi in bila podlaga za razdelitev njegovega premoženja.

Druga možnost je, da oporočitelj že sam sestavi oporoko, nato pa jo predloži notarju v potrditev. Ko jo ta potrdi, ima listina lastnost notarskega zapisa in je neposredno izvršljiva.⁵² Če zasebna listina ustreza predpisom o notarski listini, jo notar potrdi tako, da sestavi notarski zapis, na katerega odtisne svoj žig in pečat ter mu pripoji zasebno listino.⁵³

9. Elektronska oporoka

Digitalna tehnologija postaja del vsakdana, njena uporaba pa se širi v vse pore življenja. Elektronski dokumenti izpodrivajo tiste v fizični obliki. Pri tem dedno pravo ni nobena izjema, čeprav za zdaj pravna ureditev oporočnega dedovanja trdno stoji na tisočletja starih temeljih brez večjega vpliva digitalizacije.⁵⁴ Napredek tehnike je v zadnjih letih deležen skokovitega razvoja. Vplival je na to, kako ljudje danes živijo, se učijo, delajo in komunicirajo.⁵⁵ Vpetost ljudi v uporabo digitalne tehnologije je razvidna na vsakem koraku, in čeprav je na drugih področjih bolj izražena, se tudi dedno pravo temu ne more oziroma ne bo moglo izogniti. Dedno pravo, urejeno v ZD, elektronskih oblik oporok ne omenja, ZN pa je do tega izrecno opredeljen in določa, da oporoka v elektronski obliki ni dopustna. Pri tem se postavlja vprašanje, kaj sploh je elektronska oporoka. Gre za širok pojem, ki v pravu (še) ni natančno opredeljen. Področje elektrotehnike pokriva Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP),⁵⁶ ki ureja uporabo digitalne tehnologije v pravu in elektronsko poslovanje. V ZEPEP je v 2. točki 2. člena definirano elektronsko sporočilo, ki je najbližje elektronsko zapisanemu dokumentu. Gre za niz podatkov, ki so poslani ali prejeti elektronsko, kar vključuje predvsem elektronsko izmenjavo podatkov in elektronsko pošto. Bistvena lastnost elektronskih podatkov je, da so oblikovani, shranjeni, poslani, prejeti ali izmenljivi na elektronski način,⁵⁷ kar pomeni, da so se pri njihovem prenosu oziroma oblikovanju uporabila tehnična sredstva in da zapis obstaja v nematerializirani obliki.

Elektronski zapis zajema vrsto različic uporabe digitalne tehnologije. Caldwell je v svojem članku kot tri mogoče, a redko obravnavane, načine digitalnega zapisa opredelil: videopo-

⁵² Glej 49. člen ZN.

⁵³ Glej 50. člena ZN.

⁵⁴ Že v času rimskega prava so poznali pisno in lastnoročno oporoko. V postklasični dobi se je za pisno oporoko zahteval pisni zapis, na katerem je bilo odtisnjenih sedem podpisov in pečatov prič. Kranjc, str. 1005–1007.

⁵⁵ Glej Dictionary of American History, geslo *digital technology*.

⁵⁶ Ur. l. RS, št. 98/04.

⁵⁷ Glej 1. točko 2. člena ZEPEP.

snetek oporočitelja, elektronsko sporočilo oziroma spletno stran posameznika, in avatar – virtualno podobo.⁵⁸ Vendar pa nabor zapisov s tem ni zaključen, saj v praksi obstaja ogromno možnosti, vsaka pa ima svoje značilnosti in posebnosti. Poleg načinov, ki jih je poudaril že avtor, je mogoč tudi izključno zapis na računalnik. Posebni kategoriji bi lahko bili zvočni posnetki in zapisi z digitalnim pisalom. V nadaljevanju bosta predstavljeni le oporoška, napisana z digitalnim pisalom, in elektronski zapis na računalnik ali drug elektronski medij.

Prvo skupino oporok bi sestavljali zapisi, ki vsebujejo elemente lastnoročnosti, čeprav so narejeni z uporabo tehnologije. Oporoška, napisana ali podpisana z digitalnim pisalom, je kombinacija elektronske oporoške z elementi lastnoročnosti. Digitalno pisalo, imenovano tudi *stylus*, uporablja digitalno črnilo in deluje tako, da naprava v njem pretvarja zapisane besede v elektronski zapis in jih shrani v pomnilnik računalnika.⁵⁹ Pri njegovi uporabi pisec dela krivulje in črte kakor z navadnim pisalom, le da se zapis izpisuje na digitalnem zaslonu. Nastaja digitaliziran lastnoročni zapis, ki ga lahko preverijo tudi izvedenci grafologi⁶⁰ in izpolnjuje pogoj lastnoročnosti, saj je bil napisan z lastno roko oporočitelja. Tak dokument bi lahko razlagali kot lastnoročno oporoško. Če pa bi se digitalno pisalo uporabilo samo za podpis, medtem ko bi bila preostala oporoška natipkana ali bi jo napisala tretja oseba, bi se tako lahko potegnile vzporednice s pisno oporoško pred pričami, saj bi bil podpis lastnoročen. To bi veljalo, če bi zapis izpolnjeval še druge predpisane pogoje, ki jih določa ZD. Pri tem je potrebna skrajna pazljivost, saj so analize primerjav zapisov z navadnim pisalom in digitalnim pisalom razkrile očitne razlike med tema oblikama zapisa. Elektronska preslikava zapisa ne odraža vseh lastnosti pisca in se pri digitalizaciji lahko zapis popači.⁶¹

Drugo skupino bi tvorili zapisi, narejeni izključno v elektronski obliki. To pomeni, da gre v celoti za elektronski zapis – tako vsebina kot podpis sta elektronska. Elektronski podpis je niz podatkov v elektronski obliki, ki je vsebovan, dodan ali logično povezan z drugimi podatki ter namenjen preverjanju pristnosti teh podatkov in identifikaciji podpisnika.⁶² Tak podpis nastane z uporabo tehničnih sredstev in nima lastnosti, ki so značilne za lastnoročni podpis. Uporabe izključno elektronskega zapisa in podpisa, brez elementov lastnoročnosti, ZD ne obravnava, zato se je treba ozreti v druge predpise, natančneje, v ZEPEP. Elektronska oblika je po ZEPEP izenačena s pisno, razen v taksativno naštetih primerih, med katerimi so tudi oporočni posli.⁶³ To pomeni, da elektronskega zapisa in elektronskega podpisa ne moremo

⁵⁸ Caldwell, str. 475–478.

⁵⁹ Malik in dr., str. 420.

⁶⁰ Pogačnik, str. 12–13.

⁶¹ Harralson, str. 72.

⁶² Glej 3. točko 2. člena ZEPEP.

⁶³ Glej 13. člen ZEPEP.

enačiti s pisnim zapisom. Na računalnik napisana je tako vsebina oporoke kot podpis oporočitelja. Oporočitelj se podpiše z elektronskim podpisom, lahko gre tudi za varni elektronski podpis, ki pa ne vsebuje nobene osebne note, ampak nastane le s pritiskom zapustnika na posamezne tipke. Tako napravljena oporoka ne izpolnjuje zahteve po lastnoročnem podpisu. Pritiska na tipke ni mogoče razlagati kot ročni podpis, saj iz tega zapisa ni mogoče razbrati in primerjati, ali je dokument podpisal resnično oporočitelj ali pa kdo drug, medtem ko lastnoročni podpis to omogoča.

Tako na elektronski medij napisana in elektronsko tudi podpisana oporoka ne izpolnjuje zahtev, ki jih za posamezne oblike predpisuje ZD.⁶⁴ Poleg tega ZD izrecno določa, da je veljavna le oporoka, ki ustreza kateri od predpisanih oblik. Ker elektronskega zapisa ni mogoče šteti za nobeno od teh oblik, bi bilo na podlagi navedenega mogoče sklepati, da elektronska oporoka z elektronskim podpisom v slovenskem pravnem redu ni dopustna, temveč je posebna oblika oporoke.

Tudi pri video- ali zvočnih posnetkih gre za elektronski zapis vsebine, pri čemer je bistveno, da se posnetek posluša, in ne bere. V tem primeru se prvi problem pojavi že glede definicije pisnosti, saj je vsebina oporoke izgovorjena, zapis tega pa shranjen na nekem trajnem nosilcu podatkov. Nadaljnja težava bi se pojavila, kot je že navedeno pri elektronskih oporokah, glede manjkajočega lastnoročnega podpisa. Če bi bilo nekako mogoče obiti zahtevo po pisni obliki, pa zapis ne bi izpolnjeval zahteve lastnoročnega zapisa oziroma podpisa, ki ga pri samem posnetku ni.⁶⁵ Ker ne prva ne druga oblika ne izpolnjujeta vseh predpisanih zahtev za katero od obstoječih oblik oporoke po ZD, video- in zvočni posnetki v zapuščinskem postopku niso upoštevni. Izjemoma bi lahko potegnili vzporednice tako ustvarjenega zapisa z ustno oporoko. Pri obeh oblikah bi šlo za posnetek zvoka in slike, vendar bi se potem v obeh primerih zahtevala tudi obstoj izrednih okoliščin in izpolnjevanje preostalih zahtev, ki jih ZD določa za ustno oporoko.

V slovenski sodni praksi nisem zasledila primera, ki bi se nanašal na elektronsko obliko oporoke, medtem ko v tujini ta institut ni povsem nepoznan. V tujih pravnih ureditvah elektronske oporoke še niso v splošni rabi, so prej izjema kakor pravilo, se pa v praksi vse pogosteje

⁶⁴ S tem so mišljene lastnoročna oporoka, pisna oporoka pred pričami, sodna oporoka, notarska oporoka in tudi mednarodna oporoka. Pri vseh navedenih oporokah se zahteva vsaj lastnoročni podpis, česar pa elektronska oblika ne omogoča. Pri ustni oporoki veljajo druge zahteve, saj v tem primeru ni nobenega podpisa, ampak gre za ustni narek.

⁶⁵ Tudi videoposnetek in zvočni posnetek bi lahko šteli za pisno obliko, če bi kot merilo presoje in s tem primarni zapis upoštevali sredstvo, na katero je vsebina zapisana, in ne tega, kako je predvajana. Posebna dilema bi nastala, če bi bil zapis shranjen na primer na CD-ROM-u, sam CD pa bi zapustnik lastnoročno podpisal. Tak primer bi bil vsekakor potreben posebne obravnave, saj je neke vrste kombinacija elektronske oporoke kot video- oziroma zvočnega posnetka z elementi lastnoročnosti. Podpis ne bi bil pod samo vsebino, kar glede na način izjave poslednje volje niti ne bi bilo mogoče. Vendar pa, če se dokument, torej vsebina in fizično sredstvo, šteje za smiselno celoto, je podpis na samem nosilcu in je neke vrste del zapisa oporoke.

pojavljajo posamezni primeri elektronskih zapisov oporok. Ameriška zvezna država Nevada je verjetno edina država na svetu, ki ima elektronsko oporoko celo uzakonjeno.⁶⁶ V praksi so tudi tuja sodišča že večkrat presojala dopustnost elektronske oporoke in jo v nekaterih primerih dopustila kot pravno veljavno, čeprav te oblike oporoke nimajo uzakonjene. Tako je ameriško sodišče v zadevi *Castro* upoštevalo oporočiteljevo ustno izjavo, ki jo je dal pred bratoma, nato pa je en brat izrečeno vsebino z digitalnim pisalom zapisal na tablico. Oporočitelj se je na tablico ob navzočnosti bratov podpisal pozneje, saj je bil vmes premeščen v drugo bolnišnico. Sodišče je pri presoji izpolnjevanja meril ugotovilo, da zapis izpolnjuje pogoj pisanosti, obstajal je podpis oporočitelja, oporoka pa je bila shranjena na trajnem nosilcu, zato jo je upoštevalo.⁶⁷ V zadevi *Taylor v. Holt* je bila vprašljiva veljavnost elektronske oporoke, podpisane digitalno. Sodišče je upoštevalje njihove določbe podpis razlagalo kot »drug znak, s katerim je podpisnik zagotovil avtentičnost zapisa ali posnetka«, in ugotovilo, da elektronski podpis izpolnjuje zahteve, ki sicer veljajo za podpis listine, ter oporoko štelo za veljavno.⁶⁸ V primeru *Macdonald v. The Master* je južnoafriško sodišče presojava veljavnost elektronske oporoke, ki jo je našlo na računalniku zapustnika, saj je oporočitelj pri samomoru ob sebi pustil listek z navodili, kje je mogoče najti zapis njegove poslednje volje. Svojo odločitev je argumentiralo s tem, da če je sodnik prepričan glede oporočiteljevega namena, se dokument lahko šteje za veljavno oporoko. Ker so bile okoliščine nedvoumne in oporočiteljeva volja jasno izražena, je sodišče oporoko kljub elektronski obliki upoštevalo.⁶⁹ V Avstraliji je v zadevi *Re: Yu* sodišče presojava primer poslednje volje, natipkane na iPhone, toda nepodpisane. Po mnenju vrhovnega sodišča je elektronski zapis izpolnjeval tristopenjski preskus veljavnosti, po katerem sodišče presojava veljavnost formalno pomanjkljivih oporok. Pri presoji je sodišče ugotovilo, da je šlo za dokument, ki je vseboval zapustnikovo poslednjo voljo, in da je bila razvidna zapustnikova želja, da dokument izraža njegovo poslednjo voljo. Sporno je bilo, da ni bilo nobenih prič, dokument pa ni bil podpisan. Zato se je utemeljeno porajal dvom, ali je besedilo res zapisal zapustnik ali pa je to delo koga drugega. Ne glede na sporne točke je sodišče oporoko štelo za veljavno, saj je bila po mnenju sodišča oporočiteljeva volja izkazana dovolj jasno in ni našlo razlogov za dvom, ali gre za zapustnikov zapis.⁷⁰ Obravnavana zadeva je zelo sporna z vidika pravne varnosti, saj daje zelo majhno zagotovilo o izvoru oporoke. Vendar pa je v pravu potrebna določena stopnja prilagodljivosti. Ker druge okoliščine niso vzbujale suma, da gre za ponaredek, je sodišče smiselno upoštevalo oporoko. Vendar pa je potrebno v takih primerih pri presoji ohraniti strogost.

⁶⁶ Grant, str. 108.

⁶⁷ Gee, str. 149–150.

⁶⁸ Prav tam, str. 151.

⁶⁹ Boddery, str. 204–205.

⁷⁰ Gee, str. 153–154.

10. Sklep

Kot je razvidno iz prispevka, je v slovenskem pravnem redu nabor oporok točno določen in zapustnika pri sestavi oporoke delno omejujejo predpisi. Sestavi jo lahko le v obliki, ki jo predpisuje zakon, sankcija za neupoštevanje tega pa je neveljavnost izjave poslednje volje. Zato je v interesu vsakega zapustnika, ki se odloči razpolagati s premoženjem za primer smrti, da sestavi tako oporoko, ki bo imela pravne posledice in bo spoštovala njegove želje. Vendar pa zapustniki iz različnih razlogov sestavljajo oporoke v vseh mogočih oblikah in na najrazličnejših materialih.⁷¹ Nekoč ustnemu in pisnemu komuniciranju se pridružujejo novi, sodobni načini sporazumevanja. Uporaba digitalne tehnologije postaja del vsakdana in se širi na vse več področij. Kot nakazujejo posamezni primeri iz tuje sodne prakse, se elektronski mediji čedalje pogosteje uporabljajo tudi za potrebe pisanja oporok. Digitalizirane vsebine se začinjajo pravno urejati, zato bi bilo smiselno premisliti tudi o možnosti digitalizacije oporočnih razpolaganj. Poznanih je vse več primerov, ko so zapustniki svojo poslednjo voljo zapisali na elektronske naprave. Nekatera sodišča v tujini so že prepoznala vrednost teh zapisov in jim v sodni praksi priznala pravno veljavo. Elektronska oporoka se v naši sodni praksi še ni pojavila, vendar bi jo bilo glede na smernice v tujini utemeljeno pričakovati tudi pri nas, saj je le vprašanje časa, kdaj se bo tak primer pojavil v Sloveniji. Zato je povsem na mestu razmislek o uvedbi ene od oblik elektronske oporoke v naš pravni red in določitvi ustreznih pogojev zanjo. Poleg tega bi se bilo za preprečitev zapletov glede oporok, pri katerih je uporabljeno digitalno pisalo, smiselno izreči, ali so te oblike lahko upoštevne že po veljavni zakonodaji ali bi bilo tudi zanje treba oblikovati nove določbe oziroma napotila.

Viri in literatura

- BLAGOJEVIĆ, Borislav T. *Nasledno pravo u Jugoslaviji*. Beograd: Savremena administracija, 1982.
- BODDERY, Scott S. Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand Against Their Validity. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, letn. 47, 2012, str. 197–212.
- CALDWELL, Christopher J. Should »e-wills« be wills: Will advances in technology be recognized for will execution?. *University of Pittsburgh Law Review*, letn. 63, 2001–2002, str. 467–486.
- CRNIĆ, Jadranko. *Zakon o nasljeđivanju*. Zagreb: Organizator, 1996.

⁷¹ V enem bolj izjemnih primerov je oporočitelj napisal poslednjo voljo celo na blatnik traktorja, potem ko je doživel delovno nesrečo. Sarlis.

- Dictionary of American History*. Citirano po: *Encyclopedia.com* <www.encyclopedia.com/history/dictionaries-thesauruses-pictures-and-press-releases/digital-technology> (20. 10. 2017).
- GAVELLA, Nikola. *Nasljedno pravo*. Zagreb: Informator, 1990.
- GEE, Kyle B. Beyond Castro's Tablet Will: Exploring Electronic Will Cases Around the World and Re-Visiting Ohio's Harmless Error Statute. *Probate Law Journal of Ohio*, letn. 26, 2016, str. 149–156.
- GRANT, Joseph Karl. Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, letn. 42, št. 1, 2008–2009, str. 105–139.
- HARRALSON, Heidi H. Forensic document examination of electronically-captured signatures. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, letn. 9, 2012, str. 67–73.
- KRANJC, Janez. *Rimsko pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2008.
- KREČ, Milan, in PAVIĆ, Đuro. *Komentar zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom*. Zagreb: Narodne novine, 1964.
- MALIK, Muhammad Imran, AHMED, Sheraz, DENGEL, Andreas, in LIWICKI, Marcus. A Signature Verification Framework for Digital Pen Applications. *Document Analysis Systems (DAS), 10th LAPR International Workshop on*, 2012, str. 419–426.
- PAVLIN, Sabina. *Nujni dediči*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2012.
- POGAČNIK, Borut. Sodni izvedenci: Podpisi pod drobnogledom. *Pravna praksa*, št. 23, 2002, str. 12–13.
- SARLIS, Jim D. From Tractor Fenders to iPhones: Holographic Wills. *New York State Bar Association Journal*, letn. 86, št. 9, 2014. <<http://jimsarlis.blogspot.si/2014/11/from-tractor-fenders-to-iphones.html>> (30. 10. 2017).
- SIMMONS, Thomas E. Wills Above Ground. *Elder Law Journal*, letn. 23, št. 2, 2016, str. 343–370.
- ZUPANČIČ, Karel, in ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. *Dedno pravo. Tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2009.
- ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka. V: *Pravni letopis 2008*, Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2008, str. 91–107.

Strokovni članek
346.93(474.3)

Investor-State Arbitration and the Hundreds of Latvian Arbitration Tribunals

INESE DRUVIETE

*Dr.iur. Bachelor Programme Director,
Docent, Riga Graduate School of Law*

ĒRIKS K. SELGA

*LL.M. (Temple University), Associate
Scholar at FPRI's Eurasia Program*

1. Introduction

Latvian arbitration history has a page where there were a couple of hundred tribunals registered. This page has now turned, but has left an impact beyond the national system alone.

The contemporary arbitration history starts after regaining independence in 1991, when Latvia consciously strived towards creating a welcoming environment for foreign investment. Since then it has become member of most prominent trade-oriented international organizations, including the European Union in 2004 and the OECD in 2016. Latvia is a contracting state to the New York Convention as of 13 July 1992, with no declarations or notifications.¹ It is also a party to the most prominent multilateral conventions.² Latvia has signed bilateral investment treaties with 46 countries. The mechanism for settlement disputes varies greatly, between ad hoc with or without UNCITRAL rules of procedure, ICSID, and even courts of arbitration in third-party states. It is also a party to 76 Intra-EU treaties with investment provisions on the basis of EU membership.

¹ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 UNTS 38; 21 UST 2517; 7 ILM 1046 (1968). In particular, avoiding the reservations offered by Article 1 paragraph 3 of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, thus allowing the widest interpretation of the Convention's applicability.

² For example, the European Convention on International Commercial Arbitration, (Geneva, 21 April 1961) in force from 20 March 2003, the Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE (Stockholm, 15 December 1992), in force from 25 September 1997; and the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965 (Washington, 14 October 1966) in force from 8 September 1997.

Although the path of Latvia's achievements *prima facie* denotes a thorough vertical integration of international arbitration standards, domestic practice is considerably displaced from the mean. While most nations have less than ten arbitration courts, Latvia has had over two hundred at once. Concurrently, several core norms of the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration (Model Law) are ignored.³ Courts lack a role in constituting arbitral tribunals, the setting aside procedure, as well as any ability to set interim measures during the process.⁴ The domestic arbitration system has sustained protracted reproach from foreign experts and academia alike, calling for "radical changes".⁵ Even the Constitutional Court of Latvia pointed to the doubts of "significant lack of independence and objectivity" in the arbitration system.⁶

The government has attempted rectification through multiple major legal reforms in the past two decades, but criticism continues.⁷ This contribution aims to understand the causes of the divergence between Latvian and international arbitration. Several perspectives of analysis will be engaged to cognize the development of the law. First, a teleological examination will be conducted by tracing the historical evolution of the law. Second, Latvia's seminal investor-state arbitration experiences are examined for any identifiable spillovers of domestic legal tradition. Lastly, current trends are examined to assess the direction of the current trajectory.

2. Historical Background

The justification behind the diverging of norms from international standards finds roots in Latvian history. Under Soviet occupation, arbitration was limited between state-owned com-

³ U.N. Doc. A/40/17, Annex I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, and <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>

⁴ Setting interim measures was introduced to the Model Law in 2006

⁵ „Kvantitāte diemžēl nenodrošina kvalitāti”, Torgāns Kalvis, Valstiskā uzraudzība pār šķīrējtiesas spriedumu tiesiskumu, *Jurista Vārds*, 34 (629), 2010, Torgāns Kalvis, Šķīrējtiesas Latvijā: vajadzīgas radikālas pārmaiņas. *Jurista Vārds*. 2005. 11. janvāris, Nr. 1, 1. – 3. lpp.; „sabiedrībā valda uzskats, ka šķīrējtiesas ir kaut kas slikts un nevēlams”, Lapsa Jānis, Šķīrējtiesu darbības pārmaiņas gaidot, *Jurista Vārds*, 51(504), 2007; „šobrīd vērojama šķīrējtiesu sistēmas krīze un diemžēl sabiedrībai ir zudusi uzticība šķīrējtiesu institūtam”, Broka Baiba, Šķīrējtiesu reglamentācija jaunajā likumprojektā, 51 (504), 2007; Žukova Gaļina. Šķīrējtiesu regulējums Latvijā : Atsevišķi problēmjautājumi / Gaļina Žukova // *Civilprocesa aktuālie jautājumi: 2007. gada zinātniskās konferences materiālu krājums*. - Rīga : Tiesu namu aģentūra, 2008;

⁶ Constitutional Court of Latvia case No. 2004-10-01 „On the Compliance of Section 132 (Item 3 of the First Part) and Section 223 (Item 6) of the Civil Procedure Law with Article 92 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution).”

⁷ Šķīrējtiesu institūts un uzņēmēju vajadzības Latvijā <<http://www.juristavards.lv/doc/270062-kirejtiesu-instituts-un-uznemeju-vajadzibas-latvija/>>

panies and entities, far removed from public access.⁸ With the breakup of the Soviet Union, Latvia entered into a free market economy and saw an enormous boom in business activity and investment. This was followed by a rising demand for dispute resolution, which the courts of general jurisdiction were unable to meet. Latvia adopted the New York Convention in 1992 and began exercising arbitration at full speed – it became a primary instrument for resolving the hundreds of private disputes that came along with Latvian independence.

It soon became apparent that there was a vacuum in Latvian arbitration practice. Both domestic and foreign arbitration was still governed by the provisions of the Latvian Civil Procedure Code of 1938.⁹ The law was deemed lacking important structural pillars present in other legal systems – the law was cited as being “non-functioning [and] unable to operate properly” by Latvian parliamentarians in 1997.¹⁰ A working group began drafting a new arbitration law, with 1985 UNCITRAL Model Law as the basis.¹¹ It differed in several aspects, for example, by having provisions on confidentiality and the aforementioned lack of interim measure rights and setting aside provisions.¹² The rationale behind this can be inferred from the overall gist of the time. The justice system was undergoing substantial change and there was certain distrust in the ‘old guard’ still remaining in its rows. Therefore, insulating arbitration from state court system seemed like a good idea. Practitioners welcomed it from both sides: the clogged courts were not in need of more work and businesses needed quicker dispute resolution. In addition, there was very limited knowledge about arbitration in general. The very term “arbitration” in Latvian appears like a denomination of another element in the regular court system and seems comfortingly “local”, translating to a “court-of-dispute-settlement”. The proposal entered parliament for readings in 1998 and was not widely debated.¹³ Though there were discussions of mandating that at least the presiding arbitrator of a three-person tribunal should have a legal education, the amendments were not received positively due to the burden they would place on an already stretched system of lawyers.¹⁴ The system was considered fair on the exact basis of the limited scope of powers of an arbitration system.¹⁵ The new law

⁸ Ward, Katherine T. () “Arbitration with the Soviets: The Importance of Forum Selection in Dispute Resolution Clauses in NonMaritime Joint Enterprise Agreements,” University of Chicago Legal Forum: Vol. 1990: Iss. 1, Article 23. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1990/iss1/23>

⁹ Latvian Code of Civil Procedure (1938)

¹⁰ 7 Latvijas Republikas Saeimas 1997.gada 28.augusta ārkārtas sesijas sēdes Stenogramma. Saeima.

¹¹ Latvijas Republikas Saeima darba grupā. (1997, 08 06). Latvijas Republikas Civilprocesa likums 4.daļa (Šķirējtiesa). Latvijas Vēstnesis, 912(197).

¹² UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) Art.34

¹³ See Latvijas Republikas Saeimas 1997.gada 28.augusta ārkārtas sesijas sēdi Stenogramma. Saeima. And Latvijas Republikas Saeimas 10. un 11.jūnija sēdi Stenogramma.

¹⁴ Ibid

¹⁵ Ibid

was approved in the third reading in 1999.¹⁶ It set arbitration law as part of the Latvian Civil Procedure Law (CPL), thus qualifying investor-state arbitrations (ISAs) as civil law disputes. There was no separation between domestic and international arbitration, even if Latvia is the seat of arbitration.

Shortly after adopting the law, it was established that there was an uncontrollable growth of arbitral institutions stemming from the lack of establishment requirements.¹⁷ Concurrently, arbitrations aimed to name themselves as closely to state courts as possible, thus blurring the easily confused lines intentionally.¹⁸ The first instance court of the city of Liepāja is called “Liepājas tiesa” [Court of Liepāja], while several arbitral institutions took on variants of “Liepājas šķīrējtiesa” [Arbitration Court of Liepāja]. An inexperienced party could thus easily be deceived into signing their dispute rights into arbitration instead of state courts. Even more alarmingly, an arbitration signed into could be under the influence of one of the parties, losing objectivity. A perfect storm combining a legally inexperienced populace, the novelty of a free market economy, and a growing need for dispute resolution led towards the interpretation of arbitration as a commercial service-provider, rather than an alternative to court mechanisms. This state of near anarchy lasted for more than a decade. Parties who had signed agreements with arbitration clauses were denied state protection even if they were disputing the very existence of the agreement, e.g. because of alleged forgery of signature or substantial procedural flaws, even to the extent of not being able to locate the institution mentioned, either because it no longer existed or appeared unreachable.

The national court system visibly enumerated these concerns, though in a selective way. In a 2005 decision, the Constitutional Court posited the significant issues arising from the arbitration process, *obiter dicta*.¹⁹ The Court found flaws in the fundamentals of the arbitration process. The writ of execution under the law was “worrying” due to the short appeal deadline, the prohibition to appeal the granting of the writ, and the lack of state court participation in this process.²⁰ By referring to practice of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court also asserted the preponderance of doubt weighing on arbitration system, in particular from the perspective of its organization structure and conflicts of interest

¹⁶ Latvijas Republikas Saeima. (1998, 12 03). Civilprocesa likums. Latvijas Vestnesis(23).

¹⁷ Latvian Code of Civil Procedure (1999) was updated to include provisions on establishment of arbitration courts in 2004 in Part D of the CCP, Chapter 61, Art.486

¹⁸ Uzņemumu Reģistrs . (2014, 09 4). No parstavīgo skirejtiesu reģistra ir izsleģtas 88 skirejtiesas. Jurista Vards

¹⁹ Constitutional Court of Latvia case No. 2004-10-01 „On the Compliance of Section 132 (Item 3 of the First Part) and Section 223 (Item 6) of the Civil Procedure Law with Article 92 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution).”

²⁰ Ibid

with parties to the arbitration.²¹ In other words, the Constitutional Court accused the legal framework behind the system of not offering fair access to due process, and allowing arbitral tribunals to foster relationships with parties whom they arbitrate, especially via sophisticated ownership structures. This line of argument gave birth to the nomenclature of “pocket arbitrations” in Latvia. By fostering the creation of one’s own arbitration, they could secure its favor, and turn it against unsuspecting parties at will. “Pocket arbitrations” had become good business, frequently omitting observance of the very core principles of arbitration, including impartiality or party agreement.

To combat the practice, the Parliament proposed further amendments in 2005.²² All institutes would be mandated to register in a registry maintained by the Registrar of Enterprises of Latvia.²³ The Registrar was also tasked with making sure the names of state courts were clearly distinguishable from each other. The changes to the law, however, were not enough to shift the arbitration paradigm. By 2007, there were more than a hundred arbitral institutions registered, and growing steadily.²⁴ The Ministry of Justice began development of a separate law on arbitration, as it became clear that shifting the current articles in the Civil Procedural Law would not have sufficient impact. The urgency of the matter was evidenced by the presentation of the initial project to Parliament in the same year.²⁵

To combat conflicts of interests and the rotation of “pocket arbitrators” through different “pocket arbitrations”, the project introduced the idea of mandatory arbitrator lists for each arbitral institution.²⁶ Each institution would have at least six arbitrators on the list, and provide their contact information and specialization. Information was to be further supplemented with the amount of arbitrators, their qualification, and the procedure for their challenge.²⁷ While the law attempted to close the migration of arbitrators between institutions, it also complicated the process of immigrating new arbitrators into an ongoing case. If a party wished to introduce its own arbitrator, the person would have to be added to the arbitral institution list.²⁸ Additionally, any change to a list would have to be registered in the Registrar,

²¹ Ibid via *Delcourt v. Belgium* [1970] ECHR 1, para. 31; *Piersack v. Belgium* [1982] ECHR 6, para. 30

²² Press release prepared by the Ministry of Justice Press Secretary Sabajevs, S. (2005, 01 25). Šķirējtiesām vajadzīgs likums. *Jurista Vārds*, 358(3)

²³ Latvijas Vestnesis. (2005, 04 12). Šķirējtiesām jāreģistrējas.

²⁴ Ibid

²⁵ *Jurista Vārds*. (2014, 06 3). Septiņi gadi ceļā uz Šķirējtiesu likumu: projekts Saeimā, domas joprojām dalas.

²⁶ 2007 Law project Article 8(1)

²⁷ 2007 Latvian Arbitration Law Project, Art. 12

²⁸ 2007 Latvian Arbitration Law Project, Art. 8(3)

making the process twice as inefficient.²⁹ The legal community found the clauses leading to a potentially pathological inoperability.³⁰ As it is difficult to introduce new arbitrators, the list would stagnate and increase the possibility of conflict of interest, eventually minimizing the amount of arbitrators that could participate in any domestic arbitration. The international community echoed the reproach of the locals, further claiming that only a few key reforms were necessary, instead of overhauling the system.³¹ The amended proposal did not reach parliament, and was put on hold after lengthy discussions.

The Ministry of Justice came back in full force with a new proposal in 2012. The new reform would mandate a requirement for requiring arbitrators to have received higher education, have impeccable reputation and to have taken specialized courses on arbitration provided by the state.³² These courses would grant renewable five-year long licenses, potentially effectively barring any foreign arbitrators. The annotations of the project aimed explicitly at the high number of arbitrations in Latvia as their *raison d'être*. Their aim was to completely “shut down the possibility of creating artificial arbitrations”. Arbitral institutions were proposed to be established by legal entities that fulfill various formal criteria, like a minimal net turnover of EUR 70 million.³³ The project went significantly beyond any requirements of the Model Law, to the disdain of parliament, which dropped turnover from future discussion, abandoning the project.

In 2014, the amount of arbitration institutions had reached 213, foreshadowing the creation and adoption of the Arbitration Act in 2015, which significantly changed the arbitration landscape in Latvia. Higher establishment criteria for permanent arbitral institutions, legal education and state certification requirements for arbitrators decreased the amount of permanent arbitration institutions to just over 80. While the new law has been effective in slowing the growth of “pocket tribunals”, many concerns remain in the sphere of investor-state arbitration (ISA). For example, arbitration institutions in Latvia are prohibited from arbitrating disputes concerning the interests of any state or municipal entities.³⁴ Thus, any

²⁹ Ibid

³⁰ See Kacevska, 2007, Žukova, G. (2007, 12 18). Likumprojekta noteikumi: iebildes un priekšlikumi. Jurista Vārds, 504(51).

³¹ Born, G. (2008, 12 16). Vai nacionālais regulējums atbilst starptautiskajiem principiem.,

³² Article 15 of Latvian Arbitration Law 2012 project provided the following requirements: “1) And Arbitral Institution arbitrator candidate may be eligible if a legally capable natural person, with an acquired higher professional or academic education; 2) maintain a good reputation; 3) after hearing a training course for arbitrators. [...] 4) The Authority, which will organize the Arbitral Institutions, arbitrator training, and develop an arbitrator qualification exam, and which will set the cost of training and the procedure by which candidates may be certified as an arbitrator, shall be determined by the Cabinet of Ministers.” (authors translation)

³³ Article 2(2) of the Latvian Arbitration Law project (2012)

³⁴ Latvian Arbitration Law Article 5(1)

investment dispute embodying the state and a party seated in Latvia will be taken directly to judicial proceedings. The legislation also continues to suffer from the same differences from UNCITRAL model rules as the prior norms. Practitioners and scholars have taken a stance on the new law, as it has not made enough changes to decrease the disparity in confidence between state courts and arbitration.

While there are no statistics maintained on the time efficiency of state courts in comparison to arbitral tribunals in investment cases, the latter hold several advantages over the former. Arbitral tribunals enjoy significant autonomy, as the courts of general jurisdiction do not assist or participate in the arbitral proceedings for any reason, including evidence gathering or requesting information. State courts can be engaged prior to initiating proceedings to request interim measures, which arbitral tribunals do not have the power to impart. Upon receipt, the court will render a decision within 24 hours. It must be noted that the current court praxis manifests in interim relief very rarely, in situations when the potential damage is sufficiently imminent and tangible.

Arbitral decisions are also not subject to appeal, with the exception of an examination of procedural issues by a state court before issuing a writ of appeal. A Prosecutor General or Chairman of the Supreme Court may submit a protest in any court adjudication and writ of execution if there is a breach of substantive or procedural norms of law. The Supreme Court will not reexamine the merits of the arbitral award, instead sending them back to the first instance court for re-adjudication.

In case of opposition to recognition and enforcement of a foreign arbitral award, an ancillary complaint (appeal) may be submitted to the court within 10 days of the issued decision. The court then decides whether to dismiss the complaint, set aside the decision in full or in part and decide on its merits, or submit the case to re-adjudication. A decision on the ancillary complaint cannot be appealed and enters force upon issuance. Issues on the violation of the principle of fair and equitable treatment are examined in conformity with part 1 of the New York Convention, except for the setting aside procedure.

3. The national case-law examples

The Latvian ISA disputes have been a distinct reflection of the state of affairs of the time. The early cases took place only a few years after Latvia had regained independence from over half a century of Soviet occupation in 1991. At the time, the country was in a state of flux; a planned market economy was being overhauled in favor of a free market, an authoritarian regime in favor of democracy, and the international fora were being discovered anew. Two formative arbitration disputes were in the center of the storm, as both consequences and drivers of the national transformation.

4. Swembalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia

A case that has earned the greatest reputation both at home and abroad is the Swembalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia,³⁵ concerning a compensation claim for the loss of vessel SJFW/SwedeBalt, registered in Sweden and leased to SwemBalt's Latvian subsidiary SwedeBalt SIA. Arbitration was initiated in 1999 under Article 7 of the Investment Agreement between Latvia and Sweden, on the basis of UNCITRAL rules. A publically available decision by the Court of Arbitration was made on 23 October 2000.

The Claimant had intended to moor the vessel in the port of Riga, to use it as Swedish trade center and chamber of commerce. On 21 April 1993, the ship was towed from Sweden to the Riga shipyard for renovations. Concurrently, the Riga Port Authority signed an agreement to moor the ship in the Riga port. On 17 November 1993, the ship was towed to a suitable location in Riga. An agreement was signed between the subsidiary company of Claimant, SwedeBalt SIA, and the Kurzeme district of Riga for the lease of a berth and 11,200 m² area of land. The agreement was to remain in force from 1 December 1993 to 30 June 1998. The agreement reflected the use of the ship as a 'floating commercial center'.

On 28 March 1994, the ship was moved by the Riga Port Authority without permission of the owner to a location approximately two nautical miles from the leased berth, secured to mooring posts offshore. SwemBalt and lessees were prohibited from carrying out any further business activities on the ship, and the rental contracts were consequently annulled. On 18 April 1994, the Mayor of Riga informed SwemBalt that a law adopted in August of the same year, which applied retrospectively, invalidated the land lease, and that SwemBalt was in breach of several domestic laws, negating access to the ship. The Claimant attempted to arrive at a solution by turning to the Swedish Embassy, which did not resolve the situation. On 3 May 1996, the Latvian authorities decided that the position of the ship was a danger to navigation – a public auction was advertised for the ship, in which it was described as a wreck. In July 1996, the ship was auctioned for US 150,000 as scrap metal.

The Claimant submitted an application for arbitration under the Investment Treaty between Latvia and Sweden, claiming a breach of Article 2 (Promotion and Protection of Investments and Expropriation and Compensation) of the agreement. Compensation was sought for the loss of the vessel, equipment and furnishings, for income from 1994 to 1998, and interest on the sums, as well as all expenses and costs of the arbitration. The Latvian government did not respond to the original arbitration notice or attend oral hearings, instead submitting a late presentation denying all of SwemBalt's claims.

³⁵ Swembalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia UNCITRAL (Decision by the Court of Arbitration) (23 October 2000)

The tribunal found several grounds of contention between the parties. First, the Respondent argued that SwemBalt did not own the ship, and is thus not capable of claiming losses for it. In lieu of documentation establishing a chain of title, the tribunal highlighted that the behavior of the Riga port authorities in their actions toward the ship alluded to an understanding of SwemBalt's ownership of the vessel. In particular, the Riga port authorities had made use of the name of the ship as it was listed in the Swedish ship registry while it was still SwemBalt's property, even after Swedebalt SIA had requested and received a new name and nationality certificate from the Swedish authorities.

Second, the Respondent claimed that no investment had been made, as no written lease agreement was submitted to the tribunal. Yet, they found investment to have taken place on the basis of its purpose as a floating trade center, and the renting activity taking place on the vessel. Third, the Respondent claimed that investment was made before registering as a company and was thus illegal. The tribunal responded by pointing out that at no point had key State institutions warned of the illegality six months prior to its removal from the harbor, when discussions were still taking place. Furthermore, Latvia could not show any laws that were breached before the retrospectively active norms.

Lastly, the Respondent claimed that the towing and lease of land agreements were invalid and could thus not be grounds for an arbitration dispute. The tribunal found that the invalid agreements were nonetheless a result of state activity in a regulated market. Regardless of the subdivisions and levels, it was a state competence to sign lease and land agreements – failing to meet these norms at a municipal level is an extension of the government arm. Therefore, arbitration was in order between the Claimant and Latvia as the Respondent. The tribunal thus concluded that by removing Swembalt's ship, stopping them from using it, auctioning it, and allowing its scrapping was a breach of their Investment Agreement, and ordered the payment of damages.

The Respondent requested recovery of loss of indirect damages, such as the tenants depending on the boat not being able to utilize it. Following, the Claimant imparted a request for an interest rate on the payment from the state. Given that no customary law existed on the matter, the Tribunal used the rates of the seat of arbitration.

The courts enforced the investor-state award pursuant to the New York Convention. However, public upheaval took place in search of the culprit. After unsuccessfully attempting to appeal the decision, Latvia agreed to pay the damages. The case developed some notoriety in Latvian arbitration and investment discourse. It was the first case of its kind to enter the public domain, and its detrimental public opinion remains to this day.

Its public nature was illustrated by the amount of weight granted to it by the state mechanism. The Ministers of Foreign Affairs and Economics at the time made statements that the

case “would not prevent Latvia’s membership in the EU”³⁶ at the time, and nearly a decade later, that Latvia is still “searching for a remedy against painful investment disputes”.³⁷ The case had strong direct and indirect ripples. The general public remains convinced that the investors at least in this case were “scammers who dumped a wreck”,³⁸ despite the court deciding that it did not conform with the definition of a wreck but was a ship despite lacking essential elements of a seaworthy vessel. Various officials representing the state were found incompetent and indeed received criminal penalties for their incompetence in three instances.³⁹ Journalists were further taken to administrative courts against the Ministry of Economics for non-disclosure of the arbitration award, where they lost. The confidence of the people in arbitration as a mechanism was significantly decreased, propelling future law making against a liberal arbitral market.

In the year when Latvia finally settled the award, with a delay, there was a definite assigning of one institution responsible for investment claims and disputes. In 2004, the State Chancellery received a mandate to deal with the investment claims “receiving 2–3 claims per year”⁴⁰ claiming “an increase in claims and commenced processes in 2013–2014” requiring increasing the mandate and settling for a hybrid model of representation with State Chancellery as the responsible institution.

5. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia

Nykomb Synergetics Technology Holding AB (“Claimant”) v. The Republic of Latvia, SCC (“Respondent”) was the second public case, alleging discriminatory treatment of a Swedish

³⁶ Sagrieztā zviedru kuģa lieta nevar kavēt Latvijas virzību uz ES, 13th June 2001. Available at <http://www.tvnet.lv/zinas/latvija/185724-sagriezta_zviedru_kuga_lieta_nevar_kavet_latvijas_virzibu_uz_es> In reaction to Swedish and the EU officials reported as assumingly claiming that it may prevent Latvia’s entry, Zviedru avize kritizē Latvijas rīcību sagrieztā kuģa lietā, Diena, 2006. Septebriis 2001, <https://www.diena.lv/raksts/pasaule/krievija/zviedru-avize-kritize-latvijas-ricibu-sagriezta-kuga-lieta-11137281>

³⁷ Meklē zāles sāpīgajiem investīciju strīdiem, Elīna Pankovska, 2014. gada 21. janvāris <<http://vecs.db.lv/laikraksta-arhivs/lauksaimnieciba/mekle-zales-sapigajiem-investiciju-stridiem-408526>>

³⁸ A. Krauzes intervija Panorāmā ar Sandru Veinbergu “Mūsu cilvēks” <https://sandraveinberga.com/raksti-par-medijiem/intervija-panorama-ar-a-krauzi/>

³⁹ Lejnīeks M., Medin L. SwemBalt AB pret Latvijas Republiku (Sagrieztā kuģa lieta). Likums un Tiesības, Nr. 12, 2000, 375. lpp.

270 Rīgas apgabaltiesas Krimināllietu tiesas kolēģijas 2004. gada 4. oktobra lēmums lietā nr. KA 04-220/04-17Nr.12812007800 (nav publiski pieejams).

271 LR AT Senāta Krimināllietu departamenta 2006. gada 20. februāra lēmums SKK 01-0002/06. Nr.12812007800 (nav publiski pieejams).

⁴⁰ Informatīvais ziņojums par valsts interešu pārstāvību starptautiskajos investīciju strīdos, 06.11.2015. 041115_infoZin2015102215110220151104143726.docx (61193)

company in the electricity industry, via a Latvian owned company. The decision was made publically available once awarded in 2003. The case was vital to the state shifting away from transparency in ISA.

The investor-owned company named SIA Windau (“Windau”) agreed to provide electricity generation services by signing a contract in early 1997 with AS “Latvenergo” (“Latvenergo”), a Latvian state-owned enterprise. Windau undertook the construction of a cogeneration plant, from which Latvenergo would purchase electric power. The contract between the parties stated that the “relevant laws” would be used to decide on the tariffs. The investor was under the impression that – according to the contract – Windau was ensured a multiplier of two of the general tariff for the sales price set by regulatory authorities. Communication with the Public Utilities Commission in Latvia, a constituent of the state, before signing strongly acknowledged such an understanding. More importantly, the government had enumerated a push for renewable energy with two legal incentives. One law provided that energy produced by combined heat and power cogeneration facilities in particular would benefit from double tariffs for eight years from “the beginning of [their] operation”.⁴¹ The other, that if changes in Latvian legislature cause detriment to foreign investors, the foreign investor is granted a 10-year period of the norms in force “at the time of investment”.⁴² With these subsidies, the government aimed to increase energy self-sufficiency and move away from dependence on Russia.

Upon construction and operation of the facility more than a year later, Latvenergo posited that the correct multiplier was 0.75 of the tariff, and never paid the double tariff for the purchased electricity. The government of Latvia, aware of Latvenergo’s refusal to pay the double tariff, tried to alleviate the situation. The Cabinet of Ministers issued a Regulation obliging the Privatization Agency, which owned the state share in Latvenergo, to order the payment of a double tariff to Windau in 1999.

However, the Resolution was immediately challenged by several Latvian parliamentarians, which brought it to the Constitutional Court of Latvia on the grounds of competence. The Court found that the Cabinet of Ministers was interpreting their executive rights too broadly, challenging the constitutional balance between governmental branches. The judges extended that Windau was not subject to the statutory right to double tariffs in accordance with the “understanding” of law signed at the time. The contract was signed on 26 March 1997, during which a short-lived regulation of the Cabinet of Ministers was in force, cancelling the double tariff regime. The aforementioned resolution was annulled on 7 May 1997, but only from the

⁴¹ Concerning the Regulation of Business in the Energy Industry

⁴² Concerning Foreign Investment in the Republic of Latvia

moment of the decision. A further series of legislative changes followed the decision, altering the mechanism by which tariffs were assessed and implemented.⁴³

Upon receipt of the decision, Nykomb initiated arbitral proceedings against Latvia in accordance with the Energy Charter Treaty, alleging that non-payment of the double tariff violated the obligation of fair and equitable treatment. After Windau held that the contract granted a statutory and contractual right to the double tariff during the first eight years of production, and that the right was unfairly retracted by changes in successive legislative acts. The Respondent conceded that Windau had a contractually established right to the double tariff, but claimed that the change in statute made the contract term moot.

The tribunal began its investigation by finding that the double tariff was legislatively repealed in favor of a 0.75 multiplier by October 1998. Their focus then shifted to eight similar agreements entered into by Latvenergo with Windau and others, concerning purchase prices for electric energy between 1995 and 2001. Apart from specifying the precise tariff to be paid in a current year, all contracts were found to refer to laws and regulations for determining the price paid for energy. In a case concerning one such contract, the Latvian Constitutional Court interpreted the clause to allude not to regulations at any time, but to fixing the price to the tariff in force at time of signing.⁴⁴ The tribunal acceded to this conclusion, finding that the clauses would be superfluous for any other purpose.

The tribunal concluded that there was both a statutory and contractual right to the double tariff. The tribunal found the Republic of Latvia directly responsible for the changes in legislation and the removal of the right to double tariffs in future legislation. The reasoning behind non-payment by Latvenergo was that the relevant tariff was decided by state authorities. However, the judgment of 30 June 1999 of the Latvian Supreme Court in a case with similar facts positing the obligation of Latvenergo to pay the multiplier in force at the time of signing in the case of Latvian cogeneration facilities, and the ordering of the Cabinet of Ministers via a later invalidated resolution to pay the double tariff, evidences full awareness of failure to pay the double tariff. The arbitral tribunal found this series of actions to be a breach of the obligation to provide fair and equitable treatment under the ECT.

It was further pointed out to two local companies with similarly dated agreements and cogeneration facilities benefiting from the double tariff. A lack of criteria, methodology, or criteria for fixing the multiplier or how Latvenergo is authorized to apply the multiplier upon purchasing energy positioned the tribunal to assert that Windau has been subject to a discriminatory measure in violation of Article 10(1) ECT. The award was enforced without

⁴³ Energy Law of 3 September 1998; Regulation No. 425 of 31 October 1998; Amendment of 1 June 2001 to Article 41 of the Energy Law

⁴⁴ Latelektro-Gulbene case

objection, and the parties agreed that instead of damages Latvia would pay the double tariff for an extended amount of years.

Similarly to the above described case of the “cut Swedish ship”, the Windau case also gained publicity. The overall bill was 2.5 million lats, a substantial sum, and there were calls to find the guilty parties responsible, initially by the Minister of Justice and later at the level of the Prime Minister. The public dissent was minimized by a promise that the losses will be covered by Latvenergo and not taxpayers. However, there was no appeal. In 2015, the State Chancellery informed the Cabinet of Ministers that they have concluded “an agreement that envisages legally and financially considerably more beneficial conditions than the ones in the award”⁴⁵. The image of the ISA process was marred as suspicion of involvement of a local oligarch was thought to be present.

6. Conclusions

The ISA process cannot be detached from the overall state and arbitration development in Latvia. This article gave a very brief insight into two of the most notorious initial cases, yet there are at least a dozen, most of which are settled before formal proceedings⁴⁶. The claims in the early investor-state arbitration cases against Latvia are directly intertwined with factors stemming from the state’s nascence in the 90s. Swembalt was the result of a lack of experience and the tumult of the Latvian status quo of the time. Nykomb Synergetics connoted a lack of clarity in the role of the executive branch of government, and paved the way to proper calibration. The conversion from a closed to open market economy was guided by various international parties, but Swembalt granted an understanding of how the international arena responds to breaches of international agreements, as well as the standards of governance expected by the Western world.

⁴⁵ 1.pielikums Informatīvajam ziņojumam par valsts interešu pārstāvību starptautiskajos investīciju strīdos, Valsts kancelejas vestās lietas (2004. – 2015.)

⁴⁶ Ibid.

Pregledni znanstveni članek
331.07(100)ILO(094.2):341.242.24(81)

A (Non-)Applicability of Conventions 148 and 155 of the International Labour Organization in the Brazilian Domestic Law

DEILTON RIBEIRO BRASIL,
FABRÍCIO VEIGA COSTA,
REGINALDO GONÇALVES GOMES,
ÉRICA PATRÍCIA MOREIRA DE FREITAS*

1. Introduction

The International Labour Law is one of the most important ramifications of the Public International Law, thus, it does not constitute an autonomous branch of legal science. Its objective is the protection of a worker either as a subject of a work contract or as a human being, having for groundings reasons of economic and social order and technical character.¹

The International Labour Procedural Law uses in its normative activity, emphasizing the international treaties, in general, the recommendations, the declarations and the Conventions, all elaborated within the framework of the ILO and that must be incorporated in the domestic law of the States.

In the light of this precept, the study proposed here seeks to analyse the (non-)applicability of Conventions 148 and 155 of the International Labour Organization in the scope of domestic

* DEILTON RIBEIRO BRASIL, PhD in Law by Gama Filho University (UGF-RJ), Professor at the Faculty of Law, University of Itaúna, Brazil
FABRÍCIO VEIGA COSTA, Post-Doctor in Education (UFMG). PhD in Procedural Law from the Catholic University of Minas Gerais (PUCMinas), Professor at the Faculty of Law, University of Itaúna, Brazil
REGINALDO GONÇALVES GOMES, Doctoral candidate at PUCMinas. Master's degree in Law from the University of Itaúna, Brazil
ÉRICA PATRÍCIA MOREIRA DE FREITAS, Master student in the course Master in Protection of Fundamental Rights of the University of Itaúna-Minas Gerais

¹ Sussekind, 2005.

law, in order to verify whether the position previously upheld by the Superior Labour Court, the impossibility of cumulating the additional costs of insalubrity and dangerousness, does not contradict the ratification of the Conventions in the sphere of domestic law, since, while ratifying an international instrument, it also incorporates the legal order of the country and, consequently, draws the responsibility for compliance to itself.

Outlined the purpose of this analyses, it was sought through a bibliographical-theoretical research, of a deductive nature, to examine the positioning of doctrine and jurisprudence on the subject. Seeking an approach that contemplates understanding both favourable and unfavourable to cumulation.

To this end, the study begins with a general overview of ILO Conventions 148 and 155, duly ratified by Brazil, evolving towards the conceptualization of unhealthy and hazardous additional remuneration, to finally address the favourable and unfavourable understandings on the cumulation of unhealthy and dangerous/dangerous/hazardous additional measures under domestic law.

In the end, the text presents the position adopted by the authors, who adhere to the addition of the additions, for the reasons to be verified in this text, already beginning with the ratification of ILO Conventions 148 and 155 by Brazil.

In addition, all Brazilian authors' text mentioned in this text will be translated freely, in order for the readers to understand the text more clearly.

2. Conventions 148 and 155 of the International Labour Organization (ILO) Ratified by Brazil

The main objectives of the International Labour Organization are to raise the quality of life of workers and to protect their health within the work environment, to develop a decent work for all, and to create job opportunities for men and women. In order for a convention adopted by the ILO to be valid in the Brazilian legal system, it must necessarily pass through the National Congress. Once ratified, it will acquire normative force and will become a part of the domestic legislation, and therefore must be applied in the decisions of the Courts and, being able to modify, create, complement or derogate another norm in force in the country.

The ILO aims at international labour regulation through programs to achieve full employment and raising standards of living; the employment of workers in occupations where they can have the satisfaction of giving the widest measure of their abilities and of making their greatest contribution to the common welfare; the provision of vocational training and the transfer of workers, including migration of laborers and settlers, as a means of achieving this end and under adequate guarantees for all concerned; the extension of social security measures to provide a basic income to those in need of such protection and full medical care;

adequate protection of the life and health of workers in all occupations; protection of children and maternity; adequate food, housing, recreation and culture facility; the guarantee of equal educational and professional opportunities.²

With regard to Brazil, the ILO has maintained representation in the country since 1950, with programs and activities that truly reflect the objectives that the institution has gained throughout its history.

The Convention Number 148 of the International Labour Organization (ILO) enacted on June 20th, 1977, issued regulations on the protection of workers against occupational hazards due to contamination of air, noise, and vibration in the workplace. This Convention was ratified by Brazil on January 14th, 1982. Later, precisely on September 29th, 1994, Brazil also ratified Convention number 155, which dealt with occupational safety and health and the working environment.³

The (ILO) conventions are international treaties, incorporated into the Brazilian Law before Constitutional amendment number 45/2004, and therefore without the quorum provided for in paragraph 3 of Article 5 of the (Federal Constitution), have status of federal law and as having status of fundamental rights norms must be respected and prioritized on the standard bargaining.⁴

The Conventions number 148 and 155 (ILO) have constitutional standard status, or at least supralegal rule status. In both, it is possible to verify the concern that this International Organization had in creating labour environmental policies that prevent accidents and damages to the health of the worker. At this point, it is important to highlight the content of these conventions.

2.1. Convention 148 of the International Labour Organization

ILO Convention 148 was created at the 63rd meeting of the International Labour Conference in 1977. It was incorporated into Legislative Decree number 56/1981, however, was ratified in 1982 and entered into force only in 1983. It was promulgated by Decree number 93413/1986.

This convention is intended, as far as possible, to reduce workplace risks from air pollution and noise (noise and vibration). In order to achieve the objective and workers are effectively protected, companies must take appropriate technical measures.

² Sussekind, 2005, p. 1546.

³ Franco Filho, 2013.

⁴ Franco Filho, 2013, p. 31.

In a more detailed manner, the Convention seeks to promote the universalization of the relevant norms, in particular, on the health and protection of workers in their working environment, through measures of protection and prevention against accidents at work and occupational diseases, on medical services work, protection of machinery and against radiation and noise.

ILO Convention 148 deals with work environment (air, noise, and vibration).

1. Each Member may, in consultation with representative organizations of employers and workers, if such organizations exist, accept separately the obligations provided for in this Agreement, in respect of: (a) air contamination; b) noise; c) vibrations.
2. Any Member, which does not accept the obligations under the Agreement in respect of one or more categories of risks, shall indicate it in its instrument of ratification and explain the reasons for such exclusion in the first report on the application of the Convention submitted by it Article 22 of the Constitution of the International Labour Organization. In subsequent reports, it shall indicate the status of its legislation and practice with respect to any category of risks that has been excluded and the extent to which it applies or intends to apply the Agreement to such category.
3. Any Member, which at the time of ratification has not accepted the obligations under the Convention in respect of all categories of risk, shall subsequently notify the Director-General of the International Labor Office, when it considers circumstances allow, to accept such obligations in respect of one or more of the categories previously excluded. • Workers should be required to observe safety orders to prevent and limit occupational hazards due to air contamination, noise, and vibration in the workplace and to ensure protection against such hazards. • Workers or their representatives shall have the right to submit proposals, receive information and training, and to take appropriate action to ensure protection against occupational hazards due to contamination of the air, noise and vibrations in the workplace [...].

In this sense, it is important to highlight the force of the creation of a common law to several States promoting the universalization of Social Justice norms. With the same objective, ILO Convention number 155 was incorporated into our legal system.

2.2. Convention number 155 of the International Labour Organization

This convention emerged from the 67th International Labour Conference held in Geneva in 1981. It was incorporated into the Brazilian legal system by Legislative Decree number 2/1992, ratified on May 18th, 1992, entered into force only one year later. Finally, it was promulgated by Decree number 1254/1994. The importance of this convention lies in being the first of ILO Convention to make reference to the working environment, relating it to the health and safety of workers.

DECREE 1254, September 29th, 1994 promulgates Convention 155 of the International Labour Organization on Occupational Safety and Health and the Working Environment, concluded in Geneva on June 22nd, 1981.

DECREES:

Article 155 of the International Labour Organization Convention 155 on Occupational Safety and Health and the Work Environment concluded in Geneva on June 22nd, 1981, annexed to this Decree, shall be complied with as fully as contained therein.

This Convention defined that health in respect of work encompasses not only the absence of disease or illness but also the physical and mental elements which affect health and are directly connected with occupational safety and health (Article 3).

In Article 11, item b, one can verify the very concern of creating policies about the minimization of the unhealthy and dangerous agents. Item b expresses that mechanisms must be created to eliminate the occurrence of simultaneous exposure to agents and substances.⁵

Article 11

In order to give effect to the policy referred to in Article 4 of this Convention, the competent authority or authorities shall ensure that the following tasks are carried out:

(...)

(b) the determination of the operations and processes which shall be prohibited, limited or subject to authorization or control by the competent authority or authorities, as well as the determination of the substances and agents for which exposure at work is prohibited, or limited or subject to authorization or control of the competent authority or authorities; account must be taken of the health risks arising from the simultaneous exploitation of various substances or agents.

The Convention number 155 directs signatories to adopt policies for the prevention of accidents and damage to health related to work activity or to occur during work, minimizing the causes of risks in the working environment, considering design, testing, selection, substitution (local and working environment, tools, machinery and equipment, chemical and biological and physical substances and agents, operations and processes), installation, disposal, use, and maintenance of the material components of the work.

It also dealt with the relationships between the material components of work and the people who perform and supervise it, as well as the adaptation of machines, equipment, working time, work organization, operations and processes to the physical and mental capacities of workers; the training, qualification, and motivation of the persons involved in order to achieve

⁵ Franco Filho, 2013, p. 32.

adequate levels of safety and hygiene; and communication and cooperation at all levels; protection of workers and their representatives against any disciplinary action resulting from action in accordance with the policy.

The Convention underlined the need for periodic studies on occupational safety and health and the working environment to identify major problems, propose and prioritize measures, and assess results.

In this step, it is important to bring to the analysis the concepts of unhealthy and dangerous/dangerous/hazardous additional remuneration in order to evaluate what the Conventions propose when delineating about the possibility of its cumulation.

3. General Concepts on Unhealthy and Dangerous/Hazardous Additional Remuneration

Labour legislation protects, through regulations, any worker who performs his/her duties in unhealthy or dangerous activities, in order to mitigate the impact of these activities on the health of those who execute them.

This fact generates to the employee the right to realize in his/her monthly compensation the payment of an unhealthy and dangerous/hazardous additional remuneration. At this point, we intend to conceptualize these terms in order to show that, because they are diverse and distinct generating facts, the possibility of cumulation of the two additional remunerations would be possible.

3.1. Unhealthy Additional Remuneration

The unhealthy additional remuneration is provided for in Article 7, item XXIII, in the Federal Constitution of 1988 and in Article 189 et seq. of the Consolidation of Labour Rules of 1943. This is, in the words of Sergio Pinto Martins, an element detrimental to health, which gives cause to the disease. Being that the damage is caused daily to the health of the worker (Martins, 2008).

Article 189 of the Consolidation of Labour Rules states which activities or operations carried out by the worker would be considered unhealthy. It is pointed out that the distinction between this activity and an unhealthy one has the criteria based on the constitutional principles of life protection and worker safety.

The Decree number 3214/78 (NR-15) of the Ministry of Labour and Employment establishes which activities are unhealthy, as well as their rates of tolerance.

The unhealthy additional insurance guaranteed in our “Magna Carta” (Brazilian Federal Constitution) is that paid when the worker who carries out his work in unhealthy conditions above the limits of tolerance established by the Ministry of Labour, and the risk of insalubrity “associated with any physical, chemical or biological agent, which directly or indirectly damages the worker’s health in a cumulative or gradual manner”.⁶

Article 192 of the Consolidation of Labour Rules stipulates that when the exposure to unhealthy agents exceeds the limits established in Administrative Rule no. 3214/78 (NR-15) of the Ministry of Labour and Employment, the worker will be entitled to a respective additional remuneration minimum grade 10%, average grade 20%, and maximum grade 40%.

Currently, the position of the Courts is that the basis of calculation would be the minimum wage, under the terms of Binding Judicial Precedent no. 4 of the Federal Supreme Court, even the Supreme Court having declared unconstitutional Article 192 of the Consolidation of Labour Rules. This position will be in force until a legal or conventional norm is enacted establishing a calculation basis different from the minimum wage for an unhealthy additional remuneration.

Also, according to item 15.3 of (NR-15) of Administrative Rule no. 3214/78, if the worker is exposed to more than one unhealthy factor, only the highest grade will be considered, and the factor cumulation will be forbidden.

3.2. Dangerous/Hazardous Additional Remuneration

The dangerous/hazardous additional remuneration is provided for in Article 7, item XXIII of (Federal Constitution of 1988) and its legal concept is described in Article 193 of the Consolidation of Labour Rules:

Article 193. Those activities that due to their nature or working methods involve a serious risk due to permanent exposure of the worker are considered dangerous/hazardous activities or operations, in accordance with the regulations approved by the Ministry of Labour and Employment.

The additional remuneration referred is applicable when the worker has contact with flammable, explosive, or electric energy (Article 193, clause I, Consolidation of Labour Rules); or when exposed to possible situations of risk of robbery or other physical violence that the worker may suffer in his or her work when performing personal or property security (Article 193, clause II, Consolidation of Labour Rules).

⁶ Almeida, 2007, p. 115.

Thus, the dangerous/hazardous additional remuneration is appropriate when the employee is exposed:

[...] (a) in permanent contact with flammable or explosive substances in conditions of marked risk; b) electric energy in direct and intermittent contact with electrical power systems; (c) [...] ionizing radiation or radioactive substance; d) is subject to theft or other types of physical violence in the activities of personal or patrimonial security.⁷

NR-16 of Ordinance no. 3214/78 of the Ministry of Labour and Employment is responsible for describing the activities of workers who can justify the additional remuneration.

At this level, aware of the concepts of the unhealthy and dangerous/hazardous factors and, above all, of the content of ILO Conventions 148 and 155 ratified by Brazil, it is important to emphasize below the position of doctrine and jurisprudence as to the possibility of cumulating additional already referred.

4. The Possibility of Cumulation of Additional Remuneration for Unhealthy Work and for Dangerous/Hazardous Work

The doctrine and jurisprudence debate the possibility of cumulation between unhealthy and dangerous/hazardous additional payments, notably in light of the provisions of Article 193, paragraph 2, of the Consolidation of Labour Rules, when establishing that *the employee may opt for an unhealthy additional remuneration to which he/she perhaps has the right according to ILO Conventions 148 and 155*, duly ratified by Brazil and, consequently, due to the position hitherto adopted by our Higher Labour Court.

4.1. Positions against the Cumulation of both Additional Payments

The groundings for the refusal regarding the concomitant application of unhealthy and dangerous/hazardous additional payments would be due to Article 7, item XXIII of the (CF) that establishes the right to an unhealthy and dangerous/hazardous additional payment and yet because the ordinary law could establish the form in which they would be applied, in this case the Consolidation of Labour Rules.

The majority case-law holds that, since the worker had the option of choosing the most advantageous additional payment, the legislature would have created in Article 193, paragraph 2 of the Consolidation of Labour Rules, a rule that restricted but respected the will of the worker.

⁷ Magalhes, 2014, p. 49.

In this sense, doctrine and jurisprudence go in the direction of interpreting that the term “may opt” has the meaning of “must opt”, in which the employee must make the option of one of the additional payment, in case of having the right to two, due to the impossibility of receiving both simultaneously.

Sergio Pinto Martins⁸ understands that it is not preventing the employee from receiving the additional payment, so much that he/she will choose the additional payment that is greater. It is also in accordance with the principle of legality that no one is obliged to do or not to do anything other than by virtue of law.

The principle of legality is used by most of the scholars; Barros⁹ affirms that if the employee works in dangerous and unhealthy conditions, simultaneously, the additional payments do not accumulate by express provision of law. The employee can opt for the additional payment that is more favourable to him/her.

Similarly, Valentin Carrion¹⁰ states that the law prevents the accumulation of unhealthy and dangerous/hazardous additional payments; the choice of one of the two belongs to the employee.

According to these understandings, Moraes¹¹ affirms that if the activity of the employee is considered dangerous and unhealthy, he can opt for the additional payment that best suits him/her. In any case, there can be no cumulation.

The Superior Labor Court, at least for the time being, has ruled that unhealthy and dangerous/hazardous additional payments cannot be cumulated:

SUPERIOR LABOR COURT – AN APPEAL ON A POINT OF LAW: RR 6247420135030102 - UNHEALTHY AND DANGEROUS/HAZARDOUS ADDITIONAL PAYMENT. CUMULATION. IMPOSSIBILITY. Pursuant to Article 193, §2nd, of the CONSOLIDATION OF LABOR RULES, it is not possible to accumulate the perception of unhealthy and dangerous/hazardous additional payments, and the worker must choose what is most beneficial to him.

SUPERIOR LABOR COURT – AN APPEAL ON A POINT OF LAW: R109636320145030165 - UNHEALTHY AND DANGEROUS/HAZARDOUS ADDITIONAL PAYMENT. CUMULATION. IMPOSSIBILITY. The SUPERIOR LABOR COURT established the understanding in the sense of the impossibility of cumulat-

⁸ Martins, 2012, p. 262.

⁹ Barros, 2012, p. 628.

¹⁰ Carrion, 2011, p. 193

¹¹ Moraes, 2003, p. 536

ing the additions of dangerous/hazardous and insalubrious, according to interpretation of Article 193, §2nd, of the Consolidation of Labour Rules.

Referring to the position adopted for non-cumulation of the additional remuneration, it is based on the provision of Article 7, item XXIII, CR/88¹². The prediction of the connective “or” means, for the majority, an obstacle for the hypothesis of cumulation of the additional payments.

In fact, as it has already been settled (at least until now), since it is impossible to cumulate, it remains for us to verify the groundings about the possibility of the employee receiving the two additional payments.

4.2. Positions Favourable to the Cumulation of Both Additional Payments

It has been shown up to now that the position currently defended by the Superior Labour Court is the impossibility of cumulating the two additional payments – unhealthy and dangerous/hazardous ones. It is now intended to bring to the analysis the position of the scholars (doctrine) as to the possibility of cumulating unhealthy and dangerous/hazardous additional payments.

It should be noted that for a long period the jurisprudential and doctrinal understanding regarding the prohibition on the addition of unhealthy and dangerous additional payment was predominant, when the worker worked simultaneously in unhealthy and dangerous conditions without any questioning.

However, since Brazil’s ratification of international labour and worker protection instruments, this is ILO Conventions 148 and 155, this reality has been questioned and turned it into a matter of discussion of doctrine and jurisprudence.

Simultaneous exposure to the two additional payments and obligation to opt for one of them leads to the conclusion that the work for one of the additional payment will be free to the employer. What would surely be setting the unjust enrichment in favour of the employer? The worker works in guarantee of a pecuniary consideration, when working exposed to two additional payments and receiving only one of them, is enriching his employer and subjecting himself to the imbalance of the contractual relation.¹³

¹² Article 7. The following are rights of urban and rural workers, among others that aim to improve their social conditions:

(...)

XXIII - additional remuneration for strenuous, unhealthy or dangerous work, as established by the law ...

¹³ Formolo, 2006, p. 56.

Equally, Roberto Davis understands that the referred unhealthy and dangerous/hazardous additional payments have different nature and purpose, which in turn, would justify the cumulation:

[...] it is necessary to recognize the diversity of the additional collateral in relation to the respective purposes. The salary increase due to unhealthiness aims to compensate for the morbidity of work while the one instituted due to the dangerous nature compensates the risk to the physical and the worker's life.¹⁴

The International Labour Organization, by means of Conventions, establishes devices for the protection of workers' health, and when it ratifies such instruments, the country is obliged to create norms and rules/laws for the protection of workers, following the rules established in the mentioned Conventions, of which it has become a signatory.

A glimpse of the issue is precisely Brazil's failure to comply with ILO Conventions 148 and 155, regarding the possibility of such cumulation. The Superior Labour Court has taken the view that these Conventions, because they contain generic content, do not make explicit the aforementioned cumulation. This, in turn, cannot trigger extensive interpretation by the Court.

Valério Mazzuoli is critical of the Superior Labour Court's position:

The court simply threw law overboard of very important and most beneficial conventions to the worker by reforming the understanding of the 7th Chamber of the Superior Labor Court which, by controlling the Convention of Labour Law Consolidation, had correctly understood the prevalence of international conventions of the International Labour Organization Work to guarantee to the employees the right to the unhealthy and dangerous/hazardous additional payment.¹⁵

Complementary to Mazzuoli's understanding was the position adopted by the Superior Labor Court in the following excerpt from an earlier decision, later reformed by Superior Labour Court.

(...) From then on, if the aforementioned Conventions are above the consolidated legislation, their provisions will prevail, as occurred with the authorization of civil arrest arising from the condition of unfaithful depository, away from the legal system of the country by decision of the Federal Supreme Court. (...) Exception would be if the conventions mentioned consented to rules less favourable to the worker, which would authorize their removal (...). Finally, it is important to point out the imposition on the Judiciary in order to make effective the aforementioned rules, rather than just recognizing their existence and effectiveness, in

¹⁴ Davis, 2002, p. 206.

¹⁵ Mazzuoli, 2016, p. 26.

view of the obligation imposed on them, in view of the binding nature of any Brazilian State, and not only of the Executive Power that subscribed it. (...) It is therefore for this Court to proclaim the overcoming of the internal norm in the face of another, of international origin, but beneficial, a role, moreover, proper to the Judiciary (...).¹⁶

It is worth noting that ILO international conventions are special human rights treaties and are prevalent (including reaffirmed by the Federal Supreme Court) on the less beneficial domestic norms, as is undoubtedly the case of Article 193, paragraph 2, of the Consolidation of Labour Rules. It occurs that, having taken up the theme to Sub-section I of the Section Specialized in Individual Claims of the Superior Labour Court, all ILO international conventions on the subject have been contradicted and the principle of the primacy of the rule more favourable to the worker has been rejected.

In fact, the possibility of cumulation of the unhealthy and dangerous/hazardous additional payments aims to curb the employer in the practice of harmful practices to the worker. By being able to add up the unhealthy and dangerous/hazardous additional payments, we would be making it possible to reduce accidents in the workplace. For it is evident that it is economically cheaper to hire an employee who simultaneously performs an unhealthy and dangerous activity than an employee for every unhealthy and dangerous activity.¹⁷

It is pointed out that the legal rules governing unhealthy and dangerous/hazardous additional payment do not exist to allow work under these conditions but to force employers to maintain a healthy and safe working environment.¹⁸

That is the proposal of the Conventions. In fact, the intention is to reduce the damage to the worker, giving priority to the environment and healthy working conditions. For this reason, the position adopted in this study, as will be seen below, is that there is a possibility of a cumulation of unhealthy and dangerous/hazardous additions.

4.3. Position Adopted in this Study

ILO Convention 148 provides for the need to constantly update legislation on harmful working conditions. Whereas Convention 155 provides that the health risks arising from the simultaneous exposure to various substances or agents are taken into account.

¹⁶ Superior Labor Court-RR-1072-72.2011.5.02.0384, Ac. 1572/2014, 7th Chamber, Reporting judge Cláudio Mascarenhas Brandão, on 24. 9. 2014.

¹⁷ Silva, 2008.

¹⁸ Leira, 2008, p. 566.

Following the ratification of ILO Convention 155, Brazil undertook to implement and periodically review a coherent national policy on occupational safety, health, and working environment.

The same thing, we can observe in the ILO Convention number 148, in Article 8, item 3, that asserts that:

[...] criteria and exposure limits shall be set, completed and reviewed at regular intervals in accordance with national and international foreground and data and taking into account, as far as possible, any resulting occupational hazard increase exposure to various harmful factors in the workplace.

Yet, according to Article 4 of the Convention number 155:

[...] this policy shall aim to prevent accidents and damage to health which are the consequence of work, are related to work activity or occur during work, while minimizing, as far as is reasonable and feasible, the causes of the risks inherent in the work environment”.

Equally, in order to give effect to the policy referred to in Article 4, the competent authority or authorities shall take into account the health risks caused by the simultaneous exposure to various substances or agents (Article 11 (b)).

Superior Labour Court’s individual claims chamber understands that at no time these international rules dictate conduct to impose an obligation on employers to cumulatively pay for additional costs arising from heavier labour conditions and, therefore, does not conflict with Article 193, §2, of the Consolidation of Labour Rules. In this way, it was decided by the Superior Labour Court – case file E-RR 1081-60.2012.5.03.0064:¹⁹

ILO Convention No. 155 seeks first and foremost to discourage in the work environment the practice of occupational activities that require the contact of employees with several harmful agents to their health or safety. It does not, however, provide a date for the Convention to require the Member State to adopt measures for the cumulative remuneration of additional employees as a result of the employee’s exposure to a number of risk agents.

I also believe that, in addition to the fact that they do not contain a formal provision in opposition to Paragraph 2 of Article 193 of the Consolidation of Labour Rules, Conventions Numbers 148 and 155, as well as the international norms emanating from the ILO, have an open, generic content. They function basically as a code of conduct for the Member States. They do not, thus, directly and properly create obligations for employers represented by the signatory State.

¹⁹ E-ARR – 1081-60.2012.5.03.0064, Reporting judge: João Oreste Dalazen, Judgment dat: 04/28/2016, Specialized Subsection I in Individual claims, Publication data: DEJT 06/17/2016.

Yet, one cannot agree with the conclusion of the Superior Labour Court in this regard. In fact, it is agreed that at no time shall such international rules/norms dictate the obligation of cumulative additional payment. However, as the grounds for decision, ILO Convention number 155 seeks, first of all, to discourage the exercise of professional activities that require the contact of employees with several agents harmful to their health or safety in the work environment.

Accordingly, it cannot be denied that, by denying the cumulative payment of the additions, even in the event of a single generating event, the Article 193, §2nd, of the Consolidation of Labour Rules no longer fulfils the conventional command to discourage the exercise with several agents harmful to employee health and safety.

Indeed, although Conventions numbers 148 and 155 do not directly and properly create obligations for employers represented by the signatory State – as stated in the winning decision/opinion of the judges – it is certain that they create obligations for the State and, in this respect, bind the Powers of the Republic (or Executive, Legislative and Judiciary Functions), which should give concrete form to the international commitments assumed by Brazil. In this sense, the Brazilian State itself has the obligation to create rules/commands to employers located in its territory in order to comply with the provisions of the Conventions.

In addition, it is not acceptable the statement that Conventions numbers 148 and 155, as well as the international norms emanating from the ILO, have an open, generic content. They function basically as a code of conduct for the Member States. Thus, the lessons brought by Valério Mazzuoli on the subject are pertinent:

It seems unbelievable that a Superior Court can say, especially in the present moment of the country's growing engagement in the international arena, that human rights treaties (which are special treaties) do not overlap with less beneficial domestic norms, and that, moreover, the ILO standards for the protection of workers are only codes of conduct that are incapable of creating obligations for the parties. It is, as the case may be, an example not to be followed. Such a decision, which neglects years of conquest of workers' rights and the whole evolution of the doctrine on the subject, is a true contradiction – from the ignorance of the Federal Supreme Court jurisprudence that allocates human rights treaties at supralegal level, to the unreasonable reference of that human rights treaties only “bear open content, of a generic nature” – capable of holding the Brazilian State accountable in the international arena. May the Superior Labour Court can reflect on this catastrophic decision, which in addition to demonstrating ignorance of the minimum rules of interpretation of International Human Rights Law, completely disregarded the basic principle of Labor Justice of the primacy of the norm more favorable to the worker.²⁰

²⁰ Mazzuoli, 2016, p. 27.

So, it became crystal clear in the present study that the subject still needs to be debated openly, not remaining settled, since, in addition to the rule more favourable to the employee being ignored, the unhealthy and hazardous additional payments have the nature and distinct purposes, which itself, already authorize cumulation.

5. Concluding Remarks

In this proposed study, the cumulative perception of unhealthy and dangerous/hazardous addition is fair, insofar as the worker can be subjected to dangerous and unhealthy agents. However, up to this date, this cumulation has not been recognized by the Superior Labour Court, which has established an understanding of the impossibility of cumulation.

There are no doubts about Brazil's ratification of International Labour Organization (ILO) Conventions numbers 148 and 155 and, above all, of the objective of these international rules in order to improve working conditions.

International norms, as example, ILO conventions, which are true special human rights treaties, are hierarchically above domestic/consolidated legislation. This, unfortunately, was not duly noted by the Superior Labour Court.

The decision-making of the majority of the Judges who sit on the Individual Claims Section in the Superior Labour Court – case file E-RR 1081-60.2012.5.03.0064 – established the legal thesis of the impossibility of cumulation of an unhealthy and hazardous addition. There is no proviso/exception, in the final decision, that permits the cumulation of the addition referred, once that what ensures the precedent is the *ratio decidendi*.

Thus, ILO Conventions number 148 and 155, although ratified by Brazil, do not have applicability in relation to the unhealthy and dangerous/hazardous addition under the domestic law, which is sadly to say, since this episode makes it clear that, in addition to the rule most beneficial to the worker being marginalized, the exhaustion of the referred norm was disregarded and placed outside the legislation. We bet that events like this do not repeat, and that the Superior Labour Court can “alter” its own decision.

It is expected, therefore, that over the years the understanding about cumulation of the unhealthy and dangerous/hazardous addition will be the majority, knowing that it may not be correct for the worker to submit to the two situations that are detrimental to his/her health and to receive compensation from only one of them, since the greatest asset we possess is life and in order to preserve it, in order to prolong it, it is necessary to fully protect the health of the worker, which should not be the object of negotiation in the employment relationship, a right that is guaranteed by the Federal Constitution.

References

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Consolidação das leis trabalhistas comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 set 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986*. Promulga a Convenção nº 148 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-93413-15-outubro-1986-443822-retificacao-15543-pe.html>>. Acesso em: 02 set 2017.
- BRASIL. *Decreto 1.254, de 29 de Setembro de 1994*. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/112849/decreto-1254-94>>. Acesso em: 02 set 2017.
- BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 02 set 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-1072-72.2011.5.02.0384*, Ac. 1572/2014, 7.^a Turma, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. em 24.09.2014. Disponível em: <aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt>. Acesso 10 set 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-776-12.2011.5.04.0411*, 7.^a Turma, Relator Ministro Vieira de Melo Filho, j. em 20.05.2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190543608/recurso-de-revista-rr-7761220115040411/inteiro-teor-190543647>>. Acesso 10 set 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064*, Relator Ministro: João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria n.º 3.214, 08 de junho de 1978*. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/839945.pdf>. Acesso em: 6 set 2017.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. Atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DAVIS, Roberto. Acúmulo de adicionais de insalubridade e periculosidade. In: *Revista EMATRA/RJ*. Rio de Janeiro v. 3, n.4, p. 203-206, 2002.
- FORMOLO, Fernando. *A cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade*. Justiça do Trabalho. v. 23, n. 269, maio/2006.

- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Adicional de insalubridade e periculosidade: cumulação*. Revista Magister de Direito do Trabalho Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 28–35, jan./fev. 2013.
- GONÇALVES, Mariane, DAROSSO, Michele. *O direito internacional do trabalho e as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil*. Revista da Unifebe, v. 1, n. 10 jul/dez (2012). Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/24/22>>. Acesso em 06 set 2017.
- LEIRIA, Nelson Hamilton. *Da concomitância dos adicionais de insalubridade e periculosidade em face da revogação do parágrafo 2º do Artigo 193 da CONSOLIDATION OF LABOR RULES por ofensa à Constituição Federal*. LTr Suplemento Trabalhista; São Paulo v. 44, n. 113, p. 563–566, 2008.
- MAGALHÃES, Aline Carneiro. Roberta Freitas Guerra. *Uma análise sobre a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 161–181, ago.2014. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/554/402>. Acesso em 23 jan.2016.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2003.
- SILVA, Janaína Saraiva da. *Reflexões sobre a efetividade do direito fundamental de proteção à saúde do trabalhado: cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Cadernos da AMATRA IV Porto Alegre n. 8, jul./set. 2008.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho: instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.



Pravni letopis 2017

Povzetki
Abstracts

V.



UDK 347.133.1:001.102
Pravni letopis 2017, str. 9–24

ANDREJA FAKIN

Merila za vzpostavitev predpogodbenih dolžnosti informiranja

Pravilo o lastni odgovornosti zavezuje vsakega posameznika, da si sam pridobi informacije, ki jih potrebuje za sklenitev pravnega posla. V izjemnih primerih se vzpostavijo predpogodbene dolžnosti informiranja, ki k informiranju zavezujejo nasprotno stranko. Prispevek se osredotoča na te izjemne primere, ko se na podlagi načela vestnosti in poštenja vzpostavijo predpogodbene dolžnosti informiranja, namen katerih je upravičencu zagotoviti informacijski položaj, ki mu omogoča oblikovanje svobodne poslovne volje. Predstavljena so merila za vzpostavitev dolžnosti, ki se nanašajo na pomembnost informacije, vedenje strank predpogodbenega razmerja, vrsto dolžnosti in druge relevantne okoliščine.

Ključne besede: predpogodbene dolžnosti informiranja, dobra vera, zmota, prevara, skrbnost

UDC 347.133.1:001.102
Pravni letopis 2017, pp. 9–24

ANDREJA FAKIN

Standards for Activation of Pre-Contractual Information Duties

As a rule, each individual is responsible for getting information he needs for his business transaction. In exceptional cases pre-contractual information duties shift the burden of information gathering from one party of future legal relationship to another. This article is focused on these exceptional cases, where pre-contractual information duties are activated based on a principle of good faith. Their goal is to guarantee that a party's decision is reached in adequate information position. Standards for activation of pre-contractual information duties, which are introduced in this article, involve circumstances regarding material information, knowledge of the parties, type of a duty and other relevant factors.

Keywords: pre-contractual information duties, good faith, mistake, deception, diligence



UDK 336.717:347.441.142
Pravni letopis 2017, str. 25–40

ROK ROZMAN

Predpogodbena dolžnost obveščanja bank pri sklepanju pogodb

Pri sklepanju bančnih pogodb so banke že v sklenitveni fazi dolžne zagotavljati (potencialnim) strankam posamezne informacije, pojasnila in nasvete, ki naj prispevajo k njihovi boljši obveščenosti in jim omogočajo sprejem odločitve o sklenitvi pogodbe na ustrezno informirani osnovi. Predpogodbena pojasnilna dolžnost banke vsebinsko izhaja iz temeljnega načela vestnosti in poštenja, pri čemer pa so posamezne konkretne obveznosti banke v tem okviru opredeljene z določili področne bančne zakonodaje. Najbolj obširno in podrobno so predpogodbene dolžnosti obveščanja banke urejene na področju potrošniškega kreditiranja. Obveznost posredovanja predhodnih informacij se v tem kontekstu dopolnjuje z obveznostjo razlage posredovanih informacij. Ob večji aktivnosti banke v smislu posredovanja nasvetov oziroma aktivnemu prepričevanju stranke za sklenitev pogodbe pojasnilna dolžnost lahko preraste celo v svetovalno razmerje nastalo na dejanski osnovi. Nepravilno izpolnjena pojasnilna dolžnost banke lahko vpliva na opredelitev posameznih splošnih pogodbenih pogojev kreditne pogodbe kot nepoštenih in posledično ničnih.

Ključne besede: predpogodbena dolžnost obveščanja, pojasnilna dolžnost banke, predhodne informacije, pojasnilne obveznosti

UDC 336.717:347.441.142
Pravni letopis 2017, pp. 25–40

ROK ROZMAN

The Banks' Pre-Contractual Information Duties in Conclusion of Contracts

When concluding banking contracts, the banks are obliged to provide their (potential) customers with individual information, explanations and advice, which should contribute to their better awareness and enable them to decide on concluding a contract on an adequately informed basis. The banks' pre-contractual explanatory duty is inherent in the basic principle of conscientiousness and fairness, whereas their individual specific obligations in this context are set out in the sectoral banking legislation. The most extensive and detailed pre-contractual information duties in the banking business are prescribed in the field of consumer credits. In this context, the bank's obligation to provide preliminary information is complemented by its obligation to interpret the information transmitted. If the bank's activity is more extensive in terms of providing advice or active persuasion of the client to conclude a contract, the explanatory duty can grow into an advisory relationship created on an actual basis. An improper fulfilment of the bank's explanatory duty can influence the qualification of individual general contractual terms of the credit agreement as unfair and consequently null and void.

Keywords: pre-contractual information duty, explanatory duty of the bank, preliminary information, explanatory obligations



UDK 347.56:614.25

Pravni letopis 2017, str. 43–57

VESNA RIJAVEC

Medicinska napaka

Prispevek je osredotočen na medicinsko napako, ki je posledica človeškega ravnanja v nasprotju s pravili stroke in z nezadostno skrbnostjo. Poudarjeno je razlikovanje pojmov, kot so napaka, zmota, zaplet in nezgoda. Zaplet pomeni šele, da je pri medicinskem posegu nastala neželena posledica, za katero se ne ve, ali je v vzročni zvezi z nepravilnim ravnanjem izvajalcev posega. Nezgoda je zaplet med zdravljenem, ki je sicer potekalo strokovno neoporečno in s kar največjo skrbnostjo. Za ugotovitev medicinske napake kot podlage odškodninske odgovornosti morajo biti izpolnjene njene predpostavke, to so škoda, protipravnost, vzročna zveza in krivda. V okviru ugotovitve protipravnega ravnanja sodišče presoja zdravnikov poseg in skladnost tega s pravili stroke (doktrino pri zdravljenju). Krivda povzročitelja se presoja v okviru dolžne skrbnosti – standarda dobrega strokovnjaka. Izhajajoč iz omenjenih predpostavk, sodišče presoja utemeljenost zdravnikovega posega oziroma posega zdravstvenih delavcev.

Ključne besede: medicinska napaka, zmota, zaplet, nezgoda, zdravstvena storitev, odškodninska odgovornost, standard dobrega strokovnjaka

UDC 347.56:614.25

Pravni letopis 2017, pp. 43–57

VESNA RIJAVEC

Medical Error

This article deals with medical error (medical malpractice) as a human error due to the treatment in contradiction with professional rules and necessary duty of care. It stresses the distinction of error, mistake, complication and accident. Complication means an unfavourable evolution or consequence of medical treatment, where it is still uncertain if the consequence is in causal connection with the performer of the treatment. Accident is complication in health care, which was performed professionally faultless with highest carefulness. To establish liability for damages based on medical error the next requirements have to be met: damage, unlawfulness, causal connection and guilt. Within the requirement of unlawfulness, the court has to evaluate medical treatment and its accordance with professional rules (doctrine). The guilt of the responsible person has to be evaluated in the framework of the standard of duty of care and standard of professional behaviour too.

Keywords: medical error, medical malpractice, mistake, complication, accident, health care, liability for damages, standard of duty of care

UDK 347.56:614.25

Pravni letopis 2017, str. 59–67

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

Kršitev pojasnilne dolžnosti zdravnika

V prispevku avtorica predstavi neposlovno odškodninsko odgovornost zdravnika. Gre za primere, ko pogodba o zdravljenju ni bila sklenjena, tako da zdravnik odgovarja za škodo pacientu neposredno na podlagi zakona. Posebno pozornost avtorica namenja pravilni izvedbi pojasnilne dolžnosti zdravnika, ki je eden temeljnih pogojev za veljavno izražanje soglasja pacienta k različnim medicinskim postopkom. V prispevku so predstavljene tudi izjeme od pacientove pravice do obveščeniosti ter kratek primerjalnopravni pregled. Avtorica posebej opozori tudi na sisteme tako imenovane nekrivdne odškodninske odgovornosti in pojasni, kakšno je tam stališče do vprašanja kršitve pojasnilne dolžnosti zdravnika.

Ključne besede: neposlovna odškodninska odgovornost zdravnika, pojasnilna dolžnost zdravnika, izjeme od pojasnilne dolžnosti zdravnika, nekrivdni odškodninski sistemi

UDC 347.56:614.25

Pravni letopis 2017, pp. 59–67

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

Violation of Physician's Duty to Explain

The paper presents the non-contractual liability of a doctor. These are the cases where the contract of treatment has not been concluded, resulting in the doctors' responsibility for any damage to the patient under the law. The author devotes special attention to the correct implementation of the explanatory duty of a doctor, which is one of the fundamental prerequisites for a valid expression of consent of the patient for various medical procedures. The article also presents the exceptions to the right of a patient to be informed and a brief comparative overview. The author draws special attention to systems of so called no-fault liability and she also clarifies their position to the issue of violations of explanatory duty of a doctor.

Keywords: non-contractual liability of a doctor, explanatory duty of a doctor, exceptions of explanatory duty of a doctor, no-fault liability systems

UDK 347.56:616-035.7

Pravni letopis 2017, str. 69–88

ANA BOŽIČ PENKO

Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo za zdravniško napako v sodni praksi

Prispevek uvodoma pojasni bistvo zdravniške napake v ožjem smislu ter pojasnilne dolžnosti in njene kršitve kot podlage za odškodninsko odgovornost zdravnika. Avtorica se ukvarja z vprašanjem, ali je odgovornost za zdravniško napako pogodbeno ali deliktna, in se opredeli za prvo, in sicer tako v primerih, ko gre za škodo zaradi zdravniške napake v ožjem smislu (ravljanje zdravnika *contra legem artis*), kot tedaj, ko gre za kršitev pojasnilne dolžnosti. Zavzame stališče, da je pogodba sklenjena (lahko konkludentno) že takoj, ko se pacient zgleda pri zdravniku in ta začne ukrepe zdravljenja v širšem smislu, zaradi česar je izpolnjevanje pojasnilne dolžnosti zdravnikova pogodbeno obveznost, njena kršitev pa kršitev pogodbe, ne razlog za njen nenastanek ali neveljavnost. Razloži, da pojasnilna dolžnost ni v vseh primerih enaka, in opiše njene ravni v različnih primerih glede na nujnost zdravnikovega ukrepanja in stopnjo tveganja, ki jo to ukrepanje pomeni za pacienta. Pojasni razmerje med pojasnilno dolžnostjo in sklenitvijo pogodbe o zdravniških storitvah ter razmerje med pojasnilno dolžnostjo in privolitvijo v poseg. Zavzame stališče, da je oškodovanec tudi po pogodbeni podlagi upravičen do odškodnine za nepremoženjsko škodo.

Ključne besede: zdravniška napaka, ravnanje *contra legem artis*, kršitev pojasnilne dolžnosti, zaplet (komplikacija), podlage odgovornosti, deliktna odgovornost, pogodbeno odgovornost, sklenitev pogodbe, privolitev v zdravstveni poseg, odškodnina za premoženjsko in nepremoženjsko škodo

UDC 347.56:616-035.7

Pravni letopis 2017, pp. 69–88

ANA BOŽIČ PENKO

Some Legal Issues Relating to Liability for Medical Error in Judicial Practice

The article initially explains the nature of a medical malpractice in the strict sense and the Duty to Inform and its violations as the basis for the liability of the doctor. It deals with the question of whether the liability for a medical malpractice is contractual or delictual and chooses the first in both cases, when there is the damage due to a medical malpractice in the strict sense (the behaviour of the doctor *contra legem artis*) and when there is a breach of the Duty To Inform. It takes a position on the contract as concluded (possibly implied contract) as soon as the patient is diagnosed and the doctor begins the treatment in the broad sense, which makes the fulfilment of the Duty To Inform a contractual obligation of the doctor and its violation is therefore a violation of the contract and not the reason for its non-emergence or invalidity. It explains that the Duty To Inform is not the same in all cases and clarifies its levels in different cases, given the urgency of the doctor's action and the degree of risk that this action represents for the patient. It demonstrates the relationship between the Duty To Inform and the conclusion of a contract on medical services and the relationship between the Duty To Inform and the consent to the medical intervention. It takes the following position: the injured party is also entitled to compensation for non-pecuniary damage on a contractual basis.

Keywords: medical malpractice, *contra legem artis* behaviour, Duty To Inform violation, complication, legal basis for liability, delictual liability, contractual liability, conclusion of a contract, consent to the medical intervention, compensation of pecuniary and non-pecuniary damage

UDK 347.56:614.25

Pravni letopis 2017, str. 89–104

NITA ROVAN VIZLAR

Moderni sistemi urejanja odškodninske odgovornosti zdravnika

Ob nenehnem povečevanju števila odškodninskih tožb zoper zdravnike so se v svetu pojavile težnje po vzpostavitvi sistema, v katerem bi bili do odškodnine upravičeni vsi tisti, ki bi bili med zdravljenjem kakorkoli poškodovani. To so tako imenovani sistemi brez krivde (*no-fault*), v katerih so do odškodnine upravičeni tudi pacienti, ki jim je med zdravljenjem nastala škoda, za nastanek katere pa ne moremo pripisati krivde zdravniku ali drugemu zdravstvenemu osebju. Podrobneje sta obravnavani dve državi, ki sta uvedli posebne odškodninske sisteme za povrnitev škode pacientov, to sta Nova Zelandija, ki je sistem *no-fault* uvedla že leta 1972, in Švedska, ki ga je uvedla kot prva evropska država leta 1975. Poleg teh dveh je v prispevku na kratko opisana še ureditev v Franciji in Avstriji, ki pa sta odškodninsko shemo *no-fault* uvedli le za posamezne primere nesreč v zdravstvu. Prispevek se sklene z ugotovitvijo, da morajo optimalni odškodninski sistemi na področju zdravstva delovati tako, da zagotavljajo varno zdravstveno oskrbo in hkrati tudi hitra in pravična denarna nadomestila v primerih, ko do poškodb med zdravljenjem vendarle pride.

Ključne besede: odškodninska odgovornost zdravnika, sistem *no-fault*, Nova Zelandija, Švedska

UDC 347.56:614.25

Pravni letopis 2017, pp. 89–104

NITA ROVAN VIZLAR

Modern Systems Governing Medical Malpractice Liability

In response to the consistently increasing number of damages actions against doctors a number of countries across the globe have expressed interest in establishing a system that allows all patients who suffer an adverse health care outcome to claim compensation. These no-fault systems allow patients to be compensated for medical treatment injuries even when their occurrence cannot be attributed to doctors or other health care providers. The paper takes a closer look at two countries that have introduced special compensation systems for patients, namely New Zealand, which introduced a no-fault system as early as in 1972, and Sweden, which was the first country in Europe to introduce a no-fault system in 1975. It also offers a brief description of the regulation in France and Austria, which introduced a no-fault compensation scheme only for certain medical injury cases. The paper concludes with an argument that the optimal compensation systems in healthcare should provide safe medical care on the one hand and on the other hand ensure prompt and fair financial compensation when medical injuries occur.

Keywords: medical malpractice liability, no-fault system, New Zealand, Sweden



UDK 352:340.134(497.4)
Pravni letopis 2017, str. 107–116

ALBIN IGLIČAR

Transparentnost sprejemanja občinskih predpisov

Za večjo kakovost občinskih predpisov je treba izboljšati preglednost pri njihovem sprejemanju, vključno z zakonodajno sledjo, in povečati udeležbo javnosti že pri pripravi predpisov. Zato Strategija razvoja lokalne samouprave v Sloveniji do leta 2020 nalaga občinam ločevanje postopka priprave predpisov od postopka njihovega sprejemanja ter poudarja, da je v postopku priprave predpisa treba izvesti javno predstavitev in splošno razpravo. S tem lahko odločevalci v občini dosežejo večji konsenz in večjo stopnjo legitimnosti. Izvedena presoja učinkov predpisov pa zagotavlja občinskim organom bolj odgovorno sprejemanje splošnih aktov.

Ključne besede: preglednost, občina, predpis, javnost, prostorsko načrtovanje, legitimnost

UDC 352:340.134(497.4)
Pravni letopis 2017, pp. 107–116

ALBIN IGLIČAR

Transparency of Adopting Municipal Regulations

Quality of municipal regulations is dependent from transparency, including of legislative footprint and involvement of stakeholders. The development strategy on local self-government in the Republic of Slovenia up to 2020 said, that in practice municipalities will have to distinguish between the process of drafting regulations and the process of adopting them and, in the course of drafting regulations hold open debates and give public presentations. In this way key decision-makers in the municipality will achieve a broad-based consensus on individual matters and a higher level of legitimacy; while an appropriate assessment of the effects will enable the municipal institutions to responsibly adopt acts.

Keywords: transparency, municipality, regulation, the public, physical planning, legitimacy

UDK 17:502.131.1:340.134
Pravni letopis 2017, str. 117–134

BEĆIR KEČANOVIĆ

Uporabna etika in prostorska problematika

Prostorska problematika je s posledicami neustreznega, neodgovornega ravnanja daleč prestopila meje pravne dopustnosti, institucionalnega nadzora in škodljivosti. Pri nas verjetno najbolj pri urejanju prostora ter onesnaževanju z odpadki in drugimi nevarnimi snovmi. Znanost je sicer še zmožna opredeliti in nadzorovati posamezne učinke. O posledicah strupene mešanice, ko nevarni odpadki in strupene snovi premešani v odprtem prostoru skupaj učinkujejo na življenje in zdravje ljudi, naravno okolje in kakovost zadovoljevanja primarnih potreb, na primer po varni hrani in pitni vodi, znanost lahko le bolj ali manj ugiba. K razraščanju prostorske problematike veliko prispeva slabo urejanje prostorskih javnih zadev, tako da je to področje med najbolj izpostavljenimi tveganju pravne negotovosti. Če nam je do tega, da se uničevanje našega življenjskega okolja in prostora vsaj upočasni, je nujno, da se v urejanje pereče prostorske problematike vključi celotna družba. Glede tega se ta prispevek sklicuje na akademsko stroko in strateške dokumente države, ki z ugotovitvami o demokratičnem primanjkljaju, neenakosti in izključevanju, nezakonitem lobiranju, drugim nedovoljenim vplivom in odklonskim dejanjem poudarjajo potrebo po razvoju vključujoče in varne družbe. Z nosilno mislijo Agende za trajnostni razvoj do leta 2030, Spremenimo svet: za ljudi in planet Zemljo, pa hkrati sprašuje, ali je to sploh uresničljivo brez korenitih sprememb svetovnega etosa in človekovega odnosa do življenjskega prostora.

Ključne besede: Agenda 2030, uporabna etika, deliberativna demokracija, vključujoča družba, zakonodajna sled

UDC 17:502.131.1:340.134
Pravni letopis 2017, pp. 117–134

BEČIR KEČANOVIĆ

Applied Ethics and Spatial Planning Issues

As a consequence of inadequate and irresponsible managing, spatial planning issues have long crossed the boundaries of legal admissibility, institutional control, and harmfulness. In Slovenian context, this is probably the most applicable for management of spatial planning and mitigation of environmental pollution with waste and other hazardous substances. Science, for its part, is still capable of determining and controlling some of the harmful effects. However, when it comes to the actual consequences of hazardous waste and substances, mixing in open space and thus affecting the life and health of people, natural environment, and the ability as well as quality of meeting basic needs, for example safe food and drinking water, science can merely provide an educated guess. Significant influence on growing spatial planning issues also comes from bad management of public spatial planning affairs, making this area the most subjected to the risk of legal uncertainty. If we truly care about minimizing the destruction of our living space and the environment, it is of utmost importance to include the entire society into managing the topical issue of spatial planning. Accordingly, the present paper refers to academic discipline and relevant strategic state documents which, recognizing issues such as democratic deficit, inequalities and exclusion, illegal lobbying, and other unauthorized influences and deviant behaviour, emphasize the need for the development of an inclusive and safe society. Adhering to the principal thought of the Agenda for Sustainable Development to 2030, *Change the World: For People and Planet Earth*, this paper also inquires whether or not these goals are attainable without a significant alteration to the global ethos and human relationship towards the living space.

Keywords: Agenda 2030, applied ethics, deliberative democracy, inclusive society, legislative footprint

*UDK 347.956**Pravni letopis 2017, str. 137–144*

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku

Prispevek prikazuje glavne spremembe, ki jih je v pritožbeni postopek vnesla novela Zakona o pravdnem postopku ZPP-E, in opozarja na nekatere morebitne nejasnosti oziroma vprašanja, ki se utegnejo pri uporabi novih določb pojaviti v praksi. Uvedena je možnost izdaje nadomestne sodbe, s katero lahko sodišče prve stopnje samo odpravi nekatere utemeljeno očitane postopkovne napake, vezane na izdelavo sodbe. Za učinkovitejše omejevanje kasacijskih pooblastil pritožbenega sodišča je kot novost predvidena pritožba zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje, o kateri prednostno in neobrazloženo odloča Vrhovno sodišče. V gospodarskih sporih pa je predvidena novost obvestilo stranki, da njena pritožba nima možnosti za uspeh, če je senat soglasen, da je pritožba očitno neutemeljena in da zadeva ni pomembna za sodno prakso. Če stranka potem pritožbo umakne, se ji vrne del sodne takse. Cilj vseh teh novosti je zmanjšanje števila razveljavitev sodb sodišč prve stopnje in s tem skrajšanje predvidenega časa sojenja. Z novelo je tudi podaljšan rok za vložitev pritožbe zoper sodbo sodišča prve stopnje s petnajst na trideset dni.

Ključne besede: nadomestna sodba, podaljšan pritožbeni rok, pritožba zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje, omejitev kasacijskih pooblastil

UDC 347.956

Pravni letopis 2017, pp. 137–144

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

The Main Novelties and Changes in the Appeal Procedure under ZPP-E

In the article the main changes introduced into the appeal procedure by the amendments to the Civil Procedure Act ZPP-E are described, and the attention is drawn to some possible uncertainties and questions that may arise in practice when applying the new provisions. The possibility of issuing a substitute judgment has been introduced, whereby the court of first instance itself may eliminate certain procedural errors related to the drafting of a judgment. In order to limit the cassation powers of the appellate court more effectively, the appeal against the decision to annul the judgment of the first instance court is introduced. It will be decided by the Supreme Court as priority and without reasoning. In commercial disputes, there is new option for the appellate court panel to inform the party that its appeal has no chance of success if the panel holds unanimously that the appeal is manifestly unfounded and that the case is not relevant to the case-law. If the appellant then withdraws its appeal, a part of the court fee will be returned. The aim of all these novelties is to reduce the number of the annulment of the judgments of the courts of first instance, and thus reduce the anticipated trial time. The amendment also extended the deadline for lodging an appeal against the judgment of the court of first instance from 15 to 30 days.

Keywords: substitute judgment, extended appeal deadline, appeal against the decision to annul the judgment of the court of first instance, restriction of cassation powers



UDK 347.78:792.026

Pravni letopis 2017, str. 145–154

MATIJA DAMJAN

Razlikovanje med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli

Zakon predpisuje obvezno kolektivno upravljanje pravic do priobčitve javnosti neodrskih glasbenih del (male pravice), ne pove pa, katera dela se štejejo za neodrska. To povzroča nejasnosti, ko se glasbeno delo priobči drugače, kakor je bilo prvotno namenjeno, na primer, če se pesem uporabi v dramski predstavi ali če se operna glasba predvaja po radiu. Avtor ugotavlja, da za razmejitev med kolektivnim in individualnim uveljavljanjem avtorskih pravic na glasbi ni odločilen namen, za katerega je bila glasba ustvarjena, ali narava glasbenega dela, ampak način njegove priobčitve javnosti. Odrska priobčitev javnosti glasbenega dela je takšna, kjer je glasba integralni del dramsko-glasbene odrske postavitve.

Ključne besede: avtorsko pravo, kolektivno upravljanje, male pravice, odrsko delo, neodrsko delo, glasba, priobčitev javnosti

UDC 347.78:792.026

Pravni letopis 2017, pp. 145–154

MATIJA DAMJAN

The Distinction between Stage and Non-Stage Musical Works

Slovenian law prescribes compulsory collective management of rights of communication to the public of non-stage musical works (small rights), but does not define which works are considered non-stage. This creates confusion in cases where musical work is performed in a different way than the one for which it was originally intended, e.g. if a song is used in a theatrical performance or if a piece of opera music is played on the radio. The article finds that the purpose for which music was created and the nature of musical work are not essential for the separation between collective and individual exercise of copyright in music, but rather the manner in which music is communicated to the public. Stage performance of a musical work in the sense of the above provision of the law is such where music forms an integral part of the dramatic-musical stage arrangement.

Keywords: copyright law, collective management, small rights, stage work, non-stage work, music, communication to the public



UDK 347.51:349.22

Pravni letopis 2017, str. 155–172

DAMJAN MOŽINA

Odškodninska odgovornost delodajalca

Prispevek zaokroženo predstavlja institut odškodninske odgovornosti delodajalca nasproti delavcu tako s teoretičnega kot s praktičnega vidika. Zakonska ureditev v 179. členu ZDR-1 temelji na civilnopravni nepogodbeni odgovornosti za škodo. Uvodoma je predstavljenih nekaj osnovnih značilnosti odškodninske odgovornosti delodajalca. Sledi obravnava posameznih elementov krivdne odgovornosti, nato pa predstavitev položajev, kjer so sodišča zaradi izjemno povečanega škodnega tveganja uporabila pravila o objektivni odgovornosti (odgovornosti ne glede na krivdo). V nadaljevanju avtor obravnava vprašanje prispevka delavca k nastanku škode (deljena odgovornost), razpravlja pa tudi o škodi, nastali po naključju (brez krivdne oziroma objektivne odgovornosti delodajalca). Posebej predstavi tudi vidik odškodninske odgovornosti za nezakonito odpoved delovnega razmerja in vidik povrnitve škode.

Ključne besede: odškodninska odgovornost, delovno razmerje, krivdna odgovornost, protipravnost, vzročna zveza, objektivna odgovornost, nevarna stvar, nevarna dejavnost

UDC 347.51:349.22

Pravni letopis 2017, pp. 155–172

DAMJAN MOŽINA

Employer's Liability for Loss

The paper strives to comprehensively present the liability of the employer for loss caused to the employee from the theoretical and practical point of view. The regulation in Art. 179 of the Slovenian Labour Act (ZDR-1) is based on the civil non-contractual liability for loss. By way of introduction, some key characteristics of the employer's liability are presented, followed by the analysis of the elements of fault liability. Then, the cases with highly increased risk of loss where the courts applied the strict liability (no-fault liability) are presented. The paper continues with a discussion on the contribution of the employee to the loss (shared liability), followed by a debate on cases where the employer was not liable for loss (accidental loss). The paper concludes by presenting the features of liability for the unjustified dismissal from employment.

Keywords: liability for loss, labour relationship, fault liability, wrongfulness, causation, strict liability, things and activities with increased risk of loss

UDK 347.734:33.025.2

Pravni letopis 2017, str. 173–186

URŠA UŠENIČNIK

***Bail-in* ter poseg v lastninsko pravico skozi prizmo Sodišča Evropske unije**

V prispevku je uvodoma predstavljen ukrep za reševanje bank *bail-in*. Razloženo je, kako se je razvijal na evropski ravni ter kakšne so njegove dejanske posledice za delničarje in upnike bank. V tem sklopu je tudi predstavljena problematika konflikta ukrepa *bail-in* s temeljno pravico do lastnine. V drugi polovici prispevka je pozornost namenjena analizi stališča Sodišča Evropske unije glede razmerja med ukrepom *bail-in* ter posegom v lastninsko pravico prizadetih posameznikov. Za primer je avtorica uporabila sodbi *Kotnik* in *Ledra Advertising*, bili izdani na podlagi primerov reševanja bank z izvedbo ukrepa *bail-in* v Sloveniji in na Cipru. V Za sklep so na kratko analizirane možnosti prizadetih posameznikov, da jim uspe odškodninska tožba proti institucijam Evropske unije. Pri tem so upoštevani stališče, ki ga je Sodišče Evropske unije zavzelo glede sorazmernosti posega v lastninsko pravico, ter dejanske okoliščine v primerih *Kotnik* in *Ledra Advertising*.

Ključne besede: *bail-in*, *bail-out*, delitev bremen, pravica do lastnine, načelo sorazmernosti, načelo *no creditor worse off*, *Kotnik*, *Ledra Advertising*, odškodninska tožba

UDC 347.734:33.025.2

Pravni letopis 2017, pp. 173–186

URŠA UŠENIČNIK

Bail-in and Interference with Property Rights Through the Prism of the European Court of Justice

At the outset, article “and interference with property rights through the prism of the European Court of Justice” aims to explain the measure. To this end, it presents how the measure developed on the European level and what are its actual consequences for shareholders and creditors of failing banks. This section additionally deals with the question of the conflict between the measure and the fundamental right to property. The second half focuses on the analysis of the position of the European Court of Justice on the relationship between the measure and the interference with the property rights of the individuals concerned. To this end it takes for example the judgments *Kotnik* and *Ledra Advertising*, issued with regard to resolution of failing banks by use of the measure in Slovenia and Cyprus. The conclusion of the article offers a short analysis of the possibility of the individuals concerned to succeed with an action for damages against institutions of the European Union. This analysis notes the position of the European Court of Justice concerning the proportionality of the interference with the property rights and actual circumstances of the cases *Kotnik* and *Ledra Advertising*.

Keywords: bail-in, bail-out, burden sharing, right to property, principle of proportionality, no creditor worse off principle, *Kotnik*, *Ledra Advertising*, action for damages

*UDK 347.67:004**Pravni letopis 2017, str. 187–202*

PETRA HREN

Oblike oporok v slovenskem pravu in možnost elektronske oporoke

Slovenski pravni red zapustniku dopušča, da z oporoko razdeli svoje premoženje po svojih željah. Pri sestavljanju oporoke se mora držati zahtev, ki jih predpisuje Zakon o dedovanju, njihovo neupoštevanje pa lahko povzroči neveljavnost oporoke. Slovensko pravo pozna več oblik oporoke. Prva možnost je lastnoročna oporoka, ki jo zapustnik lastnoročno spiše in podpiše. Oporoko lahko napiše tudi tretja oseba, zapustnik pa se le podpiše ob navzočnosti dveh prič in izjavi, da je to njegova volja (pisna oporoka pred pričami). Če tako oporoko sestavlja sodnik, gre za sodno oporoko. Priznana je tudi mednarodna oporoka, posebno vrsto razpolaganja pa pomeni notarska oporoka, ki je prav tako urejena drugje kot preostale oporoke. Za izredne razmere ostaja ustna oporoka, ki ima omejen čas veljave. Nikjer pa ni omenjena elektronska (digitalna) oporoka, čeprav bi bilo glede na skokovit razvoj digitalne tehnologije to vsekakor vredno razmisleka z ekonomskega in praktičnega vidika. Prispevek predstavlja obličnostne zahteve posamezne oblike oporoke s primeri iz sodne prakse, na koncu pa se dotakne tudi elektronske oblike in problematike, povezane z njo.

Ključne besede: lastnoročna oporoka, pisna oporoka pred pričami, sodna oporoka, mednarodna oporoka, notarska oporoka, ustna oporoka, elektronska oporoka, digitalizacija, digitalno pisalo

UDC 347.67:004

Pravni letopis 2017, pp. 187–202

PETRA HREN

The Forms of Wills in Slovenian Law and the Possibility of an Electronic Will

Slovenian law allows a testator to make a will and in it expressly state how he wants his estate to be divided upon his death. However, to be valid, the will must conform to the requirements of the Slovenian Inheritance Act. The testator's failure to comply with the requirements will invalidate the will. Slovenian law recognizes several different types of wills. One such type is a holographic will, which is entirely handwritten and signed by the testator. The second type is will when testator must sign the will in front of two simultaneously present witnesses and state at that time that the written document is his last will and testament. Another type is the Court's will which can be made only in cooperation with the court. Slovenian law also recognizes the validity of an international will, special type is a notarial will which is regulated in Notaries Act. In exceptional circumstances is allowed an oral will where the period of its validity is of very short duration. However, neither the Slovenian Inheritance Act nor the Notaries Act presently recognizes the validity of an electronic (digital) will, despite the facts that given the exponential development of digital technology recognizing such wills makes much sense from both a practical and economic standpoint. This article will discuss the various forms of wills currently recognized by Slovenian law, as set forth in the Inheritance Act, the Notaries Act and case law. The article also will discuss the use of digital wills and issues related thereto.

Keywords: holographic will, will signed in the presence of witnesses, court will, international will, notarial will, oral will, electronic will, digitalisation, digital pen



UDK 346.93(474.3)

Pravni letopis 2017, str. 203–215

INESE DRUVIETE, ĒRIKS K. SELGA

Arbitraža med vlagatelji in državo ter stotine latvijskih arbitražnih tribunalov

Članek obravnava trenutni položaj arbitraže v sporih med vlagatelji in državo v Latviji. Latvija je znana po velikem številu arbitražnih tribunalov in splošnem nezaupanju v arbitražo. Na investicijsko arbitražo se gleda s sumničavostjo. Trenutno je kot glavna kontaktna točka za zahteve vlagateljev določen generalni sekretariat vlade, in ta ne objavlja podatkov o vloženih tožbah ali zadevah v teku. To se je ugotovilo v dveh primerih, o katerih se je v preteklosti veliko pisalo – v primeru razrezane švedske ladje in primeru švedskih subvencij za električno energijo. V obeh je Latvija izgubila.

Ključne besede: arbitraža med vlagatelji in državo, latvijska arbitraža, primer Swembalt, primer Nykomb (Windau)

UDC 346.93(474.3)

Pravni letopis 2017, pp. 203–215

INESE DRUVIETE, ĒRIKS K. SELGA

Investor-State Arbitration and the Hundreds of Latvian Arbitration Tribunals

The article addresses the current situation of investor-state arbitration in Latvia. Latvia is notorious for the high number of arbitral tribunals and overall distrust in arbitration. Investment arbitration is treated with much suspicion. Currently the State Chancellery has been appointed as the primary contact point for the investor claims and it does not publicise any claims or cases pending. This has been established following two very well publicised cases in the past – a cut Swedish ship case and Swedish electricity subsidy case – in both Latvia lost.

Keywords: investor-state arbitration, Latvian arbitration, Swembalt case, Nykomb (Windau) case



UDK 331.07(100)ILO(094.2):341.242.24(81)
Pravni letopis 2017, str. 217–233

DEILTON RIBEIRO BRASIL, FABRÍCIO VEIGA COSTA, REGINALDO GONÇALVES GOMES,
ÉRICA PATRÍCIA MOREIRA DE FREITAS

(Ne)uporaba konvencij 148 in 155 Mednarodne organizacije dela v brazilskem domačem pravu

Prispevek preučuje (ne)uveljavitev konvencij MOD št. 148 in 155 v brazilskem pravnem sistemu ob upoštevanju tega, da je Brazilija ustrezno ratificirala oba mednarodna instrumenta. Stališče Vrhovnega sodišča je, da ni mogoče kumulirati dodatkov za nezdravo in za nevarno oziroma tvegano delo, kar naj ne bi bilo v nasprotju z ratificiranima konvencijama, saj ti neposredno ne zavezujejo delodajalcev. Članek zagovarja stališče, da bi zaradi zagotavljanja skladnosti s konvencijama v brazilskem domačem pravu morala biti zagotovljena možnost kumuliranja obeh dodatkov. Gre za teoretično bibliografsko raziskavo deduktivne narave s ciljem preučiti vsebino obeh konvencij ter stališča pravne doktrine in sodne prakse o tej temi.

Ključne besede: Konvenciji MOD 148 in 155, dodatek za nezdravo delo, dodatek za nevarno oziroma tvegano delo, možnost kumulacije dodatkov

UDC 331.07(100)ILO(094.2):341.242.24(81)
Pravni letopis 2017, pp. 217–233

DEILTON RIBEIRO BRASIL, FABRÍCIO VEIGA COSTA, REGINALDO GONÇALVES GOMES,
ÉRICA PATRÍCIA MOREIRA DE FREITAS

A (Non-)Applicability of Conventions 148 and 155 of the International Labour Organization in the Brazilian Domestic Law

This study aims to analyse the (un-)enforceability of 148 and 155 ILO agreements within the scope of the domestic law, considering that both international instruments have been duly ratified by Brazil. The position hitherto defended by the Superior Labour Court is due to the impossibility of cumulating unhealthy and dangerous/dangerous/hazardous work additional remuneration, confirming the understanding of the non-contradiction of the ratification of these Conventions in the sphere of the national law. This is a theoretical-bibliographical research, with a deductive nature, with a view to address the content of these Conventions and, above all, the understanding and positioning of doctrine and jurisprudence on the subject.

Keywords: Conventions 148 and 155 of ILO, cumulation of unhealthy and dangerous/hazardous additional remuneration, possibility of cumulation

