

Izbrani vidiki  
ustavnega, civilnega in  
gospodarskega prava

*Liber amicorum*  
Lojze Ude



Pravna fakulteta  
Univerza v Ljubljani





Pravna fakulteta  
Univerza v Ljubljani

**ij** inštitutzaprimerjalnopravo

**Uredniki:**

dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, dr. Matija Damjan, Boštjan Koritnik

**Avtorji:**

mag. Nina Betetto, dr. Jaka Cepec, dr. Matija Damjan, dr. Gregor Dugar, dr. Miodrag Dorđević, dr. Aleš Galič, dr. Franc Grad, dr. Peter Grilc, dr. Marko Ilesič, dr. Miha Juhart, dr. Igor Kaučič, Boštjan Koritnik, dr. Jerca Kramberger Škerl, dr. Špelca Mežnar, dr. Damjan Možina, dr. Barbara Novak, dr. Marijan Pavčnik, dr. Nina Plavšak, dr. Klemen Podobnik, dr. Neža Pogorelnič Vogrinc, dr. Krešo Puharič, dr. Ciril Ribičič, dr. Vesna Rijavec, dr. Franjo Štiblar, dr. Lovro Šturm, dr. Alan Uzelac, dr. Ana Vlahek, dr. Dragica Wedam Lukić, Jan Zobec, dr. Viktorija Žnidaršič Skubic

**Recenzenti:**

prof. dr. Bojan Bugarič, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani  
prof. dr. Ada Polajnar Pavčnik, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani  
prof. dr. Matjaž Tratnik, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

**Izdala in založila:**

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

za: Boštjan Koritnik, direktor Založbe Pravne fakultete

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

za: dr. Matija Damjan, generalni sekretar

**Izdajateljski svet Pravne fakultete Univerze v Ljubljani:**

**predsednik:** prof. dr. Miha Juhart, **člani:** prof. dr. Rajko Pirnat, prof. dr. Katja Škrubej, prof. dr. Franjo Štiblar, prof. dr. Katja Šugman Stubbs, prof. dr. Vasilka Sancin, prof. dr. Saša Zagorc, prof. dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, doc. dr. Aleš Novak, doc. dr. Luka Tičar, akad. prof. dr. Marijan Pavčnik, prof. dr. Igor Kaučič, prof. dr. Peter Grilc, as. Boštjan Koritnik

**Tehnično urejanje:** Boštjan Koritnik

**Grafična priprava in tisk:** Litteralis d.o.o.

**Naklada:** 150

**Cena:** 68 €

**Datum in kraj izdaje:** september 2016, Ljubljana

CIP - Kataložni zapis o publikaciji  
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

342(082)

347(082)

IZBRANI vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava : liber amicorum Lojza Ude / [avtorji Nina Betetto ... [et al.] ; uredniki Viktorija Žnidaršič Skubic, Matija Damjan, Boštjan Koritnik]. - Ljubljana : Pravna fakulteta : Inštitut za primerjalno pravo, 2016

ISBN 978-961-6447-62-1 (Pravna fakulteta)

1. Betetto, Nina 2. Žnidaršič Skubic, Viktorija  
286495744

Izbrani vidiki  
ustavnega, civilnega in  
gospodarskega prava

*Liber amicorum*

Lojze Ude



Univerza v Ljubljani,  
Pravna fakulteta



Inštitut za  
primerjalno pravo

Ljubljana 2016



# Vsebina

<i>Dragica Wedam Lukič, Matija Damjan</i> Zaslužni profesor dr. Lojze Ude osemdesetletnik .....	9
<i>Boštjan Koritnik</i> Lojze Ude – lucidni šaljivec .....	21

## I. del – TEORIJA PRAVA

<i>Marijan Pavčnik</i> Smisel pravne misli (Sprengrjeva reinterpretacija Radbruchove formule) .....	27
---	----

## II. del – USTAVNO PRAVO

<i>Lovro Šturm</i> Pošteno sojenje in kritika pravosodja.....	45
<i>Jan Zobec</i> Pilotne sodbe – Strasbourg kot ustavno sodišče? .....	63
<i>Ciril Ribičič</i> Ustavna pritožba subsidiarnega tožilca.....	95
<i>Špelca Mežnar</i> Reševanje kolizije med pravicami intelektualne lastnine in drugimi temeljnimi pravicami.....	109
<i>Igor Kaučič</i> Ustavnopravna narava zakonodajnega referenduma .....	123
<i>Franc Grad</i> Federalizacija Evropske unije .....	145

### III. del – CIVILNO PROCESNO PRAVO

<i>Nina Betetto</i>	
Sosporništvo v odškodninskih sporih.....	169
<i>Aleš Galič</i>	
Ali se je mogoče izogniti vročanju v tujino ali vsaj obveznosti prevoda? .....	189
<i>Jerca Kramberger Škerl</i>	
Temeljna procesna jamstva pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb .....	203
<i>Vesna Rijavec</i>	
Sistem pravnih sredstev v izvršbi.....	231
<i>Neža Pogorelčnik Vogrinc</i>	
Obnovitveni razlog iz tretje točke 394. člena ZPP .....	273
<i>Krešo Pušarič</i>	
Primerjalnoppravna analiza zasnov, notranja členitev in najpomembnejše vsebinske prvine štirih novejših pravilnikov institucionalnih arbitraž.....	285
<i>Marko Ilešič</i>	
Razmišljanje o neprijaznem odnosu prava EU do arbitraže .....	301

### IV. del – CIVILNO MATERIALNO PRAVO

<i>Nina Plavšak</i>	
Pravne lastnosti in vrste pravic .....	309
<i>Miha Jubart</i>	
Pogodba o medsebojnih razmerjih med etažnimi lastniki.....	333
<i>Matija Damjan, Ana Vlabek</i>	
Kritika slovenske ureditve pravnih posledic razlastitve s hipoteko obremenjene nepremičnine .....	349
<i>Damjan Možina</i>	
Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1.....	371

<i>Barbara Novak</i>	
Vprašljivost domneve starševstva na temelju pripoznanja .....	391
<i>Viktorija Žnidaršič Skubic</i>	
Ločitev zapuščine.....	407

## **V. del – PRAVO IN EKONOMIJA**

<i>Franjo Štiblar</i>	
Povezava prava in ekonomije .....	427
<i>Peter Grilc</i>	
Competition Law and (Harmonized) Approaches during the Financial Crisis.....	443
<i>Klemen Podobnik</i>	
Neenako obravnavanje v okolju konkurenčnega prava – diskriminacija ali izključevalna zloraba? .....	469

## **VI. del – INSOLVENČNO PRAVO**

<i>Jaka Cepec</i>	
Razvoj postopkov finančne reorganizacije na ozemlju današnje Slovenije .....	483
<i>Miodrag Đorđević</i>	
Perspektiva stečajnega izpodbijanja.....	515
<i>Alan Uzelac</i>	
Je li uređenje predstečajnog postupka u Republici Hrvatskoj bilo sukladno s ustavom? <i>Post festum</i> analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema .....	535
<i>Gregor Dugar</i>	
Pravni položaj pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice v stečajnem postopku .....	575

<b>POVZETKI.....</b>	<b>591</b>
----------------------	------------





# Zaslužni profesor dr. Lojze Ude osemdesetletnik

DR. DRAGICA WEDAM LUKIĆ<sup>1</sup>

DR. MATIJA DAMJAN<sup>2</sup>

Zaslužni profesor dr. Lojze Ude se je rodil 25. septembra 1936 v Lenartu v Slovenskih goricah, kjer je bil njegov oče odvetnik. Ker je bil njegov oče koroški borec, se je morala družina med drugo svetovno vojno umakniti v Ljubljano, saj so bili na listi za izselitev v Srbijo. Po maturi na klasični gimnaziji v Ljubljani se je prof. Ude leta 1955 vpisal na Pravno fakulteto, kjer je leta 1960 diplomiral kot najboljši študent v letniku. Po diplomi je opravil sodniško pripravništvo in bil po opravljenem sodniškem izpitu dve leti sodnik v Radovljici. Poklicno pot je nadaljeval na Vrhovnem sodišču, najprej kot strokovni sodelavec in nato kot njegov sekretar. Leta 1972 je bil izvoljen za sodnika Vrhovnega sodišča Slovenije, kjer je ostal do leta 1978, ko je nastopil funkcijo predsednika zakonodajno-pravne komisije republiške skupščine. V letih 1980 do 1986 je bil predsednik republiškega komiteja za zakonodajo, nato pa je prevzel funkcijo predsednika zveznega komiteja za zakonodajo. V tistem času je v Jugoslaviji že prihajalo do trenj med republikami, profesor Ude pa je v takratni zvezni vladi dosledno zastopal slovenska stališča. Ti dve leti sta bili zanj najtežji in spominjam se, da je na srečanju s hrvaškimi kolegi v šali dejal, da se opravičuje za uporabo srbske različice takrat še srbohrvaškega jezika, ker mu je bivanje v Beogradu pustilo posledice, in to ne samo na jeziku. Funkcija mu je predčasno prenehala po združitvi komiteja za zakonodajo s sekretariatom za pravosodje.

V študijskem letu 1971/1972 je začel z vajami pri predmetu civilno procesno pravo, že naslednje leto pa je moral zaradi bolezni predavatelja tega predmeta

---

<sup>1</sup> Pretežni del sestavka je spremenjen in dopolnjen prispevek dr. Dragice Wedam Lukić, objavljen v Zborniku znanstvenih razprav letnik LXVI (2006) ob sedemdesetletnici prof. dr. Lojzeta Ude.

<sup>2</sup> Dr. Matija Damjan je prispeval del, v katerem je prikazano jubilentovo delovanje v okviru Inštituta za primerjalno pravo.

upokojenega sodnika Albina Torellija v celoti prevzeti pedagoške obveznosti pri tem predmetu. V začetku naslednjega leta je na Pravni fakulteti v Ljubljani zaključil magistrski študij, leta 1977 pa je dosegel znanstveni naslov doktorja pravnih znanosti. S tem je izpolnil pogoje za izvolitev v naziv visokošolskega učitelja in bil leta 1978 izvoljen neposredno v naziv izrednega profesorja za področje civilnih sodnih postopkov, leta 1985 pa v naziv rednega profesorja. Po vrnitvi iz Beograda se je lahko končno polno zaposlil na Pravni fakulteti, kjer je bil v letih 1989 do 1991 njen dekan. Po izteku mandata je bil izvoljen za člana habilitacijske komisije Univerze v Ljubljani, vendar je moral to funkcijo opustiti, ko je bil leta 1993 izvoljen za sodnika Ustavnega sodišča, na fakulteti pa je ostal v dopolnilnem delovnem razmerju. Po izteku mandata ustavnega sodnika se je prof. Ude s študijskim letom 2002/2003 vrnil na fakulteto. V letih 2007 do 2009 je bil ponovno član univerzitetne habilitacijske komisije. Septembra 2003 je postal predstojnik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, leta 2006 pa je prevzel vodenje Zveze društev pravnikov Slovenije; obe funkciji opravlja še danes. Za njegov nesporni prispevek k razvoju slovenske pravne stroke mu je Zveza društev pravnikov Slovenije leta 2005 podelila priznanje za življenjsko delo.

Profesor Ude je od leta 2008 ponovno član uredniškega odbora revije *Pravnik* (član je bil sicer že v letih 1979–1983), ki jo izdaja Zveza društev pravnikov Slovenije, od leta 2012 dalje pa tudi član uredniškega odbora revije *Slovenska arbitražna praksa*, ki jo izdaja Gospodarska zbornica Slovenije.

Profesor Ude je, čeprav je opravljal številne funkcije, ves čas ohranil pristen stik s fakulteto. Svoje znanje in svoje poglede na pravo je več desetletij uspešno posredoval študentom. Njegovo pedagoško delo obsega predavanja na dodiplomskem in na podiplomskem študiju. Številnim študentom je bil mentor pri diplomskih nalogah, na podiplomskem študiju pa pri magistrskih nalogah in doktorskih disertacijah. Po upokojitvi je še nekaj let po pogodbi predaval predmet Stečajno pravo na dodiplomskem študiju, kot predavatelj in mentor pa sodeluje pri izvedbi doktorskega študija v okviru modula civilno in gospodarsko pravo. Kot predavatelj je bil pri študentih priljubljen, saj je znal tudi sicer suhoparno snov popestriti s konkretnimi primeri iz svoje bogate prakse.

Upokojil se je 30. septembra 2009. Po upokojitvi mu je senat Univerze v Ljubljani podelil naslov zaslužni profesor.

\* \* \*

Profesor Ude je gotovo eden najbolj široko razgledanih pravnih teoretikov pri nas. Čeprav je bilo njegovo temeljno pedagoško področje civilno procesno pravo, so bila poleg civilnega materialnega prava predmet njegovega proučevanja tudi druga pravna področja. Na Vrhovnem sodišču je leta 1973 organiziral prvo strokovno posvetovanje na temo odškodnine za nepremoženjsko škodo, na katerem je imel tudi enega od uvodnih referatov (*Nepremoženjska škoda pri telesnih poškodbah*, gradivo za posvetovanje). Kot predstavnik Vrhovnega sodišča pa je sodeloval v raziskovalnem projektu Inštituta za javno upravo Pravne fakultete v Ljubljani z naslovom *Zasnova pravnega informacijskega sistema*. Pod njegovim vodstvom je bila na Vrhovnem sodišču izdelana vzorčna študija, v kateri je bila obdelana sodna praksa s področja premoženjskopravnih razmerij med zakonci. Gre za prvi poskus informatizacije sodne prakse, ki je pomenil zametek bodočega informacijskega sistema na Vrhovnem sodišču. O tem je poročal v referatu *Problematika izgradnje pravnega informacijskega sistema* na posvetovanju na to temo na Bledu leta 1974 (Vestnik Inštituta za javno upravo 1974).

V svojih zgodnjih delih se je profesor Ude ukvarjal predvsem s problemi s področja civilnega procesnega in materialnega prava, s katerimi se je v tistem obdobju srečeval v praksi. V magistrski nalogi z naslovom *Dopustnost revizije po našem zakonu o pravnem postopku* je kritično ocenil tedanjo ureditev, ko je bila revizija dopustna le, če je pritožbeno sodišče spremenilo dejansko stanje, kot ga je ugotovilo sodišče prve stopnje. Ob ugotovitvi, da je razlikovanje med dejanskimi in pravnimi vprašanji eno najtežjih vprašanj v procesni teoriji, je analiziral posamezne sporne primere in poskušal postaviti kriterije za razlikovanje. O tem je objavil tudi članek *Revizija v našem civilnem sporu* (Pravnik, št. 7-9/1972). V doktorski disertaciji *Postopek pred sodišči združenega dela* pa je s pomočjo primerjalne metode obdelal posamezna načela in institute tega postopka. V času, ko je prevladovalo mnenje, da pomeni samoupravno sodstvo najvišjo in najprimernejšo obliko reševanja konfliktov v družbi, je zastopal stališče, da so spori »iz razmerij delavcev v združenem delu« po svoji vsebini klasični delovni spori, za reševanje katerih je mogoče smiselno uporabljati določbe pravnega postopka. Stališče, da bi se morala pravila postopka za reševanje individualnih delovnih sporov (za katere ugotavlja, da dejansko pomenijo večino zadev pred temi sodišči) ponovno približati ureditvi pravnega postopka, je zastopal tudi v članku *Nekatera teoretična izhodišča za oblikovanje*

*postopka pred sodišči združenega dela* (Združeno delo, Posebni zvezek 2/1982 in Privreda i pravo, št. 11-12/1982).

Iz zgodnejšega obdobja njegovega delovanja izvirata tudi komentarja obeh civilnih procesnih zakonov: leta 1974 je izšel komentar zakona o pravnem postopku (*Pravdni postopek* – v soavtorstvu z Jožetom Juhartom in Dragico Wedam Lukić), leta 1979 pa komentar zakona o izvršilnem postopku (*Predpisi o izvršilnem postopku s pojasnili*). Poleg tega je napisal uvodna pojasnila k trem izdajam nekdanjega zveznega zakona o pravnem postopku (1977, 1986 in 1990) ter k slovenskemu zakonu o pravnem postopku iz leta 1999 (*Značilnosti novega zakona o pravnem postopku*). V soavtorstvu z Vesno Rijavec pa je napisal obširna uvodna pojasnila k novi izdaji Zakona o pravnem postopku, v katerem sta avtorja obrazložila spremembe, ki jih je na področje civilnega pravnega postopka uvedla novela ZPP-D (Zakon o pravnem postopku z novelo ZPP-D. GV Založba, Ljubljana 2008, str. 17–96).

Profesor Ude je ves čas skrbel tudi za to, da so imeli študenti učbenik za študij civilnega procesnega prava. Leta 1980 je izšlo delo *Civilni sodni postopek in samoupravni sodni postopek* (DDU Univerzum, Ljubljana 1980). V njem je na pregleden način prikazal institute civilnega procesnega prava in tako imenovanih samoupravnih sodnih postopkov, ob obravnavanju posameznih vprašanj pa je v pravi meri opozoril na različne teoretične poglede. Leta 1988 je sledila spremenjena izdaja z naslovom *Civilni pravdni postopek*, ki je nato leta 1992 doživela ponatis, opremljen z dodatkom, v katerem so bile prikazane novejšje zakonodajne spremembe. Leta 2002 je nato pri založbi Uradni list izšlo njegovo delo *Civilno procesno pravo*, ki pomeni tako po vsebini kot tudi po obsegu nadgradnjo prejšnjih del. Gre za prvi celovit prikaz ureditve pravnega postopka po novem slovenskem zakonu o pravnem postopku, obogaten z novejšimi spoznanji teorije, ki so avtorju služili za dopolnitev pa tudi za prilagoditev nekaterih prejšnjih stališč.

S področjem civilnega procesnega prava sta tesno povezani stečajno in arbitražno pravo. S področja stečajnega prava je profesor Ude objavil več člankov in referatov, od tega dva v angleškem in enega v nemškem jeziku. Poleg tega je v komentarju zakona o prisilni poravnavi in stečaju (*Zakon o prisilni poravnavi in stečaju s komentarjem*, 1993, v soavtorstvu z Nino Plavšak in Dušanom Dovganom) napisal več poglavij (temeljne določbe, poglavja o skrajšanem stečajnem postopku, likvidaciji, koliziji zakonov, sporih o pristojnosti, kazenskih

določbah ter prehodne in končne določbe). Na področju arbitražnega prava pa je poleg nekaj člankov in referatov pomemben njegov prispevek v monografiji *Schiedsgerichtsbarkeit in der Republik Slowenien* (Heidelberg 1998, v soavtorstvu z Drago Wedam Lukić) in seveda knjiga *Arbitražno pravo* (2004), ki pomeni prvo sistematično delo na tem področju v slovenski pravni literaturi.

Poleg del s področja procesnega prava je pomemben Udetov prispevek na nekaterih drugih pravnih področjih. Eno od področij njegovega delovanja je bilo stanovanjsko pravo. Prvi komentar tedanjega zakona o stanovanjskih razmerjih je napisal že leta 1974 (*Zakon o stanovanjskih razmerjih s komentarjem in sodno prakso*), sledila je druga izdaja iz leta 1978 in nato zaradi sprejema novega zakona povsem spremenjena tretja izdaja iz leta 1984. Leta 1991 je napisal tudi uvodna pojasnila k Stanovanjskemu zakonu (*Stanovanjski zakon z uvodnimi pojasnili*), v katerih so pomembna zlasti njegova stališča v zvezi s privatizacijo stanovanj. Med komentarji zakonov naj omenim še njegov prispevek v komentarju predpisov s področja industrijske lastnine (*Predpisi o izumih, tehničnih izboljšavah in znakah razlikovanja*, 1982, ter *Zakon o industrijski lastnini s komentarjem*, 1994, prvi v soavtorstvu s Krešom Puharičem in Marijo Krisper Kramberger, pri drugem pa je poleg navedenih sodeloval tudi Bojan Zabel). Od »tranzicijskih« tem je namenjal posebno pozornost še denacionalizaciji in lastninjenju. Napisal je daljši uvodni komentar k zakonu o denacionalizaciji (1992), v katerem je obravnaval najpomembnejše zakonske rešitve. V prispevku *Dobra vera pri pravnem prometu z nepremičninami v obdobju lastninjenja nepremičnin v družbeni lastnini* (Izbrane teme civilnega prava II, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2007) je zagovarjal stališče, da se pri prenosu teh nepremičnin ni mogoče zanašati izključno na podatke zemljiške knjige, temveč je treba upoštevati vse zakone, ki urejajo njihovo lastninjenje ter pravna razmerja in upravičenja v zvezi z njimi. Lastninjenje nepremičnin je bilo vnovič tema njegovega prispevka z naslovom *Tožbeni zahtevki v sporih o lastninjenju nepremičnin* na XI. dnevih civilnega in gospodarskega prava leta 2013.

V letih po osamosvojitvi se je profesor Ude precej ukvarjal z vprašanji razvoja pravnega sistema. V okviru Svobodne katedre na Pravni fakulteti v Ljubljani je 29. oktobra 1991 predstavil svoje poglede na pravni sistem Republike Slovenije po osamosvojitvi (*Pravni sistem Republike Slovenije – teze za razpravo*, *Pravnik*, št. 11-12/1991). Opredelil se je do vprašanja »smiselne uporabe« dotedanjih zveznih predpisov in opozoril na številna odprta vprašanja, ki so

se glede tega pojavljala, ter se zavzel za čimprejšnji sprejem nove slovenske ustave. V razpravi *Razvoj civilnega prava na Slovenskem* (Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, 1995) pa je ocenil stanje na področju civilnega prava in nakazal smernice nadaljnjega razvoja tega pravnega področja.

Pomemben je tudi njegov prispevek na ustavnopravnem področju. Leta 1992 je sodeloval na kolokviju, ki sta ga organizirala Svet Evrope in takratni Svet za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin s prispevkom *Sodno varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin* (Pravnik, št. 9-10/1992). V njem je opozoril na pravico do sodnega varstva kot samostojno ustavno pravico, posamezne določbe civilnega procesa pa je obravnaval z vidika ustavnih garancij poštenega sojenja in ugotovil, da civilni pravdni postopek večinoma upošteva ustavne zahteve. S prispevkom *Ustavna pritožba* je sodeloval na Ljubljansko – zagrebškem kolokviju leta 1993 v Ljubljani, na to temo pa je imel tudi več referatov na posvetovanjih ter sodniških in odvetniških šolah. V prispevku *Reforma civilnega procesnega prava z vidika ustavnih pravic* (Dnevi slovenskih pravnikov 1998, Podjetje in delo, št. 6-7/1998) je opozoril na nujnost, da se pri uveljavljanju sprememb procesne zakonodaje, ki naj bi pripomogle k večji učinkovitosti sodnih postopkov, upoštevajo ustavni in konvencijski standardi pravice do poštenega sojenja. Profesor Ude je napisal tudi poglavje *Ustavna pritožba v civilnih in delovno-socialnih zadevah* za knjigo *Ustavno sodstvo* (2000, urednika Marijan Pavčnik in Arne Mavčič). Poleg tega se je ukvarjal z vprašanji varstva nekaterih drugih ustavnih pravic: pravice do uporabe svojega jezika v postopku (*Raba jezikov narodnosti v sodnih postopkih*, referat na posvetovanju Manjšine za jutrišnjo Evropo, 1990), pravice do odgovora in popravka (*Proceedings relating to Matters of the Press*, referat na posvetovanju *Legal Problems of the Functioning of Media in a Democratic Society*, ki sta ga leta 1995 organizirala Svet Evrope – Evropski forum za medijsko pravo in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani), pravice do zdravega življenjskega okolja (*Oblike procesnega varstva pravice do zdravega življenjskega okolja*, referat na znanstveni konferenci *Pravne možnosti varovanja skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje* leta 1995 v Mariboru) ter pravice do zasebnosti (*Ustavne podlage za varstvo zasebnosti in osebnih podatkov*, Dnevi slovenskih pravnikov 1996, Podjetje in delo, št. 5-6/1996).

Kot eden od snovalcev ustavnega besedila se je profesor Ude aktivno vključil tudi v razpravo o spremembah slovenske ustave. V svečanem nagovoru ob

deseti obletnici sprejema slovenske ustave na Dnevu ustavnosti na Ustavnem sodišču decembra 2001 je izrazil pomisleke proti ne dovolj premišljenim posegom v ustavno besedilo ter nakazal nekatere smernice bodočih ustavnih sprememb (*Ustava je »svečano«, celo »sveto« besedilo*, Pravna praksa, št. 1-2/2002). Ob zamenjavi večine sodnikov Ustavnega sodišča leta 2007 se je v prispevku *Je politična in ideološka uravnoveščenost sploh potrebna?* (Pravna praksa, št. 28/2007) lotil teme, ki je letos spet aktualna in izrazil ostre pomisleke proti političnemu trgovanju s kandidati in glasovanjem. V zadnjih letih pa je bil član strokovnih komisij, ki jih je za pripravo ustavnih sprememb imenoval Državni zbor (leta 2013 o razpisu zakonodajnega referendumu, leta 2015 o postopku oblikovanja vlade in leta 2016 o pravici do vode).

Profesorjev največji projekt je nedvomno veliki komentar zakona o pravdnem postopku (*Pravdni postopek, zakon s komentarjem*), ki ga je pod njegovim vodstvom napisala skupina avtorjev (poleg njega še Nina Betetto, Aleš Galič, Vesna Rijavec, Dragica Wedam Lukić in Jan Zobec). Komentar je izšel v štirih delih: 1. knjiga (598 strani) leta 2005, 2. knjiga (670 strani) leta 2006, 3. knjiga (774 strani) in 4. knjiga (350 strani) pa sta izšli po njegovi upokojitvi leta 2009 in 2010. Profesor Ude je poleg tega, da je avtor komentarja k številnim členom, skupaj z dr. Galičem tudi glavni urednik tega obširnega dela. Teme s področja civilnega procesnega prava je obravnaval tudi v nekaterih samostojnih prispevkih. V članku *Obvezno zastopanje strank po odvetnikih v civilni pravi?* (Pravni letopis 2009) je opozoril na probleme, ki se pojavljajo v zvezi z zastranke čedalje zahtevnejšimi procesnimi pravili in prekluzijami, zaradi česar potrebujejo pomoč kvalificiranega pooblaščenca, ki bi jo morala v primeru obveznega zastopanja po odvetniku tistim, ki sami tega ne zmorejo, zagotoviti država v okviru brezplačne pravne pomoči.

Tudi v zadnjih letih je profesor Ude še vedno aktiven tudi na drugih področjih. V prispevkih v Pravni praksi se odziva na aktualno dogajanje (na primer *Napadi na nosilce sodne funkcije ogrožajo bistvo pravne države*, Pravna praksa, št. 37/2011; *Vzdušje za urejanje položaja sodstva še težje*, Pravna praksa, št. 44/2011; *Koalicija in ustavno sodišče stopila skupaj: o prepovedi dveh referendumov*, Pravna praksa št. 39-40/2012; *Pravna problematika priznanja sodbe izraelskega sodišča*, Pravna praksa, št. 2/2014). Na Dnevih slovenskih pravnih gosti obravnava družbeno pomembne teme, kot so na primer razmerje med



pravom in politiko, temeljna načela pri pravnem odločanju ter vprašanje profesionalne etike.

\* \* \*

Profesor Ude se je izkazal tudi kot predstojnik Inštituta za primerjalno pravo. Aprila 2004 je v sodelovanju s Pravno fakulteto v Ljubljani organiziral posvetovanje *Slovensko pravo in gospodarstvo ob vstopu Slovenije v Evropsko unijo*. Profesor Ude je v uvodnem nagovoru opozoril na probleme, ki se pojavljajo s prevzemom evropskega prava v slovenski pravni sistem, zlasti na to, da postaja ta vse bolj nepregleden in da ni jasne razmejitve med vprašanji, ki jih je treba pri uveljavljanju direktiv urejati z zakoni, in tistimi, ki bi jih bilo treba urejati s podzakonskimi predpisi.

V naslednjih letih je vodil več raziskovalnih projektov. Med letoma 2004 in 2008 je vodil raziskovalni program *Vpliv evropskega prava na slovensko zasebno pravo*, v okviru katerega je programska skupina preučevala, kako se harmonizacija zasebnega prava znotraj Evropske unije odraža v slovenskem pravnem sistemu. Zasebno pravo je pravo vsakdanjega življenja in njegova pravila močno prodrejo v zavest ljudi, zato pogoste spremembe teh norm niso običajne. Zakoniki, ki urejajo civilna razmerja, običajno preživijo dolga desetletja ali kar stoletja brez večjih konceptualnih sprememb, zato temeljna ureditev civilnega prava ostaja močno nacionalno vezana. Vendarle pa dejavnosti Evropske unije pripomorejo k postopnemu zbliževanju zakonodaj ter stališč pravne teorije in sodne prakse v državah članicah. Raziskovalni program inštituta se je leta 2009 nadaljeval pod naslovom *Pravni izživi informacijske družbe* in se je usmeril v raziskovanje, kako se pravna ureditev prilagaja novim družbenim okoliščinam, ko poenostavljeno komuniciranje na daljavo, hipna dostopnost najrazličnejših informacij in interaktivni vmesniki uporabniških storitev odpravljajo nekatere temeljne tehnološke ovire, ki so tisočletja narekovale značilnosti določenih družbenih razmerij, ki jih ureja pravo. Po upokojitvi je profesor Ude vodenje programa predal prof. dr. Bojanu Bugariču.

Od leta 2004 do 2007 je profesor Ude na inštitutu vodil tudi aplikativni raziskovalni projekt *Reforma arbitražnega prava v Republiki Sloveniji*, v okviru katerega so bile na podlagi analize veljavne zakonodaje in sodne prakse, tujih pravnih ureditev in mednarodnih aktov (zlasti Newyorške konvencije in vzorčnih zakonov UNCITRAL) pripravljene strokovne podlage za modernizacijo slovenske pravne ureditve arbitraže in mediacije. Ministrstvo za pra-

vosodje in Državni zbor RS sta sledila predlogom projektne skupine, tako da sta bila leta 2008 sprejeta nov slovenski Zakon o arbitraži in Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah ter umaknjen pridržek recipročnosti k ratifikaciji Newyorške konvencije. Profesor Ude je skupaj s člani projektne skupine sodeloval pri pripravi komentarja obeh zakonov, ki je leta 2010 izšel pri GV Založbi, napisal pa je tudi nekaj prispevkov na to temo (*Za zakonsko ureditev arbitraže in mediacije*, Pravna praksa, št. 5/2008, *Osebe javnega prava kot stranke arbitražnega sporazuma: nekateri vidiki arbitrabilnosti ratione personae*, Slovenska arbitražna praksa, št. 1/2013, in v soavtorstvu z dr. Matijo Damjanom *Arbitrabilnost sporov* v knjigi *Izbrani vidiki razvoja slovenskega gospodarstva in civilnega prava od srede 20. stoletja do danes: Liber amicorum Bojan Zabel*, ki je v uredništvu dr. Petra Grilca izšla leta 2015 ob 85-letnici zaslužnega profesorja Bojana Zabela na Pravni fakulteti v Ljubljani.

Od leta 2008 do 2010 je profesor Ude vodil raziskovalni projekt CRP *Pravna ureditev uresničevanja javnega interesa v zvezi s premoženjem v javni lasti*, katerega glavna ugotovitev je bila, da je javni interes na nepremičninskem področju ogrožen zaradi neurejenega pravnega položaja splošni rabi namenjenih nepremičnin, ki je posledica nepravilno izvedenih postopkov lastninjenja nekdanjih družbenih objektov, zgrajenih v javne namene, ki so zaradi nepravilnosti v postopkih preoblikovanja družbene lastnine zemljiškoknjižno prešli v last zasebnih subjektov. K temu so pripomogli razdrobljena zakonodaja, neurejenost zemljiške knjige ter pasivnost države in občin. Profesor Ude je z javnim opozarjanjem na te probleme pomembno pripomogel, da je sodna praksa v takih položajih presegla le mehansko zanašanje na podatke zemljiške knjige in začela dosledneje upoštevati celovito pravno ureditev lastninjenja nepremičnin, vključno s prej veljavnimi predpisi, ki so omogočali zunajknjižne prenose stvarnih pravic.

Profesor Ude je sodeloval tudi pri raziskovalnem projektu *Reforma dednega prava, upoštevanje novejših evropske trende*, ki je pri inštitutu potekal v letih 2002 do 2005 pod vodstvom doc. dr. Viktorije Žnidaršič Skubic, in pripravil strokovne podlage za potrebno posodobitev slovenske ureditve dednega prava. Pri tem je sledil ciljem upoštevati postopke harmonizacije evropskega mednarodnega dednega prava, zagotoviti čim večjo zapustnikovo svobodo testiranja, urediti pravno praznino na področju dedovanja podjetniškega premoženja in pripraviti podlage za prevzem posameznih pristojnosti pri izvedbi zapuščinskega postopka s strani notarjev.

Poleg navedenih projektov, ki jih je financirala Agencija RS za raziskovalno dejavnost, je profesor Ude v okviru inštituta sodeloval tudi pri številnih drugih raziskavah in analizah, na primer analizi lovske zakonodaje v Sloveniji z vidika povezanosti lovske pravice z lastninsko pravico na zemljišču (2006), analizi zakonodaje EU in držav članic EU s področja digitalne radiodifuzije (2006), pripravi strokovnih podlag za spremembe in dopolnitve Zakona o pravnem postopku (2006) ter analizi ureditve davka na nepremičnine v nekaterih evropskih državah (2010). V okviru projekta za spremembe in dopolnitve ZPP na področju pravnih sredstev je na Dnevih slovenskih pravnikov 2007 sodeloval s prispevkom *Reforma revizije in zahteve za varstvo zakonitosti* (Podjetje in delo, št. 6-7/2007). Sodeloval je tudi pri evropskem projektu *Razsežnosti dokazovanja v evropskem pravnem postopku (2013–2015)* pod vodstvom prof. dr. Vesne Rijavec, pri katerem je bil inštitut vključen kot eden od projektnih partnerjev. V okviru projekta je v soavtorstvu z doc. dr. Matijo Damjanom napisal poglavje o kontradiktornosti pri izvajanju dokazov (*The right to be heard in the taking of evidence*) v monografiji *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, ki je izšla pri založbi Kluwer.

V letih 2004 do 2007 je bil profesor Ude na Inštitutu mentor mlademu raziskovalcu Matiji Damjanu, ki je pod njegovim mentorstvom doktoriral na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani z disertacijo *Prosta licenca kot pravni temelj odprte vsebine*.

Pod vodstvom profesorja Ude se je na Inštitutu za primerjalno pravo razvila izobraževalna dejavnost, katere cilj je prenos znanja, pridobljenega z raziskovalnim delom inštituta, uporabnikom v prakso. Poleg občasnih seminarjev in konferenc, organiziranih ob zaključkih večjih raziskav, so se kot vsakoletni dogodek uveljavili *Dnevi civilnega in gospodarskega prava* ter *Nomotehničnih dnevi* – oboji so bili v letu 2016 organizirani že štirinajstič. *Dnevi civilnega in gospodarskega prava* preraščajo v osrednje srečanje slovenskih pravnikov, ki delujejo na področju zasebnega prava v akademski sferi, pravosodju ali gospodarstvu. Predmet vsakokratnega posvetovanja je nekaj izbranih aktualnih tem s področja civilnega prava, ki so zastavljene razmeroma ozko, tako da jih je mogoče obravnavati vsebinsko bolj poglobljeno, kot na splošnejših srečanjih, in pri tem povezovati teorijo in prakso. *Nomotehnični dnevi*, ki jih inštitut organizira v sodelovanju s Službo Vlade RS za zakonodajo in Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani, so namenjeni obravnavanju metodičnih, strukturnih, jezikovnih, postopkovnih, sistemskih in drugih vidikov priprave splošnih pravnih aktov

na državni in lokalni ravni. Nove izzive za slovensko nomotehniko je prineslo zlasti vključevanje Slovenije v Evropsko unijo, s katerim so v slovenski pravni red začele vdirati prvine različnih tujih nomotehničnih tradicij, ki pogosto niso ustrezno usklajene s siceršnjim oblikovanjem slovenskih pravnih norm. V letih 2008 do 2014 je bil inštitut trikrat nosilec evropskega projekta izobraževanja slovenskih in hrvaških sodnikov o konkurenčnem pravu, v okviru katerega je bilo organiziranih več seminarjev, delavnic in konferenc o uporabi konkurenčnega prava EU pred nacionalnimi sodišči.

Pod vodstvom profesorja Udeteta je Inštitut razvil tudi založniško dejavnost, in sicer je od leta 2003 do danes izdal šest znanstvenih monografij, katerih avtorji so raziskovalci in stalni sodelavci inštituta. Od leta 2008 dalje inštitut izdaja tudi letno znanstveno revijo *Pravni letopis*, katere odgovorni urednik je profesor Ude. V njem avtorji objavljajo prispevke iz tem, ki so bile v tekočem letu obravnavane na Dnevih civilnega in gospodarskega prava, Nomotehničnih dnevih in drugih dogodkih v organizaciji inštituta.

\* \* \*

Profesor Ude je nedvomno eden redkih slovenskih teoretikov s širokim poznavanjem celotnega pravnega sistema. Pri delu na različnih funkcijah, na katerih se je ukvarjal s pravom tako v fazi njegovega nastajanja, kot sodnik in ustavni sodnik pa tudi z njegovo razlago in uporabo v konkretnih primerih, se mu je izostril občutek za ločevanje bistvenega od nebistvenega. Stik z »živim« pravom je tudi bistvena odlika njegovih teoretičnih del. Pri obravnavi posameznih vprašanj se ne omeji zgolj na logično razlago posameznih pojmov, temveč je sposoben videti širšo sliko, povezanost posameznih pravnih institutov in predvideti posledice take ali drugačne rešitve. V razpravi je iskrih sogovornik, ki nasprotovanja nikoli ne jemlje osebno, temveč je pripravljen prisluhniti nasprotnim argumentom; če ga ti prepričajo, pa je sposoben svoje stališče tudi spremeniti. Z vedrino in smislom za humor je sposoben ublažiti marsikateri konflikt. Poleg tega ima izrazit smisel za timsko delo. Njegove organizacijske sposobnosti so se pokazale na vodstvenih funkcijah, ki jih je opravljal, smisel za vsebinsko usklajevanje pa pri vodenju različnih projektov, pri čemer nedvomno izstopa veliki komentar ZPP, ki je bil njegova zamisel. Po njegovi zaslugi komentar ni samo zbirka prispevkov posameznih avtorjev, temveč timsko delo. Profesor Ude je delo posameznih avtorjev usmerjal in usklajeval na številnih delovnih sestankih, na katerih so avtorji razpravljali o

ključnih pravnih vprašanjih z vidika pravne teorije in sodne prakse. Njegovo široko poznavanje prava se je pokazalo tudi pri delu na Ustavnem sodišču, saj je bil ustavni sodnik v tako imenovani prvi sestavi Ustavnega sodišča, ki je vzpostavila temelje ustavnosodne presoje v demokratični družbi. S svojimi stališči je pomembno prispeval k nekaterim najpomembnejšim odločitvam iz tistega časa, svoje posebne poglede pa je predstavil v številnih pritrdilnih in odklonilnih ločenih mnenjih.

V prispevku ob sedemdesetletnici profesorja Lojzeta Udeta sem izrazila pričakovanje, da bo nadaljeval zastavljene projekte in z njemu lastno doslednostjo ter intelektualno poštenostjo vztrajal pri obravnavanju temeljnih ustavnopravnih in pravno-sistemskih vprašanj ter s tem tudi v prihodnje prispeval k izgradnji slovenskega pravnega sistema in razvoju pravne kulture. Glede na to, da je še vedno aktiven na številnih področjih, lahko ob njegovi osemdesetletnici to svoje pričakovanje samo ponovim in mu zaželim, da bi ostal še naprej v tako dobri kondiciji, predvsem pa veliko zdravja, sreče v osebnem življenju in zadovoljstva pri delu.

# Lojze Ude – lucidni šaljivec

BOŠTJAN KORITNIK

Pred nastankom svečane publikacije, ki je pred vami, sem bil pozvan, naj pripravim znanstveni ali vsaj strokovni prispevek s katerega od številnih področij, na katera je v svoji karieri že doslej vplivno posegal profesor Ude. Ko sem tako razmišljal, kje vse sem se srečeval z njim v svoji (pred)pravniški karieri, se mi je ob prav vsaki zamisli pojavljala venomer le ena stalnica: humor. S tem se seveda ni (ali pač) znanstveno ukvarjal, trdim pa lahko, da je z zdravo mero pronicljivega humorja reševal in še zlasti predstavljal pravna vprašanja. Tak pristop pa je imel tudi pri premagovanju drugih, bistveno bolj eksistencialnih ovir.

Ena teh – za druge bistveno večjih ovir (zanj bolj grozeče neprijetnosti) – je starost: razlog, da slavnostnemu dogodku, ki ga prirejamo v slavljencevo čast in ki ga spremlja tudi izid te knjige prijateljev, ne bo prisostvovalo oziroma (v trenutku, ko to berete) ne prisostvuje oziroma ni prisostvovalo več ljudi, je v tem, da nismo smeli vabiti ljudi preveč »na široko« – ni mu namreč bilo preveč po godu, kot mi je zaupal njegov tesni sodelavec in sourednik te publikacije dr. Matija Damjan, da je ta dogodek že na vrsti, saj da »raje še ne bi bil star 80«.

Starosti se torej ne boji, je pa po nedavnem obisku prijatelja v domu za starejše izrazil strah pred starostnim, predvsem umskim pešanjem, kar je za osebo, ki toliko da na razum in razmišljanje ter domišljeno komunikacijo in interakcijo z ljudmi, povsem razumljivo. »Raje hiter konec kot vegetiranje,« mi je nekoč zaupal. Hkrati pa mi je z nasmehom pred kratkim navrgel, da se pogrebov v življenju izogiba, »enega se pa ne bom mogel«.<sup>1</sup>

**Boštjan Koritnik**, univerzitetni diplomirani pravnik, tajnik in asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Na podlagi izkušenj sem se potrudil dobiti za objavo tega zapisa – ki bi ga lahko kak dežurni dušebrižnik ocenil kot morbidnega in do slavljence žaljivega – avtorizacijo profesorja Udeteta: dejstvo, da to berete, je pomenljivo in dokaz rdeče niti tega sestavka. Ali, kot je na moj dvom zaradi morebitnega zgražanja ob tem zapisu dejal sam profesor Ude: »Saj je vse'en k\*\*c!« ☺

V skladu z zapisanim je gotovo – vsaj toliko, kot so to obravnave različnih pravnih vprašanj – humor del identitete (tudi ugleda) slavljence, znanstveno in strokovno obravnavo pravnih vprašanj pa tudi sicer raje prepuščam bolj poklicanim. Čeprav imamo tisti, ki smo s profesorjem Udetom več in intimneje komunicirali, ogromno anekdot in šaljivih zgodb, katerih prikaz bi ga osvetlil v pravi luči, pa je težava le, da preveč osvetljen pa le ne želi biti (»ni vse za javnost, bom jaz lepo pogledal, kar boš napisal«), predvsem pa sva se strinjala, da ob tej priložnosti ne bi (spet) jezila, zbadala in drugače vznemirjala vseh akterjev teh anekdot. Prenesti pikrost in zbadljivost na lasten račun, sploh zapisano, je posebna vrlina, ki je vsi nima(jo)(mo) toliko, kolikor je premore profesor Ude. Kar je verjetno tudi eden od pomembnih razlogov, da se tako dobro znajde kot aktivni zbadljivec.

Ne skrivam, da sem profesorja od nekdanj gledal z velikim občudovanjem. Še posebej dobro se spomnim skupščine Zveze društev pravnikov Slovenije leta 2010, ki jo je profesor Ude kot predsednik vodil. Ob koncu sem šel z delegati Zveze društev za gospodarsko pravo Slovenije – ob meni in profesorju Marijanu Kocbeku zgolj pripadnice lepšega spola – na kavo, praktično prva tema neposredno po sprejemu nekaterih pomembnih odločitev (očitno za vse ne toliko) pa je bil žameten profesorjev glas, ki da je tako zapeljiv. S profesorjem Kocbekom sva se nejeverno spogledala in sogovornice z začudenjem vprašala, ali mislijo resno. Vehementno so potrdile, da je profesorjev glas že od nekdanj tisti, ki ob njegovem siceršnjem avtoritativno-prisrčno-ljudskem nastopu šibi kolena. Kaj točno ženske slišijo, sem pozneje še večkrat poskušal razbrati, a so bila kolena vedno precej trdna, tako da sem obupal. Nedvomno pa je bilo moje občudovanje odtlej na popolnoma drugi, ne-znanstveni, toda nadvse življenjski ravni. Če parafraziram znanega srbskega filozofa: »*I tata bi sine.*«<sup>2</sup>

Da pa ne bi popolnoma zgrešil pravne note te publikacije, sem se trudil zbrati tudi nekaj pravno obarvanih anekdot. Ki pa, kot je opozoril sodnik Sodišča EU dr. Marko Ilešič, niso ne vem kako duhovite. Potrdijo pa tisto, kar sem zapisal, tj. da je vedno ostal zvest samemu sebi in svojemu značaju. Dobrodošla predvidljivost v nepredvidljivem svetu, sploh za vse nas, ki smo njegovi sodelavci.

<sup>2</sup> »Tudi oče bi, sinko.« (Prevod B. K.) Izjava sprevodnika podjetja Krstić (Pavle Vujisić) sinu Mišku (Aleksander Berček) v filmu »Ko to tamo pjeva« (Beograd, Jugoslavija, 1980, režija Slobodan Šijan, scenarij Dušan Kovačević).

O zvestobi svojim prepričanjem priča tudi anekdota z zagovora njegovega doktorata 31. maja leta 1977 z naslovom Postopek pred sodišči združenega dela. Kot mi je zaupal sodnik Ilešič, je na zagovoru profesor Ude vehementno zastopal stališče, da je treba tudi pred temi samoupravnimi sodišči spoštovati »klasične« procesne kavtele, kar tedaj ni bilo ravno dobrodošlo stališče. Ko so poslušalci zapuščali dvorano, so jih zunaj spraševali, ali je bil doktorand uspešen. Enoglasni odgovor je bil: »Doktorand seveda, za komisijo za obrambo bi pa to težko rekli.«

Še eno ne najbolj običajno stališče – skoraj 40 let pozneje – ima o pravu Evropske unije, za katerega nima prijaznih besed. Pogosto namreč pravi, da pravni sistem ne more biti stabilen in učinkovit brez pravoznanstva (s čimer se denimo strinja tudi sodnik Ilešič).

Da je nekoliko samosvoj in morda težje razumljen – kot je večina, ki jih je pred časom – dokazuje tudi anekdota iz časa poznih 80. let prejšnjega stoletja. Ko so mu ponudili funkcijo ministra za zakonodajo tedanje zvezne vlade v Beogradu, je na pomisleke in očitke nekaterih v Sloveniji mirno odgovoril: »Če nekomu ponudijo možnost, da vpliva na zakonodajo, se take ponudbe ne zavrne.« Zelo daljnosežno in – spet – zanj tipično razmišljanje.

In marsikomu v Beogradu je bil trn v peti. Kot predsednik zveznega komiteja za zakonodajo v Beogradu je nekoč pred sebe dobil zelo debel spis iz spora med slovensko Metalko in takratnim gigantom družbo Geneks iz Beograda. Strokovnega sodelavca je vprašal, ali je proceduralno z zadevo vse v redu, na kar mu je ta odvrnil, da je vse v redu. Profesor Ude pa je prijel debeli spis, ga dvignil nad mizo in spustil nazaj, ob tem pa zabrusil: »V Beogradu v tako debelem spisu ne more biti vse v redu!« Po njegovem pregledu se je izkazalo, da res ni bilo, in da bi bila brez njegovega dvoma in skoraj pregovorne uporniške skrbnosti oškodovana Metalka.

V teh letih skupnega dela, denimo pri organizaciji Dnevo slovenskih pravnikov ali v moji vlogi generalnega sekretarja zveze, katere predsednik je, sem nekako napredoval – tisti, ki profesorja Udeta poznajo, vedo, da je to zame kompliment – v pripravljavca dopisov in odgovorov različnim, tudi v družbi visoko pozicioniranim osebam. Običajno zgolj pogleda in kaj preveč »ritolizniškega« – kar se mi v besedila izjemoma (*sí!*) prikrade –, zbríše. Na koncu pa se, tudi (samooklicanim) veljakom, podpiše le z »LU« ali »Lojze«, brez akademskega naziva. Zato sem enkrat vprašal, ali je v redu, da se podpiše samo



tako skopo, ne pa z nazivom. Pa je rekel, da niso pomembni tisti, ki se morajo podpisati s polnim nazivom, da naslovnik ve, kdo so: »Da si res pomemben, veš, ko se podpišeš z Lojze, pa vsi vedo, za koga gre.«

Seveda pa profesor Ude ni aktivno delal na tem: zaradi vsega, kar je storil in še dela v svoji karieri in sicer, vsi preprosto vemo, kdo je »Lojze«.

I. del

# **TEORIJA PRAVA**



# Smisel pravne misli (Sprengerjeva reinterpretacija Radbruchove formule)\*

MARIJAN PAVČNIK

## 1. RADBRUCHOVA FORMULA

Ena najbolj izostrenih kritik apologetskega pravnega pozitivizma je tako imenovana Radbruchova formula. Radbruch se je že na začetku svoje teoretične poti zavedal, da k »pojmu pravnega prava sodi prav toliko, da je pozitivno, kot je naloga pozitivnega prava, da je vsebinsko pravilno« (Radbruch, 1914: 163, in 2001: 107). Temeljna značilnost Radbruchove pravnofilozofske misli je bila, da je kot novokantovec sprejemal vrednostno-teoretični relativizem in zagovarjal stališče, da se pravnih vrednot ne da »spoznati«, ampak da jih je mogoče samo »priznati«. (Radbruch, 1914: 22, 162, in 2001: 42)<sup>1</sup> Nujna posledica vrednostnega relativizma je, da sta ljudska suverenost in demokracija osrednji značilnosti pravne države. O vsebini prava je treba odločati demokratično, odgovorno in strpno. V razpravi *Relativizem v pravni filozofiji (Der Relativismus in der Rechtsphilosophie)* je prav strpnost visoko povzdignjena: »Relativizem je splošna strpnost – samo ne strpnost proti nestrpnosti.« (Radbruch, 1934: 21)

---

**Marijan Pavčnik**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, redni član Slovenske akademije znanosti in umetnosti

\* Profesorja Umeta, kolego Lojzeta, sem spoznal leta 1970 in 1971, ko je bil tajnik na Vrhovnem sodišču SRS, sam pa sem opravljal sodno pripravništvo. Kolegovo poročanje na sejah civilnega senata je vzbudilo pozornost. Na seje je večkrat prišel z zelo debelimi spisi, ki pa jih je vselej predstavil kratko, jedrnato in s smislom za pravno misel. Pripravniki smo v njem takoj spoznali jurista, ki hitro misli, ima pregled nad celoto in brž zadeva žebljico na glavico. V razgovorih z mlajšimi kolegi je bil ljubezniv in je rad priskočil na pomoč – tudi pri »pravni pomoči« kandidatom na pravosodnih izpitih. – Prvo poglavje je vzeto iz razprave Pavčnik, 2013: 45–47, drugo in tretje poglavje pa sta vzeti iz razprave v nemškem jeziku (Pavčnik, 2015: 48–50, 57–60). Razprava je kot celota na novo zaokrožena.

<sup>1</sup> Glej tudi Radbruch, 1934: 17–22.

Za Radbrucha je pravo »resničnost, katere smisel je, da služi pravni vrednoti, ideji prava.« (Radbruch, 2001: 63) Pravna ideja vključuje pravičnost (v pomenu načela enakosti), smotrnost (ideja namena) in pravno varnost. Načelo enakosti (enako je treba obravnavati enako in neenako ustrezno različno) velja absolutno, a ima zgolj formalno naravo. Vsebinsko naravo ima ideja namena, ki je relativna in se razteza na tri najvišje pravne vrednote, ne da bi jih bilo mogoče hierarhično razvrstiti. Izhajamo lahko bodisi iz človeka kot posameznika, iz človeka kot družbenega bitja ali pa iz človeka kot ustvarjalca kulturnih dobrin (Radbruch, 2001: 84 in nasl.).<sup>2</sup> In naposled je tu še pravna varnost, ki je imela v Radbruchovem obdobju do druge svetovne vojne prednost pred pravičnostjo (v pomenu smotrnosti). Okoliščina, da ni mogoče spoznati, katera je najvišja vsebinska pravna vrednota, narekuje, da se zaradi pravne varnosti ta vsebina oblastno določi (Radbruch, 2001: 106–108).

Zaradi izkušenj z nacizmom je Radbruch svoja stališča izostril in jih, kar zadeva razmerje med pravnimi vrednotami, po drugi svetovni vojni tudi nekoliko dopolnil. V znani razpravi *Zakonsko nepravdo in nadzakonsko pravo (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946)* je tudi tole značilno mesto:

»Spor med pravičnostjo in pravno varnostjo bi lahko rešili v smislu, da ima pozitivno pravo, ki ga varujeta uzakonitev in oblast, prednost tudi, kadar je vsebinsko nepravilno in nesmotrno, razen kadar nasprotje med pozitivnim pravom in pravičnostjo doseže tako nevzdržno mero, da se mora zakon kot ‚nepravilno pravo‘ umakniti pravičnosti.

Nemogoče je potegniti ostrejšo ločnico med primeri zakonskega neprava in zakoni, ki so veljavni kljub nepravilni vsebini, vendar pa lahko z vso ostrino začrtamo neko drugo mejo: kjer si zakon niti ne prizadeva za pravičnost, kjer je pri postavljanju pozitivnega prava zavestno zanikana enakost, ki pomeni jedro pravičnosti, tam zakon ni, denimo, le ‚nepravilno pravo‘, temveč v mnogo večji meri sploh nima narave prava. Kajti prava, tudi pozitivnega prava, sploh ne moremo opredeliti drugače kakor red in uzakonitev, ki je po svojem smislu namenjena temu, da služi pravičnosti. Če merimo s takšnim merilom, potem celi sklopi nacionalsocialističnega prava nikdar niso dosegli časti veljavnega prava.« (Radbruch, 1946: 277)

*Radbruchova formula* ima dve izpeljavi. *Formula nezaposnosti* utemeljuje, da se mora tedaj, ko nasprotje med pozitivnim pravom in pravičnostjo doseže »nevzdržno mero«, zakon kot »nepravilno pravo« umakniti pravičnosti. *Formula*

<sup>2</sup> Prim. tudi Radbruch, 1914: 101 in nasl.

zanikanja je podana tedaj, ko zakon zavestno zanika enakost. V tem primeru zakon ni »le ‚nepravilno pravo‘, temveč sploh nima narave prava.« (Radbruch, 1946: 277) Formula zanikanja – to je splošno mesto v teoriji – je bistveno manj pomembna, ker je namen zanikanja zelo težko dokazati.<sup>3</sup> Če je zanikanje neznosno, smo že na tleh formule neznosnosti. V tem primeru je formula zanikanja poseben primer formule neznosnosti (R. Dreier, 2011: 42).<sup>4</sup>

Radbruch je previden in se zaveda, da se je proti nepravu mogoče boriti le pravno (beri: s pravnimi sredstvi) in »s kar najmanjšimi izgubami na področju pravne varnosti.« (Radbruch, 1946: 278) Primeroma navaja, da so v ameriški zasedbeni coni izdali *Zakon za popravljanje nacionalsocialističnega neprava v kazenskem sodstvu* (z dne 31. maja 1946). Zakon določa, da »politična dejanja, s katerimi so se ljudje upirali nacionalsocializmu ali militarizmu, niso kazniva.« (Radbruch, 1946: 279) Občutljivejši je *Zakon za kaznovanje nacionalsocialističnih kaznivih dejanj* (prav tako z dne 31. maja 1946). Ta dejanja so kazniva, če je »kaznivost dejanj obstajala že v skladu s pravom iz časa, ko so bila storjena.« (Radbruch, 1946: 279)

Radbruch navaja primer, ko je Thürinško sodišče obsodilo ovaduha osebe, ki je na nekem stranišču pustila letak »Hitler je množični morilec in kriv za to vojno«; ovaduh je bil obsojen zaradi pomoči pri umoru (Radbruch, 1946: 274). Radbruch komentira, da je ta odločitev utemeljena, če ovaduh ni imel naklepa (da bo ovadeni obsojen na smrtno kazen) in je tako »zgolj želel predati sodišču gradivo in nadaljevanje prepustiti njegovi odločitvi.« Dodatni pogoj je, da je »tudi sodišče s sodbo in njeno izvršitvijo zakrivilo zločin umora.« (Radbruch, 1946: 279–280) To hkrati pomeni, da je moralo iti za zlorabo prava, kot jo je predvideval kazenski zakonik [(§§ 336, 344 StGB), Radbruch, 1946: 280].

Radbruch se ne predaja skušnjavi maščevanja. To, da stremimo k vsebinsko pravih odločitvam in k pravičnosti, sočasno zahteva, da je treba spoštovati pravno varnost. V pravni državi je treba, poudarja, »zadostiti obema idejama.« (Radbruch, 1946: 281)

Na Radbruchovo formulo neznosnosti so se večkrat sklicevali v nemški sodni in ustavnosodni praksi.<sup>5</sup> Med zelo značilnimi je odločitev, ki se nanaša na 11.

<sup>3</sup> Glej na primer Kaufmann, 1995: 515.

<sup>4</sup> Glej tudi Saliger, 1995: 5. – Pregled del, ki obravnavajo Radbruchovo formulo, je naveden v Pavčnik, 2013: 56–58.

<sup>5</sup> Glej na primer BVerfGE 3, 225 (232 in nasl.); 6, 132 (198 in nasl.); 6, 389 (414 in nasl.); 23, 98 (106 in 54, 53 (67 in nasl.)).

uredbo k Zakonu o državljanstvu (z dne 25. novembra 1941).<sup>6</sup> Ustavno sodišče je razsodilo, da je uredba že od njenega nastanka »nična«. Uredba je imela usodne posledice za Žide in njihovo premoženje. Primeroma naj bo naveden samo prvi stavek prvega paragrafa: »Žid, ki ima v tujini običajno bivališče, ne more biti nemški državljan.« Drugi stavek istega paragrafa sprejema domnevo, da ima nekdo običajno bivališče že tedaj, ko glede na okoliščine lahko ugotovimo, da se tam ne mudi samo prehodno. V odločbi ustavnega sodišča je posebej značilna prva točka izreka, ki ima v celoti Radbruchovo izrazje:

»Nacionalsocialističnim ‚pravnim‘ predpisom se lahko odreče veljavnost prava, če tako očitno nasprotujejo načelom pravičnosti, da bi sodnik, ki bi jih uporabil ali bi hotel priznati njihove pravne posledice, namesto prava izrekel nepravo.«

Po padcu berlinskega zidu so se na Radbruchovo formulo sklicevali tudi v odločbi ustavnega sodišča, ki je obravnavala streljanje ubežnikov ob berlinskem zidu.<sup>7</sup> V odločbi je bilo ponovljeno, da je Radbruchova formula uporabljiva samo za primere skrajnega (ekstremnega) neprava. Večinsko stališče je, da so bili hudo nepravo tudi smrtni strelji ubežnikov ob berlinskem zidu.<sup>8</sup> Tisto, kar je bilo in je sporno, je vprašanje upravičljivih razlogov, ki so dovoljevali uporabo strelnega orožja.<sup>9</sup> Dilema je, ali lahko retroaktivno rečemo, da so bili upravičljivi razlogi (nem. *Rechtfertigungsgründe*) nepravo. Ustavno sodišče ZRN na to vprašanje ni odgovorilo v celoti. Dopustilo je, da striktna prepoved retroaktivnosti upravičljivih razlogov ne velja tedaj, ko gre za najhujša kazniva dejanja, ki pomembno omalovažujejo splošno priznane človekove pravice v mednarodni skupnosti.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> BVerfGE 23, 98 in nasl., zlasti 106 in nasl.

<sup>7</sup> BVerfGE 95, 96 in nasl.

<sup>8</sup> Glej Kaufmann, 1995: 516. Glej tudi Alexy (1993: 486), ki izostreno utemeljuje: »Wenn aber alles zusammenkommt: ein ganzes und einziges Leben, das man führen soll, wie man nicht will, die Unmöglichkeit, sich mit Argumenten dagegen zu wehren, das Verbot, dem zu entfliehen, und der Todesschuß für den, der das nicht hinnimmt, dann kann an dem Urteil, daß extremes Unrecht geschah, als das Leben der zumeist jungen Menschen ausgelöscht wurde, die ihre Konzeption des guten und richtigen Lebens, ganz gleich wie immer diese aussah, selbst um den Preis ihres Todes realisieren wollten, kein Zweifel sein.«

<sup>9</sup> Kaufmann, 1995: 516: »Kamen spotike je člen 27 II 1 Zakona o mejah NDR. Določba se glasi: ‚Uporaba strelnega orožja je upravičena, kadar bi preprečila neposredno grozečo storitev ali nadaljevanje kaznivega dejanja, ki glede na okoliščine velja tudi za hudo kaznivo dejanje.‘ To je norma, na podlagi katere so smrtni strelji ob berlinskem zidu veljali za upravičene in s tem za nekaznive.«

<sup>10</sup> Glej 3. točko izreka: BVerfGE 95, 96. Glej tudi literaturo za dopustnost retroaktivnosti (za upravičljive razloge) in proti njej, ki jo navaja Kaufmann, 1995: 518, op. 16. – Radbruchova formula je bila,

## 2. SPRENGERJEV POGLED

Radbruchov članek *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946)* je med najpogosteje navajanimi v evropskem kontinentalnem prostoru.<sup>11</sup> Med sekundarnimi viri – nekateri so bili že omejnjeni – vzbuja vse prej kot majhno pozornost tudi Sprengerjeva razprava *Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov (50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen)*.<sup>12</sup> Pritegnejo že besede, da gre za jezikovno stisko pravnikov. Sprenger govori o precejšnji pojmovni nenančnosti, ki se nanaša zlasti na to, kako je mogoče zajeti in izostriti merilo, ki formulo vsebinsko napolnjuje. Je to »naravno/razumsko pravo« (R. Alexy), gre za »naravnopravna načela« (H. Rittstieg), smo pri »predpozitivnih človekovih pravicah« (J. Hruschka) ali pa kar pri »moralih« (za razliko od »prava« – J. Limbach, H. Lecheler) ipd. (Sprenger, 1997: 3). Povedna je tudi opredelitev Zveznega vrhovnega sodišča o »vsem narodom skupnih pravnih prepričanjih, ki se nanašajo na človekovo vrednost in dostojanstvo« (BGHSt 40, 241 in nasl.; Sprenger, 1997: 3).

Sprenger soglašja s Kaufmannom, ki opozarja na *horror iuris naturalis*. Pravniki »naj bi bil v bistvu srčno vesel, če svoje naloge lahko reši, ne da bi mu bilo treba na pomoč klicati naravnopravna razmišljanja.« (Kaufmann, 1984: 1) Sprengerjeva in Kaufmannova kritika imata pred seboj nepokončnega (poslušnega) pravnika, ki noče prevzeti odgovornosti za (konkretne) pravne odločitve. Tak pravnik se najbolj varno počuti tedaj, ko se lahko skriva za zakon in za konkretni primer, ki da sta tako enopomenska, da je mogoča mehanična pravna odločitev.

Osrednji problem je, da pravo kot normativni sistem nima trdnega (nerazpoložljivega) vsebinskega izhodišča, ki ga je mogoče objektivno nezmotljivo ugotavljati in ga nato tudi konkretizirati. Sklicevanje na naravno pravo, na »objektivni vrednotni red« ali na človekovo dostojanstvo kot izhodiščno pravno vrednoto potrebuje ustrezno vsebinsko dopolnitev. V vseh treh primerih so pred nami tudi »prazne posode«, ki so vse prej kot argumentativno nedotakljive. Nasprotno: v teh in drugih primerih gre za »posode«, katerih vsebina ni nezmotljivo dana vnaprej.

gledano vsebinsko, večkrat uporabljena tudi v praksi Ustavnega sodišča Republike Slovenije. Glej Pavčnik, 2013: 49–51, in Pavčnik, 2013a: 204–207.

<sup>11</sup> O tem glej tudi Paulson, 2006: 17 in nasl.

<sup>12</sup> V nadaljevanju navajam stran izvirnika, vsi navedki pa so vzeti iz prevoda: Sprenger, 1998.



*Mutatis mutandis* lahko rečemo tudi za Radbruchovo formulo, ob kateri se postavlja vprašanje, kako naj opredelimo merili »znosnosti« in »neznosnosti«. Značilno mesto pri Sprengerju je na primer naslednje:

»Znosno‘ prihaja od ‚nositi‘ – Radbruch je v želji po nazornosti izhajal iz nekakšne ‚nosilnosti‘, in sicer ne nosilnosti predmeta, na primer mostu, ki jo je mogoče izračunati, temveč iz ‚nepreračunljive‘ nosilnosti človeka. Nepreračunljivo ni mišljeno v smislu omahujočega in nepredvidljivega, temveč v smislu, da tega ni mogoče izmeriti v ‚znanstveno-računskih enotah‘. Ne gre za logične, temveč za bolj antropološke, ne toliko za racionalne, kakor za iracionalne dejavnike. *Znosno je prirojeno človeku* in pomeni to, *kar ta lahko prenese*, to pa pomeni toliko kot: *kar lahko pričakujemo, da bo prenesel*. Očitno imamo opraviti s ‚človeškim merilom‘.« (Sprenger, 1997: 5)

Točka, pri kateri smo, nam mora povedati, da je nasprotje med pozitivnim zakonom in pravičnostjo (kot nadzakonskim pravom) doseglo »tako nevzdržno mero, da se mora zakon kot ‚nepravilno pravo‘ umakniti pravičnosti.« (Radbruch, 1946: 216). Merilo neznosnosti je človeško in ga ni mogoče matematično natančno izmeriti in določiti. Kakorkoli obračamo, smo (tudi) na področju subjektivnega. Sprenger ne govori iz metafizičnih višav, čeprav je daleč od tega, da bi mu zadoščal *pozitivnopravni* pogled na pravo. Sprengerjeva misel korenini v realnosti, ki je tudi vrednotna, in v tej realnosti je človek, ki nenehoma išče poslednje vzroke, »konec koncev ostal prepuščen samemu sebi« (Sprenger, 1997: 5).

Sprenger je neizprosno in nadaljuje:

Takoj ko človek »v svojem stremljenju po ‚objektivni resnici‘ spozna, da te resnice ne bo dosegel, je prepuščen svoji subjektivnosti, ki mora sama poskrbeti zase. Človek se mora naučiti, da se dojema kot nekdo, ki je tudi sam vključen v utemeljevanje te ‚resnice‘: prav on inscenira višjo raven, kateri se nato spet podreja.« (Sprenger, 1997: 5)

In kaj naj bi tu pomenilo, da človek inscenira »višjo raven, kateri se nato spet podreja«? Raven, ki jo človek potrebuje, je kolikor toliko trdno vsebinsko izhodišče, ki je v določenem času in prostoru splošno sprejeto kot legitimno. Iskanje izhodišča naj ne vodi »v opustele etične višave«, ampak naj bo usmerjeno »v živopisan življenjski in človeški svet vsakdana« (Sprenger, 1997: 6). Vsakdan

»vsebuje bogat in raznolik izbor religiozne, etične, splošno kulturne in družbene usmeritve, v kateri se človek vselej že nahaja« in nato ta vsakdan »dopol-

njuje s svojo vsakovrstno lastno izkušnjo v odnosu do sveta in soljudi – izbor, ki se kaže v danih vedenjskih vzorcih, v običaju in navadi. Njegovo delovanje v veliki meri temelji na vzajemnosti in izpolnjevanje le-tega obeta smotno življenje. Ta družbena načela utelešajo seštevek neskončne množine preteklih odločitev o vsebinah družbeno-etičnega izkustva ter se prenašajo iz roda v rod kot norma, kakor so jo doživljale številne generacije. V njih je individuuum hkrati poslušen družbi, ki je v njem, istočasno pa se v svojem vsakdanjem odnosu do sveta z njo vedno sooča.« (Sprenger, 1997: 6)

Za Sprengerja je značilno, da posebej izpostavlja vzajemnost kot bistveno sestavino prava. Živeti je mogoče samo kot drug z drugim. Življenjski primeri, v katere smo postavljeni in na katere se pravno odzivamo, so pogosto medsebojno primerljivi in v tem pomenu tudi identični. Ob tem se vselej pojavljajo novi in novi primeri, ki zahtevajo nove in spremenjene odločitve. Vrednotno izročilo, na katerega se opiramo, je treba dopolnjevati in dograjevati glede na vsakokratna dogajanja v času in prostoru in glede na odgovornost do prihodnjih rodov. Dodatna težava je, da se skozi čas spreminjajo tudi vrednotni pogledi (prim. Pavčnik, 2011: 74–75).

Nenehno iskanje »pravega prava« in »pravih odgovorov« je tudi pot tveganja in dvomov. Iskanje ni le reprodukcija že veljavnega prava, iskanje je vselej tudi produkcija novih odločitev. V naravi stvari je, da lahko »pravilno pravo« dosegamo »le z osebnim prizadevanjem in pri tem tvegamo neuspeh.<sup>13</sup> Prižnanje stopa namesto spoznanja.«<sup>14</sup> (Sprenger, 1997: 6)

Brž ko je tako, smo potisnjeni na čistino, kjer mora vsakdo prevzeti odgovornost za svoje odločitve. In prav v tem je smisel »insceniranja višje ravni«. Insceniramo jo prav zato, da dobimo kolikor toliko trdna tla, na katerih edino lahko stojimo in sprejemamo pravne odločitve. Sprenger ima še kako prav, da so ta tla tudi subjektivna. V tem kontekstu dobijo tudi prazne abstraktne formulacije, kot so »svoboda«, »enakost« in »solidarnost«, novo etično-nravstveno razsežnost. Svoboda je »odgovorna svoboda«, enakost je »ustrezna enakost« in solidarnost je »solidarnost, ki jo je mogoče pričakovati« (Sprenger, 1997: 6).

V tem pomenu ima Radbruchova formula simbolno vrednost; njena vrednost presega razmere, v katerih je nastala in na katere se je odzivala. Namenjena

<sup>13</sup> Na tem mestu je opomba 47: »P. Schneider, ARSP 1956, str. 98 in nasl., str. 108.«

<sup>14</sup> Na tem mestu je opomba 48: »G. Radbruch, v: Rechtsphilosophie, op. cit. (op. št. 4), str. 100.«

ni samo zakonodajalcu in drugim postavodajalcem, temveč tudi razumevanju zakona in njegovemu udejanjanju. Zakon, tudi kazenski, je malokdaj (če sploh kdaj) tako enopomenski, da je njegovo razumevanje čista rekonstrukcija »misli« (beri: pravila), ki ga sporoča.<sup>15</sup> V naravi razlage zakona je, da je, zdaj bolj in zdaj manj, tudi »domišljenje nečesa mišljenega« (Radbruch, 2001: 147). Pravna pravila niso dana avtomatično, pravna pravila so šele pomen, ki ga ima zakonsko besedilo. Smoletova Antigona bi, kot poroča paž,<sup>16</sup> temu literarno rekla, da je treba (zapisani) misli najti tudi njen smisel.

### 3. SIMBOLEN POMEN RADBRUCHOVE FORMULE

Smoletova Antigona, ki je bila pravkar omenjena, je ena od izvrstnih reinterpretacij Sofoklejeve Antigone.<sup>17</sup> Osrednja značilnost Smoletove Antigone (iz leta 1959) je, da se Antigona ne pojavi na prizorišču: vseskozi je v ozadju, za odrom, za besedilom, v nas in za nami. Ob fizično nenavzoči Antigoni je osrednji igralec Kreon, ki je v nasprotju s Sofoklejevim bistveno manj premočrtno načelen in zato toliko bolj pragmatičen (»in sploh«, pravi, »počenjajte v mejah predpisov,/ kar vam je drago.«<sup>18</sup>), tudi filozofski in človeški dvomljivec (»In ne nazadnje: tudi kralj, ki je kljub vsemu človek,/ spi laže, če je najprej človek/ in šele prav nazadnje kralj./ Zdaj pa dovolj čenčanja, čakajo nas posli!«<sup>19</sup>), a kljub dvomu naposled neizprosen, ko gre za temelje oblasti:

»Vse, kar lahko stori ta blagi puntar, je to,/ da mi – če mu dovolim – odreže glavo in sam postane/ kralj. Kralj torej bo ostal, naš red, ostal naš zakon/ in svet bo malce preurejen, a ne drugačen./ Kdor pa spreminja svet v osnovi, brez tega reda,/ brez teh zakonov, brez slehernega kralja,/ kdor domišljavo si

<sup>15</sup> Glej von Savigny, 1840: 214. Zanj je razlaga: »*Reconstruction* des dem Gesetze inwohnenden Gedankens.«

<sup>16</sup> Smole, 2009: 14, verz 118: »Za neko misel vztrajno išče smisel.«

<sup>17</sup> Steiner, 2003: 170: »As I noted above, the Sophoclean chorus tends to fall away from spoken 'Antigones' after the sixteenth century and such scholarly treatments as Garnier's. There are exceptions. Among the most intriguing is Domik Smole's Slovene *Antigone*, first staged in 1960. Here, the heroine never appears. It is via the chorus and several secondary personae that we experience the terror and moral-political meaning of her fate.«

<sup>18</sup> Smole, 2009: verzi 142–143.

<sup>19</sup> Smole, 2009: verzi 947–950. Prim. verzi 1506–1512: »Ukrepal nisem jaz, ampak vladar./ Ko je človek kralj, ne gleda v svet sam v vrvežu sveta,/ ampak se vzpne na grič, ki je brez barv in brez sonca,/ da mu pogled je neskajlen in stvaren./ Popuščanje, usmiljenje, ljubezen so čustva,/ prikladna za družinsko izbo./ Kdor je na prestolu, pozna le preiskavo, sodbo, kazen./ Kdor se upre kraljevskemu ukazu, pristane/ na preiskavo, sodbo, kazen.«

izmišlja nov načrt, iz neba snet,/ in ne hlepi po moji glavi, tej in tukaj,/ ampak postavlja v dvom kraljevsko glavo sploh,/ ta je sovražnik. Kralj zoper njega mora biti krut,/ ker mir, blaginja ne padata kot blagi dežek/ z neba: pametna oblast tukaj na tleh ju ustvarja.«<sup>20</sup> In tudi: »Nimam mere, ker sem kralj.« – »Kralj sem torej jaz.«<sup>21</sup>

O Antigoni poročajo drugi, ki odhajajo k njej in se z njo pogovarjajo. Nosilno je vsekakor že navedeno paževo sporočilo, da Antigona motri in motri, ker se hoče dokopati do smisla misli, s katero se upira Kreonovemu ukazu, naj Polinejk nima groba. Antigona Polinejka naposled najde in ga tudi pokoplje. Je, tako Ismena, »Rahel cvet, ki se odpre in brž nato usuje.«<sup>22</sup>

Ta nekoliko daljši navedek iz, če smem tako reči, slovenske Antigone navajam na eni strani zato, ker sva se o Antigoni pogovarjala tudi s profesorjem Sprengerjem, po drugi pa zato, ker je bilo pravo in literatura ena od tistih tem, ki so bile profesorju pri srcu. V knjigi *Literarne poti k pravu (Literarische Wege zum Recht, 2012)* beremo, da je literarno ukvarjanje s posamičnim primerom »neskončno bolj ‚senzibilno‘« kot pravni kalup, ki življenjske primere tipizira (Sprenger, 2012: 130). Vprašanje življenjske znosnosti ali neznosnosti prava je zanesljivo eno od senzibilnih vprašanj, kjer nam literatura lahko pomaga.

Sprenger je imel velik občutek za pravno senzibilnost. V dveh razpravah o pravnem občutku – ena je pravno teoretična (Sprenger 2003), druga pa spada med literarne poti k pravu (Sprenger 1998), je na svoj način osvetlil ozadje Radbruchove formule in s tem ponudil ali pa vsaj razločno nakazal odgovor, kako se je mogoče spoprijemati z mero pravnosti.

Sprengerjevo iskanje smisla misli *pravo* (nem. *Recht*) krene v polje pred-pravnega reda, to je na področje imeti »*prav*« (nem. *recht*), na katerem sloni tudi pravo (nem. *Recht*). V polju pred-pravnega reda ima pomembno vlogo pravni občutek, ki je vselej tudi emocionalen in intuitiven. Sprenger si postavlja vprašanje, kaj je in kakšen je videti pravni občutek brez prava. Spoznavanje pravnega občutka in njegovih prvin je za dojetje prava bistveno.

Sprengerjev intelekt je v biti sveta in se zaveda, da »občutki in razpoloženja« obstajajo in da bi bilo zato nesmiselno, če bi jih v imenu čiste racionalnosti – kolikor je ta sploh mogoča – zavračali. V življenju in v pravu je pomemb-

<sup>20</sup> Smole, 2009: verzi 639–650.

<sup>21</sup> Smole, 2009: verza 2087 in 2270.

<sup>22</sup> Smole, 2009: verz 2259.

na tudi »logika« srca.<sup>23</sup> »Razpoloženje (občutek) ničesar ne dojema in ne razume«, poudarja (sklicujoč se na Maxa Müllerja), »a omogoča dojetanje in razumevanje«. Gre za »dogajanje biti, na kateri dojetanje, razumevanje in zavest šele temeljijo.«<sup>24</sup> (Sprenger, 2012: 97)

V pred-pravnem redu se lahko življenje normalno odvija, če je imeti »prav« (nem. *recht*) doživeto in naravno. Temeljni prvini, ki ju red mora zagotavljati, sta enakost in vzajemnost.

Enakost in neenakost nastajata v medsebojnem razmerju, to je v razmerju, v katerem človek oblikuje družbo, ta pa še izvirneje oblikuje njega (Sprenger, 2003: 229–330). Za prežemajoča se razmerja je značilno, da človek dojema v drugem »drugega kot samega sebe« (Sprenger, 2003: 330).<sup>25</sup> Merilo enakosti je pravičnost, ki je od Aristotela dalje znana kot distributivna (razdeljevalna) in komutativna (izravnalna) pravičnost. Vsebina enakosti (pravičnosti) ni določljiva in uresničljiva, »če ne upoštevamo osebe in njenega položaja v življenju« (Sprenger, 2003: 329). Šele konkretni primer je tisti, ki enakost kot pravičnost podrobneje determinira in jo dinamizira. Vsebinsko aktualiziranje enakosti »se udejanja kot vzajemnost« (Sprenger, 2003: 331).

Sprenger misli eksistencialistično in kot krt grebe po resničnosti in človeku, ki živi tu in zdaj. Jedro prava je v obojestranskem in večstranskem razmerju, v katerem smo vzajemno drug z drugim. Pravna razmerja so razmerja ko-eksistence. Vzajemnost je tako »splošno temeljno določilo ravnanja s soljudmi« (Sprenger, 2012: 100). V tej kakovosti jo opredeljuje tudi »kot kategorialno predpostavko za občevanje z drugimi« (Sprenger, 2003: 333). Vzajemnost temelji na zanesljivosti in zaupanju, ki sta pogoj ustreznega so-žitja. Brž ko skupno življenje sloni tudi na prisili, ima vzajemnost primanjkljaj (Sprenger, 2003: 332). Če vzajemnosti sploh ni, ker »jaz« potepta »drugega«, smo že zdrsnili na območje neprava.<sup>26</sup>

Vzajemnost potrebuje pravila, ki povedo, kako naj bodo vedenja in ravnanja medsebojno usklajena. Če pravil ni, medsebojni konflikti niso rešljivi.

<sup>23</sup> Prim. Pascal, Misli: 277/1: »Srce ima svoje razloge, ki jih razum ne razume.« (»Le coeur a ses raisons que la raison ne connaît point.«)

<sup>24</sup> Na tem mestu je opomba 49: »Müller (1964), str. 100 (poudarki G. S.).« Sprenger se sklicuje na delo Maxa Müllerja: *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 3. izdaja, 1964.

<sup>25</sup> Glej tudi odlično razpravo *Des Menschen Maß: der Andere. – Gedanken zu Humanität und Recht* (Sprenger, 1997a: 25 in nasl.).

<sup>26</sup> Glej Sprenger (2012: 101): »Unrecht aber meint hier: das Ausbleiben von Gegenseitigkeit.«

Sprenger se posveča zlasti zlatemu pravilu, ki ima, bi rekli danes, globalno veljavo (Sprenger, 2003: 333 in nasl.; 2012: 101 in nasl.). Iskanje mere prava se ne more izogniti tudi drugim pravilom in načelom (na primer dekalogu, Ulpijanovim nosilnim načelom prava, temeljnim merilom pravičnosti, Kantovemu kategoričnemu imperativu).

Tisto, kar Sprengerja posebej zaposluje, je, da mora imeti vsako vzajemno razmerje *ustrezanje*, h kateremu ga pravilo usmeri. Ustrezanje je »primerno odzivajoče se ravnanje v razmerju do drugega« (Sprenger, 2003: 336). Odprtost in prožnost zlatega pravila omogočata, da »tehtnica pravičnosti« doseže ravnovesje: »*Ustrezanje kot odzivajoče se ravnanje je imeti ‚prav‘ (nem. recht)*« (Sprenger, 2003: 334).

Ustrezanje je ključno tudi za *pravo* (nem. *Recht*):

»Pravo mora zagotavljati zunanje vedenje in ustrezanje v socialni zgradbi, ki jo opredeljujejo tipični položaji, povezave in namenske konstelacije vsakdanjega sožitja.« (Sprenger, 2003: 337)

Za pravo je bistveno, da gradi na ustrezanju »kot odzivajočem se ravnanju« in da ga omogoča. Če ustrezanja ni (na primer med kupcem in prodajalcem, med poškodovalcem in oškodovancem, med delojemalcem in delodajalcem, med davkoplačevalcem in prejemnikom socialnih dajatev), spregovori pravni občutek, ki se na umanjkanje ustrezanja odzove z razočaranjem (Sprenger, 2003: 337; 2012: 105). Pravni občutek je bistveno bolj senzibilen »kot katerokoli pozitivnopravno merilo, pravni pojmovni sistem in vsa metodološka prizadevanja, ki jih premore« (Sprenger, 2003: 337). Da je res tako, sta doživetvo in prepričljivo pokazala pisatelj Anatole France v zgodbi Crainquebille in profesor Sprenger, ki je na primeru Crainquebilleve zgodbe zasnoval svojo razpravo o pravnem občutku.

In kaj ima vse to opraviti z Radbruchovo formulo neznosnosti? Neposredno malo, posredno pa zelo veliko. Neposredno malo zato, ker se Sprenger ne ukvarja kaj prida s samo neznosnostjo in s konkretnimi primeri neznosnosti. Sprengerjeva moč je *iskanje znosnosti prava*, ki mora, če hoče biti tako, temeljiti na tem, kar je »*prav*« (nem. *recht*), to pa je vtakano v pravni občutek pošteno čutečih in mislečih ljudi. Kolikor bolj se pozitivno pravo oddaljuje od elementarnih prvin pravnosti in od elementarnega pravnega občutka, toliko več možnosti ima, da bo nelegitimno, in da bo, vsaj v nekaterih segmentih, postalo neznosno.

\*\*\*

Od tu naprej se začenjajo novi problemi. Eden od njih se nanaša tudi na človekovo dostojanstvo. Sam sem zagovornik stališča, da je človekovo dostojanstvo temeljno pravno načelo,<sup>27</sup> ki ga je treba kazuistično izgrajevati in ga s tem dvigovati na višjo raven. Ena od prvih odločb Ustavnega sodišča Republike Slovenije, ki je to obravnavala, je bila odločba o obsegu izvršbe na delo obsojencev (U-I-66/93). V odločbi je bilo izrecno poudarjeno, da je treba tudi obsojencu pustiti

»neki znesek, s katerim lahko prosto razpolaga za zadovoljevanje tistih svojih potreb, katerih zadovoljevanje mu omogoča človeka vredno življenje, in da je zakonitim preživninskim terjatvam tudi pri izvršbi na zaporniške prejemke zagotovljena enaka prednost kot pri izvršbi na druge prejemke.«

Namesto sklepa naj ponovim, kar sem povedal že na nekem drugem mestu:

»Od ustavnega sodišča ne smemo in tudi ne moremo pričakovati, da bo delovalo kot vseomogočni *deus ex machina*. Ustavno sodišče je odvisno od predlogov in možnosti, ki mu jih ponujajo zahteve in pobude za oceno ustavnosti in zakonitosti predpisov in splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil, ustavne pritožbe in še nekatera druga pravna sredstva. Nič ne skrivam, da bi moji naravi in pogledom na človeški obraz prava ustrezalo, če bi imelo ustavno sodišče več možnosti, da podrobneje operacionalizira ustavno načelo socialne države, kot je to storilo z načelom pravne države. Vem, vem. Biti moramo previdni. Od ustavnega sodišča ne smemo pričakovati, da bo storilo to, kar je v domeni drugih. Od njega lahko pričakujemo zgolj to, da bo kot sodišče prisluhnilo zahtevam, predlogom in pobudam, ki se bodo tudi na področju socialne države zavzemali za človekovo dostojanstvo.« (Pavčnik, 2015a: 768)<sup>28</sup>

## Literatura:

ALEXY, Robert. (1993). Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. V: R. Alexy, H. J. Koch, L. Kuhlen, H. Rübman, *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (2003: 469–492). Baden-Baden: Nomos.

DREIER, Horst. (1997). Gustav Radbruch und die Mauerschützen. *Juristen Zeitung (JZ)*, 52 (9), 421–434.

<sup>27</sup> Glej in prim. Pavčnik, 2011a, 533–541.

<sup>28</sup> Glej in primerjaj s primeri, ki jih za pravico do socialne varnosti navaja Strban, 2013: 341–391.

DREIER, Ralf. (1993). Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes. V: F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild, U. Schroth (ur.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (57–70). Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.

DREIER, Ralf. (2011). Gustav Radbruchs Rechtsbegriff. V: M. Mahlmann (ur.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner* (17–44). Baden-Baden: Nomos.

KAUFMANN, Arthur. (1984): *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*. 2. izd. Köln etc.: Carl Heymanns Verlag KG.

KAUFMANN, Arthur. (1995). Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen von der DDR begangene Unrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 48 (2), 81–84. Navedki so iz prevoda: Uporaba Radbruchove formule o zakonskem nepravu in o nadzakonskem pravu pri razpravljanju o krivicah, ki so bile storjene v imenu Nemške demokratične republike. *Pravnik*, 51 (1996) 9-10, 513–524.

PASCAL, Blaise. (1999). *Mislji*. Celje: Mohorjeva družba.

PAULSON, Stanley L. (2006). On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (1), 17–40.

PAVČNIK, Marijan. (2011). *Auf dem Weg zum Maß des Rechts. Ausgewählte Schriften zur Rechtslehre*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

PAVČNIK, Marijan. (2011a). Krhkost človekovega dostojanstva. *Pravnik*, 66 (2011) 9-10, 533–541.

PAVČNIK, Marijan. (2013). Zakonsko (ne)pravo. V: Matjaž Ambrož, Katja Filipčič, Aleš Završnik (ur.), *Zbornik za Alenko Šelih*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 43–58.

PAVČNIK, Marijan. (2013a). *Argumentacija v pravu*. 3. izdaja. Ljubljana: GV Založba.

PAVČNIK, Marijan. (2015). Gesetzliches (Un)recht. (Symbolische Bedeutung der Radbruchschen Formel). V: Annette Brockmöller, Stephan Kirste, Ulfrid Neumann (ur.), *Wert und Wahrheit in der Rechtswissenschaft*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 41–60.



- PAVČNIK, Marijan. (2015a). Razlagalnost ustave in zakonov. *Pravnik*, 70 (2015) 11-12, 763–769.
- RADBRUCH, Gustav. (1914). *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Navedeno po ponatisu v: GRGA II (1993). Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- RADBRUCH, Gustav. (1934). Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. V: Radbruch, *Rechtsphilosophie III* (1990), GRGA III (17–22). Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- RADBRUCH, Gustav. (1946). Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Navedeno po ponatisu: Radbruch, 1999: 211–219. Navedki so vzeti iz prevoda: Radbruch, 2001 (2007): 271–281.
- RADBRUCH, Gustav. (1948). Vorschule der Rechtsphilosophie. V: Radbruch, *Rechtsphilosophie III* (1990), GRGA III (121–227). Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- RADBRUCH, Gustav. (1949). Neue Probleme in der Rechtswissenschaft. V: Radbruch, *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß* (1952: 31–34). Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Ponatis: GRGA IV (2002: 232–235). Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- RADBRUCH, Gustav. (1999). *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Ur. R. Dreier, S. L. Paulson. Heidelberg: C. F. Müller.
- RADBRUCH, Gustav. (2001). *Filozofija prava. Študijska izdaja*. Izd. R. Dreier in S. L. Paulson. Pravna fakulteta in Cankarjeva založba. Ponatis: 2007.
- SALIGER, Frank. (1995). *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. (1840). *System des heutigen Römischen Rechts*. I. Berlin: Veit und Comp.
- SIECKMANN, Jan-Reinard. (2001). Die »Radbruch'sche Formel« und die Mauerschützen. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 87, 496–515.
- SMOLE, Dominik. (2009). *Antigona*. V: *Zbrano delo*. II. Ljubljana: Založba ZRC.
- SPRENGER, Gerhard. (1976). *Naturrecht und Natur der Sache*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SPRENGER, Gerhard. (1996). Vom Wert der Wahrheit und der »Wahrheit« des Wertes im Recht. V: G. Haney, W. Maihofer, G. Sprenger, *Recht und Ideologie. Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag*. Freiburg, Berlin: Rudolf Haufe Verlag (190–222). Ponatis: Sprenger, 2010: 11–43.

- SPRENGER, Gerhard. (1997). 50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen. *Neue Justiz*, 1, 3–7. Navedki so vzeti iz prevoda: Sprenger 1998a.
- SPRENGER, GERHARD. (1997a). Des Menschen Maß: der Andere. – *Gedanken zu Humanität und Recht*. V: R. Gröschner, M. Morlok (ur.), *Recht und Humanismus. Kolloquium für Gerhard Haney zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos (25–52). Ponatis: Sprenger, 2010: 231–258.
- SPRENGER, Gerhard. (1998). Crainquebille – oder: die verweigerte Gegenseitigkeit. Zur Ontologie des Rechtsgefühls. *Teoria prava. Filozofia prava. Współczesne prawo i prawnoznawstwo*, 1998, 291–314. Ponatis: Sprenger, 2012: 87–110.
- SPRENGER, Gerhard. (1998a). Petdeset let Radbruchove formule ali: o jezikovni stiski pravnikov. *Pravnik*, 53 (1998) 11-12, 633–644.
- SPRENGER, Gerhard. (2000). Recht und Werte. Reflexionen über eine philosophische Verlegenheit. *Der Staat*, 39 (1), 1–22. Navedeno po ponatisu: Sprenger, 2010: 125–146.
- SPRENGER, Gerhard. (2000a). Od naravnega prava do človekovega dostojanstva – Preoblikovanje nemškega pravosodja po letu 1945. *Pravnik*, 55 (2000) 4-5, 197–213.
- SPRENGER, Gerhard. (2003). Rechtsgefühl ohne Recht. *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Ur. D. Dölling. Berlin: Duncker & Humblot. Ponatis: Sprenger, 2010: 305–326.
- SPRENGER, Gerhard. (2010). *Von der Wahrheit zum Wert. Gedanken zu Recht und Gerechtigkeit*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- SPRENGER, Gerhard. (2012). *Literarische Wege zum Recht*. Baden-Baden: Nomos.
- STEINER, George. (1984, ponatis: 2003). *Antigones*. New York: Oxford University Press.
- STRBAN, Grega. (2013). Pravica do socialne varnosti v (ustavno)sodnem odločanju. V: M. Pavčnik, A. Novak (ur.), *(Ustavno)sodno odločanje*. Ljubljana: GV Založba, 341–391.



II. del

# **USTAVNO PRAVO**



# Pošteno sojenje in kritika pravosodja

LOVRO ŠTURM

## 1. UVOD

Prispevek obravnava vprašanje, v kakšnem obsegu je dopustna kritika pravosodja. Izraz pravosodje razujem v širšem pomenu: poleg institucije, ki zajema vse vrste pravosodnih organov, tudi sodnike in tožilce kot posameznike, zraven pa še druge uradne osebe, ki sodelujejo v sodnih postopkih (sodniki porotniki, izvedenci, tolmači). Z izrazom kritika pravosodja razujem izrekanje kritičnih mnenj o posameznih osebah iz vrst pravosodja, na primer o sodnikih, ali o institucijah, na primer o sodišču. Kritika je lahko izražena med samim postopkom sojenja v razpravni dvorani, redkeje v pisnih vlogah, naslovljenih na sodišče, ali pa je izražena zunaj sodnih dvoran v medijih ali z drugimi oblikami izražanja.

Med številnimi razlogi za izrekanje kritičnih mnenj o pravosodju, od katerega udeleženci pričakujejo pošteno in pravično sojenje, se prispevek omejuje na sklop vprašanj o (ne)pristranskosti sojenja in o svobodi izražanja ter na poseben sklop vprašanj, zvezanih z disciplinskimi sankcijami oziroma kaznovanjem zagovornikov v sodnih postopkih. Zato ne obravnavam nekaterih drugih pogostih razlogov za izrekanje kritičnih mnenj, kot so očitki o kršenju drugih procesnih jamstev poštenega sojenja, na primer zaradi kršitve načela zakonitega sodnika, zaradi oviranja učinkovite obrambe ali zaradi nerazumno počasnega sojenja.

Pri obravnavanju posameznih vprašanj poleg virov iz strokovne literature prikazujem tudi ustavnosodno presojo Ustavnega sodišča in bogato sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). V okviru tega pri-

---

**Lovro Šurm**, doktor pravnih znanosti, zaslužni profesor Univerze v Ljubljani

spevka ni mogoče natančneje analizirati prakse ESČP, možno je le prikazati njene trende in razvoj doktrin.

## **2. PRAVNE PODLAGE ZA KRITIKO PRAVOSODJA**

Pravne podlage za kritiko pravosodja so podane v domačem in v mednarodnem pravnem redu. V domačem pravnem redu so to poleg določb iz 22. člena Ustave Republike Slovenije o enakem varstvu pravic vsakogar v postopkih pred sodišči, o pravici iz 23. člena Ustave do neodvisnega in nepristranskega sodišča in o pravici iz prvega odstavka 39. člena Ustave do svobode izražanja, javnega nastopanja in svobode do zbiranja, sprejemanj in razširjanja vesti in mnenj še sodna praksa rednih sodišč in ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča. Omejitve kritike pravosodja zaradi varovanja avtoritete sodišč in pogoji za disciplinsko kaznovanje odvetnikov ter drugih udeležencev postopka so določene v 11. in 109. členu Zakona o pravnem postopku (ZPP)<sup>1</sup> in v 78. členu Zakona o kazenskem postopku (ZKP).<sup>2</sup>

Eden od najpomembnejših procesnih zakonskih institutov za zagotovitev ustavne pravice do nepristranskega sojenja je institut izločitve sodnika. V pravnem postopku to določa 70. člena ZPP. Razloge, zaradi katerih sodnik ne more sodelovati pri odločanju v konkretnem sporu, je mogoče razvrstiti v dve temeljni skupini: izključitveni razlogi (*index inhabilis*) iz 1. do 5. točke 70. člena ZPP in odklonitveni razlogi (*index suspectus*) iz 6. točke 70. člena ZPP. Slednji so v zakonu opredeljeni z generalno klavzulo, tj. če so podane druge okoliščine, ki vzbujajo dvom o sodnikovi nepristranskosti. V kazenskem postopku 39. člen ZKP določa, kdaj sodnik zaradi določenih objektivnih ali subjektivnih okoliščin ne bi mogel biti nepristranski v konkretni zadevi, zaradi česar mora biti izločen iz opravljanja sodniške dolžnosti v tej zadevi. Opozoriti velja tudi na določbe 17. člena ZKP, ki zapoveduje ne le sodišču, ampak tudi drugim državnim organom, ki sodelujejo v kazenskem postopku, torej tudi državnemu tožilstvu in policiji (!), da morajo po resnici in popolnoma ugotoviti dejstva, pomembna za izdajo zakonite odločbe, in morajo zato enako pazljivo preizkusiti in ugotoviti tako dejstva, ki obdolženca obremenjujejo, kakor tudi dejstva, ki so mu v korist.

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 32/12 – UPB8.

V mednarodnem pravnem redu, ki zavezuje Republiko Slovenijo, so pravne podlage za kritiko pravosodja v določbah o pravici do neodvisnega in nepristranskega sodišča Konvencije Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin<sup>3</sup> (EKČP) iz prvega odstavka 6. člena z naslovom Pravica do poštenega sojenja in v določbah 10. člena EKČP o svobodi govora in o varovanju avtoritete in nepristranskosti sodstva. Slovenijo kot članico Evropske unije zavezujejo tudi podobne in vsebinsko identične določbe Listine Evropske unije o temeljnih pravicah<sup>4</sup> iz njenega 47. člena.

Obsežna je sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). Zavezanost neodvisnosti, nepristranskosti in odgovornosti sodnikov je nepogrešljiv sestavni del številnih mednarodnih listin različnih združenj sodnikov in etičnih kodeksov.<sup>5</sup>

### 3. NEODVISNO IN NEPRISTRANSKO SOJENJE KOT KLJUČNI SESTAVINI POŠTENEGA SOJENJA

V pravici do poštenega sojenja sta osrednji zahtevi po neodvisnosti in nepristranskosti. Pristranskost pri sojenju Pitamic opredeljuje kot moralno in intelektualno odvisnost sodnikov v konkretnem primeru.<sup>6</sup> Neodvisnost in nepristranskost sta tesno povezani. Pojem odvisnosti obsega nesporejliivo razmerje med odločevalcem in stranko ali njenim zagovornikom, pristranskost pa označuje odločevalca z mentalnim razpoloženjem, ki je vnaprej opredeljeno v korist ali v škodo stranke. V testih prevladuje ocena nepristranskosti, ki jo je mogoče razumeti na dva različna načina. Že v enem svojih zgodnjih primerov *Delcourt proti Belgiji* leta 1970 je ESČP citiralo anglosaški pravni rek *justice must not only be done, it must be seen to be done*, ki ga je oblikoval

<sup>3</sup> Glej Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopoljene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11 (MKVCP), Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94, začetek veljavnosti 28. junija 1994.

<sup>4</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, (2000/C 364/01) z dne 18. 12. 2000, Official Journal of the European Communities, C 364/1. Uradni naslov: Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Uradni list C 83, 30. marec 2010.

<sup>5</sup> Glej International Commission of Jurists: International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors, Ženeva 2001; in Kodeks sodniške etike Slovenskega sodniškega društva, <[http://www.sodniskodrustvo.si/SODNISKO\\_DRUSTVO,,akti\\_drustva,kodeks\\_sodniske\\_etike.htm](http://www.sodniskodrustvo.si/SODNISKO_DRUSTVO,,akti_drustva,kodeks_sodniske_etike.htm)> (29. 5. 2016).

<sup>6</sup> Leonid Pitamic: Država. Družba sv. Mohorja, Celje 1927, str. 418.



Lord Hewart CJ leta 1923.<sup>7</sup> Opirajoč se na to maksimo, je ESČP razvilo presojo nepristranskosti sodišča po subjektivno-objektivnem testu.<sup>8</sup>

Subjektivni element nepristranskosti se nanaša na vprašanje obstoja osebne sodbe sodnika v določenem primeru. Pri presoji objektivnega elementa pa ESČP ugotavlja, ali sodnik daje zadostna jamstva, ki izključujejo upravičen dvom o pristranskosti.<sup>9</sup> Osebna nepristranskost sodnika se po stališču ESČP iz zadeve *De Cubber proti Belgiji* domneva, dokler stranka ne dokaže nasprotnega.<sup>10</sup>

Pri presoji objektivnega vidika je treba med drugim upoštevati tudi okoliščine, povezane z izvajanjem sodne funkcije in z njeno notranjo organiziranostjo. Pri tem je lahko pomemben celo videz: že če obstaja legitimen dvom o obstoju nepristranskosti, mora biti sodnik izločen. Po stališču ESČP gre pri zagotovitvi nepristranskosti sodišča za zaupanje, ki ga morajo sodišča v demokratični družbi uživati v javnosti in še zlasti – kolikor gre za kazenski postopek – pri obdolžencu.<sup>11</sup> Med novejšimi opredelitvami ESČP glede testa pristranskosti sojenja velja opozoriti na referenčno zadevo *Kyprianou proti Cipru* iz leta 2005,<sup>12</sup> v kateri je ESČP opravilo tudi zanimivo primerjalno analizo z anglosaškim običajnim pravom,<sup>13</sup> in na zadevo *Lewandowski proti Poljski* iz leta 2012.<sup>14</sup>

Subjektivna pristranskost po testu ESČP je v anglosaškem običajnem pravu (*common law*) znana kot dejanska pristranskost (*actual bias*), ki ima temelj v

<sup>7</sup> *The King v. Sussex Justices*. Ex parte McCarthy, High Court of Justice, 1 K.B. 256, 259 (1923) (Eng.); *Delcourt proti Belgiji*, št. A/11, Reports 355, 369 (17. 1. 1970) citirano po Margaret Allars: Disqualification for Bias and International Tribunals: Room for a Common Test?, v: Missouri Law Review, 2013, vol. 78, str. 384; in Aleš Galič: Ustavno civilno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 413.

<sup>8</sup> Glej več o tem David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley (ur.): Law of the European Convention on Human Rights. Druga izdaja, Oxford University Press, Oxford 2009, str. 290–297; in Margaret Allars, nav. delo, str. 384–387.

<sup>9</sup> *Piersack proti Belgiji* z dne 1. oktobra 1982, Publ. ECHR, Ser. A, Vol. 53, § 30.

<sup>10</sup> *De Cubber proti Belgiji*, št. 9186/80 z dne 26. oktobra 1984, § 25.

<sup>11</sup> Povzeto po U-I-92/96 z dne 28. marca 2002, OdlUS XI, 45, opomba 1.

<sup>12</sup> *Kyprianou proti Cipru*, št. 73797/01 z dne 15. decembra 2005. § 118–121. Glej tudi na primer David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley (ur.), nav. delo, str. 290; in Achilles C. Emilianides: A Re-Evaluation of the Law of Contempt by Advocates in Light of Recent Cypriot Jurisprudence, <[http://www.ecba.org/extdocserv/conferences/nicosia2011/Emilianides\\_contemptnewarticle.pdf](http://www.ecba.org/extdocserv/conferences/nicosia2011/Emilianides_contemptnewarticle.pdf)> (29. 5. 2016).

<sup>13</sup> *Kyprianou proti Cipru*, tč. 43–57.

<sup>14</sup> *Lewandowski proti Poljski*, št. 66484/09 z dne 3. julija 2012, tč. 41–50.

obstoju sodnikovih interesov in motivov.<sup>15</sup> Objektivna pristranskost po testu ESČP ali videz pristranskosti (*apparent bias*) v anglosaškem običajnem pravu se izraža takrat, ko zaznamo nevarnost, verjetnost, tveganje, možnost ali domnevo predsodka ali vnaprej oblikovanega stališča ali umanjkanje poštenega obravnavanja pri sodniku.<sup>16</sup> Ključno vprašanje je, pri kom mora nastati vtis o takem videzu. Ali pri samem sodniku, ki je pristojen, da odloča o stvari, ali pri njegovih sodniških kolegih ali pri odmaknjenem zunanjem opazovalcu.

Ta vprašanja so bila obravnavana v številnih primerih. Prvi tak test je bil v zadevi *Delcourt proti Belgiji*. ESČP je vlogo zavrnilo. Po običajnem pravu to ne bilo mogoče. Naslednje odločitve nakazujejo razvoj, ki se odmika od inkvizitornega vpliva. Referenčni primer je *De Cubber proti Belgiji*. V tej zadevi je pritožnik trdil, da mu je sodil pristranski sodnik, ki je pred tem sodeloval v istem postopku kot preiskovalni sodnik, pritožniku pa je sodil tudi v različnih drugih sodnih postopkih. ESČP je ugotovilo, da v konkretnem primeru iz ravnanja sodnika ni nobenih dokazov, ki bi kazali na njegovo pristranskost, sploh pa ne, da bi bil ta sovražno razpoložen ali zlonameren v odnosu do pritožnika. Vendar pa je treba po mnenju ESČP oceniti ne le subjektivni pristop, temveč tudi zunanjo pojavnost.<sup>17</sup> Obdolženec, ki se znajde pred sodnikom, ki je pred tem odredil njegovo pridržanje in ki ga je večkrat zaslišal med preiskavo, upravičeno dvomi o sodnikovi nepristranskosti. Od zadeve *Kyprianou proti Cipru* naprej ESČP uporablja merilo zunanjega opazovalca (angl. *external observer*).

Polagoma se je vzpostavilo dosledno spoštovanje načela *nemo iudex in causa sua*, ki je od nekdanj sestavni del anglosaškega običajnega prava. Od zadeve *De Cubber* naprej ESČP objektivni test redno opira na okoliščine, kjer sodnik, ki je predhodno sodeloval pri odločanju ali sprejel sklepe o dejanskem stanju, ki je predmet obravnave, ne sme več biti sodnik v taki zadevi. Vendar je ESČP šele leta 2007 v zadevi *Kyprianou proti Cipru* stališče *nemo iudex in causa sua* sprejelo v celoti.

#### 4. DISCIPLINSKO KAZNOVANJE ODVETNIKOV

Odvetniki v pravnih in kazenskih postopkih so lahko zaradi njihovih kritičnih izjav, podanih bodisi na javni obravnavi ali v pisnih vlogah, denarno kaznovani zaradi žalitve. Pravna podlaga za tako kaznovanje ni podana zaradi ogrožanja

<sup>15</sup> *Kyprianou proti Cipru*, tč. 118.

<sup>16</sup> Margaret Allars, nav. delo, str. 381.

<sup>17</sup> *De Cubber proti Belgiji*, tč. 26.

časti in dobrega imena konkretnega sodnika, ampak zaradi varstva avtoritete sodstva.<sup>18</sup> ESČP je bilo do obravnavanja takih pritožb sprva zadržano, nato odklonilno, potem pa ko je razvilo teste in kriterije subjektivne in objektivne (ne)pristranskosti sodišča, v številnih primerih pritožnikom tudi ugodilo.<sup>19</sup>

ESČP je tudi pri *Kyprianou proti Cipru* ugotovilo tako subjektivno kot tudi objektivno pristranskost sodnikov, ki so odvetnika kaznovali zaradi kritike, ki je bila usmerjena zoper te sodnike osebno. Posledično je Ciper svojo zakonsko ureditev na tem področju spremenil.<sup>20</sup> Opozoriti velja, da je v tej referenčni zadevi ESČP poleg kršitve 6. člena presojalo in ugotovilo tudi kršitev 10. člena EKČP.<sup>21</sup>

V novejši referenčni zadevi *Krivoshapkin proti Rusiji*<sup>22</sup> leta 2011 je ESČP z objektivnim testom ocenjevalo nepristranskost sodišča. Ker na obravnavi ni bilo tožilca in je odločilo sodišče samo, je šlo po odločitvi ESČP za prepletanje vloge sodnika in tožilca. Pomembna značilnost te zadeve je tudi to, da je iz razlogov, na katere se sklicuje ESČP, razvidno, da 6. člen EKČP v vseh primerih implicira zahtevo po adversarnem tipu kazenskega postopka.<sup>23</sup>

Za Slovenijo je pomembna novejša odločitev ESČP *Pečnik proti Sloveniji* iz leta 2012,<sup>24</sup> v kateri je ESČP ugodilo pritožbi odvetnice v zadevi, v kateri Ustavno sodišče ni spoznalo kršitve načela nepristranskosti.<sup>25</sup> V tem primeru je bila odvetnica kaznovana zaradi svojih domnevno žaljivih pripomb o sodniku, ki so bile podane v pravnem postopku v pisni pritožbi proti njegovi prvostopni odločitvi in zaradi katerih se je sodnik počutil »grobno razžaljenega.« ESČP je v svoji odločitvi o tej zadevi v točki 40 zavzelo stališče, da menjavanje vlog pritožnika, priče, tožilca in sodnika kaže na funkcionalno napako in vzbuja upravičen strah glede nepristranskosti sodišča; pri tem se je sklicevalo na

<sup>18</sup> O opredelitvi pojma in razlogih zanj glej več v Rok Čeferin: Meje svobode tiska, Analiza sodne prakse Ustavnega sodišča Republike Slovenije in Evropskega sodišča za človekove pravice. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 231; in David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley (ur.), nav. delo, str. 387–393.

<sup>19</sup> Glej David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley (ur.), nav. delo, str. 387–393.

<sup>20</sup> Glej Achilles C. Emilianides, nav. delo.

<sup>21</sup> Glej ločeno mnenje sodnika dr. Cirila Ribičiča v Up-309-05 z dne 15. maja 2008, OdlUS XVII, 33 (Čeferin), točke 19–21.

<sup>22</sup> *Krivoshapkin proti Rusiji*, št. 42224/02, 27. januar 2011.

<sup>23</sup> Prav tam, tč. 47, 52–53, 55–56 in 65.

<sup>24</sup> *Pečnik proti Sloveniji*, št. 44901/05, 27. september 2012.

<sup>25</sup> UP-332/03 z dne 27. oktobra 2005.

točki 127 in 128 ter na 130 in 131 sodbe v zadevi *Kyprianou proti Cipru*. ESČP je v točki 40 ugotovilo kršitev pravice do nepristranskega sojenja iz prvega odstavka 6. člena EKČP.

## 5. PRESOJA SLOVENSКИH SODIŠČ O (NE)PRISTRANSKOSTI SOJENJA

Bežni pregled na spletu dostopne sodne prakse rednih sodišč o uporabi k 6. točki 70. člena ZPP (odklonitveni razlog) razkriva, da so v večini primerov stranke zahtevale izločitev v ponovnem sojenju, češ da je sodnik prvič razsodil napačno. Sledijo primeri zahtev za izločitev, ker so sodniki v kakem članku (ne povezano s konkretno zadevo) izrazili pravno stališče, ki bi bilo za stranko neugodno. Nekaj je primerov, ko so stranke (neuspešno) zahtevale izločitev, ker je bil na sodišču zaposlen kakšen uradnik, na primer vpisničarka, ki je v sorodstvu z nasprotno stranko. Ali pa preprosto, da sodniku ne zaupajo (več), glede na to, kako vodi postopek. Zelo številne so (praviloma neuspešne) zahteve za prenos sojenja na drugo sodišče, ker stranka počez izloča vse sodnike nekega sodišča.

Poenostavljeno povedano: nezadovoljstvo stranke s sojenjem ni razlog za izločitev. Tudi predlogi, ki izvirajo iz vnaprejšnjega nezaupanja stranke do konkretnega sodnika (ali sodišča), so praviloma zavrnjeni. Sodišča dokaj izčrpno razlagajo, da strankin predsodek ne more biti izločitveni razlog. Merilo je ocena nepristranskega opazovalca. Stranka pa mora navesti razloge, ki bi tudi v nepristranskem opazovalcu vzbudili dvom v nepristranskost. V zadevi II Ips 214/2013 z dne 20. februarja 2014 je sodišče ugodilo revizijski navedbi, da je bil postopek kršen, ker sodnik, ki je sodil, ni zagotavljal videza nepristranskosti. Ker največji del sodb, zlasti sodbe prvostopnih sodišč niso javno dostopne, na tej podlagi ni mogoče zanesljivo preveriti, ali slovenska sodišča pri zahtevah o izločitvi sodnikov dosledno sledijo zahtevam ESČP glede zagotavljanja tako subjektivne kot tudi objektivne nepristranskosti sojenja, zlasti glede zagotavljanja videza nepristranskega in s tem poštenega sojenja.

V medijsko odmevni zadevi Franc Kangler je pritožnik v zahtevi za varstvo zakonitosti utemeljeval tudi pristranskost sodišča in se pri tem skliceval na strokovno mnenje dr. Cirila Ribičiča.<sup>26</sup> Vrhovno sodišče je v svoji presoji pri-

<sup>26</sup> Ciril Ribičič: Ustavnopravno mnenje o neodvisnosti sodnikov in zasliševanju obremenilnih prič <<http://www.publishwall.si/odbor2015/post/156534/ustavnopravno-mnenje-dr-cirila-ribicica>> (29. 5. 2016).

trdilo pritožniku iz drugega pritožbenega razloga in razveljavilo sodbe nižjih sodišč, vendar se o tem delu vloge ni izreklo.<sup>27</sup> Ribičič v poglavju z naslovom Kršitve načela neodvisnosti in pristranskosti sodnikov v sodnih postopkih zoper Franca Kanglerja v točki 3.1.5. podaja ugotovitev, da:

»nobenega dvoma pa ni, da je zelo hudo prizadet videz objektivnega, neodvisnega in nepristranskega sodnika v primeru, ko imata sedanja sodnik in obdolženi iz bližnje preteklosti (približno dveh let) tako hudo obremenjujoče in tudi javnosti znane konflikte.«<sup>28</sup>

V zaključnem delu ugotavlja v točki 3.1.8., da:

»je obstajal enostaven način, ki ne bi v ničemer ogrozil učinkovitosti postopkov zoper Franca Kanglerja, to je izločitev prizadetega preiskovalnega sodnika. Takšna izločitev ne izhaja samo iz zavezujočih ustavnih in zakonskih norm, temveč jo sodnikom priporoča tudi Kodeks sodniške etike, ki zavezuje sodnike, da morajo varovati tudi videz sodniške nepristranskosti. Prehod nekoga s funkcije v obveščevalni agenciji na funkcijo sodnika je že sam po sebi močno problematičen in občutljiv. Način delovanja Sove (tajno delovanje, problematični načini zbiranja informacij, nesprejemljivi za sodne postopke, uporaba prikritih posegov v zasebnost posameznikov na podlagi odredbe direktorja Sove itd.) je zelo daleč od tistega, kar se upravičeno pričakuje od sodnika. Vendar je v konkretnem primeru dodatno obremenjen s konflikti z nekdanjih poslancem, ki je igral pomembno vlogo pri nadzorovanju Sove v času, ko je bil v njej mag. Janez Žirovnik svetovalec oziroma namestnik direktorja. In ravno zoper tega nekdanjega poslanca odreja mag. Žirovnik kot preiskovalni sodnik prikrite preiskovalne ukrepe, namesto, da bi se izločil iz tovrstnega odločanja. Zato gre za grobo in zavestno kršitev pravice Franca Kanglerja do neodvisnega in nepristranskega sodnika brez katere ne moremo govoriti niti o poštenem, kaj šele o pravičnem sojenju.«<sup>29</sup>

Ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča ima več referenčnih primerov.<sup>30</sup> V prvi referenčni odločitvi U-I-92/96 z dne 28. marca 2002 v točki 16 opredeljuje pojem nepristranskosti, ki ga nato razvija naprej, na primer v točki 7. v

<sup>27</sup> I Ips 10314/2012 z dne 17. julija 2014

<sup>28</sup> Ciril Ribičič, nav. delo, točka 3.1.5.

<sup>29</sup> Prav tam, točka 3.1.8.

<sup>30</sup> U-I-92/96 z dne 28. 3. 2002. OdlUS XI, 45, U-I-149-99 z dne 3. 4. 2003, OdlUS XII, 25; U-I-145/03 z dne 23. 6. 2005, OdlUS XIV, 62, ZPP, (Reisner in Lužar); Up 332/03 z dne 27. 10. 2005 (Pečnik); Up-365/05 z dne 6. 7. 2006, OdlUS XV, 93; Up-309-05 z dne 15. 5. 2008, OdlUS XVII, 33 (Čeferin); Up-879/14-39 z dne 23. 4. 2015 (PATRIA); Up-799-13 z dne 22. 1. 2015 (delegacija pristojnosti).

zadevi U-I-149-99 z dne 3. aprila 2003. V zadevi Up-365/05 z dne 6. julija 2006 v točki 6 povzema merila ESČP o testu nepristranskosti sojenja.

Ustavno sodišče je v medijsko odmevni novejši zadevi Patria, Up-879/14-39 z dne 23. aprila 2015 po objektivnem testu soglasno ugotovilo kršitev pravice do nepristranskega sojenja na Vrhovnem sodišču. V nadaljevanju navajam ključne dele te doktrinarno vzorne odločbe:

»49. Pravica do sodnega varstva iz 1. odst. 23. člena Ustave pomeni pravico vsakogar, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebne odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče. Nepristranskost pomeni, da tisti, ki odloča, ni zainteresiran za izid postopka ter je odprt za dokaze in predloge strank. Da bi sodnik lahko odločal nepristransko, ne sme imeti vnaprej ustvarjenega mnenja o predmetu odločanja. Odločitev sodišča mora biti sprejeta na podlagi dejstev in argumentov, ki so jih stranke predstavile v sodnem postopku, ne pa na podlagi informacij zunaj takega postopka.<sup>31</sup> Pri uresničevanju pravice do nepristranskega sojenja ni pomembno zgolj to, da je nepristranskost sojenja dejansko zagotovljena, temveč se mora ta odražati tudi navzven. Gre za t. i. videz nepristranskosti sojenja. Pomembno je torej, da sodišče pri ravnanju v konkretni zadevi ustvarja oziroma ohrani videz nepristranskosti. V nasprotnem primeru je lahko ogroženo tako zaupanje javnosti v nepristranskost sodišč nasploh kot tudi zaupanje strank v nepristranskost sojenja v posamezni zadevi.«<sup>32</sup>

»53. Ne gre oporekati stališču o možnosti predsednika Vrhovnega sodišča, da se kot najvišji predstavnik sodne veje oblasti in vseh sodnikov oglasi v primerih, ko meni, da je treba zaščititi sodno vejo oblasti pred napadi nanjo. Vendar če se pri tem kritično odzove na ravnanje konkretnega obsojenca, tovrstne izjave lahko vzbudijo dvom o videzu nepristranskosti, ki mu ni mogoče odreči objektivne utemeljenosti. Prav zato, ker je pri sestavi sodišča (senatov) treba paziti, da ne obstajajo okoliščine, ki bi vzbujale dvom o videzu nepristranskosti sodnikov, taka okoliščina pa je tudi kritičen odziv na javno predstavljena stališča obsojenega o sodišču, ki je zavrnilo njegovo pritožbo, predsednik Vrhovnega sodišča ne bi smel sodelovati v vlogi predsednika senata, ki je odločal o pritožnikovem pravnem sredstvu zoper pravnomočno obsodilno sodbo. Kot je bilo že obrazloženo, je pomembno zagotavljanje videza nepristranskosti sodišča. Zato ne more biti pomembno, da je predsednik Vrhovnega sodišča v spornem govoru izrecno izjavil, da se ne spušča v

<sup>31</sup> Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-92/96 z dne 21. 3. 2002 (Ur l. RS, št. 32/02, in OdlUS XI, 45).

<sup>32</sup> Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-365/05 z dne 6. 7. 2006 (Ur l. RS, št. 76/06, in OdlUS XV, 93).

pravilnost in zakonitost pravnomočne sodbe. Ne gre namreč za vprašanje morebitne subjektivne nepristranskosti predsednika Vrhovnega sodišča v vlogi predsednika senata, ki je odločal o zahtevi za varstvo zakonitosti, temveč za ohranjanje videza nepristranskosti sodišča v objektivnem pomenu. Na njem počiva zaupanje javnosti v neodvisno sodstvo, ki nepristransko rešuje spore. Ne da bi se Ustavno sodišče spuščalo v oceno predsednikovega odziva na napade na avtoriteto sodstva, je treba zagotoviti videz nepristranskosti pri sojenju. Če se je predsednik Vrhovnega sodišča na navedeno odzval, bi moralo Vrhovno sodišče, ko je odločalo o njegovi izločitvi, to upoštevati. Pri tem ni pomembno, ali se je predsednik odzval v funkciji sodne uprave. Pomembno je, ali tak odziv lahko vzbudi dvom o videzu nepristranskosti sojenja, če kasneje predsednik sodišča kot sodnik sodeluje pri sojenju. Z vidika tega je bil govor predsednika Vrhovnega sodišča objektivna okoliščina, ki lahko vzbuja dvom o videzu nepristranskega odločanja, če ta sodeluje pri sojenju. Kot tako bi jo morala občna seja Vrhovnega sodišča upoštevati in predsednika Vrhovnega sodišča izločiti iz sojenja v pritožnikovi zadevi. [...]

54. Ob upoštevanju navedenega je bil s tem, ko je predsednik Branko Masleša sodeloval pri odločanju o pritožnikovi zahtevi za varstvo zakonitosti zoper sodbo Višjega sodišča v Ljubljani, potem ko se je v govoru z dne 6. 6. 2014 kritično odzval na pritožnikova stališča, izražena v zvezi z Višjim sodiščem v Ljubljani, vzpostavljen dvom o videzu nepristranskosti Vrhovnega sodišča. Zato je bila pritožniku kršena pravica do nepristranskega sojenja iz 1. odst. 23. člena Ustave.

V novejši zadevi Up-799-13 z dne 22. 1. 2015, ki se tiče delegacije pristojnosti, povzema bistvo v 2. odst. evidenčnega stavka: »Ustavnoskladna razlaga zakonske določbe o prenosu krajevne pristojnosti (1. odst. 35. člena Zakona o kazenskem postopku) zahteva, da se med okoliščine, na podlagi katerih je mogoče sklepati o tehtnih razlogih, zaradi katerih se določi za sojenje drugo stvarno pristojno sodišče, uvrstijo tudi okoliščine, s katerimi se utemeljuje dvom o videzu nepristranskosti sodnega odločanja oziroma v zagotavljanje objektivne nepristranskosti vseh sodnikov določenega stvarno pristojnega sodišča. Uveljavljanje okoliščin take narave, ki bi pri razumnem človeku oziroma v očeh javnosti ob razumnem upoštevanju vseh okoliščin obravnavanega položaja lahko ustvarile upravičen dvom o nepristranskosti kateregakoli sodnika tega sodišča kot takega in s tem o zagotavljanju videza nepristranskosti sojenja, zato terja, da se sodišča do njih opredelijo in jih vsebinsko presodijo. V takem primeru se sodišča te svoje obveznosti ne morejo razbremeniti z napotitvijo zagovornika na uveljavljanje teh okoliščin najprej s poimenskim izločanjem vsakega posameznega sodnika, saj bi tako lahko prišlo tudi do kršitve

pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, ki jo prav tako zagotavlja 1. odst. 23. člena Ustave.«

## 6. STALIŠČA IN SODNA PRAKSA ESČP O JAVNI KRITIKI SODSTVA

Pravna podlaga za javno kritiko sodstva zunaj sodnih dvoran je svoboda izražanja, ki jo šteje ESČP za »temelj in nepogrešljivi pogoj skoraj vsake druge oblike svobode«. <sup>33</sup> ESČP je v številnih sodbah ugotovilo kršitev 10. člena EKČP in v njih opozorilo, da EKČP varuje svobodo govora pred posegi tudi v primerih, ko gre za izražanje, ki ni nekonfliktno, temveč je žaljivo, šokantno ali vznemirljivo (angl. *offend, shock or disturb*). <sup>34</sup>

V literaturi najdemo pregledne prikaze nastanka in razvoja sodne prakse ESČP o javni kritiki sodstva. <sup>35</sup> Vodilna domača literatura o tem je prikaz sodne prakse ESČP s primerjalno analizo sodne prakse ESČP in ustavne presoje Ustavnega sodišča do leta 2012 v že omenjeni monografiji Roka Čeferina. <sup>36</sup>

Sodna presoja ESČP posega v svobodo izražanja se po predhodnem preizkusu njegove legitimnosti in zakonite podlage začenja z oceno nujnosti posega v demokratični družbi. Ključne dele vsebine in teoretično utemeljitev pojma »nujnost posega v demokratični družbi« poudarja literatura <sup>37</sup> in sodna praksa ESČP. Referenčna primera sta na primer zadevi *Hertel proti Švici* iz leta 1998 <sup>38</sup> in novejša *Erdoğan in drugi proti Turčiji* iz leta 2014. <sup>39</sup> V strukturalnem in didaktičnem pogledu je slednji primer tako nazoren, da ne potrebuje dodatnega komentarja. Zato v nadaljevanju navajam njegove bistvene poudarke.

<sup>33</sup> Citat nekdanjega sodnika Vrhovnega sodišča ZDA Benamina Cardoza iz primera *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937). Cardozov stavek je citiralo Nemško zvezno ustavno sodišče v svoji prvi in najpomembnejši odločitvi o svobodi izražanja, v primeru *Lüth* (BVerfGE 198, 208 (1958)) in nato ESČP v svoji sodbi v zadevi *Lingens proti Avstriji* z dne 8. julija 1986, A 103, tč. 42.

<sup>34</sup> Glej ločeno mnenje sodnika dr. Cirila Ribičiča v Up-309-05 z dne 15. maja 2008, OdlUS XVII, 33 (Čeferin), ki v točki 17 poimensko navaja več kot petdeset takih primerov do leta 2008.

<sup>35</sup> Glej na primer David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley (ur.), nav. delo, str. 387–393.

<sup>36</sup> Glej Rok Čeferin, nav. delo, str. 231–246 in str. 247–270.

<sup>37</sup> Glej na primer Anthony Lester: *Freedom of Expression*, v: Macdonald (ur.): *The European System for the Protection of Human Rights*. Nijhoff 1993, str. 465–491.

<sup>38</sup> *Hertel proti Švici* z dne 25. avgusta 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, tč. 46.

<sup>39</sup> *Erdoğan in drugi proti Turčiji*, št. 346/04 in 39779/04 z dne 27. maja 2014, tč. 32–34.



V točki 33 ESČP ponavlja, da svoboda izražanja pomeni enega od bistvenih temeljev demokratične družbe in enega od osnovnih pogojev za njen napredek in za samoizpolnitev vsakega posameznika. V skladu z drugim odstavkom se ne nanaša samo na »informacije« ali »ideje«, ki so sprejete z naklonjenostjo ali veljajo za nežaljive ali nepomembne, temveč tudi na tiste, ki žalijo, pretresajo ali vznemirjajo. Take so zahteve pluralizma, strpnosti in širokoglednosti, brez katerih ni »demokratične družbe«. Kot je navedeno v 10. členu, ta svoboda ni brez izjem, ki pa morajo biti strogo utemeljene, potreba po kakršnihkoli omejitvah pa mora biti prepričljivo ugotovljena (glej, med drugim, *Perna proti Italiji*, št. 48898/99, tč. 39, ESČP 2003-V in tam navedene opombe).

Tč. 34. Preizkus »nujnosti posega v demokratični družbi« zahteva, da sodišče ugotovi, ali se je poseg, zoper katerega je bila vložena pritožba, ujemal z »nedodložljivo družbeno potrebo«. ... ESČP ... končno razsodi, ali je »omejitev« združljiva s svobodo izražanja, kot jo varuje 10. člen (glej na primer *Tuşalp proti Turčiji*, št. 32131/08 in 41617/08, tč. 48, 21. februar 2012).

Tč. 35. ESČP ... mora še zlasti ugotoviti, ali so bili razlogi, ki so jih nacionalne oblasti navedle, da so upravičile poseg, »primerni in zadostni« in ali so bili sprejeti ukrepi »sorazmerni želenim zakonitim ciljem«. Pri tem se mora ESČP prepričati, da so nacionalne oblasti na osnovi sprejemljive presoje bistvenih dejstev uporabile merila, ki so v skladu z načeli iz 10. člena (glej *Lindon, Otchakovskiy-Laurens in July proti Franciji* [VS], št. 21279/02 in 36448/02, tč. 45. ESČP 2007–IV, in *Mengi proti Turčiji*, št. 13471/05 in 38787/07, tč. 48, 27. november 2012).

Tč. 36. ... ESČP ponavlja, da je treba za presojo upravičenosti spodbijane izjave razlikovati med izjavami o dejstvih in vrednostnimi sodbami. Obstoje dejstev je mogoče dokazati, resničnost vrednostnih sodb pa ni dokazljiva. Zahteve po dokazovanju resničnosti vrednostne sodbe ni mogoče uresničiti in taka zahteva krši svobodo mnenja, ki je temeljni del pravice, zajamčene z 10. členom. Opredelitev izjave kot dejstva ali kot vrednostne sodbe je vprašanje, ki predvsem spada v okvir presoje nacionalnih oblasti, zlasti domačih sodišč. Toda tudi če izjava izraža vrednostno sodbo, se mora ta dovolj opirati na dejstva; če se ne, je pretirana (glej na primer *Pedersen in Baadsgard proti Danski*, [VS], št. 49017/99, tč 76. ESČP 2004-XI).

Tč. 39. V sedanjem primeru ESČP opazuje, da je bilo pritožnikom naloženo plačilo odškodnin zaradi razžalitve z objavo članka, ki ga je napisal prvi pri-

tožnik, profesor ustavnega prava, ki je kritiziral odločitev Ustavnega sodišča, da se razpusti politično stranko. ... V zvezi s tem se je pritožnik spraševal o poklicni usposobljenosti in nepristranskosti večine sodnikov tega sodišča.

Tč. 40. ESČP je večkrat navedlo, da gre pri zadevah, povezanih z delovanjem pravosodnega sistema, za vprašanja, ki so v javnem interesu, razpravo o njih pa ščiti 10. člen (glej na primer *Blaja News Sp. z o. o. proti Poljski*, št. 59545/10, tč. 60, 26. november 2013, in *Prager in Oberschlick proti Avstriji*, 26. april 1995, tč. 34, serija A št. 313). Poudarilo je pomembnost akademske svobode (glej na primer *Sorguç proti Turčiji*, št. 17089/03, tč. 35, 23. junij 2009; in *Sapan proti Turčiji*, navedeno zgoraj, tč. 34) in akademskih del (glej *Aksu proti Turčiji* [VS], št. 4149/04 in 41029/04, tč. 71, ESČP 2012; in *Hertel proti Švici*, 25. avgust 1998, tč. 50, Poročila sodb in odločitev 1998–VI). V zvezi s tem mora akademska svoboda pri raziskavah in usposabljanju jamčiti svobodo izražanja in delovanja, svobodo širjenja informacij in svobodo izvajanja raziskav ter širjenja znanja in resnice brez omejitev (glej Priporočilo 1762 (2006) Parlamentarne skupščine Sveta Evrope). Zato je skladno s sodno prakso ESČP, da skrbno preveri vsako omejevanje svobode akademikov, da izvajajo raziskave in objavljajo svoje ugotovitve (glej *Aksu proti Turčiji* [VS], navedeno zgoraj, tč. 71). Vendar ta svoboda ni omejena na akademske in znanstvene raziskave, temveč obsega tudi svobodo akademikov, da na področjih svojega raziskovanja, strokovnega znanja in usposobljenosti prosto izražajo svoja stališča in mnenja, tudi če so ta protislovna ali nepriljubljena. To lahko vključuje tudi preverjanje delovanja javnih ustanov v določenem političnem sistemu in njihovo kritiko.

Tč. 41. ESČP ugotavlja, da je bila tema obravnavanega članka ... povezana s pomembnim in z aktualnim vprašanjem v demokratični družbi, in da je bil legitimni interes javnosti, da je o njem obveščena, zato je ta članek prispeval k razpravi splošnega interesa. ... ESČP ponavlja, da vprašanja javnega interesa, o katerih poroča tisk, nedvomno vključujejo tista, ki so povezana z delovanjem pravosodnega sistema, ustanove, ki je bistvena za vsako demokratično družbo (glej *De Haes in Gijssels proti Belgiji*, 24. februar 1997, tč. 37, Poročila 1997-I). Tisk je eno od sredstev, s katerimi lahko politiki in javno mnenje preverjajo, ali sodniki svojo težko odgovornost izvajajo v skladu s ciljem, ki je osnova naloge, ki jim je bila zaupana (glej *Prager in Oberschlick*, navedeno zgoraj, tč. 34).

Tč. 42. Sodišče opaža, da so bili tožniki v treh odškodninskih postopkih, povzetih zgoraj, člani Ustavnega sodišča, ki so glasovali za razpustitev stranke *Fazilet*. Čeprav sicer ni mogoče reči, da so se vede izpostavili skrbnemu preiskovanju vsake svoje besede in dejanja v obsegu, kot to počnejo politiki, in bi jih zato morali obravnavati enako kot njih, pa so lahko posledično člani sodstva, ki delujejo na uradnem položaju kot v tem primeru, glede kritiziranja njihovih dejanj vendarle podvrženi širšim mejam sprejemljivosti kritike kot navadni državljani (glej na primer *July in SARL Libération proti Franciji*, št. 20893/03, tč. 74, ESČP 2008 (izvlečki)). Vendar je ESČP obenem večkrat poudarilo posebno vlogo, ki jo ima v družbi sodstvo, in mora kot porok pravičnosti, temeljne vrednote v državi, ki jo upravlja vladavina prava, uživati zaupanje javnosti, da bi lahko uspešno opravljalo svoje dolžnosti. Zato se lahko izkaže, da je treba to zaupanje zaščititi pred uničujočimi napadi, ki so v bistvu neutemeljeni, zlasti zaradi dejstva, da kritizirane sodnike zavezuje dolžnost molčečnosti, ki jim preprečuje odgovor (glej *Prager in Oberschlick*, navedeno zgoraj, tč. 34).

Tč. 44. ... ESČP ponovno ugotavlja, da sodišča tako kot vse druge javne ustanove niso imuna na kritiko in skrbno preverjanje. Predvsem je treba jasno razlikovati med kritiko in žalitvijo. Če je edini namen kakršnekoli oblike izražanja žaliti sodišče ali njegove člane, primerna sankcija načeloma ne bi pomenila kršitve 10. člena Konvencije (glej *Skalka proti Poljski*, št. 43425/98, tč. 34, 27. maj 2003). Sodišče meni, da so bili jezik in izrazi, uporabljeni v zadevnem članku, ostri in bi jih lahko imeli za žaljive. Vendar je šlo večinoma za vrednostne sodbe, obarvane z avtorjevimi političnimi in pravnimi mnenji in dojemanji. ... Kar zadeva izjave o dejstvu, vsebovanem v spodbijanem članku, ESČP ugotavlja, da domača sodišča niso poskušala razlikovati med vrednostnimi sodbami, prav tako pa se zdi, da niso preverila, ali so bile »dolžnosti in odgovornosti« pritožnikov upoštevane v okviru pomena drugega odstavka 10. člena EKČP, in niso presodila, ali je bil članek objavljen v dobri veri.

Tč. 45. Sodišče še zlasti meni, da domača sodišča pri obravnavanju primerov spodbijanih pripomb niso umestila v okvir, v katerem so bile izražene. V zvezi s tem ponavlja, da je slog sestavni del komuniciranja kot oblike izražanja in je kot tak zaščiten skupaj z vsebino izražanja (glej *Uj proti Madžarski*, št. 23954/10, tč. 20, 19. julij 2011). Če se upošteva vsebina članka kot celote in okvir, v katerem so bile izražene, ESČP meni, da se spodbijane močne in ostre, s splošnimi izrazi zapisane pripombe v članku o sodnikih Ustavnega

sodišča ne morejo šteti kot neupravičen osebni napad na tožnike. Sodišče tudi opozarja, da je bil zadevni članek objavljen v napol akademskem trimesečniku in ne v popularnem časopisu.

Tč. 46. V luči zgornjih ugotovitev in ob upoštevanju okvira presoje nacionalnih oblasti Sodišče meni, da poseg v svobodo izražanja pritožnikov ni temeljil na zadostnih razlogih, iz katerih bi izhajalo, da je bil nujen v demokratični družbi za zaščito ugleda in pravic drugih. ... Iz tega sledi, da je bil kršen 10. člen Konvencije.

Na koncu velja opozoriti še na najnovejšo zadevo ESČP *Morice proti Franciji* iz leta 2015.<sup>40</sup> V tem primeru je šlo za odvetnikovo kritiko dela sodnikov v pismu, naslovljenem na ministra za pravosodje, ki je bila pozneje objavljena v znanem francoskem dnevniku *Le Monde*. ESČP je najprej v točkah 73–77 zelo nazorno povzelo svoj test o nepristranskosti sojenja in v naslednji točki poudarilo pomen videza nepristranskosti. Ključno pri tem je zaupanje, ki ga morajo sodišča uživati v javnosti. Zato se mora izločiti vsak sodnik, glede katerega obstaja legitimen razlog, da je prisotna bojazen o pomanjkanju njegove nepristranskosti. ESČP je v točki 92 najprej ugotovilo kršitev 6. člena EKČP.

Nato je v točkah 124–127 povzelo dosedanje sodno prakso, ki se nanaša na svobodo izražanja, in v točkah 128–131 sodno prakso o varovanju avtoritete pravosodja. V nadaljevanju je v točkah 132–139 izčrpno povzelo svoja stališča o odvetnikovi pravici do svobode izražanja. Pri tem je poudarilo, da je treba razlikovati med dvema položajema – med odvetnikovimi izjavami v sodni dvorani in njegovimi izjavami zunaj sodnega postopka (točka 137). ESČP je posebej poudarilo, da imajo odvetniki posebno vlogo pri delovanju sodstva kot celote, in sicer kot neodvisni posamezniki, ter da jih ni mogoče enačiti z novinarji oziroma s tem, kar napišejo novinarji na podlagi izjav odvetnikov (točka 138). ESČP je v točkah 150–153 posebno pozornost namenilo vlogi razprav v zadevah javnega pomena.

Zavzelo je stališče, da je visoka raven varstva svobode izražanja še posebej pomembna v zadevah javnega pomena, ki so povezane z delovanjem sodstva. Zato je polje proste presoje (angl. *margin of appreciation*), ki ga ima na voljo nacionalna oblast, v takih zadevah še posebej ozko (točka 153). ESČP je ugotovilo, da je bil odvetnik upravičen opozoriti javnost na nevarnosti pomanjkljivosti in hib v delovanju sodstva ter da bi sodstvo imelo korist od take

<sup>40</sup> *Morice proti Franciji*, št. 29369/10, z dne 23. aprila 2015.

(konstruktivne) kritike. Tudi če je kritika groba, je dovoljena in tudi vrednostne sodbe o sodnikih, ki imajo zadostno dejansko podlago, so dovoljene (točka 174). Glede na povedano je ESČP ugotovilo kršitev 10. člena EKČP (točka 178).

## **7. SKLEP**

Iz veljavne pravne ureditve v RS in s tem povezanimi vprašanji ter iskanjem odgovorov nanje v okviru slovenske ustavne presoje in sodne prakse ESČP se ponujajo naslednje ugotovitve. Veljavni in v praksi pogosto uporabljeni sistem disciplinskega kaznovanja zagovornikov strank v pravnih in v kazenskih postopkih ne sledi razvojnemu trendu evropskih standardov zagotavljanja človekovih pravic in svoboščin na področju poštenega sojenja in svobod izražanja. Čeprav ESČP disciplinsko kaznovanje odvetnikov poleg 6. člena EKČP od leta 2007 obravnava tudi v okviru 10. člena EKČP, se slovenska ustavna presoja omejuje le na presojo nepristranskosti. Veljavna zakonska ureditev tega področja v ZPP in ZKP je sporna zato, ker o kaznovanju odvetnikov zaradi varovanja avtoritete in nepristranskosti sodstva (torej ne o razžalitvi sodečega sodnika osebno) odloča isti sodnik, ki odloča na prvi stopnji in zato ker niti v tem postopku niti v njegovem nadaljevanju v primeru pritožbe ni spoštovano načelo adversarnosti. Ključni pomislek je dejstvo, da poleg prepletanja vlog tožilca in odločevalca o kaznovanju na prvi stopnji ni zagotovljena možnost obrambe in zaslišanja odvetnika niti na prvi stopnji niti v pritožbenem postopku.

Glede narave kazenskega postopka so nedorečene določbe 17. člena ZKP. Po njih morajo sodišče in državni organi, ki sodelujejo v kazenskem postopku (torej tudi tožilec), po resnici in popolnoma ugotoviti dejstva, pomembna za izdajo zakonite odločbe. Enako pazljivo morajo preizkusiti in ugotoviti tako dejstva, ki obdolženca obremenjujejo, kot tudi dejstva, ki so mu v korist. Iz navedenih zakonskih določil ZKP jasno in nedvoumno izhaja dolžnost tožilca, da sodišču poleg bremenilnih dokazov predloži tudi dokaze, ki so obdolženemu v korist, če s takimi dokazi razpolaga oziroma so mu dostopni. Še zlasti če so dostopni samo njemu, obrambi pa ne. ZKP ne pove, kakšne so sankcije proti tožilcem, ki se ne ravnaajo v skladu s 17. členom ZKP. V takem primeru mora imeti stranka možnost, da uveljavlja kršitev zahteve do poštenega sojenja zaradi pristranskosti tožilca, ki se kaže v opustitvi dolžnega

ravnanja. Vsekakor pa mora biti zaradi tega obdolžencem in njihovim zagovornikom zagotovljen preprost in učinkovit vpogled v vsebino spisa in vsega drugega gradiva, s katerim razpolaga tožilec, vključno z vsebino predkazenškega spisa.



# Pilotne sodbe – Strasbourg kot ustavno sodišče?<sup>1</sup>

JAN ZOBEC

## 1. UVOD

Vstop novih članic v Svet Evrope je pomembno vplival na Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP ali Sodišče) – silovito naraščanje pripada in spreminjanje strukture zadev sta zahtevala ukrepanje. ESČP je bilo tako rekoč prisiljeno vzpostaviti institut pilotne sodbe – ki pa v resnici ni nič posebno novega: je samo izpopolnjena in strasbourgškemu tribunalu prila- gojena razredna tožba, bližnja sorodnica vzorčnega postopka (prim. 279.b člen Zakona o pravdnem postopku – ZPP).<sup>2</sup> Vendar drugače kot instituti civilnega postopka (razredne tožbe v ZDA in organizacijske tožbe v konti- nentalnem pravu),<sup>3</sup> iz katerih se je razvila, ne omogoča le poprave krivic za nazaj (»plačilo pravičnega zadoščenja«), ampak tudi odstranitev systemskega ali strukturnega problema, v katerem koreninijo posamezne kršitve. Kadar torej ESČP ugotovi, da gre za sistemsko naravo kršitev, katere posledica je množično vlaganje pritožb, lahko izbere posamezno zadevo, ki najbolj odseva značilnosti vseh preostalih systemsko (ali strukturno) podobnih (klon-)zadev, ter jo prednostno obravnava, odločanje o preostalih pritožbah pa (praviloma) zadrži. Če ugotovi, da je kršitev pravice posledica systemske ali strukturne napake v pravni ureditvi, izda pilotno sodbo, s katero ugotovi obstoj sistem- skega ali strukturnega problema in v operativnem delu sodbe obsojeni državi pogodbenici naloži, da (praviloma v določenem roku) sprejme retroaktivno

---

**Jan Zobec**, univerzitetni diplomirani pravnik, sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije

<sup>1</sup> Prispevek je razširjena, dopolnjena in posodobljena različica članka, ki je bil objavljen v reviji *Dignitas*, Revija za človekove pravice, št. 55-56.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo.

<sup>3</sup> Prim. Aleš Galič, nav. delo, str. 877 in nasl.



učinkujoče ukrepe za odpravo sistemske napake. Če država ne izpolni naložene obveznosti (izvršitev sodbe nadzira Odbor ministrov Sveta Evrope), Sodišče nadaljuje obravnavanje preostalih kloniranih zadev – v nasprotnem (če spozna, da je država sprejela in zadovoljivo izvedla ukrepe, ki so ji bili naloženi) razglasi pritožbo za nedopustno, ali pa jo izbriše iz seznama zadev.

Prispevek najprej obravnava politično-zgodovinske okoliščine, v katerih se je uveljavila ideja pilotne sodbe ter s tem povezane razloge, ki so ESČP prisilili k temu »odkritju« (»tope vode« – sistemski vzroki kršitev pravic so namreč obstajali že prej; Sodišče si pred njimi tudi ni moglo zatiskati oči, le povedalo je to v bolj blagem in manj ukazovalnem tonu). Razlogi, ki so prisilili k uvedbi instituta pilotne sodbe, so pravzaprav enaki ciljem, ki jih ta institut zasleduje:

1. obvladovanje pripada zadev in
2. pomoč državam pri implementaciji konvencijskih pravic ter s tem učinkovitejše varstvo pravic.

V nadaljevanju je prikazan institucionalni razvoj instituta, dejanski (praktičen) potek pilotnega postopka ter nekatera nerešena vprašanja. Prispevek ponudi kratko analizo vpliva pilotne sodbe na razmerje med ESČP in ustavnimi organi obsojene države pogodbenice (predvsem na razmerje z ustavnim sodiščem) ter zgoščen prikaz treh primerov pilotnih sodb zoper Slovenijo. Sklene se z mislimi o dobrih in slabih straneh tega, konvencijsko neurejenega (in s prakso ESČP vsiljenega) instituta.

## **2. ZGODOVINSKE OKOLIŠČINE NASTANKA IDEJE O PILOTNI SODBI**

Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP)<sup>4</sup> je bila izvorno zasnovana kot del sistema, ki naj bi Evropo (in svet) varoval pred vsesplošnimi in sistematičnimi kršitvami človekovih pravic, ki so svoj vrh dosegle v zgodovinskem obdobju druge svetovne vojne. Konvencija je torej (tako, kot velja za pravo nasploh) najprej posledica določene (zgodovinske) izkušnje, zaznamovane s surovim preziranjem človekovega dostojanstva. Vendar je EKČP nastala tudi kot obrambni odziv na sistematične kršitve človekovih pravic v totalitarnih režimih evropskih komunističnih držav. Povedano z besedami nekdanjega generalnega pravobranilca Jacobsa,

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 33/94 – MP, št. 7/94.

je bila EKČP zamišljena kot zgodnji opozorilni sistem, ki bi države obvaroval pred nevarnostjo zdrsa v totalitarizem.<sup>5</sup> Zgodovinski kontekst geneze EKČP izraža razporeditev varovanih pravic. V 2. do 7. členu so urejene pravice, ki varujejo temeljne pogoje človekovega življenja in svobode, katerih skupna ter ultimativna vrednota je človekovo dostojanstvo v svoji najbolj rudimentarni obliki (kot izkušnja druge svetovne vojne), v nadaljevanju (8. do 11. člen) pa so urejene pravice, katerih kodifikacija je v marsičem posledica hladne vojne in delitve Evrope na demokratični zahod in na totalitarni vzhod.

Izvirne članice Sveta Evrope<sup>6</sup> so zato države, ki so pripadale klubu »isto mislečih«,<sup>7</sup> države torej z dokaj visokim demokratičnim in pravno kulturnim skupnim imenovalcem. Posledično je imela visoka stopnja tega soglasja, ki se je odražala v ustavni homogenosti teh držav, pomemben vpliv na uspešnost in učinkovitost delovanja EKČP v praksi, torej prek jurisprudence ESČP. V začetnem obdobju svojega delovanja se je namreč zelo redko, samo tu in tam srečevalo s sistematičnimi, grobimi, vsesplošnimi in strukturnimi kršitvami človekovih pravic (čeprav je bil sistem EKČP izvorno zamišljen kot imunski mehanizem, ki naj bi Evropo obvaroval pred takimi pojavi).<sup>8</sup> Zahodna Evropa je živela v relativnem miru in skupaj z njo ESČP, ki se je osredotočalo predvsem na obrobna vprašanja človekovih pravic (na primer na prefinjene teste sorazmernosti, preverjanje dopustnih posegov zaradi doseganja legitimnega cilja, iskanje ravnotežja med pravicami v konfliktu), zanimiva bolj za akademike in teoretike, manj pa za politiko vladavine človekovih pravic. Hkrati je sistem konvencijskih pravic razvijalo in dopolnjevalo v duhu pojmovanja Konvencije kot »živega instrumenta«, ki mora biti razumljen in razlagan v luči sedanjih okoliščin.<sup>9</sup>

S propadom avtoritarnih in nedemokratičnih komunističnih držav in z vstopom novih (»mladih«) demokracij v Svet Evrope se je lagodno in v doktrinarini razvoj usmerjeno ravnotežje sistema EKČP, kot ga je evolutivno ustvarjala jurisprudence strasbourškega tribunala, dramatično spremenilo. ESČP se je moralo odreči prevladujoči vlogi »prefinjenega uglaševalca« ter prevzeti tudi

<sup>5</sup> Glej Nina-Louisa Arold Lorenz in drugi, nav. delo, str. 11.

<sup>6</sup> Izvirnih podpisnic EKČP je 14 – na začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja je bilo število članic Sveta Evrope 23, danes jih je 47.

<sup>7</sup> Izraz Sadurskega. Glej Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 397 in nasl.

<sup>8</sup> Izjema je Turčija – v resnici samo »dopisna članica kluba enako mislečih«.

<sup>9</sup> Prim. 31. točko obrazložitve sodbe v zadevi *Tyrrer proti Združenemu kraljestvu* z dne 25. aprila 1978.

vlogo »preiskovalca« sistemskih in množičnih kršitev konvencijskih pravic – ter se s tem vrniti k svoji izvorni nalogi.<sup>10</sup> Tranzicija novih držav pogodbenic se je prenesla na celoten sistem EKČP – in je imela več obrazov: od nevarnosti padanja skupnega imenovalca (standarda minimalnega jamstva človekovih pravic in s tem povezane doktrine o polju proste presoje – zadržanosti ESČP, kadar je soglasje med državami pogodbenicami šibko), prek razvrednotenja ESČP (povezanega z nespoštovanjem njegovih sodb s strani posameznih novih članic<sup>11</sup> in iz tega izvirajočo nevarnostjo, da slabi zgledi vlečejo, ter z nezaupanjem v novo sestavo strasbourškega tribunala, »okrepljeno« s sodniki iz novih članic),<sup>12</sup> do neučinkovitosti kot posledice neobvladljivo naraščajočega pripada zadev.<sup>13</sup> Vsi ti pritiski na ESČP ter dejstvo, da so bile nove demokracije bolj »učenke« kot »polnopravne« članice kluba demokratičnih držav (nekatero med njimi tudi »težavne« – na primer Rusija, Ukrajina in Moldavija), so ESČP tako rekoč prisilili k nekaterim strukturnim reformam. Poleg najbolj radikalne, Protokola št. 11, ki je začel veljati leta 1998, je ena od njih tudi institut pilotne sodbe.

### 3. SMISEL (CILJI) PILOTNE SODBE

Praktično in pragmatično gledano je bil institut pilotne sodbe rojen iz preproste nuje. Ta nuja je bila zaradi neobvladljivega naraščanja pripada. Kot žrtev lastne uspešnosti je bilo ESČP prisiljeno ukrepati. Sicer bi bil v skrajnem primeru lahko ogrožen celo njegov obstoj in z njim celoten sistem EKČP. V resnici je z uvedbo pilotnih sodb ESČP samo jasno, odkrito in ukazujoče povedalo tisto, kar je marsikdaj prej povedalo bolj prikrito, mehkeje in manj neposredno. Pilotna sodba pomeni kombinacijo reševanja splošnega, strukturnega ali systemskega problema s sojenjem v posamezni zadevi. Bolj

<sup>10</sup> Glej Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 401, 408, 409.

<sup>11</sup> Značilno Rusija v zadevi *Burdov*. Glej Philip Leach in drugi: *Can the European Court's ...*, nav. delo, str. 352–357. Še bolj značilno Ukrajina v zadevi *Yuriy Nikolayevich Ivanov* (sodba z dne 15. oktobra 2009).

<sup>12</sup> Tako skrb značilno odseva izjava Lorda Browne-Wilkinsona iz leta 1997: »*I have found the jurisprudence of the European Court of Human Rights excellent, but a major change is taking place. We are now seeing a wide range of judges adjudicating such matters, a number of them drawn from jurisdictions 10 years ago not famous for their observance of human rights. It might be dangerous to tie ourselves to that [...]*« (povzeto iz Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 409). Pojavile so se tudi ideje o dvotirnem (in dvokriterijskem) varstvu konvencijskih pravic – enem za stare članice Sveta Evrope, drugem za nove (prav tam).

<sup>13</sup> V letu 2004, ko je bila izdana prva pilotna sodba, je bilo 60 odstotkov celotnega pripada zadev iz držav Srednje in Vzhodne Evrope (podatek povzet iz Oana Nedelcu-Surdescu, nav. delo, str. 25).

kot retrospektivno in partikularno (v konkreten življenjski primer) je pilotna sodba usmerjena prospektivno in holistično. To je sicer značilnost sodb precedenčnih sodišč, vendar je pri pilotnih sodbah posebnost v tem, da so njeni splošni zavezujoči učinki izraženi jasno in neposredno v samem operativnem delu sodbe – in ne šele posredno razberljivi iz nosilnih razlogov sodbe.<sup>14</sup> Tradicionalno (izvorno) je ESČP zasnovano kot značilen predstavnik sodišč zadnje instance, katerega sodbe so neposredno in formalno zavezovale samo v delu, s katerim je bilo v primeru ugotovljene posamične kršitve pravice do sojeno pravično zadoščenje. ESČP je prej vselej neposredno »sodilo« izključno samo o posameznih dejanjih in aktih državnih organov in nikoli o »zakonodaji« – tudi takrat, ko je bil vzrok kršitve v njej sami, napadene odločitve pa samo njene posledice. S stališčem, da je šlo v takih primerih za pravno hipokrizijo, utemeljeno na tradicionalni fikciji »dobro pravo – slaba odločba«, se je mogoče strinjati.<sup>15</sup> Že leta 1979 je bilo v zadevi *Marckx proti Belgiji*<sup>16</sup> ugotovljeno, da ima kršitev 14. člena zaradi diskriminacije nezakonskih otrok pri dedovanju korenine v nacionalni zakonodaji. Na argument vlade (ki je bil dosledno izpeljan iz tradicionalnega gledanja na vlogo ESČP kot sodišča, katerega prerogativ ni presoja abstraktnih pravnih pravil nacionalne zakonodaje in njihove skladnosti s konvencijskimi pravili) je ESČP odgovorilo, da »25. člen Konvencije posameznike upravičuje uveljavljati, da nek zakon že sam po sebi krši njihove pravice, ne da bi bil za to potreben še kak izvršilni ukrep«. In nato nadaljevalo, da »pritožnici izpodbijata svoja pravna položaja, ki ju osebno prizadevata, in sicer položaja neporočenih mater in otrok, rojenih zunaj zakonske zveze« (tč. 27). Razlika med prejšnjimi sodbami, v katerih je bilo prav tako ugotovljeno, da je vzrok kršitve systemske narave, in pilotnimi sodbami je tako samo v obliki. Pri prvih je pravi vzrok samo previdno in vljudno nakazan v obrazložitvi (vendar, *sapienti sat* – države so to praviloma razumele in svojo zakonodajo prilagodile), pri pravih pilotnih sodbah pa je

<sup>14</sup> Pilotne sodbe so pravzaprav dokaz, da sodbe ESČP nimajo učinkov *erga omnes*. V tem smislu sodnik Boštjan M. Zupančič, ki meni, da pilotne sodbe ne bi bile potrebne, če bi imele sodbe učinek *erga omnes*. Razliko med ESČP in nacionalnimi ustavnimi sodišči vidi namreč v tem, da so nacionalna ustavna sodišča na vrhu domače pravne piramide, ki je hierarhično tako strukturirana, da morajo nižja sodišča slediti napotkom ustavnih ali vrhovnih sodišč, strasbourški tribunal pa je sicer (tudi) na vrhu piramide, vendar brez piramide. Glede na to, da se ukvarja s 47 različnimi državami, je jasno, da bodo njegova sporočila v različnih državah različno razumljena in različno razlagana. Glej Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 13, 14.

<sup>15</sup> Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 414, 421, 422, 450.

<sup>16</sup> Sodba z dne 13. junija 1979.

jasen, nedvoumen, trd, zapovedujoč in umeščen v operativni del sodbe – tak, kakršne so (vsaj praviloma) tudi ugotovljene kršitve kot posledica »strukturne disfunkcije v delovanju pravnih sistemov«.<sup>17</sup>

Čeprav je institut pilotne sodbe nastal predvsem kot preprost in pragmatičen odgovor na iskanje rešitve za sicer neobvladljiv pripad zadev, ko sodišče z rešitvijo posamezne zadeve, ki najbolj značilno odslikava preostale množične primere, naloži odpravo pravega vzroka kršitve in v skladu z načelom subsidiarnosti prepusti reševanje preostalih zadev nacionalnim organom (ter se s tem izogne ponavljanju svojih ugotovitev in stališč v dolgi vrsti kloniranih zadev),<sup>18</sup> ima pomembne učinke tudi na področju nacionalne implementacije konvencijskih pravic. Vstop novih članic v Svet Evrope, ki se je iz »kluba demokracij« začel spreminjati v »training center«,<sup>19</sup> je narekoval večjo (in v eksplicitni obliki izraženo) kooperativnost tudi med ESČP in novimi članicami – in institut pilotne sodbe je izraz te potrebe.<sup>20</sup> Kadar je pravi vzrok kršitev konvencijskih pravic systemske narave, je treba to povedati jasno in neposredno. Če je prej zadostoval namig (t. i. načelna sodba, angl. *judgment of principle*),<sup>21</sup> pomeni pilotna sodba ukaz. Ali, kot pravi Wildhaber, za zahodnoevropski diskurz je značilno, da se konča takrat, ko spregovori najvišje sodišče v državi (ustavno ali vrhovno sodišče) ali morda ESČP. Problem je tedaj rešen. Z vstopom novih članic ni več tako. Zato je treba več pozornosti nameniti izvršitvi sodb in vprašanjem dobre vere pri njihovem izvrševanju.<sup>22</sup> Tako ni nič čudnega, da je bilo prvih šest pravih pilotnih sodb izdanih zoper nekdanje komunistične države. To so *Broniowski proti Poljski*, *Hutten-Czapaska proti Poljski*, *Burdov proti Ruski federaciji*, *Olaru in drugi proti Moldaviji*, *Yuriy Nikolayevich Ivanov proti Ukrajini* in *Suljagić proti Bosni in Hercegovini*.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Luzius Wildhaber, nav. delo, 2002, str. 164.

<sup>18</sup> Tako Boštjan M. Zupančič v delno pritrtilnem in delno odklonilnem mnenju k sodbi v zadevi *Hutten-Czapaska proti Poljski* z dne 19. junija 2006. V tem smislu tudi ESČP v svoji prvi pilotni sodbi v zadevi *Broniowski proti Poljski* z dne 22. junija 2004, tč. 193. Enako Erik Fribergh, nav. delo, str. 87, 88.

<sup>19</sup> Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 410, 411.

<sup>20</sup> To potrjuje ugotovitev sodnika Lecha Garlickega, da naj bi bila pilotna sodba uporabljena predvsem takrat, ko ESČP oceni, da druga, manj prepričevalna sredstva ne bi bila učinkovita, pravzaprav kot nekakšno dejanje iz obupa in nezaupanja v obsojeno državo pogodbenico (Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 427, 428).

<sup>21</sup> Glej Paul Mahoney, nav. delo, str. 86, 87.

<sup>22</sup> Glej Luzius Wildhaber, nav. delo, 2009, str. 88.

<sup>23</sup> Glej Matjaž Marko, nav. delo, str. 40.

## 4. INSTITUCIONALNI RAZVOJ

Do zdaj povedano potrjuje institucionalna geneza instituta od septembra 2003, ko je ESČP prvič poskusno oblikovalo svoje stališče do ideje pilotnih sodb, do marca 2011, ko je v svojem poslovniku kodificiralo postopek s pilotno sodbo. Zgodba se je odvila takole: kmalu po letu 2000, ko je pregled dela na ESČP razkril močan porast ponavljajočih se in kloniranih zadev, se je začela porajati ideja o potrebi take prilagoditve sodnega postopka, ki bo ESČP omogočal osredotočenost ne toliko na podeljevanje individualne pravice kot na sistemske in strukturne probleme, iz katerih izvirajo ponavljajoče se zadeve.<sup>24</sup> Temu je septembra 2003 sledilo **pisno stališče**, ki ga je potrdil plenum in v katerem je ESČP predlagalo uvedbo postopka v primerih kloniranih kršitev s posebnim poudarkom na pospešenem postopku izvršitve v sodbi naložene obveznosti pred Odborom ministrov. Vsebina te obveznosti naj ne bi bila samo odstranitev vzrokov kršitve pravic za naprej, ampak tudi obveznost uvedbe domačega pravnega sredstva z retroaktivnim učinkom, s katerim bi bilo zadoščeno vsem, ki so jim bile kršene konvencijske pravice. V pričakovanju rešitve sistemskega problema na nacionalni ravni bi bile posamezne pritožbe v istovrstnih zadevah medtem zadržane. Vendar bi v primeru neizpolnitve naložene obveznosti v razumnem času ESČP zadržane zadeve začelo obravnavati.<sup>25</sup>

Že maja naslednje leto je Odbor ministrov (v okviru reformnih ukrepov za povečanje učinkovitosti) sprejel resolucijo s pozivom ESČP, naj:

1. kolikor je le mogoče, v svojih sodbah ugotovi tiste kršitve konvencije, za katere meni, da so sistemske narave in vzrok problema, še zlasti kadar ocenjuje, da so te kršitve razlog za veliko število pritožb, ter tako po eni strani pomaga državam najti primerno rešitev, po drugi strani pa Odboru ministrov pri nadziranju izvršitev sodb;
2. posebej obvesti o vsaki svoji sodbi, v kateri sta nakazana sistemski problem in njegov vzrok, tudi Parlamentarno skupščino, generalnega sekretarja Sveta Evrope in Svet evropskega komisarja za človekove pravice ter da na take sodbe še posebej in na ustrezen način opozori v svoji podatkovni

<sup>24</sup> Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 9, 10.

<sup>25</sup> Position paper of the European Court of Human Rights on proposals for reform of the European Convention on Human Rights and other measures as set out in the report of the Steering Committee of Human Rights, 12. september 2003. Glej Helen Keller, Andreas Fischer, Daniela Kühne, nav. delo, str. 1041, 1042; Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 10.

bazi.<sup>26</sup> Prvotno stališče, da naj bi institut pilotne sodbe vključili v Protokol št. 14, je bilo opuščeno – Odbor direktorjev za človekove pravice je odločil, da je pilotne sodbe mogoče izdajati že znotraj obstoječega konvencijskega pravnega okvira.

To se je kmalu zatem zgodilo. ESČP je 22. junija 2004 izdalo prvo pravo pilotno sodbo v zadevi *Bronionski proti Poljski*, ki so ji sledile sodba v zadevi *Hutten-Czapaska proti Poljski* in nato še številne druge. Leta 2006 je Odbor ministrov dopolnil svoja pravila tako, da je kot prednostno opredelil nadziranje zadev, v katerih je ESČP ugotovilo sistemske kršitve pravic, takratni predsednik ESČP Jean-Paul Costa pa je na kolokviju Sveta Evrope v San Marinu leta 2007 potrdil priporočilo Skupine modrih, naj ESČP tudi v prihodnje, če je le mogoče, uporablja pilotne sodbe. Kljub načelni podpori postopku s pilotnimi sodbami se ni bilo mogoče izogniti dejstvu, da je ta postopek nejasen, nepregleden, da odpira številna vprašanja – od potrebe po natančnejši opredelitvi pogojev za izdajo pilotne sodbe, meril za izbiro zadeve, v kateri bo izdana, do položaja strank postopka in preostalih pritožnikov v kloniranih zadevah. Na konferenci o prihodnosti ESČP v Interlaknu februarja 2010 je bila tako sprejeta deklaracija z zahtevo Sodišču, »naj razvije jasna in predvidljiva merila za postopek izdajanja pilotnih sodb – glede izbire pritožb, nadaljnega teka postopka in ravnanja z odloženimi zadevami.«

## 5. PRAVILO 61

Ta pričakovanja je ESČP (bolj ali manj) uresničilo 31. marca 2011 z novim 61. pravilom Poslovnika Sodišča, ki ureja postopek v primerih sistemskih ali strukturnih kršitev človekovih pravic. Postopek je še vedno dovolj odprt in prilagodljiv konkretnim okoliščinam (prvi odstavek predmetnega pravila določa, da se postopek s pilotno sodbo začne, kadar dejstva, navedena v pritožbi, razkrivajo obstoj strukturnega ali sistemskega problema ali druge podobne disfunkcije, ki je dala ali bi lahko dala povod za podobne pritožbe), hkrati pa opredeljuje vsaj minimalne oporne točke postopka, kot so na primer opredelitev položaja strank postopka in njihovo sodelovanje v postopku (predvsem izjavljanje o tem, ali so izpolnjeni pogoji za sprejem pilotne sod-

<sup>26</sup> Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 on judgments revealing an underlying systemic problem, 12. maj 2004. Glej Antoine Buyse, nav. delo, str. 9; Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 10, 11; Oana. Nedelcu-Surdescu, str. 26.

be), prednostno obravnavanje pilotne zadeve, obveznost Sodišča, da v pilotni sodbi opredeli tako naravo strukturnega ali systemskega problema ali druge disfunkcije kot tudi vrsto kršitev odpravljaljajočih ukrepov, ki jih mora na podlagi operativnih odredb sodbe sprejeti država kršiteljica, možnost določitve roka za odpravo systemske kršitve, možnost pridržati odločanje o pravičnem zadoščenju (odvisno od sprejetja individualnih ali splošnih ukrepov za odpravo kršitve), možnost odložitve odločanja v preostalih kloniranih zadevah (pri čemer lahko Sodišče, če oceni, da je tako prav, kadarkoli nadaljuje postopke v odloženih zadevah) in zahtevo, da mora prijateljska poravnava zajeti sprejete splošne ukrepe za odpravo kršitve ter povračilo za aktualne in potencialne pritožnike.

Pravilo 61 pomeni v bistvenem samo zgoščen zapis sodne prakse, ki odseva dotedanja stališča ESČP o t. i. pravih in kvazi/semi pilotnih sodbah. Vendar drugače kot v prejšnjih primerih, v katerih so bile izdane pilotne sodbe, možnosti za uporabo pilotnega postopka nekoliko širi – kar je v skladu z že omenjeno politiko Sveta Evrope. Številčnost kršitev ni (več) pogoj za pilotno sodbo<sup>27</sup> – teoretično je lahko izdana že, če konkretna systemska disfunkcija prizadeva zelo ozek krog ljudi. Čeprav je bila pilotna sodba najprej mišljena kot eno od orodij za obvladovanje obstoječega stanja preobremenjenosti ESČP, obstoj odprtih zadev ni (več) pogoj za izvedbo pilotnega postopka.<sup>28</sup> Dokaz za to je pilotna sodba v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*, v kateri je ostalo samo majhno število odprtih postopkov; sodba je bila izdana bolj na podlagi možnosti, da bi se lahko ESČP kdaj v prihodnosti srečalo s svežimi pritožbami »izbrisanih«, kot zaradi spopadanja s preobremenjenostjo.<sup>29</sup> Odložitev obravnavanja odprtih zadev kot ena od bistvenih značilnosti prave pilotne sodbe (in sredstvo pritiska na državo oziroma njene odgovorne organe) tako ni bistvena – ni namreč kaj (bistvenega) odložiti. Pilotna sodba, kot jo ureja pravilo 61, je zato lahko izdana tudi brez odločitve o odložitvi obrav-

<sup>27</sup> To je bila ena od bistvenih značilnosti prvih pilotnih sodb (glej naslednjo opombo).

<sup>28</sup> Da je smoter pilotne sodbe tudi preprečevanje pripada potencialnih ponavljajočih se zadev, je ESČP opozorilo že v prvih pilotnih sodbah. V sodbi v zadevi *Broniowski* se ni sklicevalo le na 167 odprtih podobnih zadev, temveč tudi na skoraj 80.000 posameznikov, prikrajšanih za odškodnino (glej tč. 193). V zadevi *Hutten-Czapka* pa je zaradi dejstva, da je bilo ob sojenju pred velikim senatom odprtih samo 18 podobnih zadev, Sodišče opozorilo na potencialni pripad ponavljajočih se zadev – prizadetih je bilo namreč okoli 100.000 najemodajalcev (glej tč. 236).

<sup>29</sup> Glej tč. 413 in 414 obrazložitve sodbe v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji* z dne 26. junija 2012.



navanja preostalih kloniranih zadev.<sup>30</sup> Zato se zdi, da dosedanja klasifikacija na prave in kvazi pilotne sodbe nima več prepričljive pravne podlage – vsaj ne v Poslovniku Sodišča. Značilnosti (prave, popolne) pilotne sodbe, ki jih je Wildhaber razvrstil v osem točk,<sup>31</sup> zato niso več odločilne. Tudi ne, ali je Sodišče sodbo označilo kot pilotno.<sup>32</sup>

To, kar je za postopek s pilotno sodbo bistveno, sta namreč njeni obvezni sestavini, določeni v tretjem odstavku pravila 61. Ti sta: 1. opredelitev strukturnega ali systemskega problema ali druge ugotovljene disfunkcije in 2. opredelitev vrste ukrepa, ki ga mora za odpravo takega stanja država kršiteljica sprejeti na podlagi operativnih določb sodbe. Torej samo dvoje: opredelitev systemskega problema in ukaz splošnih ukrepov, oboje v odredbah, ki so za državo zavezujoče (prvi odstavek 46. člena EKČP), torej v operativnem delu sodbe – nič več in nič manj.<sup>33</sup> To dvoje je tudi dovolj za dosego ciljev pilotne sodbe: znebiti se kloniranih zadev (aktualnih in potencialnih) in državi kršiteljici naložiti odpravo systemske napake z retroaktivnim učinkom – brez tega namreč repatriacija odprtih zadev ne bi bila mogoča. S tem se tudi bistve-

<sup>30</sup> Tako je bilo v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* (sodba z dne 6. oktobra 2005), v kateri odločanje v preostalih 500 odprtih zadev ni bilo zadržano, zaradi česar dajejo to sodbo kot zgled kvazi pilotne sodbe (na primer Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 86 in nasl.; Oana Nedelcu-Surdescu, nav. delo, str. 30; Antoine Buyse, nav. delo, str. 5 in nasl.) – čeprav jo je ESČP pozneje samo razglasilo za pilotno (glej tč. 413 obrazložitve sodbe v zadevi *Kurić*). Po mnenju nekaterih je prav zadržanje obravnavanja preostalih odprtih zadev odločilno za kvalifikacijo sodbe kot pilotne. Prim. Helen Keller, Andreas Fischer, Daniela Kühne, nav. delo, str. 1041.

<sup>31</sup> Po njegovem mnenju ima popolna pilotna sodba naslednje sestavine: 1. ugotovitev kršitve s strani velikega senata, ki kaže, da ima država kršiteljica problem, ki prizadeva celotno skupino posameznikov; 2. s tem povezan sklep, da je ta problem povzročil ali bi lahko povzročil veliko podobnih pritožb na ESČP; 3. dajanje navodil državi kršiteljici o splošnih ukrepih, ki jih mora sprejeti za rešitev problema; 4. navedba, da morajo imeti ti ukrepi, če naj učinkujejo tudi na odprte postopke, retroaktiven učinek; 5. odložitev reševanja vseh odprtih kloniranih zadev; 6. uporaba operativnega dela sodbe s ciljem »okrepiti obveznost sprejeti zahtevane zakonske in administrativne ukrepe; 7. zadržanje odločanja o pravičnem zadoščenju; in 8. obveščanje visokih organov Sveta Evrope (Odbora ministrov, Parlamentarne skupščine in komisarja za človekove pravice) o napredku v pilotni zadevi. Glej Luzius Wildhaber, nav. delo, 2009, str. 71.

<sup>32</sup> Čeprav sodbe v zadevi *Dogan in drugi proti Turčiji* z dne 29. junija 2004 ESČP ni označilo kot pilotno, se je v poznejši zadevi (*Iyer proti Turčiji*) pri odločanju o dopustnosti pritožbe (12. januarja 2006) sklicevalo prav na to sodbo ter jo naknadno opredelilo kot pilotno. Glej Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 14; Antoine Buyse, nav. delo, str. 6. Enako je sodbo v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* z dne 6. oktobra 2005 naknadno (v pilotni sodbi *Kurić* – v tč. 413 obrazložitve) opredelilo kot pilotno.

<sup>33</sup> V tem smislu tudi Erik Fribergh, nav. delo, str. 6. Lazarova-Trajkovska s tema lastnostnima (osvetlitev systemskega ali strukturnega problema in naložitev obveznosti državi, da ta splošni problem odpravi) opredeljuje kvazi pilotne sodbe. Glej Mirjana Lazarova-Trajkovska, nav. delo, str. 244.

no učinkoviteje varuje človekove pravice. Denarna odškodnina po 41. členu EKČP je namreč samo t. i. *second best*, ki tolaži za nazaj, ne spreminja pa prihodnosti – kar se kaže pri trajajočih ali ponavljajočih se kršitvah, ki zahtevajo uporabo načela *restitutio in integrum*.<sup>34</sup>

Po izdaji pilotne sodbe in po tem, ko država uspešno implementira splošne ukrepe, ki so ji bili naloženi s sodbo, je vloga ESČP izčrpana ali, kot samo pravi, »se njegova vloga ne more preoblikovati v tistega, ki zagotavlja individualizirano denarno odškodnino«. <sup>35</sup> Tako se (z izkoriščanjem načela subsidiarnosti) učinkovito varujejo praktični interesi vseh vpletenih – Sodišča (reševanje problema preobremenjenosti), države kršiteljice (jasne usmeritve za odpravo sistemskih pomanjkljivosti in s tem varovanje človekovih pravic na nacionalni ravni) ter konkretnih in potencialnih oškodovancev (hitrejša odprava posameznih kršitev in preprečitev novih).

Kot kvazi pilotne sodbe bi bilo zato mogoče opredeliti samo tiste, o katerih govori točka 9 pravila 61, torej katerekoli druge sodbe, v kateri Sodišče opozarja na obstoj strukturnega ali sistemskega problema v državi pogodbenici, vendar ne z ukazovalnim jezikom (brez sklicevanja na 46. člen EKČP) in ne v operativnem delu sodbe – o katerih pa morajo biti obveščeni visoki organi Sveta Evrope (to vrsto sodb teorija razvršča v tretjo skupino »pilotnih« sodb, ki v pretežnem delu izvirajo še iz »predpilotnega obdobja« ESČP). <sup>36</sup> Navsezadnje so strukturne značilnosti instituta pilotne sodbe na eni strani enostavnost, na drugi pa odprtost, ohlapnost in prilagodljivost zelo različnim ter težko predvidljivim življenjskim situacijam (in njihovim kombinacijam). V manj kot desetih letih prakse je ESČP razvilo bogato raznolikost pilotnih postopkov. Zato se je mogoče strinjati s stališčem, da bi bila najbolj čista tipologija pilotnih sodb tista, ki bi temeljila na nizu s skrajnima točkama na obeh

<sup>34</sup> Prim. pritrdilno mnenje sodnika Boštjana M. Zupančiča k sodbi v zadevi *Bronionski* z dne 22. junija 2004.

<sup>35</sup> Tako ESČP, ko je klonirano zadevo *Wolkenberg in drugi proti Poljski*, ki je bila odložena zaradi reševanja zadeve *Bronionski*, 4. decembra 2007 črtalo s seznama (tč. 76). Ocenilo je, da je Poljska s priznanjem odškodnine v višini 20 odstotkov izvirne vrednosti izgubljenega premoženja razseljenim osebam iz nekdanjega vzhodnega dela Poljske onkraj reke Bug, ki je po koncu druge svetovne vojne pripadlo nekdanji Sovjetski zvezi, izpolnila svojo obveznost.

<sup>36</sup> Na primer Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 26 in nasl.; Oana Nedelcu-Surdescu, nav. delo, str. 30, 31. Nekaj takih sodb je bilo izdanih tudi pozneje, na primer *Matko proti Sloveniji* (2. november 2006), *Krawczak proti Poljski* (8. april 2008), *Robert Lesjak proti Sloveniji* (13. julij 2009), *Šilih proti Sloveniji* (9. april 2009), *Dogan in drugi proti Turčiji* (29. junij 2004) – zadnja je bila naknadno (v zadevi *Igyer proti Turčiji*, 12. januar 2006) opredeljena kot pilotna.

koncih kontinuuma – na enem koncu bi bila sodba v zadevi *Broniowski*, ki uteleša vseh osem Wildhaberjevih značilnosti, na drugem pa sodba, kakršna je bila izdana v zadevi *Marckx*<sup>37</sup> – med njima pa nianse, ki jih tvori velika večina vseh do zdaj izdanih pilotnih sodb. Vendar ob takem predlogu tipologija, ker je pač nezdržljiva s pojmom kontinuuma, nujno izgine – ostane samo tisto, kar opredeljuje (prej omenjeno) bistvo pojava pilotne sodbe (vse ostalo so samo variacije na isto temo). Ali drugače: pilotna sodba je očitno (še en) prispevek k pravni kompleksnosti (angl. *simplicity*) – ustvarjanje kompleksnosti iz preprostih načel.

## 6. PROBLEMATIČNOST PILOTNE SODBE

### 6.1. Postopek

Poleg omenjenih, nesporno dobrih plati ima institut pilotne sodbe tudi nekaj pasti, nejasnosti in slabosti. Čeprav je pravilo 61 odstranilo nekatere dvome o položaju pritožnikov v kloniranih zadevah (šesti odstavek) in o položaju strank postopka pilotne sodbe (drugi odstavek), ostaja odprto, kakšen vpliv imajo pritožniki v odloženih zadevah na potek postopka v pilotni zadevi, na odločitev o odložitvi reševanja njihovih pritožb (kar za njih pomeni trojno odložitev varstva – najprej glede reševanja njihove pritožbe pred ESČP, potem glede postopka sprejemanja naloženih splošnih ukrepov in končno še glede konkretnega postopka odločanja o njihovi pravici pred domačimi organi) ter na podlagi katerih meril se taka odločitev sprejme<sup>38</sup> (točka a šestege odstavka pravila 61 govori samo o tem, da je treba pritožnike obvestiti o odložitvi odločanja v njihovi zadevi in jih ustrezno obveščati o napredovanju pilotne zadeve), po kakšnih merilih Sodišče opravi izbiro zadeve za pilotno sojenje (drugače rečeno: kdo od pritožnikov je med »srečnimi dobitniki«)<sup>39</sup> ter kako stranke (če sploh) sodelujejo v postopku izbire. Če je izbira opravljena

<sup>37</sup> Glej Antoine Buyse, nav. delo, str. 8.

<sup>38</sup> V zadevi *Lukenda* reševanje odprtih zadev ni bilo odloženo – zakaj, je stvar ugibanja: morda zaradi pritiska na državo, da se resno loti priprave in sprejema naloženih ukrepov za zagotavljanje pravice do sojenja v razumnem roku (tako Antoine Buyse, nav. delo, str. 5), ali pa (verjetneje) zaradi narave kršitve pravice – težko bi bilo upravičiti odložitev reševanja pritožb zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku (tako Erik Fridbergh, nav. delo, str. 5).

<sup>39</sup> Kot izhaja iz opažanja ruskega sodnika A. Kovlerja, ni izključeno, da se odločitev o tem pokaže kot subjektivna in kot posledica določenih političnih premislekov (v smislu zakonodajne politike) – povzeto po Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 34. Več o tem v nadaljevanju.

na podlagi ocene, katera od zadev je najbolj tipična predstavnica svoje vrste, ker najbolj odseva vse vidike sistemskega problema,<sup>40</sup> pa se vsiljuje vprašanje, kolikšen je potem sploh resničen prihranek časa in energije, saj bi upoštevanje takega merila zahtevalo natančno proučitev vseh zadev. Izdaja pilotne sodbe tudi ni pridržana velikemu senatu – izda jo lahko tudi mali senat (tako kot je na primer sodbi v zadevah *Xenides-Arestis proti Turčiji* z dne 22. decembra 2005 in *Lukenda proti Sloveniji* z dne 6. oktobra 2005 izdal tretji senat, sodbo v zadevi *Burdov proti Rusiji* z dne 15. januarja 2009 prvi senat, sodbo v zadevi *Olaru in drugi proti Moldaviji* z dne 28. julija 2009 četrti senat, sodbo v zadevi *Y. N. Ivanov proti Ukrajini* z dne 15. oktobra 2009 pa peti senat).<sup>41</sup>

V zvezi s tem, kdaj naj se Sodišče odloči za pilotni postopek, ni nobenih jasnih in predvidljivih meril. Šele vpogled v dejansko mehaniko delovanja Sodišča pokaže, da gre velikokrat za politično (in tudi subjektivno) obarvane odločitve. Iz raziskave, ki so jo opravili Leach, Hardman, Stephenson in Blitz, izhaja, da na to odločitev vplivajo številni med seboj prepleteni dejavniki, od katerih so nekateri praktični in pragmatični, drugi (izstopajoči) pa politični. Predvsem velja, da ni že vsak primer ponavljajočih se in kloniranih kršitev primeren za pilotni postopek. Nekateri od sogovornikov v omenjeni raziskavi (vodje registrov in strokovno osebje registrov – med drugimi M. O’Boyle) so potrdili, da ESČP izpelje pilotni postopek samó, kadar oceni, da obstaja verjetnost implementacije s pilotno sodbo naloženih ukrepov, zlasti pa pripravljeno državo, da tvorno sodeluje v pilotnem postopku. Nasprotno bi namreč škodilo ugledu Sodišča – kajti če državo zaveže, naj stori nekaj, za kar že vnaprej ve, da iz kakršnihkoli pravnih, praktičnih in/ali političnih razlogov

<sup>40</sup> Pilotna sodba je namreč hkrati obrnjena v preteklost in v prihodnost – taki so tudi njeni učinki, vključno z odsevnimi (domači ukrepi morajo učinkovati retroaktivno – sicer ni repatriacije pred ESČP odprtih zadev).

<sup>41</sup> Kar je bilo predmet kritike sodnika V. Zagrebelskega v delnem odklonilnem mnenju v zadevi *Lukenda proti Sloveniji*. Po njegovem mnenju bi pilotno sodbo (ki ji kot institutu sicer nasprotuje) zaradi koherentnosti sodne prakse smel izdati kvečjemu veliki senat – ki je primernejši za razpravljanje o sistemskih problemih. Temu Buyse še dodaja, da ima sporočilo velikega senata močnejšo prepričevalno moč – pomeni jasen signal, da je treba sistemski problem vzeti z vso resnostjo. Glej Antoine Buyse, nav. delo, str. 6, 8. Vendar iz pojasnil takrat (25. marca 2009) še namestnika vodje registra M. O’Boyla izhaja, da je odstop od prvotne prakse, po kateri je pilotne sodbe izrekal samo veliki senat, povsem praktične narave. Prejšnja praksa namreč vodij registrov posameznih senatov ni motivirala za pilotne postopke, ker se je vsak od njih zavzemal za to, da bi zadeve, ki jih obravnava, ostale pri njegovem senatu. Da bi spodbudili uporabo pilotnega postopka, je bilo vodjem senatnih registrov dano pooblastilo za vodenje pilotnih postopkov pred njihovimi senati. Povzeto po Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 34, 35.

ne bo uresničeno, kompromitira pilotno sodbo in prek nje tudi sebe. Po drugi strani pa O'Boyle opozarja, da pilotni postopek ni »konsenzualen« – Sodišče sprejme odločitev o tem samostojno, kot izraz svoje (sodne) suverenosti. Tu gre za občutljiv postopek, v katerem Sodišče obvesti vlado, da razmišlja o možnosti uvedbe pilotnega postopka.

## 6.2. Pravna podlaga

Problematična je tudi pravna podlaga za izrekanje pilotnih sodb. Poslovnik Sodišča seveda ni mednarodnopravni instrument in zato tudi ne pravna podlaga pilotnega postopka. Med razpravo o Protokolu št. 14 je ESČP sprva menilo, da bi bilo treba v ta instrument vključiti tudi pilotni postopek. Ker se to ni zgodilo, je kot pravno podlago za pilotno sodbo vzelo določbo prvega odstavka 46. člena EKČP, ki države pogodbenice zavezuje spoštovati končno sodbo Sodišča v vsaki zadevi, v kateri nastopajo kot stranke.<sup>42</sup> Že to nakazuje spornost pravne podlage. ESČP je (bilo) zasnovano kot značilno sodišče zadnje instance, torej kot sodišče, ki odloča o posameznih, na konkretne kršitve nanašajočih se pritožbah, nikakor ne kot ustavno sodišče s pristojnostmi negativnega zakonodajalca, še manj pozitivnega<sup>43</sup> – čemur pa se je z nalaganjem obveznih splošnih (večinoma zakonodajnih) ukrepov za odpravo sistemskih kršitev pravic dokaj približalo. Mednarodna obveznost države podpisnice je zato samo tisto, kar ji sodba ESČP po Konvenciji lahko naloži. To pa je plačilo pravičnega zadoščenja. Za kaj več, torej tudi za ukazovanje sprejema splošnih (največkrat zakonodajnih) ukrepov, ki pomenijo vmešavanje v notranjo zakonodajo držav članic, bi moralo imeti ESČP jasno in nedvoumno konvencijsko pooblastilo.<sup>44</sup> Prvi odstavek 46. člena EKČP pa mu takega pooblastila ne daje. Pove namreč samo to, kakšni so učinki končne sodbe – in ne, kakšna sme biti vsebina sodbe, torej kaj lahko sodišče s sodbo državi podpisnici na-

<sup>42</sup> ESČP se je pridružilo mnenju Skupine modrih in sprejelo stališče, da je za vključitev pilotnega postopka v Konvencijo potrebnih več praktičnih izkušenj (Opinion of the Court on the Wise Persons' Report, z dne 2. aprila 2007, str. 5 – povzeto po Antoine Buyse, nav. delo, str. 12 – glej v nadaljevanju op. 76) – in eksperimentiranje s pilotnimi postopki se je nadaljevalo.

<sup>43</sup> Snovalci EKČP v besedilo Konvencije namenoma niso vnesli širših pooblastil, kakršno bi bilo upravičenje razveljaviti dele nacionalne zakonodaje ali zahtevati njeno spremembo ali dopolnitev (Antoine Buyse, nav. delo, str. 11).

<sup>44</sup> Takega pooblastila (in s tem mednarodnopravne zaveze držav pogodbenic) ne pomeni resolucija Odbora ministrov z dne 12. maja 2004 s pozivom Sodišču, naj odkriva sistemske vzroke kršitev Konvencije in z jasnimi napotki pomaga najti rešitve sistemskih problemov (glej op. 20). Resolucija pač ni zavezujoč mednarodnopravni instrument – drugače Antoine Buyse, nav. delo, str. 12.

loži. Razumevanje te določbe se zato lahko giblje samo znotraj vloge in pristojnosti ESČP, ki ju Konvencija omogoča – to pa je vloga sodišča, ki odloča o konkretnih, posameznih kršitvah, in ki v primeru ugotovljene kršitve nima drugih ukazovalnih pristojnosti kot naložitev plačila pravičnega zadoščenja.

Zato je težko odreči prepričljivost kritiki sodnika Zagrebelskega, ki v delnem odklonilnem mnenju v zadevi *Hutten-Czapka* opozarja na šibkost pravne podlage za pilotni postopek. Države so po prvem odstavku 46. člena EKČP zavezane spoštovati končno sodbo samo v zadevi, v kateri so stranke – obveznost, ki je naložena s pilotno sodbo pa gre daleč onkraj posamezne zadeve. Poleg tega, na kar tudi opozarja Zagrebelsky, pilotna sodba s prodiranjem v pristojnosti Odbora ministrov v neskladju s Konvencijo spreminja ravnotežje med osrednjima stebroma konvencijskega sistema – med ESČP in Odborom ministrov ter vstopa na področje, ki je v domeni politike.

Prenos ideje o živi ustavi (angl. *living Constitution*) na Konvencijo je s stališča učinkovitosti varovanja človekovih pravic in njihove univerzalnosti neizogibna. Vendar je EKČP še vedno samo mednarodnopravna pogodba, s katero se države podpisnice niso odrekle delu svoje suverenosti. Lahko je zagovarjati dinamizem pri razlagi ustave, neprimerljivo težje pa, ko gre za mednarodne instrumente, za katere po pravilih Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb<sup>45</sup> velja stroga prevlada besedne razlage.<sup>46</sup> Toda po drugi strani je treba upoštevati, da se mednarodna pogodba razlaga ob upoštevanju konteksta in

<sup>45</sup> Uradni list RS – MP, št. 13/11.

<sup>46</sup> Italijansko ustavno sodišče, ki se opira na tradicionalno doktrino o živem pravu, ima s tem manj težav. Značilni sta na primer sodbi 348 in 349, obe z dne 22. oktobra 2007, ki sta neposredno sledili sodbi v zadevi *Scordino proti Italiji* z dne 29. marca 2006, s katerima je ustavno sodišče (po ustavni reformi iz leta 2001 117. člen ustave zakonodajno oblast države in regij zavezuje k spoštovanju mednarodnih pogodb) Konvencijo dvignilo nad navadno domače pravo, vendar s podustavnim statusom. Sodbi se nanašata na protiustavnost zakonskih rešitev odškodnine za razlaščene nepremičnine. V sodbi 348 je ustavno sodišče navedlo, da je »[...] EKČP poseben primer mednarodne pogodbe, s katero so države pogodbenice ustanovile ESČP, ki je po prvem odstavku 32. člena EKČP pristojno odločati v vseh zadevah, ki se tičejo uporabe in razlage Konvencije in njenih protokolov, in ki so mu predložene pod pogoji, predvidenimi v 33., 34., 46. in 47. členu. Ker pa pravne norme živijo šele prek razlage, ki jim jo daje pravna praksa, s sodišči na prvem mestu, je naravna posledica prvega odstavka 32. člena EKČP, da mednarodne obveznosti, ki jih je s podpisom in ratifikacijo EKČP sprejela Italija, vsebujejo tudi dolžnost uskladiti svojo zakonodajo s Konvencijo, kot jo razlaga s tem namenom ustanovljeno in zadolženo sodišče. Zato tudi ni mogoče govoriti o prekrivanju pristojnosti mednarodnega sodišča s pristojnostjo domačih sodišč, pač pa o najvišji razlagalni oblasti ESČP, ki so jo za razjasnjevanje svojih mednarodnopravnih obveznosti temu tribunalu podelile države pogodbenice« – glej Mirjana Lazarova-Trajklovska, nav. delo, str. 260, 261; Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 125, 126.

tudi glede na njen predmet in namen (prvi odstavek 31. člena omenjene konvencije). V tem pogledu je pomembno dvoje.

Najprej to, da EKČP v resnici ni »klasična« mednarodna pogodba, s katero bi se urejala medsebojna razmerja, pravice in obveznosti držav pogodbenic. EKČP ni bila mišljena in zasnovana kot pogodben instrument (angl. *contractual treaty*, fr. *traité-contrat*), ampak kot instrument, ki vzpostavlja pravo (angl. *law-making treaty*, fr. *traité-loi*). Konvencija tudi ni bila namenjena vzpostavljanju vzajemnih obveznosti med državami pogodbenicami, ampak ohranjanju in krepitvi javnega reda glede varstva človekovih pravic.<sup>47</sup> Predmet in namen medsebojnih zavez držav je priznanje, spoštovanje in varovanje človekovih pravic, medsebojna zaveza tretjim. Ti tretji so posamezniki, nosilci človekovih pravic. Države pogodbenice so se zato podvrgle skupnemu evropskemu pravu človekovih pravic (evropskemu ustavnemu redu), v okviru katerega so v skupno dobro prevzele različne obveznosti – ne v razmerju do drugih držav pogodbenic, ampak v razmerju do posameznikov znotraj svojih jurisdikcij.

Poleg tega je pomembna iz pravkar opisane značilnosti EKČP izhajajoča bistvena značilnost njenih norm. Večina njih spada v kategorijo odprtih norm (angl. »standard-type« norms) in k cilju naravnanih norm (angl. *result oriented norms*).<sup>48</sup> Med njimi je še zlasti pomemben 1. člen Konvencije, ki zapoveduje obveznost spoštovanja človekovih pravic. Prav učinkovito varstvo konvencijskih pravic, kot eden od temeljev konvencijskega sistema, pa bi bilo lahko ob togem formalnem razumevanju besedila in mednarodnih obveznosti držav ogroženo. Otipljivost te nevarnosti značilno in neposredno ponazarja pogovorni šov na eni od ruskih državnih televizij o prepovedi parade ponosa v Moskvi. Eden od razpravljavcev je omenil, da je ESČP ugotovilo, da je prejšnja prepoved take parade pomenila kršitev EKČP ter da je žrtvi, organizatorju prepovedanega dogodka, priznalo 3.000 evrov zadoščenja.<sup>49</sup> Poslanec ruske Dume Alexander Khinstein se je na to odzval z opazko, da je Rusija pripravljena organizatorjem parade ponosa vsako leto plačati tistih 3.000 evrov, ampak da teh parad v Moskvi ne bo.<sup>50</sup> Zato se je mogoče samo strinjati

<sup>47</sup> Glej na primer sodbi v zadevah *Wemhoff proti Nemčiji* z dne 27. junija 1968, tč. 8; in *Godler proti Združenemu kraljestvu* z dne 21. februarja 1975. Glej Steven Greer, nav. delo, str. 5.

<sup>48</sup> Glej Yuyal Shany, nav. delo, str. 914–917; Yutaka Arai-Takahashi, nav. delo, str. 238.

<sup>49</sup> Sodba v zadevi *Alekseyev proti Rusiji* z dne 21. oktobra 2010. V resnici je bilo naloženo plačilo 12.000 evrov.

<sup>50</sup> Glej Kanstantsin Dzehtsiarou, Alan Greene, nav. delo, str. 1709.

s stališčem, po katerem dojemanje strasbourških sodb zgolj kot ukazov plačati pravično zadoščenje, izničuje učinkovitost ESČP kot celote.<sup>51</sup>

## 7. POMEN PILOTNE SODBE V RAZMERJU MED ESČP IN USTAVNIM SODIŠČEM

### 7.1. Horizontalno

Iz do zdaj povedanega izhaja pomemben vpliv pilotne sodbe na razmerje med ESČP in državo, zoper katero je bila taka sodba izdana. Sodba lahko reši »pat položaj« med zagovorniki in nasprotniki konvencijsko-skladne rešitve problema in obrne ravnotežje v pravo smer.<sup>52</sup> Za nadnacionalno sodstvo je namreč značilen pojav, izražen s prisposodbo o »prediranju plašča države«,<sup>53</sup> ki pomeni razgraditev pojma države (sicer enotne mednarodnopravne entitete) na njene različne ustavne veje in možnost tvorbe zavezništev mednarodnega sodišča z nekaterimi od njih s ciljem okrepiti njihov znotrajdržavni položaj zagovornika spoštovanja in varovanja konvencijskih pravic. Prve tri pilotne sodbe in za njimi še več drugih (zelo značilni sta sodbi v zadevah *Kurić* ter *Oliari in drugi proti Italiji*)<sup>54</sup> dokazujejo prav to. Skupno jim je, da je nacionalno ustavno sodišče (ali drugo najvišje sodišče za varstvo človekovih pravic) že prej ugotovilo, da obstoječa pravna ureditev ali njeno izvajanje v praksi krši konvencijske pravice ter da se zakonodajna ali izvršilna oblast na to ugotovitev ni (ustrezno) odzvala. V takih primerih ESČP pomembno okrepi položaj domačih (ustavnih) sodišč (in nasprotno – pilotna sodba črpa prepričljivost tudi iz odločbe domačega ustavnega sodišča),<sup>55</sup> saj je posredno sporočilo njegove pilotne sodbe jasno: izvršite odločbo ustavnega sodišča! Tako postane izvršitev odločbe domačega ustavnega sodišča posredno predmet mednarodnopravne obveznosti države. Zavezništva lahko sežejo celo onkraj ustavnih

<sup>51</sup> Prav tam.

<sup>52</sup> Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 427, 428.

<sup>53</sup> Avtor prisposodbe je S. Besson (z njenega predavanja »The Authority of International Law«, The 2008 Annual Julius Address, Sydney 19. avgust 2008 – povzeto po Wojciech Sadurski, str. 421).

<sup>54</sup> Sodba v zadevi *Oliari in drugi proti Italiji* z dne 21. julija 2015.

<sup>55</sup> Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 38, 39.



vej oblasti, na primer na parlamentarno manjšino ali celo na nevladne organizacije.<sup>56</sup>

## 7.2. Vertikalno

Druga os razmerja med ESČP in nacionalnimi ustavnimi sodišči je vertikalna. Pilotna sodba, čeprav mednarodnopravno učinkuje *inter partes*, ima namreč na nacionalni ravni učinke *erga omnes* – taki učinki pač izhajajo iz razširjene razlage prvega odstavka 46. člena EKČP. Če mora torej država spoštovati splošne ukrepe, ki so ji bili naloženi, so na njih vezani vsi organi njenih ustavnih vej oblasti (na tej točki je treba pozabiti na pojav »prediranja plašča države«). Kadar je naložena sprememba zakonodaje, je s tem sicer neposredno zavezana samo zakonodajna oblast. Vendar, ko ta svojo obveznost izpolni, pilotna sodba posredno zavezuje tudi druge organe, ko potem tako (z zahtevo iz pilotne sodbe usklajeno zakonodajo) uporabljajo. Njihova razlaga ne sme biti taka, da bi zaradi neskladnosti s sporočilom, ki ga daje pilotna sodba, privedla do slabšega varstva človekove pravice. Obveznostim, ki jih je naložilo ESČP, se namreč ni mogoče izogniti tako, da se na zakonodajni ravni sprejme zahtevana rešitev sistemskega problema, na izvedbeni, aplikativni ravni pa se sprejeto zakonsko rešitev, ki je navzven skladna z zahtevanimi ukrepi, razlaga tako, da se ti ukrepi potem v stvarnem življenju izničijo.

Na tej osi razmerja z ESČP ima v slovenski ustavni ureditvi Ustavno sodišče vlogo »izvršitvenega pomočnika«. V skladu z načelom subsidiarnosti in v skladu s pravilom največjega varstva človekovih pravic (peti odstavek 15. člena Ustave) izvaja abstraktno, individualno in konkretno kontrolo oblastnih ravnanj vseh, ki jih pilotna sodba (neposredno ali posredno) zavezuje. Če Ustava posamezno človekovo pravico varuje najmanj enako, kot jo s pilotno sodbo razložena konvencijska določba, bo sicer Ustavno sodišče trditve o njeni kršitvi presojalo samo z vidika Ustave. Vendar bo moralo do takega

<sup>56</sup> Primer prvega je sodba v zadevi *Manole in drugi proti Moldaviji* z dne 17. septembra 2009. Z njo je ESČP ugotovilo sistemsko kršitev 10. člena EKČP, ker je vladajoča Komunistična stranka nadzirala najbolj gledan televizijski kanal v državi, posledica tega pa je bila bistvena pristranskost pri poročanju o aktivnostih predsednika in vlade (in omejevanje poročanja o opoziciji ter o družbeno in politično občutljivejših temah). Pilotna sodba, ki je nalagala odpravo pomanjkljivosti z zakonodajno reformo, je doživela neverjetno hiter vladni odziv – sodba je bila sprejeta septembra 2009, oktobra (slaba dva meseca pred njeno dokončnostjo) pa je že bila sprejeta novela zakona o RTV (*Zakon o vnesenii izmenenii v Kodeks televideniia i radio Respublika Moldova*). In razlog: poleti 2009, še med tekom postopka pred ESČP, je oblast prevzela liberalna opozicija (glej Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 161, 162).

sklepa (tj. sklepa, da Ustava najmanj enako varuje posamezno človekovo pravico) šele priti. Pot do njega pa vodi samo prek pilotne sodbe. Šele ta namreč pove, ali Ustava obravnavano pravico res najmanj enako varuje. Če je ne, bo tudi »uradno« zgornja premisa konvencijska pravica z vsebino, kot ji jo je dalo ESČP s pilotno sodbo.

### 7.3. »Lukenda«

Obe obliki sodelovalnega razmerja med ESČP in Ustavnim sodiščem pona-  
zarja odločba št. U-I-207/08, Up-2168/08 z dne 18. marca 2010, ki pomeni  
eno zadnjih dejanj v zgodbi »Lukenda«. Njen začetek sega v leto 2005, ko je  
bila izdana prva pilotna sodba proti Sloveniji v zadevi *Lukenda*, ki je državi  
Sloveniji naložila, da mora z ustreznimi zakonodajnimi ukrepi in izvedbenimi  
praksami (kar pomeni z dejanskim vodenjem sodnih postopkov) zagotoviti  
pravico do sojenja v razumnem roku. V delu sodbe, ki se nanaša na vpraša-  
nje odškodnine zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku, je ESČP  
ugotovilo, da:

»kljub določenim znakom napredka, razvidnega iz s strani Vlade predložene  
sodne prakse, Sodišče ni prepričano, da odškodninska tožba dejansko zago-  
tavlja učinkovito zadoščenje za kršitev pravice do sojenja v razumnem roku«  
(tč. 60).

Malo pred tem je Ustavno sodišče ugotovilo, da v Republiki Sloveniji ni po-  
sebnih zakonskih določb, ki bi v takem primeru prizadeti osebi omogočale  
uveljavljati pravico do pravičnega zadoščenja v smislu EKČP (odločba U-I-  
65/05 z dne 22. septembra 2005).<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Ustavno sodišče se je v tej odločbi obilno sklicevalo na sodno prakso ESČP in v 12. točki obrazlo-  
žitve med drugim navedlo: »Ustavno sodišče mora [...] pri presoji izpodbijanih določb ZUS upoš-  
tevaty sodno prakso ESČP, po kateri je učinkovito sodno varstvo pravice do sojenja v razumnem  
roku zagotovljeno le, če obsega tudi varstvo, ki nudi primerno zadoščenje. Dobi naj ga tisti, ki mu je  
bila pravica kršena v že končanem postopku. To prakso mora Ustavno sodišče upoštevati ne glede  
na to, da je bila sprejeta v zadevi, v kateri Slovenija sama v postopku pred ESČP ni bila udeležena.  
Gre namreč za jasno in uveljavljeno prakso ESČP, po kateri so *in abstracto* določeni pogoji, ki morajo  
biti izpolnjeni, da je glede na EKČP mogoče šteti, da pravni red (katerekoli) države pogodbenice  
vsebuje učinkovito pravno sredstvo zoper kršenje pravice do sojenja v razumnem roku tudi v prime-  
rih, ko kršitev že preneha (opombe izpuščene).« V 13. točki obrazložitve je nato nadaljevalo: »Ker  
ZUS, ki glede na drugi odstavek 157. člena Ustave sicer ureja sodno varstvo pravice do sojenja brez  
nepotrebnega odlašanja, ne vsebuje posebnih, naravi obravnavane pravice prilagojenih določb, ki bi  
omogočale uveljavljanje pravičnega zadoščenja v primeru, ko je kršitev pravice do sojenja v razum-  
nem roku prenehala, je v neskladju s četrtrim odstavkom 15. člena Ustave v zvezi s prvim odstavkom  
23. člena Ustave.«

Na »istomisleči« (zavezniško usklajeni)<sup>58</sup> sodbo ESČP in odločbo Ustavnega sodišča se je slovenska vlada nemudoma odzvala z vseobsegajočim projektom za odpravo sodnih zaostankov do leta 2010, poimenovanem Projekt Lukenda.<sup>59</sup> V okviru tega projekta je bil že naslednje leto sprejet Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja (ZVPSBNO),<sup>60</sup> ki med drugim ureja pravično zadoščenje za škodo, nastalo zaradi kršitve pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja, in sicer tudi za čas pred začetkom uporabe tega zakona. Vendar je slednje storil samo za primere, ko je kršitev pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja že prenehala, pa je stranka pred začetkom uporabe tega zakona že vložila zahtevo za pravično zadoščenje na ESČP. Neurejen pa je ostal položaj tistih, ki jim je kršitev pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja prenehala pred začetkom učinkovanja ZVPSBNO (1. januarja 2007), pa pred tem datumom niso vložili zahteve za pravično zadoščenje na ESČP, temveč so se odločili, da bodo sodno varstvo te pravice uveljavljali pred domačimi sodišči. Ker je pregled novejše sodne prakse pokazal, da nepremoženjska škoda zaradi kršitve pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja do uveljavitve ZVPSBNO, torej po splošnih pravilih odškodninskega prava, ni pravno priznana, so se zakonodajalčeva predvidevanja o zapolnitvi pravne praznine s sodno prakso, izkazala za zmotna. Zaradi nenačrtovane protiustavne (in protikonvencijske) pravne praznine tako obveznost iz odločbe U-I-65/05 in iz pilotne sodbe Lukenda ni bila v celoti izpolnjena.<sup>61</sup> Ustavno sodišče je zato ugotovilo, da je:

»člen 25 ZVPSBNO [...] v neskladju z Ustavo, kolikor ne ureja tudi položaja oškodovancev, katerim je kršitev pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja prenehala pred 1. 1. 2007, pa do takrat niso vložili zahteve za pravično zadoščenje na mednarodno sodišče.«

#### **7.4. »Izbrisani«**

Obe osi razmerja med ESČP in nacionalnim ustavnim sodiščem odlikava tudi zadeva »izbrisani«. Sodba ESČP v zadevi *Kurić* se na več mestih opira

<sup>58</sup> Temu bi lahko rekli tudi sovpadanje interesov ESČP in Ustavnega sodišča. Glej Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 128.

<sup>59</sup> Več o tem projektu, ki je vključeval različne zakonodajne intervencije in dejanske ukrepe pravosodne uprave, glej Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz, nav. delo, str. 87 in nasl.

<sup>60</sup> Uradni list RS, št. 67/12 – uradno prečiščeno besedilo.

<sup>61</sup> Ustavno sodišče se tu sklicuje tudi na tč. 59 obrazložitve sodbe v zadevi *Lukenda*, v kateri je ESČP poudarilo, da odškodninske tožbe po 26. členu Ustave glede uveljavljanja odškodnine za nepremoženjsko škodo ni mogoče šteti za učinkovito pravno sredstvo, ker tega sodna praksa ne potrjuje.

na obe temeljni odločbi Ustavnega sodišča o izbrisanih, U-I-284/94 z dne 4. februarja 1999 in U-I-246/02 z dne 3. aprila 2003. Strasbourško sodišče ju je uporabilo kot bistven argument za stališče, da »izbrisanim« pritožnikom v okoliščinah večletnega pravnega limba, kar je, kot je Ustavno sodišče ugotovilo v odločbi U-II-1/10 z dne 10. junija 2010, pomenilo novo kršitev Ustave, ni mogoče očitati nevlolitve ustavnih pritožb (tč. 301–304).<sup>62</sup> Ti odločbi Ustavnega sodišča sta bistveni del argumentacije stališča, da imajo položaj žrtev kršitve konvencijskih pravic (34. člen EKČP) tudi tisti pritožniki, ki jim je bilo priznано stalno prebivališče tako *ex nunc* kot tudi *ex tunc*. Zaradi odlašanja z izvršitvijo teh odločb so morali namreč dolga leta trpeti pravno negotovost in številne dejanske posledice takega položaja (tč. 267). ESČP je nato navedlo še pomemben argument, in sicer da nikomur od »izbrisanih«, čeprav je pred sodišči v teku več odškodninskih postopkov, še ni bila dosojena odškodnina s pravnomočno in izvršljivo sodno odločbo (tč. 268). Čeprav Strasbourg tega ni neposredno in izrecno povedal, pa iz obrazložitve sodbe izhajajo, da je k temu prispevalo tudi Ustavno sodišče. Strasbourški sodniki namreč niso spregledali, da Ustavno sodišče ni sprejelo v obravnavo ustavnih pritožb v dveh odškodninskih zadevah »izbrisanih« (Up-117/09 in Up-108/11).<sup>63</sup> Čeprav sta bili omenjeni nosilni odločbi (U-I-284/94 in U-I-246/02) bistveni tudi za ugotovitev kršitve pravice iz 8. člena EKČP (tč. 344, 347 in 360), pa očitek slovenskim oblastem, da niso celovito odpravile posledic kršitev konvencijskih pravic, ob dejstvu, da dveh ustavnih pritožb »izbrisanih« ni sprejelo v obravnavo, pada tudi na Ustavno sodišče. V horizontalnem zavezniškem razmerju, ki temelji samo na odločbah Ustavnega sodišča U-I-284/94, U-I-246/02 in U-II-1/10, je zato drobna razpoka.

Prav na tej točki se to razmerje prevesi v vertikalno. ESČP je slovenskim oblastem ukazalo vzpostavitev *ad hoc* odškodninsko shemo, s katero bi bila zagotovljena denarna odškodnina za vsa leta, ko so bili »izbrisani« v ranljivem

<sup>62</sup> Stališče se zdi protislovno. Potem, ko ESČP sprejme odločbe Ustavnega sodišča kot enega od ključnih argumentov za svoje odločitve, kljub zahtevi po izčrpanju pravnih sredstev, vključno z ustavno pritožbo (34. člen EKČP), od pritožnikov ne zahteva vložitve ustavnih pritožb. Ker pa je treba v sodbah iskati smisel (in se izogibati razlagi, ki bi pripeljala do protislovnih in nesmiselnih sklepov), ESČP najbrž ni dvomilo v uspeh pritožnikov z ustavnimi pritožbami, ampak v to, da bi bile odločbe o ugoditvi njihovim pritožbam spoštovane in uresničene. Morda je tudi menilo, da pritožniki, tako kot nekateri drugi »izbrisani«, ki so vložili ustavne pritožbe zoper zavrnitev odškodninskih zahtevkov, na Beethovnovi ne bi uspeli. Vendar je poznejši razvoj dogodkov morebiten zadnji pomislek demantiral.

<sup>63</sup> Up-1176/09, sklep z dne 5. julija 2011 in Up-108/11, sklep z dne 26. septembra 2011. Res pa je, da ESČP ni obravnavalo vprašanja, zakaj pritožbi nista bili sprejeti.

in pravno nezavarovanem položaju (tč. 9 operativnih določb in tč. 412–414 obrazložitve sodbe). Sodišče je posebej poudarilo, da za izdajo pilotne sodbe niso pomembni samo interesi pritožnikov, ampak tudi interesi drugih prizadetih oseb v enakem pravnem položaju. In da bi preprečilo potencialno velik priliv podobnih zadev, se je kljub dejstvu, da je imelo v obravnavi samo nekaj podobnih pritožb »izbrisanih«, odločilo za pilotno sodbo.

V skladu z načelom subsidiarnosti in iz njega izvirajočega koncepta o polju proste presoje je potem stvar nacionalnih oblasti, bodisi zakonodaje ali sodstva (izjemoma kdaj tudi izvršilne oblasti), kako bo država (gledana kot celota) izpolnila naloženo obveznost. Slovenija se je odločila za ureditev odškodnin z Zakonom o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (ZPŠOIRSP).<sup>64</sup> Vzporedno s tem pa se je nadaljevala sodna saga, v katere »srečni« konec ESČP ni več verjelo. In je zato tudi ugotovilo, da »izbrisani« nimajo na voljo učinkovitega pravnega sredstva, ki bi jim zagotavljalo celovito, tudi odškodninsko odpravo posledic kršitve pravic. Vendar je šlo nadaljevanje sage v drugo smer.

Ko se je lansko leto Ustavno sodišče soočilo z razlago pravil o zastaranju, ki jih je Vrhovno sodišče sprejelo o odškodninskih zahtevkih »izbrisanih«, je sprejelo jasna in nedvoumna stališča o ustavnih ter s tem tudi o procesnih vidikih zastaranja.<sup>65</sup> Navdahnjeno z jurisprudenco ESČP je z odločbami, ki jih je sprejelo 28. maja 2015 (odločbe v zadevah Up-1177/12, Up-89/14 ter Up-1195/12, Up-1141/12 in Up-124/14, U-I-45/14), razglasilo kot protiustavno razlago o začetku teka subjektivnega zastaralnega roka, in razlago, s katero je Vrhovno sodišče zavrnilo možnost uporabe instituta zadržanja zastaranja z utemeljitvijo, da obstoječa zakonodaja ni prepovedovala uveljavljanja odškodninskih zahtevkov, niti ni kako drugače nepremagljivo posegla v pritožnikovo pravico sodno zahtevati izpolnitev obveznosti. Po mnenju Ustavnega so-

<sup>64</sup> Uradni list RS, št. 99/13.

<sup>65</sup> Ugotovitev ESČP, da pritožniki niso imeli na voljo učinkovitega pravnega sredstva, se je s tem na prvi pogled izkazala kot prenačljiva. Seveda se Sodišče ni prenačljilo. Pravno sredstvo je bilo namreč latentno, dolga leta nedelujoče ter zato neučinkovito. Ustavno sodišče ga je »odkrilo« šele po dolgih letih neuspešnega pravnega sredstva. Zato tudi za odškodninsko varstvo, ki je v tem primeru neločljiv del pravice iz 8. člena EKČP, *mutatis mutandis* velja, kar je ESČP navedlo v tč. 303: »Glede na vse do zdaj povedano ter še posebej glede na celotno trajanje upravnih postopkov, ki so jih sprožili pritožniki, in nadalje, glede na občutke nemoči in razočaranja, ki so neizogibno izhajali iz podaljševane neodzivnosti oblasti – kljub teoretično obvezujočim odločbam Ustavnega sodišča, Sodišče ugotavlja, da v teh posebnih okoliščinah obravnavanega primera pritožnikom ni bilo treba vlagati posameznih ustavnih pritožb.«

dišča je razlaga, ki ne upošteva širšega konteksta, zlasti dejstva, da je navkljub odločbam Ustavnega sodišča država več let odlašala z odpravo posledic kršitev človekovih pravic, povzročenih izbrisanim osebam (glej tč. 20 in 21 obrazložitve odločbe Up-1177/12), in ki temelji na nerealnem pričakovanju, da bi posameznik, ki državo prosi za ureditev svojega pravnega statusa, zoper njo hkrati uveljavljal odškodninsko varstvo, protiustavna (glej tč. 22 obrazložitve odločbe Up-1177/12). Ustavno sodišče je navedlo, da se stališče Vrhovnega sodišča o zastaranju odškodninskih zahtevkov izkaže kot nesprejemljivo že z vidika splošne zahteve, da mora sodišče pravila o zastaralnih rokih uporabiti glede na okoliščine posameznega primera tako, da stranki ni nesorazmerno oteženo ali celo preprečeno uveljavljanje zahtevkov, ki jih ima na voljo (glej tč. 23 obrazložitve odločbe Up-1177/12). Zatem je nadaljevalo:

»V obravnavanem primeru je Vrhovno sodišče s svojo tego razlago pravil o zastaranju pritožniku naložilo nesorazmerno breme pri uveljavljanju pravice do povračila škode, varovane v 26. členu Ustave. Vrhovno sodišče je imelo pri razlagi zakonske ureditve, ki je bila podlaga za odločanje, določen razlagalni prostor, v okviru katerega bi lahko pritožniku omogočilo učinkovito uveljavljanje odškodninskega varstva zoper državo. Glede na posebne okoliščine, ki so spremljale izbris oseb iz registra stalnega prebivalstva, vključno s tem, da je država vrsto let odlašala z dokončno ureditvijo njihovega položaja, ni sprejemljivo stališče Vrhovnega sodišča o zastaranju pritožnikovih odškodninskih zahtevkov.«<sup>66</sup>

Odločbe z dne 28. maja 2015 imajo torej pomembno razsežnost. Z njimi se je na vertikalni osi razmerja med ESČP in nacionalnimi oblastmi popravilo tisto, kar se (zaradi »šuma v komunikacijskem kanalu«) kaže kot razpoka v horizontalnem dialogu. Vendar prepozno. Če bi do odločb prišlo prej, pilotna sodba, s katero je bilo Sloveniji naloženo, da zaradi odsotnosti učinkovitega domačega pravnega sredstva, ki bi »izbrisanim« zagotavljal ustrezno odškodnino, vzpostavi *ad hoc* odškodninsko shemo, verjetno sploh ne bi bila izda-

<sup>66</sup> Enaki so razlogi v drugih odločbah, ki obravnavajo bistveno enako dejansko podlago spora glede vprašanja zastaranja odškodninskih zahtevkov izbrisanih oseb. Tudi v teh odločbah, ki so vse izdane istega dne, je US sodiščem očitalo, da »so s svojo razlago pravil o zastaranju pritožniku nesorazmerno otežila oziroma preprečila uporabo razpoložljivega pravnega sredstva – odškodninskega varstva zoper državo po 26. členu Ustave za škodo, povzročeno z izbrisanjem iz stalnega registra prebivalstva« (tč. 22 obrazložitve odločbe Up-1195/12, enako tč. 21 obrazložitve odločbe Up-1141/12 in odločbe Up-124/14). In tudi v teh odločbah je US sodiščem očitalo pretogo razlago glede začetka teka subjektivnega zastaralnega roka oziroma neupoštevanje instituta zadržanja zastaranja, kar kaže na to, da sodišča svoje presoje niso prilagodila posebnim okoliščinam (tč. 21 obrazložitve odločbe Up-1195/12 ter tč. 20 obrazložitve odločbe Up-1141/12 in odločbe Up-124/14).

na. Kot je nakazalo Ustavno sodišče, jezikovne meje določb o začetku teka subjektivnega zastaralnega roka in pojma »nepremagljive ovire« (383. člen Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR<sup>67</sup> oziroma 360. člen Obligacijskega zakonika – OZ<sup>68</sup>) namreč omogočajo konvencijsko-skladno razlago.

## 7.5. Stare devizne hranilne vloge

Pilotna sodba v zadevi *Ališić*<sup>69</sup> se v bistvenem razlikuje od prej omenjenih. Naložena sistemska rešitev namreč posega v ustavno materijo. Poglejmo, kako in zakaj.

Veliki senat je ugotovil, da sta Slovenija in Srbija kršili 1. člen Protokola št. 1 h Konvenciji ter 13. člen Konvencije. Nevključitev pritožnikov in drugih, ki so v enakem položaju, v shemo za poplačilo starih deviznih hranilnih vlog je senat opredelil kot sistemski problem in zato Sloveniji naložil sprejetje sistemske rešitve, ki bo pritožnikoma gospe Ališić in gospodu Sadžaku ter drugim v enakem položaju omogočila poplačilo starih deviznih vlog pod enakimi pogoji kot tistim, ki so imeli take vloge v domačih podružnicah slovenskih bank (točki 9 in 11 operativnega dela sobe). Zaradi dopolnitve Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (UZITUL),<sup>70</sup> s katero sta Ljubljanska banka d. d. in Kreditna banka Maribor d. d. prepustili poslovanje in premoženje novima bankama, ustanovljenima z določbami ustavnega zakona, pri čemer sta stari banki med drugim obdržali celotne obveznosti iz deviznih depozitov, za katere Republika Slovenija ni prevzela jamstva (po tretjem odstavku 19. člena UZITUL je Slovenija prevzela jamstvo za devize na deviznih računih in deviznih hranilnih knjižicah po teritorialnem načelu), zadeva »starih deviznih hranilnih vlog«, ki so izvirale iz depozitov pri podružnicah v drugih nekdanjih

<sup>67</sup> Uradni list SFRJ, št. 29/78.

<sup>68</sup> Uradni list RS, št. 83/01.

<sup>69</sup> Sodba v zadevi *Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji in »Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji«* z dne 16. julija 2014.

<sup>70</sup> Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti republike Slovenije, Uradni list RS/I, št. 1-6/1991; Ustavni zakon o dopolnitvah ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti republike Slovenije, Uradni list RS, št. 45/94.

republikah, po vsebini sploh ni prišla do Ustavnega sodišča.<sup>71</sup> Zato tudi ni moglo biti dialoga med Strasbourgom in Ustavnim sodiščem.

Sodba v zadevi *Ališić* odpira več vprašanj, med njimi predvsem vprašanje polja proste presoje, načela *ratione temporis*, pozitivnih dolžnosti države in izvršitve naloženih splošnih ukrepov, ki bodo omenjenima pritožnikoma in drugim v enakem položaju omogočili poplačilo starih deviznih vlog pod enakimi pogoji kot tistim, ki so imeli take vloge v domačih podružnicah slovenskih bank.<sup>72</sup> Kar zadeva zadnje je problematično predvsem to, da so lahko s sodbo naloženi sistemski ukrepi po svoji naravi le taki, ki posegajo v UZITUL, torej v ustavnopravne norme. Gre za razhajanje med določbami UZITUL, po katerih se odgovornost Republike Slovenije za stare devizne vloge dosledno ravna po teritorialnem načelu,<sup>73</sup> in operativno določbo sodbe, da je treba pritožnikoma in drugim zagotoviti poplačilo starih deviznih vlog pod enakimi pogoji kot tistim, ki so imeli take vloge v domačih podružnicah slovenskih bank. Z drugimi besedami, gre za konflikt med ustavno materijo in mednarodno obveznostjo.

Ne glede na to, ali se je s sodbo v zadevi *Ališić* mogoče strinjati, ali ne, velja naslednje: po 26. členu DKPMP vsaka veljavna pogodba veže pogodbenice, ki jo morajo izpolnjevati v dobri veri (*bona fide*). Gre za načelo *pacta sunt servanda*, ki je eno od temeljnih načel mednarodnega pogodbenega prava. Če izpolnitev mednarodne obveznosti zahteva sprejem ali spremembo ustrezne normativne ureditve, ki naj učinkuje v notranjem pravnem redu, potem je dr-

<sup>71</sup> Ustavno sodišče je s sklepom U-I-332/94 z dne 11. aprila 1996 zavrglo pobudo za oceno ustavnosti določb UZITUL, ki naj bi pobudniku onemogočale dvig deviz, vloženih pri Ljubljanski banki v Zagrebu. V obrazložitvi sklepa je navedlo, da gre v tem primeru za eno od vprašanj prehoda v novo ustavno ureditev, ki naj bi bilo hkrati tudi del vsebine sporazuma o pravnem nasledstvu ter o prevzemu obveznosti in terjatev nekdanje SFRJ in pravnih oseb na njenem ozemlju. Izpodbijane določbe imajo zato značaj ustavnopravnih norm, za katerih presojo Ustavno sodišče ni pristojno. Glej tč. 4 obrazložitve sklepa. Enako sklep U-I-184/96 z dne 20. junija 1996.

<sup>72</sup> Izčrpno o tem Matjaž Marko, nav. delo, str. 48–53, 57 in nasl. Glej tudi delno odklonilno mnenje sodnice Nußberger.

<sup>73</sup> Iz preambule k ustavnemu zakonu o dopolnitvah UZITUL jasno izhaja, da je bilo premoženje starih bank – Ljubljanske banke in Mariborske kreditne banke preneseno na novoustanovljeni banki zaradi zavarovanja javnega interesa in zaradi dosledne uresničitve teritorialnega načela. Ob odsotnosti kakršnegakoli dogovora med državami naslednicami v 90. letih sta finančni položaj Ljubljanske banke še naprej ogrožali dve vrsti tveganj, povezani z nasledstvom: najprej – terjatve tujih upnikov za 4,2 milijarde ameriških dolarjev na podlagi Novega finančnega sporazuma in nato, stalna izpostavljenost obveznostim SFRJ za redeponirane devize zunaj ozemlja Slovenije. To je bil tudi razlog, da se je Slovenija odločila za dopolnitev UZITUL. Glej Leon Slak, nav. delo, str. 197.



žava po mednarodnem pravu zavezana, da na tak način to obveznost izpolni. Vendar, ali so mednarodne obveznosti nad Ustavo? Pravno načelno seveda ne. Vendar je konkretna situacija posebna. Posebna zaradi pravila o največjem varstvu pravic iz petega odstavka 15. člena Ustave, po katerem nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji (torej tudi v EKČP in v pilotni sodbi v zadevi *Ališić*), ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri. Notranja ustavna antinomija je torej samo navidezna. Spor med teritorialnim načelom iz UZITUL in človekovo pravico iz EKČP oziroma sodbe v zadevi *Ališić* je rešen v korist pravice – *favor libertatis*. Pa vendar ni vse tako preprosto. Ker izvršitev pilotne sodbe posega v ustavno materijo, urejeno v UZITUL, bi moralo biti to storjeno s pravnim aktom enakega (ustavnega) ranga.<sup>74</sup> Tu pa že trčimo na naslednjo težavo: kaj če zakon, prav zato, ker bi moral biti sprejet s kvalificirano večino, ni dobil zadostne podpore – in je bil, recimo, zato sprejet z navadno večino?

Do podobnega položaja je prišlo v Litvi. Zaplet se je začel, ko je tamkajšnje ustavno sodišče z odločbo z dne 25. maja 2004 spoznalo, da je petletna omejitev pasivne volilne pravice oseb, ki so bile odstavljene s položaja zaradi hude kršitve ustave in prisege, protiustavna. Izreklo je, da za take osebe »duh ustave« zahteva trajno izgubo pasivne volilne pravice. Vendar je nato ESČP v zadevi *Paksas*<sup>75</sup> s kvazi pilotno sodbo ugotovilo, da pomeni trajna in nepovratna izključitev pritožnika, nekdanjega predsednika države, od možnosti opravljanja funkcije člana parlamenta (kandidature na parlamentarnih volitvah), pa četudi je kot predsednik države hudo kršil ustavo in prelomil predsedniško prisego, nesorazmeren ukrep ter zato kršitev pravice iz 3. člena Protokola št. 1. Litovski parlament (*Seimas*) je zato 22. marca 2012 sprejel novelo zakona o parlamentarnih volitvah, s katero je bilo odstavljenemu predsedniku omogočeno kandidiranje na parlamentarnih volitvah. Spet je na prizorišče stopilo ustavno sodišče, ki je z odločbo št. 8/2012 z dne 5. septembra 2012 izreklo, da je omenjena novela zakona protiustavna, ker spreminja »vrednotni sistem litovske ustave«. Navedlo je, da sodba ESČP sama zase še ne more biti ustavna podlaga za reinterpretacijo (popravo) uradne ustavne doktrine, če bi taka

<sup>74</sup> Zakonodajalec je to storil z Zakonom o izvršitvi sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi št. 60642/08 (ZNISESČP), Uradni list RS, št. 48/15, ki pa ni bil sprejet kot ustavni zakon. Sprejet je bil po nujnem postopku. Od 66 navzočih je zanj glasovalo 51 poslancev. Proti jih je bilo 13.

<sup>75</sup> Sodba v zadevi *Paksas proti Litvi* z dne 6. januarja 2011.

reinterpretacija ob odsotnosti ustreznih ustavnih amandmajev znatno spremenila splošno ustavno ureditev (v konkretnem primeru integriteto ustavnih institutov, kot so razrešitev funkcionarja, prisega in volilna pravica) ter izkrivila sistem ustavnih vrednot ali spodkopala garancije varstva vrhovnosti ustave v nacionalnem pravnem sistemu. Po drugi strani pa je ustavno sodišče poudarilo, da ustavno načelo *pacta sunt servanda* vključuje dolžnost Republike Litve, da odpravi neskladje med določbami 3. člena Protokola št. 1 in ustavo, kar pomeni dolžnost sprejeti ustrezen ustavni amandma. Posebej je poudarilo nujnost odprave nezdržljivosti obveznosti iz mednarodne pogodbe z ustavnimi določbami – bodisi z odpovedjo mednarodne pogodbe v skladu z mednarodnim pravom ali s sprejetjem ustreznih ustavnih amandmajev. Vendar, kot pravi predsednik litovskega ustavnega sodišča, je diskrecija pri izbiri med tema možnostma omejena. Ob upoštevanju človekovih pravic kot temeljnih ustavnih vrednot in glede na ustavno načelo odprte, pravične in notranje skladne civilne družbe, kot tudi glede na geopolitično naravnost države, odpoved mednarodnim obveznostim o spoštovanju človekovih pravic ne bi bila ustavno opravičljiva izbira.<sup>76</sup>

## 8. SKLEP

Tudi po sprejemu pravila 61 in kljub utrjenosti v praksi je institut pilotne sodbe še vedno v poskusni fazi. To potrjuje že odziv ESČP na poročilo Skupine modrih (ki je nakazalo možnost, da bi pravila pilotnega postopka vnesli v Konvencijo), v katerem izraža stališče, da je potrebnih več praktičnih izkušenj, preden bi se lotili nadaljnjih sprememb Konvencije – kar vključuje tudi oceno učinkovitosti pilotnega postopka pri pomoči državam pogodbenicam, ki se soočajo s sistemskimi problemi.<sup>77</sup> ESČP se torej očitno zaveda šibkosti pravne podlage, s katero utemeljuje sprejemanje pilotnih sodb – drugače ne bi več razmišljalo o potrebi po dopolnitvi Konvencije in pri vodenju posameznih pilotnih postopkov tudi ne bi iskalo soglasja prizadetih držav za izdajo pilotne sodbe. Oboje kaže na zavedanje strasbourškega sodišča, da pilotne sodbe posegajo v suverenost obsojenih držav pogodbenic.

<sup>76</sup> Dianius Žalimas, nav. delo, str. 11.

<sup>77</sup> Opinion of the Court on the Wise Person's Report, 2. april 2007, str. 5, <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/26457EAB-2840-4D71-9ED7-85F0F8AE0026/0/OpinionoftheCourtontheWisePersonsReport.pdf>> (28. 7. 2016). Glej tudi Antoine Buyse, nav. delo, str. 12.

Pilotna sodba pa ni samo poseg v suverenost države. Pomeni tudi pomemben mejnik v razvoju ESČP – je namreč procesno orodje, ki v temelju spreminja vlogo in pomen tega sodišča. Iz klasičnega sodišča, ki za nazaj, na podlagi življenjskih dejstev konkretne zadeve presoja posamezen, neponovljiv primer in prinaša individualno pravico, se spreminja v sodišče, ki svoj pogled usmerja (tudi) naprej in išče (ne partikularne, temveč) holistične, sistemske in strukturne rešitve. Drugačne rešitve sistemskih in strukturnih problemov namreč ne morejo biti. In ne samo to, ESČP ocenjuje tudi uspešnost izvršitve pilotne sodbe – tako v smislu sprejema naloženih ukrepov kot tudi v smislu njihovega delovanja v praksi. Resda je to naloga Odbora ministrov, vendar ministri (oziroma njihovi namestniki) delujejo v vlogi vladnih predstavnikov in ne kot posamezni strokovnjaki za človekove pravice. Zato ostaja na koncu ESČP tisto, ki ima o tem (zahtevnem in kompleksnem vprašanju) zadnjo besedo.<sup>78</sup>

Vprašanje je, ali ni ESČP s pilotnimi sodbami začelo pridobivati nekatere značilnosti ustavnega sodišča. Če je za ustavno sodišče bistveno, da z nadziranjem pravodajalca uveljavi efektivno supremacijo ustave nad podustavnimi predpisi, kar se procesno izraža s pooblastilom, da predpise, za katere ugotovi, da so protiustavni, tudi razveljavi ali odpravi,<sup>79</sup> se je mogoče strinjati z nadaljnjo ugotovitvijo Sadurskega, da je z izrekanjem pilotnih sodb ESČP postalo nekoliko bolj ustavno sodišče, kot je bilo pred tem.<sup>80</sup> ESČP sicer nima razveljavitvenega pooblastila (kot ga imajo ustavna sodišča). In tudi dolžnost države pogodbenice, da uresniči ukrepe, ki jih nalaga pilotna sodba, je »samo« mednarodnopravna – razen moralnega in političnega pritiska ni drugih mehanizmov za njihovo uresničitev.<sup>81</sup> Vendar velja podobno tudi za ustavna sodišča – na koncu je vse odvisno od politične volje zakonodajalca. S tega vidika zato ni nepomembno, kako naslovljenci dojemajo s pilotno sodbo naložene obvez-

<sup>78</sup> Tako je na primer v zadevah *Korenjak proti Sloveniji* (15. maj 2007) in *Grzinčič proti Sloveniji* (3. maj 2007) ugotovilo, da ZVPSBNO zagotavlja s pilotno sodbo v zadevi *Lukenda* zahtevana sredstva (tako preventivna kot tudi odškodninska) za varstvo pravice do sojenja v razumnem roku ter da za enkrat nima razlogov za dvom v njihovo učinkovitost. Vendar si je pridržalo možnost revizije te ugotovitve v prihodnosti ter pri tem poudarilo, da ostaja dokazno breme praktične učinkovitosti ukrepov na strani slovenske Vlade. V zadevi *Žunič proti Sloveniji* (18. oktober 2007) je ESČP ugotovilo, da ima pritožnik na voljo še odškodninski zahtevek in je zato njegovo pritožbo zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku štel kot prezigodnjo. Prim. tudi zadevo *Wolkenberg in drugi proti Poljski*, ki pomeni eno od serije zadnjih dejanj zgodbe »Broniowski«.

<sup>79</sup> Glej Wojciech Sadurski, nav. delo, str. 448.

<sup>80</sup> Prav tam, str. 449.

<sup>81</sup> Prav tam, str. 448.

nosti – in države pogodbenice so v večini primerov pokazale spoštljiv odnos do pilotnih sodb ter s tem dejansko potrdile ustavnosodne značilnosti ESČP.<sup>82</sup>

Pilotne sodbe so zato bistveno okrepile položaj ESČP in prek njega samo Konvencijo. Gre za procesni mehanizem, ki mednarodnemu sodišču daje daljnosežna, predvsem v zakonodajno oblast države pogodbenice posegajoča pooblastila. Nedvomno se človekove pravice na ta način in na načelni ravni (načelni zato, ker posamezni primeri dokazujejo, da tudi ESČP ni Herkul) lahko varujejo v globino, preventivno in zato tudi bolj učinkovito. Vendar za ceno državne suverenosti. Vprašanje je samo, čemu dati prednost. Na koncu se vse izide v tehtanje: na eni strani je državna suverenost, na drugi so človekove pravice in učinkovitost njihovega varstva. Kaj naj ima v posameznem primeru prednost, je odvisno od konkretnih okoliščin (na primer od teže, razsežnosti in globine kršitve pravice, od vprašanja, ali gre za problem vertikalnega ali horizontalnega učinkovanja človekovih pravic, od pripravljenosti države sodelovati v pilotnem postopku, od možnosti sklepanja zavezništev s katerim od ustavnih organov tožene države, od tega, ali se je o problemu že izreklo domače ustavno sodišče, itd.), na splošno pa bi dal začetno prednost človekovim pravicam. Konec koncev je legitimnost države in njene suverenosti v tem, da država (svojim državljanom) jamči, varuje in zagotavlja človekove pravice – dokler jih in kolikor jih. Preprosto rečeno – niso ljudje zaradi države, ampak je država zaradi ljudi. Če se torej vprašam, čemu dati prednost – popolni nedotakljivosti državne suverenosti ali človekovim pravicam, bi se desna polovica možganov brez oklevanja odločila za človekove pravice. Ob upoštevanju dejstva, da je nacionalna suverenost danes deloma preživet koncept in da je treba nacionalno suverenost deliti z drugimi državami, če želimo napredovati, bi se nato tudi leva polovica možganov odločila enako.

### Literatura:

Yutaka Arai-Takahashi: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia, Antwerp, Oxford, New York 2002.

Nina-Louisa Arold Lorenz, Xavier Groussot, Gunnar Thor Petursson: *The European Human Rights Culture – A Paradox of Human Rights Protection in Europe?* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2013.

<sup>82</sup> Prav tam, str. 449.

Antoine Buyse: The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges, v: Nomiko Vima (Greek Law Journal), november 2009, str. 1–15, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1514441](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514441)> (28. 7. 2016).

Kanstantsin Dzehtsiarou, Alan Greene: Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners, v: German Law Journal, let. 12 (2011), št. 10, str. 1707–1715.

Erik Fribergh: Pilot judgments from the Court's perspective, v: Towards stronger implementation of the European Convention on Human Rights at national level, Stockholm Colloquy 9–10. junij 2008, str. 86–93, <[http://www.coe.int/t/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/Stockholm\\_Proceedings.pdf](http://www.coe.int/t/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/Stockholm_Proceedings.pdf)>.

Aleš Galič: Pravna ureditev tožbe za varstvo skupinskih interesov potrošnikov v ZDA in Avstriji, v: Podjetje in delo, št. 7/1993, str. 877–887.

Steven Greer: The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle of Margin of Appreciation, v: UCL Human Rights Review, let. 3 (2010), str. 1–14.

Helen Keller, Andreas Fischer, Daniela Kühne: Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, v: The European Journal of International Law, 2011, 4, str. 1025–1048.

Mirjana Lazarova-Trajkovska: Pilot Judgments before the European Court of Human Rights, doktorska naloga. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2012.

Philip Leach, Helen Hardman, Brad K. Blitz: Responding to Systemic Human Rights Violations. Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland 2010.

Philip Leach, Helen Hardman, Svetlana Stephenson: Can the European Court's Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia, v: Human Rights Law Review, št. 2/2010, str. 346–359.

Paul Mahoney: Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber, v: RüdigerUlrike Deutsch Wolfrum: The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions. Springer, Berlin, Heidelberg 2009, str. 84–88.

Matjaž Marko: Polje proste presoje in postopek s pilotno sodbo ESČP v zadevi Ališić, magistrska naloga. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

Oana Nedelcu-Surdescu: Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights (ECHR), v: *Journal of European Studies and International Relations*, št. 1/2010, str. 24–32.

Wojciech Sadurski: Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments, v: *Human Rights Law Review*, št. 3/2009, str. 397–453.

Yuval Shany: Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?, v: *The European Journal of International Law*, let. 16 (2006), št. 5, str. 908–940.

Leon Slak: Načelo teritorialnosti v nasledstvu finančnih obveznosti držav, doktorska naloga. Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici, 2012.

Luzius Wildhaber: A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?, v: *Human Rights Law Journal*, 2002, 23, str. 161–165.

Luzius Wildhaber: Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber, v: Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch (ur.): *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*. Springer, Berlin, Heidelberg 2009, str. 88–92.

Luzius Wildhaber: Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level, v: Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch (ur.): *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*. Springer, Berlin 2009, str. 69–75.

Dianius Žalimas: The Openness of the Constitution to International Law as an Element of the Principle of the Rule of Law, predavanje na konferenci ob 25. obletnici Ustavnega sodišča Republike Slovenije, Bled, 23. junij 2016.

Opinion of the Court on the Wise Person's Report, 2. april 2007, <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/26457EAB-2840-4D71-9ED7-85F-0F8AE0026/0/OpinionoftheCourtontheWisePersonsReport.pdf>> (28. 7. 2016).



# Ustavna pritožba subsidiarnega tožilca

CIRIL RIBIČIČ

## 1. Up-285/97

Bilo je davnega leta 2001, desetega maja, ko je Ustavno sodišče obravnavalo Ustavno pritožbo v zadevi št. Up-285/97<sup>1</sup> in ob tem posebej vprašanje, ali lahko subsidiarni (oziroma zasebni) tožilec vloži ustavno pritožbo.<sup>2</sup> Potem ko je enkrat to že dopustilo in se je na sodišču nabralo že kar nekaj takih ustavnih pritožb, je zadevo obravnavalo na plenarnem zasedanju. Odločilo je, da je ob sprožilnem primeru do tega vprašanja smiselno zavzeti načelno stališče. Po obsežni in večkratni poglobljeni razpravi je Ustavno sodišče odločilo, da je zasebni oziroma subsidiarni tožilec »neupravičena oseba«, torej oseba, ki ne more vložiti ustavne pritožbe. To bi lahko poimenovali doktrina o neupravičeni osebi.

Ustavna pritožba je bila zavržena, češ da se izpodbijane odločitve sodišča v kazenski zadevi ne nanašajo na subsidiarnega tožilca, temveč le na obtoženca. Ustavno sodišče je doktrino o neupravičeni osebi sprejelo s petimi glasovi za in štirimi proti. Pritrdilno ločeno mnenje je prispeval sodnik Franc Testen. Med glasovi proti je bil tudi sodnik dr. Lojze Ude, ki je sopodpisal odklonilno ločeno mnenje sodnika dr. Janeza Čebulja; odklonilno ločeno mnenje sem napisal tudi sam, proti pa je glasoval tudi sodnik Lojze Janko.

---

**Ciril Ribičič**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, član Beneške komisije in nekdanji sodnik Ustavnega sodišča RS

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 52/01 in OdlUS X, 115.

<sup>2</sup> Ko sem razmišljal o tem, o čem pisati na podlagi povabila urednikov zbornika v čast 80-letnice zaslužnega profesorja dr. Lojzeta Udeta, ki mu želim še veliko ustvarjalnih let, sem se spomnil, kako sva si pred 15 leti na Ustavnem sodišču skupaj (neuspešno) prizadevala za to, da bi sodišče ustavne pritožbe subsidiarnih in zasebnih tožilcev obravnavalo enako kot pritožbe vseh drugih oseb. To seveda ni med najpomembnejšimi bitkami iz bogate biografije profesorja Udeta, je pa aktualna zato, ker kaže, da postajajo nekatera ločena mnenja s časom vse pomembnejša.



Zakaj menim, da je smiselno po 15 letih vnovič spomniti na to doktrino in na pomisleke zoper njo? Prvič zato, ker so se morali ustavni sodniki še večkrat vrniti k njej, drugič zato, ker so v enem od primerov odstopili od te doktrine, ne da bi jo opustili, in tretjič zato, ker se je do vprašanja posredno opredelilo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice.

Ustavna pritožba, na podlagi katere je Ustavno sodišče odločalo o pravici subsidiarnega tožilca, da vložijo ustavno pritožbo, je bila napisana laično, kršitve v njej pa niso bile ustrezno obrazložene. To pomeni, da bi Ustavno sodišče lahko odločilo o nesprejemu ustavne pritožbe. Vendar je odločilo, da subsidiarni tožilec sploh ni legitimiran, da vložijo ustavno pritožbo. Tako je bila ustavna pritožba zavržena, ker je ni vložila upravičena oseba.

Obrazložitev Ustavnega sodišča se sklicuje na Zakon o ustavnem sodišču (ZUstS),<sup>3</sup> ki določa, da lahko vsakdo ob pogojih, ki jih določa ta zakon, vložijo pri Ustavnem sodišču ustavno pritožbo, če meni, da mu je s posamičnim aktom državnega organa kršena njegova človekova pravica ali temeljna svobščina. Ko gre za subsidiarnega tožilca, gre za osebo, ki lahko prevzame funkcijo tožilca v primerih, ko država ni zainteresirana za pregon oziroma od njega odstopi. Vlogo subsidiarnega tožilca lahko prevzame oškodovanec, to je tisti, ki mu je bila kakršnakoli osebna ali premoženjska pravica prekršena ali ogrožena s kaznivim dejanjem. Država subsidiarnemu tožilcu zagotavlja enak položaj kot ga ima državni tožilec, nima pa tistih pravic, ki jih ima državni tožilec kot državni organ. Subsidiarni tožilec ima pravico vložiti pravno sredstvo, s katerim želi doseči, da se začne kazenski postopek v primerih, ko tega ne stori državni tožilec.

V sprožilnem primeru je državni tožilec ovadbo zavrzel. Ko je subsidiarni tožilec prevzel kazenski pregon, je s tem postal stranka v kazenskem postopku in s tem nosilec določenih procesnih pravic. V konkretnem primeru je bil njegov obtožni predlog zavržen. Do tu ni razlik med sodniki, ki so glasovali za zavrženje ustavne pritožbe, in tistimi, ki smo glasovali proti. Od tu dalje pa sta dve možnosti: zavrženje ustavne pritožbe subsidiarnega tožilca kot pritožbe, ki jo je vložila neupravičena oseba, ali obravnava ustavne pritožbe na enak način kot vsake druge. Večina se je odločila za prvo možnost in svojo odločitev dodatno utemeljila z naslednjimi argumenti.

---

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 15/94 in nasl.

Večina sicer priznava, da je lahko obsodilna sodba tudi moralno zadoščenje za oškodovanca (subsidiarnega tožilca), vendar njegov tak interes ne sme vplivati na potek kazenskega postopka. V primeru obsodilne sodbe lahko sodišče v okviru obsodbe odloči tudi o oškodovančevih zahtevkih (povrnitev škode, vrnitev stvari, razveljavitev pravnega posla) ali pa ga napoti na pravdo. Slednje stori vedno v primeru, če je sodba v kazenski zadevi oprostilna ali zavrnilna ali pride do zavrženja. Civilno sodišče v nobenem primeru ni vezano na pravnomočno oprostilno sodbo. Če se oškodovanec, čeprav bi lahko uveljavljal svoje pravice v pravdi, odloči za sodelovanje v kazenskem postopku, mora upoštevati, da je kazenski postopek namenjen ugotavljanju krivde obtoženca, ki ima v kazenskem postopku poseben položaj (in mu ni prirejen kot v pravdi).

Odločba Ustavnega sodišča poudarja pomen 31. člena Ustave (prepoved ponovnega sojenja v isti stvari)<sup>4</sup> in zanika to, da bi imel subsidiarni tožilec pravico doseči obsodilno sodbo. Poleg tega se v kazenskem postopku ne odloča neposredno o zahtevku, ki ga ima tožilec nasproti tožencu. Glede na to, da ima oškodovanec možnost v pravdi uveljavljati svoje premoženjske zahtevke in po izčrpanju pravnih sredstev vložiti tudi ustavno pritožbo, mu ni treba priznati pravice do ustavne pritožbe zoper oprostilno kazensko sodbo. Zato je Ustavno sodišče odločilo, da subsidiarni tožilec ni aktivno legitimiran za vložitev ustavne pritožbe zaradi kršitev 22. člena Ustave (pravica do enakega varstva pravic). Ustavno sodišče je sklenilo:

»To pa ne pomeni, da subsidiarni tožilec ne uživa temeljnih procesnih jamstev v kazenskem postopku. Povedano pomeni le, da jih ni mogoče uveljavljati z ustavno pritožbo pred Ustavnim sodiščem. Če bi temu ne bilo tako, bi prišli v nelogičen in nesprejemljiv položaj, ko bi celo stranka, ki je s svojim materialnopravnim zahtevkom uspela, z ustavno pritožbo lahko uveljavljala morebitne kršitve temeljnih procesnih pravic.«<sup>5</sup>

Deloma je s tako argumentacijo večine polemiziral sodnik Franc Testen, ki je bil del te večine, in sicer v svojem pritrdilnem ločenem mnenju. Po njegovem mnenju bi morali zakon razlagati ustvarjalno oziroma Ustavi prijazno in ne formalistično. Sodnik Testen meni, da ni prepričljiva argumentacija, da subsi-

<sup>4</sup> »Nihče ne sme biti ponovno obsojen ali kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil kazenski postopek zoper njega pravnomočno ustavljen, ali je bila obtožba zoper njega pravnomočno zavrnjena, ali je bil s pravnomočno sodbo oproščen ali obsojen.«

<sup>5</sup> Up-285/97, točka 9.

diarnemu tožilcu ni mogoče priznati interesa, da doseže obsodilno sodbo in da se obsodilna sodba nanaša samo na obtoženca in ne tudi na tožilca. Poleg tega je po Testenovem mnenju napačna odločitev, da subsidiarnega tožilca ne moremo obravnavati kot upravičene osebe za vložitev ustavne pritožbe, temveč bi morali njegovo ustavno pritožbo zavreči zato, ker nima pravovarstvene potrebe. Subsidiarni tožilec ne bi mogel doseči več kot ugotovitev o kršitvi njegove pravice iz 22. člena Ustave,<sup>6</sup> ugotovitev o taki kršitvi pa po mnenju sodnika Testena ne izboljšuje njegovega pravnega položaja.

Sodnik Franc Testen nasprotuje pravici subsidiarnega tožilca do vložitve ustavne pritožbe zato, ker bi ugotovitev taki pritožbi nujno vrgla senco dvoma na oprostilno sodbo. Sodnik Testen sicer meni, da bo treba v nekaterih posebej prepričljivih primerih priznati subsidiarnemu tožilcu pravico do vložitve ustavne pritožbe, vendar nikoli v zadevah, v katerih imamo opravka s pravnomočno oprostilno sodbo. V konfliktu med pravico subsidiarnega tožilca do ustavne pritožbe in pravico oproščene iz 31. člena Ustave se mora po Testenovem mnenju prva umakniti drugi.

Ustavno sodišče je pred obravnavano odločbo enkrat sprejelo odločitev o nesprejemu ustavne pritožbe subsidiarnega tožilca (kar seveda pomeni, da ustavnim sodnikom ni bila sporna njegova aktivna legitimacija za vložitev ustavne pritožbe), večkrat pa jih je zavrglo iz drugih razlogov, ne zato, ker subsidiarni tožilec ne bi bil legitimiran za vložitev ustavne pritožbe. To torej pomeni, da je v obravnavanem primeru šlo za spremembo stališča Ustavnega sodišča. Ta sprememba je bila zelo pomembna zato, ker se je v času odločanja pred Ustavnim sodiščem nabralo kar nekaj ustavnih pritožb subsidiarnih in zasebnih tožilcev, ki so bile pozneje po tekočem traku zavržene ob sklicevanju na odločbo v obravnavani zadevi.

## **2. LOČENI MNENJI V ZADEVI Up-285/97**

Sodnik dr. Janez Čebulj je v svojem odklonilnem ločenem mnenju, ki se mu je pridružil tudi sodnik dr. Lojze Ude, zastopal stališče, da je sicer res, da subsidiarni tožilec ne more imeti zagotovljene pravice do obsodbe obtoženega, ima pa pravico do poštenega sojenja in enakega varstva pravic iz 22. člena

<sup>6</sup> »Vsakomur je zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem in pred drugimi državnimi organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih.«

Ustave. Glede na to, da subsidiarni tožilec nima tistih pravic, ki jih ima državni tožilec kot predstavnik države, je z obtoženim v kazenskem postopku v prirejenem položaju, zato ne more biti nobene ovire, da ne bi uveljavljal kršitve svoje pravice, ki izhaja iz 22. člena Ustave.

Sodnika dr. Čebulj in dr. Ude se strinjata, da Ustavno sodišče ne more razveljaviti pravnomočne oprostilne sodbe, ker mu to preprečuje 31. člen Ustave, vendar pa ta člen ne more biti ovira, da ne bi moglo Ustavno sodišče ugotoviti kršitev pravice subsidiarnega tožilca iz 22. člena Ustave. V nasprotnem primeru bi pretirano varovali pravice oproščene in pretirano omejevali pravice oškodovanca zgolj zato, ker se je znašel v položaju tožilca. Ugotovitvena odločba o kršitvi pravic subsidiarnega tožilca bi sicer lahko vrgla senco dvoma na oprostilno kazensko sodbo, vendar bi bilo to skladno z določbo 15. člena Ustave o tem, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene s pravicami drugih.

V svojem odklonilnem ločenem mnenju sem zastopal podobno argumentacijo kot sodnika dr. Ude in dr. Čebulj. To je posledica večkratne poglobljene obravnave vprašanja na plenarnem zasedanju Ustavnega sodišča. Ugotovil sem, da se z novim stališčem, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče, omejuje oziroma zožuje dostop do varstva pravic pred Ustavnim sodiščem, za kar ni ustavnopravne podlage. Razumljiva so določena nihanja v praksi Ustavnega sodišča glede ravni varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin.<sup>7</sup> Vendar pa je po mojem mnenju zožujoča razlaga Ustave in zakona veliko bolj sporna kot ekstenzivna. Vrhovne sodne instance na čelu z Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP) pogosto uporabljajo razvojno razlago normativne ureditve v korist širšega varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin; veliko bolj vprašljivo pa je, kadar se z razlago pravice omejujejo, ko gre torej za regresivni razvoj pravic, njihovo omejevanje oziroma ukinjanje. To je še zlasti vprašljivo v primerih, pri katerih bi Ustavno sodišče uporabljalo Ustavo kot podlago za omejevanje pravic, ki so sicer priznane na podlagi mednarodnih pogodb kot je Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic (EKČP).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Prim. Katja G. Šugman: Kazenskoprocena doktrina v luči odločb Ustavnega sodišča RS, v: Zbornik znanstvenih razprav, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2003, str. 469 in nasl.

<sup>8</sup> Ustava namreč v petem odstavku 15. člena določa, da ni dopustno nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, »omejevati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali dajo priznava v manjši meri.«

Ustava med pristojnostmi Ustavnega sodišča navaja odločanje o ustavnih pritožbah zaradi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin s posamičnimi akti. Kadar bi zakonodajalec zoženo razlagal to določbo tako, da bi določil izjeme, bi bila naloga Ustavnega sodišča, da ocenjuje, ali je taka omejitev skladna z Ustavo ali ne. Ni pa naloga Ustavnega sodišča, da samo zožuje pomen določb Ustave in zakonske določbe, ki govori o tem, da ima pravico do vložitve ustavne pritožbe »vsakdo«, katerega pravice in svoboščine so kršene s posamičnimi akti.

V ločenem mnenju sem opozoril tudi na posebno okoliščino, da gre pri ustavnih pritožbah, ki so bile na podlagi nove doktrine Ustavnega sodišča zavržene, za dokaj stare zadeve, ki so štiri ali pet let čakale na odločitev Ustavnega sodišča, zdaj pa jih to sodišče zavrže na podlagi naknadno spremenjenega stališča, ker naj bi jih že pred leti vložile neupravičene osebe.

Vsi ustavni sodniki smo se očitno strinjali s tem, da na podlagi ustavne pritožbe subsidiarnega tožilca ni mogoče razveljaviti pravnomočne oprostilne sodbe, razlikovali pa smo se le o tem, ali je ustavnopravno dopustno, da bi z ugotovitveno odločbo Ustavno sodišče ugotovilo kršitev tožilčevih procesnih pravic in s tem vneslo senco dvoma v pravilnost oprostilne kazenske sodbe. Tisti, ki smo glasovali proti, menimo, da je tako posredno sejanje dvoma v pravilnost oprostilne sodbe dopustno kot izraz ustavnega načela, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene s pravicami drugih. Tak način odločanja seveda odstopa od klasičnega črno-belega odločanja, značilnega za sojenje pred rednimi sodišči, še zlasti v kazenskih zadevah.

Po mojem mnenju dejstvo, da je položaj obtoženca v kazenskem postopku posebej varovan, ne govori proti, temveč govori za pravico subsidiarnega tožilca, da z ustavno pritožbo dokazuje kršitev svojih procesnih pravic. Razlog za to je pravzaprav isti, kot je razlog za to, da pravnomočna oprostilna sodba v kazenskem postopku ne prejudicira odločitev v civilni pravdi. Tudi civilna sodba v korist subsidiarnega tožilca namreč lahko vrže senco dvoma na pravnomočno oprostilno sodbo. Če so pravice subsidiarnemu tožilcu restriktivno določene, je toliko bolj prav, da jih, kadar so kršene, lahko varuje tudi z ustavno pritožbo.

Opozoril sem, da ima sprememba stališča Ustavnega sodišča glede možnosti, da subsidiarni tožilec vloži ustavno pritožbo, tudi dolgoročne negativne

posledice. Ovivala bo namreč Ustavno sodišče, da ugotovi očitne kršitve procesnih pravic subsidiarnih tožilcev v posebej utemeljenih primerih:

»Prepričan sem, da bo Ustavno sodišče prej ali slej moralo odstopiti od stališča, ki zasebnega oziroma subsidiarnega tožilca opredeljuje kot neupravičeno osebo za vložitev ustavne pritožbe. Življenje bo namreč prineslo nove in nove primere kršitev ustavnega načela pravičnega sojenja in logično je pričakovati, da bo med njimi kdaj tudi kakšna, ki bo zaradi očitnosti in prepričljivosti kršitve procesnih pravic zasebnega ali subsidiarnega tožilca, prepričala večino ustavnih sodnikov, da je smiselno sprejeti odločbo, s katero bodo te kršitve ugotovljene [...]«.<sup>9</sup>

V konkretnem primeru, v katerem je prišlo do smrti sorodnika oziroma zakonca subsidiarnega tožilca, je Ustavno sodišče šele po precejšnjem obotavljanju odločilo, da bo vsebinsko obravnavalo ustavno pritožbo in sprejelo ugotovitveno odločbo na njeni podlagi. Vendar podrobneje o tem primeru pozneje.

Po drugi strani je doktrina o neupravičeni osebi povečevala možnosti, da bi se Ustavno sodišče neživljenjsko strogo držalo te doktrine tudi v skrajnih primerih očitnih kršitev procesnih pravic, čeprav je eden od sodnikov, ki so glasovali za doktrino o neupravičeni osebi, obljubil, da bo vnovič pretehtal svoje stališče v primerih ustavnih pritožb subsidiarnih (in zasebnih) tožilcev, kadar bodo za to obstajali prepričljivi razlogi, razen če bo ustavna pritožba usmerjena proti pravnomočni obsodilni sodbi.

Razumljivo je, da se Ustavno sodišče v razmerah preobremenjenosti poskuša čim bolj razbremeniti manj pomembnih zadev. Vendar je prav, da se take omejitve uvajajo na enak način za vse ustavne pritožnike in se pri tem posamezne od njih ne izvzema iz vsebinske obravnave v naprej in v celoti.

V ločenem mnenju sem opozoril na moralni interes subsidiarnega tožilca, da se z odločbo Ustavnega sodišča na avtoritativen način ugotovi, da so mu bile kršene procesne pravice. Ko presojava negativne posledice take ugotovitve za pravnomočno oproščene, ne smemo pozabiti, da bi odločba imela blagodejen učinek ne samo na subsidiarnega tožilca v sprožilni zadevi, temveč bi pripomogla k temu, da se podobne kršitve ne bi ponavljale. Prav tako bi imela ugotovitvena odločba Ustavnega sodišča lahko vsaj posreden vpliv na izid civilne pravde, zaradi česar bi prihajalo redkeje do ustavnih pritožb po zaključku pravde.

<sup>9</sup> Točka 4 odklonilnega ločenega mnenja.

### 3. Up-555/03

Ugibanja in napovedi iz ločenih mnenj o tem, ali se bo vprašanje pravice subsidiarnega tožilca do vložitve ustavne pritožbe vnovič znašlo na mizi Ustavnega sodišča, so se uresničila v ustavnih pritožbah št. Up-555/03 in Up-827/04 z dne 6. julija 2006.<sup>10</sup> V tej zadevi je Ustavno sodišče soglasno sprejelo ugotovitveno odločbo. V njenem izreku je zapisalo, da je bila pritožnikoma kršena pravica do učinkovitega varstva pravic iz 15. člena Ustave v zvezi s 13. členom EKČP. Ustavni pritožbi sta vložila oče in žena pokojnika, ki je umrl med preiskavo njegovega stanovanja.

Pritožnika sta zatrjevala, da so bile vse odločbe, ki so preprečevale preiskavo zadeve, oprte izključno na zagovorih osumljenih policistov in poročilu policijske postaje, niso pa hotele upoštevati dokazov in pričevanj, ki sta jih priskrbela pritožnika. S tem je bilo kršeno ravnotežje med njunimi pravicami v razmerju do državnega organa (policije). Ustavno sodišče je ustavno pritožbo sprejelo v obravnavo in s tem odstopilo od stališča, da subsidiarni tožilec ni aktivno legitimiran za vložitev ustavne pritožbe.

Tako odločitev je Ustavno sodišče sprejelo, ker naj bi bil obravnavani primer drugačen od tistih, v zvezi s katerimi je Ustavno sodišče sprejelo stališče, da subsidiarni tožilec ni upravičena oseba za vložitev ustavne pritožbe. V obrazložitvi so ustavni sodniki zapisali, da se do takega primera, kot je obravnavani, Ustavno sodišče dotle še ni opredelilo.

Pritožnika sta kot subsidiarna tožilca zahtevala preiskavo zoper šest policistov, ki naj bi storili kazniva dejanja povzročitve smrti iz malomarnosti, kršitve nedotakljivosti stanovanja, protipravnega odvzema prostosti in neupravičene osebne preiskave ter kršitvi osebnega dostojanstva z zlorabo uradnega položaja. Preiskovalni sodnik okrožnega sodišča je preiskavo odredil, vendar jo je zunajobravnavni senat v celoti zavrnil. Pritožnika s svojimi pravnimi sredstvi zoper tako odločitev nista uspela. Vložila pa sta ustavno pritožbo, v kateri sta zatrjevala kršitev več človekovih pravic, določenih v Ustavi ter EKČP, in pravice do poštenega sojenja. Med drugim zatrjujeta posege v nedotakljivost življenja, prepoved mučenja, varstvo človekove osebnosti in dostojanstva, do katerih je prišlo z uporabo psihičnega in fizičnega nasilja pri izvrševanju represivnih pooblastil državnih organov.

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 78/06 in OdlUS XV, 92.

Ustavno sodišče se sklicuje na ustaljeno sodno prakso ESČP, po kateri je vsako zatekanje k fizičnemu nasilju pri odvzemu prostosti kršitev njegovega dostojanstva in 3. člena EKČP (prepoved mučenja), če ga država ne more verodostojno upravičiti. Pri tem se Ustavno sodišče sklicuje predvsem na sodbe ESČP v zadevah *Ribitsch proti Avstrija*,<sup>11</sup> *Andronicou in Constantinou proti Cipru*<sup>12</sup> (odklonilno ločeno mnenje sodnika Pikisa), *Salman proti Turčiji*<sup>13</sup> in *Rehbock proti Sloveniji*.<sup>14</sup>

V zadevi *Rehbock* je ESČP Slovenijo obsodilo zaradi kršitve 3. člena EKČP zato, ker država ni znala prepričljivo pojasniti uporabe fizične sile pri aretaciji, ki je vodila do hujših telesnih poškodb (dvojni zlom čeljusti), čeprav so bili specialni policisti v veliki premoči v trenutku odvzema prostosti. Sestavni del ustaljene sodne prakse ESČP je tudi stališče, da mora država izvesti temeljito in učinkovito preiskavo, katere cilj je prepoznava in kaznovanje odgovornih. Glede tega so določbe Ustave splošnejše in manj oprijemljive od določb EKČP, kar velja tudi za odločbe Ustavnega sodišča v primerjavi s sodbami ESČP.

To je vsaj deloma spremenila odločba v obravnavanem primeru, ki pravi, da:

»je treba določbo četrtega odstavka 15. člena razumeti tako, da obsega tudi pravico do neodvisne preiskave okoliščin dogodka, v katerem naj bi bila oseba podvržena mučenju ali nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju državnih represivnih organov oziroma je oseba med akcijo državnih represivnih organov izgubila življenje. Navedena pravica vključuje tudi učinkovit dostop prizadetih do takšne preiskave.«<sup>15</sup>

Po stališču ESČP ni nujno, da gre za preiskavo v okviru kazenskega postopka, temveč zadošča tudi druga preiskava, pod pogojem, da je neodvisna in da prizadetim zagotavlja učinkovito udeležbo. Ustavno sodišče je vztrajalo pri stališču, da subsidiarni tožilec nima ustavno varovane pravice doseči obsodilne sodbe, in zanimalo, da bi bila pritožnikoma kršena pravica iz 15. člena Ustave v povezavi s 13. členom EKČP že zgolj zato, ker ni bila odrejena kazenska preiskava.

Ustavno sodišče je ugotovilo, da preiskava, ki jo za take primere določa Zakon o policiji (ZPol)<sup>16</sup> ne izpolnjuje pogojev neodvisne preiskave, kar velja

<sup>11</sup> Št. 18896/91, sodba z dne 4. decembra 1995.

<sup>12</sup> Št. 86/1996/705/897, sodba z dne 9. oktobra 1997.

<sup>13</sup> Št. 21986/93, sodba z dne 27. junija 2000.

<sup>14</sup> Št. 29462/95, sodba z dne 28. novembra 2000.

<sup>15</sup> Up-555/03, Uradni list RS, št. 78/06 in OdlUS XV, 92.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 49/98 in nasl.



tudi za preiskavo, ki jo je izvedla komisija, ustanovljena pri policijski upravi. Ustavno sodišče se ni odločilo za to, da bi ocenilo ustavnost ZPol, ker je bil zakon na podlagi obsodbe v zadevi *Rehbock* spremenjen prav v delu, ki se nanaša na preiskovanje policijskega nasilja. Na podlagi opisanih ugotovitev se je Ustavno sodišče odločilo za kompromisno rešitev in je izdalo ugotovitveno odločbo o kršitvi pravice do učinkovitega varstva pravic, ki zajema tudi pravico do učinkovite in neodvisne preiskave, ki pa ni nujno izvedena v okviru kazenskega postopka.<sup>17</sup>

#### 4. PRITRDILNI LOČENI MNENJI V ZADEVI Up-555/03

V pritrtilnem ločenem mnenju je sodnica dr. Mirjam Škrk prepričljivo utemeljila predlog, da naj se v Kazenski zakonik vnese določba o kaznivem dejanju mučenja. To je mednarodna obveznost Slovenije, sprejete s pristopom k Mednarodni konvenciji o prepovedi mučenja leta 1993.

Sam sem v pritrtilnem ločenem mnenju poudaril, da gre za velik korak naprej glede na zadržke, ki jih je imela večina ustavnih sodnikov glede položaja subsidiarnega tožilca, glede zadržkov do ugotovitvenih odločb in do razvojne razlage EKČP v sodbah ESČP. Gre za eno prvih odločb Ustavnega sodišča, ki se sklicuje predvsem na določbe EKČP in prakso ESČP. Opozoril sem na odločnost, ki so jo pokazali evropski sodniki v zadevi *Rehbock*, in na zadevo *Matko*, ki takrat v Strasbourgu še ni bila odločena, ter napovedal obsodbo, čeprav pritožnik ni izrabil (očitno neučinkovitih) domačih pravnih sredstev. Čeprav sem glasoval za odločbo, sem izrazil pomisleke glede tega, ali je v njej doseženo ravnotežje med kršitvijo pravic pritožnikov in ugotovitvami Ustavnega sodišča, in ocenil, da bi odločba lahko šla dalj od gole ugotovitvene odločbe.

ESČP se v obrazložitvi sodbe v zadevi *Matko proti Sloveniji*<sup>18</sup> sklicuje na odločbo Ustavnega sodišča v zadevi št. Up-555/03 in o njej izraža pozitivno stališče. Vendar pa ob tem, ko pozdravlja to odločitev, kritično dodaja, da mora biti preiskava, da bi bila učinkovita, sposobna privedi do tega, da se

<sup>17</sup> Pozneje je Ustavno sodišče z odločbo v zadevi Up-679/12 z dne 16. oktobra 2014 razveljavilo sodbe sodišč, s katerimi so bili zavrnjeni odškodninski zahtevki sorodnikov umrlega med hišno preiskavo ter vrnilo zadevo v ponovno odločanje.

<sup>18</sup> Št. 43393/98, sodba z dne 2. novembra 2006.

odkrijejo in ustrezno kaznujejo odgovorni za kršitve človekovih pravic.<sup>19</sup> Ta zanimiva oblika dialoga med ustavnimi in evropskimi sodniki dokazuje, da bi bila Slovenija nedvomno obsojena v zadevi, v kateri je prišlo do smrti osebe pri preiskavi stanovanja, če ne bi Ustavno sodišče sprejelo odločbe, s katero je ugotovilo kršitev pravic obeh pritožnikov.

## **5. Up-103/01 IN SODBA ESČP V ZADEVI ŠILIH PROTI SLOVENIJI**

Pred zadevo št. Up-555/03, v kateri je Ustavno sodišče v primeru, ki se je nanašal na smrt osebe med preiskavo njenega stanovanja, delno odstopilo od doktrine o neupravičeni osebi, sem napisal številna pritrtilna ločena mnenja, v katerih sem kot član kazenskega senata zapisal, da se ne strinjam z zavrnjenjem ustavnih pritožb subsidiarnih tožilcev kot neupravičenih oseb, vendar bom glasoval proti takemu zavrnjenju šele takrat, ko bo prišlo do prepričljivega primera, pri katerem bo mogoče to načelno vprašanje vnovič odpreti in pričakovati drugačno odločitev na plenarni seji. Pri tem sem bil premalo pozoren na zadevo Šilih, kjer bi moral pritrtilno ločeno mnenje spremeniti v odklonilno in poskušati prepričati večino ustavnih sodnikov, da spremeni omenjeno doktrino. Kot olajševalno okoliščino naj navedem, da je bilo zavrnjenje v tej zadevi sprejeto 9. oktobra 2001 (zadeva št. Up-103/01 z dne 9. oktobra 2001), torej le nekaj mesecev po sprejemu doktrine o subsidiarnem tožilcu kot neupravičeni osebi za vložitev ustavne pritožbe.

Šlo je za zavrnjenje ustavne pritožbe, ki sta jo sprožila starša mladeniča, ki je umrl v bolnišnici, po mnenju pritožnikov zaradi zdravniške napake. Subsidiarna tožilca sta v ustavni pritožbi zatrjevala kršitev 22. in 23. člena Ustave in se pri tem sklicevala na določbo ZUstS, ki določa, da lahko vsakdo ob pogojih, ki jih določa zakon, pri Ustavnem sodišču vloži ustavno pritožbo, če meni, da mu je s posamičnim aktom državnega organa kršena njegova človekova pravica ali temeljna svoboščina.

Ustavno sodišče je zavrnjenje kratko obrazložilo in navedlo, da je prišlo do pravnomočne ustavitve kazenskega postopka, ki ima značaj oprostilne sodbe. Zoper take odločitve pa po sprejetem stališču Ustavnega sodišča subsidiarni tožilec ni aktivno legitimiran za vložitev ustavne pritožbe. Sam sem v pritr-

---

<sup>19</sup> Točka 95 obrazložitve sodbe.

dilnem ločenem mnenju navedel, da se s tako odločitvijo ne morem strinjati in da bom razloge zoper njo poskušal vnovič uveljavljati v kateri od posebej prepričljivih ustavnih pritožb, ki bodo naknadno prišle do Ustavnega sodišča.

Pokazalo pa se je, da je bila zadeva Šilih dovolj prepričljiva za evropske sodnike, ki so na podlagi pritožbe subsidiarnih tožilcev obsodili Slovenijo zaradi kršitve procesnega vidika 2. člena EKČP (pravica do življenja). To pomeni, da Slovenija ni bila obsojena zaradi povzročitve smrti v bolnišnici, do katere je prišlo v času, ko EKČP Slovenije še ni zavezovala, obsojena pa je bila zato, ker v skoraj 15 letih ni znala ugotoviti vzrokov za smrt in odgovornosti zanjo.

Sodbi v zadevi Šilih, sprejeti na sedemčlanskem senatu ESČP 28. junija 2007 in na velikem senatu 9. aprila 2009, sploh ne bi bili sprejeti, če bi Ustavno sodišče dopustilo vsebinsko obravnavo ustavne pritožbe subsidiarnih tožilcev.<sup>20</sup> Slovenija bi si s tem prihranila nekaj stroškov in veliko sramote,<sup>21</sup> ker se je še po obsodbi na sedemčlanskem senatu upirala priznati kršitev minimalnih evropskih standardov varstva pravic, ki jih za take primere določata EKČP in sodna praksa ESČP. Seveda je težko prepričljivo zagovarjati to, da ima ESČP širše odprta vrata za presojo kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin kot nacionalno ustavno sodišče. Slednje sodišče ima namreč bistveno širše pristojnosti kot EKČP, ki je omejeno na sprejemanje ugotovitvenih sodb. Toliko bolj, ker je EKČP mednarodna pogodba, ki se neposredno uporablja v Sloveniji in mora biti z njo v skladu tudi slovenska zakonodaja. Pa tudi zato, ker v Ustavi ni videti podlage za omejujočo razlago procesnih pravic subsidiarnih tožilcev.

Sedanja sestava Ustavnega sodišča je vsaj deloma popravila neodločnost, ki jo je pokazala sestava, v kateri sva bila z dr. Lojzutom Udetom, ko je v zadevi Šilih (odločba v zadevi št. Up-680/14 z dne 5. maja 2016) razveljavila sodbe, ki so se nanašale na premoženjsko odgovornost za smrt v bolnišnici. Ko četr

<sup>20</sup> Ustavni sodnik mora v takih primerih ravnati kot evropski sodnik, torej uporabljati EKČP, ki z ratifikacijo postane zavezujoče notranje pravo in v skladu s standardi, ki izhajajo iz sodne prakse ESČP. Širše: Ciril Ribičič: *Evropsko pravo človekovih pravic*, izbrana poglavja. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 123 in nasl.; ter Ciril Ribičič: *Človekove pravice in ustavna demokracija*. Študentska založba, Ljubljana 2010, str. 118 in nasl.

<sup>21</sup> S svojimi študenti sem spremljal javno obravnavo pred velikim senatom ESČP v zadevi *Šilih* (posnetek je dostopen na spletnem naslovu <echr.coe.int>, Grand Chamber Hearing, 2. april 2008), v kateri je subsidiarna tožilka pojasnila, kako je smrt njenega sina uničevala njeno družino, ne samo zato, ker je izgubila ljubljenega sina, temveč tudi zato, ker so se družini maščevali, ko si je drznila sprožiti pravna sredstva zoper zdravnike in bolnišnico, v kateri je bila nekdaj zaposlena.

stoletja po tragičnem dogodku še niso končani sodni postopki v tej zadevi, na kar je širšo javnost opozoril prispevek POP TV, ki ga je pripravil Uroš Slak, je Vlada 30. junija 2016 na predlog ministra za pravosodje mag. Gorana Klemenčiča pozvala pristojne organe, da v primeru Šilih izvedejo vse ukrepe, ki bi lahko pripomogli k mirni rešitvi 21 let trajajočega postopka.

## 6. SKLEPNO

Po sprejemu sodbe v zadevi *Šilih*<sup>22</sup> pred ESČP in sprejemu odločbe v zadevi št. Up-555/03 velja doktrina o subsidiarnem (in zasebnem) tožilcu kot neupravičeni osebi za vložitev ustavne pritožbe samo še v omejenem obsegu. Ustavno sodišče mora namreč ob vsaki novi ustavni pritožbi, ki jo podpiše subsidiarni tožilec, pred zavrženjem nujno preveriti vsaj to, ali ne gre za primer, v katerem je prišlo do smrti osebe (pri delovanju represivnih organov države ali v bolnišnici). Kljub temu menim, da bi bilo prav, da Ustavno sodišče po 15 letih vnovič preuči upravičenost doktrine, ki subsidiarnemu tožilcu ne priznava pravice do vložitve ustavne pritožbe. Tako bi dosegli, da bi ustavni sodniki obravnavali ustavne pritožbe subsidiarnih tožilcev enako, kot obravnavajo vse druge ustavne pritožbe. Seveda bi jih lahko tudi zavrgli, vendar iz enakih razlogov in enako strogo kot takrat, ko jih vložijo osebe, ki jih Ustavno sodišče ne obravnava kot neupravičene.

---

<sup>22</sup> Št. 71463/01, sodba z dne 9. aprila 2009.



# Reševanje kolizije med pravicami intelektualne lastnine in drugimi temeljnimi pravicami

ŠPELCA MEŽNAR

## 1. UVOD

Pravice intelektualne lastnine v najširšem smislu spadajo v okvir temeljne (človekove, ustavne) pravice do lastnine (premoženja). V Ustavi RS<sup>1</sup> so varovane z neposredno določbo 60. člena, ki vsakomur zagotavlja »varstvo avtorskih in drugih pravic, ki izvirajo iz umetniške, znanstvene, raziskovalne in izumiteljske dejavnosti«. Umetniško in znanstveno ustvarjanje je kot posebna svoboščina dodatno zagotovljeno v 59. členu Ustave RS z naslovom Svoboda znanosti in umetnosti. Ustavnopravno varstvo je minimum, ki ga mora upoštevati zakonodajalec pri zakonskem urejanju pravic intelektualne lastnine. Zakonodajalec uživa široko polje svobode pri določanju kataloga in vrste varovanih del, obsegu upravičenj, časovnega trajanja pravic in podobno. Da je trajanje avtorske pravice v Sloveniji trenutno določeno na 70 let po smrti avtorja, ni ustavnopravna zahteva, temveč posledica uskladitve naše zakonodaje s predpisi Evropske unije.<sup>2</sup>

---

**Špelca Mežnar**, doktorica pravnih znanosti, sodnica Ustavnega sodišča Republike Slovenije, docentka na Mednarodni fakulteti za družbene in poslovne študije

<sup>1</sup> Uradni list RS/I, št. 33/91.

<sup>2</sup> Direktiva 2006/116/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o trajanju varstva avtorske pravice in določenih sorodnih pravic, UL L 372, 27. december 2006.

Številne države (na primer Kanada in Japonska) še vedno poznajo 50-letno varstvo po smrti avtorja, kar je minimum po Bernski konvenciji. Peukert celo meni, da tudi drastično znižanje trenutnih standardov varstva (na primer zaostrovanje za varovanje, krajšanje trajanja pravic, izključitev nekaterih rezultatov ustvarjalnosti iz intelektualnopravnega varstva) ne bi pomenilo kršitve ustavnopravnih zahtev. Alexander Peukert, nav. delo, str. 16.

Eno najpomembnejših vprašanj urejanja pravic intelektualne lastnine je njihova vsebinska omejitev. Avtorska pravica, ki je izključna in absolutna, je nujno omejena v interesu širše javnosti – uporabnikov avtorskih del.<sup>3</sup> Klasične omejitve avtorske pravice se na primer nanašajo na svobodo citiranja (varovanje znanstvenega in umetniškega ustvarjanja), zasebno kopiranje (varstvo zasebnosti), uporabo del pri pouku (varstvo izobraževanja), parodiranje (svoboda izražanja, javna kritika), klasične omejitve blagovne znamke pa na primer na uporabo lastnega imena in dobroverno predhodno uporabo znaka.<sup>4</sup> V naštetih primerih je raba avtorskega dela oziroma blagovne znamke prosta, plačilo imetniku avtorskih pravic (znamke) in njegovo dovoljenje pa nista potrebni.

Omejevanje pravic intelektualne lastnine je praviloma utemeljeno z varstvom temeljnih pravic drugih oseb, njihove svobode izražanja, varstva zasebnosti, pravice do lastnega imena in lastne podobe, lastninske pravice, svobode ustvarjanja, svobode podjetniškega delovanja, včasih pa tudi v širših interesih skupnosti, na primer v izobraževanju in interesih pravosodja. V tem se kaže socialna funkcija in vezanost avtorske pravice.<sup>5</sup> Precej časa je veljalo, da so vsebinske omejitve pravic intelektualne lastnine v izključni pristojnosti zakonodajalca, seznanji omejitev pa taksativni. To pomeni, da razen izjem, predvidenih z zakonom, dodatne omejitve (posegi) v pravice intelektualne lastnine niso dopustne, pri čemer je treba obstoječe izjeme razlagati ozko.<sup>6</sup>

Tako pojmovanje omejitve pravic intelektualne lastnine se v zadnjem času spreminja, in sicer v korist omejitev. To je opazno tako v praksi Sodišča EU kot tudi v odločitvah Evropskega sodišča za človekove pravice. Tudi Ustavno sodišče RS v tem procesu ni izjema.

Namen prispevka je na kratko prikazati nekaj primerov tehtanja v primeru kolizije med (temeljnimi) pravicami intelektualne lastnine in drugimi temeljnimi pravicami. Opozoriti želim, da je treba dopustnost omejitev pravic in-

<sup>3</sup> Prim. uvodno določbo 31 k Direktivi 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi (UL L 167, 22. junij 2001): »Zagotoviti je treba pravično ravnotežje pravic in interesov med različnimi kategorijami imetnikov pravic, pa tudi med različnimi kategorijami imetnikov pravic in uporabnikov varovanih predmetov.«

<sup>4</sup> Več o tem Martina Repas, nav. delo, str. 181 in 187. Podobno vprašanje je omejevanje pravic iz patentov zaradi zagotavljanja zdravstvenega varstva v revnih državah.

<sup>5</sup> Več o tem Miha Trampuž, Branko Oman, Andrej Zupančič, nav. delo, str. 141 in nasl.

<sup>6</sup> Tako na primer Sodišče EU v sodbi v zadevi C-5/08, *Infopaq International*, z dne 16. julija 2009, točke 56 do 58.

telektualne presojeti ne le z vidika izpolnjevanja zakonskih določb, temveč tudi s pomočjo ustavnopravnih standardov in mednarodne sodne prakse, ki klasičnemu (zakonskemu) seznamu omejitev pravic intelektualne lastnine dodajajo omejitve zaradi varstva (drugih) temeljnih človekovih pravic in svobod. Drugače povedano, za odgovor na vprašanje, ali je pravica intelektualne lastnine v konkretnem primeru upravičeno omejena ali ne (in gre torej za kršitev), je treba poznati in uporabiti tudi pravo človekovih pravic, saj samo zakonodaja in sodna praksa s področja intelektualne lastnine ne zadoščata več.

## **2. PRAKSA ESČP**

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) se s pravicami intelektualne lastnine ukvarja na dva različna načina: prvič, kadar so same predmet varstva in torej presoja, ali nacionalni ukrepi (na primer oblastne omejitve pravic intelektualne lastnine) posegajo v pravico intelektualne lastnine kot človekovo pravico; in drugič, kadar je predmet varstva druga človekova pravica (na primer svoboda izražanja), v katero naj bi nedopustno posegla pravica intelektualne lastnine.

### **2.1. Intelektualna lastnina kot predmet varstva**

Da bi lahko presojalo o tem, ali je prišlo do kršitve Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) zaradi posega v intelektualno lastnino, je moralo ESČP primarno odločiti, ali so pravice intelektualne lastnine sploh varovane z EKČP. Drugače kot na primer Ustava RS ali Listina EU o temeljnih pravicah,<sup>7</sup> ki izrecno omenjata pravice intelektualne lastnine, EKČP take nedvoumne določbe nima. Kljub temu je bilo že leta 1990 jasno, da je intelektualna lastnina varovana na podlagi 1. člena Protokola št. 1 k EKČP, ki varuje lastnino:<sup>8</sup>

»Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do spoštovanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti lastnina odvzeta, razen če je to v javnem interesu v skladu s pogoji, ki jih določa zakon, in ob spoštovanju splošnih načel mednarodnega prava.

Ta določba pa nikakor ne omejuje pravice držav, da uveljavijo zakone, za katere menijo, da so potrebni za nadzor nad uporabo premoženja v skladu

<sup>7</sup> UL C 83, 30. marec 2010.

<sup>8</sup> Kritično o tem, da je intelektualna lastnina varovana na podlagi Protokola št. 1, glej Yahya S. Alsulaim, nav. delo.



s splošnim interesom ali za zagotovitev plačila davkov, drugih prispevkov ali denarnih kazni.«

V zadevi *Smith Kline proti Nizozemski* je takrat še Evropska komisija za človekove pravice odločila, da so v okviru pravice lastnine varovani tudi patenti, da pa je prisilna licenca pomenila zakonit poseg v intelektualno lastnino pritožnika.<sup>9</sup> V zadevah *Dima proti Romuniji*<sup>10</sup> in *Balan proti Moldaviji*<sup>11</sup> je nato priznalo, da je na podlagi 1. člena Protokola št. 1 k EKČP varovana tudi avtorska pravica, vendar pa je hkrati nacionalnim sodiščem priznalo široko polje diskrecije glede kroga varovanih stvaritev.<sup>12</sup> V zadevi *Balan* je ESČP ugotovilo, da je Moldavija posegla v avtorsko pravico pritožnika – fotografa, ker so oblasti brez avtorjevega dovoljenja uporabile njegovo fotografijo kot ozadje za osebne izkaznice. V razvpiti zadevi *Anbeuser Busch Inc. proti Portugalski*<sup>13</sup> je varstvo na podlagi 1. člena Protokola št. 1 k EKČP razširilo ne le na blagovne znamke (kar ni presenetljivo), temveč je za »lastnino« štelo celo prijavo za registracijo blagovne znamke.<sup>14</sup>

ESČP je v zadnjem času presojalo še o dveh zanimivih vprašanjih, povezanih z internetom. V zadevi *Megadat.com proti Moldaviji*<sup>15</sup> je odločalo o tem, ali je država neupravičeno posegla v lastnino pritožnice s tem, ko ji je kot največji ponudnici internetnih storitev v Moldaviji odvzela dovoljenje za izvajanje storitev dostopa do interneta samo zato, ker ni obvestila pristojnega državnega organa o spremembi sedeža. Moldavijska sodišča niso ustrezno uporabila testa sorazmernosti, zato je sodišče odločilo v korist pritožnice.

Tudi izključno pravico do uporabe registrirane domene ESČP šteje za pravico, ki spada v okvir 1. člena Protokola št. 1 in zato uživa varstvo na podlagi EKČP. V zadevi *Paeffgen Gmbh proti Nemčiji*<sup>16</sup> je moralo odločiti o konfliktu med pravico do uporabe domene in (izključno) pravico tretjih do uporabe

<sup>9</sup> *Smith Kline and French Laboratories Ltd. proti Nizozemski*, št. pritožbe 12633/87, odločitev z dne 4. oktobra 1990.

<sup>10</sup> *Dima proti Romuniji*, št. pritožbe 58472/00, sodba z dne 16. novembra 2006.

<sup>11</sup> *Balan proti Moldaviji*, št. pritožbe 19247/03, sodba z dne 29. januarja 2008.

<sup>12</sup> Obširna analiza primera v: Laurence R. Helfer, nav. delo.

<sup>13</sup> Kritično o tem glej Laurence R. Helfer, nav. delo.

<sup>14</sup> *Anbeuser Busch Inc. proti Portugalski*, št. pritožbe 73049/01, sodba velikega senata z dne 11. januarja 2007.

<sup>15</sup> *Megadat.com SRL proti Moldaviji*, št. pritožbe 21151/04, odločitev z dne 8. aprila 2008.

<sup>16</sup> *Paeffgen Gmbh proti Nemčiji*, št. pritožbe 25379/04, 21688/05, 21722/05 in 21770/05, odločitev z dne 18. septembra 2007.

imena (blagovne znamke). Čeprav je ESČP ugotovilo, da je odločitev nemških sodišč, ki so pritožnici prepovedala rabo nekaterih domen (ki jih je veljavno registrirala), posegla v konvencijsko varovano pravico (intelektualne) lastnine, je poseg spoznal za upravičen, legitimen in sorazmeren, saj so nemška sodišča ustrezno izvedla tehtanje obeh temeljnih pravic.

ESČP je v sporih iz prve skupine precej zadržano, tako da nacionalnim zakonodajalcem in sodiščem pušča široko polje proste presoje glede dopustnosti posameznih vsebinskih omejitev pravic intelektualne lastnine.<sup>17</sup>

## 2.2. Intelektualna lastnina kot poseg v druge človekove pravice

Bolj zanimiva je druga skupina primerov, saj kaže na možnosti širitve omejitev pravic intelektualne lastnine zaradi varstva drugih temeljnih pravic.

V zadevi *Ashby Donald in drugi proti Franciji*<sup>18</sup> iz leta 2013 je moralo ESČP odločiti o očitku modnih fotografov, ki so bili obsojeni na globo in plačilo odškodnine v skupni višini 255.000 evrov, da je bila s sodbo francoskega sodišča zaradi kršitve avtorskih pravic kršena njihova svoboda izražanja, varovana po 10. členu EKČP. Pritožniki so na internetu objavljali fotografije znanih oblikovalskih oblačil, ki so jih posneli na modnih revijah brez soglasja imetnikov avtorskih pravic. ESČP je ugotovilo, da je francosko sodišče s tem, ko je sankcioniralo neavtorizirano objavlanje oblačil (avtorskih del) na internetu, res poseglo v svobodo izražanja, vendar gre pri spletni objavi modnih fotografij za t. i. komercialni govor (angl. *commercial speech*), ki na podlagi 10. člena EKČP po praksi ESČP uživa bistveno ožje varstvo kot na primer politični govor ali izrekanje o širših družbenih problemih. Čeprav je ESČP po tehtanju (nepresenetljivo) ugotovilo, da je francosko sodišče zaradi varstva avtorske pravice utemeljeno dovolilo poseg v svobodo izražanja, je pomen sodbe v tej zadevi širši. ESČP je namreč jasno povedalo, da je izvrševanje pravic intelektualne lastnine podvrženo presoji, ali (ne) posega v druge konvencijske pravice (svobodo izražanja, varstvo zasebnosti itd.). Ni torej možno izključiti, da bi bil rezultat v konkretnem primeru bistveno drugačen, če bi bile fotografije objavljene v drugačnem kontekstu (na primer ob članku, ki bi opozarjal na problem anoreksije in bulimije v modnem svetu).<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Glej Internet: case-law of the European Court of Human Rights, nav. delo, str. 37 in nasl.

<sup>18</sup> *Ashby Donald in drugi proti Franciji*, št. pritožbe 36769/08, sodba z dne 10. januarja 2013.

<sup>19</sup> Dirk Voorhoof, Inger Hoedt-Rasmussen, nav. delo.

Le malo pozneje v letu 2013 je ESČP odločilo o še enem aktualnem internetnem problemu, pri katerem je znova obravnavalo kolizijo med intelektualno lastnino in svobodo izražanja. V zadevi *Neij in Kolmisoppi proti Švedski*<sup>20</sup> je sodišče presojalo, ali je upravljanje pritožnikov s spletno stranjo Pirate Bay, na kateri si internetni uporabniki izmenjujejo digitalne vsebine, vključno z avtorskoppravno varovanimi vsebinami (filmi, glasba, igre), varovano s svobodo izražanja do te mere, da pomeni kazenska obsodba zaradi kršitve avtorskih pravic, ki so jo izrekla švedska sodišča, nedopusten poseg v to svoboščino. Sodišče je vnovič ugotovilo, da je z obsodbo sicer prišlo do posega v svobodo izražanja, da pa je bil ta upravičen, saj je bil predpisan z (avtorskim in kazenskim) zakonom, zasledoval je legitimen cilj (učinkovito varstvo avtorsko pravice, ki prav tako uživa konvencijsko varstvo) in je bil potreben v demokratični družbi.<sup>21</sup> Pri tehtanju interesov pritožnikov, da olajšata izmenjavo informacij na internetu, in interesov imetnikov avtorskih pravic, da varujejo svoje izključne pravice, je dalo prednost slednjim. Podobno kot v zadevi *Ashby* je ESČP nacionalnim sodiščem dopustilo široko polje proste presoje (angl. *particularly wide margin of appreciation*) pri tehtanju obeh temeljnih pravic. Vsekakor ESČP zelo rezervirano presoja odločitve nacionalnih sodišč, ki temeljijo na uporabi testa sorazmernosti in meril, ki jih je razvilo ESČP.<sup>22</sup>

Z drugačnimi razlogi je ESČP zavrnilo pritožbo uporabnika interneta, ki je zaradi blokade dostopa do dveh spletnih strani, na kateri so si uporabniki (nezakonito) izmenjevali avtorskoppravno varovano glasbo, zatrjeval poseg v svobodo izražanja (širjenja in sprejemanja informacij).<sup>23</sup> Pritožniku je odreklo varstvo zaradi pomanjkanja pravnega interesa (ni bil oškodovanec). Bolj kot rezultat je zanimiva argumentacija sodišča, v kateri izrecno opozarja na pomen interneta kot najpomembnejšega sodobnega orodja za izvrševanja svobode izražanja.

---

<sup>20</sup> *Fredrik Neij in Peter Sunde Kolmisoppi proti Švedski*, št. pritožbe 40397/12, sklep o dopustnosti z dne 19. februarja 2013.

<sup>21</sup> Za podrobno analizo glej Dirk Voorhoof, Inger Hoedt-Rasmussen, nav. delo.

<sup>22</sup> Prav tam.

<sup>23</sup> *Akdenizç proti Turčiji*, št. pritožbe 20877/10, sklep o dopustnosti z dne 11. marca 2014.

### 3. PRAKSA SODIŠČA EU

Sodišče EU je bolj liberalen odnos do omejitev avtorske pravice nakazalo že v zadevah *Painer*<sup>24</sup> in *Football Association Premier League and Others and Karen Murphy*.<sup>25</sup> V zadevi *Painer* je nastopil spor zaradi objave fotografij Natasche Kampusch v avstrijskih časopisih brez soglasja avtorice portretne fotografije (šlo je za fotografinjo, ki je Kampuschevo fotografirala v otroških letih). Avstrijsko sodišče je Sodišču EU postavilo več vprašanj, med njimi tudi, ali sme časopis brez dovoljenja avtorice objaviti fotografijo na podlagi izjeme iz točke e tretjega odstavka 5. člena Direktive 2001/29/ES o informacijski družbi (uporaba v namene javne varnosti ali za zagotovitev pravilne izvedbe ali poročanja o upravnih, parlamentarnih in sodnih postopkih). Sodišče EU je sicer odgovorilo nikalno, češ da se medij, kot je časopisna založba, s sklicevanjem na cilj javne varnosti ne more sam odločiti, da bo uporabil avtorskopravno varovano delo. Vendar je hkrati poudarilo, da »ni mogoče izključiti, da bi lahko časopisna založba z objavo fotografije iskane osebe v posameznem primeru prispevala k doseganju cilja javne varnosti«. Pogoja za to sta dva: prvič, objava se mora navezovati na sprejeto odločitev ali na delovanje pristojnih nacionalnih organov zaradi javne varnosti in, drugič, organi morajo z njo soglašati, da bi se izognili tveganju, da bi odločitev časopisne založbe nasprotovala ukrepom varnostnih organov. Sodišče je tudi poudarilo, da konkreten, aktualen in izrecen poziv varnostnih organov za objavo fotografije zaradi preiskave ni potreben.

Sodišče je torej pustilo odprto vrata za morebitne dodatne omejitve avtorske pravice v interesu javne varnosti, ki jih Direktiva o informacijski družbi ne predvideva. Gre za širitev koncepta vsebinskih omejitev avtorske pravice, ki je dodatno razvidna tudi iz poudarjanja pomena vsebinskih omejitev v isti zadevi z naslednjimi besedami:

»Člen 5(3)(d) Direktive 2001/29 je namenjen zagotovitvi pravičnega ravnotežja med pravico do svobodnega izražanja uporabnikov avtorskega dela ali predmeta sorodnih pravic in pravico reproduciranja, ki je dodeljena avtorjem. To pravično ravnotežje se v tem primeru zagotavlja tako, da se daje večja teža pravici uporabnikov do svobode izražanja kot pa interesu avtorjev, da nasprotujejo reproduciranju odlomkov njihovih del, ki je zakonito že

<sup>24</sup> C-145/10, *Painer* (2011).

<sup>25</sup> C-403/08 in C-429/08, *Football Association Premier League and Others and Karen Murphy* (2011).

postalo dostopno javnosti, pri čemer se avtorjem načeloma zagotavlja pravica do navedbe njihovega imena.«<sup>26</sup>

Dodatno možnost za širitev omejitev pravic intelektualne lastnine Sodišču je EU ponudil sprejem Listine EU o temeljnih pravicah, ki je postala še eden od instrumentov za presojo kolizije med pravicami intelektualne lastnine in drugimi temeljnimi pravicami.<sup>27</sup> Intelektualno lastnino varuje v drugem odstavku 17. člena v okviru lastninske pravice.

Ne more biti presenečenje, da večina primerov iz zadnjih let obravnava internet in težave učinkovitega varstva intelektualne lastnine na internetu. Pravice, s katerimi intelektualna lastnina (zlasti njeno uveljavljanje v primeru kršitev) največkrat kolidira, so svoboda izražanja, svobodna gospodarska pobuda in varstvo zasebnosti (varstvo osebnih podatkov). V vsaj treh primerih v zadnjem desetletju<sup>28</sup> je sodišče obravnavalo podobno vprašanje: kako uravnotežiti ukrepe učinkovitega uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (angl. *enforcement*) na internetu (na primer odredbe o samodejnem filtriranju internetnih vsebin; zahteva, da se imetniku pravice posreduje podatek o naslovu IP uporabnika – domnevnega kršitelja) s temeljnimi pravicami internetnih uporabnikov (varstvo zasebnosti, osebnih podatkov, svobode izražanja). V spore so vpleteni tudi ponudniki internetnih storitev (ISP) kot posredniki med imetniki pravic in internetnimi uporabniki.

Enako kot ESČP tudi Sodišče EU poudarja pomen pravičnega tehtanja med posameznimi temeljnimi pravicami. V zadevi *Promusicae* je tako zapisalo:

»V zvezi s tem je treba poudariti, da sta temeljna lastninska pravica, katere del so pravice intelektualne lastnine, kot je avtorska pravica ..., in temeljna pravica do učinkovitega sodnega varstva del splošnih načel prava Skupnosti...

Ugotoviti pa je treba, da sporni položaj, glede katerega predložitveno sodišče zastavlja to vprašanje, poleg dveh zgoraj navedenih pravic sestavlja še ena temeljna pravica, in sicer tista, ki zagotavlja varstvo osebnih podatkov in torej zasebnega življenja.«

Še bolj podrobno se je o tehtanju med intelektualno lastnino in drugimi temeljnimi pravicami izreklo v zadevah *Scarlet Extended* in *SABAM*, ko je pre-

<sup>26</sup> C-145/10 *Painer* (2011).

<sup>27</sup> Henning Grosse Ruse-Khan, nav. delo, str. 3.

<sup>28</sup> C-275/06, *Productores de Musica de España (Promusicae) v Telefonica de España SAU*, z dne 29. januarja 2008; C-360/10, *SABAM v Netlog NV*, z dne 16. februarja 2012; C-70/10, *Scarlet Extended SA v SABAM*, z dne 24. novembra 2011.

sojalo o tem, ali je odredba ponudniku internetnega dostopa za vzpostavitev sistema filtriranja vseh elektronskih komunikacij, ki se prenašajo z njegovimi storitvami, zlasti z uporabo programske opreme *peer-to-peer*, brez razlikovanja za vse stranke, preventivno, na izključne stroške ponudnika in časovno neomejeno, z namenom blokiranja prenosa datotek, katerih izmenjava pomeni kršitev avtorske pravice, sprejemljiva z vidika varstva osebnih podatkov ter svobode sprejemanja in širjenja vesti, ki sta varovani na podlagi 8. in 11. člena Listine EU o temeljnih pravicah. Prednost je dalo pravicam uporabnikov in ponudnikov internetnih storitev in sicer z naslednjo utemeljitvijo:<sup>29</sup>

»Taka odredba bi temu ponudniku nalagala dejavno nadziranje vseh podatkov, ki se nanašajo na vse njegove stranke, da bi se preprečila kakršna koli prihodnja kršitev pravic intelektualne lastnine, s tem pa bi mu bilo naloženo, da zagotovi splošen nadzor, ki je na podlagi člena 15(1) Direktive 2000/31 prepovedan. Poleg tega bi taka odredba povzročila hudo kršitev svobode gospodarske pobude zadevnega ponudnika, saj bi bila z njo naložena obveznost vzpostavitve zapletenega in dragega informacijskega sistema, ki bi bil vzpostavljen za stalno in na njegove lastne stroške, kar bi bilo poleg tega v nasprotju s pogoji, določenimi v členu 3(1) Direktive 2004/48, na podlagi katerega se zahteva, da ukrepi za zagotovitev spoštovanja pravic intelektualne lastnine niso nepotrebno zapleteni in dragi. Zato taka odreditev ne bi izpolnila zahteve, da je treba zagotoviti pravično ravnotežje med varstvom pravice intelektualne lastnine, do katerega so upravičeni imetniki avtorskih pravic, in varstvom svobode gospodarske pobude, do katerega so upravičeni gospodarski subjekti, kot so ponudniki internetnega dostopa. Poleg tega učinki take odredbe ne bi bili omejeni na te ponudnike, saj utegnejo biti s spornim sistemom za filtriranje kršene tudi temeljne pravice njihovih strank, in sicer njihova pravica do varstva osebnih podatkov ter svoboda sprejemanja in širjenja vesti, ki sta varovani na podlagi členov 8 in 11 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah. Po eni strani bi odreditev vključevala sistematično analizo vseh vsebin in zbiranje ter identifikacijo IP-naslovov uporabnikov, ki pošiljajo nezakonite vsebine prek omrežja, ti naslovi pa so varovani osebni podatki, saj omogočajo natančno identifikacijo teh uporabnikov. Po drugi strani pa bi bila z njo lahko kršena svoboda obveščanja, saj obstaja nevarnost, da ta sistem ne bi dovolj dobro razločeval nezakonitih vsebin od zakonitih, tako da bi njegova vzpostavitev lahko onemogočila prenašanje zakonitih vsebin.«

<sup>29</sup> C-70/10, *Scarlet Extended SA v SABAM*, z dne 24. novembra 2011.

Tudi Sodišče EU je torej pripravljeno dopustiti omejitve pravic intelektualne lastnine v interesu drugih temeljnih pravic. V isti zadevi je namreč izrecno poudarilo, da varstvo pravic intelektualne lastnine ni absolutno in nedotakljivo:

»V zvezi s tem je treba spomniti, da je namen odredbe iz postopka v glavni stvari zagotovitev varstva avtorskih pravic, ki spadajo med pravice intelektualne lastnine in ki bi utegnile biti kršene zaradi narave in vsebine nekaterih elektronskih komunikacij, ki potekajo prek omrežja zadevnega PID.

Nedvomno je varstvo pravic intelektualne lastnine določeno v členu 17(2) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: listina). Niti iz te določbe niti iz sodne prakse Sodišča pa ne izhaja, da je ta pravica nedotakljiva in da mora biti zato njeno varstvo absolutno.<sup>30</sup>«

#### 4. PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA RS

Nekatere najbolj znane odločbe Ustavnega sodišča obravnavajo kolizijo med svobodo umetniškega ustvarjanja in osebnostno pravico. V primerih *Pikalo*<sup>31</sup> in *Smolnikar*<sup>32</sup> je Ustavno sodišče tehtalo, ali so redna sodišča utemeljeno posegla v svobodo izražanja (umetniško izražanje je le njen posebni vidik), ko so avtorjema (pisecma leposlovnih del) prepovedala nadaljnjo prodajo knjig (*Smolnikar*)<sup>33</sup> oziroma dosodila plačilo odškodnine (*Pikalo*). Obakrat sta pisateljica v sicer fiktivnem delu uporabila like iz resničnega življenja, ki so se nato bodisi prepoznali sami bodisi so jih prepoznali sorodniki in se zaradi literarnih zapisov čutili razžaljene. Ustavno sodišče ob tehtanju obeh ustavno varovanih pravic daje posebno težo svobodi izražanja, skladno s prakso ESČP. Ne more biti presenetljivo, da je zato v obeh zadevah razsodilo v korist avtorjev literarnih del, pri čemer je v zadevi *Pikalo* izrecno poudarilo:

»V koliziji dveh enakovrednih pravic (npr. pravic, ki sta obe ustavnopravno varovani) je potrebna vsebinska omejitev obeh pravic in ne samo ene od njiju. To pomeni, da oba nosilca svojo pravico lahko uresničujeta (le) v omejenem (,zoženem“) obsegu, tj. tako, da pri izvrševanju pravice enega ne pride do prekomernega posega v pravico drugega.

<sup>30</sup> Prav tam.

<sup>31</sup> Up-422/02 z dne 10. marca 2005.

<sup>32</sup> Up-406/05-35 z dne 12. aprila 2007.

<sup>33</sup> Posebnost zadeve *Smolnikar* je tudi ta, da je Ustavno sodišče samo meritorno zavrnilo zahtevek pritožnic, kar se sicer redko dogaja. Primer *Smolnikar* Ribičič zato uvršča med inovativne odločitve Ustavnega sodišča. Ciril Ribičič, nav. delo, str. 3.

Pri iskanju odgovora na vprašanje, kako daleč seže umetniška svoboda (kot poseben izraz pravice do svobode izražanja) oziroma kje je meja med to ustavno pravico in ustavno varovanimi osebnostnimi pravicami, med katere sodi tudi varstvo časti in dobrega imena, je nedvomno treba upoštevati tudi specifično umetniškega ustvarjanja. Bistvo umetniškega delovanja je svobodno ustvarjalno oblikovanje, v katerem se odražajo umetnikovi vtisi, izkušnje in doživetja, ki jih umetnik prek določene umetniške izrazne oblike posreduje javnosti. Za literarno umetnost je bistveno, da je umetniku zagotovljena prostota izbira teme, prav tako pa tudi prosto opisovanje izbrane teme.«

Razmerje med svobodo umetniškega ustvarjanja (59. člen Ustave) in varstvom avtorske pravice (60. člen Ustave) v ustavnosodni praksi za zdaj podrobno ni pojasnjeno; zanimivo je na primer vprašanje, ali zahtevek za prepoved prodaje knjige v knjigarnah (s katero naj bi pisateljica domnevno posegla v osebnostne pravice drugih oseb) pomeni (samo) poseg v svobodo umetniškega ustvarjanja ali tudi poseg v avtorsko pravico. Da gre (tudi) za slednje, bi se pokazalo v primeru, ko bi do domnevne kršitve prišlo po avtorjevi smrti. Morebitni zahtevek za prepoved prodaje bi v tem primeru posegal v materialne avtorske pravice dedičev,<sup>34</sup> kar bi zahtevalo drugačno tehtanje, saj si nasproti ne bi več stali svoboda (umetniškega) izražanja in varstvo zasebnosti, temveč avtorska pravica in varstvo osebnosti. Rezultat tehtanja bi bil v tem primeru lahko tudi drugačen.

Pred Ustavnim sodiščem RS internetnih problemov, o katerih so druga evropska sodišča že odločala, do zdaj še ni bilo. Zato pa se je Ustavno sodišče srečalo z drugim, nič manj zanimivim izzivom: kolizijo med avtorsko pravico in lastninsko pravico.

V zadevi Up-916/09 je Ustavno sodišče presojalo, ali sme arhitekt, avtor nagrajene idejne rešitve kompleksa avtobusne postaje, zahtevati prepoved gradnje trgovsko poslovnega objekta na zemljišču, kjer je bila po njegovi idejni rešitvi predvidena t. i. pročelna stavba kot druga faza projekta. Po avtorjevih načrtih je bila zgrajena samo prva faza kompleksa, po stečaju prvotnega investitorja pa je gradnjo trgovinsko-poslovnega objekta, ki jo je sicer predvidel avtor, prevzel novi investitor. Ta je sporni objekt na zemljišču, na katerem naj bi po prvotni načrtih stala t. i. pročelna stavba, sprojehtiral na novo (in pri tem ni posegal v prvotno idejno rešitev). Ključno vprašanje je torej bilo,

<sup>34</sup> To velja ob domnevi, da svoboda umetniškega ustvarjanja kot pravica posameznika preneha obstajati z njegovo smrtjo. Lahko pa se postavi vprašanje, ali je morda ta svoboščina varovana tudi po smrti.



ali sme avtor prvotnega dela lastniku zemljišča preprečiti, da zgradi na njem karkoli drugega kot tisto, kar je sam prvotno predvidel.

Ustavno sodišče je pritrdilo Vrhovnemu sodišču in dalo prednost lastniku zemljišča z naslednjo utemeljitvijo:

»Ustava sicer priznava avtorjem znatno zaščito tako premoženjskih kot osebnostnih interesov, ki izvirajo iz njihove ustvarjalne dejavnosti. Vendar arhitekt, ki mu ne grozi nepooblaščenemu posnemanju, skazitev ali drugačen poseg v njegovo avtorsko delo in ki nima pogodbeno utemeljene pravice izgradnje objekta po svojih načrtih, ne more uspeti z zahtevkom, ki dejansko pomeni, da bo na določenem zemljišču do konca izpeljana rešitev, kot si jo je sam zamislil, ali pa na njem ne bo nič več zgrajeno. Z uspehom takega zahtevka bi bilo prekomerno omejena lastninska pravica lastnika zemljišča iz 33. člena Ustave.«

Ustavno sodišče je torej (ustavno) avtorsko pravico omejilo neposredno na podlagi Ustave: z drugo ustavno varovano pravico – lastninsko pravico. Pri tem je uporabilo metodo t. i. praktične konkordance, po kateri lahko nosilca svoji pravici uresničujeta z zoženim dometom, tako da pri izvrševanju pravice enega ne pride do čezmernega posega v pravico drugega. Sodišče mora obseg izvrševanja vsake od nasproti si stoječih pravic zmanjšati na tisto mero, ki je nujna zaradi uresničitve človekove pravice drugega. Presoja, ali izvrševanje ene pravice že čezmerno omejuje izvrševanje druge, zahteva vrednostno tehtanje pomena obeh pravic in teže posega, oboje ob upoštevanju vseh okoliščin konkretnega primera.<sup>35</sup>

Primer je dragocen tudi zato, ker se je sodišče (vsaj *obiter*) posebej izreklo tudi o vsebini 60. člena Ustave oziroma o tem, kaj šteje za t. i. ustavno varovano jedro avtorske pravice:

»Avtorsko pravico, tako kot druge pravice iz ustvarjalnosti, Ustava varuje v 60. členu. Pravice iz ustvarjalnosti so pravice ‚duhovne lastnine‘, ki imajo temelj v delu, potrebnem in uporabljenem za stvaritev. Vsebujejo premoženjska in osebnostna upravičenja; premoženjska se izvorno navezujejo na lastninsko pravico (33. člen Ustave), osebnostna pa na osebnostne pravice (35. člen Ustave). Pravice iz ustvarjalnosti po svoji naravi zahtevajo ureditev načina svojega uresničevanja – in s tem natančno določitev svojega dometa – z zakonom (drugi odstavek 15. člena Ustave). Ustavnemu sodišču se v tej zadevi ni treba podrobno opredeliti do vprašanja, kaj je ustavno varovano jedro avtorske pravice, ki izhaja že iz 60. člena Ustave, kaj pa so elementi avtorskoprav-

<sup>35</sup> Točka 12 utemeljitve odločbe Up-916/09.

nega režima, ki sicer izhajajo iz ZASP in mednarodnih pogodb, vendar jih Ustava sama po sebi ne zagotavlja. Gotovo je, da 60. člen Ustave zapoveduje vsaj: glede premoženjske komponente avtorske pravice, da ima avtor absolutna izključujoča upravičenja do glavnih načinov premoženjskega izkoriščanja svoje stvaritve, s katerimi lahko prosto razpolaga, kar sicer še ne pomeni, da je vsak predstavljen način izkoriščanja avtorskega dela ustavno varovan; glede osebnostne komponente avtorske pravice učinkovito ohranitev in spoštovanje osebnostnih vezi med avtorjem in njegovim delom, vključno s pravico do priznanja avtorstva in pravico do spoštovanja dela.«

## **5. SKLEP**

Najvišja sodišča (ESČP, Sodišče EU, Ustavno sodišče RS) se vse pogosteje srečujejo s pravicami intelektualne lastnine kot temeljnimi človekovimi pravicami. Pri tem so zlasti zanimivi spori, v katerih intelektualni lastnini nasproti stoji druga temeljna pravica, na primer svoboda izražanja, svobodna gospodarska pobuda, lastninska pravica, osebnostne pravice (zasebnost, varstvo osebnih podatkov). Sodišča take kolizije rešujejo z metodo tehtanja. Ni mogoče izključiti, da v posameznih primerih varstvo temeljnih pravic drugih omeji (nadvlada) pravice intelektualne lastnine. Gre za omejitev, ki izhaja iz prava človekovih pravic in ni nujno vsebovana tudi v zakonskih določbah o vsebinskih omejitvah intelektualne lastnine. Vključevanje ustavnopravnih (in mednarodnopravnih) standardov varstva človekovih pravic odpira možnosti večjega omejevanja pravic intelektualne lastnine. Glede na relativno zastarelost (vsaj na nekaterih področjih) prava intelektualne lastnine, ki v zadnjem času ne dohaja tehnološkega napredka, povezanega zlasti z uporabo interneta, ta trend niti ni zaskrbljujoč, temveč ga velja pozdraviti.

### **Literatura:**

Yahya S. Alsulaim: A Critical Discussion of the Extension of Human Rights Protection to Intellectual Property Under the First Protocol of the ECHR; <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2706930](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2706930)> (4. 9. 2016).

Laurence R. Helfer: The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights, v: Harvard International Law Journal, št. 49/1, 2008.

Bernt Hugenholtz, Martin R. F. Senftleben: Fair use in Europe. In Search of Flexibilities. Amsterdam 2001. <<http://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>> (4. 9. 2016).

Henning Grosse Ruse-Khan: Overlaps and Conflict Norms in Human Rights Law: Approaches of European Courts to Address Intersections with Intellectual Property Rights, v: Ch. Geiger (ur.): Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property. Edward Elgar, Cheltenham (Velika Britanija), Northampton (ZDA) 2014, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-18.

Internet: case-law of the European Court of Human Rights. Evropsko sodišče za človekove pravice, junij 2015, <[http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_internet\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf)> (4. 9. 2016).

Alexander Peukert: The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature. Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, 2015, str. 132–148.

Martina Repas: Pravo blagovnih in storitvenih znamk. GV Založba, Ljubljana 2007.

Ciril Ribičič: Ustavno sodišče kot pozitivni zakonodajalec, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2015.

Miha Trampuž, Branko Oman, Andrej Zupančič: Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 1997.

Dirk Voorhoof; Inger Høedt-Rasmussen: ECHR: Copyright vs. Freedom of Expression, v: Kluwer Copyright Blog, 25. januar 2013, <<http://kluwercopyrightblog.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>>.

Dirk Voorhoof, Inger Høedt-Rasmussen: ECHR: Copyright vs. Freedom of Expression II (The Pirate Bay), v: Kluwer Copyright Blog, 20. marec 2013, <<http://kluwercopyrightblog.com/2013/03/20/echr-copyright-vs-freedom-of-expression-ii-the-pirate-bay/>> (4. 9. 2016).

# Ustavnoppravna narava zakonodajnega referendumu

IGOR KAUČIČ

## 1. UVOD

Ustava Republike Slovenije<sup>1</sup> (v nadaljevanju Ustava) ureja zakonodajni referendum v 90. členu. Določbe tega člena pomenijo konkretizacijo ustavnega načela demokracije (1. člen) in ljudske suverenosti oziroma izvrševanja oblasti, po katerem državljanke in državljani izvršujejo oblast (tudi neposredno (drugi odstavek 3. člena) ter uresničitev pravice državljanov do neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev iz 44. člena.<sup>2</sup> Zakonodajni referendum omogoča volivcem odločanje o uveljavitvi zakona, ki ga je sprejel Državni zbor, in s tem neposredno sodelovanje pri izvrševanju zakonodajne funkcije. V tem primeru se ob Državnem zboru kot zakonodajalec pojavi tudi ljudstvo.

Ustava do spremembe leta 2013 ni določala oblike (modela) zakonodajnega referendumu kot tudi ne izrecnih omejitev glede vprašanj, o katerih je bilo mogoče odločati na referendumu. Predvidela je kar štiri pooblaščen predlagatelje referendumu (glede na število nosilcev referendumuške iniciative je bila taka ureditev zelo ekstenzivna in brez primere v tujih ureditvah), za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu pa je bila predpisana relativna večina, to je večina glasov volivcev, ki so veljavno glasovali.<sup>3</sup>

---

**Igor Kaučič**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13.

<sup>2</sup> Na tej podlagi Ustava podrobneje ureja tudi referendum o mednarodnih povezavah (drugi odstavek 3.a člena), referendum o spremembi Ustave (170. člen) in referendum o ustanovitvi občine (tretji odstavek 139. člena). V naši ureditvi poznamo tudi lokalni in posvetovalni referendum, ki sta določena z Zakonom o lokalni samoupravi (ZLS, Uradni list RS, št. 94/07 – UPB, 76/08, 79/09 in 51/10) ter Zakonom o referendumu in o ljudski iniciativi (ZRLI, Uradni list RS, št. 26/07 – UPB2).

<sup>3</sup> Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2000), str. 159–161.

Razmeroma široka in preprosta dostopnost do referendumu, kot tudi pomanjkljiva normativna ureditev, je omogočila njegovo uporabo kot tudi zlorabo za doseganje ozkih političnih in strankarskih interesov ter tudi ciljev posameznih dobro organiziranih interesnih skupin.<sup>4</sup> Taka ureditev je bila pretirano usmerjena k parlamentarnim političnim strankam in manj k volivcem. Zakonska vprašanja, o katerih so odločali volivci na referendumu, so bila po vsebini sicer zelo različna, večinoma pa se niso nanašala na širše družbene interese in jih ni mogoče uvrstiti med vprašanja splošnega družbenega pomena. Ker jih tudi večina volivcev ni prepoznala za pomembne, je bila posledično tudi glasovalna udeležba na referendumih praviloma skromna.<sup>5</sup> Zakonodajni referendum je bil zato v javnosti močno razvrednoten in tudi zaupanje državljanov vanj je bilo zelo omajano. V referendumski proces se je pogosto vključevalo tudi Ustavno sodišče, ki je presojalo dopustnost razpisa referendumu (in jih nekaj tudi prepovedalo) kot tudi ustavnost zakonske ureditve tega instituta (in nekaj določb zakona tudi razveljavilo).

Nova ustavna ureditev zakonodajnega referendumu<sup>6</sup> vsebuje rešitve, ki so – drugače kot prejšnji predlogi – ustrežnejši odgovor na normativne in praktične težave pri uporabi tega ustavnega instituta ter hkrati izpolnjuje sodobne zahteve neposrednega odločanja o zakonodajnih vprašanjih. Sprememba posega v tri sestavine referendumske ureditve, to je v referendumsko iniciativo (zmanjšanje števila predlagateljev referendumu), predmet referendumskega odločanja (določitev omejitev in prepovedi referendumu) in dvig praga legitimnosti na referendumu sprejete odločitve (določitev kvoruma zavrnitve).<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Pri tem so izstopali zlasti poslanci Državnega zbora (med predlagatelji referendumu so prevladovali poslanci opozicije), ki so referendum pogosto uporabljali za reševanje medstrankarskih nasprotij. O tem Igor Kaučič, nav. delo (2010), str. 1317–1325.

<sup>5</sup> Prav tam, str. 1322–1325.

<sup>6</sup> Ustavni zakon o spremembah 90., 97. in 99. člena ustave Republike Slovenije (UZ90,97,99), Uradni list RS, št. 47/13.

<sup>7</sup> Spremenjeni 90. člen Ustave se glasi:

»(1) Državni zbor razpiše referendum o uveljavitvi zakona, ki ga je sprejel, če to zahteva najmanj štirideset tisoč volivcev.

(2) Referenduma ni dopustno razpisati:

- o zakonih o nujnih ukrepih za zagotovitev obrambe države, varnosti ali odprave posledic naravnih nesreč,
- o zakonih o davkih, carinah in drugih obveznih dajatvah ter o zakonu, ki se sprejema za izvrševanje državnega proračuna,
- o zakonih o ratifikaciji mednarodnih pogodb,
- o zakonih, ki odpravljajo protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiuustavnost.

## 2. ZAVRNITVENI REFERENDUM

Ustava prvotno ni določala oblike (modela) zakonodajnega referenduma, temveč je izbiro med različnimi vrstami referenduma prepustila zakonodajalcu.<sup>8</sup> Naknadni referendum je bil določen kot potrditveni (ratifikacijski), ki se skupaj z zavrnitvenim uvršča v skupino suspenzivnih referendumov. Za slovensko referendumsko prakso velja, da referendum zahtevajo tisti, ki nasprotujejo zakonu, ki ga je sprejel Državni zbor. Temu veliko bolj ustreza zavrnitveni model zakonodajnega referenduma, na katerem volivci glasujejo o zavrnitvi in ne kot po prejšnji ureditvi o potrditvi zakona. V ustavnorevizijski strokovni in politični razpravi je zato prevladalo stališče, da se naj ohrani suspenzivno in naknadno obliko referenduma, model potrditvenega pa zamenja z zavrnitvenim referendustom.

Zavrnitveni model zakonodajnega referenduma je namenjen preprečitvi uveljavitve zakona, zato ga imenujejo tudi ljudski veto. Po tem modelu je za zavrnitev zakona potrebno, da mu nasprotuje (in ne, da se referendumu udeleži) določeno število volivcev. Vendar za zavrnitev zakona ni zadostna navadna večina, temveč mu mora nasprotovati določeno število volivcev znotraj celotnega volilnega telesa. Zavrnitveni referendum ne temelji na volilni udeležbi, temveč na številu tistih, ki odločajo. Referendum volivcem omogoča, da zavrnejo v zakonodajnem telesu sprejet zakon, kar ima značaj suspenzivnega veta. Namen je preprečiti uveljavitev zakona do odločitve volivcev na referendumu.<sup>9</sup> Spremenjeni prvi odstavek 90. člena določa, da Državni zbor razpiše referendum o uveljavitvi zakona, ki ga je sprejel, če to zahteva najmanj štirideset tisoč volivcev, četrti odstavek 90. člena pa, da je zakon na referendumu zavrnjen, če proti njemu glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali, pod pogojem, da proti zakonu glasuje najmanj petina vseh volivcev. Podobno kot

(3) Pravico glasovanja na referendumu imajo vsi državljani, ki imajo volilno pravico.

(4) Zakon je na referendumu zavrnjen, če proti njemu glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali, pod pogojem, da proti zakonu glasuje najmanj petina vseh volivcev.

(5) Referendum se ureja z zakonom, ki ga sprejme državni zbor z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev.«

<sup>8</sup> O različnih vrstah in oblikah zakonodajnega referenduma glej Igor Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 23–25 in nasl. ZRLI iz leta 1994 je prvotno predpisoval dve obliki zakonodajnega referenduma – naknadnega in predhodnega, vendar je bil slednji leta 2006 odpravljen. Na predhodnem (preliminarnem, *ante legem*) referendumu so volivci glasovali o posameznih vprašanjih, ki jih je urejal predlog zakona (torej še pred sprejetjem zakona v Državnem zboru), na naknadnem (*post legem*) referendumu pa o zakonu v celoti, potem ko ga je Državni zbor že sprejel.

<sup>9</sup> Zavrnitveni model zakonodajnega referenduma je uveljavljen zlasti na Danskem in Irskem.

po prejšnji in primerljivih evropskih ureditvah tudi po novi volivci ne morejo na zakonodajnem referendumu odločati o posameznem vprašanju, ki ga ureja zakon, temveč samo o celotnem zakonu. Možnost referendumskega odločanja o posameznih zakonskih vprašanjih bi bilo namreč že z vidika enotnosti materije in konsistentnosti zakona zelo težko urediti.

### 3. LJUDSKA REFERENDUMSKA INICIATIVA

Spremenjeni prvi odstavek 90. člena Ustave je referendumsko iniciativo prepustil izključno volivcem, to je najmanj štirideset tisočim volivcem (ljudska referendumska iniciativa).<sup>10</sup> Zakonodajnega referenduma ne more več zahtevati najmanj tretjina poslancev Državnega zbora (ki neposredno sodelujejo pri oblikovanju in sprejemanju zakona) in Državni svet (ki sodeluje v zakonodajnem postopku v širšem pomenu z zakonsko iniciativo in pravico do suspenzivnega veta). Prav tako ni več mogoče razpisati referenduma na podlagi lastne odločitve Državnega zbora.<sup>11</sup> Še naprej pa ostaja zakonska možnost, da Državni zbor na podlagi ZRLI (26.–29. člen) razpiše posvetovalni referendum o določenem vprašanju, ki naj ga uredi zakon (predhodni referendum) preden dokončno odloči o posameznem vprašanju (odločitev na posvetovalnem referendumu za Državni zbor ni pravno, temveč le politično zavezujoča).

Pravica določenega števila volivcev, da zahtevajo razpis zakonodajnega referenduma, je bila do nedavnega dopuščena le izjemoma,<sup>12</sup> v devetdesetih letih 20. stoletja pa so jo uvedle tudi nekatere t. i. nove evropske demokrati-

<sup>10</sup> V primerjalni teoriji in praksi ni povsem enotnega poimenovanja referenduma na zahtevo volivcev. V naši ureditvi uporabljamo pojem ljudska referendumska iniciativa za zahtevo določenega števila volivcev za razpis referenduma. Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2002), str. 134–136.

<sup>11</sup> Od sprejetja Ustave je bilo izvedenih osemnajst zakonodajnih referendmov, od tega dva po spremenjeni ustavni ureditvi. Po prejšnji ureditvi je bilo največ (devet) referendmov razpisanih na zahtevo tretjine poslancev Državnega zbora, na zahtevo štirideset tisoč volivcev je bilo razpisanih sedem referendmov, dva referenduma pa sta bila razpisana na zahtevo Državnega sveta (eden referendum so hkrati zahtevali vsi trije pooblaščen predlagatelji). Po lastni odločitvi Državni zbor doslej ni razpisal nobenega zakonodajnega referenduma (širše o tem Igor Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 75–104 in Igor Kaučič, nav. delo (2010), str. 1322–1325). Po novi ureditvi je Državni zbor na podlagi treh vloženih zahtev volivcev razpisal dva zakonodajna referenduma (leta 2014 o Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu dokumentarnega in arhivskega gradiva ter arhivih, ZVDAGA-A) in leta 2015 o Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-D), razpis referenduma o Zakonu o dopolnitvi zakona o obrambi (ZObr-E) leta 2015 pa je zavrnil, ker ustavno ni bil dopusten.

<sup>12</sup> Uveljavljena je v Švici in Italiji, pa tudi v Liechtensteinu in San Marinu.

je.<sup>13</sup> V teoriji se tak referendum označuje tudi kot aktivni referendum, ker v nasprotju s pasivnim ljudstvu omogoča ne samo odločanje na referendumu, temveč tudi predlaganje njegovega razpisa.<sup>14</sup> Vendar pa tudi tam, kjer ljudsko referendumsko iniciativo poznajo, ta praviloma ni edini način dostopa do referenduma.<sup>15</sup> Poleg Slovenije imajo volivci izključno pravico zahtevati razpis zakonodajnega referenduma samo v dveh evropskih državah, in sicer na Hrvaškem in v Makedoniji.<sup>16</sup> Vendar je treba ob tem ugotoviti, da se je ta oblika referenduma (referendum na ljudsko iniciativo) v praksi uveljavila samo v Sloveniji.<sup>17</sup>

Ljudska referendumska iniciativa lahko precej preprečuje parlamentu, da bi manipuliral z uvedbo oziroma razpisom referenduma. Nova ureditev poudarja vlogo referenduma kot instrumenta ljudskega nadzora nad delom parlamenta in ljudskega veta, hkrati pa omejuje možnosti njegove uporabe za reševanje notranjih parlamentarnih (strankarskih) nasprotij oziroma političnih nasprotij med obema organoma predstavniškega telesa. Za reševanje teh nasprotij jima pravni red daje druga sredstva.<sup>18</sup>

Postopek z referendumsko zahtevo ureja ZRLI v 12.–20. členu.<sup>19</sup> Tega bi bilo treba skladno z razdelkom II UZ90,97,99 uskladiti v enem letu po uveljavitvi spremembe Ustave, vendar Državni zbor tega še ni storil. Spremembe in dopolnitve bodo morale poseči zlasti v predhodni postopek, ki ureja pobudo za razpis referenduma, preizkus pobude, postopek zbiranja podpisov volivcev v podporo zahtevi za razpis referenduma in pravno varstvo pravice zahtevati referendum.<sup>20</sup> Povsem na novo pa bo treba urediti postopek odločanja

<sup>13</sup> Na primer Hrvaška, Latvija, Litva, Madžarska, Makedonija, Slovaška in Slovenija.

<sup>14</sup> O tem Markku Suksi, nav. delo (1993), str. 8–9.

<sup>15</sup> Poleg volivcev lahko zakonodajni referendum zahtevajo na primer v Švici tudi kantoni, v Italiji regionalni sveti, drugod pa organi zakonodajne ali izvršilne oblasti.

<sup>16</sup> V obeh državah je zahtevano število podpisov zelo visoko; v Makedoniji 150.000, na Hrvaškem pa deset odstotkov volilnih upravičencev. Seveda je treba ob tem poudariti, da je tudi v državah, v katerih poleg ljudske referendumske iniciative poznajo tudi druge oblike referendumske iniciative (na primer v Švici kantone in v Italiji regionalne svete), iniciativa volivcev v praksi najpogosteje uporabljena oblika.

<sup>17</sup> Tako je bilo pri nas izvedenih kar devet (od osemnajstih) zakonodajnih referendumov. V zadnjem času so referendum na podlagi ljudske iniciative izvedli tudi na Hrvaškem, vendar na ustavodajnem in ne na zakonodajnem področju. O tem Robert Podolnjak, nav. delo (2015), str. 137–140.

<sup>18</sup> Igor Kaučič, nav. delo (2010), str. 1325. Prim. tudi Predlog UZ 90,97,99, str. 5.

<sup>19</sup> Podrobneje o tem postopku Igor Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 83–93.

<sup>20</sup> O tem Jadranka Sovdat, nav. delo (2013), str. 160–163.



Državnega zbora o zavrnitvi razpisa referendumu zaradi ustavne nedopustnosti.

#### **4. NEDOPUSTNOST REFERENDUMA**

Ustave primerljivih evropskih držav izrecno izključujejo razpis referendumu za zakone, ki po svoji naravi niso primerni za neposredno odločanje volivcev. To zlasti velja za ureditve, v katerih lahko referendum zahtevajo volivci.<sup>21</sup> Zavrnitev takih zakonov na referendumu bi pomenila resno oviro za delovanje države oziroma za izvrševanje njenih temeljnih funkcij, zlasti pri sprejemanju nujnih zakonskih ukrepov. Omejitve so lahko procesne in materialne (slednje so lahko eksplicitne ali implicitne), pri čemer so lahko določene na vstopni ali izstopni strani referendumskega procesa, razlikujejo pa se tudi po načinu in obliki pravnega urejanja.<sup>22</sup> Vsaka omejitev referendumskega odločanja nujno pomeni poseg v ustavno načelo demokratičnosti, torej v razmerje med neposredno in predstavniško demokracijo, zato je treba pri določitvi omejitev spoštovati načelo sorazmernosti.

Posebnost naše prejšnje ureditve je bila, da Ustava ni določala nobene izrecne prepovedi referendumskega odločanja o zakonih.<sup>23</sup> Po razveljavitvi tega člena je na podlagi 21. člena ZRLI moralo pogosto o ustavni dopustnosti razpisa zakonodajnega referendumu odločati Ustavno sodišče in presojati, ali bi lahko z odložitvijo uveljavitve zakona ali zaradi zavrnitve zakona nastale protiustavne posledice. Državni zbor torej ni imel pravice zavrniti razpisa referendumu zaradi morebitnega nastanka protiustavnih posledic, temveč je o tem v vsakem konkretnem primeru posebej odločalo Ustavno sodišče.<sup>24</sup> Izrecna določitev zakonov, o katerih razpis referendumu ni dopusten, je

<sup>21</sup> Izjemi sta hrvaška in makedonska ustava, ki izrecno ne prepovedujeta referendumu, čeprav se ta lahko razpiše samo na iniciativo volivcev (res pa je, da se v teh državah zakonodajni referendumu v praksi ne izvajajo). V sistemih, v katerih je referendum v rokah parlamentarne večine (na primer v Avstriji in na Irskem), je potreba po izrecno določenih prepovedih odveč.

<sup>22</sup> Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2014), str. 60–80.

<sup>23</sup> ZRLI je v prvotnem besedilu (10. člen) po zgledu tujih ureditev iz referendumskega odločanja sicer izključil nekatere vrste zakonov, vendar je Ustavno sodišče to določbo razveljavilo (odločba št. U-I-47/94 z dne 19. januarja 1995, Uradni list RS, št. 13/95). Ustavno sodišče je presodilo, da ta določba omejuje ustavno določene pravice do referendumskega odločanja o vseh vprašanih, ki se urejajo z zakonom, zato bi izključitev takih zakonov morala tako kot v drugih državah predpisovati že Ustava.

<sup>24</sup> Ustavno sodišče je do spremembe Ustave presojalo devetnajst zahtev za razpis zakonodajnega referendumu in jih sedem dopustilo, dvanajst pa ne, ker je ocenilo, da bi referendum povzročil nastanek

ustreznejša kot prejšnja ureditev. Nova ureditev zagotavlja jasen, določen in pregleden referendumski postopek ter ustvarja pogoje za hitrejše dokončanje zakonodajnega postopka.<sup>25</sup> Je bistveno bolj predvidljiva in omejuje možnost arbitrarne presoje nastanka protiustavnih posledic (ki so bile razlog za ustavnosodno prepoved referenduma). To velja kljub pomenski in interpretativni odprtosti pravnih pojmov, še zlasti tistih na ustavnopravni ravni, ki so taki po naravi stvari in jih ni nikdar mogoče v celoti in vnaprej izčrpno opredeliti že na besedilni ravni.<sup>26</sup>

Spremenjena ureditev predvideva štiri zakonodajna področja oziroma zakone, o katerih referendum ne bi bil dopusten. S tem Ustava razlikuje med zakoni, katerih sprejem je v izključni pristojnosti Državnega zbora, in zakoni, glede katerih je zakonodajna pristojnost razdeljena med Državnim zborom in volivci na referendumu.

#### 4.1. Zakoni o nujnih ukrepih

Ustava je iz referendumskega odločanja izključila zakone o nujnih ukrepih za zagotovitev obrambe države, varnosti ali odprave posledic naravnih nesreč (prva alineja drugega odstavka 90. člena). Nedopustnost referenduma o teh zakonih izhaja iz njihovega namena, to je zlasti hitrega, učinkovitega, nujnega in neodložljivega ukrepanja. Dolgotrajni (tudi več mesecev trajajoči) postopki zbiranja podpisov volivcev, razpisa, ustavnosodne presoje in izvedbe referenduma bi tako ukrepanje onemogočili in povzročili škodljive posledice. Ustavodajalec ni izključil referenduma o vseh zakonih, ki urejajo področje obrambe, varnosti in odprave posledic naravnih nesreč, kot tudi ne nujnih zakonov oziroma zakonov, ki se sprejemajo po hitrem postopku.<sup>27</sup> Poglavitni razlog je torej materialen in ne formalen, ker bi se nujni (hitri) postopek za sprejem zakonov lahko v praksi zlorabljal za izključitev referenduma. Iz referendumskega odločanja so izvzeti le zakoni, ki se sprejemajo zaradi nujnih ukrepov na teh področjih.

---

protiustavnih posledic. O tem Ciril Ribičič, Igor Kaučič, nav. delo (2016), str. 66–89.

<sup>25</sup> Prim. tč. 46 obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/15 z dne 28. septembra 2015, Uradni list RS, št. 80/2015.

<sup>26</sup> Predlog UZ 90,97,99, str. 6.

<sup>27</sup> Ti so z določenimi omejitvami izključeni iz referendumskega odločanja, na primer v Švici in na Danskem.

Državni zbor je o dopustnosti referendumu o teh zakonih odločal v primeru ZObr-E leta 2015. Po sprejemu tega zakona je bila vložena pobuda za razpis referendumu o njem, vendar jo je Državni zbor zavrnil, ker naj bi šlo za zakon o nujnih ukrepih za zagotovitev varnosti iz drugega odstavka 90. člena Ustave. V sporu o dopustnosti referendumu, ki ga je sprožila pobudnica, je Ustavno sodišče odločilo, da sklep Državnega zbora o zavrnitvi razpisa zakonodajnega referendumu o ZObr-E ni v neskladju z Ustavo, zato je bil zakon poslan v razglasitev in objavo.<sup>28</sup> Ustavno sodišče je ugotovilo, da vsebina obravnavanega zakona ustreza pojmu zakona o nujnih ukrepih iz prve alineje drugega odstavka 90. člena Ustave in da nujnost zakona narekuje nujnost ukrepov. Ob tem pa je dodalo, da je za oceno nujnosti ukrepov za zagotovitev varnosti, zaradi katerih je treba sprejeti zakon, pristojen Državni zbor, Ustavno sodišče pa lahko presoja le, ali je Državni zbor za sprejeto oceno izkazal razumne razloge.<sup>29</sup>

#### **4.2. Davčni in finančni zakoni**

Nedopustnost referendumu o davčnih, proračunskih in drugih finančnih zakonih je utemeljena na potrebi po zagotovitvi temeljnih davčnih in finančnih podlag ter virov za financiranje države in lokalnih skupnosti ter za uresničevanje njihovih nalog na tem področju. Odlaganje sprejetja takih zakonov, zlasti pa njihova zavrnitev na referendumu, bi lahko neposredno ogrožala finančno stabilnost države in onemogočala stabilno izvrševanje financiranja državnega proračuna in drugih blagajn javnega financiranja ter s tem izvrševanje državnih funkcij. Zato ni naključje, da ustave najpogosteje prav te zakone izključujejo iz referendumskega odločanja.<sup>30</sup> Podobno zdaj uveljavlja tudi naš ustavni red, vendar so te omejitve ožje, saj iz referendumskega odločanja niso izvzeti vsi finančni in tudi ne vsi proračunski zakoni, temveč le izrecno navedeni zakoni. Prepoved se namreč nanaša samo na davčne zakone (ki vključujejo tudi carinske zakone ter zakone o obveznih dajatvah) in na zakon, ki se spre-

<sup>28</sup> Odločba Ustavnega sodišča št. U-II-2/15 z dne 3. decembra 2015, Uradni list RS, št. 98/15.

<sup>29</sup> Prav tam, tč. 15–18.

<sup>30</sup> Italijanska, danska, portugalska, grška, madžarska, slovaška, estonska in še nekatere ustave prepovedujejo referendum o davčnih (ponekod izrecno tudi o carinskih zakonih in zakonih o prispevkih), o proračunskih zakonih ter celo širše o finančnih zakonih (na primer na Danskem o finančnih zakonih, zakonih o dodatnem financiranju, zakonih očasnem financiranju, zakonih o državnih posojilih, zakonih o plačah in pokojninah ter o zakonih o posrednih in neposrednih davkih). O tem Igor Kaučič, nav. delo (2014), str. 70–73.

jema za izvrševanje državnega proračuna (druga alineja drugega odstavka 90. člena Ustave); ne pa tudi na vse zakone, od katerih je odvisno izvrševanje državnega proračuna, zakone, ki imajo vpliv na druge javnofinančne odhodke, poročila ipd.,<sup>31</sup> kot tudi ne na druge zakone, ki se sprejemajo za izvrševanje državnega proračuna. Podobno kot po prejšnji je tudi na podlagi te določbe možna širša ali ožja razlaga prepovedi referendumov, pri čemer bi bila lahko posledica ekstenzivne razlage te določbe izključitev referendumov za številne davčne in carinske zakone ter zlasti zakone o drugih dajatvah.<sup>32</sup> Utemeljeno je zato pričakovati, da referendum o zakonih, ki celovito urejajo posamezno področje, vsebujejo pa tudi določbo o posamezni obvezni dajlatvi, praviloma ne bo prepovedan.<sup>33</sup>

### **4.3. Zakoni o ratifikaciji mednarodnih pogodb**

Podobno kot finančni zakoni so iz referendumskega odločanja v primerljivih ustavnih ureditvah praviloma izvzete tudi mednarodne pogodbe.<sup>34</sup> Posebnost naše ureditve je v tem, da Državni zbor ratificira mednarodne pogodbe z zakonom in ne z odlokom oziroma z njemu ustreznim aktom,<sup>35</sup> kot je to praviloma v drugih ureditvah (v teh državah zato ni mogoče razpisati zakonodajnega referendumov o aktu o ratifikaciji mednarodnega sporazuma). Na podlagi tega je bilo dopustno razpisati zakonodajni referendum tudi o teh ratifikacijskih zakonih.<sup>36</sup> Prepoved temelji v naravi sklepanja mednarodnih pogodb, zato je smiselno, da se morebitni pomisleki o vsebini teh pogodb

<sup>31</sup> Tako široka izključitev zakonov, ki lahko posredno ali neposredno vplivajo na javnofinančne odhodke, bi v praksi pomenila prepoved referendumov za večino zakonov, saj ti praviloma urejajo tudi javnofinančna vprašanja ali nanje vsaj posredno ali neposredno vplivajo.

<sup>32</sup> Po nekaterih podatkih ureja v naši ureditvi vprašanje davkov, carin in drugih obveznih dajatev okrog štirideset zakonov s področja gospodarstva, turizma, okolja, prostora, kmetijstva in drugih. Nevarnost širše izključitve teh zakonov iz referendumskega odločanja se bolj nanaša na obvezne dajatve kot pa na davke in carine.

<sup>33</sup> Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2014), str. 70–73.

<sup>34</sup> Zakoni o ratifikaciji mednarodnih pogodb oziroma zakoni o obveznostih, ki izhajajo iz mednarodnih sporazumov, so izključeni iz referendumskega odločanja na primer v Italiji in Estoniji ter na Danskem in Madžarskem. Le izjemoma in pod določenimi pogoji je referendum dopusten za nekatere mednarodne pogodbe, na primer v Švici in v Franciji. O tem Igor Kaučič, nav. delo (2009), str. 77–79.

<sup>35</sup> Akta o ratifikaciji mednarodne pogodbe ne določa Ustava, temveč Poslovnik Državnega zbora (169. člen PoDZ, Uradni list RS, št. 92/07).

<sup>36</sup> Doslej je bil o tem razpisan le en referendum, to je referendum o Zakonu o ratifikaciji Arbitražnega sporazuma med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške (BHRAS) leta 2010.

in o njihovi protiustavnosti uveljavljajo pred ratifikacijo.<sup>37</sup> Kajti po ratifikaciji oziroma izdaji listin o ratifikaciji je izjemno težko doseči spremembe določb mednarodne pogodbe. Čeprav Ustava v tretji alineji drugega odstavka 90. člena izključuje iz referendumskega odločanja zakone o ratifikaciji mednarodnih pogodb in ne (tudi) zakonov, ki se sprejemajo za izvrševanje ratificiranih mednarodnih pogodb, je treba ob tem upoštevati 8. člen Ustave. Ta namreč določa, da morajo biti zakoni v skladu z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo, in da se ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe uporabljajo neposredno. S tega vidika zato ni mogoče izključiti možnosti, da bo Ustavno sodišče ob upoštevanju določb 8. člena in drugega odstavka 90. člena Ustave presojalo dopustnost razpisa referenduma tudi o zakonih, ki so sprejeti zaradi izvrševanja ratificiranih mednarodnih pogodb.<sup>38</sup>

Izključitev ratifikacijskega zakona iz referendumskega odločanja se ne nanaša na mednarodne pogodbe, ki jih določa drugi odstavek 3.a člena Ustave. Gre za mednarodne pogodbe, ki jih Državni zbor ratificira z dvotretjinsko večino vseh poslancev in s katerimi Slovenija prenaša izvrševanje dela suverenih pravic na mednarodne organizacije (na Evropsko unijo) ali vstopa v obrambno zvezo (na primer v NATO). O teh pogodbah se odloča na posebnem referendumu (referendum o mednarodnih povezavah, ki ga natančneje ureja ZRLI v 25.a–25.g členu) ali pa na zakonodajnem referendumu na podlagi 90. člena Ustave.<sup>39</sup> O teh vprašanih bo tudi v prihodnje mogoče odločati na referendumu o mednarodnih povezavah (ta je predhodni, preden Državni zbor ratificira mednarodno pogodbo in na njem se odloča o posameznem vprašanju iz pogodbe) ali subsidiarno na referendumu o zakonu o ratifikaciji mednarodne pogodbe po določbah 90. člena Ustave o zakonodajnem referendumu. Če se Državni zbor torej ne bo odločil za razpis referenduma o mednarodnih povezavah, bo moral o tem razpisati referendum o zakonu o ratifikaciji mednarodne pogodbe, če ga bodo zahtevali volivci. Seveda pa je tudi za te kot tudi druge mednarodne pogodbe na voljo razpis posvetovalnega referenduma po

<sup>37</sup> Temu je namenjen drugi odstavek 160. člen Ustave, ki predvideva preventivno (predhodno) presojo ustavnosti mednarodnih pogodb na predlog predsednika republike, vlade ali tretjine poslancev Državnega zbora; o njeni skladnosti z Ustavo izda Ustavno sodišče mnenje Državnega zbora, na katero je ta vezan v postopku ratifikacije.

<sup>38</sup> Zato že »argument *a fortiori*« pritrjuje temu, da bi morali biti na podlagi tretje alineje drugega odstavka 90. člena Ustave še toliko bolj nedopustni referendumi v primerih, ko gre za zakonsko implementacijo ratificiranih mednarodnih pogodb. Jadranka Sovdat, nav. delo (2013), str. 629–630.

<sup>39</sup> Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2009), str. 89–94.

ZRLI. Specifični naravi sprejemanja mednarodnih pogodb tudi sicer bistveno bolj ustreza predhodno odločanje volivcev o posameznem (ključnem) vprašanju, ki je vsebina mednarodne pogodbe, kot pa odločanje o že sprejetem zakonu o ratifikaciji mednarodne pogodbe.<sup>40</sup>

#### 4.4. Zakoni, ki odpravljajo protiustavnost

Referendumsko odločanje je mogoče omejiti, če je to nujno za zavarovanje druge ustavne vrednote, katere kršitev že obstaja in jo je zato z novo zakonsko ureditvijo treba odpraviti, kot tudi če je veljavna zakonska ureditev protiustavna, sprejeti zakon pa to protiustavnost (ki jo je ugotovilo Ustavno sodišče) odpravlja na ustavnoskladen način. Skladno s tem četrta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave določa, da referendumu ni dopustno razpisati o zakonih, ki odpravljajo protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost.<sup>41</sup> Izključitev referendumu je namenjena preprečitvi morebitne zavrtnitve zakona, ki odpravlja neustavno stanje, kar vključuje tudi odpravo kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin.<sup>42</sup> Ustavno sodišče je v svojih odločbah večkrat poudarilo, da je v Sloveniji vzpostavljena ustavna demokracija, katere bistvo je v tem, da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej človekove pravice in svoboščine, prevladujejo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine. Pri presoji dopustnosti referendumu je treba upoštevati, da na referendumu ni dopustno sprejemati odločitev, ki bi bile v neskladju z Ustavo.<sup>43</sup> S tega vidika taka izrecna ustavna določba niti ne bi bila potrebna, vendar se je ustavodajalec zanj odločal zato, da bi (tudi tako) poudaril pomen varstva ustavnih pravic in svoboščin.

Državni zbor je o dopustnosti referendumu o teh zakonih odločal v primeru ZZZDR-D leta 2015. Po sprejemu tega zakona je bila vložena pobuda za razpis referendumu o njem, vendar jo je Državni zbor zavrnil, ker naj bi šlo za zakon, ki odpravlja protiustavnost na področju človekovih pravic in

<sup>40</sup> Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2014), str. 73–76.

<sup>41</sup> Drugače kot prve tri skupine, ki bolj ali manj določljivo opredeljujejo zakone, o katerih referendum ni dopusten, vsebuje četrta skupina klavzulo o (odpravi) protiustavnosti.

<sup>42</sup> Predlog UZ90,97,99, str. 8.

<sup>43</sup> Prim. na primer odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-111/04 z dne 8. julija 2004 (Uradni list RS, št. 77/04). Širše o tem Sebastian Nerad, v: Igor Kaučič (ur.), nav. delo (2010), str. 142–155; in Jan Zobec, nav. delo, str. 9–13.

temeljnih svoboščin iz drugega odstavka 90. člena Ustave. V sporu o dopustnosti referendumu, ki ga je sprožila pobudnica, je Ustavno sodišče razveljavilo sklep Državnega zbora o zavrnitvi razpisa zakonodajnega referendumu o ZZZDR-D,<sup>44</sup> zato je bil o njem razpisan referendum. Ustavno sodišče je ugotovilo, da je treba besedilo četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave o odpravi protiustavnosti razumeti tako, da referendumu ni dopustno razpisati le o zakonih, ki odpravljajo tisto protiustavnost, ki jo je predhodno v svojih odločbah že ugotovilo Ustavno sodišče, in o zakonih, ki odpravljajo kršitev človekove pravice, ugotovljene s sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice.<sup>45</sup> Ustavno sodišče je razlago četrte alineje drugega odstavka 90. člena nedopustno zožilo na odpravo protiustavnosti, ki jo je poprej ugotovilo Ustavno sodišče, ne pa tudi na odpravo protiustavnosti s strani Državnega zbora kot zakonodajalca. Taka razlaga nima opore v jezikovni, namenski in tudi ne v zgodovinski razlagi.<sup>46</sup>

#### 4.5. Ustavnosodna presoja dopustnosti referendumu

Ustavno sodišče tudi po novi ureditvi opravlja preventivni nadzor zakonodajnega referendumu, pri katerem se vprašanja dopustnosti referendumskega odločanja rešijo še pred njegovo izvedbo. Pravica zahtevati referendum je pomembno omejena, če ustava izrecno izključuje referendumsko odločanje o posameznih zakonih. Kljub izrecnim določbam o prepovedi referendumu je pristojno odločiti v sporu med predlagateljem referendumu in Državnim zborom, ki zavrne razpis referendumu o posameznem zakonu, le da ima odslej v Ustavi trdnejšo oporo ter bolj jasno določene okvire in meje svojega odločanja.

Za začetek postopka pred Ustavnim sodiščem je aktivno legitimiran le predlagatelj referendumu, ki bo ugovarjal odločitvi Državnega zbora, s katero zavrne razpis referendumu, in ne kot doslej Državni zbor, ki je razpisu referendumu nasprotoval (zaradi možnosti nastanka protiustavnih posledic). Pritožba predlagatelja referendumu na Ustavno sodišče zadrži zbiranje podpisov vo-

<sup>44</sup> Odločba Ustavnega sodišča št. U-II-1/15. Odločbo je sprejelo s petimi glasovi proti štirim.

<sup>45</sup> Prav tam, tč. 42. Ob tem je tudi obrazložilo (tč. 51), da te ustavne določbe ni mogoče razlagati tako, da referendumu ni dopustno razpisati v primerih, ko zakonodajalec sprejme zakonsko ureditev, s katero sicer posredno, prek njenih refleksnih učinkov na druga pravna področja, odpravlja protiustavnost, ki jo je že ugotovilo Ustavno sodišče ali Evropsko sodišče za človekove pravice.

<sup>46</sup> Prav tam, tč. 13–28 obrazložitve odklonilnega ločenega mnenja Jadranke Sovdat. Prim. tu Predlog UZ90,97,99, str. 8 in Igor Kaučič, nav. delo (2015), str. 1350–1352.

livecev v podporo pobudi oziroma zahtevi.<sup>47</sup> Predmet spora pred Ustavnim sodiščem bo vprašanje, ali gre v konkretnem primeru za zakon, o katerem zakonodajni referendum ustavno ni dopusten. Postopek referendumskega spora bo moral posebej urediti ZRLI.<sup>48</sup>

Poleg vsebinske presoje dopustnosti referenduma o zakonih, ki so izrecno določeni v Ustavi, se bo Ustavno sodišče prej ali slej srečalo tudi z vprašanjem presoje dopustnosti referenduma o drugih zakonih. Gre za vprašanje razlage ustavno določenih prepovedi in omejitev, torej za vprašanje, ali so te naštetje taksativno ali primeroma.<sup>49</sup> Do tega vprašanja se naša teorija in praksa doslej še nista opredelili, kar je tudi razumljivo, saj se nova ustavna ureditev šele uveljavlja. Prvi strokovni odzivi te možnosti ne zavračajo. Domnevati je, da tudi po novi ureditvi ustavnosodna presoja dopustnosti referenduma ne bo omejena samo na primere, ko gre za ugotovljeno protiustavnost zakonske ureditve na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost, ki jo je treba odpraviti, temveč bo zajemala tudi zakone, katerih namen ni odprava obstoječih protiustavnosti, temveč varovanje drugih pomembnih ustavnih vrednot. Zaradi zavrnitve takega zakona na referendumu bi lahko bile nedopustno prizadete druge ustavne vrednote. Ustavnopravno ravnotežje ustavno varovanih dobrin bo narekovalo, da bosta Državni zbor in Ustavno sodišče presojala izključitev referenduma tudi v drugih primerih.<sup>50</sup> Pri tem je treba upoštevati, da ne glede na različna mnenja o tem, koliko in ali sploh je na referendumu dopustno in primerno odločati o nekaterih vprašanjih, na splošno obstaja konsenz o tem, da se referendum ne sme uporabljati za doseganje ciljev, ki so zunaj ustavno dopustnega okvira.<sup>51</sup> Slednje govori v prid stališču, da določba Ustave, ki izrecno našteva zakone, o katerih refe-

<sup>47</sup> Tč. 37–39 obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/15.

<sup>48</sup> Do takrat pa drugi odstavek razdelka II UZ90,97,99 določa, da se do uskladitve ZRLI njegov 21. člen smiselno uporablja tako, da Ustavno sodišče odloči v sporu med predlagateljem referenduma in Državnim zborom, ki zavrne razpis referenduma o zakonu.

<sup>49</sup> Ob tem je zanimiva praksa italijanskega ustavnega sodišča, ki je z ustavo podobno določene prepovedi v začetnem obdobju obravnavala kot taksativne in jih tudi ozko razlagalo, pozneje pa precej širše (na primer med implicitne šteje tudi druge omejitve, ki predvsem na podlagi sistematične in logične razlage ustavnih določb izhajajo iz ustave).

<sup>50</sup> O tem Igor Kaučič, nav. delo (2015), str. 1352–1354 ter Jadranka Sovdat, nav. delo (2013), str. 628–630. Za kritiko taksativnega razumevanja teh omejitev glej Jadranka Sovdat v 11. in 12. tč. obrazložitve njenega odklonilnega ločenega mnenja k odločbi Ustavnega sodišča št. U-II-1/15.

<sup>51</sup> Matej Avbelj, nav. delo, str. 89.



renduma ni dopustno razpisati, Ustavnemu sodišču ne preprečuje, da ne bi presojalo in zavrnilo razpisa referendumu tudi v nekaterih drugih primerih.<sup>52</sup>

Po spremenjeni ustavni ureditvi so bile vložene tri pobude volivcev za razpis zakonodajnega referendumu in o vseh treh je presojalo Ustavno sodišče. Ob prvi pobudi za razpis referendumu o ZVDAGA-A leta 2014 je Ustavno sodišče presojalo ustavnost odloka Državnega zbora o razpisu referendumu,<sup>53</sup> v drugih dveh leta 2015 pa v sporu o ustavni dopustnosti referendumu. Sklep Državnega zbora o zavrnitvi razpisa referendumu, ker naj bi šlo za zakon, glede katerega po drugem odstavku 90. člena Ustave razpis referendumu ni dopusten, je Ustavno sodišče v primeru ZZZDR-D razveljavilo (zato je Državni zbor ta referendum razpisal), v primeru ZObr-E pa ne (zato o njem ni bil razpisan referendum).

## 5. REFERENDUMSKA ODLOČITEV

### 5.1. Referendumska večina in kvorum zavrnitve

Za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu je najpogosteje predpisana relativna večina, to je večina glasov volivcev, ki so glasovali. Izjemoma je predpisana strožja večina oziroma določena vrsta kvoruma. Pri tem je treba razlikovati med državami, ki so uvedle razveljavitveni ali zavrnitveni model referendumu (na primer Italija, Danska in Irska) in v katerih je kvorum sestavni del tega modela, in državami z običajnim (potrditvenim) referendumom, v katerih je strožja večina v funkciji zaostrovanja pogojev za sprejem odločitve ali krepitve legitimnosti tako sprejete odločitve.<sup>54</sup>

Tako kot v večini držav je bila tudi pri nas predpisana relativna večina za sprejem odločitve na zakonodajnem referendumu. Četrti odstavek 90. člena Ustave je določal, da je predlog na referendumu sprejet, če zanj glasuje večina

<sup>52</sup> Širše o tem Igor Kaučič, nav. delo (2014), str. 80–83.

<sup>53</sup> Ker je bil dan glasovanja določen neposredno po času državnega praznika in šolskih počitnic, je Ustavno sodišče odlok odpravilo (odločba št. U-I-76/14-17 z dne 17. aprila 2014, Uradni list RS, št. 28/14).

<sup>54</sup> V tem kontekstu je treba obravnavati določbo Kodeksa dobre prakse pri referendumih Beneške komisije (*Code of Good Practice on Referendums*, v: Electoral Law, Strasbourg 2008, str. 262–263), ki državam priporoča, naj se izogibajo določanju zahtevnejših pogojev (kvorumu) za sprejem odločitev na referendumu, da pa je kvorum odobritve (če ni pretirano visok) bistveno bolj sprejemljiv, kot pa kvorum udeležbe. Prim. Robert Podolnjak, nav. delo, str. 214–217.

volivcev, ki so glasovali. Ta določba je opredeljevala (relativno) večino, ki je bila potrebna za potrditev zakona na referendumu, in s tem model (t. i. potrditvenega) referendumu. V ustavnorevizijski razpravi je prevladalo politično stališče, da je treba referendumski odločitvi volivcev zagotoviti višji prag legitimnosti in standard demokratičnega odločanja.

Višji prag legitimnosti na referendumu sprejete odločitve je mogoče doseči na različne načine, pri čemer v praksi prevladujeta zlasti dva; to je t. i. kvorum udeležbe (angl. *quorum of participation*) in kvorum odobritve (angl. *quorum of approval*) oziroma zavrnitve (angl. *quorum of rejection*).<sup>55</sup> Kvorum udeležbe je predpisan odstotek volilnih upravičencev, ki mora sodelovati na referendumu, da je na njem sprejeta odločitev pravno veljavno sprejeta. Kvorum odobritve oziroma zavrnitve pa pomeni določen odstotek volilnega telesa, ki je pogoj za potrditev oziroma zavrnitev predloga na referendumu. Obema je skupno, da otežujeta sprejem referendumske odločitve.<sup>56</sup> Posledica predpisovanja udeležbe določenega števila volivcev na referendumu (t. i. kvoruma udeležbe) kot pogoja za sprejetje veljavne odločitve je, da zakon ni zavrnjen ter se zato lahko razglasi in uveljavi, če pogoj za sprejetje veljavne odločitve ni izpolnjen. Glasovalna abstinenca objektivno koristi zagovornikom v zakonodajnem telesu sprejetega zakona. Če se referendumu udeleži le malo manjše število volivcev od predpisanega števila volivcev, bo zakon uveljavljen, čeprav so se proti zakonu opredelili vsi volivci, ki so glasovali. Ta sistem spodbuja bojkotiranje referendumu, prav tako pa tudi izkrivlja resnično voljo ljudstva, ker ni mogoče ugotoviti, ali je glasovalna abstinenca posledica nasprotovanja odločitvi, nevtralnosti ali nezainteresiranosti.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> O tem Bruna Žuber, nav. delo, str. 68–71.

<sup>56</sup> Institut kvoruma za sprejem referendumske odločitve je značilnost sodobnih referendumskih sistemov. V preteklosti so kvorum udeležbe ali odobritve poznale le redke evropske države (na primer Italija, Danska in Irska), v zadnjih dveh desetletjih pa je bil uveden v ustavah pretežno nekdanjih socialističnih držav Albanije, Bolgarije, Hrvaške, Latvije, Litve, Madžarske, Makedonije, Poljske, Portugalske, Slovaške, Slovenije in še nekaterih (na Hrvaškem je bil po spremembi ustave leta 2010 odpravljen in uveljavljen je bil sistem relativne večine). Med temi ureditvami prevladuje kvorum udeležbe, kvorum odobritve pa je v manjšini (poznata ga na primer Danska in Irska, pred spremembo ustave pa ga je poznala tudi Madžarska).

<sup>57</sup> Kvorum udeležbe je v Sloveniji uveljavljen na referendumu o spremembi Ustave. Drugi odstavek 170. člena določa, da je sprememba Ustave na referendumu sprejeta, če zanjo glasuje večina volivcev, ki so glasovali, pod pogojem, da se glasovanja udeleži večina vseh volivcev. O kvorumu udeležbe prim. tudi odločbo Ustavnega sodišča U-I-266/96 z dne 31. julija 1996 (Uradni list RS, št. 43/96) in ločena mnenja (zlasti M. Krivica) k tej odločbi.

Zavrnitveni model referendumu predpostavlja določitev kvoruma zavrnitve (sklepčnost glasovanja). Po tem modelu je za zavrnitev zakona potrebno, da mu nasprotuje (in ne, da se referendumu udeleži) določeno število volivcev. Ta model ne temelji na volilni udeležbi, temveč na številu tistih, ki odločajo. Predlagatelji takega referendumu morajo prepričati dovolj veliko število volivcev, da se referendumu udeležijo in glasujejo proti zakonu. Posledica predpisovanja najmanjšega števila volivcev znotraj volilnega telesa (kvorum zavrnitve) kot pogoja za zavrnitev zakona je, da zakon ni zavrtnjen ter se zato lahko razglasi in uveljavi. Določitev tega števila je pretežno vprašanje politične izbire, pri čemer pa to število ne sme biti niti previsoko niti ne prenizko (na primer na Danskem lahko zavrne zakon trideset odstotkov, na Irskem pa tretjina volilnih upravičencev).

Po spremenjeni ureditvi je zakon na referendumu zavrtnjen, če proti njemu glasuje večina volivcev, ki so veljavno glasovali, pod pogojem, da proti zakonu glasuje najmanj petina vseh volivcev (četrti odstavek 90. člena Ustave). Zakon je na referendumu zavrtnjen, če je več glasov proti zakonu kot za zakon, pri čemer mora biti proti najmanj petina vseh volivcev. Prvotno je bilo po zgledu tujih ureditev predlagano višje število (četrtina oziroma celo tretjina volivcev), vendar se je Državni zbor odločil za nižje število, to je najmanj petino volivcev. Tako določen kvorum zavrnitve je najnižji v evropskih primerjalnih ureditvah. Če to število zavrnilnih glasov ni doseženo, se zakon razglasi in uveljavi. Drugače kot prejšnja je spremenjena ureditev bistveno zvišala prag legitimnosti na referendumu sprejete odločitve.<sup>58</sup>

## **5.2. Vezanost na referendumsko odločitev**

Prvi odstavek 90. člena Ustave je prvotno predpisoval, da je Državni zbor vezan na izid referendumu, ni pa predpisoval pravne razsežnosti te vezanosti. Ta določba ni bila povsem jasna, čeprav jo je ZRLI v 25. členu konkretiziral tako, da je določal, da eno leto po razglasitvi odločitve na referendumu Državni zbor ne sme sprejeti zakona, ki bi bil vsebinsko v nasprotju z odločitvijo volivcev. V praksi Državnega zbora je ta določba pomenila enoletni

<sup>58</sup> Na prvem referendumu po novi ureditvi leta 2014 je proti ZVDAGA-A sicer glasovala večina volivcev, ki so glasovali (67,37 odstotka), vendar je ta večina predstavljala samo 7,72 odstotka vseh volivcev, zato zakon ni bil zavrtnjen. Tudi na drugem referendumu leta 2015 o ZZZDR-D je proti zakonu glasovala večina volivcev, ki so glasovali (63,51 odstotka), vendar je ta večina znašala 23,03 odstotka vseh volivcev, zato je bil zakon zavrtnjen.

suspensz sprejetja takega zakona.<sup>59</sup> Teorija in primerjalno pravo sta kritična do take ustavno zapovedane vezanosti parlamenta na referendumsko odločitev.<sup>60</sup> Sprememba Ustave take določbe ne vsebuje, ker je v sistemu zavrnitvenega referendumu izrecna ustavna določba o vezanosti Državnega zbora na referendumsko odločitev nepotrebna. Če je zakon na referendumu potrjen, ga Državni zbor pošlje Predsedniku republike v razglasitev in v objavo, če je zakon zavrnjen, pa tega Državni zbor ne sme storiti, temveč je s tem zakonodajni postopek (neuspešno) končan. Čeprav Ustava izrecno ne določa vezanosti Državnega zbora na referendumsko odločitev, tega ni mogoče razlagati na način, da je postal referendum posvetovalen. Zakonodajni referendum je še vedno odločujoč, saj referendumsko odločitev neposredno velja za vse subjekte, na katere se nanaša zakon. S tem tudi ni povsem izključeno, da ne bi ZRLI obdržal suspenzivnega roka za sprejem odločitve, ki bi bila v nasprotju z odločitvijo volivcev na referendumu. Vendar pa bi bila taka določba nepotrebna, saj se tudi v dosednji praksi ni potrdila. Zakonodajni postopek je namreč dolgotrajen, saj le redko traja manj kot eno leto od zakonodajne iniciative do uveljavitve zakona, kar pomeni, da enoletni suspenzivni rok že doslej ni imel praktičnega učinka.

## 6. SKLEP

V primerjavi s prejšnjo pomeni nova ustavna ureditev zakonodajnega referendumu zelo pomembno in celovito spremembo sistema. Ta je utemeljena na domačih izkušnjah in dvajsetletni praksi uporabe zakonodajnega referendumu, zgledovala pa se je tudi po tujih (evropskih) sistemih. Gre zlasti za ureditve, ki so primerljive s slovensko, tako po normativnih in drugih značilnostih kot tudi referendumsko prakso. Glede slednje je namreč tvegano slediti sistemom v državah, ki zakonodajnega referendumu v praksi ne uveljavljajo ali pa zelo redko.<sup>61</sup> Seveda pa je treba tudi ob tej ustavni reformi upoštevati,

<sup>59</sup> Ker se na referendumu glasuje o celotnem zakonu, v praksi Državni zbor ne more s popolno verjetnostjo ugotoviti, katerim določbam ali delom zakona so volivci nasprotovali in zato zakon zavrnili.

<sup>60</sup> Časovno prepoved razpisa referendumu o enakem vprašanju poznajo tudi nekatere druge države; na primer v Italiji traja prepoved pet let, na Slovaškem tri leta, na Hrvaškem eno leto, na Portugalskem pa velja ta prepoved za isto mandatno dobo.

<sup>61</sup> Pri tem je treba upoštevati, da večina evropskih držav zelo redko uporablja referendum in da je med temi Slovenija po številu referendumov v samem vrhu (na primer v obdobju 1990–2014 so imeli večje število referendumom samo v Švici, Italiji in na Irskem).

da ni bilo mogoče uveljaviti vseh strokovnih predlogov, zato je sprejeta ureditev tudi rezultat političnega realizma in kompromisov.

Za novo ustavno ureditev zakonodajnega referendumu lahko brez dvoma ugotovimo, da je ustavodajalec sprejel zelo pogumno odločitev. Najprej to velja za določitev referendumске iniciative, ki jo je prepustil izključno volivcem. S tem smo se uvrstili med tiste redke države, v katerih je ne samo odločanje, temveč tudi ključ do njega v rokah volivcev. Čeprav na načelni ravni priznavajo ljudski referendumski iniciativi več prednosti, se v drugih ureditvah zanjo praviloma ne odločajo. Prav pri tem vprašanju se najbolj kaže razkorak med načelnim zagovarjanjem oblik neposrednega odločanja in njihovim normativnim udejanjanjem. Podobno velja za uvedbo modela zavrnitvenega referendumu z (ne pretirano visokim) kvorumom zavrnitve namesto kvoruma udeležbe, ki poudarja legitimnost na referendumu sprejete odločitve. Prav slednja je bila v praksi zaradi pogosto zelo visoke abstinence volivcev nenehno kritika strokovne, politične in širše javnosti. Pri omejevanju referendumu je bil ustavodajalec praviloma zadržan, saj se je odločil za nekoliko ožje prepovedi zakonske materije kot primerljivi sistemi. Seveda pa je ta ocena utemeljena na normativnih predpostavkah, ki jih bo šele praksa bolj ali manj potrčila ali zavrnila. Pri povzemanju tujih institutov je treba namreč upoštevati, da je njihovo uresničevanje v praksi praviloma bolj odvisno od konkretnih družbenih okoliščin in manj teoretičnih modelov in sistemov. Čeprav bo treba, tako kot v vseh drugih, tudi v tem primeru počakati na odgovore v praksi uporabe zakonodajnega referendumu, je mogoče že vnaprej predvideti, da do številnih zapletov, ki smo jim bili priča prej, po novi ureditvi ne more več priti. Ni pa mogoče povsem izključiti zapletov v postopku zavrnitve referendumu zaradi ustavne nedopustnosti s strani Državnega zbora, ker gre za zahtevno novo pristojnost. Seveda pa velja tudi ob tem poudariti, da bo, ne glede na različna mnenja o ustreznosti posameznega modela in njegovih posameznih elementov, postal zakonodajni referendum učinkovita oblika neposredne demokracije le, če se ga bo uporabljalo samo za najpomembnejša zakonodajna vprašanja, torej izjemoma.

### **Literatura:**

Matej Avbelj: Ustavni monizem in krčenje referendumskega odločanja – kritična analiza doktrine zlorabe referendumu, v: *Revus*, št. 4/2005, str. 83–96.

David Butler, Austin Ranney (ur.): *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy*. Macmillan, Basingstoke in London 1994.

Miro Cerar: Razmerje med neposredno in posredno demokracijo v slovenski ustavni ureditvi, v: *Javna uprava*, št. 2/2001, str. 133–163.

Franc Grad, Igor Kaučič: The constitutional basis of local democracy, v: *Lex localis*, št. 3/2015, str. 805–821.

Franc Grad, Igor Kaučič, Saša Zagorc: *Ustavno pravo*. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

François Hamon: *Referendum – primerjalna študija*. DZS, Ljubljana 1998.

Igor Kaučič: Zakonodajni referendum s suspenzivnim učinkom – *de lege ferenda*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 2000, letn. 60, str. 159–178.

Igor Kaučič: Zakonodajni referendum, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2001, str. 857–866.

Igor Kaučič: Referendum kot norma in kot stvarnost, v: *Zvone Vodovnik (ur.): Zbornik referatov*. Visoka upravna šola, Ljubljana 2002, str. 131–144.

Igor Kaučič, Miro Cerar: Zakonodajni referendum v nekaterih evropskih državah s posebnim poudarkom na švicarski ureditvi, v: *Javna uprava*, št. 3/2003, str. 263–294.

Igor Kaučič: Ustavnoppravna narava referendumov, v: *IX. dnevi javnega prava*, Portorož, 18.–20. junij 2003, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2003, str. 133–145.

Igor Kaučič: Referendum o mednarodnih pogodbah, v: *Javna uprava*, št. 1-2/2009, str. 75–97.

Igor Kaučič: Referendum na zahtevo parlamentarne opozicije, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2010, str. 1317–1325.

Igor Kaučič (ur.): *Zakonodajni referendum: pravna ureditev in praksa v Sloveniji*. Inštitut za primerjalno pravo in GV založba, Ljubljana 2010.

Igor Kaučič: Zavrnitveni zakonodajni referendum, v: *Javna uprava*, št. 1-2/2013, str. 33–51.

Igor Kaučič: Ustavne omejitve in prepovedi zakonodajnega referendumov, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 2014, letn. 74, str. 59–92.

Igor Kaučič: Novo ustavno uređenje zakonodavnog referenduma u Sloveniji, v: Branko Smerdel, Robert Podolnjak (ur.): Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji: ustavnopravno uređenje, iskustva i perspektive. Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb 2014.

Igor Kaučič: Ustavnosodna presoja zakonodajnega referenduma po novem, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2015, str. 1345–1357.

Silvano Möckli: Instrument of Direct Democracy in the Member States of the Council of Europe. Council of Europe, Parliamentary Assembly – Committee on Parliamentary and Public Relations, Strasbourg 1995.

Robert Podolnjak: Ustavnopravno uređenje i primjena referenduma i građanske inicijative u Republici Hrvatskoj, v: Branko Smerdel, Đorđe Gardašević (ur.): Izgradnja demokratskih ustavnopravnih institucija Republike Hrvatske u razvojni perspektivi, Izabrani radovi. Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb 2011, str. 214–217.

Robert Podolnjak: Constitutional Reforms of Citizen-Initiated Referendum: Causes of Different Outcomes in Slovenia and Croatia, v: Revus, 2015, letn. 26, str. 129–149.

Predlog Ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (UZ90,97,99), EPA 620-VI, Ljubljana, 2. april 2013.

Matt Qvortrup: A comparative study of referendums – Government by the people. Manchester University Press, Manchester in New York 2005.

Ciril Ribičič: Zakonodajni referendumi med ustavnosodno presojo in ustavno spremembov: Javna uprava, št. 2-3/2006, str. 467–482.

Ciril Ribičič, Igor Kaučič: Constitutional limits of legislative referendum: the case of Slovenia, v: Lex localis, št. 4/2014, str. 899–928.

Ciril Ribičič, Igor Kaučič: Referendum and the Constitutional Court of Slovenia. Universitätsverlag, Regensburg 2016.

Jadranka Sovdat: Sodno varstvo referenduma, v: Pravnik, št. 9-10/2013, str. 623–648.

Markku Suksi: Bringing in the People, A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum. Martinus Nijhoff, Dordrecht 1993.

Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev komentarja – A. Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011.

Stefan Vospernik: Modelle der direkten Demokratie. Nomos, Baden-Baden 2014.

Jan Zobec: Referendum ni pravno sredstvo zoper odločbe ustavnega sodišča, v: *Revus*, 2010, št. 14, str. 7–13.

Bruna Žuber: Kquorum na zakonodajnem referendumu v našem in v primerjalnem pravu, v: *Pravnik*, št. 1-2/2013, str. 61–88.





# Federalizacija Evropske unije<sup>1</sup>

FRANC GRAD

Pod pojmom »federalizacija« razumemo proces vse tesnejšega pravnega povezovanja Evropske unije, ki po svoji strukturi in načinu delovanja postaja vse bolj podobna zvezni državi. Ideja federalizacije Evrope je bila poudarjena v začetnih dejavnostih za združevanje evropskih narodov, v letih po drugi svetovni vojni pa je bolj ali manj zamrla.

Zamisel sodobne države, kot se je razvila v zadnjih stoletjih, se je že v prejšnjem stoletju začela spreminjati. Zlasti ekonomski razvoj v zadnjih desetletjih, ki se je razlil po planetu kot proces globalizacije, je povzročil proces slabitve klasičnega koncepta suverene države, ki se na (formalno pravni ravni) kaže zlasti v novih oblikah mednarodnega povezovanja, ki bolj ali manj omejujejo suverenost držav članic, kot sta na primer NATO in Svet Evrope. Zato se pogosto govori o procesu federalizacije mednarodnih organizacij. Vendar pa je Evropska unija tudi v tem procesu nekaj posebnega, saj je bistveno močnejše in kvalitativno drugače posegla v suverenost svojih članic kot katerakoli druga mednarodna organizacija.

Vendar so bila mnenja glede tega (kar je in kar naj bi bilo) vseskozi deljena. Na eni strani so bili zagovorniki mednarodnopravnega koncepta Unije, na drugi strani pa zagovorniki njene čim večje federalizacije. To se je pokazalo pri vsaki spremembi pogodbe, nazadnje pa tudi pri oblikovanju evropske ustave. V osnutku tega dokumenta je bilo namreč med nosilnimi načeli delovanja Unije navedeno tudi federalno načelo, saj se je 1. člen glasil, da »Ustava ustanavlja Unijo, v kateri se bodo usklajevale politike držav članic in ki bo izvrševala nekatere skupne pristojnosti na federativni osnovi«. Vendar je bil

---

**Franc Grad**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Ta članek se večinoma naslanja na članek Franc Grad: Evropska unija – državna zveza ali zvezna država?, v: Javna uprava, 2012, letn. 48, št. 3/4, str. 29–48.

odpor proti temu tako velik, da je bilo to iz končnega besedila ustave umaknjeno. V vsem obdobju svojega članstva v Uniji se je temu najbolj upirala Velika Britanija. Taka razklanost glede same narave Unije v zgodovinskem pogledu zelo spominja na nasprotovanje med federalisti in antifederalisti v času nastajanja ZDA, le da gre pri Uniji za dosti daljši proces in za precej večje razlike med državami članicami.

Posebej zanimivo je, da je mogoče razlike med stališči glede pravne narave Unije najti tudi med članicami na eni strani in organi Unije na drugi strani. Znano je, da se v svojem delovanju za tesnejšo integracijo, kar posledično pomeni tudi večjo federalizacijo, zavzemajo zlasti organi Unije. Razumljivo je, da to velja predvsem za tiste organe, ki so zasnovani na čim manjši odvisnosti od držav članic, ki so torej vezani bolj na Unijo kot na članice, kar pomeni tudi njihovo večjo samostojnost. To velja zlasti za Evropski parlament, Evropsko komisijo in Evropsko sodišče, kar je razumljivo, saj so ti organi zasnovani tako, da delujejo čim bolj integrativno, kar se kaže tudi v njihovih prizadevanjih za čim večjo povezanost Unije. Rezultat vsega tega pa je več večjih in manjših korakov v razvoju Unije h krepitvi federalnih elementov v njeni zgradbi in delovanju. Iz tega je mogoče sklepati, da je ta proces na nek način že vgrajen v institucionalno zgradbo in delovanje Unije. Ta proces deluje, čeprav so države »gospodarji pogodb«, kot je večkrat poudarilo nemško ustavno sodišče.

Ne glede na vse odpore je proces federalizacije bolj ali manj po tiho potekal vseskozi, zlasti po letu 1970, vendar se ni uveljavljal izrecno in na deklarativen način, temveč vsebinsko. Veliko članic je tako občutljivih za kakršnokoli mogočo krnitev svoje suverenosti, da ne pristajajo, da bi se proces, ki dejansko poteka in ki ga končno tudi same dopuščajo, imenoval z njegovim pravim imenom. Čeprav so sprva prevladovali konfederalni elementi v naravi skupnosti, v njenem ustroju in načinu delovanja, pa so posamezni elementi federalizma vidni že v ustanovitvenih pogodbah skupnosti, še jasneje pa v evropski ustavi. Velik delež k takemu razvoju pa je prispevalo Sodišče s svojimi odločitvami.

Seveda ni nujno, da bo Evropska unija postala federacija, vendar pa je prav ta oblika državne ureditve preskušen državnopravni model, ki članicam zagotavlja relativno samostojnost, hkrati učinkovito in demokratično delovanje zvezne oblasti. To pa je prav tisto, kar se v Uniji že dolgo kaže kot njena

temeljna pomanjkljivost, ki se je v zadnjem času, ko je bila Unija postavljena pred velike izzive, še jasneje pokazala. Vprašanje je torej: ali je to zato, ker je Unija preveč povezana, ali pa morda zato, ker je premalo povezana oziroma ni povezana na pravi način.

Evropska unija je nedvomno posebna združba držav, ki nima para v zgodovini, in prav zaradi tega jo je težko ukalupiti v obstoječe vzorce, kakršni veljajo v mednarodnem in v ustavnem pravu. Če hočemo analizirati pravno naravo Evropske unije, se ne moremo izogniti pogledu na različne oblike državne ureditve, kakršne so nastale v razvoju sodobnih držav. Seveda nas pri tem ne zanima unitarna država, ampak je treba biti pozoren na razlike in podobnosti med federacijo in konfederacijo. Z ustavnopravnega vidika gre tu za ključno vprašanje neke organizirane skupnosti oziroma za ključno vprašanje razmerja med celoto in deli take skupnosti. Glede tega se je v zgodovinskem razvoju sodobne države izoblikovalo nekaj oblik državne ureditve, ki so oblikovale različne oblike sodobne državne ureditve. Ključno merilo razlikovanja med njimi v kontekstu tega prispevka je vprašanje odnosa med celoto in deli, pri čemer je celota včasih država, drugič pa taka ali drugačna zveza držav.

Evropsko unijo je torej treba obravnavati tako z vidika njene primerjave z obstoječimi vzorci državne organiziranosti, kot sta konfederacija in federacija, kot tudi z vidika njenih posebnosti, ki so se razvile v procesu, ki – drugače kot doslej v zgodovini – ni pristal niti v konfederaciji niti v federaciji. To se pogosto poudarja kot prednost Unije v primerjavi z dosedanjimi oblikami združevanja držav, kar v zadnjem času postaja vse bolj dvomljivo. Vsekakor je dosednji razvoj privedel do pravnega in dejanskega stanja, za katerega je značilna preveč zapletena, premalo učinkovita in premalo demokratična zgradba in delovanje Unije.

Zgodovinsko gledano se je konfederacija praviloma prej ali slej pretvorila v federacijo, v nasprotnem pa razpadla. Tako je kar nekaj federacij (ZDA, Švica, Nemčija) nastalo iz prejšnjih konfederacij. Tak razvoj je razumljiv, saj povezovanje držav po naravi stvari ne more ostati na enaki ravni – zveza razpade ali pa se krepí. Tako se je kljub vsem občasnim oscilacijam dogajalo tudi v razvoju Evropske unije. V krajših obdobjih to ni bilo zelo vidno, dosti bolj pa se kaže, če gledamo celoten razvoj Unije. Kljub velikim razlikam je razvoj Unije precej podoben nastanku ZDA, zlasti z ustavnopravnega vidika. Zato je ameriška federacija pomembna tudi za dogajanje v Evropski uniji. Večinoma se sicer

zavrača vsaka možnost primerjave, kar je utemeljeno z vidika zelo različnih okoliščin v tedanji Severni Ameriki, kjer se je združevalo 13 nekdanjih angleških kolonij, ki so imele podobno zgodovino, kulturo, tradicije, pravne sisteme in način političnega delovanja. Evropska unija pa nastaja iz držav, pri katerih je vse to zelo različno in še dodatno obremenjeno z zgodovinskimi imperiji, ki so bili nekateri večji od celotne EU. Pa vendar je temeljni problem enak: kakšna naj bo organizacija, ki bo zagotavljala učinkovito in demokratično skupno oblast, ki bo zagotavljala potrebe in interese, ki jih je mogoče bolj smotrno in učinkovito udejanjati skupaj, hkrati pa članicam take organizacije dopuščala čim več oblasti. Do zdaj je te cilje najbolje udejanjala zvezna država, Evropska unija pa je poskus zagotoviti to na poseben »komunitaren« način – ki pa je v resnici mnogo bolj podoben federalnemu, kot si želijo vsi udeleženi slišati.

## **1. USTAVNOPRAVNA NARAVA EVROPSKE UNIJE**

Evropska unija se izmika doslej znanim pravnim opredelitvam, saj ima dvojno pravno naravo. Po svojem nastanku in urejanju temeljnih razmerij med državami članicami je tvorba mednarodnega prava, torej mednarodna organizacija, ki je ustanovljena na podlagi mednarodne pogodbe, sklenjene med državami članicami zaradi sodelovanja na različnih področjih, in ki ima svoja pravila in skupne organe ter lastno pravno osebnost. Akti mednarodne organizacije se praviloma sprejemajo v obliki mednarodnih pogodb, ki jih članice uveljavijo v svojem notranjem pravnem redu v skladu s svojimi notranjimi predpisi. Ne glede na to pa je Evropska unija po svoji institucionalni zgradbi in načinu delovanja nekakšna naddržavna tvorba, ki ima že zelo veliko lastnosti države, ker izvaja oblast, ki ima enake lastnosti in učinke kot državna oblast.

Glede na povedano se seveda postavlja vprašanje, ali jo je mogoče uvrstiti v katero od doslej uveljavljenih kategorij sestavljene države. Z vidika ustavnega prava se dvojna narava Evropske unije kaže skozi lastnosti konfederacije in federacije v njeni zgradbi in delovanju, ali jo je torej mogoče označiti za federacijo ali nasprotno za konfederacijo.

Pri razmišljanju, kam uvrstiti neko združbo držav, v kateri delujeta tako oblast države kot tudi oblast skupne organizacije, je treba odgovoriti zlasti na vprašanje, kakšno je njuno medsebojno razmerje. Gre za izrazito ustavno vprašanje, ki se v okviru države ureja z ustavo. Organizacijo državne oblasti

na dveh ravneh imajo zvezne države (federacije), v katerih se vsa ta vprašanja urejajo z zvezno ustavo. Podobna vprašanja se v zvezi držav (konfederaciji) urejajo s konfederalno pogodbo, ki je po svoji naravi sicer mednarodna pogodba med suverenimi državami, vendar pa ima za delovanje konfederacije ustavni pomen.

Če si zdaj ogledamo Evropsko unijo, bomo lahko ugotovili, da je ni mogoče uvrstiti niti v kategorijo federacije niti v kategorijo konfederacije. V njej so namreč prisotni tako elementi konfederacije kot tudi elementi federacije. Njene članice so sicer še vedno povsem samostojne države, tudi v mednarodnih odnosih, vendar pa so pomemben del (notranje) suverenosti prenesle tudi na organe Unije, ki izdajajo celo predpise, neposredno obvezne na vsem ozemlju skupnosti.

Treba pa se je zavedati, da teoretični modeli ene in druge oblike državne ureditve abstrahirajo precejšnje razlike, ki obstajajo v stvarnosti v konkretnih konfederacijah in federacijah. To pomeni, da se nekatere konfederacije že bližajo federaciji in nekatere federacije vsebujejo precej konfederalnih elementov. Slednje velja zlasti za tiste federacije, ki so nastale iz prejšnje konfederacije, med temi pa to velja zlasti za Švico in Nemčijo. Nekatere konfederalne elemente vsebujejo tudi nekatere druge federacije (na primer Kanada), zelo pa so bili poudarjeni v nekdanji jugoslovanski federaciji, saj je bilo od samega nastanka te federacije uveljavljeno načelo samoodločbe in na njegovi podlagi pravica do odcepitve, izrazite konfederalne prvine pa je dobila federalna ureditev z ustavo iz leta 1974. Take prvine so bile zlasti sprejemanje zvezne ustave s soglasjem vseh republik in pokrajin (kot federalnih enot), paritetna sestava obeh zborov zvezne skupščine ter sprejemanje odločitev v Zboru republik in pokrajin s soglasjem delegacij vseh republik in pokrajin.

Glede na to je treba pri analizi ustavne ureditve Evropske unije upoštevati pestrost, ki obstaja v konfederalnem in federalnem modelu državne ureditve. To ne pomeni, da bi bilo treba Unijo na silo uvrstiti v okvir enega ali drugega modela, temveč da uveljavljena ocena njene pravne ureditve kot ureditve *sui generis* ne more pomeniti nekega pravnega pojavnega, ki nima nič skupnega niti s konfederacijo niti s federacijo. Zlasti pa je pri tej oceni treba upoštevati dinamični vidik, torej nenehen razvoj odnosov v Uniji, ki se odraža tudi v razvoju njene pravne ureditve in načina delovanja. S tega vidika je še posebno pomembno oceniti, kakšen pomen je imel na tej poti sprejem pogodbe o

ustavi za Evropo – ne glede na to, da ni obveljala, ker je niso ratificirale vse članice Unije. Seveda pa posebnost ureditve Evropske unije in raznovrstnost prvin te ureditve pomeni tudi, da dopušča zelo različne razlage, ki so odvisne od tega, s katerega zornega kota se lotevamo zadeve in kateri del narave Unije vzamemo kot izhodišče za oceno.

Vsekakor je treba za analizo ustavnopravne narave Evropske unije upoštevati dosedanje kategorije, ki so se razvile v okviru dosedanega ustavnega prava. Čeprav je Unija nekaj novega, pa ni brez povezave z dosedanji pojavi, saj se je njena ureditev gradila na podlagi ureditev članic. S tega vidika je smotrno poiskati v njeni ustavnopravni ureditvi konfederalne in federalne elemente.

## **2. KONFEDERALNI IN FEDERALNI ELEMENTI V EVROPSKI UNIJI**

Kot rečeno, Evropske unije ni mogoče v celoti uvrstiti niti v kategorijo federacije niti v kategorijo konfederacije, čeprav so v njej že od vsega začetka prisotni elementi konfederacije in elementi federacije. Ta ugotovitev ni splošno sprejeta, zlasti ne na politični ravni, kajti v političnih razpravah se zaradi občutljivosti držav glede njihove suverenosti praviloma poudarjata posebnost in drugačnost Evropske unije. Vendar to ne more preprečiti, da se primerjava z obema navedenima kategorijama ne bi vsiljevala – zaradi podobnosti in tudi različnosti.

### **2.1. Konfederalni elementi**

Konfederacija je zveza samostojnih držav, ki nastane z mednarodno pogodbo med njimi in se tudi razdre kot mednarodna pogodba. Konfederacija nima nobene svoje oblasti, temveč se v njej izražajo samo državne oblasti držav članic. Slednje so v celoti suverene države in zato tudi subjekti mednarodnega prava, čeprav je lahko delno (v skladu s konfederalno pogodbo) subjekt mednarodnega prava tudi konfederacija. Vendar se od drugih podobnih mednarodnih združenj razlikuje po tem, da gre za tesnejšo in trajnejšo povezanost med članicami kot pri običajnih mednarodnih organizacijah, zato država ne more biti članica več konfederacij. Konfederacija ima neke trajne skupne cilje, navadno obrambne, zunanje-politične in ekonomske, ter skupne organe.

Konfederacija se je predvsem v preteklosti izkazala kot način reševanja problemov sobivanja načeloma samostojnih, vendar pa iz različnih razlogov med

seboj tesno povezanih državnih tvorb.<sup>2</sup> Vendar pa se konfederacija praviloma ni izkazala kot trajna tvorba, saj so konfederacije v zgodovini največkrat razpadle ali pa so se spremenile v federacije.<sup>3</sup>

Skupni organ konfederacije je navadno konfederalna skupščina (dieta), ki odloča o zadevah skupnega pomena, kot so določene v konfederalni pogodbi. Konfederalna skupščina je praviloma sestavljena iz delegatov držav članic, ki imajo praviloma bolj ali manj vezan mandat za odločanje. V konfederalni skupščini navadno članice odločajo s soglasjem (vsaj o pomembnejših zadevah), saj velja načelo enakopravnosti članic.

Mednarodnopravna narava konfederacije se kaže tudi v tem, da odločitve konfederalnih organov ne veljajo neposredno za subjekte v državah članicah, temveč šele potem, ko jih države članice prelijejo v svoj pravni red, ko torej posamezno vprašanje uredijo z lastnimi predpisi. Zato v konfederaciji tudi ni konfederalnega državljanstva, temveč samo državljanstvo držav članic. Organi konfederacije torej niso nadrejeni organom držav članic in pravni akti konfederacije niso nadrejeni pravnim redom držav članic. Za konfederacijo je zato značilno, da ima vsaka članica pravico, da se ne strinja z odločitvijo skupnega organa (pravica do nulifikacije, *ius nullificationis*), čemur ustreza tudi pravica, da izstopi iz konfederacije (pravica do secesije, *ius secessionis*).

Konfederacija je lahko sicer v svojem delovanju dokaj podobna državi, vendar pa jo od nje razlikuje tudi to, da praviloma ni samostojni pravni subjekt v mednarodnih odnosih, temveč so to države – njene članice. To je bistveno drugače, kot pri federaciji, ki navzven praviloma nastopa kot enoten mednarodnopravni subjekt, kar pomeni, da federalne enote nimajo lastne mednarodnopravne subjektivitete. Zvezne enote imajo le redko omejene pristojnosti na področju mednarodnih odnosov.

Med elemente konfederalizma v ustavni zgradbi Evropske unije<sup>4</sup> lahko štejejo zlasti mednarodnopravno urejanje odnosov med državami članicami EU, pristojnost o pristojnosti, financiranje, položaj, sestavo in način odločanja v

<sup>2</sup> Primerov konfederacije v bližnji preteklosti je kar nekaj, zlasti Severnoameriška zveza (1778–1787), Švicarska zveza (od 13. stoletja do leta 1848), Renska zveza (1803–1815) in Nemška zveza (1815–1866).

<sup>3</sup> Glej: Maurice Croizat, Jean-Louis Quermonne: *L'Europe et le federalisme*. Montchrestien, Pariz 1999, str. 12–21.

<sup>4</sup> Prim. Allan Rosas, Lorna Armati: *EU Constitutional Law (An Introduction)*. Hart Publishing, Oxford 2010, str. 15–17.



Svetu EU, sem spada delno tudi proporcionalna sestava Evropskega parlamenta itd. Pravni temelj Unije (in pred njo skupnosti) je mednarodna pogodba oziroma mednarodne pogodbe, ki se sklepajo in spreminjajo po pravilih mednarodnega prava. Članice Unije so namreč še vedno suverene države v mednarodnih odnosih, imajo torej še vedno zunanjo državno suverenost.

Evropska unija tudi nima pristojnosti odločati o pristojnosti (nem. *Kompetenz Kompetenz*), kar je tudi značilno za konfederacijo, čeprav si je Sodišče to pristojnost dejansko že večkrat pridržalo zase, ker pač avtoritativno razlaga pogodbe. Načeloma pa se pristojnosti lahko določajo samo v pogodbah, ki se sklepajo soglasno. Treba je sicer omeniti, da je lahko tak konfederalni element navzoč tudi v ureditvi federacije. To je bilo namreč značilno za ureditev jugoslovanske federacije po ustavi iz leta 1974, saj se je lahko zvezna ustava, ki je določala zvezne pristojnosti, spreminjala samo s soglasjem vseh federalnih enot. Unija se razlikuje od zvezne države tudi po tem, da nima ustavodajnih pristojnosti, kot jih ima zvezna država. Med pomembne elemente konfederalizma spadata tudi sestava in način odločanja Sveta, zlasti kadar ta odloča s soglasjem, kar je še vedno razmeroma pogosto.

Tudi na področju notranje suverenosti držav (ki je sicer že zelo okrnjeno) ohranjajo države nekatere pomembne pristojnosti, ki so tipične za državo in so pomemben del notranje suverenosti držav članic. Gre zlasti za obrambo, varnost, davke in kazensko pravo. Države ohranjajo tudi samostojno zunanjo politiko, čeprav se Unija tudi na tem področju vse bolj krepi. Države torej samostojno sklepajo mednarodne sporazume in se včlanjujejo v mednarodne organizacije. Kot take so članice različnih mednarodnih organizacij od Organizacije združenih narodov do Sveta Evrope. Prav v zvezi s slednjim pa je zanimivo, da je Evropska unija na podlagi Lizbonske pogodbe zavezana k temu, da pristopi k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To pomeni, da bo postal pogodbeni stranka te konvencije, čeprav so pogodbene stranke tudi članice Unije.

Pomembno je tudi to, da se Unija v glavnem financira iz finančnih prispevkov držav članic, tako kot sicer velja za financiranje mednarodnih organizacij. Unija torej ne predpisuje posebnih, zveznih davkov, kot je to značilno za federacije.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Glej več o tem: Miodrag Jovičić: Savremeni federalizam – uporednopravna studija. Savremena administracija, Beograd 1973, str. 190–200. Zanimivo pa je, da se je tudi nekdanja jugoslovanska federacija financirala v glavnem iz prispevkov članic federacije.

Marsikaj konfederalnega je še vedno v zgradbi in delovanju Unije. To velja predvsem za način delovanja, sestavo in način oblikovanja tistih organov, ki jih tvorijo predstavniki držav, ki v njih tudi uveljavljajo interese držav. Med tipične konfederalne elemente torej nedvomno spadajo položaj, sestava in delovanje dveh medvladnih organov, in sicer Sveta Evropske unije in Evropskega sveta. Oba sta namreč sestavljena iz predstavnikov držav, prvi iz ministrov, drugi pa iz predsednikov vlad oziroma držav. Zlasti drugi močno spominja na Predsedstvo jugoslovanske federacije kot kolektivnega šefa države. Vendar pa je uvedba stalnega predsednika Evropskega sveta na drugi strani sam po sebi pravzaprav znak federalizacije. Pomembno pri tem je zlasti, da je Svet organ, ki skupaj z Evropskim parlamentom opravlja zakonodajno funkcijo v Uniji. Čeprav spada Evropski parlament med najpomembnejše federalne elemente, je vendar njegova sestava, ki temelji na kvotah držav članic tudi eden od elementov konfederalizma.

## **2.2. Federalni elementi**

Drugače kot konfederacija je zvezna država sicer država, toda v nasprotju z unitarno državo je linija oblasti v federativni državi prekinjena in v njej obstajajo poleg osrednje oblasti še razmeroma samostojni centri oblasti delov države, ki se v takem primeru splošno imenujejo zvezne (federalne) enote, v posameznih federacijah pa so poimenovane različno (države, republike, dežele, kantoni in podobno). Zvezno državo tako tvorijo sama zveza in njene zvezne enote. Federacija je torej sestavljena država, nekakšna država držav, katere prednost je, da federalnim enotam omogoča veliko samostojnosti, hkrati pa prek zvezne oblasti zagotavlja uresničevanje skupnih interesov prebivalcev celotne zveze.<sup>6</sup> Federacija temelji na ideji federalizma, ki pomeni združevanje in sodelovanje samostojnih subjektov zaradi doseganja skupnih ciljev. Pojem federalizma je širši od pojma federacije, saj ne zahteva nujno pravne oblike federacije kot posebne državne ureditve.<sup>7</sup>

Z drugimi besedami bi lahko federacijo opredelili tudi kot ureditev, za katero je značilno, da so funkcije državne oblasti razdeljene na podlagi načela, da obstaja enotna oblast za celotno območje države za nekatere zadeve, hkrati pa obstajajo samostojne oblasti na ozemeljskih delih države za druge zadeve.

<sup>6</sup> O različnih opredelitvah federacije glej: prav tam, str. 12–21.

<sup>7</sup> O sodobnem federalizmu glej: Jovan Đorđević, Slobodan Popović, Dimitrije Kulić: Federalizam i regionalizam. Savremena administracija, Beograd 1987, str. 63–69.

ve, tako da je vsaka od teh oblasti v okviru svojih pristojnosti koordinirana z drugimi, ne da bi jim bila podrejena. Zvezna ureditev je tako posrečena združitev dveh načel, in sicer na eni strani relativne državnopravne samostojnosti sestavnih delov, na drugi pa skupne državne zgradbe, med katerima je vzpostavljeno razmerje enakopravnosti in sodelovanja.

Prva sodobna federacija so postale Združene države Amerike<sup>8</sup> ki so nastale iz konfederacije, podobno kot nekoliko pozneje tudi švicarska federacija, ki se je močno zgledovala po ameriški. ZDA so postale vzor tudi drugim poznejšim federacijam. Ustavna ureditev federacije je nastala kot odraz nasprotujočih si teženj po ohranitvi samostojnosti, ki so jo uživale samostojne države v nekdanji konfederaciji, in nujne potrebe po enotni in stabilni oblasti, ki jo je lahko zagotavljala le skupna država. Rešitev je bila v tem, da so države (ki so postale zvezne enote) obdržale vso oblast, razen tiste, ki jo je bilo treba prenesti na zvezno državo zaradi zagotavljanja skupnih interesov. S tem so države ohranile pravico, da same urejajo vsa vprašanja, ki so zagotavljala upoštevanje tradicije in posebnosti vsake države, hkrati pa je zvezna oblast dobila pravico enotnega urejanja in delovanja glede vseh tistih vprašanj, ki so bila pomembna za vse državljane ZDA in za zvezo kot celoto. Na celotnem ozemlju ZDA veljajo zvezna ustava, zvezni zakoni in meddržavne pogodbe, ki so tudi nadrejeni predpisom držav, članic zveze. S temi akti morajo biti v skladu vsi pravni akti držav, vključno z ustavo. Z zvezno ustavo je bilo torej določeno načelo supremacije zveznega pravnega reda s pravnimi redi federalnih enot, kar so večinoma prevzele tudi poznejše federacije. Mednarodna subjektiviteta seveda pripada samo zvezni državi, ne pa tudi državam, ki so članice federacije.

Podlaga za federativno državno ureditev je zvezna ustava, ki jo sprejme najvišji organ federacije. Ta ustava ureja običajno ustavno stvarino za vso federacijo, še zlasti pa razmejuje pristojnosti med zvezo in federalnimi enotami. Zvezna ustava torej vsebuje ureditev običajnih ustavnih zadev, torej ustavnih načel, človekovih pravic in svoboščin ter ureditev zvezne državne organizacije, poleg tega pa določa še pristojnosti zveznih organov in ureja druga federalna razmerja. S tega vidika se zvezna ustava že na prvi pogled bistveno razlikuje od ustave unitarne države.

<sup>8</sup> Značilnosti ameriške federacije so opisane v: Robert Podolnjak: *Federalizam i republikanizam* (stvaranje američkog ustava). Barbat, Zagreb 2004. Glej tudi: Franc Grad, Ivan Kristan, Anton Perenič: *Primerjalno ustavno pravo*. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 182–185.

Iz položaja federalnih enot – vsaj v klasičnih federacijah – izhaja, da imajo tudi pri spreminjanju zvezne ustave določeno vlogo, ki se kaže praviloma v soglasju določene večine federalnih enot k spremembi ustave, ki jo sicer navadno sprejme zvezni parlament. V ZDA morajo tako spremembo ustave potrditi predstavniška telesa treh četrtin držav, v Švici pa večina kantonov in večina državljanov federacije. Tam imajo federalne enote celo veto na spremembe, ki posegajo v njihov položaj.

Ker federacijo tvorijo zvezna država oziroma njeni državljanji in federalne enote, je praviloma predstavniško telo v federaciji dvodomno, pri čemer en dom predstavlja vse državljane zvezne države, drugi dom pa predstavlja federalne enote. To odraža zamisel in strukturo federacije, katere konstitutivni deli so državljani in federalne enote. Med tema dvema elementoma vlada stalna napetost in prav vzpostavitev ustreznega razmerja med njima je največji preizkus zvezne ureditve. Kjer je federalno načelo močnejše uveljavljeno (kar spet velja za klasične federacije), sta oba domova enakopravna (na primer v ZDA in Švici). V drugih federacijah pa je praviloma prvi dom – torej dom, ki predstavlja državljane – močnejši od drugega doma, ki predstavlja federalne enote. V vsakem primeru je prvi dom tisti, ki predstavlja državljane in je izvoljen neposredno, na podlagi splošne in enake volilne pravice. Zvezna oblast mora namreč izpolnjevati vse demokratične standarde, kakršni veljajo za sodobne demokratične države.

Zaradi vse tesnejšega povezovanja držav članic v Evropski uniji obstaja v zgradbi in delovanju Unije tudi več federalnih elementov,<sup>9</sup> ki jih je po vsaki pogodbi več in so vse bolj prevladujoči, kot sta zlasti organizacija in delovanje Unije, ki sta podobna kot v zvezni državi, v kateri je oblast organizirana na dveh ravneh, ki ima dva pravna reda, in sicer pravni red zvezne države ter pravni red zvezne enote, ki je prvemu podrejen. Zato je tudi ustavna ureditev Unije močno podobna ustavnim ureditvi zvezne države in temelji v glavnem na istih izhodiščih in načelih. Nekatera načela, na katerih temeljita zgradba in delovanje Unije, kot so zlasti načelo prenosa pristojnosti, načelo subsidiarnosti in načelo proporcionalnosti, so videti na prvi pogled konfederalna načela, vendar v resnici ni tako, saj jih najdemo pod drugim imenom kot temeljna načela zvezne države že v prvih federacijah.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Prim: Allan Rosas, Lorna Armatì, prav tam, str. 12–15.

<sup>10</sup> Prim. Allan Rosas, Lorna Armatì, prav tam, str. 16.

Tipičen federalni element je torej v tem, da so države članice del svoje notranje državne suverenosti, predvsem svoje zakonodajne oblasti, prenesle na organe Unije, ki izdajajo celo predpise (uredbe in direktive), ki se sprejemajo neodvisno od držav članic in so neposredno obvezni na vsem ozemlju Unije. In ne samo to – ti predpisi imajo višjo pravno veljavo od predpisov držav članic Unije. Gre torej za načelo avtonomnosti, primarnosti in neposredne veljavnosti pravnega reda Unije. Pravna narava teh predpisov dokazuje, da ima Unija svoje zakonodajne pristojnosti, prav tako kot jih ima zveza v federaciji, in da je tudi njeno pravo nadrejeno pravu držav članic. Prebivalstvo zvezne države je torej drugače kot v unitarni državi podvrženo dvema pravnima redoma, zveznemu in pravnemu redu zvezne enote, ki skupaj tvorita ureditev družbenih odnosov v državi. Če se hočeta učinkovito izvajati, morata delovati usklajeno. Vse to v celoti velja tudi za Unijo, kajti uredbe in direktive so po svoji funkciji in pravni moči povsem enake kot zvezni zakoni v federaciji.

V federaciji funkcije državne oblasti opravljata skupaj zveza in zvezne enote, kar sta pravzaprav namen in razlog za ustanovitev zvezne države. Eden najpomembnejših elementov zvezne ustavne ureditve, zlasti glede položaja zveznih enot, je razdelitev oblasti med zvezo in zveznimi enotami (vertikalna delitev oblasti). Gre torej za razmejitev pristojnosti med zvezo in zveznimi enotami. Razmejitev dveh ravni državne oblasti je tudi eden od treh temeljnih pogojev za federativno ureditev države. Druga dva sta omejitev oblasti vsake od ravni v njenih pravno določenih pristojnostih in udeležba nižje ravni oblasti pri odločanju na višji ravni oblasti, in sicer na področju ustavodajne in zakonodajne oblasti. Uresničevanje teh pogojev se seveda razlikuje od federacije do federacije, kar je odvisno od njihovega zgodovinskega razvoja. Zato je razmejitev pristojnosti med zvezo in zveznimi enotami eden najpomembnejših (in najbolj problematičnih) elementov zvezne ustavne ureditve, zlasti glede položaja zveznih enot. V zvezni državi je zato to vprašanje urejeno v zvezni ustavi, kar daje tej ureditvi ustrezno težo, pomen in stabilnost.

Tudi razmejitev pristojnosti med Unijo in članicami je zelo podobna ureditvi v zvezni državi.<sup>11</sup> Zato se tudi pri ustavni ureditvi Unije kaže ureditev pri-

---

<sup>11</sup> Več o tem glej Trevor C. Hartley: *Constitutional Problems of the European Union*. Hart Publishing, Oxford 1999, str. 84–105; ter Armin von Bogdandy, Jürgen Bast: *The Vertical Order of Competences*, v: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast: *Principles of European Constitutional Law*. Hart Publishing, 2007, str. 335–372. Glej tudi: Franc Grad: *Evropsko ustavno pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010, str. 81–91.

stojnosti njenih organov kot eno najbolj zahtevnih in občutljivih vprašanj. Razmejitev pristojnosti med Unijo in članicah temelji na nekaterih temeljnih načelih, kot so zlasti načelo prenosa pristojnosti, načelo subsidiarnosti in načelo sorazmernosti. Kot sem že omenil, so ta načela videti na prvi pogled bolj konfederalna načela, vendar v resnici ni tako, saj jih najdemo pod drugim imenom kot temeljna načela zvezne države že v prvih federacijah.

Načelo prenosa pristojnosti ni vsebinsko nič drugega kot domneva pristojnosti v korist članic, kar spada med nosilno načelo razmejitve pristojnosti v sodobnih federacijah. Enako velja za načelo subsidiarnosti in načelo sorazmernosti, ki sta vsebinsko tudi uveljavljena v sodobnih federacijah. Pristojnosti zveznih organov so v sodobnih federacijah določene bodisi kot izključne pristojnosti bodisi kot skupne (mešane) pristojnosti. Enako v osnovi velja tudi za način določitve pristojnosti Unije. Drugače kot v federacijah, kjer so zvezne pristojnosti razmeroma togo določene v zvezni ustavi, se pristojnosti Unije širijo na račun članic z vsako spremembo pogodb.

Z Lizbonsko pogodbo je bila podeljena Listini o temeljnih pravicah Evropske unije pravna veljava, s čimer je Unija dobila ustavno zagotovljene pravice in svoboščine. Ureditev človekovih pravic je eden najpomembnejših elementov sodobnih ustav, ki posamezniku zagotavlja ustavno varstvo njegovega položaja nasproti državnih oblastem. Ker je Evropska unija že večinoma organizirana po načelih sodobne demokratične državne ureditve, vključno s parlamentarno demokracijo, je postala pravna zagotovitev političnih pravic enako pomembna, kot to velja za sodobno demokratično državo. Zanimivo je, da tudi prvotno besedilo ustave ZDA ne vsebuje ureditve pravic in svoboščin, temveč je bilo to dodano šele s poznejšimi amandmaji.

Z vidika države je sicer normalno, z vidika razvoja Evropske unije pa je velik napredek tudi izrecna potrditev načela državljanstva Evropske unije, ki je bila izrecno potrjena v Ustavi, kar je bilo povzeto tudi v Lizbonski pogodbi in v Listini o temeljnih pravicah. Izrecno je namreč določeno, da so vsi državljani držav članic državljani Unije. Državljanstvo Evropske unije se pridruži nacionalnemu državljanstvu in ga ne nadomešča, kar dejansko pomeni, da je državljanstvo države še vedno primarno, da pa ima tudi državljanstvo Unije za položaj posameznika več pomembnih posledic.

Zelo pomemben element federalnosti je sodni sistem Unije, ki ne deluje samo na podlagi mednarodnih pogodb, temveč tudi na podlagi prava, ki ga spreje-

majo organi Unije. Vsekakor lahko ugotovimo, da pomen Sodišča Evropske unije s krepitvijo naddržavne narave Unije samo še narašča, kar velja zlasti, kadar odloča o skladnosti pravnega reda članice s pravnim redom Unije ter skladnosti predpisov, ki jih sprejemajo organi Unije, s pogodbami.

Glede na svojo funkcijo in način delovanja je Sodišče tudi tisti organ Unije, ki je v največji meri odraz naddržavne narave te združbe. Drugače kot drugi organi Evropske unije Sodišče ni politični organ, temveč je strokovni organ. Kljub temu pa je njegov pomen za razvoj Evropske unije izredno pomemben, saj je že večkrat sprejelo pomembne odločitve, ki so začrtale smer razvoja Unije in s tem pogosto nadomestile pomanjkanje jasnih političnih odločitev. Pri tem je bilo še posebej pomembno, da je Sodišče uveljavilo enega temeljnih načel veljavnosti in delovanja prava Evropske unije, in sicer načelo suprema-cije evropskega prava nad pravnimi redi držav članic. Če bi primerjali Sodišče s sodnimi organi države, bi lahko rekli, da v glavnem opravlja funkcije, ki jih v državi opravljata vrhovno sodišče in ustavno sodišče.

Tipičen element federalizma je tudi položaj Evropskega parlamenta in njegove pristojnosti kot enega od glavnih zakonodajnih dejavnikov ter način njegovega delovanja. To še zlasti velja za neposredno izvolitev Evropskega parlamenta, ki predstavlja predstavništvo državljanov na ravni celotne Unije, in za večinsko odločanje v njem. Za močan element državnosti in s tem federalizma je treba šteti tudi razmerje med Evropskim parlamentom in Evropsko komisijo, ki slednjemu odgovarja za svoje delo. Tudi razmerje med Svetom in Parlamentom precej spominja na razmerje med prvim in drugim domom zveznega parlamenta.

Zelo pomemben element federalizma je večinsko odločanje v organih Unije, ki vse bolj napreduje in vse bolj prevladuje. Gre predvsem za večinsko odločanje v Evropskem parlamentu, kar je značilno za sodobne parlamente. To je še pomembnejše, ker je Evropski parlament postal enakopraven zakonodajalec s Svetom. Na drugi strani pa se krepijo različne oblike večinskega odločanja v Svetu EU, čeprav gre za medvladni organ. Vse to je zelo pomembno, saj je prav odločanje z večino tipično za državo in nasprotno pravni naravi mednarodne organizacije.

Ker se oblastno delovanje Evropske unije vse bolj krepi, sta tudi njena organizacija in način delovanja vse bolj primerljiva z organizacijo države. Zato se vse bolj kaže potreba, da se tudi Unija organizira in deluje na načelih, na

katerih sloni sodobna državna organizacija, kar zlasti velja za načelo demokratičnosti, načelo pravne države in za načelo delitve oblasti.

Sodobne demokratične ustavne ureditve temeljijo na načelu ljudske suverenosti, po katerem je lahko nosilec suverene oblasti v posamezni družbeno urejeni skupnosti samo ljudstvo. Demokratična je torej tista državna ureditev, v kateri vsa oblast izhaja iz ljudstva in se izvaja v njegovem interesu. Zato lahko v demokraciji vladajo le tisti, ki jih je izvolilo ljudstvo, ki so mu tudi odgovorni.

Tako kot v zvezni državi je tudi Unija skupnost držav in državljanov, kar izrecno poudarja Lizbonska pogodba. Evropska unija v svojem razvoju postaja vse bolj podobna državi, vključno s tem, da izvaja oblast nad državljani in drugimi subjekti držav članic. Zato je tudi vse pomembnejše vprašanje demokratičnega nadzora in omejitve te oblasti. V sodobni državi se demokratični nadzor izvaja prek instrumentov neposredne in posredne (predstavniške) demokracije, ki se v Uniji razvijajo zelo obotavljivo in nedosledno, kar je razumljivo zaradi njene dvojne narave. Zgradba Unije temelji na predstavniki demokraciji in na udeležbi državljanov, kar Lizbonska pogodba izrecno poudarja. To pa je seveda v nasprotju z naravo mednarodne organizacije, ki neposredno vzpostavlja razmerja samo z državami, ne pa z državljani. Še posebej to velja za neposredne volitve poslancev Evropskega parlamenta s strani državljanov Unije.

Čeprav Evropska unija ne izvaja enake oblasti kot država, je po svojem načinu delovanja in učinkih z njo povsem primerljiva. Zato tudi za Evropsko unijo velja sodobno razumevanje demokratične državne oblasti, ki zahteva, da so osebe, ki izvajajo državno oblast, na svojo funkcijo postavljene z volitvami. Institucionalni okvir Unije se torej razume kot sredstvo za uresničevanje ne samo interesov Unije, temveč tudi interesov njenih državljanov in interesov držav članic kot konstitutivnih elementov Unije. Na drugi strani pa dvojna narava Evropske unije ne dopušča, da bi bila ta dva elementa Unije zares enakovredna. Državljan Evropske unije sicer imajo prek Evropskega parlamenta pomembnejšo vlogo pri odločanju v Uniji. To pa ne velja pri sprejemanju temeljnih odločitev, ki se sprejemajo v obliki mednarodnih pogodb, kjer torej prevladujejo države. Vsaki državi je prepuščeno, koliko pripusti pri tem ljudstvo k odločanju. Državljan v svojih rokah torej nimajo pravice spreminjati ustavne ureditve Evropske unije, drugače torej kot v sodobni državi, v kateri ustavodajna oblast pripada ljudstvu.



Na drugi strani pa se prav glede izvora in temelja oblasti Evropska unija bistveno razlikuje od države, saj ne obstaja evropsko ljudstvo oziroma ljudstvo Evropske unije, temveč le skupek ljudstev držav članic Evropske unije, torej ni mogoče govoriti o ljudstvu kot suverenu, kar velja za temelj oblasti sodobne države. Zato v organizaciji in delovanju Evropske unije ni mogoče vzpostaviti enakega vpliva državljanov na oblikovanje in delovanje oblasti, kot to velja v sodobni državi.

Čeprav načelo delitve oblasti ni izrecno omenjeno, je vendarle temeljnega pomena za ureditev položaja in razmerij med najpomembnejšimi organi Unije. Oblastne funkcije EU so namreč po svoji vsebini, večinoma pa tudi po načinu svojega izvajanja zelo podobne oblastnim funkcijam države. Seveda pa je treba ob tem upoštevati, da se v marsičem tudi pomembno razlikujejo od njih, kar velja zlasti za njihov pravni temelj, kajti EU ni država, temveč je (pravno gledano) še vedno kreacija držav članic. Predvsem se oblastne funkcije v organizaciji Evropske unije močno prepletajo, tako da jih je mogoče le v grobem primerjati z oblastnimi funkcijami v državah, ki so precej bolj jasno opredeljene in medsebojno ločene. Znotraj tega pa je razmerje med Evropskim parlamentom in Evropsko komisijo tako, da ga je mogoče *mutatis mutandis* opredeliti kot parlamentarni sistem.

### **3. PREDNOSTI IN POMANJKLJIVOSTI USTAVNE ZGRADBE EVROPSKE UNIJE**

Ustavna zgradba in način delovanja Evropske unije ni niti konfederacija niti federacija, ampak vsebuje elemente enega in drugega v kombinaciji, kakršne doslej še ni bilo. Vsekakor je skozi razvoj očitna krepitev federalnega tako v pravni zgradbi kot tudi v delovanju. Pa vendar Unija še vedno ni federacija, temveč je zelo zapleten mehanizem, kakršen nima zgodovinskega predhodnika. Do takega stanja je prišlo zato, ker se je Unija razvijala drugače, kot so se tako konfederacije kot tudi federacije. Konfederacije so nastale na podlagi konfederalnih pogodb, ki so praviloma bolj ali manj ostajale nespremenjene, vendar so se konfederacije (če niso razpadle) praviloma spremenile v federacije, torej v bistveno drugačno obliko državne ureditve. Evropska unija pa se ves čas svojega razvoja trudi, da bi ohranila tak položaj članic, kot ga zagotavlja konfederacija, hkrati pa vzpostavila skupno oblast, ki je nadrejena članicam (kar je značilno za federacijo) – ne da bi postala federacija. V tej ureditvi

so države članice (načeloma) še vedno suverene države, kar se kaže predvsem v njihovi mednarodnopravni subjektiviteti, torej v zunanji suverenosti) in v njihovem vplivu na odločanje v Uniji prek Sveta. Na drugi strani pa je njihova notranja suverenost močno okrnjena, saj organi Unije samostojno sprejemajo zakonodajo, ki učinkuje neposredno in ki je višja od zakonodaje držav članic, kar pa je tipično za federacijo.

Zgradba Unije in način njenega delovanja sta v temeljnih črtah skoraj taka kot v zvezni državi. Vendar pa nista popoloma taka, prav zaradi vpliva držav članic na odločanje, ki si ga delijo z Evropskim parlamentom. Vmes se ohranjajo še nekateri mehanizmi, ki izvirajo še iz začetnega obdobja Unije, ko je bila še tipična mednarodna organizacija. Tako stanje je škodljivo glede transparentnosti odločanja in z vidika transparentnosti pravnega reda. Tipični primer so zakonodajni akti Unije, ki so po svoji vsebini in funkciji prav taki, kot so zvezni zakoni, po obliki pa še vedno spominjajo na mednarodnopravne instrumente, kar povzroča neusklajenost pravnega reda Unije, zaradi česar so ti akti težko razumljivi in medsebojno primerljivi, za članice pa tudi težko izvedljivi.

Ureditev, v kateri so navzoči konfederalni in federalni elementi, ima prednosti in slabosti. Prednost je zlasti ohranitev (dela) suverenosti članic in neposrednega vpliva držav članic na sprejemanje temeljnih odločitev, kar omogoča, da države v precejšnjem delu še vedno delujejo kot suverene države. Na drugi strani pa povzroča dvojna narava Unije tudi hude pomanjkljivosti, ko so zlasti demokratični primanjkljaj, neučinkovito odločanje in nejasna razporeditev pristojnosti. Ne samo to, na nekaterih področjih so pristojnosti Unije celo večje, kot je to običajno v federacijah.

Zaradi mednarodnopravnih elementov v zgradbi in delovanju Unije je njevo delovanje neučinkovito, kajti izvajanje njenih nalog, ki so pretežno take kot naloge zvezne države, zahteva večinsko odločanje. Večinsko odločanje pa je v sodobni državi utemeljeno in podprto z demokratičnim delovanjem. Odločitve sprejema neposredno izvoljeni parlament, v katerem so enakopravno zastopani državljani. To je v Uniji vzpostavljeno samo delno, kajti temeljno oblast ljudstva, ki je zakonodajna oblast, izvaja ne samo Evropski parlament, temveč tudi Svet, ki nima (neposredne) demokratične podlage. Pa tudi sam parlament samo delno ustreza demokratičnim standardom, ker je še vedno predstavništvo ljudstev držav članic, ne pa ljudstva Evropske unije,

predvsem pa v njem ni izvedeno temeljno načelo sodobne demokracije, to je načelo enake volilne pravice.

Zvezna država deluje bistveno bolj transparentno kot Unija, ker je njen pravni temelj zvezna ustava, v kateri je jasno določena razmejitev med oblastjo zvezne države in oblastjo zvezne enote. Prav tako lahko ugotovimo, da pravna ureditev federacije, katere temelj je zvezna ustava, zagotavlja neko stabilno ustavnopravno okolje – čeprav se zvezna ustava spreminja s tako ali drugačno večinsko odločitvijo. Nasprotno pa se ustavna ureditev Unije, ki se sicer lahko spreminja le s soglasjem vseh držav članic, v resnici spreminja zelo pogosto in bistveno vpliva na položaj držav članic Unije.

Predvsem pa federacija omogoča demokratično in učinkovito oblikovanje ter delovanje državne oblasti, ker je država, kot taka pa mora po sodobnih demokratičnih standardih izhajati iz ljudstva. Zvezni ustavni okvir omogoči oblikovanje enotnega ljudstva – poleg ljudstev federalnih enot – ki izvoli najpomembnejše organe oblasti in ki prek svojih izvoljenih predstavnikov sprejema najpomembnejše družbene odločitve in nadzoruje delo izvršilnih organov. Do tega v obstoječi ustavni strukturi Evropske unije ne more priti, in sicer predvsem zaradi hibridne narave Unije, v kateri se z elementi državnega še vedno mešajo elementi mednarodnopravnega.

Glede na povedano so vse največje pomanjkljivosti v zgradbi in delovanju Unije posledica njene hibridnosti, in dokler je ta taka, jih po mojem mnenju tudi ni mogoče odpraviti.

#### **4. SKLEPNE MISLI**

Evropska unija se izmika doslej znanim pravnim opredelitvam, saj ima dvojno pravno naravo. Po svojem nastanku in urejanju temeljnih razmerij med državami članicami je tvorba mednarodnega prava, torej mednarodna organizacija, ki je ustanovljena na podlagi mednarodne pogodbe, sklenjene med državami članicami zaradi sodelovanja na različnih področjih, in ki ima svoja pravila in skupne organe ter lastno pravno osebnost. Hkrati pa je Evropska unija po svoji institucionalni zgradbi in načinu delovanja nekakšna naddržavna tvorba, ki ima že zelo veliko lastnosti države, ker izvaja oblast, ki ima enake lastnosti in učinke kot državna oblast. Z vidika ustavnega prava se dvojna narava Evropske unije kaže skozi lastnosti konfederacije in federacije v njeni

zgradbi in delovanju, ali jo je torej mogoče označiti za federacijo ali nasprotno za konfederacijo.

Pri razmišljanju, kam uvrstiti neko združbo držav, v kateri deluje oblast države kot tudi oblast skupne organizacije, je treba odgovoriti zlasti na vprašanje, kakšno je njuno medsebojno razmerje. Gre za izrazito ustavno vprašanje, ki se v okviru države ureja z ustavo. Organizacijo državne oblasti na dveh ravneh imajo zvezne države (federacije), v katerih se vsa ta vprašanja urejajo z zvezno ustavo. Podobna vprašanja se v zvezi držav (konfederaciji) urejajo s konfederalno pogodbo, ki je po svoji naravi sicer mednarodna pogodba med suverenimi državami, vendar pa ima za delovanje konfederacije ustavni pomen.

Evropske unije gotovo ni mogoče uvrstiti v okvir niti enega niti drugega modela, temveč gre za pravno ureditev *sui generis*, kar pa po drugi strani ne pomeni, da nima nič skupnega niti s konfederacijo niti s federacijo. Seveda pa posebnost ureditve Evropske unije in raznovrstnost prvin te ureditve pomeni tudi, da dopušča zelo različne razlage, ki so odvisne od tega, s katerega zornega kota se lotevamo zadeve in kateri del narave Unije vzamemo kot izhodišče za oceno. V Uniji so torej prisotni tako elementi konfederacije kot tudi elementi federacije. Njene članice so sicer še vedno povsem samostojne države, tudi v mednarodnih odnosih, vendar pa so pomemben del (notranje) suverenosti prenesle na organe Unije.

Ureditev, v kateri so navzoči konfederalni in federalni elementi, ima svoje prednosti in slabosti. Prednost je zlasti ohranitev (dela) suverenosti članic in neposrednega vpliva držav članic na sprejemanje temeljnih odločitev, kar omogoča, da države v precejšnjem delu še vedno delujejo kot suverene države. Na drugi strani pa povzroča dvojna narava Unije tudi hude pomanjkljivosti, kot so zlasti demokratični primanjkljaj, neučinkovito odločanje in nejasna razporeditev pristojnosti. Zvezna država deluje bistveno bolj transparentno kot Unija, ker je njen pravni temelj zvezna ustava, v kateri je jasno določena razmejitev med oblastjo zvezne države in oblastjo zvezne enote. Prav tako lahko ugotovimo, da pravna ureditev federacije, katere temelj je zvezna ustava, zagotavlja neko stabilno ustavnopravno okolje – čeprav se zvezna ustava spreminja s tako ali drugačno večinsko odločitvijo. Nasprotno pa se ustavna ureditev Unije, ki se sicer lahko spreminja le s soglasjem vseh držav članic, v resnici spreminja zelo pogosto in bistveno vpliva na položaj držav članic Unije.

Predvsem pa federacija omogoča demokratično in učinkovito oblikovanje in delovanje državne oblasti, ker je država in kot taka po sodobnih demokratičnih standardih mora izhajati iz ljudstva. Zvezni ustavni okvir omogoči oblikovanje enotnega ljudstva – poleg ljudstev federalnih enot – ki izvoli najpomembnejše organe oblasti in ki prek svojih izvoljenih predstavnikov sprejema najpomembnejše družbene odločitve in nadzoruje delo izvršilnih organov. Do tega v obstoječi ustavni strukturi Evropske unije ne more priti, in sicer predvsem zaradi hibridnosti Unije, v kateri se z elementi državnega še vedno mešajo elementi mednarodnopravnega.

Čeprav ni možna neposredna primerjava z nastankom ZDA, pa je problem Unije povsem enak, kot je bil problem ZDA, ko so se vanje združile prej samostojne države. Kakšna naj bo organizacija, ki bo zagotavljala učinkovito in demokratično skupno oblast, ki bo zagotavljala potrebe in interese, ki jih je mogoče bolj smotrno in učinkovito udejanjati skupaj, hkrati pa dopuščala čim več oblasti članicam take organizacije? V sodobnem zgodovinskem razvoju je te cilje najbolje udejanjala zvezna država, Evropska unija je poskus zagotoviti to na poseben »komunitaren« način – ki pa je v resnici mnogo bolj podoben federalnemu, kot trdi politična doktrina.

Vsekakor je dosedanji razvoj privedel do pravnega in dejanskega stanja, za katerega je značilna izredno zapletena zgradba in delovanje Unije, kar je po moji oceni posledica njene hibridnosti. Sedanje stanje torej ne omogoča niti transparentnosti pravne ureditve niti učinkovitosti delovanja niti demokratičnosti, ampak očitno krepi moč birokracije, z vidika odnosov med Unijo in članicami pa tudi nejasna razporeditev pristojnosti, kot tudi precejšnja nestabilnost odnosov znotraj Unije. Tako stanje je znosno, ni pa perspektivno. Zato se bo morala Unija odločiti, ali se vrne v zgolj ohlapno ekonomsko povezavo, kar bi pomenilo povsem odpraviti sekundarni pravni red Unije (zakonodajne akte) in posledično nadvlado pravnega reda Unije nad pravnimi redi držav članic, pravno gledano torej v stanje brez omejene notranje suverenosti držav članic, torej v stanje mednarodne organizacije, kot je bila na začetku, kar bi seveda pomenilo velikansko spremembo življenja prebivalcev Unije in neznanske politične, ekonomske in pravne probleme. Druga smer pa je lahko samo nasprotna – okrepiti povezanost, narediti pravni red bolj transparenten, zagotoviti učinkovitost in demokratičnost. Pri tej drugi možnosti pa je ključno vprašanje, ali je to možno storiti kako drugače kot s pretvorbo Unije v federacijo. Po vseh dosedanjih zgodovinskih izkušnjah je namreč mogoče take

cilje doseči samo v zvezni državi, ki pa seveda pomeni nadaljnje zmanjšanje suverenosti držav – vsaj na zunanjih odnosih, na drugi strani pa povečanje suverenosti ljudstva.

**Literatura:**

Matej Accetto: Sodni federalizem Evropske unije (primerjava z ameriškim in nekdanjim jugoslovanskim modelom). ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2000.

Armin von Bogdandy, Jürgen Bast: Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Oxford 2007.

Paul Craig, Gráinne de Búrca: The Evolution of EU Law, Oxford University Press, Oxford 1999.

Maurice Croizat, Jean-Louis Quermonne: L'Europe et le federalisme. Montchrestien, Pariz 1999.

Andrew Duff: The Struggle for Europe's Constitution. Federal Trust for Education & Research, London 2005.

Jovan Đorđević, Slobodan Popović, Dimitrije Kulić: Federalizam i regionalizam. Savremena administracija, Beograd 1987.

Franc Grad: Evropsko ustavno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.

Franc Grad, Igor Kaučič, Sebastian Nerad, Ciril Ribičič, Saša Zagorc: Ustavno pravo Evropske unije. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2007.

Franc Grad, Ivan Kristan, Anton Perenič: Primerjalno ustavno pravo. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2006.

Franc Grad, Igor Kaučič, Saša Zagorc: Ustavno pravo. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

Bernard Guetta, Philippe Labarde: L'Europe fédérale (Pour&Contre), 2002.

Trevor C. Hartley: The Foundations of European Community Law, peta izdaja. Oxford University Press, Oxford 2003.

Trevor C. Hartley: Constitutional Problems of the European Union. Hart Publishing, Oxford 1999.

Miodrag Jovičić: Savremeni federalizam – uporednopravna studija. Savremena administracija, Beograd 1973.

Koenraad Lenaerts, Piet van Nuffel: Constitutional Law of the European Union, druga izdaja. Sweet & Maxwell, London 2005.

Marijan Pavčnik, Miro Cerar, Aleš Novak: Uvod v pravoznanstvo ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2006.

Anton Perenič: Uvod v razumevanje države in prava. Fakulteta za policijsko-varnostne vede Univerze v Mariboru, Ljubljana 2005.

Leonid Pitamic: Država. Družba sv. Mohorja, Celje 1927.

Robert Podolnjak: Federalizam i republikanizam (stvaranje američkog ustava). Barbat, Zagreb 2004.

Allan Rosas, Lorna Armati: EU Constitutional Law (An Introduction). Hart Publishing, Oxford 2010.

Vasilka Sancin: Mednarodno pravo v hierarhiji pravnih virov EU in njenih članic. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.

Joseph H. H. Weiler: Ustava Evrope: »Ali nova oblačila imajo cesarja?« in druge razprave o evropski integraciji. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2002.

III. del

**CIVILNO  
PROCESNO PRAVO**





# Sosporništvo v odškodninskih sporih

NINA BETETTO

## 1. UVOD

Civilno procesno pravo kot metoda (torej oblika) za varovanje pravic in pravnega reda je v tesni odvisnosti od materialnega civilnega prava.<sup>1</sup> Triva poudarja, da bi morale zaradi svoje instrumentalne narave norme civilnega procesnega prava vsebinsko ustrezati temeljnim značilnostim civilnopravnih razmerij, v zvezi s katerimi teče pravdni postopek.<sup>2</sup>

Povezanost materialnega in procesnega prava pa ni le splošna, ampak se kaže tudi v odvisnosti in pogojenosti posameznega instituta procesnega prava z naravo spornega materialnega razmerja. Institut sosporništva (191.–198. člen Zakona o pravdnem postopku – ZPP)<sup>3</sup> je eden najizrazitejših primerov tesne vezi procesnega prava s civilnopravnim razmerjem, v katerem sta udeleženi stranki, sestoječi iz več oseb. V nadaljevanju obravnavam pogojenost in medsebojno povezanost pravil o odškodninski odgovornosti (zlasti nepogodbeni) in instituta sosporništva. Prispevek je bil v ustni in skrajšani obliki predstavljen na Dnevih civilnega in gospodarskega prava 2012 v Portorožu v okviru sekcije Procesni vidiki uveljavljanja odškodninskih zahtevkov.

---

**Nina Betetto**, magistrica pravnih znanosti, vrhovna sodnica in podpredsednica Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

<sup>1</sup> Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002, str. 63. Primerjaj tudi Siniša Triva in Mihajlo Dika: Građansko parnično procesno pravo. Narodne novine, Zagreb 2004, str. 12; in Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLRJ. Univerzitetna založba Ljubljana, Ljubljana 1961, str. 26.

<sup>2</sup> Siniša Triva in Mihajlo Dika, nav. delo, str. 8.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US in 48/15 – odl. US.

## **2. AKTIVNO IN PASIVNO SOSPORNIŠTVO V ODŠKODNINSKIH SPORIH**

Sosporniki na aktivni strani v odškodninskih sporih so oškodovanci. Ti so lahko formalni ali materialni sosporniki.

Aktivno sosporništvo lahko nastane ne glede na to, ali zahtevke enega tožnika (na primer sopotnika, ki se je poškodoval v prometni nesreči) temelji na objektivni, drugega (na primer voznika) pa na subjektivni odgovornosti. Lahko gre tudi za posebne primere odgovornosti, katerih podlaga so specifični dejanski stanovi (156.–163. člen Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>4</sup> Nekateri oškodovanci, sosporniki na aktivni strani, lahko utrpijo premoženjsko (na primer škodo zaradi izgube preživljanja ali škodo v primeru telesne poškodbe ali prizadetega zdravja; 173. in 174. člen OZ), drugi pa nepremoženjsko škodo (na primer škodo zaradi pretrpljenih telesnih bolečin, duševnih bolečin zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, skaženosti in strahu; 179. člen OZ). Možna je kumulacija denarnih in nedenarnih zahtevkov, na primer en tožnik zahteva, da toženec preneha s kršitvami pravic osebnosti (157. člena OZ), drugi pa povrnitev nepremoženjske škode za pretrpljene duševne bolečine zaradi okrnitve osebnostne pravice (179. člen OZ).

Sosporniki na pasivni strani so povzročitelji škode in odgovorne osebe, ki odgovarjajo namesto oziroma poleg povzročitelja škode. Tudi ti so lahko formalni ali materialni sosporniki.

Zakon pogosto olajšuje položaj oškodovanca tako, da določa solidarno odgovornost povzročiteljev škode, kar v skladu s 1. točko prvega odstavka 191. člena ZPP pogojuje nastanek materialnega sosporništva v morebitni pravdi. Tako OZ določa, da za škodo, ki jo je povzročilo več oseb skupaj, odgovarjajo vsi udeleženci solidarno. Napeljevalec in pomagač ter tisti, ki je pomagal, da se odgovorne osebe ne bi odkrile, odgovarjajo solidarno z njimi. Solidarno odgovarjajo za povzročeno škodo tudi tisti, ki so jo povzročili, delali pa neodvisno drug od drugega, če ni mogoče ugotoviti njihovih deležev pri povzročeni škodi. Kadar ni dvoma, da je škodo povzročila neka

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo. Primeri odgovornosti za drugega so: odgovornost zaradi terorističnih dejanj (156. člen OZ), odgovornost organizatorja prireditve (157. člen OZ), odgovornost imetnika živali (158. člen OZ), odgovornost imetnika stavbe (159. člen OZ), odgovornost za rušenje zgradbe (160. člen OZ), odgovornost zaradi opustitve nujne pomoči (161. člen OZ), odgovornost v zvezi s sklenitvijo pogodbe (162. člen OZ) in odgovornost v zvezi z opravljanjem poslov splošnega pomena (163. člen OZ).

izmed dveh ali več določenih oseb, ki so na neki način med seboj povezane, ni pa mogoče ugotoviti, katera od njih jo je povzročila, odgovarjajo te osebe solidarno (prvi do četrty odstavka 186. člena OZ). Namesto imetnika stvari pod določenimi pogoji odgovarja obratovalec, vendar poleg njega solidarno odgovarja tudi imetnik stvari, če je škoda posledica kakšne skrite napake ali skrite lastnosti stvari, na katero imetnik stvari obratovalca ni opozoril (drugi in tretji odstavek 152. člena OZ). Če je k nastanku škode od nevarne stvari ali nevarne dejavnosti prispeval kdo tretji, odgovarja ta zanj oškodovancu solidarno z imetnikom stvari (četrty odstavek 153. člena OZ). Za škodo, ki jo pretrpijo drugi pri nesreči premikajočih se motornih vozil, odgovarjata imetnika motornih vozil solidarno (četrty odstavek 154. člen OZ). Naročnik in izvajalec del na nepremičnini odgovarjata solidarno tretjemu za škodo, ki sta mu jo povzročila v zvezi z izvajanjem teh del (187. člen OZ). Če v primeru prekoračitve pooblastil zastopani noče odobriti pogodbe, sta zastopnik in zastopani solidarno odgovorna za škodo, ki jo je imela druga stranka, če ni vedela in ni bila dolžna vedeti za prekoračitev pooblastil (peti odstavek 72. člena OZ). Pogodbениki solidarno odgovarjajo za škodo, nastalo zaradi kršitve gospodarske pogodbe, razen če ni solidarnost izrecno izključena (394. člen OZ).

OZ v posebnem delu predvideva solidarno odgovornost za obveznosti, torej tudi odškodninske, pri gradbeni pogodbi (tretji odstavek 659. in prvi odstavek 665. člena OZ), prevoznih pogodbih (695. člen OZ), mandatnih pogodbih (774. in 781. člen OZ) in družbenih pogodbih (tretji odstavek 995. člena OZ).

Oba starša odgovarjata za škodo, ki jo povzroči drugemu njun otrok (prvi in četrty odstavek 142. člena OZ). Kot starša sta soudeležena v specifičnem pravnem razmerju, v katerem prevladujejo njune starševske dolžnosti, ki jih izvršujeta skupaj (tretji odstavek 4. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – ZZZDR),<sup>5</sup> zato sta glede na sporni predmet v pravni skupnosti in sta materialna sospornika. Če je nastala škoda posledica kršitve dolžnosti obeh staršev, da skrbita za varstvo in vzgojo v najširšem smislu, zanj o odgovarjata solidarno v skladu s pravilom iz prvega odstavka 186. člena OZ.

Če je več dedičev, so ti nerazdelno odgovorni za zapustnikove dolgove (torej tudi odškodninske obveznosti), in sicer vsak do višine vrednosti svojega

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US in 82/15 – odl. US.

dednega deleža, ne glede na to, ali je delitev dediščine že izvršena ali ne. (tretji odstavek 142. člena Zakona o dedovanju – ZD).<sup>6</sup>

Sosporništvo na pasivni strani lahko nastane tudi na podlagi materialnopravnih predpisov o odgovornosti za drugega. Če odgovarja poleg staršev tudi otrok, je njihova odgovornost solidarna (143. člen OZ). Za škodo, ki jo drugemu povzroči mladoletnik medtem, ko je pod nadzorstvom skrbnika, šole ali druge ustanove, odgovarjajo skrbnik, šola oziroma druga ustanova. Če odgovarja za škodo tudi mladoletnik, je njihova odgovornost solidarna (144. člen OZ).

Oškodovanec lahko z eno tožbo toži odgovorno osebo in zavarovalnico, pri kateri je zavarovana odgovornost odgovorne osebe, njuna odgovornost pa je solidarna (o tem več v razdelkih 3 in 4).

Za škodo, ki jo povzroči delavec pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, odgovarja pravna ali fizična oseba, pri kateri je delavec delal takrat, ko je bila škoda povzročena. Oškodovanec ima pravico zahtevati povrnitev škode tudi neposredno od delavca, če je ta škodo povzročil namenoma (prvi in drugi odstavek 147. člena OZ). Če sta tožena skupaj, je njuna odgovornost solidarna.

Treba je opozoriti, da je subjektivna kumulacija ne glede na morebitno materialno sosporništvo izključena, če je za posamezno procesno razmerje predpisana pristojnost drugega sodišča.<sup>7</sup> V konkretnem primeru z delovnopravnega področja je delovno sodišče pristojno za odločanje v odškodninskem sporu zoper delodajalca (točka b prvega odstavka 5. člena Zakona o delovnih in socialnih sodiščih – ZDSS-1),<sup>8</sup> ne pa v sporu zoper delavca, povzročitelja škode.<sup>9</sup> Če je za sojenje zoper enega toženca pristojno sodišče splošne pri-

<sup>6</sup> Uradni list SRS, št. 15/76 in 23/78, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ in 31/13 – odl. US.

<sup>7</sup> Nina Betetto, v: Lojze Ude in Aleš Galič (ur.): *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, 1. knjiga. Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, Ljubljana 2005, str. 246. V zvezi z atrakcijo pri materialnem sosporništvu Siniša Triva in Mihajlo Dika, nav. delo, str. 279.

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 2/04, 10/04 – popr., 45/08 – ZArbit, 45/08 – ZPP-D, 47/10 – odl. US in 43/12 – odl. US.

<sup>9</sup> Tako tudi Višje delovno in socialno sodišče v sklepu Pdp 204/2015 z dne 25. februarja 2015 v zadevi, v kateri je tožnica od tožencev zahtevala solidarno plačilo odškodnine zaradi trpinčenja na delovnem mestu in se pri tem sklicevala na uporabo določbe 186. člena OZ in 191. člena ZPP.

stojnosti, zoper drugega pa specializirano sodišče, namreč ne velja pravilo atrakcije, ki bi povzročilo pritegnitev pristojnosti za sospornike.<sup>10</sup>

Subjektivne kumulacije v takem primeru ne more utemeljevati niti 484. člen ZPP, ki določa, da veljajo pravila o postopku v gospodarskih sporih tudi, kadar so v sporu poleg oseb iz prvega odstavka 481. člena ZPP kot materialni sosporniki udeležene še druge osebe. Če je za sojenje proti enemu tožencu pristojno sodišče splošne pristojnosti, proti drugemu pa specializirano delovno sodišče, potem ne moreta biti tožena z isto tožbo.<sup>11</sup> Sodišče mora torej razdružiti postopek zoper posamezne tožence (tretji odstavek 300. člena ZPP) in zadevo glede zahtevka zoper toženca, za katerega ni pristojno, odstopiti pristojnemu sodišču.<sup>12</sup>

## 2.1. Eventualno sosporništvo na pasivni strani

Kadar dejansko (na primer kdo je povzročil škodo v pretepu) ali pravno (na primer kdo je odgovoren za vzdrževanje ceste, kjer se je zgodila prometna nesreča) ni jasna pasivna legitimacija toženca, bi lahko bil koristen institut eventualnega sosporništva, ki je predviden le na pasivni strani. Tožnik se s pomočjo eventualnega sosporništva izogne morebitni materialnopравни prekluziji ali zastaranju tožbenega zahtevka. Omogoča mu, da v tožbi določi vrstni red, po katerem bo sodišče presojalo utemeljenost tožbenih zahtevkov proti posameznim tožencem. Izključno stvar njegove volje je, kako združi zahtevke proti več tožencem – kumulativno ali podredno. S stališča procesnega prava je nepomembno, ali obveznost enega toženca lahko obstaja poleg obveznosti drugega ali pa se med seboj izključujeta,<sup>13</sup> zato ni nobene ovire, da tožnik ne bi mogel uveljavljati istega zahtevka hkrati proti enemu in drugemu tožencu. Vprašanje pasivne legitimacije ni procesna predpostavka in spada v okvir presoje utemeljenosti tožbenega zahtevka. V sodni praksi so taki zahtevki celo pogostejši kot primeri eventualne subjektivne kumulacije, pa čeprav na račun izgube spora proti enemu sosporniku. Tožnik tako hitreje pride do pravno-

<sup>10</sup> Izjema je določena v drugem odstavku 5. člena ZDSS-1, po katerem je lahko v odškodninskem sporu, za katerega je podana pristojnost delovnega sodišča, poleg delodajalca kot sospornik tožena tudi zavarovalnica, in sicer le tista, pri kateri ima zavarovano odgovornost delodajalec. O tem podrobneje Marjana Lubinič: Stvarna pristojnost v delovnih sporih, v: *Pravosodni bilten*, št. 3/2014, str. 216.

<sup>11</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 426/2015 z dne 22. aprila 2015.

<sup>12</sup> Prav tam.

<sup>13</sup> Siniša Triva: O nekim pitanjima suparničarstva i pasivne legitimacije, v: *Pravni život*, št. 2/1956, str. 4.

močne sodne odločbe zoper vse tožence, saj mu ni treba čakati na morebitno zavrnilno pravnomočno sodbo zoper prvega toženca.

Za nastanek eventualnega sosporništva so v drugem odstavku 192. člena ZPP predpisane posebne predpostavke. Nanašajo se na tožbeni zahtevek in pristojnost sodišča.<sup>14</sup> Tožnik lahko toži več tožencev v eventualnem razmerju, če uveljavlja proti vsakemu isti zahtevek. Primer take kumulacije je tožba zoper lastnika in imetnika stvari, kadar je nejasno, kdo od njiju je odgovoren za nastalo škodo. Če ne gre za isti zahtevek, zadošča, da se zoper posamezne tožence uveljavljajo zahtevki, ki so v medsebojni zvezi. Zahtevka sta na primer v medsebojni zvezi, če kupec, ki trdi, da je blago kupil prek zastopnika, ki je imel pooblastilo za sklepanje pogodb v imenu in na račun prodajalca, toži prodajalca za izročitev blaga, podrejeno pa zastopnika za plačilo odškodnine, ker je bil zaveden v zmoto o obstoju pooblastila. Koneksiteta med zahtevkoma obstaja, če oba izvirata iz istega ali vsaj delno istega dejanskega stanja. Kadar dejansko stanje, na katero opira zahtevka, ni povsem identično, mora tožnik opredeliti, za kateri primer uveljavlja zahtevek proti drugemu tožencu.<sup>15</sup> Tako kot pri identičnih tožbenih zahtevkih tudi analiza konkretnih primerov koneksnih zahtevkov kaže, da zahtevka drug drugega izključujeta. Če je utemeljen proti prvemu tožencu, ne more biti utemeljen proti drugemu. Druga predpostavka je, da mora biti sodišče stvarno in krajevno pristojno za vsak zahtevek posebej, in to ne glede na to, ali je podana identiteta zahtevka, ki ga tožnik uveljavlja, ali ne.

V nadaljevanju želim opozoriti le na dve, v praksi odškodninskih sporov še vedno aktualni vprašanji eventualnega sosporništva, in sicer na pravilo odločanja iz prvega odstavka 192. člena ZPP in vrstni red obravnavanja zahtevkov.

Kljub jasnemu, že zdavnaj (od leta 1977) uveljavljenemu pravilu, po katerem je pravnomočna zavrnilna sodba proti prvemu tožencu pogoj za izdajo sodbe zoper naslednjega toženca, se še vedno dogaja, da sodišče z eno sodbo odloči o utemeljenosti zahtevkov zoper vse tožence.<sup>16</sup> Če se tožnik, ki je uspel s tožbo zoper drugega toženca, ne pritoži zoper zavrnilno sodbo zoper prvega

<sup>14</sup> Sodišče ravna s tožbo zoper eventualnega sospornika, če predpostavke eventualnega sosporništva niso izpolnjene, kot z vlogo, ki je ni mogoče obravnavati, torej po 108. členu ZPP, v nadaljevanju pa glede na rezultat postopka po omenjenem zakonskem določilu. Sklep Vrhovnega sodišča RS I R 95/2015 z dne 27. avgusta 2015.

<sup>15</sup> Tako tudi Vrhovno sodišče RS v sklepu VIII Ips 248/2011 z dne 4. junija 2012.

<sup>16</sup> Glej na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 891/2013 z dne 4. septembra 2013.

toženca, v primeru uspešne pritožbe eventualnega toženca, spor izgubi zoper oba toženca.<sup>17</sup>

V ZPP je predviden le vrstni red odločanja o zahtevkih, ne pa tudi njihovega obravnavanja. Načeloma je torej možno oboje: skupno obravnavanje zahtevkov proti obema sospornikoma, lahko pa se sodišče omeji samo na obravnavanje tožbe proti prvemu tožencu in šele v primeru, če je tožbeni zahtevek proti njemu pravnomočno zavržen, začne obravnavati tožbo proti naslednjemu tožencu. Izhajajoč iz ureditve ZPP sta dopustni obe varianti. Kako bo ravnalo sodišče, je odvisno od konkretnega primera in ocene, ali je sodelovanje eventualno toženega smotrno že v času razpravljanja o zahtevku proti prvemu tožencu. Sprejemljiva je rešitev, da sodišče subsidiarne tožence, potem ko jim vroči tožbo in vzpostavi kontradiktoren postopek, samo obvesti, da se vodi pravda med tožnikom in prvim tožencem in da so oni v tožbi navedeni kot subsidiarni toženci.<sup>18</sup> Vsekakor sukcesivnost pri odločanju o obeh zahtevkih ne pomeni, da je izključeno njihovo skupno razpravljanje. Pogosto je skupno obravnavanje nujno potrebno, na primer pri ugotavljanju pasivne legitimacije. Ker je interes eventualno toženega nasproten tistemu, ki ga zastopa prvi toženec, se mu mora omogočiti enakopravno sodelovanje v pravdi. Če sodišče tožbo tudi subsidiarnemu tožencu vroči takrat, ko jo vroči prvemu tožencu, in postopek nadaljuje sočasno proti obema tožencema, pa je subsidiarni toženec v primeru, če tožnik uspe s tožbenim zahtevkom proti prvemu tožencu, upravičen zahtevati povrnitev svojih pravnih stroškov od tožnika.<sup>19</sup>

### 3. FORMALNO IN MATERIALNO SOSPORNIŠTVO V ODŠKODNINSKIH SPORIH

Merilo razlikovanja med materialnim in formalnim sosporništvom je časovna, krajevna in osebna povezanost pravotvornih dejstev tožbenega temelja. Poenostavljeno povedano, so materialni sosporniki tisti oškodovanci, katerih

<sup>17</sup> Sodna praksa pred ZPP iz leta 1977 je v zvezi z opisano procesno zagato izoblikovala z vidika instituta pravnomočnosti in prepovedi *reformatio in peius* problematično stališče, da se mora taka sodba v zvezi s pritožbo drugega toženca obravnavati kot celota, ker to zahteva povezanost in medsebojna pogojenost zahtevkov.

<sup>18</sup> Tako obvestilo subsidiarnih tožencev je predlagalo stališče Jugoslovanske gospodarske koordinacije 21.–23. maja 1984, *Gospodarski vestnik* 1984, št. 29, str. 84. Tako tudi sodba Višjega sodišča v Celju Cpg 368/2014 z dne 10. februarja 2015.

<sup>19</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 891/2013 z dne 4. septembra 2013.



zahtevki temeljijo na istem škodnem dogodku ali kršitvi iste pogodbe, formalni pa tisti, katerih zahtevki temeljijo na istovrstnih škodnih dogodkih. Podobno so toženci – povzročitelji škode formalni sosporniki, če so škodo povzročili neodvisno eden od drugega oziroma je škoda nastala iz dveh ali več dogodkov, v nasprotnem primeru tvorijo procesno skupnost materialnih sospornikov.

Materialno sosporništvo (1. točka prvega odstavka 191. člena ZPP) je podano, kadar so sosporniki soupravičenci ali sozavezanci iz materialnopravnega razmerja, ki je obstajalo pred pravdo in obstaja izven pravde in ne glede na pravdo.<sup>20</sup> Več oseb je lahko toženih ali toži z isto odškodninsko tožbo, če so glede na sporni predmet v pravni skupnosti ali če se opirajo njihove pravice oziroma obveznosti na isto dejansko in pravno podlago ali če gre za solidarne terjatve oziroma solidarne obveznosti. V pravni skupnosti glede na sporni predmet so sosporniki, ker so soudeleženci specifičnega civilnopravnega razmerja, iz katerega izhajajo upravičenja in obveznosti, o katerih teče spor.<sup>21</sup> To bodo na primer solastniki, skupni lastniki, soposestniki, sodediči ali zakonca, ki tožijo ali so toženi za plačilo odškodnine, če je vez med njimi v zvezi s predmetom spora, torej če na primer tožijo ali so toženi za plačilo odškodnine v zvezi z nepremičnino, ki je v solasti, skupni lasti ali sopošesti.

O materialnem sosporništvu nadalje govorimo, če se pravice tožnikov oziroma obveznosti tožencev opirajo na isto dejansko in pravno podlago (*idem factum – idem ius*). Strinjam se, da je opredelitev, kdaj imajo zahtevki isto in kdaj različno dejansko in/ali pravno podlago, bolj stvar konvencije kot poglobljenih razmišljanj in analiz.<sup>22</sup> Čeprav tožbeni zahtevki izhajajo iz istega historigičnega dogodka in se opirajo na isti pravni predpis, pa ohranijo vsak zase svojo samostojnost. Terjatve posameznih oškodovancev so neodvisne druga od druge. Popolna istovetnost dejanske podlage že po naravi stvari ni mogoča. Izhajajoč iz v ZPP sprejete teorije substanciranja,<sup>23</sup> morajo biti ista le tista pravotvorna dejstva, ki so nujna za konkretizacijo in določitev spornega predmeta. Posamezne podrobnosti, ki le nebistveno vplivajo na nastanek pravic in obveznosti, so za opredelitev identitete dejanskega stanja kot predpostavke materialnega sosporništva nepomembne (na primer različne telesne poškodbe, ki so jih oškodovanci utrpeli v prometni nesreči). Tudi pravna podlaga

<sup>20</sup> Jože Juhart, nav. delo, str. 305.

<sup>21</sup> Siniša Triva in Mihajlo Dika, nav. delo, str. 441.

<sup>22</sup> Jan Zobec, v: Lojze Ude in Aleš Galič (ur.), nav. delo, str. 220.

<sup>23</sup> Jože Juhart, nav. delo, str. 264.

tožbenih zahtevkov je lahko delno različna. Sopotnik v vozilu voznika motornega vozila, ki ni kriv za nesrečo, lahko uveljavlja odškodninski zahtevek na podlagi pravil o objektivni odškodninski odgovornosti (četrti odstavek 154. člena OZ), nekrivi voznik pa na podlagi pravila o krivdni odškodninski odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom (prvi odstavek 154. člena OZ). Razlike v dejanskem stanju po drugi strani vendarle ne smejo preseči neke razumne spodnje meje, saj se v nasprotnem primeru ustvari nova kvaliteta – istovrstno in ne isto dejansko stanje.<sup>24</sup>

Zavzemam se za stališče, da gre za isto dejansko in pravno podlago odškodninskih zahtevkov, ki jih več oškodovancev uveljavlja z isto tožbo, kadar vsi izvirajo iz istega škodnega dogodka. Materialna sospornika sta na primer oškodovanca, ki uveljavljata denarno odškodnino za različne oblike nepremoženjske škode, po omilitvi stališč glede (ne)seštevanja premoženjske in nepremoženjske škode pa je mogoče tako sklepati tudi glede oškodovancev, od katerih eden zahteva povračilo premoženjske, drugi pa nepremoženjske škode.<sup>25</sup>

Čeprav se pri materialnem sosporništvu odškodninski tožbeni zahtevki opirajo na isto dejansko in pravno podlago, ni nujno, da so tudi identični. Več oškodovancev lahko na primer iz istega škodnega dogodka uveljavlja različne oblike nepremoženjske škode (179. člen OZ). Ne sme pa se zaradi druge oblike pravnega varstva, ki jo tožnik zahteva, spremeniti pravna narava zahtevka.

Sosporništvo je materialno, če gre za solidarne terjatve oziroma obveznosti. Prav primeri materialnega sosporništva na pasivni strani (o primerih glej razdelek 2) so v odškodninskih sporih najpogostejši.

Kadar tožnik zahteva povrnitev škode od odgovorne osebe in zavarovalnice, pri kateri je zavarovana odgovornost odgovorne osebe,<sup>26</sup> je njuna odgovor-

<sup>24</sup> Siniša Triva in Mihajlo Dika, nav. delo, str. 441.

<sup>25</sup> Novejša sodna praksa je preseгла pogosto kritizirani »drobitveni pristop« pri presoji vrednosti spornega predmeta in kot alibi za ta odmik uporabila novelo ZPP-D (Uradni list RS, št. 45/08). V obrazložitvi sklepa II Dor 465/2012 z dne 10. junija 2013 je Vrhovno sodišče RS zapisalo: »Z novelo spremenjeni peti odstavek 367. člena ZPP dopušča ugotovitev vrednosti izpodbijanega dela pravnomočne sodbe tudi s seštevkom vrednosti posameznih zahtevkov oziroma delov zahtevkov, ki so še sporni. Tudi v obravnavanem primeru, ko gre za zahtevke za povrnitev premoženjske in nepremoženjske škode, ki sicer ne temeljijo na isti dejanski in pravni podlagi, gre za medsebojno povezane zahtevke, saj vsa škoda in zanjo zahtevana odškodnina izvirata iz istega škodnega dogodka.«

<sup>26</sup> Oškodovanec ima neposredno tožbo (*actio directa*) zoper zavarovalnico na podlagi prvega odstavka 965. člena OZ.

nost solidarna.<sup>27</sup> ZPP je odpravil dvom, ali razmerje med odgovorno osebo in zavarovalnico ustreza materialnemu sosporništvu ali je bolj podobno razmerju med glavnim dolžnikom in porokom,<sup>28</sup> saj zdaj v 1. točki prvega odstavka 191. člena ZPP izrecno določa, da je z isto tožbo lahko toženih več oseb (sospornikov) tudi, če gre za solidarne obveznosti. Zato ne more biti več sporno, da sta zavarovalnica in odgovorna oseba v primerih, ko je njuna obveznost solidarna, materialna sospornika.<sup>29</sup>

Formalno sosporništvo je podano, če so predmet spora zahtevki oziroma obveznosti iste vrste, ki se opirajo na istovrstno dejansko in pravno podlago, ter velja stvarna in krajevna pristojnost istega sodišča za vsak zahtevek in za vsakega toženca (2. točka prvega odstavka 191. člena ZPP). Primer formalnega sosporništva na aktivni strani je tožba več zavarovancev za plačilo zavarovalnine na podlagi več polic; na pasivni strani pa odškodninska tožba zoper lastnika stvari, podrejeno pa zoper imetnika stvari (eventualno sosporništvo). Predmet spora morajo biti zahtevki oziroma obveznosti iste vrste, torej istovrstnost spornega predmeta, na primer plačilo več odškodninskih terjatev. Zahtevki oziroma obveznosti se morajo opirati na bistveno istovrstno dejansko podlago. Ni nujno, da so se pravotvorna dejstva, na katerih temeljijo zahtevki oziroma obveznosti, uresničila sočasno in na istem kraju, ampak zadošča, da so bistveno toliko istovrstna, da je ob obravnavi možna skupna dokazna ocena glede vseh sospornikov.<sup>30</sup> Dopustna bo na primer kumulacija zahtevkov več tožnikov za plačilo odškodnine zoper zavarovalnico, če njihovi zahtevki izvirajo iz podobnih škodnih dogodkov. Kumulativno z istovrstnostjo dejanske podlage mora obstajati tudi bistvena istovrstnost pravne podlage. Ker formalni sosporniki niso soupravičenci ali sozavezanci iz istega materialnega pravnega razmerja, je kot zadnja procesna predpostavka za formalno sosporništvo predpisana stvarna in krajevna pristojnost istega sodišča za vsak zahtevek in za vsakega toženca.

<sup>27</sup> Dragica Wedam Lukić: Pravna narava sosporništva med zavarovalnico in odgovorno osebo, v: *Pravosodni bilten*, št. 3/1985, str. 133; Nina Betetto: Pogostejši problemi enotnega in nujnega sosporništva, v: *Pravosodni bilten*, št. 3/2001, str. 190; Boris Strohsack: *Obligacijska razmerja III*. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1993, str. 163.

<sup>28</sup> O tem glej na primer Dragica Wedam Lukić, nav. delo, str. 135, ki je zastopala stališče, da gre za razmerje, ki najbolj ustreza razmerju med glavnim dolžnikom in porokom.

<sup>29</sup> Enako Lojze Ude, nav. delo, str. 232.

<sup>30</sup> Stavre Filipče: *Suparničarstvo*, v: *Pravni život*, št. 1/1961, str. 33.

Priznati je treba, da je sodna praksa, kar zadeva razlikovanje med materialnim in formalnim sosporništvom, precej nedosledna.<sup>31</sup> Kot bo razvidno v nadaljevanju, posledica tega sicer ni vedno nepravilna odločitev (kadar gre za oceno pravice do revizije glede na vrednost spornega predmeta), lahko pa to je (kadar gre za opredelitev mednarodne pristojnosti slovenskega sodišča, krajevne pristojnosti in vrste postopka).

### 3.1. Vpliv materialnega sosporništva na pristojnost slovenskega sodišča, vrsto postopka in izbirno krajevno pristojnost

Materialna vez med toženci utemeljuje mednarodno pristojnost slovenskega sodišča. Če je z isto tožbo toženih več tožencev, ki so v pravni skupnosti ali katerih obveznosti se opirajo na isto pravno in dejansko podlago, je sodišče Republike Slovenije pristojno tudi, kadar ima eden izmed tožencev stalno prebivališče oziroma sedež v Republiki Sloveniji (prvi odstavek 49. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku – ZMZPP).<sup>32</sup> ZMZPP sicer drugače kot ZPP ne predpisuje izrecno, da je materialno sosporništvo *ex lege* podano, če gre za solidarne obveznosti, vendar pa po drugi strani določa, da če sta z isto tožbo tožena glavni dolžnik in porok, je slovensko sodišče pristojno tudi tedaj, kadar je pristojno za tožbo proti glavnemu dolžniku.

Po določbi 484. člena ZPP se pravila v postopku o gospodarskih sporih uporabijo tudi, kadar so v sporu poleg oseb iz prvega odstavka 481. člena ZPP kot materialni sosporniki udeležene še druge osebe.<sup>33</sup>

Kadar so toženci (ne pa tožniki!) materialni sosporniki, je v skladu z 49. členom ZPP vse dopustno tožiti pri sodišču, ki je pristojno za enega od njih (*forum attractionis*).<sup>34</sup> Če so toženci formalni sosporniki, mora sodišče, pri kate-

<sup>31</sup> Vrhovno sodišče RS je v odločbi II Ips 564/2008 z dne 31. marca 2011 na primer zmotno presodilo, da gre za formalno sosporništvo: »Na aktivni strani v tej pravdi nastopata dve osebi, ki sta kot oškodovanki iz istega škodnega dogodka [iz obrazložitve je razvidno, da obe zahtevata povračilo nepremoženjske škode] naperili zoper toženca vsaka svoj odškodninski zahtevek. Tožnici sta torej formalni sosporniki [...]«.

<sup>32</sup> Uradni list RS, št. 56/99 in 45/08 – ZArbit. Glej na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 403/2015 z dne 22. aprila 2015.

<sup>33</sup> Glej na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1312/2001 z dne 29. avgusta 2001. V tem odškodninskem sporu je sodišče sklep o obstoju materialnega sosporništva oprlo na procesni položaj, v katerem sta na aktivni strani nastopala sospornika – gospodarska družba in fizična oseba, ki sta utrpela škodo v istem škodnem dogodku, toženka pa je bila zavarovalnica.

<sup>34</sup> Pravilo o atrakciji se smiselno uporablja tudi v izvršilnem postopku, glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS I R 137/2007 z dne 4. oktobra 2007.

rem je vložena tožba, postopek razdružiti in tožbo, usmerjeno zoper toženca, za katero to sodišče ni krajevno pristojno, odstopiti pristojnemu sodišču.

Prevladuje mnenje, da je atrakcija pristojnosti popolna, torej povzroči tudi spremembo stvarne, in ne le krajevne pristojnosti. To pa velja le v primeru, če za toženca, ki so toženi pred določenim sodiščem, na podlagi pravila o atrakciji ni pristojno višje sodišče (v primeru deljene prvostopenjske pristojnosti) ali sodišče druge vrste (o slednjem glej razdelek 2).

ZPP ne pove, kakšna mora biti krajevna pristojnost za enega sospornika, da bi imela atraktivno moč. Ker ni omejitvev, mora veljati, da lahko tožnik izbira med sodiščem, ki je splošno pristojno za enega od tožencev, in posebno pristojnostjo,<sup>35</sup> na primer izbirno pristojnostjo v odškodninskih sporih na podlagi 52. člena ZPP. Iz zakonskega pravila ne izhaja, da bi imela pritegnitveno moč le zakonsko določena krajevna pristojnost, zato je za vse sospornike pristojno tudi sodišče, ki je pristojno za enega toženca po sporazumu o krajevni pristojnosti (pristojnost po volji strank).<sup>36</sup> Kar zadeva razmerje med izbirno pristojnostjo po 49. členu ZPP in izključno krajevno pristojnostjo, ki je predpisana za enega od tožencev, se zdi pravilnejše stališče, da uporaba določila o izbirni krajevni pristojnosti tedaj ne pride v poštev. Iz sistemizacije krajevnih pristojnosti namreč izhaja, da izključna pristojnost ne izključuje le uporabe splošne, ampak tudi uporabo vseh vrst posebnih pristojnosti.<sup>37</sup>

Lahko se zgodi, da tožnik tožbo zoper enega od tožencev, ki je materialni sospornik, vložil le zato, da bi postopek tekel pred določenim sodiščem, nato pa tožbo zoper njega umakne. Ker se krajevna pristojnost določa po okoliščinah, ki obstajajo v času vložitve tožbe, sodišče kljub umiku tožbe, njenem zavrženju ali zavrnitvi tožbenega zahtevka zoper tega toženca ostane za reševanje konkretnega spora. Res je sicer, da določene pomisleke vzbuja dejstvo, da je tožnik, ki je vložil tožbo zoper določenega toženca, morda ravnal špekulativno, vendar pa je odločilno, da so toženci zaradi koristi, ki jih imajo kot udeleženci pravne skupnosti, dolžni pristati na krajevno pristojnost določenega sodišča. Pristojnost po atrakciji temelji na dejstvu povezanosti med postopki, ki se vodijo pred določenim sodiščem. Vez med materialnimi sosporniki izvira iz materialnopravnega razmerja in obstaja ne glede na pravdo in njen izid.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Nina Betetto, v: Lojze Ude in Aleš Galič (ur.), nav. delo, str. 246.

<sup>36</sup> Prav tam.

<sup>37</sup> Prav tam.

<sup>38</sup> Prav tam, str. 247.

Vendar pa sodna praksa šteje, da ustalitve pristojnosti ni, kadar delavec pred delovnim sodiščem toži oba, delodajalca in zavarovalnico, pri kateri ima delodajalec zavarovano odgovornost,<sup>39</sup> in če pozneje tožbo zoper delodajalca umakne ali se postopek zoper njega kako drugače konča. Delovno sodišče v tem primeru izgubi stvarno pristojnost za odločanje o tožbenem zahtevku iz naslova zavarovanja odgovornosti zoper zavarovalnico, ki je izgubila položaj sospornika.<sup>40</sup>

#### 4. SOSPORNİŠTVO GLEDE NA UČINKE V ODŠKODNINSKIH SPORIH

Kdaj so si stranke na aktivni ali pasivni strani v razmerju enotnih sospornikov, ne določajo procesni predpisi (ZPP), ampak pravila materialnega prava, na katera procesni predpis napotuje. Sosporniki se namreč štejejo za enotno pravdno stranko takrat, »če je mogoče po zakonu ali po naravi pravnega razmerja«, torej po pravilih materialnega prava, spor rešiti samo na enak način za vse sospornike in izdati enotno sodbo.

Sospornišтво v odškodninskih sporih na aktivni strani je enotno, če in kadar nedeljivost odškodninskega razmerja izvira iz njegove pravne narave. Enotni aktivni sosporniki so na primer dediči nerazdeljene zapuščine, ki zahtevajo plačilo škode od skrbnika zapuščine, zakonca v sporu zaradi povrnitve škode na njenem skupnem premoženju, in družbeniki, ki tožijo tretjega zaradi škode, nastale družbi.

Glede razmejitev dispozitivnega in nujnega sospornišťva mora tudi v odškodninskih sporih veljati splošno pravilo, da sospornišťvo na aktivni strani v izhodišču ne more biti nujno. Ustaljeno stališče sodne prakse je, da ni mogoče odreči pravnega varstva enemu od udeležencev materialnopravnega razmerja, ki nastopa v pravdi na aktivni strani, če so preostali pasivni.<sup>41</sup> Če kot primer vzamemo (kolektivno) odškodninsko terjatev zakoncev, ki zahtevata povračilo premoženjske škode, nastale na nepremičnini, ki je skupno premoženje, bi bilo v primeru nasprotujočih si interesov zakoncev neživljenjsko vztrajati

<sup>39</sup> V drugem odstavku 5. člena ZDSS-1 je določena izjema, da je lahko v odškodninskem sporu, za katerega je podana pristojnost delovnega sodišča, poleg delodajalca kot sospornik tožena tudi zavarovalnica, pri kateri ima zavarovano odgovornost delodajalec. Glej tudi točko 2.

<sup>40</sup> Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 476/2015 z dne 29. julija 2015.

<sup>41</sup> Prav tam, str. 256.

pri sicer doktrinarno pravilnem stališču o njuni skupnoročni skupnosti, katerega posledica bi bila procesna nujnost, da tožita oba zakonca.<sup>42</sup> Res pa je, da je končni sklep, ali morajo biti v konkretnem primeru tisti zakonec, ki noče nastopati kot tožnik, kot toženec zajet na pasivni strani, odvisen od narave spornega pravnega razmerja oziroma, če se izrazimo v jeziku procesnega prava, od oblike pravnega varstva, ki ga tožnik uveljavlja. Če na primer eden od zakoncev zahteva plačilo odškodninske terjatve, ki je sorazmerna z višino njegovega deleža na skupnem premoženju, s tem zahteva že delitev skupnega premoženja. To pa pomeni, da mora imeti drugi zakonec možnost sodelovanja v tej pravdi.<sup>43</sup>

V zvezi z učinki sosporništva na pasivni strani je pomembno, da zakon pogosto olajšuje položaj oškodovanca tako, da določa solidarno odgovornost povzročiteljev škode (glej primere v razdelku 2). Po svoji naravi so solidarne obveznosti deljive; od deljenih obveznosti se razlikujejo po temelju (zakon ali pravni posel). V teoriji prevladuje stališče, za katerega se zavzemam tudi sama, da solidarni dolžniki ne morejo biti enotni sosporniki. Izmed več solidarnih dolžnikov namreč vsak lahko dolguje z drugim rokom izpolnitve, z drugimi pogoji in sploh z različnimi odmiki (drugi odstavek 395. člena OZ). Obseg in narava njihovih obveznosti sta lahko torej bistveno različna. Solidarna obveznost še ne pomeni iste pravne podlage<sup>44</sup> (na primer obveznost odgovorne osebe temelji na pravilih o nepogodbeni odškodninski odgovornosti, obveznost zavarovalnice pa na zavarovalni pogodbi, sklenjeni z odgovorno osebo). OZ je glede pobota sprejel sistem omejenega splošnega učinkovanja (396. člen OZ), odpust dolga in prenovitev pa imata lahko omejeno generalno učinkovanje (397. in 398. člen OZ). Solidarni dolžniki lahko uveljavljajo tudi ugovore, ki izvirajo iz njihovega osebnega razmerja z upnikom, ne pa tudi osebnih ugovorov, ki bi jih lahko imeli drugi toženci.<sup>45</sup> Zavarovalnica ima na primer v pravdi materialnopravne ugovore, ki se nanašajo na nastanek odškodninske obveznosti odgovorne osebe, ne pa na primer ugovora za zmanjšanje odškodnine zaradi slabega premoženjskega stanja po prvem odstavku 170. člena, saj gre za osebni ugovor odgovorne osebe; nasprotno

<sup>42</sup> Primerjaj Viktorija Žnidaršič Kranjc: Premožensjska razmerja med zakoncema. Bonex, Ljubljana 2002, str. 377.

<sup>43</sup> Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 123/2011 z dne 25. oktobra 2012.

<sup>44</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1657/1998 z dne 17. septembra 1998.

<sup>45</sup> Boris Strohsack, nav. delo, str. 165.

lahko zavarovalnica, ne pa zavarovanec oziroma odgovorna oseba, ugovarja izčrpano zavarovalno vsoto.

Sodna praksa solidarne dolžnike praviloma šteje za navadne sospornike,<sup>46</sup> stališče, da gre v razmerju med odgovorno osebo in zavarovalnico, pri kateri je zavarovana odgovornost odgovorne osebe, za navadno sosporništvo, pa je nesporno in splošno sprejeto.

Kadar gre za solidarno obveznost, je obveznost ena sama. Preneha s plačilom enega od solidarnih dolžnikov ali pa s plačilom delnih izpolnitev več solidarnih dolžnikov. Če pa poseže vmes pravnomočna sodba zoper enega solidarnega dolžnika, nato pa se vodi postopek zoper drugega solidarnega dolžnika in sta nato oba ločeno obsojena kot samostojna dolžnika,<sup>47</sup> obstaja nevarnost, da v izvršilnem postopku upnik doseže izvršbo zoper oba v celoti. Za prakso bi bilo lahko zato koristno stališče Vrhovnega sodišča, naj sodišče, ki sodi v zadevi pozneje, upošteva že pravnomočno sodbo zoper enega solidarnega dolžnika tako, da v poznejši sodbi zoper drugega solidarnega dolžnika upošteva obstoj solidarne zaveze do zneska, do katerega je zavezan že pravnomočno obsojeni prvi solidarni dolžnik.<sup>48</sup>

V odškodninskih sporih ne more biti enotnega in še manj nujnega sosporništva na pasivni strani, ne pri denarnih ne pri nedenarnih zahtevkih (na primer vzpostavitev prejšnjega stanja, prepoved posegov, odstranitev škodne nevarnosti). Narava odškodninskega razmerja je taka, da je spor za posamezne sospornike mogoče rešiti različno. Odškodninski zahtevek je po materialnem pravu, ob izpolnjenih predpostavkah odškodninskega delikta, utemeljen zoper tistega, ki je povzročil škodo. Če je povzročitelj med več toženci en sam oziroma so le v zvezi z njim izpolnjene predpostavke odškodninskega delikta, bo sodišče glede njega izdalo ugodilno sodbo, zoper druge sospornike pa

---

<sup>46</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 57/2014 z dne 26. novembra 2015; sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 225/2013 z dne 18. novembra 2013; sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 20/2007 z dne 6. marca 2008 in drugi. Drugače, vendar neprepičljivo in osamljeno, sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 94/2001 z dne 19. septembra 2001.

<sup>47</sup> Tožnik je z eno tožbo tožil oba toženca, vendar je bila sodba zoper enega toženca razveljavljena in zadeva v tem obsegu vrnjena v novo sojenje.

<sup>48</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 554/2000 z dne 22. februarja 2001: »Tožena stranka Javni zavod [...] mora plačati tožeci stranki 37.500.000,00 SIT z zakonskimi zamudnimi obrestmi od 01.10.1999 do plačila s tem, da je njena obveznost solidarna z obveznostjo prvotnega drugega toženca J. G. do zneska 31.141.018,00 SIT iz sodbe Temeljnega sodišča v Celju, Enote v Žalcu, z dne 21. oktobra 1994 P 392/91, v 15 dneh.«



bo tožbeni zahtevek zavrnilo. To velja tudi pri nedenarnih odškodninskih zahtevkih. Če tožnik na primer uveljavlja zahtevek za varstvo pred imisijami zoper več tožencev – solastnikov ali skupnih lastnikov, je (ne)obstoj procesne nujnosti tožencev odvisen od tega, na kateri podlagi utemeljuje svoj zahtevek – stvarnopravni ali odškodninski. V prvem primeru so toženci – skupni lastniki nujni sosporniki, ker s tožbenim zahtevkom uveljavljano upravičenje posega v njihovo nedeljivo pravno razmerje glede stvari, ki pripada vsem skupaj in glede katere deleži niso vnaprej določeni (prvi odstavek 72. člena Stvarnopravnega zakonika).<sup>49</sup> Odgovor, ali so toženci – solastniki nujni sosporniki, je odvisen od narave materialnopravnega razmerja, torej od tega, ali s tožbenim zahtevkom uveljavljano upravičenje posega v tisti del pravnega razmerja med solastniki, ki je po svoji naravi skupen za vse solastnike, ali pa se posega le v pravice posameznega solastnika.<sup>50</sup> Če pa tožnik toži na odškodninski podlagi, glede na opisano naravo odškodninskega razmerja toženci niso ne enotni ne nujni sosporniki.

## **5. VPLIV SOSPORNİŠTVA NA VREDNOST SPORNEGA PREDMETA V ODŠKODNINSKIH SPORIH**

Stvarna pristojnost, pravica do revizije in vrsta postopka (redni postopek ali spor majhne vrednosti) so odvisne od vrednosti spornega predmeta.<sup>51</sup>

Za primere sosporništvā ZPP predpisuje le pravilo, da če se zahtevki uveljavljajo zoper več tožencev, se določi pristojnost po vrednosti vsakega posameznega zahtevka (drugi odstavek 41. člena ZPP), odprto pa ostaja, ali to velja za vse vrste sosporništvā in kako je s sosporništvom na aktivni strani. Odgovor glede enotnega sosporništvā tako na aktivni kot tudi pasivni strani ni težak: zaradi usodne procesne povezanosti se vsi enotni sosporniki štejejo za eno stranko.<sup>52</sup> Druga izjema so solidarne obveznosti oziroma terjatve, pri čemer pa je treba poudariti, da se solidarnost ne domneva, temveč mora biti izrecno opredeljena

<sup>49</sup> Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

<sup>50</sup> Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 208/2010 z dne 25. aprila 2013.

<sup>51</sup> Vrednost spornega predmeta je pomembna tudi v drugih primerih, določenih v ZPP (ali so izpolnjeni pogoji za izdajo nedokumentiranega plačilnega naloga in ali lahko odvetnika v gospodarskih sporih nadomešča odvetniški pripravnik).

<sup>52</sup> Jan Zobec, v: Lojze Ude in Aleš Galič (ur.), nav. delo, str. 224.

v tožbenem predlogu oziroma izreku sodbe. Če denarna obveznost (terjatev) ni opredeljena kot solidarna, gre za deljivo obveznost (terjatev).<sup>53</sup>

Pri formalnem sosporništvu na aktivni strani (ki ga po naravi stvari spremlja objektivna kumulacija) se tožbeni zahtevki ne opirajo na isto dejansko in pravno podlago, zato ne more biti sporno, da se določi pristojnost po vrednosti vsakega posameznega zahtevka. Primeri aktivnega materialnega sosporništva so v praksi zelo pogosti, na primer več oškodovancev, ki so se poškodovali v istem škodnem dogodku, z isto tožbo zahteva plačilo nepremoženjske in premoženjske škode. Že leta 1980 je bilo sprejeto stališče, izoblikovano v zvezi z dovoljenostjo revizije, da je v primerih, ko več tožnikov z eno tožbo zahteva več med seboj neodvisnih zahtevkov, pa čeprav se ti opirajo na isto dejansko in pravno podlago (materialno sosporništvo), odločilna vrednost vsakega zahtevka posebej.<sup>54</sup> Menim, da v njegovo pravilnost ne more biti dvoma, saj bi v nasprotnem primeru nastal nemogoč položaj, da bi tožniki – materialni sosporniki z odločitvijo o tem, ali bodo vložili eno tožbo ali bodo tožili vsak posebej, odločali o tem, katero stvarno pristojno sodišče bo obravnavalo tožbo in ali je dovoljena revizija.<sup>55</sup>

Tožnik mora v odškodninskem sporu z nedenarnim zahtevkom že v tožbi navesti vrednost spora (drugi odstavek 44. člena ZPP). Če tega ne stori, ravna sodišče po določbi 108. člena ZPP, ki velja za nepopolne vloge, in tožbo vrne tožniku v dopolnitev. Navedba vrednosti je v teh primerih torej obvezna sestavina tožbe. Zakon ocenitveno dolžnost tožnika kombinira s korekturno dolžnostjo sodišča (tretji odstavek 44. člena ZPP). Kadar gre za subjektivno kumulacijo nedenarnih tožbenih zahtevkov, je treba praviloma navesti oziroma ugotoviti vrednost za vsak posamezen zahtevek. Nediferencirana vrednost spornega predmeta ne zadošča, saj se ne ve, na katerega od več zahtevkov se nanaša oziroma v katerem delu se nanaša na posamezen zahtevek. Položaj je enak, kot da vrednost spornega predmeta sploh ni navedena. Izjema je enotno sosporništvo in na pasivni strani enoten ekonomski pomen oziroma cilj, ki ga je z mehkejšim pristopom vpeljalo Vrhovno sodišče in s tem omogočilo omilitev (pre)strogih stališč glede spornega predmeta v

<sup>53</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 230/2005 z dne 20. aprila 2006 in drugi.

<sup>54</sup> Odločba Vrhovnega sodišča RS II Ips 44/80 z dne 17. aprila 1980, Poročilo VSS 1/80, str. 36.

<sup>55</sup> Nina Betetto: Procesni institut sosporništva glede na predpostavke in čas nastanka, v: *Pravnik*, št. 10-12/1994, str. 473. Glej sklep Vrhovnega sodišča RS II DoR 245/2009 z dne 3. marca 2011, sklep II Dor 300/2011 z dne 15. septembra 2011 in druge.

preteklosti. Nekatere spore (na primer konfesorne<sup>56</sup>) naj bi namreč povezovala lastnost, da je njihov pomen oziroma cilj enoten in neodvisen od števila sospornikov oziroma subjektivne kumulacije na pasivni strani.<sup>57</sup> Zamislimo si lahko odškodninski spor, v katerem tožnik z eno tožbo od tožencev – skupnih lastnikov ali solastnikov zahteva vzpostavitev prejšnjega stanja. Ti niso enotni sosporniki, tožnikov ekonomski interes, to je, da se vzpostavi stanje, kot je bilo pred posegom, pa je nedvomno enoten.

V zvezi s pravico do revizije po vrednostnem kriteriju ZPP v petem odstavku 367. člena določa, da se vrednost izpodbijanega dela pravnomočne sodbe ne glede na drugi odstavek 41. člena ZPP ugotovi s seštevkom vrednosti posameznih zahtevkov oziroma delov teh zahtevkov, ki so še sporni, če je odločitev o reviziji odvisna od rešitve pravnih vprašanj, ki so skupna za vse navedene zahtevke, ali če so posamezni zahtevki med seboj tako povezani, da je odločitev o posameznem zahtevku odvisna od odločitve o drugem zahtevku. Ta novost s seštevanjem vrednosti, ki je bila v novelo ZPP-D vnesena zato, da bi se ocena vrednosti spora približala pravemu ekonomskemu pomenu zadeve,<sup>58</sup> pa po zdaj že ustaljeni sodni praksi velja le za objektivno, ne pa tudi subjektivno kumulacijo zahtevkov.<sup>59</sup> Vsak sodolžnik dolguje le svoj del obveznosti in vsak oškodovanec lahko uveljavlja le svoj del terjatve, pri čemer zakon določa domnevo o delitvi obveznosti oziroma terjatve na enake dele (drugi in tretji odstavek 393. člena OZ). Obstaja toliko pravnih razmerij, kolikor je subjektov na eni ali drugi strani. Treba je torej šteti, da je v takem primeru v smislu drugega odstavka 41. člena ZPP toliko relevantnih zahtevkov, kolikor je tožnikov in tožencev. To velja tudi v primeru, če vsak od tožnikov uveljavlja več zahtevkov (na primer zahteva plačilo premoženjske in nepremoženjske škode) in čeprav je odločitev o reviziji odvisna od rešitve skupnega pravnega vprašanja (na primer odgovornosti za škodo).<sup>60</sup> Menim, da je stališče pravilno, saj bi lahko v nasprotnem primeru – da je treba vred-

<sup>56</sup> Konfesorna tožba je namenjena odpravi slehernega posega v služnostno pravico, zato je njen ekonomski pomen oziroma vrednost, to je posegov prosto izvrševanje služnostne pravice, enak(a) ne glede na način motenja in število kršiteljev.

<sup>57</sup> O tem glej podrobneje Maja Ovcak Kos in Žiga Razdrih: Dovoljenost revizije z vidika vrednostnega kriterija – civilnopравни spori, v: Odvetnik, št. 3/2015, str. 20.

<sup>58</sup> Aleš Galič: Pristojnost v nepogodbenih odškodninskih sporih, v: Pravni letopis 2012, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2012, str. 26.

<sup>59</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 258/2015 z dne 17. decembra 2015 in drugi. Drugače, vendar osamljeno II Dor 243/2010 z dne 10. novembra 2010.

<sup>60</sup> Sklep II Ips 222/2010 z dne 13. junija 2011 in drugi.

nosti posameznih zahtevkov pri subjektivni kumulaciji seštevati –, prišlo do nemogočega položaja, ko bi bila pravica do revizije odvisna od tega, katera od pravnih strank oziroma koliko sospornikov na strani ene pravdne stranke je vložilo predlog za dopustitev revizije oziroma direktno revizijo.<sup>61</sup>

## 6. SKLEP

Analiza procesnih položajev v odškodninskih sporih, v katerih na aktivni ali pasivni strani nastopa več oseb, potrjuje, da je sosporništvo institut, ki je tesno povezan z materialnim – odškodninskim razmerjem.

Ta vpliv se najprej kaže v tem, da je od odškodninskega razmerja, ki obstaja med udeleženci, odvisno, pod katerimi predpostavkami lahko skupaj tožijo ali so skupaj toženi. Ker popolna istovetnost dejanske podlage že po naravi stvari ni mogoča, mora v tipičnem odškodninskem sporu veljati, da gre za isto dejansko in pravno podlago odškodninskih zahtevkov (in s tem za materialno sosporništvo), kadar vsi izvirajo iz istega škodnega dogodka. Razlikovanje med formalnim in materialnim sosporništvom mora zato preseči pretežno kazuistični pristop, čemur se je novejša sodna praksa z omilitvijo nekaterih stališč precej približala.

ZPP iz leta 1999 je izrecno opredelil, da gre za materialno sosporništvo tudi, kadar gre za solidarne terjatve in obveznosti. Ta novost je bila najpomembnejša prav glede odškodninskih sporov, v katerih so solidarne obveznosti zelo pogoste, saj je pripomogla k poenotenju stališč glede nekaterih primerov subjektivne kumulacije (pravna narava sosporništva med zavarovalnico in odgovorno osebo ter pravna narava sosporništva med solidarnimi dolžniki).

Materialnopravno odškodninsko razmerje je odločilno tudi za opredelitev pravne narave sosporništva in posledično za položaj enega sospornika v razmerju do drugih. Odškodninski zahtevek je po materialnem pravu, ob izpolnjenih predpostavkah odškodninskega delikta, utemeljen zoper tistega, ki je povzročil škodo. To pomeni, da je zoper posamezne sospornike mogoče izdati različno sodbo, zato v odškodninskih sporih ne more biti enotnega in še manj nujnega sosporništva na pasivni strani.

---

<sup>61</sup> Tako tudi Maja Ovčak Kos in Žiga Razdrih, nav. delo, str. 17.



# Ali se je mogoče izogniti vročanju v tujino ali vsaj obveznosti prevoda?

ALEŠ GALIČ

## 1. UVOD

Uredba št. 1393/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah<sup>1</sup> določa več mogočih načinov vročanja. Praktično najpomembnejša (v Sloveniji) sta: (1) vročitev prek organov za pošiljatev in organov za sprejem ter (2) neposredno poštno vročanje. Pomembna konceptualna sprememba velja glede jezika pisanja, ki se vroča: dovolj je, da naslovnik jezik razume (torej tudi če je to zanj tuji jezik), ali pa gre za uradni jezik zaprosene države članice, ali, če je v tej državi več uradnih jezikov, za uradni jezik ali eden od uradnih jezikov kraja, kjer je treba opraviti vročitev. V nasprotnem primeru lahko pisanje odkloni (v roku od sedmih dni do dejanskega prejema; glej spodaj). V praksi sodišč v različnih državah EU se trdovratno ponavlja napaka, da sodišče odkloni pošiljatev, če »je očitno, da naslovnik jezika pisanja ne razume in ga ima zato pravico odkloniti«. Poudariti je treba, da gre za kršitev evropskega prava, če sodišče od (na primer tožnika) zahteva, da priloži prevod (na primer tožbe, ki jo je treba vročiti tožencu v tujino). Prevod pisanja ni nujen (ne pri poštnem, ne pri vročanju prek organa za pošiljanje in organa za sprejem). Vendar naslovnik lahko odkloni sprejem, če jezika ne razume ali če ni v uradnem jeziku države vročitve. To je prepuščeno odločitvi naslovnika in sodišče v državi sodnega postopka te odločitve ne sme opraviti kar samo namesto njega.

Ureditev glede jezika pisanja, ki velja za vročanje prek organov za pošiljanje in organov za sprejem, velja tudi za vročanje po pošti (in neposredno vročanje).

---

**Aleš Galič**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> UL L 324, 10. december 2007.

Ureditev po eni strani povečuje jamstva glede jezika – predvsem glede tega, da je nedvoumno, da ta jamstva veljajo tudi pri neposrednem poštnem vročanju in je pri tem zagotovljeno, da lahko naslovnik svojo pravico do odklonitve sprejema tudi učinkovito uveljavi. Po drugi strani pa Uredba št. 1393/2007 tudi znižuje določen standard, ki sicer tradicionalno velja v ureditvah čezmejnega vročanja. Tradicionalna ureditev (na primer v Haaški konvenciji) je, da naslovnik sprejem pisanja lahko odkloni, če to ni sestavljeno v jeziku države, v kateri se opravi vročitev (jezik države sodišča pa pogosto zadošča le, če gre za vročitev državljanu te države). Merilo v Uredbi št. 1393/2007 pa je drugačno: naslovnik pisanja ne sme odkloniti, če je napisano v jeziku, ki ga naslovnik **razume**. Logika ureditve je jasna. Vendarle pa v praksi povzroča številne težave in vprašanja, na katera še ni zanesljivih odgovorov, je veliko – na primer vprašanje razumevanje jezika pri fizičnih osebah (dokazovanje, raven znanja, objektivni ali subjektivni kriterij) in pri pravnih osebah (kdo naj razume jezik), vprašanje kakovosti prevodov, vprašanje dokaznega bremena in ugotavljanja upravičenosti odklonitve, vprašanje posledic neupravičene odklonitve in vprašanje prevoda prilog.

## 2. ALI JE VROČITEV V TUJINO SPLOH POTREBNA?

### 2.1. Fiktivna domača vročitev namesto vročitve v tujino

Uredba št. 1393/2007 v prvem členu določa:

»Ta uredba se uporablja v civilnih in gospodarskih zadevah, kadar je treba poslati sodno ali izvensodno pisanje iz ene države članice v drugo državo članico **z namenom vročitve v slednji državi članici.**« (Poudaril A. G.).

Ni pa s tem rešeno oziroma urejeno vprašanje, ali je dokument sploh treba vročiti v tujino.<sup>2</sup> Sklepali bi sicer, da je treba vročitev v tujino opraviti tedaj, ko je naslovnik v tujini. Vendar to ni nujno tako. Države namreč pogosto uredijo vročanje tako, da se obveznosti vročanja v tujino čim bolj izognejo. Značilen primer je Francija (*remise au parquet*). Tradicionalno se je v Franciji vročitev tožbe tožencu, ki je v tujini, opravila tako, da je zasebni vročevalec in izvršitelj (fr. *huissier de justice*) tožbo formalno vročil francoskemu državnemu tožilcu (!) in s tem je bila vročitev opravljena. Obstajala je sicer obveznost, da *huissier* tožbo nato neformalno po pošti pošlje še na naslov toženca v tujino. Vendar

<sup>2</sup> Reinhold Geimer, 2005, str. 639 in 652.

to ni bila vročitev, temveč le obvestilo (fr. *notification*) o vročitvi, ki je že bila opravljena v Franciji (z vročitvijo državnemu tožilcu).<sup>3</sup> V ZDA do izogiba obveznosti vročanja v tujino pride pri povezanih pravnih osebah. Če ima tuja tožena družba v ZDA podružnico (tudi če je samostojna pravna oseba) ali hčerinsko družbo, je vročitev mogoče (pod določenimi pogoji – opravljanje poslov za družbo mati in kontrola, ki jo ima slednja nad podružnico) opraviti tako, da se pisanje za tujega toženca preda podružnici ali hčerinski družbi v ZDA.<sup>4</sup> V Nemčiji je tožbo tožencu sicer vedno nujno vročiti v tujino, sodišče pa **lahko** nato odloči (razen če je dopustna neposredna vročitev po pošti v tujino), da mora toženec (enako velja tudi za tožnika) v Nemčiji imenovati pooblaščenca za sprejem pisanj. Če tega ne stori, se vročitev stranki, ki je v tujini, lahko opravi tako, da se pisanje na tuji naslov neformalno pošlje po pošti (184. člen *Zivilprozessordnung* – ZPO). Vendar – to je bistveno – se kot akt vročitve šteje oddaja pisanja na pošto (in ne nato dejanski prejem v tujini; šteje se, da je pisanje vročeno v roku 15 dni od oddaje na pošto). V Švici mora tuja stranka imenovati (švicarski) naslov za vročitve, sicer se mu bodo vsa pisanja vročala fiktivno – z javno objavo. V več državah pa se stranki, če ne imenuje pooblaščenca za sprejem pisanj, postavi začasnega zastopnika (na primer v Sloveniji, podobno v Avstriji) ali pa pride do kakšne različice fiktivne vročitve (Poljska).

Tudi 1. člen Haaške konvencije iz leta 1965 vsebuje vsebinsko enako določbo; konvencija se uporablja, »*where there is occasion to transmit a judicial or extrajudicial document for service abroad*«. Splošno priznано je, da je državam članicam prepuščena suverena odločitev, kdaj je vročitev v tujino sploh potrebna. Za Haaško konvencijo iz leta 1965 se šteje, da ni obvezna, saj se uporablja le, če je na podlagi internege zakona države, v kateri je pristojno sodišče, odločeno, da je treba pisanje poslati v tujino zaradi vročitve. Zgoraj opisane metode »izogibanja vročitvi v tujino« so torej po Haaški konvenciji dopustne.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Glej na primer Astrid Stadler, nav. delo, 2006, str. 121; Reinhold Geimer, nav. delo, 2005, str. 645.

<sup>4</sup> Na primer *Schlunk v. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft*, 486 U.S. 694 (1988). Vrhovno sodišče ZDA je potrdilo, da je ta metoda vročanja dopustna, čeprav je nasprotna stranka iz države, za katero tudi velja Haaška konvencija (ZDA so članica). Ne gre namreč za metodo vročanja, ki je zajeta s področjem uporabe konvencije, saj gre za vročanje doma, ne pa v tujini.

<sup>5</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bota z dne 20. septembra 2012 v zadevi C-325/11 (*Alder*), tč. 31.



## 2.2. Sodba Sodišča EU v zadevi Alder

Ker je določba prvega člena Uredbe št. 1393/2007 vsebinsko enaka določbi 1. člena Haaške konvencije, se je postavilo vprašanje, ali zgoraj omenjena rešitev velja tudi za Uredbo. Je torej državam članicam EU prepuščeno, da določijo, kdaj je vročitev v tujino sploh potrebna in so torej zgoraj opisane metode izogibanja vročanju v tujino skladne s 1. členom Uredbe. Ali pa nasprotno Uredba nadomešča pravila domačega prava in določa **obveznost** vročanja v tujino? Poleg tega se postavlja vprašanje, ali so omenjene metode domačih vročitev namesto vročanja v tujino oblika prikrite diskriminacije na temelju državljanstva, saj vzpostavljajo dodatna bremena za stranke iz tujine (na primer postavitev pooblaščenca za sprejem pisanj) – stranke v tujini pa bodo praviloma tuji državljani. Sodišče EU (SEU) je pred kratkim imelo priložnost odgovoriti na ta vprašanja v zadevi *Alder*.<sup>6</sup> Primer se je nanašal na postopek pred poljskim sodiščem, ki je naložilo tožnikom (s prebivališčem v Nemčiji), da na Poljskem imenujejo pooblaščenca za sprejem pisanj skladno s členom 11-35 poljskega zakona o pravnem postopku (pl. *Kodeks postępowania cywilnego*). Ker tožniki niso ravnali s to zahtevo, so se vsa nadaljnja pisanja preprosto pustila v sodnem spisu, vročitev pa se je – skladno z zakonom – s tem štela za opravljeno. Ker se tožnika tako nista dejansko seznanila z datumi narokov, je prišlo do zanju neugodne odločitve.

SEU je odstopilo od pravil razlage, sprejetih v okviru Haaške konvencije. Sledilo je stališču generalnega pravobranilca Bota, ki je ocenil, da je v novjšem času:

»treba zaradi korenitih poznejših sprememb na tem področju in zlasti njegovega prenosa na raven Skupnosti na novo opredeliti odnose med predpisi, ki odslej izhajajo iz Uredbe št. 1393/2007, in procesnim pravom posameznih držav.«<sup>7</sup>

SEU je sicer potrdilo, da 1. člen Uredbe št. 1393/2007 ne vsebuje nobene izrecne določbe o tem, kdaj je treba pisanje posredovati iz ene države članice v drugo. Kljub temu pa je ocenilo, da je ob sistematičnem branju 1. in drugih členov Uredbe mogoče najti ustrezno razlago. Zlasti drugi odstavek 1. člena Uredbe izrecno določa, da se ta uredba ne uporablja, kadar naslov osebe, ki ji

<sup>6</sup> *Krystyna Alder and Ewald Alder v. Sabina Orlowska and Czesław Orlowski*, C-325/11, 19. december 2012.

<sup>7</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bota z dne 20. septembra 2012 v zadevi C-325/11 (*Alder*), tč. 31.

je treba vročiti pisanje, ni znan.<sup>8</sup> Sistematična razlaga zato navaja na sklep, da Uredba dopušča le dva primera, v katerih vročanje med državami članicami ne spada v okvir uredbe: (1) primer, ko je naslov osebe neznan ter (2) primer, ko je ta oseba imenovala pooblaščenca v državi postopka.<sup>9</sup> Razen v teh primerih pa, če naslovnik prebiva v tujini, vročanje tej osebi nujno pade v okvir Uredbe in ga je treba izvesti na načine, predvidene v Uredbi. Uredba zato preprečuje postopke nacionalnega vročanja kot je to (*in casu*) poljsko nacionalno procesno pravo (zahteva po imenovanju pooblaščenca za sprejem pisanj, ob siceršnji posledici, da se pisanja pustijo v sodnem spisu). Le tako je mogoče zagotoviti enotno uporabo Uredbe.<sup>10</sup>

SEU je poleg tega poudarilo še potrebo po varstvu temeljnih procesnih jamstev v zvezi s čezmejnimi vročanji. Cilj hitrega in ekonomičnega vročanja se ne sme dosegati tako, da se njihovim naslovnikom, ki imajo pravico do poštenega sojenja, določeno v 47. členu Listine Evropske unije o temeljnih pravicah in prvem odstavku 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) kakorkoli omejuje pravica do obrambe.<sup>11</sup> Tudi zato je treba dati prednost pravilom Uredbe, saj ta zagotavljajo ustrezno ravnotežje med cilji ekonomičnosti in hitrosti na eni strani ter ciljem jamstev učinkovite obrambe (kar predpostavlja dejansko seznanitev s sodnimi pisanji) na drugi strani (tudi glede jamstev jezika). V tem kontekstu je SEU ugotovilo, da se mehanizem fiktivne vročitve, kot ga določa člen 11-35 poljskega zakona o pravnem postopku, izkaže za nezdržljiv z doseganjem cilja varstva pravice do obrambe, ki mu sledi Uredba št. 1393/2007.<sup>12</sup>

Ker je SEU ugotovilo, da je poljsko nacionalno pravo nezdržljivo s 1. členom Uredbe št. 1393/2007, mu ni bilo treba odgovoriti še na vprašanje, ali je taka ureditev nezdržljiva tudi s prepovedjo diskriminacije na temelju državljanstva (18. člen Lizbonske pogodbe). Je pa tudi ta vidik obravnaval generalni pravobranilec Bot, ki je ocenil, da v resnici gre za nedopustno diskriminacijo.<sup>13</sup> Po eni strani sicer ne gre za neposredno diskriminacijo, saj obveznost

<sup>8</sup> C-325/11, *Alder*, 19. december 2012, tč. 22

<sup>9</sup> Prav tam, tč. 24.

<sup>10</sup> Prav tam, tč. 27.

<sup>11</sup> Prav tam, tč. 35.

<sup>12</sup> Prav tam, tč. 40.

<sup>13</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bota z dne 20. septembra 2012 v zadevi C-325/11 (*Alder*), tč. 31.

postavitve pooblaščenca za sprejem velja za vse stranke, ki prebivajo v tujini, ne glede na nacionalnost.<sup>14</sup> Vendarle pa gre za posredno (prikrito) diskriminacijo, saj bistveno pogosteje prizadene tuje državljane kot domače. Praviloma so namreč tuji državljani tisti, ki na Poljskem nimajo stalnega ali običajnega bivališča ali registriranega sedeža. Ta utemeljitev je skladna z razlogovanjem SEU v zadevi *Mund & Fester*, v kateri se je sodišče – sicer v drugem kontekstu (pogoji za pridobitev začasne odredbe) – zavzelo za zelo široko pojmovanje pojma posredne diskriminacije.<sup>15</sup>

### 2.3. Nekaj kritičnih opomb

Sodba SEU v zadevi *Alder* sicer temelji na skrbi za varstvo ustavnih procesnih jamstev, vendarle pa so v zvezi z njo možne tudi kritične opombe. Zanimivo je že to, da SEU glede dveh tradicionalno najbolj sorodnih vej mednarodne pravne pomoči (čezmejno vročanje in čezmejno izvajanje dokazov) sprejme glede istega vprašanja ravno nasprotni si rešitvi. Za čezmejno izvajanje dokazov je namreč SEU (v dveh primerih)<sup>16</sup> potrdilo, da Uredba EU 1206/2001 ne preprečuje uporabe institutov nacionalnega prava, ki omogočajo, da se sodišče – čeprav gre za čezmejni element – Uredbi izogne. Ravno nasprotno pa iz zadeve *Alder* izhaja za problematiko čezmejnega vročanja: če je treba vročati naslovníku v tujini, je treba nujno uporabiti Uredbo št. 1393/2007. Postavlja se vprašanje, ali je sistematično, da je glede dveh povezanih vprašanj, pristop SEU ravno nasproten. Vendar je po drugi strani tudi res, da razlogi za različno obravnavanje obstajajo: glede Uredbe o dokazih možnost

<sup>14</sup> Prav tam, tč. 77.

<sup>15</sup> *Mund & Fester v. Firma Hatrex International Transport*, C-398/92, 10. februar 1994. Sodišče EU je izreklo, da ureditev, po kateri se izdaja ukrepa zavarovanja (v zadevi *Arrest*), kadar je v zvezi s prihodnjo izvršbo v domači državi, pogojuje z verjetno izkazano nevarnostjo otežitve ali onemogočitve izvršbe, kadar pa je v zvezi s prihodnjo izvršbo v tujini, ta okoliščina zadošča že sama po sebi, pomeni nedopustno prikrito diskriminacijo glede na državljanstvo strank. SEU ugotavlja, da sicer ne gre za neposredno diskriminacijo, saj pride v poštev tudi za domače subjekte, kadar bi se sodba izvrševala v tujini. Vendar pa v veliki večini primerov izvršba v tujini pride v poštev, če gre za toženo stranko iz tujine, izvršba v domači državi pa v praksi največkrat pride v poštev pri sodbi zoper domačega toženca. Zato je dejanski učinek take ureditve, da so pogoji za izdajo začasne odredbe zoper domačega toženca strožji kot zoper tujega toženca. To je diskriminacija, za tako diskriminacijo pa po stališču Sodišča EU ni stvarnih razlogov. SEU namreč ugotavlja, da (tedaj) Bruselska konvencija zagotavlja polno priznavanje in izvršitev sodb med državami članicami. Nemški ZPO in pozneje tudi slovenski Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ, Uradni list RS, št. 51/98 in nasl.) sta bila zaradi omenjene sodbe SEU ustrezno spremenjena.

<sup>16</sup> *Lippens*, C-170/11, 6. september 2012; *Pro Rail*, C-332/11, 21. februar 2013.

uporabe nacionalnega prava koristi tako ustavnim jamstvom kot tudi učinkovitosti postopka. Uporaba domačega prava pa pri problematiki čezmejnega vročanja ustavna procesna jamstva omejuje.

SEU ima prav, ko ugotavlja, da metode fiktivnih vročitev ogrožajo pravico do izjavljanja (angl. *right to be heard*). Zato jih je dopustno uporabiti le v nujnih primerih, kot skrajno možnost. Pri tem je treba skrbno pretehtati pomen nasprotujočih si dobrin (pravica do učinkovitega sodnega varstva tožnika na eni strani ter pravica do izjavljanja na drugi strani). Tako je v primerih oseb z neznanim naslovom. Tedaj je neka oblika fiktivne vročitve dopustna, saj je nujna za zagotovitev varstva pravic nasprotne stranke. Vendar pa je nujen predpogoj, da se skladno z načeli skrbnosti in dobre vere opravijo vse razumne poizvedbe, da se naslovnika dejansko najde.<sup>17</sup> Zato je treba pred izvedbo fiktivne vročitve uporabiti vsa razumno možna sredstva, da se najde pravi (ne le formalno prijavljeni) naslov stranke. Res je, da je položaj v primeru osebe z znanim prebivališčem, ki pa živi v tujini, drugačen. Tu je namreč metoda fiktivne vročitve le surogat, ki omogoča izogib metodam vročanja po Uredbi (oziroma po Haaški konvenciji). Vendar pa SEU – žal – ni upoštevalo, da v poljskem pravu (enako kot v slovenskem Zakonu o pravnem postopku – ZPP)<sup>18</sup> metoda domače (in pravzaprav fiktivne) vročitve ni uporabljena takoj in samodejno (drugače kot v francoskem sistemu *remise au parquet* ali ameriškem sistemu *piercing the veil* za vročitev tuji korporaciji – glej zgoraj). Nasprotno, omenjena metoda vročitve je sankcija (posledica) tožnikovega neupoštevanja navodila (sklepa) sodišča, naj imenujeta pooblaščenca za sprejem pisanj na Poljskem. Če bi tožnika ravnala v skladu z navodilom sodišča, do posledice – fiktivne vročitve – ne bi prišlo. V takih procesnih položajih pa – ko gre za presojo skladnosti z ustavnimi procesnimi jamstvi – ni pravilno, če se gleda in tehta le težo posledice. Tehtati je treba tudi vprašanje, ali je bila zahteva, ki jo je pred tem sodišče postavilo stranki, nesorazmerno težka, nerazumna, pretirana in ali je bilo zato za stranke pretirano breme, da to zahtevo upoštevajo. Če bi SEU uporabilo ta pristop, bi težko ugotovilo kršitev temeljnih procesnih jamstev tožnikov. Obveznost imenovanja pooblaščenca za sprejem pisanj v državi sodnega postopka ni videti bodisi nerazumna bodisi pretirano težavna. To še zlasti velja, ko se to ravnanje pričakuje od tožnika (kot je to bilo v zadevi *Alder*). Ni nerazumno, da se od tožnika pričakuje,

<sup>17</sup> *De Visser*, C-292/10, 15. marec 2012.

<sup>18</sup> Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

da bo proučil in nato upošteval procesne zahteve prava države, v kateri se je sam odločil sprožiti sodni postopek. Stranka lahko navsezadnje namesto posebnega pooblaščenca za sprejem pisanj preprosto angažira lokalnega odvetnika. Prav glede tega pa je treba poudariti še naslednje: civilni procesni redi številnih držav članic EU uveljavljajo obvezno odvetniško zastopanje, kar pomeni, da se stranke (tudi tuje stranke) ne morejo zastopati same. To praktično neizogibno pomeni, da bo stranka v taki državi nujno imenovala lokalnega odvetnika (natančneje: odvetnika, upravičenega za zastopanje pred sodiščem v tej državi). To pa bo posledično tudi pomenilo, da se bodo vse vročitve opravljale temu odvetniku. Šlo bo torej za domačo vročitev, brez potrebe po prevodih. Težko je videti logiko v tem, kako je nezdržljivo z jamstvi človekovih pravic, če mora imeti stranka v državi pooblaščenca za sprejem pisanj, povsem nesporno pa je, če mora imeti v državi odvetnika (kar povsem enako povzroči izginotje potrebe po čezmejnem vročanju). Enaka pa je tudi sankcija za neupoštevanje obveznosti – vloga stranke, ki ne izpolni obveznosti, da za zastopanje pooblasti odvetnika, ne bo vsebinsko obravnavana.

Problematično je reči, da pravni redi tistih držav, ki tujim strankam nalagajo obveznost, da imenujejo pooblaščenca za sprejem pisanj v državi sodišča, že sami po sebi niso skladni s standardi varstva človekovih pravic, medtem ko to ne velja za pravne rede, ki tujim strankam nalagajo obveznost, da v državi sodišča imenujejo odvetnika. Res je, da obvezno odvetniško zastopanje ne prizadene le strank v tujini, temveč tudi domače stranke, obveznost imenovanja pooblaščenca za sprejem pisanj pa prizadene le tujce. Vendar pa ta razlika ne more biti pomembna z vidika ustavnih procesnih jamstev, ampak zgolj z vidika (posredne) diskriminacije. Zato bi presoja morala biti opravljena izključno na temelju 18. člena Lizbonske pogodbe. Tega pa SEU ni opravilo. Menim, da ni dvoma, da gre za prikrito diskriminacijo. To pa še ne pomeni, da ni dopustna. Preizkus pri vprašanju prikrite diskriminacije bi moral biti, ali obstajajo razumni razlogi za tako prikrito diskriminacijo. Menim, da taki razumni razlogi obstajajo. Res je, da je Uredba št. 1393/2007 pripomogla k temu, da je čezmejno vročanje hitrejše, cenejše in zanesljivejše. Vendar pa je čista fikcija reči, da so s tem vse razlike med učinkovitostjo vročanja doma in v tujini izginile – glede časa, stroškov in zanesljivosti. Vročanje v tujino je tudi po Uredbi večkrat drago (ne le zaradi zahtev po prevajanju), v nekaterih državah pa tudi dolgo traja, da se domači organi odzovejo (na primer če se zahteva vročitev prek organa za sprejem). Tem težavam pa se je mogoče izogniti z

zahtevo po imenovanju pooblaščenca v državi sodišča – bodisi pooblaščenca za sprejem pisanj bodisi odvetnika s polnimi pooblastili.

Naslednje vprašanje pa je, kaj odločba SEU v zadevi *Alder* pomeni za Slovenijo. Neposrednega odgovora nam namreč ne daje. Če bi se SEU oprlo na ugotovitev posredne diskriminacije, bi seveda tudi v Sloveniji samodejno padla možnost uporabe 146. člena ZPP (pooblaščenec za sprejemanje pisanj), ko gre za stranke iz drugih držav članic EU. Vendar, kot rečeno, SEU vprašanja diskriminatornosti ni obravnavalo. Obravnavalo je le vidik sorazmernosti v zvezi s temeljnimi procesnimi jamstvi (pravici obrambe in načelom kontradiktornosti). Glede tega pa je slovenska ureditev (vsaj ko gre za toženca) manj stroga kot ureditev na Poljskem. Če namreč toženec pooblaščenca za sprejem pisanj ne imenuje, ne pride samodejno do sankcije fiktivnega vročanja. Tedaj mora namreč sodišče tožencu postaviti začasnega zastopnika, vsa pisanja pa se nato vročajo njemu (seveda je to trenutek vročitve). To ni fikcija. *Ratio legis* je, da se od začasnega zastopnika pričakuje, da bo zastopancu (tj. tožencu) pisanje poskušal prenesti oziroma ga o tem obvestiti. Ker gre tu za zasebno razmerje med zastopnikom in zastopancem, seveda to ni vročanje, zato tudi ni ovir za čezmejno neposredno komunikacijo. Če so roki, ki jih postavi sodišče, dovolj dolgi, slovenska ureditev tožencu (z znanim naslovom) zagotavlja realno možnost sodelovanja v postopku. Drugačna problematika pa je na strani tožnika. Tudi tu se slovenska ureditev razlikuje od poljske. Če tožnik ne upošteva zahteve sodišča, naj imenuje pooblaščenca za sprejem pisanj, ne pride do fiktivnega vročanja, temveč do zavrženja tožbe (ta pa se nato tožniku vroči prek začasnega zastopnika). Tu torej ni vprašanja fiktivnega vročanja, ampak gre za drugo vprašanje: ali je sankcija (zavrženje tožbe) za neupoštevanje procesne zahteve (imenovanje pooblaščenca) morda prestroga. Vendar sodba v zadevi *Alder* na to vprašanje ne daje odgovorov, pravzaprav niti ne iztočnic za njihovo iskanje. Glede na to bi bilo za slovensko sodišče najbolj smotrno, da postavi vprašanje za predhodno odločanje na SEU (in pri tem, da ne bi SEU predpostavljalo, da smo pač spregledali odločbo *Alder*, pojasni, zakaj ta odločba – ki obravnava pravo fikcijo vročitve – ne daje jasnih smernic za rešitev podobne problematike v slovenskem pravu). Druga možnost pa je, da bi sodišče izreklo, da določbe 146. člena ZPP v Sloveniji ni mogoče uporabljati za stranke iz držav članic EU. Tretja možnost – da bi sodišče še naprej uporabljalo 146. člen ZPP in da tudi ne bi prej postavilo vprašanja za predhodno odločanje na SEU – pa menim, da ni

pravilna. Vsaj sporno je, ali je 146. člen ZPP, ko gre za stranke iz držav članic EU, skladen s pravom EU.

Opozoriti pa velja še na naslednje. Tudi če je SEU v resnici prepovedalo fiktivne načine vročitve znotraj države, katerih namen je bil obid potrebe po vročanju v tujino, to ne velja v celoti. Nacionalno pravo še vedno ostaja relevantno glede vprašanja, kje in komu se lahko vroča. Po 140. členu ZPP se lahko na primer vročitev opravi na delovnem mestu. Če gre za delavca – dnevnega migranta, ki dela v Sloveniji, ni ovire, da se ta določba uporabi, čeprav ima delavec stalno prebivališče na primer na Hrvaškem. V številnih državah poznajo ureditev, da se lahko vročitev pravni osebi opravi tako, da se pisanje vroči njenemu zakonitemu zastopniku. Čeprav je tožena pravna oseba in čeprav ima domicil v tujini, zato (v državah, ki imajo tako pravilo o vročanju) ni ovire, da se vročitev pravni osebi v tujini opravi tako, da se pisanje vroči njenemu zakonitemu zastopniku, ki se nahaja v domači državi.

### **3. AVTONOMIJA STRANK GLEDE JEZIKA PISANJA, KI SE VROČA V TUJINO?**

Sporno je, ali je glede jamstev v zvezi z jezikom vlog v postopku dopustna avtonomija strank, to je dogovor strank o jeziku, v katerem se lahko opravijo vročitve. Ali se lahko stranki veljavno dogovorita, da bosta v (morebitnem) prihodnjem sodnem postopku sprejemali sodna pisanja v določenem jeziku, ki ga (vsaj ena) stranka ne razume?<sup>19</sup> Če je tak dogovor dopusten, bi bil lahko sklenjen na različne načine, tudi posredno, na primer z določbo, da se stranki »strinjata, da ne bosta izvrševali pravice iz 8. člena Uredbe št. 1393/2007 (tj. pravice odkloniti sprejem pisanja v jeziku, ki ga naslovnik ne razume) ali določbo, da »se stranki strinjata, da razumeta določen jezik za potrebe vročanja«. Jasno je treba razmejiti, da se to vprašanje ne nanaša na jezik sodnega postopka. Uredba jezika postopka seveda sploh ne ureja. Vprašanje, ali se stranki lahko dogovorita, da bodo vsa sodna pisanja vročena v določenem jeziku (najbrž jeziku sodišča), tudi ni bilo rešeno v sodbi SEU v zadevi *Weiss*.<sup>20</sup> Tam je šlo za dogovor strank o jeziku komunikacije v materialnopravnem razmerju, ne za dogovor o jeziku komunikacije za primer sodnega postopka.

<sup>19</sup> Za upoštevanje avtonomije strank v tem smislu Heiderhoff, v: Thomas Rauscher, nav. delo, 2010, str. 624.

<sup>20</sup> Sodba z dne 8. maja 2008 v zadevi *Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR v. Industrie- und Handelskammer Berlin*, C-14/07.

Ni izrecnega temelja v Uredbi, da bi dogovoru o jeziku pisanj, ki se vročajo v tujino, lahko priznali veljavo. Gre za širše vprašanje, koliko (če sploh) pravni red dopušča tako imenovane procesne pogodbe. Videti je, da sta v nekaterih državah, na primer v Nemčiji, teorija in sodna praksa bolj naklonjeni priznavanju avtonomije strank, da dogovorno odstopita od zakonsko predpisanega procesnega režima.<sup>21</sup> V drugih državah pa je pristop glede »procesnih pogodb« načeloma in tradicionalno negativen (na primer v Sloveniji in v Avstriji)<sup>22</sup> v skladu z odklanjanjem tako imenovanega konvencionalnega procesa. Vsaj v Sloveniji tako velja, da sta stranki upravičeni odstopiti od zakonskega procesnega reda le v primeru, kadar jih zakon k temu izrecno pooblašča. Vendar take razlike med pristopi v nacionalnem pravu na evropski ravni ne morejo biti odločilne. Treba se je zavzeti za evroavtonomno razlago pojmov in institutov uredb EU, saj se le tako doseže enotnost uporabe evropskega prava. Zato je vprašanje glede (ne)možnosti strank, da se vnaprej in sporazumno odrečeta pravici iz 8. člena Uredbe »zrela« za predložitev SEU v predhodno odločanje.

Sam se zavzemam za restriktiven pristop. Pravica odklonitve pisanja, če se vroča v jeziku, ki ga naslovnik ne razume, je namenjena zagotavljanju učinkovitosti pravice do izjavljanja. Temeljni predpogoj za izvrševanje te pravice pa je, da stranka razume, za kaj gre. Ta predpogoj pa ni izpolnjen, če stranka ne razume in ni dolžna razumeti jezika vročenega pisanja.<sup>23</sup> Vsaj jedru pravice do izjavljanja, ki jo zagotavljajo ustave številnih držav ter tudi 6. člen EKČP, se ni mogoče odpovedati vnaprej. Ta omejitev velja tudi v pravnih redih, ki so sicer naklonjeni priznavanju »procesnih pogodb« in tudi na pravnih področjih, ki so že v izhodišču naklonjena avtonomiji strank pri ureditvi postopka (tipično: arbitraž).<sup>24</sup> Res je sicer, da je vprašanje, ali tudi jamstva glede jezika spadajo v »jedro« pravice do izjavljanja. Vendar pa je tako stališče vsaj razumno mogoče zagovarjati.

Tudi argumentacija, da »določba o odklonitvi sprejema pisanja (8. člen Uredbe), daje le pravico stranki ter je s tem le v strankinem interesu in je zato

<sup>21</sup> Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, 2004, str. 421.

<sup>22</sup> Glej Lojze Ude, 2002, str. 107; Hans Walter Fasching: H. Fasching: Österreichisches Zivilprozessrecht. Manz, Dunaj 1990, str. 395. Glej tudi judikat avstrijskega Vrhovnega sodišča (OGH) z dne 7. oktobra 2003, 4 Ob 188/03, objavljen v: Recht der Wirtschaft 2004, 223.

<sup>23</sup> Judikat avstrijskega Vrhovnega sodišča z dne 16. junija 1998.

<sup>24</sup> Glej na primer sodbo Tribunala Kantona Vaud, št. 172/I z dne 23. aprila 2008, citirano v: Christoph Müller, 2010, str. 168.



logično lahko predmet strankinega prostega razpolaganja”,<sup>25</sup> ni prepričljiva. Popolnoma različno vprašanje je, ali se stranka lahko pravici odpove ali se odloči, da je ne bo izvršila (na primer da vloži pritožbo, odgovor na tožbo, da se odloči, da ne bo zahtevala izločitve sodnika, da ne bo postavljala vprašanja pričam ...), potem ko je ta pravica že nastala in ko odločitev stranke, da je ne bo izvršila, temelji na presoji že obstoječih konkretnih okoliščin primera. Vendar pa na podlagi tega nikakor ni mogoče logično sklepati, da je tak odrek pravici možen tudi vnaprej, še preden sploh pride do sodnega postopka. Tu gre dejansko in vrednostno za dva popolnoma različna položaja. Narava nekaterih procesnih temeljnih jamstev (na primer enakost orožij in pravica do izjavljanja) preprečuje možnost njihovega vnaprejšnjega odreka.<sup>26</sup> Možno se jim je odreči šele v tekočem postopku, v času, ko bi jih stranka že lahko izvrševala. Pri tej razliki je treba vztrajati, saj pred začetkom postopka stranki ne moreta vedeti za vse posledice odreka pravici. Nasprotno pa ta omejitev ni več potrebna potem, ko so relevantne okoliščine strankam v tekočem postopku že znane.<sup>27</sup>

Naslednji argument, ki se ga ponuja v prid avtonomije strank glede jezika pisanj pri vročanju v tujino, je, da lahko stranki skleneta tudi dogovor o pristojnosti tujega sodišča in s tem konkludentno tudi soglašata z jezikom sodnega postopka. Če pa lahko na opisan način »izbereta« jezik sodnega postopka, lahko še toliko bolj izbereta jezik listin, ki se v okviru tega sodnega postopka vročajo v tujino.<sup>28</sup> Vendar tudi ta argument ni prepričljiv. Stranke lahko odstopijo od zakonskega režima in sklenejo dogovor o pristojnosti (ki sicer dejansko konkludentno pomeni, da se strinjajo tudi s spremembo jezika postopka), ker jih zakon oziroma drug predpis (na primer 23. člen Uredbe Bruselj I) k temu izrecno upravičuje. Takega izrecnega pooblastila za sklenitev »procesne pogodbe« pa v Uredbi EU o vročanju (ali v kateri drugi uredbi) ni. Zdi se mi tudi zelo drzen zaključek, da naj bi že dogovor o pristojnosti sodišča v določeni državi (ali celo dogovor o uporabi materialnega prava določene države) morali razumeti bodisi tako, da stranka s tem priznava, da zna jezik te države ali pa da se odpoveduje pravici odkloniti vročitev pisanja progiranega sodišča, ki je v jeziku postopka pred tem sodiščem.

<sup>25</sup> Tako Peter Schlosser, 2007, str. 621.

<sup>26</sup> Juan Carlos Landrove, 2006, str. 89.

<sup>27</sup> Prav tam.

<sup>28</sup> Tako stališče je zastopala generalna pravobranilka Trstenjak v sklepnih predlogih z dne 29. novembra 2007 v zadevi C-14/07 (*Wéiss*).

Prav tako ni mogoče preprosto primerjati s pravico strank, da se o jeziku postopka avtonomno dogovorijo v arbitražnem postopku ter iz tega sklepati, da zato tudi v sodnem postopku ne more biti ovir.<sup>29</sup> Splošno priznano temeljno načelo arbitražnega prava je, da so stranke tiste, ki svobodno oblikujejo arbitražni postopek. Kogentna procesna pravila so v arbitraži očitno mišljena le kot izjema od tega splošnega pravila avtonomije strank.<sup>30</sup> V sodnem postopku pa je ravno obratno: izhodišče je, da zakon predpisuje procesni red, nato pa je vprašanje, koliko lahko stranke od tega predpisanega procesnega reda odstopijo. »Argument arbitraže« pa je mogoče uporabiti tudi v prid ravno nasprotnemu sklepu – torej, da odrek jamstvom vročanja (vključno z jezikom) v sodnem postopku ni možen. Če namreč stranke želijo več avtonomije glede oblikovanja postopka (vključno s tem, da se v celoti izognejo omejitvam glede čezmejnega vročanja po Uredbi EU) naj pač sklenejo arbitražni dogovor.

Menim torej, da je dogovor strank glede jezika, v katerem naj se čezmejno vročajo sodna pisanja, mogoče šteti le za indic, da stranka določeni jezik razume. Upoštevanje takih dogovorov bi bilo tudi nevarno, posebno v potrošniških zadevah. Močnejša stranka bi namreč (na primer v splošnih pogojih poslovanja) verjetno pogosto določila zanjo ugodno klavzulo o jeziku komunikacije za čezmejne vročitve v okviru sodnega postopka. Res je, da so lahko take klavzule v splošnih pogojih poslovanja neveljavne<sup>31</sup> po Direktivi št. 93/13/EGS.<sup>32</sup> Vendar pa to ne rešuje vseh položajev, pa tudi dvomljivo je, ali bi potrošnik tvegala, da se zanese na domnevno ničnost »klavzule o jeziku« v splošnih pogodbenih pogojih (kolikor se sploh zaveda, da je ta klavzula lahko nična). Predvsem pa je treba upoštevati, da se vprašljivost vnaprejšnjega odreka ustavnih pravic (pravice do izjavljanja) ne nanaša samo na tipično šibkejšo stranke. Poleg tega je treba upoštevati, da so take klavzule praviloma v škodo le ene stranke (druga stranka praviloma dogovorjeni jezik razume). Sprejetje

<sup>29</sup> Ta argument je podala generalna pravobranilka Trstenjak v sklepnih predlogih z dne 29. novembra 2007 v zadevi C-14/07 (*Wéiss*).

<sup>30</sup> Glej na primer 19. člen Uncitralovega Modelnega zakona o mednarodni trgovinski arbitraži.

<sup>31</sup> Peter Schlosser, 2007, str. 620.

<sup>32</sup> Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (UL L 95, 21. april 1993). Pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Priloga k tej direktivi vsebuje eksemplifikativni seznam določb, ki jih je mogoče šteti za nepošteno. Točka (q) tako govori o izključitvi ali omejitvi potrošnikove pravice do sprožitve pravnega postopka ali drugega pravnega sredstva.

dopustnosti takih klavzul zato ne ogroža le pravice do izjavljanja, ampak še naslednje temeljno procesno jamstvo – pravico do enakosti orožij.

### **Literatura:**

Hans Walter Fasching: H. Fasching: Österreichisches Zivilprozessrecht. Manz, Dunaj 1990.

Reinhold Geimer: Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl. Otto Schmidt, Köln 2005.

Rainer Hausmann: Problems of interpretation regarding the European Regulation on Service, v: The European Legal Forum, št. 1-2/2007, str. 8–19.

Juan Carlos Landrove: European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration: an Etat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a problematic Swiss Law Feature, v: Samantha Besson, Michel Hottelier, Franz Werro (ur.): Human Rights in the Centre. Schulthess, Zürich 2006, str. 73–101.

Christoph Müller: Swiss Case Law in International Arbitration, 2. Ed. Schulthess/Bruylant, Zürich 2010, str. 168.

Permanent bureau of the HCPIL, Practical handbook on the operation of the Hague convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, 3rd Ed. Haag, 2006.

Thomas Rauscher: Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, EGVollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EG-ZustVO2007, EGBewVO, EG-InsVO. Seillier, München 2010.

Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald: Zivilprozess, 16. Aufl. Beck Verlag, München 2004.

Peter Schlosser: Zustellung und Zustellungsersatz durch Parteieinverständnis? v: Studia in Honorem Pelayia Yessiou-Faltsi, Atene 2007, str. 611–623.

Astrid Stadler: Ordnungsgemässe Zustellung im Wege der remise au parquet und Heilung von Zustellungsfehlern nach der Europäischen Zustellungsverordnung, v: IPRax, 2/2006, str. 116–123.

Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.

Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): Pravdni postopek – zakon s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba in ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2005.

# Temeljna procesna jamstva pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb

JERCA KRAMBERGER ŠKERL

Zaslужni profesor dr. Lojze Ude je veliko ime slovenskega civilnega procesnega prava. Temelj te pravne panoge je pravica do poštenega sojenja kot ustavno zagotovljena pravica: na videz jasna, v resnici pa kompleksna, s številnimi sestavinami in mejami, ki jih je pogosto težko zarisati. Profesor Ude je kot ustavni sodnik tudi v praksi prispeval k določanju vsebine in meja te pravice v slovenskem pravu. V prispevku za zbornik ob profesorjevi 80-letnici zato tudi sama namenjam pozornost pravici do poštenega sojenja, in sicer njenemu varstvu v primerih, ko sodbe učinkujejo v drugih državah, kot so bile izdane.

## 1. UVOD

Spoštovanje temeljnih procesnih jamstev zagotavlja pošteno sojenje, kot ga pojmujejo slovenska ustava,<sup>1</sup> Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP)<sup>2</sup> in Listina Evropske unije o temeljnih pravicah.<sup>3, 4</sup> Kršitve teh temeljnih jamstev je zato mogoče uveljavljati v postopku z rednimi (pritožba) in izrednimi pravnimi sredstvi (revizija, zahteva za varstvo zakonitosti, tožba za razveljavitev sodne poravnave, obnova postopka) ter tudi z ustavno pritožbo ter pritožbo na Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP). Kadar je treba pri uporabi aktov EU njihove določbe bodisi »le« razlagati bodisi tudi tehtati s pravico do poštenega sojenja iz 47. člena Listine, lahko sodišča pos-

---

**Jerca Kramberger Škerl**, doktorica pravnih znanosti, docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Člen 23 Ustave Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

<sup>2</sup> Prvi odstavek 6. člena EKČP. Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.

<sup>3</sup> Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, UL C 83, 30. marec 2010.

<sup>4</sup> O vsebini temeljnih procesnih jamstev poglobljeno Aleš Galič, nav. delo.

tavijo vprašanje za predhodno odločanje Sodišču Evropske unije (SEU), ki bo določilo pravo ravnovesje med pravicami, ki jih zagotavlja pravo Evropske unije (EU).

Kršitve temeljnih procesnih jamstev so problematične zato, ker so domnevno vplivale na pravilnost in/ali zakonitost končne odločbe, v pravnem postopku torej sodne odločbe. Ko je sodna odločba pravnomočna, namreč bodisi takoj (oblikovalne in ugotovitvene sodbe) ali z izvršitvijo (dajatvene sodbe) pomeni spremembo v pravnem položaju strank postopka in lahko tudi konkretne posledice v dolžnikovem premoženju. Na podlagi nepravilne in/ali nezakonite sodne odločbe bo torej nastala sprememba v pravicah in obveznostih strank, take spremembe pa naj bi bile v pravni državi mogoče le na podlagi pravih ali vsaj zakonitih sodnih odločb (tudi najbolj razvejan in izpopolnjen sistem pravih sredstev namreč ne more zagotoviti vsebinsko pravih sodbe, poleg tega se mora načelo materialne resnice včasih umakniti zasledovanju hitrega in ne predragega sodnega varstva).

ESČP je v primeru *Hornsby proti Grčiji*<sup>5</sup> jamstva iz prvega odstavka 6. člena EKČP razširilo tudi na fazo izvršbe in s tem utemeljilo t. i. unitarno koncepcijo civilnega postopka, po kateri »sojenje« zajema tako kognicijski (torej pravdni) postopek kot tudi izvršilni postopek, kadar je ta potreben. Tožnik je namreč tožbo vložil zato, da bi na podlagi sodbe prišlo do konkretne spremembe, ne pa za to, da bi mu sodišče le pritrdilo, da res ima pravico, ki jo uveljavlja. Tako je tudi Vrhovno sodišče RS v sklepu z dne 7. julija 2011 zapisalo:

»Pravdni postopek kot splošen, redni in temeljni kognicijski postopek na področju civilnega sojenja in izvršilni postopek kot postopek prisilne realizacije terjatve, ugotovljene v predhodnem kognicijskem postopku, sta v procesu zagotavljanja pravnega varstva medsebojno funkcionalno povezana.«<sup>6</sup>

V zadevi *Immobiliare Saffi proti Italiji*<sup>7</sup> je ESČP posebej poudarilo, da morata biti ne samo meritorno sojenje, temveč tudi izvršitev sodbe izpeljana v razumnem roku.

Če je postopek potekal v določeni državi in so nato posledice nastale v tej isti državi, je logično, da lahko država za te posledice odgovarja pred mednaro-

<sup>5</sup> Sodba ESČP v zadevi *Hornsby proti Grčiji* z dne 19. marca 1997, Reports 1997-II.

<sup>6</sup> Sklep Vrhovega sodišča RS II Ips 30/2011 z dne 7. julija 2011.

<sup>7</sup> Sodba ESČP v zadevi *Immobiliare Saffi proti Italiji* z dne 28. julija 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V.

dnimi sodišči, v Evropi pred ESČP. V primeru obsodbe bodo posledice take sodbe v največji možni meri odpravljene.<sup>8</sup>

Sodbe pa lahko učinkujejo tudi zunaj države, v kateri so bile izdane, bodisi s priznanjem učinka pravnomočnosti bodisi z izvršitvijo v drugi državi. ESČP je v sklepu v zadevi *McDonald proti Franciji*<sup>9</sup> pravilo iz primera *Hornsby* razširilo tudi na sodbe, izdane v tuji državi;<sup>10</sup> obstaja torej pravica do izvršitve tuje sodbe, ki je lahko omejena le pod pogoji, ki na splošno upravičujejo omejitev pravice do poštenega sojenja iz prvega odstavka 6. člena (omejitev mora zasledovati legitimen cilj in biti sorazmerna).<sup>11</sup> V zadevi *McDonald* je ESČP sicer sklenilo, da pritožnik nima pravice do izvršitve sodbe v Franciji, v poznejši zadevi *Négrépontis-Giannisis proti Grčiji*<sup>12</sup> pa je ESČP pritrdilo pritožniku in Grčijo obsodilo zaradi kršitve 6. člena EKČP.

Postavlja se vprašanje, ali lahko prej opisano logiko o odgovornosti države za kršitev 6. člena uporabimo tudi v primerih, ko pravdni postopek poteka v eni državi, postopek izvršitve (ali priznanja, ko gre za oblikovalne ali ugotovitvene sodbe) pa v drugi državi. Če da, ali lahko torej država, ki sodni odločbi, izdani v postopku, obremenjenem s kršitvami temeljnih procesnih jamstev, podeli učinke na svojem ozemlju, odgovarja za te kršitve, tj. ali lahko stranka, ki so ji bile procesne pravice kršene v državi A, pred ESČP toži državo B,

<sup>8</sup> V nekaterih državah s pomočjo obnove postopka, drugje (na primer v Sloveniji), kjer obnova postopka zaradi obsodilne sodbe ESČP v civilnih zadevah zaradi varstva pravice nasprotne stranke do izjave v postopku ni omogočena, pa prek denarne odškodnine (pravičnega zadoščenja), ki jo določi ESČP.

<sup>9</sup> Sklep ESČP v zadevi *McDonald proti Franciji* z dne 29. aprila 2008, HUDOC.

<sup>10</sup> Sklep v zadevi *McDonald* tako teorija kot tudi ESČP štejeta za temeljno odločbo v zvezi z uporabo 6. člena EKČP za izvršitev tujih sodnih odločb, čeprav je, če beremo natančno, ESČP v tej odločbi zapisalo, kako razume svojo odločbo v primeru *Pellegrini* iz leta 2001 (navedena in obravnavana spodaj). Glej na primer Patrick Kinsch, nav. delo, ki meni, da je sklicevanje na sodbo *Pellegrini* zmotno, saj takrat sodišče ni odločalo o pravici do izvršitve tuje sodbe, temveč o mejah, ki jih morajo države pri izvršitvi tujih sodb upoštevati; in sodbo ESČP v zadevi *Sholokhov proti Armeniji in Moldaviji* z dne 31. julija 2012, HUDOC.

<sup>11</sup> Kinsch (nav. delo) opozarja, da širitev pravice do izvršitve »lastne« sodbe na pravico do izvršitve tuje sodbe ni sama po sebi umevna in da ESČP za tako »sodno svetovljanstvo« ni ponudilo zadostne obrazložitve. Avtor meni, da niso problematični primeri, ko tuja sodba ni izvršena zaradi nedelovanja sodnega sistema v državi izvršitve, drugače pa je v primerih, ko je izvršitev zavrnjena, ker sodba ne izpolnjuje pogojev domače zakonodaje za priznanje in izvršitev, hkrati pa država izvršitve nudi možnost (ponovnega) meritornega postopka.

<sup>12</sup> Sodba ESČP v zadevi *Négrépontis-Giannisis proti Grčiji* z dne 3. maja 2011, HUDOC. V tej zadevi je šlo predvsem za kršitev vsebinske pravice do zasebnega življenja iz 8. člena EKČP, vendar je ESČP ugotovilo tudi kršitev 6. člena zaradi nepriznanja tuje sodne odločbe na podlagi pridržka javnega reda.

ki je sodno odločbo priznala oziroma izvršila? Če da, ali lahko taka stranka toži tudi državo A, čeprav je bila sodba v celoti izvršena v državi B in torej konkretnih posledic sodbe stranka v državi A ni čutila? Kako se lahko država B, ki ni imela vpliva na tek postopka, izogne odgovornosti za kršitve, storjene v državi A?

Gre torej za vprašanje, kdaj je ne samo dovoljeno, ampak potrebno omejiti pravico do izvršitve tuje sodbe. V zadnjih letih je posebej pereče tudi vprašanje, kaj storiti, če je država, ki se sprašuje o svojih obveznostih v zvezi s priznanjem in izvršitvijo tuje sodbe, članica več mednarodnih organizacij, ki zapovedujejo spoštovanje delno različnih temeljnih vrednot, imajo pa možnost državo sankcionirati – tako kot so vse države EU hkrati tudi članice Sveta Evrope.

## **2. »POSREDNA« ODGOVORNOST DRŽAV V SODNI PRAKSI ESČP**

V zvezi z vprašanjem, ali lahko posamezna država pred mednarodnimi sodišči odgovarja za kršitev temeljnih procesnih jamstev, ker je izvršila ali priznala sodno odločbo, izdano v drugi državi v postopku, obremenjenem s kršitvijo temeljnih jamstev, lahko govorimo o posredni odgovornosti države priznanja oziroma izvršitve, čeprav izraz po mnenju nekaterih ni najbolj natančen, saj država odgovarja neposredno za uresničenje rezultata postopkovnih kršitev in s tem stori samostojno kršitev.<sup>13</sup>

### **2.1. *Soering proti Združenemu kraljestvu* (ESČP, 1989)**

Možnost posredne odgovornosti države za kršitev temeljne človekove pravice, ki jo zagreši druga država, je ESČP zunaj področja mednarodnega zasebnega prava prvič utemeljilo v primeru *Soering* iz leta 1989.<sup>14</sup> V tej zadevi je sodišče odločilo, da bi Združeno kraljestvo v primeru izročitve obtoženca ZDA odgovarjalo za kršitev 3. člena EKČP (prepoved mučenja), ker bi bila ta oseba v ZDA verjetno žrtev nečloveškega ravnanja. Združeno kraljestvo bi torej odgovarjalo za kršitev EKČP, ker bi omogočilo tretji državi, da bi kršila

<sup>13</sup> Laurence Sinopoli (nav. delo) meni, da ne gre za to, da bi bila država priznanja posredno odgovorna za kršitev, ki jo stori država izdaje odločbe, temveč da je priznanje samo take sodbe kršitev EKČP.

<sup>14</sup> Sodba ESČP v zadevi *Soering proti Združenemu kraljestvu* z dne 7. julija 1989, serija A št. 161.

konvencijsko pravico.<sup>15</sup> Šlo je torej ne samo za posredno, ampak tudi potencialno kršitev konvencije, saj (drugače kot v primerih izvršitve tujih sodnih odločb) do kršitve še ni prišlo.

## 2.2. *Drozd in Janousek proti Franciji in Španiji* (ESČP, 1992)

Posredno odgovornost države izvršiteljice tuje (sicer kazenske) sodne odločbe pa je ESČP načeloma dopustilo v zadevi *Drozd in Janousek* iz leta 1992,<sup>16</sup> čeprav se je nato izreklo za nepristojno. Šlo je za kazenski postopek, izpeljan v Andori, v katerem sta bili dve osebi obsojeni na štirinajstletno zaporno kazen, ki sta jo nato prestajali v francoskih zaporih. V postopku so bile storjene nekatere hude kršitve postopkovnih garancij (med njimi na primer kršitev garancije nepristranskega in neodvisnega sodišča). ESČP je takrat sicer menilo, da tega postopka ne more ocenjevati s stališča strogih zahtev EKČP, ker Andora ni njena pogodbenica,<sup>17</sup> kljub temu pa je zavzelo stališče, naj država ne izvrši tuje sodne odločbe, če gre za »očitno zavrnitev sodnega varstva«<sup>18</sup> (fr. *déni de justice flagrant*). Gre torej za varovanje pravice do poštenega sojenja, vendar le v primerih posebno hudih kršitev. Zanimivo je pritrnilno ločeno mnenje sodnika Franza Matscherja, ki je menil:

»Kršitev iz prvotnega postopka lahko pripišemo državi priznanja, če ta pomaga pri izvršitvi sodbe, izdane v takem postopku, enako kot v primeru izročitve, ko kršitev 3. člena EKČP v drugi državi povzroči posredno odgovornost države, ki je osebo izročila.«<sup>19</sup>

V odklonilnem ločenem mnenju so sodniki MacDonald in drugi poudarili potrebo po tem, da se tudi v postopku priznanja in izvršitve preveri spoštovanje temeljnih garancij, med njimi tudi neodvisnost sodišča.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Prim. sodbe ESČP v zadevah *Chahal proti Združenemu kraljestvu* z dne 15. november 1996, Reports 1996-V; *Saadi proti Italiji* z dne 28. februarja 2008, Reports of Judgments and Decisions 2008; *Onabour proti Belgiji* z dne 2. junija 2015, HUDOC; in *F. G. proti Švedski* z dne 23. marca 2016, HUDOC.

<sup>16</sup> Sodba ESČP v zadevi *Drozd in Janousek proti Franciji in Španiji* z dne 26. junija 1992, serija A št. 240.

<sup>17</sup> Sodišče ob tem ni želelo upoštevati okoliščine, da ima Francija (kakor tudi Španija, ki je bila prav tako tožena) močno pravno povezavo z Andoro, ki je subjekt *sui generis* mednarodnega prava, prav zaradi pomanjkanja suverenosti.

<sup>18</sup> Tč. 110 citirane sodbe.

<sup>19</sup> Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Matscherja k sodbi v zadevi *Drozd in Janousek*. Sodnik Matscher se pridružuje mnenju večine, da kršitev EKČP ni bila podana, vendar iz razloga, da ima 6. člen EKČP v postopku priznanja in izvršitve »omiljeni učinek«, tako da bi morala biti kršitev konvencije očitna.

<sup>20</sup> Odklonilno ločeno mnenje sodnikov MacDonalda, Bernhardta, Pekkanena in Wildhaberja k sodbi v zadevi *Drozd in Janousek*.



### **2.3. *Pellegrini proti Italiji* (ESČP, 2001)**

Prelomna odločba na področju temeljnih procesnih jamstev in eksekvatur v praksi ESČP pa je sodba v zadevi *Pellegrini proti Italiji* iz leta 2001.<sup>21</sup> V tej zadevi je ESČP odločalo o pritožbi gospe Pellegrini v zvezi z odločbo italijanskega sodišča o priznanju odločbe o ničnosti zakonske zveze, ki jo je izdalo sodišče Svetega sedeža. Cerkevne oblasti so odločbo izdale v postopku, v katerem niso bile zagotovljene procesne garancije iz 6. člena EKČP (predvsem pravica do izjave v postopku). ESČP je razsodilo, da je Italija kršila EKČP, saj je njeno sodišče priznalo tako tujo odločbo, čeprav je pritožnica priznanju nasprotovala zaradi nespoštovanja procesnih garancij. ESČP je poudarilo, da morajo države pogodbenice v postopkih za priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb preveriti skladnost postopka v državi izdaje odločbe, kadar gre za države nečlanice EKČP, še zlasti kadar je eksekvatura za stranki ključnega pomena.<sup>22</sup> Iz tega lahko sklepamo, da gre za obveznost držav in ne le za možnost. Basedow izpeljuje: »Država članica, ki krši 6. člen EKČP s preveč popustljivo ureditvijo priznanja, mora v skladu z 41. členom EKČP plačati odškodnino.«<sup>23</sup>

V zadevi *Pellegrini* ESČP ni sprejelo splošnega pravila, ampak je svoje odločanje izrecno omejilo na konkretni primer, torej na odločbo, ki je izhajala iz države, ki ni pogodbenica EKČP. Zato se je postavljalo vprašanje, ali presoja spoštovanja procesnih garancij v postopku izdaje odločbe ni potrebna, kadar ta izhaja iz države pogodbenice EKČP. Teorija je zavzela stališče, da bi bila taka razlaga nesprejemljiva in da morajo države preveriti postopek izdaje odločbe ne glede na to, v kateri državi je bila izdana.<sup>24</sup> Tudi nadaljnja sodna praksa ESČP in SEU je potrdila to stališče.

### **2.4. Sodna praksa ESČP po zadevi *Pellegrini***

Po sodbi v zadevi *Pellegrini* je ESČP še nekajkrat odločalo o odgovornosti držav pogodbenic za izvršitev sodnih odločb, izdanih v državah, ki niso pogodbenice EKČP, in pri katerih izdaji so bile kršene konvencijske procesne garancije. V sodbi v zadevi *Maumousseau in Washington proti Franciji*<sup>25</sup> iz leta 2007 ESČP

<sup>21</sup> ESČP, 21. julij 2001, Recueil 2001-VIII.

<sup>22</sup> Tč. 40 citirane sodbe.

<sup>23</sup> Jürgen Basedow, nav. delo, 2005, str. 68.

<sup>24</sup> Glej na primer Jürgen Basedow, nav. delo, 2004, str. 316, 317; Jerca Kramberger Škerl, nav. delo, 2008, str. 357.

<sup>25</sup> Sodba ESČP v zadevi *Maumousseau in Washington proti Franciji* z dne 6. decembra 2007, HUDOC.

nekako »kombinira« zahteve iz sodb v zadevah *Pellegrini* ter *Drozd in Janousek*: glede na subsidiarno uporabo konvencije mora pritožnik morebitne kršitve EKČP v postopku izdaje sodne odločbe uveljavljati že pred sodišči države priznanja oziroma izvršitve, v nasprotnem primeru pa lahko ESČP sankcionira le situacije, ko je bil pritožnik v državi izdaje odločbe žrtev očitne zavrnitve sodnega varstva.<sup>26</sup> V odločbi o dopustnosti pritožbe v zadevi *Eskinazi in Chelouche proti Turčiji*<sup>27</sup> iz leta 2005, v kateri je šlo za priznanje izraelske sodne odločbe, je sodišče ugotovilo, da situacija pritožnic ni primerljiva s tisto gospe Pellegrini (sodni postopki v Izraelu še niti niso bili končani), hkrati pa ne obstajajo indici, da bi bili v Izraelu žrtvi očitne zavrnitve sodnega varstva.

O izvršitvi sodb iz države pogodbenice EKČP je ESČP odločalo med drugimi v zadevi *Romanczyk proti Franciji* iz leta 2010.<sup>28</sup> Gospa Romanczyk je od dolžnika, ki je živel v Franciji, želela dobiti plačilo preživnine, ki ji je bila dosojena s poljskimi sodbami iz let 1999 in 2003. Vendar pa je bil sodni postopek za eksekvaturu in izvršitev sodb sprožen šele leta 2010, vsi prejšnji koraki v postopku pa so bili storjeni na podlagi konvencije OZN o izterjavi preživnin v tujini iz leta 1956 (Newyorška konvencija).<sup>29</sup> Francija je pred ESČP zatrjevala, da se prvi odstavek 6. člena EKČP lahko uveljavlja samo, če konvencijskim standardom ni ustrezal sodni postopek, postopek na podlagi Newyorške konvencije pa je subsidiaren. Namenjen je pomoči upniku, mu pa ne preprečuje, da bi sprožil ustrezne sodne postopke, česar pritožnica ni storila. ESČP se ni strinjalo. Ponovilo je svoje mnenje o tem, da je izvršitev del sodnega postopka in da morajo države pogodbenice zagotoviti izvršitev sodnih odločb ne glede na to, v katere državi so bile izdane.<sup>30</sup> Ker Newyorška konvencija ureja sistem sodelovanja med državami s ciljem preseganja pravnih in dejanskih težav pri vlaganju zahtev ali izvrševanju sodnih odločb o preživnini v tuji državi, imajo države tudi obveznost, da sprožijo ustrezne sodne postopke, da se doseže izvršitev.<sup>31</sup>

Ob tem je treba poudariti, da v primerih, ko je potrebna izvršitev v tujini, tudi država izdaje odločbe ni povsem razbremenjena obveznosti. V zadevi

<sup>26</sup> Tč. 97–99 citirane sodbe.

<sup>27</sup> Sklep ESČP v zadevi *Eskinazi in Chelouche proti Turčiji* z dne 6. decembra 2005, HUDOC.

<sup>28</sup> Sodba ESČP v zadevi *Romanczyk proti Franciji* z dne 18. novembra 2010, HUDOC.

<sup>29</sup> Zakon o ratifikaciji Konvencije o izterjavi preživninskih zahtevkov v tujini, Uradni list RS, št. 35/92 – MP, št. 9/92.

<sup>30</sup> Sodba ESČP v zadevi *Romanczyk*, tč. 53.

<sup>31</sup> Prav tam, tč. 58.

*Dinu proti Romuniji in Franciji*<sup>32</sup> iz leta 2008, v kateri je bilo dejansko stanje zelo podobno kot v zadevi *Romanczyk*, je bila vložena pritožba tako zoper državo izdaje sodbe kot tudi zoper državo izvršitve, ESČP pa je ugotovilo, da sta obe državi kršili prvi odstavek 6. člena EKČP, saj je zaradi opustitev obeh do izvršitve prišlo nedopustno pozno.

Ugotovimo lahko, da ESČP zahteva, da države spoštujejo določbe EKČP tudi v postopkih za priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb. Konvencija je tako okvir za državno urejanje priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb. Odgovornost držav je lahko sprožena tako z njihovimi dejanji kot tudi opustitvami.<sup>33</sup>

Vprašanje, ali se država, v kateri so bile procesne pravice kršene, lahko reši svoje odgovornosti s tem, da zatrjuje, da so vse posledice sodbe nastale v tuji državi, pred ESČP še ni bilo postavljeno. Težko si je zamisliti, v kakšnem primeru bi bil lahko tak ugovor uspešen. Če gre za oblikovalno ali ugotovitveno sodbo, so njeni učinki nastopili s pravnomočnostjo, torej takoj v državi izdaje. Če pa gre za dajatveno sodbo, ki naj bi bila izvršena v tujini, so izdaja, pravnomočnost in izvršljivost take sodbe v državi izdaje osnovni pogoj, da bo taka sodba sploh lahko »kandidirala« za izvršitev v tujini. (So)odgovornosti države izdaje za potencialno izvršitev v tujini ni mogoče zanikati.

### **3. TEMELJNA PROCESNA JAMSTVA KOT PROCESNI JAVNI RED**

Ugotovitev, da država ne bi smela podeliti učinkov tuji sodni odločbi, če so bile pri njenem sprejetju kršene temeljne procesne pravice, sama po sebi še ne zadostuje. Treba je poiskati še pravni mehanizem, s pomočjo katerega bi države lahko zavračale učinkovanje takih tujih odločb. V mednarodnem zasebnem pravu varstvu temeljnih pravic tradicionalno služi pridržek javnega reda. Z uporabo tega pridržka država bodisi zavrne uporabo tujega prava (ko gre za uporabo v kolizijskem pravu) bodisi odreče učinke tuji sodni odločbi (ko gre za priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb).<sup>34</sup> Javni red je pojem nacionalnega prava, kar pomeni, da načeloma vsaka država samostojno določa,

<sup>32</sup> Sodba ESČP v zadevi *Dinu proti Romuniji in Franciji*, 4. november 2008, HUDOC.

<sup>33</sup> Sodba ESČP v zadevi *Romanczyk*, tč. 55.

<sup>34</sup> Postopek priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb je v slovenskem pravu urejen v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Uradni list RS, št. 56/99), ki vsebuje pridržek javnega reda

katere vrednote šteje za temeljne. Značilna je nemožnost natančne opredelitve vsebine javnega reda, zato ga zakonodajalci običajno varujejo s pomočjo generalne klavzule, ki jo morajo z vsebino napolniti sodišča.

Javnemu redu lahko nasprotuje bodisi vsebina odločitve tujega sodišča (»vsebinski javni red«) bodisi postopek izdaje tuje odločbe (»procesni javni red«). Procesni del javnega reda je lažje opredeliti kot njegov vsebinski del, saj so temeljne procesne garancije razmeroma natančno določene z ustavami in mednarodnimi pravnimi akti, kot je EKČP. V nekaterih predpisih, ki urejajo priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb, zato lahko najdemo naštevanje temeljnih oziroma minimalnih procesnih standardov, ki morajo biti upoštevani pri izdaji tuje sodne odločbe.<sup>35</sup>

Čeprav je javni red načeloma nacionalna kategorija, je treba upoštevati, da so države del mednarodne skupnosti in da jih povezujejo številne mednarodne organizacije. Mnoge temeljne vrednote so jim zato skupne, ali pa to sčasoma in s pomočjo skupnih pravnih aktov postanejo. V Evropi sta najpomembnejša vira skupnih temeljnih vrednot pravo EU in pravo Sveta Evrope (predvsem EKČP). Evropske države so se z vstopom v EU in v Svet Evrope zavezale k spoštovanju in udejanjanju prava teh mednarodnih organizacij, to obveznost držav pa nadzirata naddržavni sodišči, SEU in ESČP.

Razmerje med obema komponentama evropskega javnega reda v državah, ki so članice obeh omenjenih mednarodnih organizacij, je praviloma harmonično, včasih pa lahko prihaja tudi do razhajanj. Te vrednote različnega izvora so večinoma enake, ko gre za varstvo človekovih pravic. Glede na to, da EKČP pomeni kompromis o minimalnih standardih varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, lahko sklepamo, da je konvencija del javnega reda držav članic Sveta Evrope in s tem tudi držav članic EU. Gre za »pravila, ki štejejo v evropski družbi za temeljna in ki jih njene članice morajo spoštovati«.<sup>36</sup> Kot je zapisal nekdanji sodnik ESČP Louis-Edmond Pettiti: »[ESČP] je prispevalo

---

v 100. členu. Uporabljajo se tudi številne uredbe EU, ki bodo omenjene v nadaljevanju, ter bilateralne in multilateralne mednarodne pogodbe.

<sup>35</sup> Glej na primer Poglavlje III Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov, UL L 143, 30. april 2004.

<sup>36</sup> Frédéric Sudre, nav. delo, str. 111. Sodba ESČP v zadevi *Loizidou proti Turčiji* z dne 23. marca 1995, serija A št. 310, § 75.

k [...] priznanju evropskega javnega reda, vzporednega tistemu, ki ga opredeljuje [SEU] na področju skupnostnega prava.«<sup>37</sup>

Če lahko trdimo, da EKČP v celoti spada v javni red držav pogodbenic, je pri pravu EU težje določiti, katera pravila so »temeljna« in s tem del javnega reda, in katera ne. Nedvomno med temeljna načela prava EU spadajo štiri temeljne svoboščine za zagotavljanje skupnega trga, poleg njih pa gotovo tudi številna druga pravila in cilji te mednarodne organizacije, med drugim olajšano priznavanje in izvrševanje sodnih odločb, izdanih v drugih državah članicah.

Tesna povezava med EKČP in pravom EU je vzpostavljena s Pogodbo o Evropski uniji (PEU),<sup>38</sup> ki v tretjem odstavku 6. člena določa: »[t]emeljne pravice, kakor jih zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin in kakor izhajajo iz ustavnega izročila, skupnega državam članicam, so kot splošna načela del prava Unije.«<sup>39</sup> SEU je v številnih primerih svoje odločbe in svojo razlago temeljnih pravic utemeljilo s sodno prakso ESČP. EKČP je bila tudi osnova za sestavo Listine o temeljnih pravicah Evropske unije iz leta 2000 (Listina). V drugem odstavku šestega člena je napovedan pristop EU k EKČP, kar pomeni, da bo pred ESČP lahko tožena neposredno EU in ne le posamezne države članice.

V prvem odstavku 6. člena PEU je določen začetek uporabe Listine, ki ima enako pravno veljavo kot pogodbe (tj. primarni skupnostni pravni viri). Z uporabo Listine so se razlike med ureditvami varstva človekovih pravic v EU in v Svetu Evrope še dodatno zbrisale.<sup>40</sup> Listina zagotavlja več pravic in svoboščin kot EKČP<sup>41</sup> (čeprav gre pogosto le za podrobnejšo ureditev konvencijskih pravic), vendar pa zavezuje države »le, ko uporabljajo pravo Skupnosti«. <sup>42</sup> V zvezi z razlago pravic in svoboščin, ki so analogne konven-

<sup>37</sup> Louis-Edmond Pettiti, nav. delo, str. 31.

<sup>38</sup> Prečiščena različica Pogodbe o Evropski uniji, UL C 326, 26. oktober 2012.

<sup>39</sup> SEU se je sicer že v zadevi *Rutili proti Ministru za notranje zadeve*, št. 36/75, z dne 28. oktobra 1975, izrecno sklicevalo na EKČP, katere pogodbenice so vse države članice EU.

<sup>40</sup> Jürgen Basedow, nav. delo, 2004, str. 317.

<sup>41</sup> Listina poleg pravic in svoboščin iz EKČP vsebuje tudi ustavne tradicije držav članic EU, pravice iz Evropske socialne listine, Uradni list RS, št. 24/99 – MP, št. 7/99, Listino ES o temeljnih socialnih pravicah delavcev (podpisana v Strasbourgu 9. decembra 1989 v obliki deklaracije in ni pravno zavezujoča) in pravice iz drugih mednarodnih pogodb, ki zavezujejo Evropsko unijo ali njene države članice. Za podrobnosti glej internetno stran Evropskega parlamenta, posvečeno Listini: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm)> (14. 7. 2016).

<sup>42</sup> Prvi odstavek 51. člena Listine.

cijskim, Listina v tretjem odstavku 52. člena določa, da sta njihov smisel in razsežnost enaka, kot jim ju daje EKČP.

Pridržek javnega reda poznajo nacionalni akti in najpomembnejše uredbe prava EU s področja priznanja in izvršitve sodnih odločb iz drugih držav članic. Čeprav je bilo to v starejši teoriji sporno, je razvoj sodne prakse nacionalnih in nadnacionalnih sodišč pokazal, da je pridržek javnega reda instrument, s katerim je mogoče nasloviti tako nesprejemljivo vsebino tuje sodne odločbe (vsebinski javni red) kot tudi nesprejemljiv postopek izdaje take odločbe (procesni javni red).<sup>43</sup> V evropskih državah je danes najpogosteje uporabljen, ko gre za neskladje postopka izdaje tuje sodne odločbe s procesnim javnim redom države priznanja.<sup>44</sup> Temeljne procesne predpostavke so določene s 6. členom EKČP in natančno razdelane v sodni praksi ESČP, ki jim je v času svojega delovanja namenilo več kot polovico vseh svojih odločb.<sup>45</sup> Šesti člen EKČP tako pomeni pomemben del evropskega javnega reda,<sup>46</sup> saj lahko njegove garancije označimo za evropski procesni javni red.

#### **4. SODNA PRAKSA SEU GLEDE UREDB, KI OMOGOČAJO PRIDRŽEK JAVNEGA REDA**

V Uredbi Bruselj I bis,<sup>47</sup> ki se (poleg ureditve mednarodne pristojnosti) uporablja za priznanje in izvršitev sodb, izdanih v drugih državah članicah, v civilnih in gospodarskih zadevah ter je najpomembnejša uredba EU s področja mednarodnega civilnega procesnega prava, sta varstvu temeljnih procesnih jamstev namenjena dva razloga za zavrnitev priznanja in izvršitve. Točka b prvega odstavka 45. člena uredbe (v prvotni različici uredbe<sup>48</sup> drugi odstavek

<sup>43</sup> Več o tem Jerca Kramberger, nav. delo, 2005, str. 253–276.

<sup>44</sup> Francoska sodna praksa s področja uporabe Bruseljske konvencije ni na primer pravzaprav nikoli ugotovila nasprotovanja vsebinskemu javnemu redu, procesni javni red pa je bil pogosto kršen. Yvon Loussouarn, Pierre de Vareilles-Sommières Bourel, nav. delo, str. 796, št. 507-1. Tako tudi: Hélène Gaudemet-Tallon, nav. delo, št. 409–418.

<sup>45</sup> Statistike so dostopne na: <<http://EKČP.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports>> (14. 7. 2016).

<sup>46</sup> Jürgen Basedow, nav. delo, 2004, str. 311.

<sup>47</sup> Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev), UL L 351, 20. december 2012.

<sup>48</sup> Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 12, 16. januar 2001, imenovana uredba Bruselj I.

34. člena in v Bruseljski konvenciji<sup>49</sup> drugi odstavek 27. člena) določa, da se priznanje (in na podlagi 46. člena tudi izvršitev) zavrne:

»če je bila sodna odločba izdana v odsotnosti toženca, če tožencu ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje pravočasno in na tak način, da bi lahko pripravil obrambo, razen če toženec ni začel postopka za izpodbijanje sodne odločbe, čeprav je imel to možnost«.

Gre torej za pravico do seznanitve s postopkom (pravica do informacije),<sup>50</sup> ki je osnova za uresničitev načela kontradiktornosti kot temeljnega načela pravnega postopka.

Do sodbe v spodaj obravnavani zadevi *Krombach* je bilo v teoriji sporno, ali je mogoče klasični pridržek javnega reda, vsebovan v točki a prvega odstavka 45. člena uredbe (prvi odstavek 34. člena uredbe Bruselj I in prvi odstavek 27. člena Bruseljske konvencije) uporabiti tudi za številne kršitve procesnih jamstev, do katerih lahko pride tudi, če je bila vročitev začetnega akta v postopku sicer pravilna (na primer kršitve načela kontradiktornosti, enakosti orožij in nepristranskosti sodišča). Možna se je namreč zdela tudi argumentacija, da je evropski zakonodajalec posebej uredil nevročitev začetnega akta v postopku zato, ker je bila to edina procesna kršitev, ki jo je nameraval sankcionirati v postopku priznanja in izvršitve sodbe iz druge države članice. Taka razlaga pa bi seveda povzročila težave zaradi neuskkljenosti s sodno prakso ESČP.

#### **4.1. *Krombach* proti *Bamberski* (SEU, 2000)**

V zadevi *Krombach* proti *Bamberski* iz leta 2000<sup>51</sup> je nemško sodišče SEU predložilo vprašanje za predhodno odločanje, ki se je nanašalo na možnost zavrnitve priznanja in izvršitve tuje sodne odločbe na podlagi pridržka javnega reda iz prvega odstavka 27. člena Bruseljske konvencije iz razloga, da v postopku izdaje te odločbe niso bile spoštovane temeljne procesne garancije, konkretno kontradiktornost postopka. Drugega odstavka 27. člena Bruseljske konvencije namreč ni bilo mogoče uporabiti, saj je bil začetni akt v postopku pravilno vročen.

Šlo je za francosko sodno odločbo, izdano v adhezijemskem postopku v okviru kazenskega postopka. Slednji je bil izpeljan v obdobju odsotnosti, zaradi

<sup>49</sup> Konvencija o pristojnosti in izvršitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 27. septembra 1968 je predhodnica uredbe Bruselj I.

<sup>50</sup> Glej na primer Aleš Galič, nav. delo, str. 175.

<sup>51</sup> Sodba SEU v zadevi *Krombach* proti *Bamberski*, št. C-7/98, z dne 28. marca 2000.

tega pa tudi obdolženčev pooblaščenec ni imel pravice sodelovati v postopku v imenu obdolženca (t. i. kontumacijski postopek).<sup>52</sup> SEU je odločilo, da lahko nemško sodišče omenjeno kršitev pravice do izjave v postopku priznanja in izvršitve tuje sodne odločbe sankcionira z zavrnitvijo zaradi nasprotovanja javnemu redu in s tem potrdilo, da pravica do kontradiktornega postopka spada tudi med temeljne pravice prava EU<sup>53</sup> oziroma da njeno varovanje ni v nasprotju s skupnostnim pojmovanjem javnega reda. Vsebinsko prvega odstavka 27. člena Bruseljske konvencije, torej pravnega standarda »javnega reda«, je treba tako iskati tudi v okviru konvencijskih določb, v omenjenem primeru v 6. členu EKČP. Sodna praksa, s katero je SEU razlagalo določila Bruseljske konvencije, se uporablja tudi za razlago uredb Bruselj I in Bruselj I bis in je torej še vedno aktualna. O ustreznosti (istega) kontumacijskega postopka je februarja 2001 nato odločalo še ESČP, na podlagi Krombachove pritožbe zoper Francijo.<sup>54</sup> Odločilo je, da zavrnitev zaslišanja odvetnika obdolženca pomeni kršitev 6. člena EKČP.

V zadevi *Krombach* sta tako evropski sodišči potrdili, da kontradiktornost spada med procesne garancije iz 6. člena EKČP (ESČP) in da lahko države članice EU v primeru kršitev teh pravic zavrnejo priznanje in izvršitev tuje sodne odločbe zaradi nasprotovanja javnemu redu (SEU). Da učinkovanje tuje sodbe, ki je bila izdana v postopku, obremenjenem s kršitvami temeljnih procesnih jamstev, države **morajo** zavrniti, da ne bi kršile EKČP, pa izhaja že iz sodbe v zadevi *Pellegrini*.<sup>55</sup> Možnost uporabe pridržka javnega reda v pravnih aktih EU torej državam omogoča, da spoštujejo hkrati pravo EU in EKČP, natančneje (smiselno) celotni prvi odstavek 6. člena EKČP in ne le zahteve po ustreznosti vročitvi začetnega akta v postopku.<sup>56</sup> To razlago je gotovo mogoče razširiti tudi na druge uredbe, ki urejajo nasprotovanje javnemu redu kot

<sup>52</sup> Bruseljsko konvencijo je bilo treba uporabiti, čeprav je bila odločba izdana v okviru kazenskega postopka, saj je šlo za odločanje sodišča o civilnih pravicah in obveznostih. Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS Cp 18/2006 z dne 7. decembra 2006.

<sup>53</sup> Jürgen Basedow, nav. delo, 2004, str. 316.

<sup>54</sup> Sodba ESČP v zadevi *Krombach proti Franciji* z dne 13. februarja 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-II.

<sup>55</sup> Za uporabo tega pravila za sodbo, izdano v drugi državi pogodbenici EKČP, glej na primer odločbo francoskega kasacijskega sodišča v zadevi *Pordéa*, št. revizije 97-17598, z dne 16. marca 1999.

<sup>56</sup> Številni menijo, da je s sodbo v zadevi *Krombach* določba o nevročitvi začetnega akta v postopku kot samostojnem razlogu za zavrnitev priznanja in izvršitve postala odveč. Glej na primer Etienne Pataut, nav. delo.



razlog za zavrnitev izvršitve,<sup>57</sup> predvsem uredbo Bruselj II bis<sup>58</sup> (razen glede odločb o vrnitvi otroka in o stikih z otrokom).

#### **4.2. Gambazzi proti DaimlerChrysler (SEU, 2009)**

Leta 2009 je SEU dobilo novo priložnost, da odloči, ali je določena procesna praksa lahko kaznovana z uporabo pridržka javnega reda v postopku eksekvature. Problem v zadevi *Gambazzi*<sup>59</sup> je bil spet povezan s procesnimi sankcijami toženca, tokrat zaradi njegovega neupoštevanja odredbe o razkritju dokazov. Pritožnik se ni smel vsebinsko braniti. Poleg tega ni imel dostopa do nekaterih listin, ki jih je potreboval za svojo obrambo, ker so njegovi nekdanji odvetniki uveljavili pridržno pravico za čas trajanja spora o plačilu odvetniških stroškov. Še več, zamudna sodba, ki je sledila, ni bila obrazložena.

SEU je večinoma ponovilo svojo argumentacijo iz sodbe v zadevi *Krombach*, čeprav v bolj niansirani obliki. Drugače kot v zadevi *Krombach* SEU ni povedalo, ali so bile pritožnikove procesne pravice dejansko kršene v državi izdaje sodbe, ampak je bolj posredno priznalo, da bi bil lahko glede na vse okoliščine primera ta postopek problematičen s stališča procesnih pravic. Sodišče je zapisalo, da lahko cilj zagotavljanja poštenega in učinkovitega sodnega varstva utemeljuje omejitev pravic obrambe, ta omejitev pa ne sme biti nesorazmerna.<sup>60</sup> SEU je pozvalo nacionalno sodišče, naj oceni vse okoliščine primera in se nato odloči, ali je bila toženčeva pravica do poštenega sojenja kršena. Na podlagi sodbe SEU je italijansko pritožbeno sodišče odločilo, da so bile sankcije, ki jim je bil podvržen pritožnik, stroge, vendar sorazmerne s ciljem kakovostnega sodnega varstva, zato je potrdilo izvršljivost angleške sodbe.<sup>61</sup>

ESČP je zavrnilo odločanje o tem vprašanju z zavrženjem Gambazzijeve pritožbe kot očitno neutemeljene.<sup>62</sup> Tako je v tem primeru SEU pokazalo več

<sup>57</sup> Burkhard Hess, nav. delo, str. 354. Glede potrebe po harmonični razlagi pridržka javnega reda glej tudi Stéphanie Francq, v: Ulrich Magnus, Peter Mankowski (ur.), nav. delo, št. 35.

<sup>58</sup> Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000, UL L 338, 23. december 2003.

<sup>59</sup> Sodba SEU v zadevi *Gambazzi proti DaimlerChrysler*, št. C-394/07, z dne 2. aprila 2009.

<sup>60</sup> Tč. 29–33.

<sup>61</sup> Corte d'appello di Milano, št. 3404/2010 z dne 14. decembra 2010. Odločbo je pozneje potrdilo še italijansko Kasacijsko sodišče (*Corte suprema di cassazione*, št. 11021/13).

<sup>62</sup> Odločba ESČP na spletu ni dosegljiva. Omenjal in kritiziral jo je Cuniberti v: Gilles Cuniberti, nav. delo, str. 152. Schilling meni, da je bila Gambazzijeva pritožba na ESČP res očitno neutemeljena,

občutljivosti za možne kršitve EKČP kot ESČP. To seveda ne pomeni, da je v drugih primerih, kot na primer v zadevi *Krombach*, varstvo po pravu EU odveč; preprečitev, da sodba učinkuje v drugi državi, je praviloma pomembnejša za žrtev kršitve človekovih pravic kot obsodba države, da žrtvi plača (praviloma precej nizko) odškodnino.<sup>63</sup>

Čeprav SEU ni spremenilo sodne prakse iz zadeve *Krombach*, lahko iz primerjave te sodbe s sodbo v zadevi *Gambazzi* in z nacionalnimi sodbami, ki so sledile odločbam SEU v obeh primerih, sklepamo, da je bil storjen premik k zahtevi po še resnejši in očitni kršitvi procesnega javnega reda, da je mogoče na tej podlagi zavrniti eksekvaturu.

### 4.3. Trade Agency proti *Seramico Investments Ltd.* (SEU 2012)

V zadevi *Trade Agency* iz leta 2012<sup>64</sup> je SEU odločalo o vprašanju, ali mora država izvršitve zaupati podatkom, navedenim v potrdilu iz 54. člena uredbe Bruselj I (potrdilo, v katerem sodišče, ki je sodbo izdalo, med drugim navede tudi, ali je bila tožba tožencu vročena) ali pa lahko ob nasprotnih navedbah toženca v ugovoru zoper razglasitev izvršljivosti razišče dejansko stanje v zvezi z vročitvijo začetnega akta v postopku. Odločilo je, da je sodišče države izvršitve »pristožno, da preveri skladnost med informacijami iz navedenega potrdila in dokazi«. Če bi se izkazalo, da tožba res ni bila vročena, pa bi to pomenilo zavrnitveni razlog iz drugega odstavka 34. člena uredbe Bruselj I.

Na drugo vprašanje za predhodno odločanje je SEU odgovorilo, da neobrazloženost sodbe sama po sebi ni razlog za uporabo pridržka javnega reda iz prvega odstavka 34. člena uredbe Bruselj I:

»razen če glede na celotno presojo postopka in vseh upoštevnihih okoliščin [sodišče v državi izvršitve] meni, da je s to odločbo očitno in nesorazmerno kršena pravica tožene stranke do poštenega sojenja iz drugega odstavka 47. člena Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, ker sodbe ni mogla koristno in učinkovito izpodbijati«.

---

saj se je odpovedal pravici do poštenega sojenja, ker ni sodeloval s sodiščem, tako da se pozneje ni mogel sklicevati na to pravico. Po drugi strani pa ta avtor meni, da je zavrnitev dostopa do listin, ki jih je pridržala odvetniška pisarna, očiten procesni problem, ki bi ga ESČP moralo preučiti. Theodor Schilling, nav. delo, str. 37.

<sup>63</sup> Glede kaznovanja držav s strani ESČP zaradi kršitev procesnih jamstev glej Gerhard Dannemann, nav. delo.

<sup>64</sup> Sodba SEU v zadevi *Trade Agency Ltd proti Seramico Investments*, št. C-619/10 z dne 6. septembra 2012.

SEU je torej tudi s to sodbo potrdilo, da je pridržek javnega reda mogoče uporabiti ne le za t. i. vsebinski javni red, ampak tudi za varstvo temeljnih procesnih garancij.

## **6. SODNA PRAKSA SEU GLEDE UREDB, KI NE OMOGOČAJO PRIDRŽKA JAVNEGA REDA**

Iz do zdaj povedanega je bilo razvidno, da sta javni red EU in konvencijski javni red načeloma komplementarna. Vendar pa se cilji obeh mednarodnih organizacij, iz katerih izhajajo pravila evropskega javnega reda, delno razlikujejo. Ker sta se oba sistema razvijala ločeno, se pojavljajo tudi nekatere neskladnosti. Položaj je še zlasti problematičen, kadar človekove pravice trčijo ob temeljne svoboščine, na katerih temelji EU, ki so prost pretok oseb, blaga, storitev in kapitala. SEU je že večkrat odločalo o razmerju med tema dvema sklopoma temeljnih vrednot, vendar ni določilo splošno uporabnega pravila.<sup>65</sup> Cilj EU, ki je posebej pomemben na področju mednarodnega zasebnega prava, ki pa ga Svet Evrope ne zasleduje v enakem obsegu, so prizadevanja, da bi olajšali »prehod« oziroma razširjanje učinkov sodnih odločb med države članice.<sup>66</sup> Glede na pomembnost tega cilja za razvoj skupnega trga bi lahko govorili že o peti svoboščini, t. i. prostem pretoku sodnih odločb.

EU je v prvem desetletju 21. stoletja sprejela nekatere uredbe, ki so na ožjih področjih civilnih in gospodarskih zadev zapovedovale t. i. samodejno izvršitev, tako da država izvršitve med drugim ne more več preverjati skladnosti sodne odločbe ali postopka njene izdaje s svojim javnim redom. Prva taka uredba je bila uredba Bruselj II bis glede odločb o vrnitvi otroka in o stikih z otrokom, sledile pa so uredbe o evropskem izvršilnem naslovu,<sup>67</sup> o evropskem plačilnem nalogu,<sup>68</sup> o evropskih sporih majhne vrednosti,<sup>69</sup> o

<sup>65</sup> Glede razmerja med človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami EU glej na primer Tamara Perišin, nav. delo.

<sup>66</sup> Glej na primer Stockholmski program, UL C 115, 4. maj 2010, str. 1–38.

<sup>67</sup> Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov, UL L 143, 30. april 2004.

<sup>68</sup> Uredba (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog, UL L 399, 30. decembra 2006.

<sup>69</sup> Uredba (ES) št. 861/2007 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti, UL L 199, 31. julij 2007. Uredbi o evropskem plačilnem nalogu in evropskih sporih majhne vrednosti sta bili spremenjeni z Uredbo (EU) 2015/2421 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2015 o spremembi Uredbe (ES) št. 861/2007 o uvedbi

preživninah<sup>70</sup> (za države, ki jih zavezuje Haški protokol iz leta 2007, tj. vse države članice EU razen Danske in Združenega kraljestva) in o dedovanju<sup>71</sup> (za evropsko potrdilo o dedovanju).

Po mnenju Guincharda nas sodba v zadevi *Pellegrini* uči, da:

»so mednarodna pravila o sodelovanju, ki urejajo priznanje sodb, izdanih v drugem pravnem redu, skladna z EKČP samo, če državi priznanja omogočajo, da ne prizna sodbe, sprejete v postopku, v katerem je bil kršen 6. člen.«<sup>72</sup>

Po drugi strani pa se pripomba Sinopolijeve v zvezi s posledicami sodbe v zadevi *Pellegrini* na učinkovanje tujih sodb na splošno lahko *a fortiori* razširi na razmerja znotraj EU:

»če razumemo velik pomen pravice do poštenega sojenja [v sodni praksi ESČP], se moramo vprašati, ali taka obveznost [preverjati skladnost s to pravico znotraj postopkov za priznanje in izvršitev] ne pomeni pomembne ovire za mednarodni pretok sodnih odločb.«<sup>73</sup>

Glede na to, da je bil kot instrument za varstvo pravice do poštenega sojenja iz prvega odstavka 6. člena EKČP prepoznan prav pridržek javnega reda, se je odprlo vprašanje, kaj naj stori država izvršitve, če meni, da so bile v postopku izdaje sodbe iz druge države članice kršene temeljne procesne pravice, uredba EU, ki jo mora uporabiti za priznanje ali izvršitev take sodbe, pa ne vsebuje pridržka javnega reda ali drugega instituta, ki bi omogočal zavrnitev priznanja ali izvršitve zaradi takih kršitev.

### 6.1. *Zarraga proti Pelz* (SEU, 2010)

Decembra 2010 je SEU izdalo pomembno sodbo v zadevi *Zarraga*,<sup>74</sup> v zvezi z vprašanjem varstva človekovih pravic v državi izvršitve, kadar akt EU, ki ga je treba uporabiti, ne predpisuje posebnega postopka razglasitve izvršljivosti

---

evropskega postopka v sporih majhne vrednosti in Uredbe (ES) št. 1896/2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog, UL L 341, 24. december 2015.

<sup>70</sup> Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah, UL L 7, 10. januar 2009.

<sup>71</sup> Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 4. julija 2012 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, UL L 201, 27. julij 2012.

<sup>72</sup> Serge Guinchard in drugi, nav. delo, št. 214.

<sup>73</sup> Laurence Sinopoli, nav. delo, str. 2.

<sup>74</sup> Sodba SEU v zadevi *Zarraga proti Pelz*, št. C-491/10 PPU, z dne 22. decembra 2010.

oziroma eksekvatore, v katerem bi sodišče v državi izvršitve preverjalo obstoj razlogov za neizvršitev. Španska sodba naj bi bila izvršena v Nemčiji na podlagi 42. člena uredbe Bruselj II bis.<sup>75</sup> Človekova pravica, ki je bila domnevno kršena, je bila pravica desetletnega otroka do izjave v postopku glede njegovega varstva in vzgoje. Ta pravica sicer neposredno ne izhaja iz EKČP, je pa določena v 24. členu Listine EU o temeljnih pravicah in tudi v Konvenciji Sveta Evrope o uresničevanju otrokovih pravic<sup>76</sup> iz leta 1996 (3. člen). Pravica otroka do izjave v postopku je določena tudi v omenjenem 42. členu uredbe Bruselj II bis kot pogoj za izdajo potrdila, na podlagi katerega mora biti sodba brez dodatnega preverjanja izvršena v drugih državah članicah.

SEU je odločilo, da lahko le sodišča v državi izdaje odločbe odločijo, ali so bili izpolnjeni pogoji za izdajo potrdila iz 42. člena.<sup>77</sup> Zato je treba vse ugovore vložiti pri teh sodiščih in ne v državi izvršitve. Slednja mora izvršiti sodbo, opremljeno s potrdilom, brez nadaljnega preverjanja. Vprašanje, ali lahko taka situacija pripelje do obsodbe take države pred ESČP, ne da bi sploh imela možnost sankcionirati nespoštovanje otrokove pravice do izjave v postopku, je v tem primeru ostalo neodgovorjeno, saj pritožba pred strasbourško sodišče ni bila vložena.<sup>78</sup>

## **6.2. Povse proti Alpagu (SEU, 2010)**

Julija 2010 je SEU prav tako odločalo o možnih ugovorih v državi izvršbe zoper odločbo, sprejeto na podlagi 42. člena Uredbe Bruselj II bis, torej pravila, ki določa, da je treba sodno odločbo o vrnitvi otroka, izdano v drugi državi članici, izvršiti samodejno, brez možnosti preverjanja v državi članici izvršitve.

<sup>75</sup> Uredba Bruselj II bis je bila prvi pravni akt EU, ki je odpravila eksekvatore na ozkem področju odločb o vrnitvi otroka in o stikih z otrokom.

<sup>76</sup> Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o uresničevanju otrokovih pravic, Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 26/99.

<sup>77</sup> Zanimiva je primerjava z zgoraj obravnavano poznejšo sodbo v zadevi *Trade Agency*, v kateri je SEU odločilo, da sodišče v državi izvršitve lahko preverja resničnost dejanskega stanja, na katerem temelji potrdilo sodišča izdaje sodbe. Opozoriti je treba, da gre v zadevi *Zarraga* za pravno oceno španskega sodišča, da je bila pravica otroka do izjave v postopku ustrezno varovana, in ne za sporno dejansko stanje, na primer o tem, ali je bil otrok zaslišan.

<sup>78</sup> Sodba v zadevi *Zarraga* je pomembna tudi zato, ker je SEU precej obsežno razložilo obseg otrokove pravice do izjave v postopku in obveznosti držav v zvezi z njo, ki naj bodo vodilo za nacionalna sodišča v podobnih primerih. Ni pretirano iz te razlage sklepati, da je bilo ravnanje španskega sodišča sporno. Kljub temu pa ni v domeni države izvršitve, da take situacije popravi. Nasprotno, ta država mora uporabiti vsa svoja pooblastila, da dolžnika prisili v izvršitev njegove obveznosti iz take sodbe.

Čeprav je bila sporna pravica do zasebnega življenja, ne pa postopek izdaje italijanske odločbe, je primer pomemben, ker gre za razmerje med potencialno kršitvijo človekovih pravic in samodejno izvršitvijo ter ker gre za prvi primer s tega področja, o katerem sta odločali obe evropski nadnacionalni sodišči.

Avstrijka in Italijan sta s skupnim otrokom živela v Italiji, nato pa sta se razšla in italijansko sodišče je v okviru postopka za določitev izvrševanja starševske odgovornosti sprejelo začasno odredbo, s katero je prepovedalo materi, da bi z otrokom zapustila Italijo. Mati je kljub temu otroka odpeljala v Avstrijo. Sledile so številnečasne odredbe italijanskega in avstrijskega sodišča, saj je mati sprožila nov meritorni postopek v Avstriji. Avstrijsko Vrhovno sodišče, ki je odločalo o izvršitvi poznejšečasne odredbe italijanskega sodišča o vrnitvi otroka v Italijo, je SEU postavilo vprašanja za predhodno odločanje glede pristojnosti in glede razlogov, iz katerih bi bilo mogoče zavrniti izvršitev odredbe italijanskega sodišča.

Za ta prispevek je pomemben predvsem odgovor na četrto postavljeno vprašanje, in sicer je SEU zapisalo:

»v Državi članici izvršitve ni mogoče zavrniti izvršitve odločbe, za katero je bilo izdano potrdilo, čeprav bi zaradi spremembe okoliščin po njenem sprejetju utegnila močno ogroziti dobrobit otroka. Tako spremembo je treba uveljavljati pred pristojnim sodiščem Države članice izvora, pri katerem je treba tudi vložiti morebiten predlog za odlog izvršitve njegove odločbe.«

Avstrijska sodišča so posledično odločila, da mora mati otroka vrniti v Italijo.

Gospa Poyse in njena hčerka (otrok, o katerem je tekel spor) sta vložili pritožbo na ESČP. Težko pričakovana sodba ESČP je prinesla odgovor na vprašanje, kako bo to sodišče obravnavalo »samodejno« izvrševanje na podlagi uredb EU, ki ne urejajo pridržka javnega reda.

## **7. SODNA PRAKSA ESČP GLEDE UREDB EU, KI NE OMOGOČAJO PRIDRŽKA JAVNEGA REDA**

Že omenjene uredbe EU »druge generacije« državam onemogočajo, da bi preverile spoštovanje temeljnih procesnih jamstev v državi izdaje odločbe in zavrnile priznanje ali izvršitev odločb, če bi ugotovile kršitve. Ne urejajo namreč pridržka javnega reda niti katerega drugega podobnega instituta. Treba je sicer omeniti, da so procesne garancije glede vročitve začetnega akta

v postopku posebej pomembne tudi v novih uredbah, vendar je preverjanje skladnosti s standardi EU prepuščeno državi izdaje odločbe, tako da država izvršitve ohranja le vlogo »izvršitvenega pomočnika« brez kakršnekoli pristojnosti za preverjanje.<sup>79</sup> Druge sestavine procesnega javnega reda in vsebinski javni red pa z novimi uredbami niso več varovani.<sup>80</sup>

Ker je z Lizbonsko pogodbo Listina EU o človekovih pravicah pridobila status primarnega prava, bi bilo načeloma mogoče vložiti tožbo za ugotovitev ničnosti uredb, ki odpravljajo eksekvaturu, da bi SEU ugotovilo, ali so skladne s človekovimi pravicami, ki jih zagotavlja Listina.<sup>81</sup> Vendar pa je SEU že v sodbah v zadevah *Zarraga* in *Povse* presodilo, da obstoj pravnih sredstev v državi izdaje odločbe zadostuje. Po sprejetju Lizbonske pogodbe je bil težko pričakovan pristop EU k EKČP in posledično poenotenje sodne prakse obeh sodišč. Vendar pa je negativno mnenje SEU o osnutku pristopne izjave iz leta 2014 dejanski trenutek pristopa pomaknilo v prihodnost.<sup>82</sup>

Le vprašanje časa je torej bilo, kdaj se bo ESČP soočilo s pritožbo zaradi kršitve človekovih pravic z izvršitvijo tuje sodne odločbe, ki ji je država izvršitve podelila učinke na podlagi ene od omenjenih uredb EU. Pri tem pa je treba poudariti, da je tudi ESČP že zgodaj pokazalo občutljivost za argument spodbujanja pravosodnega sodelovanja med državami na področju izvrševanja sodnih odločb, kot je razvidno iz obrazložitve v zadevah *Soering*, *Drozd in Janousek*, in na primer v novejši odločbi v zadevi *Eskinazi in Chelouche*,<sup>83</sup> v kateri je sodišče zapisalo:

»Konvencija ne zahteva, da bi države pogodbenice vsilile svoje standarde tretjim državam ali ozemljem. [...] Zahtevati tako kontrolo načina, na katerega je sodišče, ki ga Konvencija ne zavezuje, uporabilo načela iz 6. člena, bi tudi ogrozilo sodobne trende okrepitve mednarodnega sodelovanja pri zagotavljanju sodnega varstva, trenda, ki je načeloma v interesu oseb, ki v postopku sodelujejo. Države pogodbenice pa morajo kljub temu zavrniti

<sup>79</sup> Steffen Pabst v: Thomas Rauscher (ur.), nav. delo, št. 14 in tam navedeni avtorji.

<sup>80</sup> Uredba Bruselj II bis v primerih, v katerih je eksekvatura odpravljena, dodatno zagotavlja varstvo procesnih pravic strank, zlasti otroka.

<sup>81</sup> Člen 263 PDEU. Glej tudi sodbo SEU v zadevi *Foto-Frost proti Hauptzollamt Lübeck-Ost*, št. 314/85, z dne 22. oktobra 1987. V to smer tudi Steffen Pabst, nav. delo, št. 41, 42; in Burkhard Hess, nav. delo, str. 357–358.

<sup>82</sup> Mnenje št. 2/13 z dne 18. decembra 2014.

<sup>83</sup> Sklep ESČP v zadevi *Eskinazi and Chelouche*, št. C 2.

sodelovanje, če se ugotovi, da je obsodba rezultat očitne zavrnitve sodnega varstva.«<sup>84</sup>

### 7.1. Zadeva *Bosphorus*: načelno stališče ESČP do kršitev EKČP, storjenih zaradi upoštevanja prava EU

Čeprav se zadeva *Bosphorus*<sup>85</sup> ne nanaša na eksekvaturu sodnih odločb v civilnih zadevah, jo je treba omeniti kot podlago za poznejše odločitve ESČP glede vprašanja odgovornosti držav članic EU za izvršitev odločb brez možnosti preverjanja, ali so bile spoštovane procesne garancije.

V tem primeru je ESČP vzpostavilo dvojni test, ki omogoča ugotovitev, ali je lahko država pogodbenica po EKČP odgovorna za izvršitev obveznosti, ki izhajajo iz njenega članstva v mednarodni organizaciji. ESČP je odločilo, da to praviloma ni mogoče tedaj, ko država ni imela diskrecije, ali bo tako obveznost izpolnila ali ne<sup>86</sup> in če relevantna organizacija načeloma spoštuje temeljne pravice, tako vsebinsko kot tudi z ustreznimi mehanizmi preverjanja, na način, ki je vsaj enakovreden tistemu, ki ga zagotavlja EKČP.<sup>87</sup> Država pa odgovarja:

»če je bilo v okoliščinah konkretnega primera varstvo konvencijskih pravic očitno nezadostno. V takih primerih nad interesom mednarodnega sodelovanja prevlada vloga Konvencije kot ‚ustavnega instrumenta evropskega javnega reda‘ na področju človekovih pravic.«<sup>88</sup>

V zadevi *Bosphorus* je ESČP menilo, da se lahko omenjena domneva enakovrednega varstva uporabi za EU. Države članice po pravu EU nimajo diskrecije, ali bodo uredbe uporabile ali ne, saj so neposredno zavezujoče.<sup>89</sup> Če bi se torej ESČP odločilo, da test *Bosphorus* uporabi tudi pri obravnavanih uredbah, sta prva dva pogoja za njegovo uporabo izpolnjena. Ali je bilo varstvo človekovih pravic v izvornem postopku očitno nezadostno, pa bi bilo

<sup>84</sup> Sodba ESČP v zadevi *Drożdż and Janousek*, tč. 110.

<sup>85</sup> Sodba ESČP v zadevi *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi proti Irski* z dne 30. junija 2005, HUDOC.

<sup>86</sup> Tč. 156.

<sup>87</sup> Tč. 155.

<sup>88</sup> Tč. 156, ki navaja tudi zadevo *Loizidou*.

<sup>89</sup> Položaj pa je drugačen, kadar morajo države, ko uporabljajo uredbo, razlagati pravni standard iz te uredbe, kot je javni red.



treba ugotavljati v vsakem primeru posebej oziroma vsaj glede vsake države posebej.<sup>90</sup>

## **7.2. Povse proti Avstriji (ESČP, 2013)**

Prvi primer, v katerem je ESČP odločalo o pritožbi zaradi izvršitve sodne odločbe na podlagi ene od uredb, ki zapovedujejo samodejno izvrševanje, je bil *Povse proti Avstriji* iz leta 2013,<sup>91</sup> v katerem je bila pritožba vložena zaradi izvršitve sodne odločbe v zgoraj omenjeni zadevi *Povse proti Alpagu*.

Pritožnica Povse in njena hčerka sta vložili pritožbo na ESČP, v kateri sta zatrjevali, da bi izvršitev italijanske odločbe o vrnitvi otroka k očetu pomenila kršitev njune pravice do družinskega življenja iz 8. člena EKČP. ESČP je pritožbo zavrglo kot očitno neutemeljeno. Uporabilo je domnevo iz testa *Bosphorus* (čeprav je pojasnilo, da se primera med seboj razlikujeta) in ocenilo, da je bilo varstvo pravic pritožnic zagotovljeno pred italijanskimi sodišči, kjer lahko še vedno vložita ustrezna pravna sredstva. Avstrijsko sodišče, ki je v takih razmerah in po prejemu odgovora SEU na vprašanja za predhodno odločanje odredilo izvršitev italijanske sodne odločbe, s tem ni moglo kršiti EKČP.

Ceprav je šlo v primeru *Povse* za materialnopravno pravico do zasebnega življenja, je odločba ESČP pokazala, da sodišče test, oblikovan v zadevi *Bosphorus*, uporablja tudi pri uredbah EU s področja mednarodnega zasebnega prava, če so izpolnjeni pogoji za njegovo uporabo.

## **7.3. Avotiņš proti Latviji (ESČP, 2014 in 2016)**

Leta 2014 je ESČP dobilo priložnost odločati v primeru, ko je bila sodna odločba iz ene države članice EU izvršena v drugi, pritožnik pa je zatrjeval kršitev temeljnih procesnih jamstev v državi izdaje.<sup>92</sup> Trdil je, da ni prejel tožbe, vložene pri sodišču na Cipru. Ta je bila namreč poslana na naslov v Latviji, kjer je bila podpisana pogodba s tožnikom, ne pa na naslov, na katerem je dejansko živel oziroma posloval (njegov poslovni naslov pa naj bi bil znan

<sup>90</sup> Ker je ESČP odločilo, da je pravno sredstvo učinkovito samo, če je organ, ki o njem odloča, neodvisen od tistega, ki je izdal prvotno odločbo, Schilling meni, da se varstvo iz zadeve *Bosphorus* uporablja samo, če imajo pravna sredstva iz uredbe zoper izdajo potrdila o izvršljivosti devolutivni učinek. Theodor Schilling, nav. delo, str. 40. Avtor govori predvsem o uredbi o evropskem izvršilnem naslovu in o uredbi o preživninah.

<sup>91</sup> Sklep ESČP o zavrženju v zadevi *Povse proti Avstriji* z dne 18. junija 2013, HUDOC.

<sup>92</sup> Sodba ESČP v zadevi *Avotiņš proti Latviji* z dne 25. februarja 2014, HUDOC.

odvetnikom tožnika). Latvijsko sodišče je odredilo izvršitev ciprske sodbe na podlagi uredbe Bruselj I.

ESČP je ponovilo, da se v sporih, ki so odločilni za civilne pravice, prvi odstavek 6. člena uporablja tudi za izvršitev tujih pravnomočnih sodb. Glede držav članic EU je ponovilo domnevo iz zadeve *Bosphorus*, torej da te države zadostno varujejo konvencijske pravice. V 49. točki sodbe pa se je sodišče sklicevalo na preambulo uredbe Bruselj I in na tej podlagi zapisalo, da latvijsko sodišče ni imelo druge izbire, kot da je izvršilo ciprsko sodbo. To sicer ne drži, saj uredba Bruselj I dovoljuje zavrnitev izvršitve, če v primerih, ko je bila izdana zamudna sodba, začetni akt v postopku ni bil pravočasno vročen, in tudi na podlagi pridržka javnega reda. Vendar pa uredba Bruselj I zahteva tudi, da toženec, če je imel to možnost, sodbo zaradi nevročitve začetnega akta izpodbija v državi članici izdaje, česar pritožnik ni storil. ESČP je menilo, da bi moral pritožnik zamudno sodbo izpodbijati na Cipru in da je latvijsko sodišče upravičeno zavrnilo njegov ugovor zoper razglasitev izvršljivosti.

Odločba ESČP je bila sprejeta s štirimi glasovi proti trem. Trije preglasovani sodniki so napisali odklonilno ločeno mnenje, v katerem so opozorili, da uredba Bruselj I ne zahteva »slepega« izvrševanja tujih sodb, temveč dopušča zavrnitev izvršitve, na primer na podlagi drugega odstavka 34. člena.<sup>93</sup> Kritizirali so tudi zapis večine, da je latvijsko sodišče pravilno uporabilo pravo EU, saj naj tako ocenjevanje ne bi bilo v pristojnosti ESČP.

Pritožnik se je zoper sodbo iz leta 2014 pritožil na veliki senat ESČP, ki je maja 2016 potrdil prvo sodbo.<sup>94</sup> Tudi po njegovem mnenju bi moral tožnik vložiti pritožbo zoper zamudno sodbo pred ciprskim sodiščem, saj je to pravno sredstvo obstajalo (čeprav je med izdajo sodbe in trenutkom, ko je pritožnik za sodbo izvedel, poteklo veliko časa) in bi lahko z njim pritožnik dosegel razveljavitev sodbe. Domneva iz zadeve *Bosphorus* torej ni bila izpodbijana in Latvija ni kršila EKČP. Sicer bi bilo po mnenju ESČP dobro, da bi bil v ciprski sodbi pravni pouk o možnih pravnih sredstvih, vendar taka zahteva iz prvega odstavka 6. člena EKČP ne izhaja. Sodišče je tudi poudarilo, da bi moralo nacionalno sodišče, ki presoja možnost uporabe drugega odstavka 34.

<sup>93</sup> Drugi odstavek 34. člena uredbe Bruselj I se glasi: »Sodna odločba se ne prizna, če tožencu, ki se ni spustil v postopek, ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje pravočasno in na tak način, da bi lahko pripravil obrambo, razen če toženec ni začel postopka za izpodbijanje sodne odločbe, čeprav je imel to možnost.«

<sup>94</sup> Sodba ESČP v zadevi *Avotiņš proti Latvijai* z dne 23. maja 2016, HUDOC.

člena uredbe Bruselj I, ugotoviti, ali je toženec v državi izdaje imel na voljo učinkovito pravno sredstvo.

Sporno je, zakaj se je ESČP v zadevi *Avotins*<sup>95</sup> sploh sklicevalo na primer *Bosphorus*, saj je šlo za uporabo uredbe Bruselj I, ki je vsebovala instrumente, na podlagi katerih bi Latvija lahko zavrnila izvršitev ciprske sodbe, če bi ocenila, da je šlo za kršitev konvencijskih pravic. Glede na to, da tudi EKČP zahteva, da pritožnik uporabi vsa notranja pravna sredstva, preden se obrne na ESČP, bi bilo primernejše sklicevanje na zadevo *Pellegrini*, razen če je sodišče zadevi razlikovalo na podlagi dejstva, da ni bilo izčrpano pravno sredstvo v državi izdaje odločbe, medtem ko so bila v državi, zoper katero je bila vložena pritožba na ESČP, vsa pravna sredstva izčrpana. Avtomatizem oziroma nujnost izvršitve na podlagi uredbe, ki je pogoj za uporabo testa *Bosphorus*, je torej izhajala iz tega, da je ESČP menilo, da latvijsko sodišče v konkretnem primeru uredbe Bruselj I zaradi izrecne določbe drugega odstavka 34. člena ni moglo razlagati drugače, kot da je ciprsko sodbo razglasilo za izvršljivo. Kljub temu menim, da bi tudi brez uporabe testa *Bosphorus* moralo biti s stališča 6. člena EKČP sprejemljivo, če država podeli učinke tuji sodbi, čeprav toženec zatrjuje, da so mu bile v državi izdaje kršene človekove pravice, pod pogojem, da teh kršitev tam ni uveljavljal, čeprav bi jih lahko. Navsezadnje je v zgoraj omenjeni zadevi *McDonald* iz podobnih razlogov in brez sklicevanja na zadevo *Bosphorus* ugotovilo, da francosko sodišče ni kršilo 6. člena EKČP.<sup>95</sup>

## 8. SKLEP

Ugotovimo lahko, da najvišji sodišči EU in Sveta Evrope vsako v okviru svojih pristojnosti podpirata in spodbujata mednarodno pravosodno sodelovanje v obliki priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb. Tako stališče pri SEU kot organu EU ni presenetljivo, saj je samodejno prehajanje sodnih odločb med državami članicami eden od ciljev te organizacije, ki v ta namen tudi pospešeno sprejema in spreminja svojo zakonodajo. ESČP pa je v 21. stoletju razvilo novo in obsežno razlago pravic in obveznosti držav pogodbenic na področju

<sup>95</sup> Pritožnik je v tej zadevi zatrjeval kršitev 6. člena EKČP, ker francosko sodišče ni priznalo ameriške sodbe o razvezi zakonske zveze. Izkazalo pa se je, da je pritožnik tožbo za razvezo pred tem vložil že v Franciji, kjer je bil njegov zahtevek zavrnjen, zoper to odločbo pa se ni pritožil, ampak je vložil novo tožbo v ZDA.

priznavanja in izvrševanja tujih sodnih odločb s civilnopravnega področja.<sup>96</sup> (Ne)priznanje ali (ne)izvršitev tuje sodne odločbe lahko pomeni kršitev vsebinskih členov EKČP, najpogosteje pravice do zasebnega življenja iz 8. člena EKČP, lahko pa gre (tudi) za kršitev procesne pravice do izvršitve sodne odločbe iz prvega odstavka 6. člena EKČP (zadevi *McDonald* iz leta 2008 in *Négrépontis-Giannisis* iz leta 2011). Kot to velja za vsa upravičenja, ki sestavljajo pravico do poštenega sojenja, tudi pravica do izvršitve tuje sodbe ni absolutna, ampak jo je mogoče omejiti, če se z omejitvijo zasleduje legitimni namen in je sorazmerna. Države (in mednarodne organizacije) torej lahko določajo pogoje za izvršitev oziroma razloge za neizvršitev, vendar morajo ti ustrezati kriterijem iz sodne prakse ESČP oziroma jih morajo nacionalna sodišča tako razlagati.

Glede vprašanja, ali države v nekaterih primerih **morajo** zavrnilo priznanje oziroma izvršitev tuje sodne odločbe, je ESČP v zadevi *Pellegrini* iz leta 2001 odločilo, da država odgovarja za kršitev prvega odstavka 6. člena, če je priznala tujo sodbo, ki je bila izdana v postopku, v katerem so bila kršena temeljna procesna jamstva iz prvega odstavka 6. člena. Ker je SEU leto pred tem v zadevi *Krombach* že dovolilo uporabo pridržka javnega reda iz uredbe Bruselj I za zavrnitev izvršitve sodbe iz druge države članice, če so bile v postopku izdaje kršene temeljne procesne garancije, konkretno načelo kontradiktornosti, se je zdelo vprašanje spoštovanja pravice do poštenega sojenja v postopkih priznanja in izvršitve tujih odločb na evropski ravni enotno rešeno.

Toda EU je, začevši z uredbo Bruselj II bis, ki je začela veljati leta 2004, sprejelo številne akte, ki zahtevajo samodejno priznavanje in izvrševanje sodb ter javnih listin iz drugih držav članic. Ti akti ne vsebujejo pridržka javnega reda ali drugega mehanizma, ki bi državi izvršitve omogočal, da zaradi kršitve procesnih garancij v državi izdaje odločbe zavrne izvršitev take odločbe. Država članica bi se v takem primeru znašla v položaju, ko ne bi mogla hkrati spoštovati prava EU in EKČP. Prvo je o tem vprašanju odločalo SEU, ki je zavzelo stališče, da je treba pravna sredstva v zvezi s procesnimi kršitvami uveljavljati v državi izdaje odločbe, država izvršitve pa mora odločbo izvršiti brez možnosti dodatnega preverjanja (zadevi *Zarraga* in *Povse* iz leta 2010). Ko je bila nato v zadevi *Povse* vložena še pritožba pri ESČP, se je to odločilo za

<sup>96</sup> Kakor tudi za priznanje osebnih stanj, kot je sklenjena zakonska zveza. Glej sklep ESČP v zadevi *Green in Farbat proti Malti* z dne 6. julija 2010, <<http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/malta/2010/07/06/green-and-farbat-v-malta-100213-38797-07.shtml>> (25. 7. 2016).

uporabo doktrine, razvite v zadevi *Bosphorus* leta 2005. Odločilo je, da države članice EU ne odgovarjajo za kršitve, storjene v postopku izdaje odločbe, če jim akt EU, ki so ga morale uporabiti za priznanje oziroma izvršitev, ne omogoča preverjanja in sankcioniranja takih kršitev, razen če bi prišlo do očitne (flagrantne) kršitve človekovih pravic. Uporabo testa *Bosphorus* za priznanje in izvršitev na podlagi zakonodaje EU je ESČP, nekoliko sporno, potrdilo tudi v nedavni zadevi *Avotiņš*. V obeh primerih je ESČP ugotovilo, da toženi državi nista kršili EKČP, prihodnji razvoj sodne prakse pa bo pokazal, kje je prag, do koder kršitev v postopku izdaje odločbe ni očitna in, nasprotno, v katerih primerih države članice EU niso upravičene do varstva iz primera *Bosphorus*.

### **Literatura:**

Jürgen Basedow: Die Verselbständigung des europäischen ordre public, v: *Privatrecht in Europa, Vielfalt, Kollision, Kooperation*, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, zum 70. Geburtstag. Verlag C. H. Beck, München 2004, str. 291–319.

Jürgen Basedow: Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence, v: M.-N. Jobard-Bachelier, P. Mayer (ur.): *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Dalloz, Pariz 2005, str. 55–74.

Gilles Cuniberti: Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy, *IPrax* 2010, Heft 2, str. 148–153.

Gerhard Dannemann: Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK, *RabelsZ* 63/1999, str. 452–470.

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

Hélène Gaudemet-Tallon: *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3. izdaja. LGDJ, Pariz 2002.

Serge Guinchard: *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, 2. izdaja. Dalloz, Pariz 2003.

Burkhard Hess: EMRK, Grundrechte-Charta und europäisches Zivilverfahrensrecht, v: Mansel in drugi (ur.): *Festschrift für Erik Jayme*. Sellier, 2004, str. 339–359.

Patrick Kinsch: Enforcement as a Fundamental Right, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2513307](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2513307)> (25. 7. 2016), v: *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2014, str. 540–544.

Jerca Kramberger: Javni red pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb (s poudarkom na procesnih vprašanjih), v: *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*, 2005, letnik 65, str. 253–276.

Jerca Kramberger Škerl: Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu, v: *Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana* 2008, str. 355–375.

Yvon Loussouarn, Pierre de Vareilles-Sommières Bourel: *Droit international privé*, 9. izdaja, Dalloz, Pariz 2007.

Ulrich Magnus, Peter Mankowski (ur.): *Brussels I Regulation*. Sellier, München 2007.

Étienne Pataut: Mednarodne vročitve in uredba Bruselj I, v: *Pravnik*, 2011, letn. 66, št. 1/2, str. 51–67.

Tamara Perišin: Interaction of Fundamental (Human) Rights and Fundamental (Market) Freedoms in the EU, v: *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2/2006, str. 69–98.

Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (ur.): *La Convention européenne des droits de l'homme*. Economica, Pariz 1999.

Thomas Rauscher (ur.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*. Sellier, München 2010.

Theodor Schilling: Das Exequatur und die EMRK, *IPrax* 2011, Heft 1, str. 31–40.

Laurence Sinopoli: Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome, *Gazette du palais*, 23. julij 2002, št. 204, str. 2.

Frédéric Sudre: L'ordre public européen, v: *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen (11, 12 mai 2000), Bruylant, Bruselj 2001, str. 109–131.



# Sistem pravnih sredstev v izvršbi

VESNA RIJAVEC

## 1. SPLOŠNO

Pravna sredstva so v posameznem pravnem redu odraz splošnega koncepta izvršbe, ki je odvisen od tega, koliko je izvršilni postopek judicializiran, torej v pristojnosti sodišča ali drugega pristojnega organa s podobnimi pooblastili. Glede na ureditev vprašanja, kateri organi vodijo izvršilni postopek, obstajata dva skrajna sistema:

1. vodi se poseben sodni izvršilni postopek, razdeljen na fazo dovolitve in na fazo oprave izvršbe, ki ga izvajajo sodniki in sodni uslužbenci;<sup>1</sup>
2. poseben postopek dovolitve izvršbe ni predviden. Upnik z izvršilnim naslovom poišče izvršitelja zunaj sodišča, ki neposredno opravlja izvršbo brez posebnega sodnega pooblastila na podlagi generalnega pooblastila za uporabo prisilnih sredstev kot podjetnik. Pred sodiščem se na zahtevo prizadelega rešujejo le spori.

Pogosto pa gre za kombinacijo obeh konceptov. Pristojnost v izvršilnem postopku je lahko zaupana tudi upravnemu organu, kot je to na Švedskem.<sup>2</sup>

Vsem sistemom pa je skupno, da obstaja določena pravna ureditev postopkov, ki so namenjeni prisiljenju dolžnika k izpolnitvi obveznosti iz izvršilnega naslova. Kljub razlikam – zlasti, če primerjamo ureditve kontinentalnega in anglosaškega pravnega kroga –, najdemo skupne točke, kot so:

---

**Vesna Rijavec**, doktorica pravnih znanosti, redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru

<sup>1</sup> Zakon o izvršbi in zavarovanju – *Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO)*, z dne 27. maja 1896, RGBl. 79/1896, *Exekutionsordnungs-Novelle 2008* (EO-Nov. 2008), BGBl. I Nr. 37/2008.

<sup>2</sup> Mikael Berglund, nav. delo, str. 357.



- zahtevan izvršilni naslov,<sup>3</sup> ki je sodna odločba ali druga izvršljiva listina v skladu z zakonom;<sup>4</sup>
- prepoved samopomoči z določitvijo subjektov, ki uporabljajo prisilna sredstva; ter
- določitev mehanizmov za varstvo upnika, dolžnika in tretjih oseb.

Pri nas poznamo sodni izvršilni postopek v kombinaciji z institutom zasebnih izvršiteljev. Ker poznamo fazo dovolitve izvršbe in sodišče odloča tudi v fazi oprave izvršbe, je temu prilagojen tudi sistem pravnih sredstev.<sup>5</sup>

Glavni pravni sredstvi sta pritožba in ugovor. Pritožbo lahko vloži upnik proti sklepu o izvršbi, s katerim je bil njegov predlog zavrjen. Dolžnikovo edino pravno sredstvo proti sklepu o izvršbi pa je ugovor. Tudi tretji, ki se sklicuje na svojo pravico, ki preprečuje izvršbo na predlagani predmet, lahko proti sklepu vloži le ugovor. Šele proti odločbi o ugovoru se dolžnik in tretji lahko tudi pritožita. Poznamo tri vrste ugovora: ugovor dolžnika proti sklepu o izvršbi, ugovor dolžnika proti sklepu na podlagi verodostojne listine in ugovor tretjega.

Revizije in obnove v izvršilnem postopku ni. Obnova je izjemoma dovoljena v primeru izvršbe na podlagi verodostojne listine zoper del sklepa, s katerim je sodišče odločilo o terjatvi, in proti sklepu o obstoju terjatve za nasprotno izvršbo. Posebno izredno pravno sredstvo je tožba zaradi nedopustnosti izvršbe, ki jo vloži dolžnik ali tretji. Državni tožilec lahko vloži zahtevo za varstvo zakonitosti.

Kot specifična pravna sredstva se v sistem uvrščajo še predlog za vrnitev v prejšnje stanje, zahteva za odpravo nepravilnosti pri opravi izvršbe, tožba za izpodbijanje terjatve v postopku poplačila iz prodane stvari (četrti odstavek 66. člena ZIZ) in predlog za nasprotno izvršbo.

<sup>3</sup> Edina podlaga za prisilno izvršbo je povsod izvršilni naslov. Za nastop izvršljivosti se praviloma zahteva pravnomočnost, ni pa nujno. Mogoča je tudi predhodna izvršljivost pred pravnomočnostjo. Posebej je ta institut poznan v nemškem in francoskem pravu.

<sup>4</sup> Povsod razen v Angliji in Walesu je izvršilni naslov tudi notarski zapis, ki izpolnjuje pogoje izvršljivosti.

<sup>5</sup> V preteklosti se je slovenski zakonodajalec pri ureditvi izvršbe precej zgledoval po avstrijski ureditvi. Do bistvenega razkoraka je prišlo ob sprejemu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ, Uradni list RS, št. 51/98 in nasl.) leta 1998, ki je uvedel institut zasebnega izvršitelja, tuj avstrijskemu pravu. Še vedno pa oba pravna reda poznata zelo podobno delitev na fazo dovolitve izvršbe in fazo oprave izvršbe. Očitno je tudi, da so se pravna sredstva v Sloveniji razvijala ob upoštevanju avstrijskega zgleda.

## 2. UGOVOR PROTI SKLEPU O IZVRŠBI NA PODLAGI VERODOSTOJNE LISTINE

Najprej je treba omeniti ugovor proti sklepu o izvršbi na podlagi verodostojne listine, s katerim se izpodbija plačilni nalog, saj to ni pravno sredstvo v samem izvršilnem postopku. Z ureditvijo izvršbe na podlagi verodostojne listine je namreč zakonodajalec združil postopek za pridobitev izvršilnega naslova, to je postopek za izdajo plačilnega naloga z vnaprejšnjo, vendar zgolj pogojno dovolitvijo izvršbe. Če je v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine vložen obrazložen ugovor, ki ni omejen zgolj na izpodbijanje dovolitve izvršbe, nimamo izvršilnega naslova, ker ugovor zadrži nastop pravnomočnosti in izvršljivosti ter se del sklepa o dovolitvi izvršbe samodejno razveljavi. Za ugovor proti kondemnatornemu delu, ki je plačilni nalog z vsemi značilnostmi, kot ga ureja posebni pravdni postopek za izdajo plačilnega naloga, zato ne velja ureditev ugovora v izvršbi proti sklepu o dovolitvi izvršbe. Ugovor proti plačilnemu nalogu je namreč prva možnost dolžnika za uveljavitev kontradiktornosti in zato je ta ugovor suspenziven ter zanj veljajo pravila za ugovor proti plačilnemu nalogu. Tudi v nadaljnjem kontradiktornem postopku veljajo pravila posebnega postopka za izdajo plačilnega naloga iz Zakona o pravdnem postopku (ZPP).<sup>6</sup> Ker dolžnik z ugovorom uveljavlja svojo pravico do zaslišanja, plačilo sodne takse ne more biti procesna predpostavka. Če zaradi neplačila sodne takse sodišče zavrže ugovor proti plačilnemu nalogu, vsebovanemu v sklepu o izvršbi na podlagi verodostojne listine, s tem krši dolžnikovo ustavno pravico do sodnega varstva, enako kot če bi pri tožencu pravico do obrambe z odgovorom na tožbo vezali na plačilo sodne takse. V primeru toženčevega odgovora na tožbo je bilo večkrat poudarjeno, da plačilo takse ne more biti pogoj in to ni sporno. Glede plačilnega naloga, izdanega pri izvršilnem oddelku, pa praksa meni drugače. Tudi ugovor zoper sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine mora biti obrazložen. Neobrazložen ugovor se kot neutemeljen s sklepom zavrne. Ugovor proti prvemu delu, to je proti plačilnemu nalogu, je obrazložen, kadar dolžnik navede pravno pomembna dejstva, posledica katerih je lahko zavrnitev tožbenega zahtevka, če se izkažejo za resnična, in zanje predloži dokaze. Dolžnik mora torej zatrjevati pravno pomembna (relevantna) dejstva; dejstva, na podlagi katerih bi bil lahko tožbeni zahtevek zavrnjen (če bi se izkazala za resnična).

<sup>6</sup> Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

Trditve o takih dejstvih morajo biti konkretne in določne.<sup>7</sup> Če pa dolžnik med drugim trdi, da upniku ne dolguje ničesar, take trditve ni mogoče razumeti drugače kot tako, da zanika obstoj poslovnega razmerja z upnikom. Za zanikana dejstva pa objektivno niti ni mogoče predlagati dokazov. Ker je dokazno breme za obstoj poslovnega razmerja med strankama na upniku, je bilo v tej fazi postopka za obrazloženost ugovora dovolj, da je dolžnik obstoj razmerja z upnikom zanikal.<sup>8</sup>

### **3. UGOVOR DOLŽNIKA V IZVRŠBI**

Ugovor je redno, dvostransko, nedeolutivno, remonstrativno in praviloma nesuspendivno pravno sredstvo. Ugovor je po preteku roka v določenih primerih možen tudi kot izredno pravno sredstvo.

#### **3.1. Ugovor kot redno ali izredno pravno sredstvo**

Pravočasen ugovor zadrži nastop pravnomočnosti. ZIZ v določenih primerih za dolžnika in zlasti za tretjega omogoča tudi vložitev ugovora po izteku roka za ugovor, določenega v sklepu. Teorija je tak ugovor opredelila kot izredno pravno sredstvo, ker je z njim mogoče izpodbijati pravnomočen sklep.<sup>9</sup>

#### **3.2. Dvostranskost ugovora**

Ugovor ima prednost pred pritožbo zato, ker je dvostransko pravno sredstvo. Pritožba se ne vroča nasprotni stranki, ugovor pa sodišče vroči upniku v odgovor. Opustitev odgovora učinkuje kot priznanje dejstev. Rok za odgovor je dilatoren. Sodišče ne sme začeti ugotavljati ugovornih razlogov pred potekom roka za odgovor.

#### **3.3. Nedeolutivnost oziroma remonstrativnost**

Ugovor je nedeolutiven, ker o njem odloča isto sodišče, ki je izdalo izpodbijani sklep. Remonstrativnost pa pomeni, da isto sodišče pri obravnavanju ugovora samo ponovno preuči pravilnost svoje sodne odločbe. Načelni pomisleki za tako odločanje so se izoblikovali zaradi možnosti neobjektivnega

<sup>7</sup> Sodba Višjega sodišča v Kopru II Cpg 258/2004 z dne 21. decembra 2005.

<sup>8</sup> Sklep Višjega sodišča v Kopru II Cpg 34/2004 z dne 11. marca 2004.

<sup>9</sup> Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 1992, str. 69.

odločanja, če mora o pravnem sredstvu odločiti sodnik, ki je sam izdal izpodbijano odločbo. Prav v izvršilnem postopku ti pomisleki niso utemeljeni. V primeru odločanja o ugovoru je sodnik, ki odloča o predlogu za izvršbo po načelu formalne legalitete, vezan na izvršilni naslov. Njegovo ugotavljanje predpostavk za izvršbo je v postopku dovolitve izvršbe tudi sicer precej omejeno. Zato se lahko neobremenjeno posveti ugotavljanju ugovornih razlogov, ker je ugovor tudi prva možnost dolžnika, da se v zadevi izreče. Tak način mu edini omogoča neposredno razpravljanje pred sodnikom, ki je *iudex facti*, tako da mu nato ostane še pritožbena pot.

Po noveli ZIZ-A<sup>10</sup> je remonstrativnost ugovora poudarjena, ker mora pri vseh ugovornih razlogih izvršilno sodišče samo odločiti o ugovoru. Pravda zaradi nedopustnosti izvršbe je namreč predvidena le kot korektivno pravno sredstvo po pravnomočnosti sklepa o izvršbi.

### 3.4. Nesuspendivnost

Niti ugovor niti pritožba v izvršilnem postopku ne zadržita izvršbe, če zakon ne določa, da se posamezna izvršilna dejanja opravijo šele po pravnomočnosti sklep o izvršbi.

Glede na naravo izvršilnega postopka je nesuspendivnost razumljiva, saj se izvršba praviloma opravlja na podlagi izvršilnega naslova, ki je rezultat drugega kvalificiranega postopka, v katerem je bilo že izčrpano vse predvideno varstvo v sodnem ali upravnem postopku. Ker se dolžnik prostovoljni izpolnitvi upira, je razumljivo treba zmanjšati možnosti, da bi izvršbo neutemeljeno oviral. Opravljanje izvršbe na premočnine se lahko začne hkrati z vročitvijo sklepa o izvršbi (četrti odstavek 45. člena ZIZ).<sup>11</sup>

### 3.5. Obrazloženost ugovora

Zakon postavlja domnevo, da je neobrazložen ugovor neutemeljen. V takem primeru sodišče prve stopnje izda sklep, s katerim ugovor zavrne, dolžnik, ki se za to odloči, pa lahko proti njemu vloži pritožbo. Za obrazloženega velja ugovor, v katerem je dolžnik navedel dejstva, s katerimi ga utemeljuje, in predložil potrebne dokaze (drugi odstavek 53. člena ZIZ). Določba ni do-

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 75/02.

<sup>11</sup> Glej tudi Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 2010, str. 1174.

volj natančna, da bi sama rešila problem pavšalnih in nesmiselnih navedb.<sup>12</sup> Dodatno argumentacijo za presojo vprašanja obrazloženosti ugovora prinaša sprejeto načelno pravno mnenje. Ugovor je neobrazložen, čeprav je dolžnik navedel dejstva, ki pa so pravno nepomembna, ali predlagal dokaze, ki niso v nikakršni zvezi s pravno pomembnimi dejstvi.<sup>13</sup>

Pri ugovoru proti sklepu o izvršbi na podlagi izvršilnega dejstva so pravno pomembna dejstva tista dejstva, ki preprečujejo izvršbo in so navedena v prvem odstavku 55. člena ZIZ.<sup>14</sup>

### **3.6. Razlogi za ugovor proti sklepu o izvršbi**

ZIZ na splošno določa, da je mogoče ugovor vložiti iz vseh razlogov, ki preprečujejo izvršbo, nato pa posamezne razloge primeroma našteva (55. člen ZIZ).

Generalna klavzula, da je ugovor mogoče vložiti iz vseh razlogov, ki preprečujejo izvršbo, je v praksi pogosto prezrta. Podrobno naštevanje razlogov namreč vzbuja vtis, da so naštetih izčrpno. Odprtost klavzule pa tudi povzroča težave z razlago, kateri so drugi razlogi, ki poleg naštetih še pridejo v poštev.

Ker je ugovor dolžnikovo edino pravno sredstvo proti sklepu o izvršbi, mora imeti možnost uveljavljati razloge kot v pritožbi, sicer bi bil v neenakopravnem položaju z upnikom, ki ima na voljo pritožbo. Na splošno lahko uveljavlja bistvene kršitve pravil ZIZ in ZPP, ki se smiselno uporabljajo v izvršilnem postopku, napačno uporabo materialnega prava in zmotno ter nepopolno ugotovitev dejanskega stanja.

V poštev pridejo kršitve procesnih pravil in materialnega prava, ki veljajo za izvršbo in imajo podobne značilnosti kot naštetih razlogi. Dolžnik pa mora imeti možnost, da z ugovorom uveljavlja tudi napake pri ugotovitvi dejstev, vendar samo tistih, ki so pravno odločilna za izvršilni postopek.<sup>15</sup>

Po smiselni uporabi ZPP izvršilno sodišče po uradni dolžnosti pazi na naslednje absolutne bistvene kršitve: sodnikove izločitvene razloge, nedovoljena

<sup>12</sup> Več o tem v Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 2008, str. 1022.

<sup>13</sup> Načelno pravno mnenje obče seje Vrhovnega sodišča RS z dne 9. decembra 1999 o drugem odstavku 53. člena, prvem odstavku 61. člena in tretjem in petem odstavku 62. člena ZIZ, Pravna mnenja 2/99, str. 17.

<sup>14</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 2041/2010 z dne 16. junija 2010.

<sup>15</sup> Primerjaj: Gabrijela Mihelčič, Damir Kontrec, nav. delo, str. 269.

razpolaganja v izvršilnem postopku, neupoštevanje predpostavk, ki se nanašajo na sposobnost strank in zastopanje, pravnomočnost sklepa z identičnim izvršilnim sklepom, pomanjkljivosti, zaradi katerih je sklep nerazumljiv ali ga ni mogoče preizkusiti (drugi odstavek 339. člena v zvezi z drugim odstavkom 350. člena ZPP).

Na relativne kršitve ZPP in kršitev pravila o uporabi jezika in o javnosti narka pazi sodišče le na ugovor strank.

Sodišče po uradni dolžnosti pazi na uporabo materialnega prava.

### 3.6.1. Primeroma naštetih razlogi (55. člen ZIZ)

Primeroma naštete razloge za ugovor lahko razdelimo v tri skupine. To so:

1. razlogi, ki se nanašajo na predpostavke izvršbe;
2. opozicijski razlogi – kljub veljavnemu izvršilnemu naslovu izvršba ni dovoljena, ker je upnikova terjatev prenehala ali je ovirana;
3. impugnacijski razlogi (nepravi opozicijski razlogi) – kljub veljavnemu izvršilnemu naslovu in čeprav terjatev obstaja, ni možnosti, da bi se izvršba opravila v sedanjem času oziroma v korist ali breme osebe, ki je stranka v postopku.

### 3.6.2. Kršitev predpostavk izvršbe

Izvršba ni dovoljena, če manjkajo formalne ali materialne predpostavke za njeno dovolitev. Pomanjkanje formalnih predpostavk je upoštevano v razlogu nepristojnosti sodišča in razlogu neobstoja izvršilnega naslova ali verodostojne listine (1. in 2. točka prvega odstavka 55. člena ZIZ).

#### *a) Pristojnost (1. točka prvega odstavka 55. člena ZIZ)*

Pristojnost sodišča je tudi splošna procesna predpostavka, v okvir katere spada preizkus sodne, mednarodne, stvarne in krajevne pristojnosti. Vse nepristojnosti lahko dolžnik uveljavlja z ugovorom, vendar drugi odstavek 55. člena določa, da sodišče na pristojnost pazi po uradni dolžnosti. S tem nepristojnost generalno uvršča med absolutne bistvene kršitve določb ZIZ. To je v nasprotju z ZPP, ki sicer vse pristojnosti našteva med absolutnimi bistvenimi procesnimi kršitvami, vendar nanje sodišče ne pazi po uradni dolžnosti. Pravna varnost strank ni tako ogrožena, da bi bila potrebna vključitev oficialnih pooblastil, če je namesto upravnega organa odločilo sodišče, saj

ima sodni postopek več mehanizmov, ki strankam v postopku zagotavljajo pravno varnost. Podobno lahko rečemo za odločanje slovenskega sodišča namesto tujega. Še najmanj pomembna pa je krajevna pristojnost, saj bi morala v državi vsa sodišča iste vrste in stvarne pristojnosti zagotavljati enako pravno varnost. Poleg tega menim, da pride pri krajevni pristojnosti z izdajo sklepa o izvršbi do ustalitve pristojnosti. V izvršilnem postopku predpostavka pristojnosti nima večjega pomena kot v pravnem postopku, zato ni videti pravega razloga za različno ureditev.

*b) Druge kršitve procesnih predpostavk*

Zunaj naštetih razlogov naj pri kršitvi procesnih predpostavk omenim še kršitev nekaterih procesnih rokov, na primer za vložitev predloga za izvršbo v primeru ponovnega motenja posesti (229. člen ZIZ) ali predloga za vrnitev delavca na delo (231. člen ZIZ).

V ugovoru je mogoče uveljavljati pomanjkanje pravnega interesa za prodajo nepremičnine, če predlagajoči upnik ne bo niti delno poplačan (180. člen ZIZ).

*c) Veljaven izvršilni naslov*

Pogoj veljavnega izvršilnega naslova je upoštevan več točkah z razlikovanjem med odločbami in poravnavami. Notarski zapis izrecno ni omenjen.

- Listina ni izvršilni naslov (2. točka)

Na podlagi ugovora, da listina, na podlagi katere je bila predlagana izvršba, ni izvršilni naslov, je izvršilno sodišče dolžno presojeti, ali je konkretna listina po zakonu sploh predvidena, da je lahko izvršilni naslov, in tudi veljavnost oblike. Pri tem je mogoče uveljavljati nepristnost listine, da listine ni izdal organ, ki je naveden kot izdajatelj, ali da ta organ listine ni izdal v okviru svojih pooblastil.

Ugovor, da notarski zapis ni izvršilni naslov, je možen, če niso izpolnjeni z Zakonom o notariatu (ZN)<sup>16</sup> nujno predpisani pogoji za to obliko listine. V vsakem primeru listina izgubi značaj javne listine in s tem tudi ni več notarski zapis v naslednjih primerih:

- če je pri notarskem zapisu sodeloval notar, ki ni upošteval domneve o pristranosti, ni nastala javna listina. Notar ne sme poslovati v zadevah, iz katerih neposredno izhajajo pravice ali obveznosti zanj ali za druge osebe,

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 13/94 in nasl.

- s katerimi je povezan na podlagi zakonske zveze, sorodstva, posvojitve, rejništva, skrbništva, zastopanja ali zunajzakonske skupnosti (22. člen ZN);
- če manjka notarjev podpis ali žig ali navedba, da je bil zapis udeležencem prebran in da so ga odobrili, zapis nima učinka javne listine;
  - če pri sestavi ni sodeloval notar, listina nima učinka javne listine, ampak gre lahko le za zasebno listino.

Pri drugih prekršitvah obličnostnih zahtev iz ZN sodišče v vsakem konkretnem primeru presoja zgolj njihov vpliv na verodostojnost listine (drugi odstavek 38. člena ZN).

Če soglasje zavezanca za neposredno izvršljivost ni podano ali ni podano v predpisani obliki, niso izpolnjeni pogoji za neposredno izvršljivost in nimamo izvršilnega naslova.

Tuja odločba ni izvršilni naslov, če ne izpolnjuje pogojev za priznanje in izvršitev.

V okviru te točke bi lahko uveljavljali tudi neobstoj drugega pogoja za nastanek izvršilnega naslova, to je nastop učinka izvršljivosti, ZIZ pa ta pogoj upošteva v posebnih dveh točkah 3 in 6.

- Odločba še ni izvršljiva (3. točka)

Sodba ni izvršilni naslov, če ni pravnomočna in če ni potekel paricijski rok. Za sodno poravnavo in za izvršljiv notarski zapis pa mora nastopiti zapadlost, da postane izvršilni naslov, kar zajema 6. točka. Ugotovitev in potrjevanje nastopa izvršljivosti sta po procesnih kriterijih v pristojnosti organa, ki je izdal odločbo, in ta organ izda potrdilo o izvršljivosti. Izvršilno sodišče v izvršilnem postopku ni upravičeno presojati utemeljenosti izdanega potrdila o izvršljivosti, s čimer je razbremenjeno preverjanja poteka paricijskega roka in je potrdilo, dokler to ni razveljavljeno, dolžno slediti.<sup>17</sup>

- Sodna poravnava ali notarski zapis še nista izvršljiva (6. točka)

Če rok za izpolnitev terjatve še ni potekel ali če še ni nastopil pogoj, ki je bil določen v poravnavi, ni zapadlosti, zato poravnava oziroma notarski zapis nista izvršljiva. Odložni pogoj za nastanek terjatve ali za njeno zapadlost odloži zapadlost. Zato je tudi ta razlog mogoče uveljavljati kot razlog, da ne obstaja izvršilni naslov. Na obstoj izvršilnega naslova, tudi na izvršljivost, ki

<sup>17</sup> Sklep Višjega sodišča v Mariboru I Ip 1064/2015 z dne 20. januarja 2016.



je pojem procesnega prava, sodišče pazi po uradni dolžnosti, na zapadlost terjatve iz sodne poravnave ali notarskega zapisa pa ne. Čeprav je zapadlost pojem materialnega prava, je nastop zapadlosti tudi procesna predpostavka za nastop izvršljivosti sodne poravnave ali notarskega zapisa. V domačem pravnem prometu notarji ne izdajajo potrdila o izvršljivosti svojega zapisa, izdajo pa ga po pravu EU.

- Naknadna izguba lastnosti izvršilnega naslova (4. in 5. točka)

Čeprav listina ob vložitvi predloga izpolnjuje vse pogoje za izvršilni naslov, lahko naknadno pride do razveljavitve, odprave ali spremembe izvršilnega naslova, ki ga predstavlja sodna ali upravna odločba. Če je izvršilni naslov sodna poravnava ali notarski zapis, je naknadno možna razveljavitev sodne poravnave ali pravnega posla iz notarskega zapisa ali ugotovitev ničnosti pravnega posla iz notarskega zapisa. V vseh teh primerih odpade predpostavka obstoja izvršilnega naslova.

ZIZ v 5. točki prvega odstavka 55. člena upošteva kot razlog za ugovor naknadno razveljavitev poravnave, pri čemer ne govori izrecno o sodni poravnavi. Zato se citirana določba uporablja tudi v primeru, če je bil razveljavljen pravni posel v notarskem zapisu. ZIZ namreč na splošno določa, da se določbe o poravnavi uporabljajo tudi za notarski zapis (drugi odstavek 17. člena).

Poleg tega sodišče ustavi izvršbo po uradni dolžnosti, če je izvršilni naslov pravnomočno odpravljen, spremenjen, razveljavljen ali izrečen za neveljavnega oziroma če je razveljavljeno potrdilo o izvršljivosti. Ob tem razveljavi, če zakon ne določa drugače, tudi opravljena izvršilna dejanja, kolikor s tem niso prizadete pridobljene pravice drugih oseb (76. člen ZIZ).

Ta razlog je mogoče uveljavljati tudi v nasprotni izvršbi.

Med razlogi za naknadno izgubo lastnosti izvršilnega naslova upoštevamo tudi posledice začetka stečaja. S tem trenutkom listina, iz katere izhaja denarna terjatev, izgubi moč izvršilnega naslova, čeprav odločba ostane *res iudicata* in poravnava *res transacta*. Upravičenec iz listine lahko le participira pri delitvi, ne more pa voditi individualne izvršbe. Njegov položaj v stečaju pa je odvisen od tega, ali je terjatev prijavil.

#### *d) Dopustnost izvršbe na določen predmet*

Izmed materialnih predpostavk zakon v 7. točki 55. člena kot ugovorni razlog omenja nedopustnost izvršbe na določen predmet, pri čemer razlikuje med

predmeti, ki so iz izvršbe izvzeti, in tistimi, ki so v izvršbi omejeni.<sup>18</sup> Posebej določa, da sodišče po uradni dolžnosti v ugovornem postopku upošteva prepoved izvršbe na predmete, ki niso v pravnem prometu (drugi odstavek 55. člena ZIZ). Ti predmeti so generalno izvzeti iz izvršbe.

### 3.6.3. Opozicijski razlogi

Opozicijski razlogi preprečujejo izvršbo, ker je upnikova terjatev zaradi dejstva, ki ga ni bilo več mogoče upoštevati, pri izvršilnem naslovu prenehala ali je ovirana. Gre za ugovor materialnega prava proti samemu zahtevku oziroma terjatvi.<sup>19</sup> Po ZIZ 1930 jih je bilo mogoče uveljavljati z rekurzom ali opozicijsko tožbo.

Tudi v avstrijskem pravu lahko dolžnik izbira med pritožbo (nem. *Rekurs*) in opozicijsko tožbo (nem. *Oppositionsklage*).

#### a) Prenehanje terjatve (8. točka)

Izvršbo preprečuje naknadno dejstvo, ki je nastopilo po nastopu izvršljivosti ali pred tem, toda v času, ko dolžnik tega ni mogel uveljavljati v postopku, iz katerega izvira izvršilni naslov, oziroma če je terjatev prenehala na podlagi dejstva, ki je nastopilo po sklenitvi poravnave ali po sestavi notarskega zapisa.

Dejstva, ki so pravno odločilna za terjatev upnika proti dolžniku, razvrščamo v dve obdobji. Prvo obdobje pokrivajo **časovne meje pravnomočnosti** in meje izvršljivosti pri notarskem zapisu. Zajeto je dejansko stanje, kot je obstajalo ob izdaji odločbe na prvi stopnji, ob sklenitvi sodne poravnave ali ob sestavi notarskega zapisa, ker je bilo samo ta dejstva mogoče vzeti za podlago odločbe ali poravnave. Sodišče sodi po stanju ob koncu glavne obravnave in mu ni mogoče očitati, da je dejansko stanje napačno ugotovilo, če so se nova dejstva pojavila po tem trenutku. Dejstva, ki izvirajo iz prvega obdobja, je mogoče uveljavljati s pravnimi sredstvi proti odločbi ali poravnavi.<sup>20</sup> To je s pritožbo, ugovorom proti plačilnemu nalogu, z obnovo postopka in s tožbo za razveljavitev sodne poravnave. Pri notarskem zapisu je lahko predmet tožbe pravni posel, ki je v tej obliki zapisan.

<sup>18</sup> Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, nav. delo, str. 296.

<sup>19</sup> Več o tem: Jan Zobec, nav. delo, str. 10–12.

<sup>20</sup> Tako stališče zastopajo Lojze Ude, nav. delo, 2002, str. 317; Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 1992, str. 71; Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, nav. delo, str. 258.

Dejstva, ki so nastala v zvezi s terjatvijo po trenutku, ko jih v postopku izdaje izvršilnega naslova ni bilo več mogoče upoštevati, je mogoče uveljavljati le z ugovorom v izvršbi, če so taka, da preprečujejo izvršbo. Časovne razmejitve med dejstvi, ki jih je mogoče uveljavljati v ugovoru v izvršbi, in dejstvi, ki se uveljavljajo s pravnimi sredstvi proti odločbi ali poravnavi, ZPP izrecno ne določa, temveč je ta postavljena v 8. točki prvega odstavka 55. člena ZIZ.<sup>21</sup>

Pri sodni poravnavi ali pri notarskem zapisu imajo stranke možnost, da dejstva, ki so obstajala v času sklenitve poravnave ali pravnega posla, uveljavljajo v tožbi za razveljavitev sodne poravnave ali v tožbi za izpodbijanje pravnega posla v notarskem zapisu.

Prenehanje terjatve povzroči predvsem izpolnitev obveznosti, lahko tudi s sodnim pologom, včasih je možna tudi nadomestna izpolnitev (283. člen Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>22</sup> Prenehanje povzročijo tudi odpust dolga (319. člen OZ), novacija (323. člen OZ), združitev (328. člen OZ), naknadna nemožnost izpolnitve (329. člen OZ), pobot, ki nastopi po pravnomočnosti izvršilnega naslova<sup>23</sup> (311. člen OZ), nastop razveznega pogoja, opredelitev predmeta obveznosti za stvar zunaj pravnega prometa, prodaja predmeta obveznosti na prej opravljeni dražbi v izvršilnem postopku.

Glede uveljavljanja pobota v izvršbi teorija poudarja stališče, da je ta mogoč le, če sta obe terjatvi ugotovljeni z izvršilnim naslovom.<sup>24</sup> Zasledimo pa lahko tudi stališče, da dolžnik pobota ne more uveljavljati procesno, ampak samo zunajprocesno. Dolžnik bi lahko torej ugovarjal prenehanju upnikove terjatve zaradi pobota le, če se je z upnikom o pobotu dogovoril (*pactum de compensando*) ali če bi zatrjeval, da je terjatev prenehala zaradi izjave o pobotu, ki naj bi jo upnik posređoval že v času po nastanku izvršilnega naslova, in preden je ta vložil predlog za izvršbo.<sup>25</sup> Dolžnik lahko ugovarja, da je terjatev prenehala zaradi pobota, ki je način prenehanja obveznosti. Če pa bi dolžnik šele v izvršilnem postopku uveljavljal procesni ugovor pobota, tak ugovor pobota

<sup>21</sup> Lojze Ude, nav. delo, 2002, str. 317.

<sup>22</sup> Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

<sup>23</sup> OZ ne izključuje pobota terjatve, če je ena od terjatev ugotovljena s pravnomočno sodno odločbo; tako Lojze Ude, nav. delo, 1979, str. 72; in sodba Vrhovnega gospodarskega sodišča SI 1014/73 z dne 13. novembra 1973, Informator, 1974, št. 2047.

<sup>24</sup> Lojze Ude, nav. delo, 1979, str. 72.

<sup>25</sup> Nevenka Šorli, nav. delo, str. 8.

v izvršbi ne bi bil dopusten.<sup>26</sup> Že ZPP namreč omejuje možnost pobotnega ugovora najpozneje na prvem naroku za glavno obravnavo.

Ugovor je po 8. točki 55. člena lahko vložen tudi zato, ker je nedenarna terjatev zaradi posledic stečaja prenehala (konverzija v denarno).

*b) Zastaranje terjatve (11. točka)*

Z zastaranjem obveznost ne ugasne, temveč se spremeni v naturalno. Ugasne le pravica zahtevati izpolnitev, zato je terjatev zaradi zastaranja ovirana. Upnik izgubi pravico v izvršbi uveljavljati svojo terjatev, ki je ugotovljena s sodno odločbo (judikatna obligacija) v desetih letih od pravnomočnosti odločbe ali sodne poravnave. Vse občasne terjatve, ki izvirajo iz pravnomočnih odločb ali poravnav in zapadejo v bodoče, pa zastarajo v roku, določenem za zastaranje občasnih terjatev (356. člen OZ).

#### 3.6.4. Impugnacijski razlogi

Impugnacijski<sup>27</sup> ali nepravilni opozicijski razlogi preprečujejo izvršbo kljub veljavnemu izvršilnemu naslovu in obstoju terjatve, ker niso izpolnjeni pogoji, da bi se izvršba lahko opravila v sedanjem času, ali niso izpolnjeni pogoji, da bi jo bilo mogoče dovoliti v korist ali breme osebe, ki je stranka v postopku.<sup>28</sup> Opredelitev impugnacijskih razlogov izvira iz ureditve ZIZ 1930. Med impugnacijskimi razlogi so bili takrat upoštevani tudi razlog neizvršljivosti odločbe in nepotek paricijskega roka ali nezapadlost ali neizpolnitev pogoja (sedanji 3. in 6. točka 55. člena ZIZ). Ti razlogi pa po sedanji ureditvi spadajo med kršitve predpostavk izvršbe. Ureditev po ZIZ 1930 ni posebej določala ugovornih razlogov zaradi kršitev predpostavk izvršbe. Prav tako ni posebej določala preizkusa glede obstoja izvršilnega naslova, na kakršen primer naletimo v 2. točki 55. člena. Zato je bilo takrat razumljivo, da sta bili neizvršljivost ali nezapadlost zahtevka upoštevani kot poseben impugnacijski razlog.

Za impugnacijske razloge ni pomembno, kdaj so nastali.

Med naštetimi razlogi v 55. členu ZIZ so impugnacijski razlogi naslednji:

- če je upnik odložil izpolnitev obveznosti za čas, ki še ni potekel (9. točka 55. člena ZIZ);

<sup>26</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani Cpg 721/94 z dne 2. junija 1994.

<sup>27</sup> Impugnacijski razlog pomeni izpodbojni razlog.

<sup>28</sup> Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 1992, str. 72.

- če je pretekel rok, v katerem je po zakonu mogoče predlagati izvršbo (10. točka 55. člena ZIZ);
- če terjatev ni prešla na upnika oziroma če obveznost ni prešla na dolžnika (12. točka 55. člena ZIZ).

V to skupino lahko uvrstimo tudi dogovor upnika in dolžnika, da kljub veljavnemu izvršilnemu naslovu nekaj časa izvršbe še ne bo predlagal (*pactum de non petendo*).

Poleg naštetih je mogoče med impugnacijske razloge uvrstiti tudi razlog, da izvršbo preprečuje začetek postopka prisilne likvidacije ali stečajnega postopka nad dolžnikom (34. in 111. člen ZPPSL).

### **3.7. Postopek in odločitve v ugovornem postopku**

Izvršilno sodišče izda sklep o ugovoru, s katerim:

- zavrže ugovor kot prepozen, nepopoln ali nedovoljen;
- zavrne ugovor in potrdi sklep prve stopnje;
- ugodí ugovoru in razveljavi sklep ter predlog zavrže;
- ugodí ugovoru, razveljavi sklep;
- ugodí ugovoru in spremeni sklep prve stopnje ter ustavi izvršbo, če je zaradi spremembe to potrebno;
- ugodí ugovoru krajevne nepristojnosti, se izreče za krajevno nepristojno in odstopi zadevo krajevno pristojnemu sodišču, ki odloči tudi o drugih ugovorih zoper sklep o izvršbi (58. člen ZIZ).

V sklepu o ugovoru, s katerim mu ugodí, sodišče odloča tudi o ustavitvi izvršbe. Pri ustavitvi velja pravilo, da v pridobljene pravice drugih oseb ni mogoče posegati (drugi odstavek 76. člena ZIZ). Izjemoma je izvršba lahko končana pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi (prenos pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi; 150. člen ZIZ). V primeru razveljavitve sklepa sodišče ne ustavi postopka, ker je že končan. Dolžnik ima na voljo nasprotno izvršbo.

Nepravočasen in nedopusten ugovor sodišče zavrže. Ugovor je nedopusten, če ga je vložil nekdo, ki nima te pravice, ali če ga je vložil tisti, ki se je temu pravnemu sredstvu odpovedal.

Sodišče zavrne ugovor kot neutemeljen, če sploh nima obrazložitve, enako kot če vsebuje neustrezno obrazložitev. Z neobrazloženim ugovorom ni treba ravnati kot z nepopolno vlogo.

Do zavrnitve pa pride tudi, če je ugovor sicer ustrezno obrazložen, vendar je vložen iz razloga, iz katerega sklepa o izvršbi ni mogoče izpodbijati, ali če dokazi po presoji sodišča ne dokazujejo obstoja dejstev, ki bi upravičila ugovorni razlog. Za zavrnitev je predpisan še dodatni pogoj, da je upnik pravočasno odgovoril na ugovor.

Pravočasen, popoln in dovoljen ugovor mora biti vročen upniku, ki mora v osmih dneh nanj odgovoriti (57. člen ZIZ). Sicer se šteje, da so navedbe v ugovoru resnične (prvi in peti odstavek 58. člena ZIZ). ZIZ uveljavlja teorijo afirmativne litiskontestacije, ko molk pomeni priznanje. Nikjer ni določeno, da mora upnik svoj odgovor obrazložiti. Zaradi opustitve odgovora sodišče ne more kar ugoditi ugovoru, temveč mora preučiti njegovo utemeljenost. Ob priznanih dejstvih mora uporabiti ustrezno pravno normo in odločitev opreti na pravno sklepanje. To vpliva na možne pritožbene razloge.

Razlikovanje med ugovorom, ki je neobrazložen in zato neutemeljen, in ugovorom, ki je obrazložen, vendar po presoji dejstev in dokazov neutemeljen, je pomembno. Neobrazloženega ugovora sodišče ne vroči upniku v odgovor, pri odločanju zaradi domneve o neutemeljenosti ni dokazne ocene, obrazložitev pa je zato preprostejša.

Če je ugovor obrazložen, sodišče ocenjuje dokaze le, če bo upnik pravočasno odgovoril na ugovor. Za primer neobrazloženega odgovora niso predvidene pravne posledice, čeprav si upnik s tem zmanjšuje možnost uspeha v zadevi. Sodišče namreč glede na konkretne okoliščine primera odloči, ali bo razpisalo narok, saj lahko sklep izda tudi brez naroka (drugi odstavek 58. člena ZIZ).

Meritorno odločanje o ugovoru od izvršilnega sodišča zahteva tudi izvedbo dokazov. Po noveli ZIZ-A sodišče prve stopnje pri odločanju o ugovoru samo izvaja dokazni postopek tudi v primeru spora o dejstvih, ki se nanašajo na terjatev, in mora samo odločiti o ugovoru brez prekinitve in napolnitve na pravdo (59. člen ZIZ). Pri tem se smiselno uporabljajo določbe ZPP. Izvršilno sodišče torej po novem samo odloči tako o spornih dejanskih kot tudi o pravnih vprašanjih. O pravnih vprašanjih je bilo dolžno odločati tudi pred novelo. Zaradi spora o dejstvih, ki so se nanašala na terjatev in so izvirala

iz obdobja, ki ga v izvršilnem naslovu ni bilo mogoče upoštevati, pa je moralo dolžnika napotiti na pravdo.

Tožba zaradi nedopustnosti izvršbe je kljub odločanju v izvršilnem postopku še vedno možna, če je bil ugovor s sklepom zavržen, sodišče pa je odločitev sprejelo na podlagi spornih dejstev (*nova producta*), ki so se nanašala na samo terjatev in časovno izvirajo iz obdobja, ki ga ni bilo mogoče upoštevati v izvršilnem naslovu. Ne glede na to, kako je izvršilnemu sodišču uspelo razjasniti dejansko stanje, bo po sklepu o zavrnitvi ugovora pravdo sodišče štelo, da ima dolžnik pravni interes za ugotovitveno tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe (59. člen ZIZ). Te določbe namreč ni mogoče razumeti tako, da bi možnost tožbe obstajala samo v primeru, ko bi dejstva po opravljenem postopku pred izvršilnim sodiščem ostala sporna. Zakon namreč govori o dejstvih, ki so med strankama bila sporna. Za dopustnost pravde ni mogoče postaviti predpostavke, da bi bilo najprej treba ugotoviti, ali so določena dejstva še vedno sporna ali ne, ker taka ugotovitev zahteva izvedbo dokaznega postopka. Vendar pa je spor o dejstvih glede terjatve moral obstajati. Če je izvršilno sodišče odločalo samo o spornem pravnem vprašanju glede terjatve in dejstva niso bila sporna, tožbe ni mogoče vložiti.

Omenjeni rešitvi lahko očitamo, da podvaja odločanje o isti sporni situaciji in *a priori* vzpostavlja nezaupanje v sojenje izvršilnega sodnika, ki ga na podlagi pritožbe preveri tudi pritožbeno sodišče.<sup>29</sup>

Določbe tudi nikakor ne smemo razumeti tako, da bi sodišče smelo o ugovoru odločiti, ne da bi doseglo ustrezno stopnjo materialne resnice. Po drugi strani ne moremo prezreti različnih pristopov glede izvajanja dokaznega postopka. Izvršilnemu sodišču ni prepovedano izvesti dokaznega postopka po pravilih ZPP, vendar narava izvršilnega postopka zahteva bolj poenostavljeno delovanje.

Izvršilno sodišče izvaja dokaze tudi, če je to potrebno, da se preučijo drugi razlogi za ugovor, vendar so v primeru drugih razlogov po 55. členu ZIZ dokazna sredstva glede na naravo posameznega razloga bolj omejena. Poudarjeno je načelo pisnosti, nekatera dejstva pa lahko stranka dokazuje le s predpisanimi listinskimi dokazi (zapadlost terjatve iz poravnave ali notarskega zapisa mora dokazati z javno listino ali s posebno ugotovitveno sodbo; tretji odstavek 20. člena ZIZ).

<sup>29</sup> Glej tudi Barbara Perne, nav. delo, str. 10–12.

### 3.8. Ugovor po poteku roka

Ugovor po izteku roka in celo po pravnomočnosti sklepa je mogoče vložiti vse do konca postopka, če temelji na dejstvu, ki se nanaša na samo terjatev in tega dejstva dolžnik ali tretji brez svoje krivde ni mogel uveljavljati v ugovoru zoper sklep o izvršbi (56. člen ZIZ). Besedilo citirane določbe je nedosledno, kolikor piše, da dejstva ni mogoče uveljavljati, če je nastopilo pred izvršljivostjo odločbe. Nastop izvršljivosti ne more biti časovna meja pravnomočnosti izvršilnega naslova.<sup>30</sup> Taka rešitev tudi ne bi bila usklajena z 8. točko 55. člena ZIZ, ki kot mejo upošteva čas, ko dolžnik pravno odločilnega dejstva ni mogel uveljavljati v postopku, iz katerega izvira izvršilni naslov. Poleg tega ni razloga, da bi pri nepravočasnem ugovoru za razmejitev med dejstvi, ki se uveljavljajo s pravnimi sredstvi proti izvršilnemu naslovu, in tistimi, ki se uveljavljajo v nepravočasnem ugovoru, določili trenutek nastopa izvršljivosti. Izvršljivost lahko nastopi precej časa po koncu odločanja. Sodišče pa lahko odloča samo na podlagi dejstev, ki so obstajala v času zaključka sojenja na prvi stopnji. Za vsa poznejša dejstva sodišču ni mogoče očitati, da je napačno in nepopolno ugotovilo dejansko stanje v konkretni odločbi, ker z bodočimi dejstvi ni moglo računati. Zato je pravilno stališče v 8. točki 55. člena ZIZ, da se poznejša dejstva uveljavljajo v ugovoru proti sklepu o izvršbi.

Za ugovor po izteku roka je značilno, da temelji na dejstvu, ki se nanaša na samo terjatev in je nastopilo po izvršljivosti odločbe. Dolžnik pa tega dejstva ni mogel uveljavljati v rednem ugovoru.<sup>31</sup>

Če se navedbe iz ugovora po izteku roka nanašajo na dejstva, ki so nastala pred vložitvijo rednega ugovora, mora dolžnik dokazati, da teh trditev brez svoje krivde ni mogel uveljavljati v ugovoru zoper sklep o izvršbi. Pojasnilo o tem, zakaj trditev iz ugovora po izteku roka brez svoje krivde ni mogel uveljavljati v ugovoru zoper sklep o izvršbi, mora pri tem podati v sami vlogi – ugovoru po izteku roka, sicer ga sodišče po vsebini ne sme obravnavati.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Prav ta rešitev je bila v teoriji utemeljeno kritizirana; Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, nav. delo, str. 303.

<sup>31</sup> Sklep Višjega sodišča v Kopru II Ip 401/2008 z dne 26. septembra 2008.

<sup>32</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani III Ip 443/2015 z dne 18. februarja 2015.



Dolžnik je dolžan v nepravočasnem ugovoru navesti vse razloge, ki jih lahko uveljavi v času vložitve. Sodišče zavrže poznejši ugovor, če temelji na razlogih, ki bi jih dolžnik lahko uveljavil v prejšnjem ugovoru.<sup>33</sup>

## **4. UGOVOR TRETJEGA**

Ugovor lahko vloži tudi tretji, ki trdi, da ima na predmetu izvršbe tako pravico, ki preprečuje izvršbo.

Tretji lahko kot oviro za izvršbo uveljavlja zlasti naslednje pravice:

- svojo izključno lastninsko pravico (na primer na podlagi pridržka lastninske pravice);
- skupno lastnino zakoncev, sodedičev ali etažnih lastnikov na rezervnem skladu;
- solastnino, če njegov delež na premični stvari, ki je predmet izvršbe, presega polovico njene vrednosti (prvi odstavek 66. člena ZIZ);
- fiduciarno lastnino.<sup>34</sup>

### **4.1. Poseben položaj manjšinskega solastnika**

Tretji, katerega solastninski delež na premični stvari, ki je predmet izvršbe, ne presega polovice njene vrednosti, ne more zahtevati, da se izvršba glede njegovega deleža izreče za nedopustno. Iz zneska, dobljenega s prodajo stvari, pa ima pravico zahtevati izplačilo svojega deleža, sorazmerno s ceno, doseženo s prodajo, vendar najmanj sorazmerno ocenjeni vrednosti, in sicer pred vsemi upniki in pred povrnitvijo stroškov izvršilnega postopka. Če se manjšinski solastnik ne strinja s cenitvijo, lahko predlaga novo. Ne trpi stroškov, če je bila s to novo cenitvijo ugotovljena cena višja od seštevka vrednosti predmeta po že opravljeni cenitvi in stroškov nove cenitve. Poleg tega ima tudi pravico zahtevati, da se mu odstopi stvar, ki je predmet izvršbe, če položi znesek v vrednosti dolžnikovega deleža na tej stvari.

### **4.2. Značilnosti ugovora tretjega**

ZIZ je pri ugovoru tretjega upošteval utemeljene pripombe prakse, da je treba to pravno sredstvo še dodatno omejiti, da se preprečijo pogoste zlorabe.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 2008, str. 1034.

<sup>34</sup> Za več glej Aleš Galič, nav. delo, 2006, str. 155–186.

<sup>35</sup> Dida Volk, nav. delo, str. 771.

Po Zakonu o izvršilnem postopku (ZIP)<sup>36</sup> je zadostovalo, da je tretji obstoj razloga za ugovor zgolj zatrjeval. ZIZ pa uvaja omejitev, da mora tretji v ugovoru verjetno izkazati, da ima na predmetu izvršbe pravico, ki preprečuje izvršbo, sicer se ugovor šteje za neutemeljenega in ga sodišče brez obravnavanja zavrne (64. člen ZIZ).

Tudi ugovor tretjega je dvostransko pravno sredstvo. Upnik mora imeti možnost, da nanj odgovori. Zamudna sankcija za opustitev odgovora ni le domneva o priznanju dejstev kot pri dolžnikovem ugovoru, temveč domneva, da je ugovor utemeljen. Enako velja, če upnik na ugovor sicer odgovori, vendar izrecno izjavi, da mu ne nasprotuje. Sodišče le sledi upnikovi dispoziciji in ugovoru ugoti.

Vsebinsko odločanje o ugovoru tretjega je tudi sicer preneseno v poznejšo pravdo. Če upnik v danem roku izjavi, da ugovoru nasprotuje, sodišče ne obravnava utemeljenosti njegovega nasprotovanja, temveč ugovor zavrne (drugi odstavek 65. člena ZIZ). Rešitev vzbujata nekatere pomisleke. Tretji mora ugovor obrazložiti, sodišče pa mora preizkusiti njegovo verjetnost, nato pa ne sme o njem odločiti, temveč mora celo ob neobrazloženem nasprotovanju upnika ugovor zavrniti. Zavrniti ga mora tudi, če bi bilo treba rešiti le pravno vprašanje.<sup>37</sup>

Ugovor tretjega ne zadrži izvršitve. Tretji pa ima možnost, da v tridesetih dneh po pravnomočnosti sklepa o ugovoru (brez omejitve, da bi morala biti dejstva sporna, ki velja pri ugovoru dolžnika) vloži tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe.

Dolžnik lahko izpodbija pravico tretji osebi. Takrat tretji z razširitvijo tožbe z ugotovitvenim zahtevkom za ugotovitev te pravice zajame še dolžnika (četrti odstavek 65. člena ZIZ). Predvideno sosporništvo omogoča, da se predhodno vprašanje o pravici do predmeta izvršbe reši z učinkom pravnomočnosti.

Ugovor tretjega (64. člen ZIZ) se lahko po naravi stvari nanaša le na del sklepa o izvršbi, v kateri sodišče dovoli izvršbo s tistimi sredstvi, ki jih v predlogu za izvršbo navede upnik.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Uradni list SFRJ, št. 20/78 in nasl.

<sup>37</sup> Glej tudi Tanja Vuga, nav. delo, str. 542.

<sup>38</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 3683/2005 z dne 20. julija 2005.

## **5. UGOVOR NOVEGA DOLŽNIKA**

Če pride do spremembe dolžnika po vložitvi predloga za izvršbo, se izvršba po predložitvi javne listine nadaljuje zoper novega dolžnika, ki jo mora prevzeti v tistem stanju, v katerem je, ko vstopi vanjo. Zato sodišče novemu dolžniku vroči sklep o izvršbi (četrty in peti odstavek 24. člena ZIZ), zaradi vložitve ugovora, da terjatev ni prešla na upnika oziroma da obveznost ni prešla na nanj (12. točka prvega odstavka 55. člena ZIZ).

## **6. PRITOŽBA**

### **6.1. Dovoljenost**

Proti sklepu prve stopnje je dovoljena pritožba, razen če zakon določa drugače (prvi odstavek 9. člena ZIZ). Drugače je določeno v primeru sklepa o izvršbi, v katerem je kot edino dolžnikovo pravno sredstvo predviden ugovor. Pritožbo lahko dolžnik vloži proti sklepu o izvršbi le, če ga izpodbija samo v delu o stroških (prvi odstavek 53. člena ZIZ). Tudi tretji ima proti sklepu o izvršbi le pravico do ugovora tretjega. Pritožba je možna šele proti sklepu, izdanemu na podlagi ugovora. Upnik ima pravico do pritožbe proti sklepu, s katerim je bil njegov predlog zavržen. Za pritožbo proti sklepu, s katerim je bilo njegovemu predlogu ugodeno, nima pravnega interesa.

ZIZ za določene sklepe ne omogoča niti pritožbe niti drugega pravnega sredstva. Tako na primer ni pravnega sredstva proti odredbam, s katerimi se odrejajo posamezna izvršilna dejanja (sedmi odstavek 9. člena ZIZ).

### **6.2. Značilnosti**

Pritožba je redno, devolutivno pravno sredstvo, ki v nasprotju s pravdnim postopkom ne zadrži izvršitve oziroma jo zadrži le deloma. V izvršbi za izterjavo denarne terjatve je na primer upnik praviloma poplačan šele po pravnomočnosti sklepa o izvršbi. Tudi prodaja zarubljenih stvari pri izvršbi na nepremičnine se opravi šele po pravnomočnosti sklepa o dovolitvi izvršbe in o določitvi cene.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Več v Dragica Wedam-Lukić, nav. delo, 2010, str. 1172.

Pritožba v izvršbi je enostransko pravno sredstvo, ker se ne vroči nasprotni stranki v odgovor, saj tako določajo pravila ZPP o pritožbi proti sklepu (366. člen ZPP), ki se uporabljajo kot subsidiarna v izvršilnem postopku.

Rok za vložitev pritožbe je osem dni.

Na podlagi subsidiarne uporabe določb ZPP tudi za pritožbo v izvršilnem postopku velja, da mora vsebovati vse sestavine kot vsaka vloga, še zlasti pa:

- navedbo sklepa, zoper katerega se vlaga;
- izjavo, da se sklep izpodbija v celoti ali v določenem delu;
- pritožbene razloge;
- podpis pritožnika (335. člen ZPP).

### 6.3. Upravičenci do pritožbe

Poleg strank je treba pravico do pritožbe priznati tudi drugim osebam, ki imajo status udeleženca, ker v postopku uveljavljajo neko svojo pravico. To so na primer osebe, ki izločujejo določen predmet iz izvršbe, kupci v postopku prodaje stvari, stvarnopravni upravičenci na prodani stvari in upniki, ki se poplačujejo iz prodane stvari. Zraven ne moremo šteti dolžnikovega dolžnika, ker je zanj izrecno določeno, da nima pravice do pritožbe proti sklepu o rubežu dolžnikove terjatve.

Dolžnik ima pravni interes za vložitev pritožbe le v primeru, kadar je izdana zanj neugodna odločba. Če je sodišče zaradi utesnitve predloga za izvršbo odločilo, da se izvršba delno ustavi, ugodnejšega sklepa dolžnik v tej fazi izvršilnega postopka ne more doseči in nima interesa za pritožbo.<sup>40</sup>

### 6.4. Razlogi za pritožbo

Ker ZIZ pritožbenih razlogov posebej ne ureja, se zanje smiselno uporabljajo določbe ZPP. To pomeni, da je mogoče s pritožbo uveljavljati tri skupine pritožbenih razlogov kot v pravnem postopku, vendar prilagojeno naravi izvršilnega postopka, ki je v svojih posebnostih urejen v ZIZ. Materialno pravo se v izvršilnem postopku uporablja omejeno, ker je izvršilno sodišče vezano na izvršilni naslov. Možnost ugotavljanja dejstev je prav tako omejena z omejenim obsegom pravno relevantnih dejstev, s časovnimi mejami pravnomoč-

<sup>40</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cpg 117/2000 z dne 2. marca 2000.

nosti oziroma izvršljivosti pri notarskem zapisu, s predpisanimi dokaznimi sredstvi in z naravo postopka, ki ni namenjen razčiščevanju dejanskega stanja.

Razlogi za pritožbo so v izvršilnem postopku:

- bistvene kršitve določb pravnega postopka, ki pridejo v poštev v izvršilnem postopku;
- zmotna ali nepopolna ugotovitev dejanskega stanja;
- zmotna uporaba materialnega prava.

Med absolutne kršitve iz ZIZ spadajo razlogi iz 1. do 4. točke in iz 7. točke (predmet izven pravnega prometa) prvega odstavka 55. člena ZIZ, ker nanje pazi sodišče v ugovornem postopku po uradni dolžnosti. Kršitve drugih določb ZIZ so relativne kršitve, ki jih sodišče upošteva le na predlog pritožnika.

Po smiselni uporabi ZPP pridejo po uradni dolžnosti v poštev naslednje absolutne kršitve procesnih določb iz drugega odstavka 339. člena ZPP:

- izločitveni razlogi za sodnika (2. točka);
- nedovoljena razpolaganja strank – prilagojeno (6. točka);
- kršitev načela kontradiktornosti – prilagojeno (8. točka.);
- kršitev načela do uporabe jezika (9. točka);
- kršitev sposobnosti biti stranka, procesne sposobnosti oziroma pravil o zastopanju (11. točka);
- obstoj procesnih ovir litispence in *res iudicata* – prilagojeno (12. točka);
- pomanjkljivosti, zaradi katerih se sklep ne more preizkusiti, zlasti pa, če je izrek nerazumljiv, če nasprotuje samemu sebi ali razlogom sklepa ali če sklep sploh nima razlogov, če bi jih moral imeti, v njem niso navedeni razlogi o odločilnih dejstvih, so ti nejasni ali med seboj v nasprotju ali če je o odločilnih dejstvih nasprotje med tem, kar se navaja v razlogih sklepa o vsebini listin ali zapisnikov o izpovedbah v postopku, in med samimi listinami oziroma zapisniki (14. točka).

Na relativne kršitve in kršitev pravila o uporabi jezika in o javnosti naroka pazi sodišče le na ugovor strank.

Pritožbeno sodišče pazi po uradni dolžnosti na uporabo materialnega prava.

## 6.5. Odločitve pritožbenega sodišča

Pritožbeno sodišče odloča v senatu treh sodnikov in lahko v svoji odločbi:

- zavrže pritožbo kot prepozno, nepopolno ali nedovoljeno;
- zavrne pritožbo in potrdi sklep prve stopnje;
- ugoti pritožbi in razveljavi sklep ter predlog zavrže;
- ugoti pritožbi in razveljavi sklep;
- ugoti pritožbi in spremeni sklep prve stopnje.

Na podlagi smiselne uporabe ZPP tudi v izvršbi velja, da sme pritožbeno sodišče samo spremeniti sklep prve stopnje, vendar le:

- če ugotovi na podlagi obravnave drugačno dejansko stanje, kakor pa je ugotovljeno v sklepu prve stopnje;
- če je sodišče prve stopnje zmotno presodilo listine ali posredno izvedene dokaze, njegova odločba pa se opira samo na te dokaze;
- če je sodišče prve stopnje iz ugotovljenih dejstev nepravilno sklepalo na obstoj drugih dejstev, sklep pa se opira na ta dejstva;
- če misli, da je dejansko stanje v sklepu prve stopnje pravilno ugotovljeno, da pa je sodišče prve stopnje zmotno uporabilo materialno pravo (358. člen ZPP).

## 7. TOŽBA ZARADI NEDOPUSTNOSTI IZVRŠBE

### 7.1. Pravna narava tožbe in sodbe ter posebnosti postopka zaradi nedopustnosti izvršbe

Gre za ugotovitveno tožbo, čeprav jo je starejša teorija prištevala k oblikovalnim tožbam.<sup>41</sup> Tudi novejša avstrijska teorija je izoblikovala prepričljive razloge za ugotovitveno naravo tožbe.<sup>42</sup>

Z ugotovitveno sodbo, s katero je sodišče ugotovilo nedopustnost izvršbe, ne razveljavi sklepa o izvršbi, temveč učinkuje samostojno kot močnejši pravni naslov, podobno kot sodba o dedni pravici po pravnomočnosti sklepa o dedovanju. Izvršilno sodišče je na pravnomočno ugotovitveno sodbo vezano in

<sup>41</sup> Miha Juhart, nav. delo, 1974, str. 46; enako tudi del avstrijske teorije Walter H. Rechberger, Paul Oberhammer, nav. delo, str. 90.

<sup>42</sup> Walter H. Rechberger, Paul Oberhammer, nav. delo, str. 89.

če izvršba še ni končana, jo mora ustaviti. Problematičen je pristavek v petem odstavku 58. člena ZIZ, da mora hkrati razveljaviti sklep o izvršbi, ki je pravnomočen. Čeprav štejemo, da je tožba zaradi nedopustnosti izredno pravno sredstvo, ji zaradi njene ugotovitvene narave težko pripišemo kasacijski učinek. Za razveljavitev sklepa je posledično izrecno pooblaščen izvršilno sodišče. Na podlagi primerjave s sodbo o dediščinski tožbi, ki ima korektivno vlogo pri sklepu o dedovanju, izdanem v zapuščinskem, prav tako nepravdnem postopku, vidimo, da razveljavitev ni potrebna. Dediščinska sodba ne razveljavi sklepa o dedovanju, temveč učinkuje namesto njega.<sup>43</sup> Tako rešitev bi lahko upošteval tudi ZIZ, saj za nasprotno izvršbo zadostuje, da je izdana odločba o nedopustnosti izvršbe, ki je že bila opravljena (4. točka 67. člena ZIZ).

Po noveli ZIZ-A je tožba možna šele po pravnomočnosti sklepa, s katerim je bil ugovor dolžnika ali tretjega zavrjen.

Pravni interes tožnika za tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe je izkazan s sklepom o zavrnitvi ugovora, če so bila med strankami sporna dejstva, od katerih je bila odvisna sama terjatve, in jih je mogoče uveljavljati v izvršilnem postopku, ker časovno izvirajo iz obdobja, ki ga ni bilo mogoče upoštevati v izvršilnem naslovu. Izvršilno sodišče je moralo samo odločiti o ugovoru in pri tem upoštevati pravila za iskanje materialne resnice. Ne glede na to, kako mu je uspelo razjasniti dejansko stanje, bo po sklepu o zavrnitvi ugovora pravdno sodišče štelo, da ima dolžnik pravni interes za ugotovitveno tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe (59. člen ZIZ). Te določbe namreč ni mogoče razumeti tako, da bi možnost tožbe obstajala samo v primeru, ko bi dejstva po opravljenem postopku pred izvršilnim sodiščem ostala sporna. Zakon namreč govori o dejstvih, ki so med strankama bila sporna. Za dopustnost pravde ni mogoče postaviti predpostavke, da bi bilo treba najprej ugotoviti, ali so nekatera dejstva še vedno sporna ali ne, ker taka ugotovitev zahteva izvedbo dokaznega postopka. Vendar pa je spor o dejstvih glede terjatve moral obstajati. Če je izvršilno sodišče odločalo samo o spornem pravnem vprašanju glede terjatve in dejstva niso bila sporna, tožbe ni mogoče vložiti.

## **7.2. Omejitev navajanja novot**

ZIZ za tožbe v izvršilnem postopku vnovič uveljavlja tako imenovano eventualno maksimo, ki jo je poznal ZIZ 1930. Po 60. členu ZIZ mora dolžnik

<sup>43</sup> Vesna Rijavec, nav. delo, 1999, str. 183.

v tožbi zaradi nedopustnosti izvršbe hkrati navesti vsa dejstva in predlagati vse dokaze, s katerimi utemeljuje svoj zahtevek. Nova dejstva in nove dokaze upošteva sodišče samo, če jih dolžnik navede v pripravljalni vlogi v roku, ki mu ga je sodišče določilo za odgovor na upnikove navedbe, oziroma upnik v vlogi, s katero odgovarja na dolžnikove navedbe. V pritožbenem postopku so novote izključene.

### **7.3. Pravna sredstva proti sodbi v postopku zaradi nedopustnosti izvršbe**

Protí sodbam v tem postopku so dopustna vsa pravna sredstva, ki so sicer dovoljena v postopku, po katerem se ta spor vodi.

### **7.4. Drug postopek**

Zaradi nedopustnosti izvršbe ni po ZIZ predvidena samo pravda, temveč drug postopek, če za odločanje o terjatvi ni pristojno sodišče, temveč drug organ (59. člen).

### **7.5. Opozicijska tožba**

Na podlagi ureditve ZIZ 1930, ki je poznala opozicijsko in impugnacijsko tožbo, se je tudi v jugoslovanski procesni teoriji na podlagi ZIP zastopalo stališče, da med podlage za tožbo uvrščamo tako opozicijske kot tudi impugnacijske razloge, še zlasti glede na ohlapno določbo ZIP. Nekateri so se zavzemali celo za vključitev vseh izrecno naštetih ugovornih razlogov, ki niso glede nastanka časovno izključeni.<sup>44</sup> Del teorije pa je med razloge za tožbo poleg opozicijskih razlogov uvrščal le še naslednje impugnacijske razloge: da odločba ni izvršljiva, da ni potekel čas za izpolnitev oziroma ni nastopil pogoj in da terjatev ni prešla na upnika oziroma da obveznost ni prešla na dolžnika (sedanja 3., 6. in 12. točka prvega odstavka 55. člena ZIZ).<sup>45</sup>

Novela ZIP 1990 je dodala besedilo, »ki se nanaša na terjatev«, in s tem pokazala zakonodajalčev namen omejiti razloge za tožbo samo na opozicijske razloge. Zakonodajalec je z novelo ZIZ-A vpliv dejstva na terjatev želel še poudariti z besedo »samo«, tako da se morajo dejstva nanašati na samo terja-

<sup>44</sup> Vukašin Ristić, Bogoljub Popović, nav. delo, str. 95; Borivoj Starović, nav. delo, str. 158.

<sup>45</sup> Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, nav. delo, str. 317.



tev. To pomeni, da dejstva, ki se nanašajo na izvršilni naslov, gotovo ne pridejo več v poštev. Sicer bi si tudi težje zamislili spor o dejstvih glede obstoja izvršilnega naslova, ki ga je izdal državni organ ali oseba z javnimi pooblastili, ki bi bila lahko predmet ponovnega sodnega preizkusa. Poznejše dejstvo, na primer razveljavitev, odpravo ali spremembo izvršilnega naslova, pa je mogoče uveljavljati z nasprotno izvršbo.

Tožba se vloži z zahtevkom za ugotovitev nedopustnosti izvršbe, ker je sodišče o ugovoru odločalo na podlagi dejstev, ki so bila med strankama sporna in se nanašajo na samo terjatev. Na samo terjatev se nanašajo vsi opozicijski razlogi, čeprav v teoriji najdemo pomisleke glede zastaranja terjatve. Zastaranje ne posega v samo terjatev, temveč le odpravlja pravico zahtevati izpolnitev zastarane obveznosti. Kljub temu besedno zvezo »nanašati se na samo terjatev« lahko razumemo širše, tako da vključuje tudi zastaranje, ki se na terjatev nanaša le posredno prek pravice do uveljavitve. Dejstev, ki jih je bilo mogoče upoštevati v postopku izdaje izvršilnega naslova, ni mogoče uveljavljati s tožbo, ker ta dejstva tudi ne morejo biti predmet ugovora. Predhodni ugovor pa je pogoj za pravico do tožbe.

Izpodbijanje izvršilnega naslova pod preobleko predhodnega vprašanja v tožbi za nedopustnost izvršbe ni dopustno, saj bi se tako izigralo temeljno pravilo izvršilnega postopka – vezanost na pravnomočen izvršilni naslov.<sup>46</sup>

## **7.6. Tožba tretjega na podlagi izločitvenih razlogov (izločitvena tožba)**

Vložitev tožbe je možna tudi na podlagi izločitvenih (ekscindenčnih) razlogov tretjega, ki uveljavlja svojo pravico na predmetu izvršbe, zaradi katere izvršba nanj ni dopustna.

Tretji ima možnost, da v tridesetih dneh po pravnomočnosti sklepa o ugovoru, v primeru spora o dejstvih glede njegove pravice, vloži tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe, s katero lahko zajame dolžnika kot sospornika z zahtevkom za ugotovitev sporne pravice (četrti odstavek 65. člena ZIZ). Zahtevek proti dolžniku kot zakonitemu sosporniku zahteva odločitev o predhodnem vprašanju, od katerega je odvisna odločitev o nedopustnosti izvršbe.

Vložitev tožbe tretjega izvršbe ne zadrži, temveč je možen samo njen odlog. V postopku po tožbi tretjega smiselno veljajo ista pravila kot za tožbo dolžnika zaradi nedopustnosti izvršbe (šesti odstavek 65. člena ZIZ).

<sup>46</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1109/2008 z dne 7. oktobra 2010.

Če se v izločitveni pravdi ugoti tožbenemu zahtevku za izločitev stvari, pa sodišče ugotovi, da je tožena stranka kot upnik v izvršilnem postopku utemeljeno mislila, da na teh stvareh ne obstajajo pravice drugih, odloči, da mora vsaka stranka pokriti svoje stroške (160. člen ZPP).

Velik problem pri tožbi tretjega je okoliščina, da je tretjemu stvar prodana, ker tožba ne zadrži izvršbe. Zaradi učinkov prodaje v izvršbi tudi z nasprotno izvršbo stvari ne bi mogel zahtevati nazaj, ker bi lahko dobil le denar. Vendar je glavni problem, ali ima tretji sploh pravico do nasprotne izvršbe, saj je izrecno namenjena le dolžniku. Kljub temu menim, da bi bilo treba po analogiji tudi tretjemu omogočiti nasprotno izvršbo, da ne bi po nepotrebnem povzročali novih pravnih.

## **8. TOŽBA TRETJEGA ZA UGOTOVITEV OBSTOJA SOLASTNIŠKEGA DELEŽA**

Če manjšinskemu solastniku kdo izpodbija delež na stvari, ki je predmet izvršbe, lahko s tožbo zoper upnika zahteva ugotovitev obstoja svojega deleža (četrti odstavek 66. člena ZIZ). To je različica izločitvene tožbe.

## **9. REVIZIJA**

ZIZ določa, da revizije v izvršilnem postopku ni (10. člen ZIZ).

Čeprav pri danes veljavni ureditvi revizija v izvršilnem postopku ni dopustna, obstaja kar nekaj tehtnih razlogov, zaradi katerih bi bila v izvršilnem postopku smiselna. Na podlagi revizije o zapletenih pravnih vprašanjih odloča vrhovno sodišče, kar vodi do enotnejše uporabe prava v državi. Poleg tega mora v izvršilnem postopku sodišče samo rešiti sporno vprašanje z uporabo prava, kadar med udeleženci dejstva niso sporna. Le kadar je med udeleženci spor o dejstvih, smejo po pravnomočnosti sklepa vložiti tožbo zaradi nedopustnosti, ki pa je omejena na opozicijske razloge. Če torej dejstva niso bila sporna in je sodišče na prvi in drugi stopnji odločilo o pravnih vprašanjih, zmotne uporabe materialnega prava ni več mogoče uveljavljati. Enako velja za druge razloge, ki preprečujejo izvršbo, pri katerih tožba zaradi nedopustnosti ni možna. Tudi bistvenih kršitev procesnih določb ni več mogoče uveljavljati. Po drugi strani pa je v izvršbi mogoče bistvene kršitve procesnih predpostavk

dokaj široko uveljavljati z nasprotno izvršbo ali s tožbo zaradi neupravičene obogatitve.<sup>47</sup>

Za odpravo pravnih napak in za uveljavitev enotne uporabe prava je predvidena zahteva za varstvo zakonitosti, ki jo vloži državni tožilec zoper pravnomočni sklep prve ali druge stopnje. Ker ga ne morejo vložiti stranke, to pravno sredstvo ne more biti povsem zadostno nadomestilo za revizijo.

## **10. OBNOVA POSTOPKA**

Obnove postopka v samem izvršilnem postopku ni. ZIZ omogoča obnovo postopka le zoper tisti del sklepa o izvršbi, v katerem je sodišče odločilo o predlogu upnika za plačilo na podlagi verodostojne listine. Obnova postopka je prav tako možna proti pravnomočnemu sklepu, s katerim je sodišče predlogu za nasprotno izvršbo ugodilo ali ga zavrnilo (68. člen ZIZ).

## **11. ZAHTEVA ZA VARSTVO ZAKONITOSTI**

Zahteva za varstvo zakonitosti se lahko vloži le zoper pravnomočno sodno odločbo, za katero zakon določa, da revizije ni (drugi odstavek 385. člena ZPP). Ker ZIZ izrecno določa, da revizije ni, je zahteva za varstvo zakonitosti edina pot, da o pravnih vprašanjih s področja izvršbe odloča Vrhovno sodišče. Državni tožilec lahko vloži zahtevo za varstvo zakonitosti proti pravnomočnim sklepom prve ali druge stopnje. Varstvo zakonitosti mora biti glede na namen zahteve možno za vse pravnomočne sklepe v izvršilnem postopku, ne glede na to, da se izvršba še opravlja ali da je že končana.<sup>48</sup> Zahteva je največkrat vložena proti sklepu o izvršbi, izdanem v fazi dovolitve, ki mu praviloma sledi oprava izvršbe.

Zahtevo za varstvo zakonitosti državno tožilstvo vloži, če so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 367.a člena ZPP: če je od odločitve vrhovnega sodišča mogoče pričakovati odločitev o pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali za razvoj prava preko sodne prakse. Zahtevo za varstvo zakonitosti je torej mogoče vložiti le zaradi pravnih napak, in sicer zaradi:

<sup>47</sup> Glej tudi Dovoljenost revizije v izvršilnem postopku – enakost pred zakonom, Pravna praksa, št. 34/2010, str. 22; ter Maja Ovčak Kos, Žiga Razdrlih, nav. delo, str. 14.

<sup>48</sup> Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, nav. delo, str. 330.

- absolutnih bistvenih kršitev procesnih določb, kot so bile navedene pri pritožbenih razlogih v poglavju o pritožbi, razen kršitev predpostavke krajevne pristojnosti, obligatornosti naroka, visečnosti drugega izvršilnega postopka z identičnim izvršilnim zahtevkom in načela javnosti glavne obravnave ter
- zmotne uporabe materialnega prava, če uporaba materialnega prava sploh pride v poštev pri odločanju v izvršilnem postopku (387. člen ZPP).

Zaradi relativnih procesnih kršitev je mogoče vložiti zahtevo za varstvo zakonitosti samo, če je do njih prišlo na drugi stopnji.

Sodišče se pri odločanju omeji samo na preizkus kršitev, ki jih uveljavlja državno tožilstvo v svoji zahtevi (391. člen ZPP).

## 12. PRIKAZ AVSTRIJSKE UREDITVE

### 12.1. Pravna sredstva

Značilnost avstrijske ureditve pravnih sredstev je terminološka in pojmovna pestrost. V slovenščini isto besedo »ugovor« uporabljamo za redno nedeolutivno pravno sredstvo in za posamezno nasprotovanje toženca oziroma dolžnika v njegovem procesnem dejanju. V Avstriji uporabljajo izraze *Widerspruch*, *Einspruch*, *Vorstellung*, *Einwendung* in *Erinnerung*, kar vse prevajamo z izrazom ugovor.

### 12.2. Pritožba proti sklepu o dovolitvi izvršbe (Rekurs)

Sodna odločba v izvršilnem postopku je sklep, proti kateremu je praviloma dopustna pritožba, ki je devolutivno, redno pravno sredstvo. Izvršbe sicer ne zadrži, vendar lahko upravičenec hkrati z vložitvijo pritožbe predlaga odlog izvršbe. Pritožba je za izvršilni postopek posebej urejena v EO (§ 65–67), nato tudi pri posameznih vrstah izvršbe (§ 78). Razlogi v EO niso naštet, temveč zanje na splošno velja ureditev po Civilnem procesnem redu – *Zivilprozessordnung* (aZPO). Med drugim tudi prepoved *ius novorum*. Zato s pritožbo ni mogoče uveljavljati opozicijskih razlogov.

### 12.3. Ugovor (Widerspruch)

Je pravno sredstvo proti sklepom oprave izvršbe (*Widerspruch gegen Beschlüsse im Zusammenhang mit dem Exekutionsvollzug*). Kot anticipirano pravno sredstvo

pa je ugovor možen tudi proti sklepu o dovolitvi izvršbe kot alternativa rekurzu. V ugovoru lahko namreč dolžnik navaja nova dejstva, ki so nastopila po koncu sojenja.

Ugovor je posebej predviden za določene stadije oprave izvršbe (na primer ugovor proti domiku). O ugovoru odloča sodišče prve stopnje.

#### **12.4. Posebno pravno sredstvo proti odločitvi sodnega pomočnika**

Proti odločitvi sodnega pomočnika ni potreben ugovor, temveč je predvideno posebno pravno sredstvo (*Vorstellung*), o katerem odloča izvršilni sodnik.

#### **12.5. Pritožba glede nepravilnosti pri neposrednih dejanjih izvršbe (Vollzugsbeschwerde, § 68 EO)**

Predmet te pritožbe je ravnanje sodnega izvršitelja. Ker pri tem ne gre za sodne odločitve, temveč za dejansko ravnanje, ni predvidena splošna pritožba (*Rekurs*). Sodnih odločb ni nikdar mogoče izpodbijati s tem pravnim sredstvom. V Sloveniji je vzporednica zahteva za odpravo nepravilnosti.

#### **12.6. Tožbe**

Razloge nedopustnosti izvršbe je mogoče uveljavljati s tožbami (opozicijska – *Einwendungen gegen den Anspruch*, § 35 EO; impugnacijska – *Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung*, § 36 EO, ekscindenčna, izločitvena – *Widerspruch Dritter, Exszindierungsklage*, § 37 EO), na katere je tožnik napoten iz izvršbe. Pri opozicijski tožbi je mogoče ugovarjati le dejstva, ki so nastopila po trenutku, do katerega bi dolžnik mogel uveljavljati to dejstvo v postopku izdaje izvršilnega naslova (§ 35 EO).

Tretji ugovor, da ima pravico na predmetu izvršbe, ki preprečuje izvršbo, uveljavlja s tožbo (§ 37 EO). Za odločanje po pravilih pravnega postopka je pristojno izvršilno sodišče. Ni izključeno, da ta postopek izpelje isti sodnik, ki je odločal o izvršbi. To je odvisno od dodelitve po pravilih o dodeljevanju zadev (*Geschäftsteilung*).

#### **12.7. Ugovor v skrajšanem postopku (Einspruch)**

Kot novost je predviden poseben ugovor (*Einspruch*, § 54c EO) v skrajšanem postopku za dovolitev izvršbe, ki poteka informatizirano. Zato je mogoče z

enostavnim ugovorom ugovarjati, da ne obstaja izvršilni naslov, ker ta predlogu ob vložitvi ni bil priložen ali da iz naslova, na katerega se sklicuje upnik, ne sledi terjatev, ki jo uveljavlja v izterjavo. Ugovor je nesuspendiven.

V skrajšanem postopku lahko dolžnik vloži tudi zgolj zahtevo za predložitev izvršilnega naslova (*Auftrag zur Vorlage des Exekutionstitels*, § 54d EO).

## 13. SPECIFIČNA PRAVNA SREDSTVA

### 13.1. Zahteva za odpravo nepravilnosti

Zaradi nepravilnosti pri opravi izvršbe je pri sodišču mogoče vložiti posebno pravno sredstvo – zahtevo za njihovo odpravo (52. člen ZIZ).

#### 13.1.1. Upravičeni vlagatelj

Zahtevo lahko vložijo stranke in tudi drugi udeleženci postopka, ki so zaradi nepravilnega ravnanja pri izvedbi izvršbe prizadeti.

#### 13.1.2. Osebe, ki storijo nepravilnost

Nepravilnost pri opravi izvršbe bo največkrat storil izvršitelj. Po noveli ZIZ-A pa zakon izrecno omogoča to pravno sredstvo tudi zaradi nepravilnega ravnanja drugih oseb, ki sodelujejo v postopku (prvi odstavek 52. člena ZIZ). Določenim osebam, kot so dolžnikovi dolžniki, organizacije za plačilni promet, klirinško-depotna družba, komisinarji in cenilci, zakon nalaga določene obveznosti pri izvedbi izvršbe po nalogu sodišča. Stranke pa morajo imeti možnost pravnega sredstva za primere, da se te osebe ne držijo dolžnega ravnanja, enako kot če v nasprotju s svojo dolžnostjo ravna izvršitelj.

#### 13.1.3. Postopek z zahtevo

O zahtevi sodišče ne odloči s sklepom, razen če vložnik tega ni zahteval. Pritožba proti temu sklepu ni izključena, kar pomeni, da je dovoljena.

Ukrepi sodišča za odpravo nepravilnosti v zakonu niso posebej opredeljeni, razen dolžnosti obvestitve zbornice izvršiteljev in drugih organov, pristojnih za nadzor dela izvršiteljev (tretji odstavek 52. člena ZIZ). Fazo oprave izvršbe sodišče regulira z odredbami, zato lahko z njo odredi tudi odpravo nepravil-

nosti. Izvršitelji so na navodila sodišča v odredbi vezani. Glede na zakonski namen zahteve, da sodišče odpravi nepravilnost, lahko štejemo, da sodišče odredbo izda tudi drugim osebam, ki so dolžne opraviti določena dejanja po sklepu o izvršbi. Odredba je sodni akt, namenjen odločanju o vprašanih postopka (drugi odstavek 8. člena ZIZ). Določbo lahko razumemo tako, da sodišče sicer o dovolitvi izvršbe odloča s sklepom, v primeru nejasnosti glede njegove izvedbe pa odloča z odredbo, proti kateri ni pravnega sredstva. Z odredbo ne more spremeniti sklepa o izvršbi, temveč lahko odloči le o postopku, ki naj pripelje do realizacije sklepa. Sklep o izvršbi lahko izvršilni sodnik spremeni le s sklepom na podlagi ugovora, ne pa z odredbo. Odredbe zaradi nejasnosti v postopku lahko izda sodišče tudi brez zahteve za odpravo nepravilnosti samo na pobudo izvršitelja ali osebe, ki sodeluje v postopku.

Vložitev zahteve ni omejena z rokom, vendar je zahteva lahko učinkovita le do nastopa pravnih posledic grajanega dejanja, ki jih sodišče s tem pravnim sredstvom ne more odpraviti. Jasno je, da z odredbo ni mogoče razveljaviti sklepov, sprejetih v fazi oprave izvršbe, kot so sklep o ugotovitvi vrednosti nepremičnine, o domiku, čeprav so izdani na podlagi nepravilnega ravnanja izvršitelja ali druge osebe.

Drugačno situacijo predstavlja rubež. Končan rubež sicer vzpostavi določene pravne posledice, pridobitev vrstnega reda na podlagi zastavne pravice, vendar proti rubežu ni pravnega sredstva. Praviloma se rubež sicer opravi pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi, ki se ob rubežu šele vroči dolžniku. Zato ima dolžnik pravico do ugovora, vendar ne iz razloga nepravilnosti pri opravi dejanja. Edino pravno sredstvo je torej zahteva za odpravo nepravilnosti. Če sodišče ugotovi, da je utemeljena, z odredbo razveljavi nepravilni rubež, čeprav so že nastopile posledice tega dejanja. Z odredbo lahko odpravi nepravilno blokado denarnih sredstev na računu pri organizaciji za plačilni promet.

Ne more pa zahtevati vrnitve denarja, ki je bil nepravilno prenesen na upnika. V takem primeru je možna le nasprotna izvršba. Dolžnik jo lahko predlaga, če je bilo upniku nepravilno preneseno več, kot izhaja iz izvršilnega naslova, ali če pri izvršbi na plačo in druge denarne prejeme niso bile upoštevane določbe o omejitvi izvršbe (5. točka prvega odstavka 67. člena ZIZ).

Razlog zahteve bodo zlasti nepravilnosti, kot so:

- neutemeljeno zavlačevanje;
- opustitev izvedbe s sklepom naloženega dejanja;

- neupoštevanje dovoljenega obsega izvršbe;
- kršitve pravic, ki jih imajo stranke in drugi udeleženci v izvršbi;
- neupoštevanje vrstnega reda plačil;
- neupoštevanje pravil za vodenje javne dražbe;
- oziroma kršitve še drugih predpisanih dolžnosti, ki jih ima izvršitelj pri izvedbi izvršbe.

### 13.2. Predlog za vrnitev v prejšnje stanje

Pravno sredstvo vrnitve v prejšnje stanje (*restitutio in integrum*) je na splošno namenjeno odpravi posledic zamude nekaterih procesnih rokov. V izvršilnem postopku je vrnitev v prejšnje stanje dovoljena zelo omejeno, samo če je zamujen rok za pritožbo ali ugovor (36. člen ZIZ).

Vrnitev v prejšnje stanje torej ni možna zaradi zamude naroka ali kakšnega dejanja oprave izvršbe.

### 13.3. Tožba za izpodbijanje terjatve v postopku poplačila iz prodane stvari (četrti odstavek 66. člena ZIZ)

Napotitev na pravdo iz izvršilnega postopka in odložitev izvršilnih dejanj pride v poštev le še v enem primeru, ko je treba pred poplačilom upnikov po prodaji nepremičnine ugotoviti obstoj terjatve, ki naj se pri poplačilu upošteva. Če tako terjatev kdo izmed upravičencev izpodbija, ga sodišče napoti, naj v določenem roku začne pravdo, če je odločitev odvisna od spornih dejstev; sicer pa samo odloči o spornem dejstvu pri izpodbijanju. Sodišče odloži sklep o poplačilu tistih, katerih terjatve so sporne, dokler ni končana pravda. Znesek, ki se nanaša na sporno terjatev, ostane v hrambi pri sodišču. Če se pravda ne začne v določenem roku, sodišče ravna, kot da terjatev ni sporna. Kljub temu lahko prizadeti udeleženec vložiti tožbo tudi po koncu izvršilnega postopka proti tistemu, čigar terjatev izpodbija (202. člen ZIZ).

## 14. NASPROTNA IZVRŠBA

### 14.1. Pojem

Vodi jo dolžnik proti upniku, da bi dobil nazaj tisto, kar mu je bilo odvzeto v izvršbi, ker je bila izvršba opravljena brez pravne podlage.



Nasprotna izvršba pomeni poenostavitev za dolžnika, ker mu ni treba voditi pravde, da bi dobil nazaj tisto, kar mu je bilo neutemeljeno odvzeto. Izvršilno sodišče samo odloči o dolžnikovi materialni pravici (o tem, kaj se zahteva nazaj) s sklepom o nasprotni izvršbi, ki s pravnomočnostjo in s potekom paricijskega roka postane izvršilni naslov. Na podlagi tega izvršilnega naslova na predlog dolžnika, zdaj upnika, sodišče dovoli izvršbo.

Predlog za nasprotno izvršbo lahko vloži dolžnik v treh mesecih od dneva, ko je zvedel za razlog zanjo, najpozneje pa v enem letu od dneva, ko je bil končan izvršilni postopek. Če ta rok zamudi, mu še vedno ostane tožba zaradi neupravičene obogatitve. Pred iztekom roka za vložitev nasprotne izvršbe pa dolžnik te svoje nasprotne terjatve ne more uveljavljati v pravnem postopku.

Z nasprotno izvršbo je mogoče zahtevati le vrnitev tistega, kar je upnik dobil s prisilno izvršbo. To izhaja že iz samega izraza nasprotna izvršba. Nasprotna izvršba ni možna, če izvršba še teče.<sup>49</sup> Takrat pride v poštev le ustavitev postopka.

Vrnitev predmeta je v nasprotni izvršbi možna le, če niso nastale take stvarne ali pravne spremembe, da to ni več mogoče (prvi odstavek 70. člena ZIZ). Reeksekucija ni mogoča zlasti v primeru, če upnik predmet izvršbe odtuji, če je predmet uničen, predelan ipd.

Če se je izvršba vodila zaradi izterjave denarne terjatve na dolžnikove stvari, ki so bile v izvršbi nato prodane, dolžnik z nasprotno izvršbo ne more zahtevati vrnitve prodanih stvari ali drugih nadomestnih stvari. Zahteva lahko samo kupnino od prodane stvari, ki jo je dobil upnik. S pravili o nasprotni izvršbi ni omejena dolžnikova možnost uveljavljanja odškodninskega zahtevka v redni pravdi.

Če pa se izvršba vodi za uveljavitev nedesarne terjatve na izročitev stvari, lahko dolžnik z nasprotno izvršbo zahteva le vrnitev odvzetih stvari.

## **14.2. Razlogi**

Razlogi za nasprotno izvršbo so:

- dolžnikova izpolnitev obveznosti iz izvršilnega naslova med izvršilnim postopkom;

---

<sup>49</sup> Lojze Ude, nav. delo, 1979, str. 81.

- pravnomočna odprava, sprememba ali razveljavitev izvršilnega naslova ali ugotovitev neveljavnosti;
- pravnomočna delna ali popolna razveljavitev sklepa o izvršbi;
- pravnomočna sodba za ugotovitev nedopustnosti izvršbe, ki je že bila opravljena;
- prejem izpolnitve, ki presega njegovo terjatev, ali oprava izvršbe na plačo in druge denarne prejemke, pri kateri niso bile upoštevane določbe o omejitvi izvršbe (67. člen ZIZ).

### 14.3. Izpolnitev med postopkom

Dolžnikova izpolnitev, ki se upošteva, mora biti opravljena med izvršilnim postopkom. Če je dolžnik izpolnil pred izvršilnim postopkom, vendar po tem, ko bi to dejstvo lahko uveljavljal v postopku za izdajo izvršilnega naslova, je to razlog za ugovor v izvršbi. Ugovor se lahko zaradi poravnanja upnikove terjatve vloži tudi zunaj roka do konca izvršilnega postopka. Če ugovoru sodišče ni ugodilo in ni bila vložena opozicijska tožba ali pa je bila vložena in je bil zahtevek zavrjen, takrat meje pravnomočnosti preprečujejo odločitev v postopku nasprotne izvršbe, v katerem bi dolžnik uveljavljal isti opozicijski razlog. Dolžnik pa nasprotno izvršbo lahko predlaga zaradi razveljavitve sklepa o izvršbi, ki je posledica ugoditve ugovoru ali posledica sodbe zaradi nedopustnosti izvršbe.

### 14.4. Odprava, razveljavitev, sprememba ali neveljavnost izvršilnega naslova

Izvršilni naslov, ki ga predstavlja upravna odločba, je lahko odpravljen, ker ZUP predvideva tudi odpravo odločbe. Sodne odločbe pa ne morejo biti odpravljene, temveč je možna le njihova razveljavitev v pritožbenem postopku, če še ni bila pravnomočna, oziroma največkrat kot posledica izrednih pravnih sredstev. V postopkih po pravnih sredstvih lahko pride tudi do spremembe odločbe, ki je izvršilni naslov. Odločbe ni mogoče izreči za nično. Čeprav je zaradi absolutne bistvene kršitve predvidena njena ničnost, jo mora kasacijsko sodišče kljub vsemu razveljaviti s konstitutivnim učinkom.

Sodno poravnavo je mogoče izpodbijati samo z izrednim pravnim sredstvom »tožbo za razveljavitev sodne poravnave« (392. člen in nasl. ZPP). Sodne po-

ravnave zato ni mogoče izreči za neveljavno oziroma za nično z ugotovitveno odločbo, kot to nakazuje dikcija 67. člena ZIZ. Dikcijo ZIZ o izrečeni neveljavnosti izvršilnega naslova je treba razumeti kot primer ugotovitvene odločbe, ki pride v poštev le za ugotavljanje ničnosti. Ugotovitev ničnosti je možna za pravni posel iz neposredno izvršljivega notarskega zapisa, če je bil sklenjen v nasprotju s prisilnimi predpisi in moralo. Za ta pravni posel je mogoče s tožbo zahtevati tudi razveljavitev. Notarski zapis pa ni odločba, temveč oblika javne listine. Zato ga ni mogoče razveljaviti ali izreči za ničnega.<sup>50</sup>

#### **14.5. Razveljavitev sklepa o izvršbi (3. točka prvega odstavka 67. člena ZIZ)**

Ker pravna sredstva ne zadržijo izvršbe, je ta lahko opravljena, v postopku na podlagi pravnih sredstev pa nato pride do razveljavitve sklepa o dovolitvi izvršbe. V takem primeru ima dolžnik pravico do nasprotne izvršbe.

Razveljavitev je lahko delna ali popolna.

V okviru obravnavanega razloga ZIZ izrecno ne upošteva možnosti nasprotne izvršbe za primer, da sodišče v skladu s svojimi reformacijskimi pooblastili v ugovornem in pritožbenem postopku spremeni sklep o izvršbi. Nasprotna izvršba je kljub temu možna, saj je pogoj spremembe predhodna razveljavitev odločitve, ki pa je takoj nadomeščena z novo. Če je posledica spremembe neupravičenost že opravljenih dejanj izvršbe, ki jih ni več mogoče razveljaviti, je dolžnik upravičen do nasprotne izvršbe.<sup>51</sup>

#### **14.6. Ugotovitev nedopustnosti izvršbe, ki je že bila opravljena**

Po konceptu ugotavljanja nedopustnosti izvršbe v pravdi šele po pravnomočnosti sklepa o izvršbi, ko tožba ne zadrži izvršbe, je nasprotna izvršba pogosteje potrebna.

#### **14.7. Prejem izpolnitve, ki presega terjatev in neupoštevanje določb o omejitvi izvršbe**

Ta razlog in razlog dvojnega plačila dolga se ne dokazujeta s pravnomočno odločbo kot drugi razlogi, temveč mora izvršilno sodišče najprej meritorno

<sup>50</sup> Vesna Rijavec, nav. delo, 2001, str. VIII.

<sup>51</sup> Tako tudi Aleš Galič, Matjaž Jan, Hinko Jenull, nav. delo, str. 194.

odločiti o njunem obstoju kot o predhodnem vprašanju, da lahko nato izda sklep o nasprotni izvršbi.

#### **14.8. Postopek s predlogom za nasprotno izvršbo**

Predlog za nasprotno izvršbo sodišče vroči upniku v odgovor. Če upnik v predpisanem roku ne izjavi, da predlogu nasprotuje, predlogu sodišče ugodi. Postavljena je domneva, da upnikova pasivnost pomeni pripoznavo zahtevka, in se izda zamudni sklep. Upnik, po zamenjavi vlog sedaj dolžnik, lahko proti sklepu vloži ugovor. Po analogiji s sodbo na podlagi pripoznave v ugovoru in pritožbi ni mogoče uveljavljati zmotno in nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja niti zmotne uporabe materialnega prava.

Na podlagi pravočasnega upnikovega odgovora, da predlogu nasprotuje, mora sodišče obvezno razpisati narok za obravnavo spornih okoliščin.

Postopek poteka v dveh korakih, če je predlogu treba ugoditi. Sodišče izda sklep, s katerim naloži upniku, da mora v petnajstih dneh vrniti dolžniku tisto, kar je z izvršbo dobil. Z nastopom pravnomočnosti in s potekom paricijskega roka postane sklep izvršilni naslov. Zato je v tem delu postopka treba upoštevati smiselno uporabo določb ZPP, ki urejajo posledice pasivnosti strank, poleg tega da te posledice v izvršilnem postopku ZIZ deloma sam ureja. ZIZ določa, da sodišče brez obravnavanja izda sklep o nasprotni izvršbi, če upnik na predlog za nasprotno izvršbo ne odgovori pravočasno. Na podlagi smiselne uporabe določb ZPP o zamudni sodbi se šteje, da upnik kot pasivna stranka priznava dejstva, ki so navedena v predlogu. Sodišče pa ne more izdati sklepa, če niso izpolnjene še preostale predpostavke, ki so predvidene sicer za zamudno sodbo, smiselno pa morajo veljati tudi pri sklepu o nasprotni izvršbi. Če je predlog nesklepčen, ker iz dejstev ne izhaja utemeljenost zahteve, mora ob predhodnem preizkusu predloga sodišče predlagatelja pozvati, naj pomanjkljivost odpravi. Če tega ne stori, njegov predlog zavrne. Šele sklepčen predlog sodišče pošlje nasprotni stranki, nekdanjemu upniku, da nanj odgovori.

Na temelju sklepa o nasprotni izvršbi sodišče na upnikov predlog dovoli izvršbo. Glede nadaljnjega postopka se smiselno uporabljajo določbe, ki se nanašajo na izvršbo (69. člen ZIZ).

Protiv pravnomočnemu sklepu, s katerim sodišče predlogu za nasprotno izvršbo ugotovi ali ga zavrne, je dovoljen predlog za obnovo postopka po določbah zakona o pravnem postopku (68. člen ZIZ).

## **15. SKLEP**

V izvršilnem postopku je pogosto poudarjeno, da morajo procesna pravila poskrbeti predvsem za upnika, da čim prej pride do dosojene izpolnitve. Pravna sredstva v tem postopku so predmet številnih kritik, da je dolžnik preveč varovan in da je pravnih sredstev preveč. Načelo formalne legalitete dejansko narekuje, da izvršilno sodišče odloča zgolj o izvršitvi terjatve, kot sledi iz izvršilnega naslova. Ni dvoma, da dolžnik s pravnimi sredstvi ne more uveljavljati nobenih okoliščin, ki so bile ali bi lahko bile upoštevane do izdaje izvršilnega naslova. Po tem trenutku pa lahko nove okoliščine neupravičeno ogrozijo dolžnikove temeljne pravice. Zato morajo biti tudi v izvršilnem postopku kot v vsakem postopku procesni položaji strank uravnoteženi, seveda upoštevaje cilj postopka in vlogo posamezne stranke v njem. Tudi dolžniku je treba omogočiti primerna pravna sredstva, pri njihovi ureditvi pa upoštevati upnikov legitimni interes, da se postopek kljub temu hitro izpelje.

Na oblikovanje ureditve vplivata dva nasprotujoča interesa upnika in dolžnika. Upnik ima upravičen interes, da se njegova terjatev, za katero ima izvršilni naslov, čim prej realizira, ne da bi se ozirali na dolžnikove ugovore. V postopku pridobivanja izvršilnega naslova naj bi bilo dolžniku že omogočeno, da se brani. Kljub temu mora imeti dolžnik možnost, da se brani tudi v izvršbi, vendar le iz razlogov, ki jih ni mogel uveljavljati v postopku izdaje izvršilnega naslova. Pravna sredstva so zato potrebna, vendar njihovo reševanje ne sme povzročati zastojev v postopku. Pri odločitvi o ugovoru bi bilo smiselno določiti, iz katerih razlogov je možno vložiti tožbo zaradi nedopustnosti in iz katerih pritožbo, da se ti pravni sredstvi ne bi podvajali. Še boljša rešitev pa bi bila, če bi določili, da je treba za uveljavitev opozicijskih, impugnacijskih in ekscindenčnih razlogov vložiti tožbo, o kateri bi odločalo izvršilno sodišče samo po prilagojenih pravilih pravnega postopka. Za odločitev o ustavitvi izvršbe zaradi izpolnitve zahtevka pa bi morala biti predvidena preprosta rešitev. Zadostovati bi morala predložitev listinskega dokaza tudi kar izvršitelju. Izvršitelj bi prvi ocenil verodostojnost, vendar bi moral dokaz posredovati sodišču, da bi izdalo sklep o ustavitvi izvršbe. Upnikova pritožba proti temu

sklepu bi samodejno povzročila razveljavitev sklepa o ustavitvi. Za dolžnika bi to pomenilo, da bi moral svoj ugovor plačila dokazovati v pravdi.

Treba bi bilo vnovič preučiti ureditev nepravočasnega ugovora. Vprašanje je, ali je prav, da sedanja ureditev ne upošteva vseh razlogov, ki preprečujejo izvršbo in jih dolžnik ni mogel uveljavljati pravočasno, temveč samo, če se razlogi nanašajo na samo terjatev. Ta ozka določba preprečuje, da bi dolžnik na primer mogel vložiti ugovor, če se spremenijo okoliščine glede oprostitev in omejitev izvršbe. Za preprečitev zlorabe pravice do pravnega sredstva bi bilo dolžniku mogoče naložiti, da že v vlogi predloži dokaze, zakaj ni mogel ugovarjati pravočasno.

Cilj vsake ureditve izvršilnega postopka je učinkovita izterjava obveznosti od dolžnika, ki obveznosti ni pripravljen prostovoljno izpolniti, in poplačilo upnika. Za doseganje tega cilja je treba zagotoviti dobro organiziranost subjektov, ki vodijo postopek pred sodiščem ali zunaj njega. Slavljenec profesor Ude je večkrat poudarjal, da sprememba procesnih pravil pogosto sploh ni potrebna, ker se cilju postopka približamo predvsem z dobro organizacijo ob pravilnem izvajanju že veljavnih pravil.

### **Literatura:**

Mikael Berglund: Simplification of Debt Collection in Sweden – National and EU Perspective, v: Vesna Rijavec, Tjaša Ivanc, Tomaž Keresteš (ur.): Simplification of debt collection in the EU. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014.

Dovoljenost revizije v izvršilnem postopku – enakost pred zakonom, v: Pravna praksa, št. 34/2010, str. 22.

Aleš Galič, Matjaž Jan, Hinko Jenull: Zakon o izvršbi in zavarovanju (vključno z novelo ZIZ-a) / s komentarjem novele in uvodnimi pojasnili. GV Založba, Ljubljana 2002.

Aleš Galič: Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku, v: Mojca Seliškar Toš (ur.): Izbrane teme civilnega prava, zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2006, str. 155–186.

Jože Juhart: Civilno izvršilno pravo – oris. Univerza, Ljubljana 1974.

Gabrijela Mihelčić, Damir Kontrec: Komentar ovršnog zakona s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova. Organizator, Zagreb 2015.

Maja Ovčak Kos, Žiga Razdrih: Dovoljenost revizije z vidika vrednostnega kriterija – civilnopravni spor, v: Odvetnik, 2015, št. 71, str. 11–22.

Barbara Perne: Še o problematiki zastojev v izvršbi, v: Pravna praksa, št. 34/2006, str. 10–12.

Walter H. Rechberger, Paul Oberhammer: Exekutionsrecht. WUV Universitätsverlag, Dunaj 2005.

Vesna Rijavec: Dedovanje – procesna ureditev. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1999.

Vesna Rijavec: Notarske listine v izvršbi – neposredno izvršljiv notarski zapis, v: Pravna praksa, št. 28/2001, priloga, str. I–XII.

Vukašin Ristić, Bogoljub Popović: Komentar Zakona o izvršnom postupku – sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova. Službeni list SFRJ, Beograd 1988.

Borivoj Starović: Komentar Zakona o izvršnom postupku (zakonodavstvo, teorija, praksa). Pravo, Novi Sad 1991.

Nevenka Šorli: Pobot v izvršbi – 8. točka 50. člena ZIP, v: Pravna praksa, št. 13/1994, str. 8.

Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika: Građansko parnično procesno pravo. Narodne novine, Zagreb 1986.

Lojze Ude: Predpisi o izvršilnem postopku s pojasnili. Univerzum, Ljubljana 1979.

Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.

Dida Volk: Predlogi za spremembe zakonodaje v zvezi z racionalizacijo in večjo učinkovitostjo izvršilnih postopkov, v: Podjetje in delo, št. 5-6/1995, str. 769–774.

Tanja Vuga: Izvršba po uradni dolžnosti, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 539–557.

Dragica Wedam-Lukić: Civilno izvršilno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1992.

Dragica Wedam-Lukić: Obramba dolžnika pred neutemeljeno izvršbo, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2008, str. 1019–1026.

Dragica Wedam-Lukić: Pravna sredstva v izvršilnem postopku, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2010, str. 1170–1175.

Jan Zobec: Opozicijski ugovori – ali je novi režim odločanja o njih res sporen?, v: Pravna praksa, št. 35/2002, str. 10–12.





# Obnovitveni razlog iz tretje točke 394. člena ZPP

NEŽA POGORELČNIK VOGRINC

## 1. UVOD

V primerih in po postopku, določenih z zakonom, je mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti tudi pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa (158. člen Ustave RS). Ena od možnosti je z izrednim pravnim sredstvom obnove postopka, ki ga ureja Zakon o pravdnem postopku (ZPP).<sup>1</sup> Tega je mogoče uveljavljati zgolj iz v ZPP taksativno naštetih razlogov. Med njimi največjo skupino predstavljajo bistvene kršitve določb procesnega prava, pri čemer gre pri večini za pritožbeni razlog absolutne bistvene kršitve postopka:

- če je pri izdaji sodbe sodeloval sodnik ali sodnik porotnik, ki bi moral biti po zakonu izločen (1. do 5. točka prvega odstavka 70. člena) oziroma ki je bil s sklepom predsednika sodišča izločen;<sup>2</sup>
- če kateri stranki z nezakonitim postopanjem, zlasti pa z opustitvijo vročitve, ni bila dana možnost obravnavanja pred sodiščem;<sup>3</sup>
- če se je postopka udeleževal kot tožnik ali toženec nekdo, ki ne more biti pravdna stranka, ali če stranke, ki je pravna oseba, ni zastopal tisti, ki jo je po zakonu upravičen zastopati, ali če pravdno nesposobne stranke ni zastopal zakoniti zastopnik ali če zakoniti zastopnik ni imel potrebnega dovoljenja za pravdo ali za posamezna pravdna dejanja ali če stranke ni zastopal pooblaščenec v skladu z določbami tega zakona ali če pooblašče-

---

**Neža Pogorelčnik Vogrinc**, doktorica pravnih znanosti, asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 26/99 z nadaljnjimi spremembami.

<sup>2</sup> Druga točka drugega odstavka 339. člena in prvi odstavek 394. člena ZPP.

<sup>3</sup> Osmo točka drugega odstavka 339. člena in drugi odstavek 394. člena ZPP.

- nec stranke ni imel pooblastila, razen če je bila pravda oziroma če so bila posamezna pravdna dejanja pozneje odobrena,<sup>4</sup> ter
- če pridobi stranka možnost uporabiti pravnomočno odločbo sodišča, ki je bila prej izdana o istem zahtevku med istima strankama.<sup>5</sup>

Poleg teh je v skupino »procesnih razlogov« uvrščen tudi razlog iz tretje točke 394. člena ZPP,<sup>6</sup> ki obnovo postopka omogoča, če je bila opravljena osebna vročitev prve vloge, ki se je vročala v postopku, po 142. členu tega zakona, ta način vročitve pa je bil uporabljen zaradi strankine odsotnosti v nepretrganem trajanju več kot šest mesecev.<sup>7</sup> Prispevek obravnava vprašanja, kdaj sploh lahko pride do vročitve prve vloge v postopku s fikcijo ter kakšna mora biti narava ter trajanje naslovnikove odsotnosti, da bo pozneje uspel s predlogom za obnovo postopka.

## 2. VSEBINA OBNOVITVENEGA RAZLOGA

Za uspešno uveljavljanje obnovitvenega razloga iz tretje točke 394. člena ZPP sta pomembni dve okoliščini, in sicer, da je bila prva vloga v postopku vročena s fikcijo ter da je do take vročitve prišlo zaradi toženčeve odsotnosti v trajanju vsaj šest mesecev.<sup>8</sup> Glede na prvi odstavek 395. člena ZPP obnove postopka ni mogoče zahtevati, če je bil ta razlog brez uspeha uveljavljen že v prejšnjem postopku, vendar to ne pomeni, da bi ga bilo mogoče uspešno uveljavljati v pritožbenem postopku.<sup>9</sup> Ker na strani sodišča pri taki vročitvi ni prišlo do napake, pritožba zoper nepravnomočno sodno odločbo z uveljavljanjem tega razloga ne bi bila uspešna. Učinek določbe prvega odstavka

<sup>4</sup> Enajsta točka drugega odstavka 339. člena in četrti odstavek 394. člena ZPP.

<sup>5</sup> Osmo točka 394. člena ZPP, pri čemer ZPP *res indicato* kot absolutno bistveno kršitev postopka določa v dvanajsti točki drugega odstavka 339. člena: »če je bilo odločeno o zahtevku, o katerem že teče pravda ali o katerem je bilo že prej pravnomočno razsojeno ali o katerem je bila že sklenjena sodna poravnava«.

<sup>6</sup> Lojze Ude, v: Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 3. knjiga. Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, Ljubljana 2009, str. 589.

<sup>7</sup> Obnova iz tega razloga je mogoča šele od ZPP iz leta 1999 dalje. Njegov predhodnik Zakon o pravdnem postopku (Uradni list SFRJ, št. 4/77 z nadaljnjimi spremembami) tega obnovitvenega razloga ni poznal.

<sup>8</sup> Pred novelo ZPP-D (Uradni list RS, št. 45/08) je bil čas odsotnosti omejen na tri mesece, novela pa je to podaljšala na najmanj šest mesecev.

<sup>9</sup> Napačno tako sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 546/2006 z dne 8. maja 2007: »[...] pritožnik s temi trditvami zatrjuje obstoj obnovitvenega razloga po tretji točki 394. člena ZPP [...] Navedeni obnovitveni razlog je upoštevanje določbo drugega odstavka 395. člena ZPP tudi pritožbeni razlog.«

395. člena ZPP je drugje: pod tako poprejšnje neuspešno uveljavljanje razloga je namreč mogoče šteti neuspešno uveljavljanje vrnitve v prejšnje stanje. Če je ta procesna predpostavka izpolnjena in razlog ni bil neuspešno uveljavljen že prej, je lahko predlagana obnova postopka. Predlog je mogoče vložiti le zoper pravnomočno sodno odločbo, ki bo v tej situaciji zagotovo zamudna sodba, ki jo bo sodišče ob uspešnem uveljavljanju obnovitvenega razloga razveljavilo ter dovolilo obnovo postopka. Po stališču teorije bo šlo v takih primerih za nepravo obnovo, saj se bo (z zamudno sodbo) končani pravnopravni postopek tako šele prvič začel.<sup>10</sup>

## **2.1. Vročitev prve vloge v postopku s fikcijo**

Obnovitveni razlog je vsebinsko ozek, saj zajema le (pravilno) vročitev prve vloge v postopku, praviloma tožbe. Tožba je ena od vlog, za katero ZPP (prvi odstavek 142. člena) določa osebno vročitev, saj so nanjo vezane pomembne pravne posledice (na primer dolžnost vložitve odgovora na tožbo, s katero se stranka spusti v obravnavanje). Če osebna vročitev ni mogoča, ZPP (140. člen) predvideva nadomestno vročitev (na primer izročitev kateremu od odraslih članov gospodinjstva v stanovanju); če pa tudi ta ni mogoča, vročevalec pisanje izroči pošti v kraju toženčevega stanovanja (če ne gre za vročitev po pošti, pa sodišču, ki je vročitev odredilo), v predalčniku (oziroma na vratih stanovanja) pa pusti obvestilo, v katerem je navedeno, kje je pisanje, in rok 15 dni, v katerem mora naslovnik pisanje dvigniti. Tožba je vročena, ko toženec pisanje dvigne. Če tega ne stori v 15 dneh, se šteje vročitev za opravljeno s potekom tega roka, pisanje pa se pusti v naslovnikovem hišnem predalčniku (tretji in četrti odstavek 142. člena ZPP). Slednje velja za t. i. fikcijo vročitve, s katero se v opisanem primeru vročitev šteje za veljavno opravljeno. Čeprav je jasno, da naslovnik pisanja sam ni dvignil in tako ni gotovo, ali je pisanje dobil, se šteje, da mu je bila s tem, ko mu je bilo pisanje puščeno v predalčniku, omogočena seznanitev z njim,<sup>11</sup> zaradi česar se lahko veljavno spusti v postopek in pravočasno opravlja nadaljnja procesna dejanja.

Prvi pogoj za uspešno uveljavljanje obnove postopka iz razloga po tretji točki 394. člena ZPP je torej, da je bila prva vloga (ne pa morebiti katera poznejša)

<sup>10</sup> Lojze Ude, nav. delo, str. 590, točka 12.

<sup>11</sup> Vrhovno sodišče RS v sklepu II Ips 140/2007 z dne 23. julija 2009: »S takim načinom vročanja je postalo pisanje tožencu realno dostopno, saj mu je bilo omogočeno in zagotovljeno, da se s sodnim pisanjem pravočasno seznaní.«

v postopku vročena s fikcijo, kar izhaja iz vročilnice. Pogoj lahko torej obstoji zgolj na strani toženca.<sup>12</sup>

## 2.2. Strankina odsotnost

Tožba je vročena s fikcijo, če vročevalec naslovnika ne najde, poleg tega pa ta pozneje pisanja prostovoljno ne prevzame na pošti. Do tega lahko pride, če se naslovnik pisanju izogiba, se vročevalcu skriva ter nato pisanja na pošti namenoma ne prevzame. V takem primeru se vročitev s fikcijo zdi upravičena. Mogoče pa je, da je v času vročitve tožbe toženec resnično odsoten z naslova bivanja. Če vročevalec za tako okoliščino izve pri poskusu vročitve (o naslovnikovi odsotnosti mu na primer pove član naslovnikovega gospodinjstva), se pisanje vrne sodišču z navedbo, kje je naslovnik in kdaj se vrne (prvi odstavek 143. člena ZPP). Če pa vročevalec za naslovnikovo daljšo odsotnost med vročanjem tožbe ne izve, se naslovnik s (fikcijo vročeno in v nabiralniku puščeno) tožbo ob njeni vročitvi ne seznanja. Če je odsoten še 30 dni po tem, se z njo ne seznanja niti v roku, ki mu je na voljo za vložitev odgovora na tožbo. Zaradi odsotnosti v dolžini nekaj tednov oziroma mesecev (na primer na potovanju ali delu v tujini) namreč nima dolžnosti imenovati pooblaščenca za sprejem pisanj (146. člen ZPP). Zaradi zamude tega zakonskega prekluzivnega roka lahko predlaga vrnitev v prejšnje stanje.<sup>13</sup>

Če je zaradi neodgovora na tožbo že izdana zamudna sodba, jo vročevalec najprej poskuša vročiti osebno, ob neuspešnem poskusu pa je na koncu tudi ta vročena s fikcijo, tj. puščena v nabiralniku. Tudi po tem lahko predlagatelj še vedno predlaga vrnitev v prejšnje stanje, k predlogu pa mora priložiti

<sup>12</sup> Do izpolnitve pogoja iz tretje točke 394. člena ZPP že vsebinsko logično ne more priti na strani tožnika, ki je s prvo vlogo (tožbo) seznanjen od njene vložitve. Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 340/2010 z dne 8. aprila 2010, kjer je bila sodba izdana 14. aprila 2004, pravnomočna je postala 3. junija 2005, tožnik pa je 11. septembra 2008 vložil predlog za obnovo postopka in zatrjeval, da je bil celo leto 2004 odsoten, o čemer sodišča ni obvestil, saj ga je v postopku zastopal pooblaščenec, ki pa je med postopkom odpovedal pooblastilo, s čimer sam ni bil seznanjen. Predlagal je, da bi se vsa pisanja sodišča po odpovedi pooblastila štela kot prve vloge po 3. točki 394. člena ZPP, zaradi česar bi bilo treba dovoliti obnovo postopka. Tožnikov predlog je sodišče zavrnilo, saj so bila pisanja v postopku pravilno vročena sprva pooblaščenca, po odpovedi pooblastila pa na naslov tožnika. Ta pisanj ni dvigoval in se je šele leta 2008 pozanimal, kaj se dogaja v sporu. Ker je bil s postopkom seznanjen, mu zakon nalaga skrbnostno ravnanje (sporočitev spremembe naslova, stik s pooblaščencom in spremljanje postopka), zaradi česar njegova odsotnost med postopkom ne more omogočiti obnove postopka.

<sup>13</sup> Glej Aleš Galič, v: Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 1. knjiga. Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, Ljubljana 2005, str. 489.

odgovor na tožbo, torej opraviti zamujeno procesno dejanje. Če s tem uspe, je sodba razveljavljena, pravdni postopek pa se izvede, kot da bi bil odgovor na tožbo vložen pravočasno. Pri uveljavljanju predloga za vrnitev v prejšnje stanje pa je predlagatelj časovno omejen. Predlog je treba vložiti v 15 dneh, odkar je za zamudo zvedel, vendar največ šest mesecev od dneva zamude (tretji odstavek 117. člena ZPP). Po preteku tega (ker se na primer toženec zaradi več kot polletne odsotnosti niti v tem času ne seznanj s tožbo) vrnitev v prejšnje stanje ni več mogoča, toženec pa lahko predlaga obnovo postopka iz tretje točke 394. člena ZPP.

### 2.2.1. Narava odsotnosti

Posameznik, ki namerava odpotovati z območja Republike Slovenije za več kot tri mesece, mora svoj odhod, preden odpotuje, prijaviti pristojnemu organu.<sup>14</sup> Če tega ne stori, stori prekršek, za katerega je zagrožena denarna kazen od 400 do 1.200 EUR (šesti odstavek 25. člena ZPPreb). Osebo, ki ne prijavi svoje odsotnosti v trajanju nad tri mesece tako (lahko) doleti upravna prekrškovna sankcija, glede na stališče zakonodajalca pa bi bilo očitno pretirano, če bi jo doletela tudi zamudna sodba.<sup>15</sup> Tako lahko toženec, ki je bil odsoten iz države več kot šest mesecev, v tem času in prav zaradi njegove odsotnosti pa mu je bila tožba vročena s fikcijo, doseže obnovo postopka. Pri tem je bistveno, da je bila odsotnost iz države nepretrgana,<sup>16</sup> trditveno in dokazno

<sup>14</sup> Prvi odstavek 13. člena Zakona o prijavi prebivališča (ZPPreb, Ur. l. RS, št. 9/01 z nadaljnjimi spremembami).

<sup>15</sup> V nasprotnem primeru bi se gotovo našli domnevni upniki, ki bi tožbe vložili v času, ko bi vedeli, da bodo njihovi dolžniki dlje časa odsotni, in s tem enostavneje dosegli uspeh v pravdnem postopku.

<sup>16</sup> Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2714/2009 z dne 14. oktobra 2009: »Pri presoji o dokazanosti odločilnega dejstva, ali je bila toženka v letu 2007 res nepretrgoma odsotna zaradi bivanja v tujini od konca meseca maja do sredine meseca novembra kot trdi, ali vsaj najmanj 3 mesece, je sodišče prve stopnje pravilno upoštevalo zlasti listinska dokaza (izpisek prometa na njenem bančnem računu in fotokopija potnega lista), ki ju je povežalo z oceno pričevanja prič in izpovedi strank. Ob upoštevanju okoliščine, da prometa na toženkinem bančnem računu ni bilo ravno v obdobjih, za katere tudi tožnik priznava, da je toženka bila odsotna, v ostalih obdobjih, za katere toženka trdi, da je ni bilo, pa je bil promet izvajan, je povsem logičen sklep, da ta okoliščina dokazuje, da je v zatrjevanem obdobju v Slovenijo prihajala in da se v tujini nikoli ni zadržala nepretrgoma 3 mesece [...] je povsem logično, da žigi, ki so jih v toženkin potni list odtisnili na mejnem prehodu Batrovci v mesecih juniju, juliju in avgustu 2008, potrjujejo tožnikovo trditev, da je toženka v teh mesecih v Sloveniji bila [...] Ker toženka ni dokazala svoje odsotnosti v Sloveniji v trajanju vsaj treh mesecev v obdobju, ko sta bili opravljeni sporni vročitvi tožbe v odgovor in sodbe, je odločitev [...] o zavrnitvi predloga za obnovo postopka iz razloga po 3. točki 394. člena ZPP, pravilna.«

breme glede dejstev, povezanih z odsotnostjo in njenim trajanjem, pa je na predlagatelju.<sup>17</sup>

Vendar pa se v sodni praksi kot odsotnost, zaradi katere lahko stranka doseže obnovo postopka po tretji točki 394. člena ZPP, pojavi tudi situacija, ko se je stranka **pred** začetkom pravnega postopka preselila in spremembe naslova ni pravočasno prijavila, zaradi česar je bila ob vročanju tožbe »odsotna s prijavljenega naslova«.<sup>18</sup>

O ravnanju ob morebitni spremembi naslova stranke oziroma njenega zakonitega zastopnika **po** začetku pravnega postopka ni dvoma. Stranka oziroma njen zakoniti zastopnik je zavezan tako spremembo sodišču sporočiti takoj. Če tega ne stori, se vse nadaljnje vročitve po odredbi sodišča opravljajo s pritrjevanjem na sodno desko,<sup>19</sup> pisanje pa se šteje za vročeno po preteku osmih dni (145. člen ZPP).

Če pa se je stranka s prijavljenega naslova odselila že **pred** začetkom pravnega postopka, ji sodišče tožbe ne sme vročati na prijavljeni naslov, ampak le na njen dejanski naslov.<sup>20</sup> Če za tega ne ve, lahko sodišče sproži upravni postop-

<sup>17</sup> Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 546/2006 z dne 8. maja 2007, v katerem je predlagatelj svojo odsotnost uspel izkazati v primeru, ko je trdil, da je v času od 23. decembra 2004 do 10. junija 2005, ko je bila vročena tožba, delal v Z., zaradi česar ji je bila izdana poslovna viza za delo na H.

<sup>18</sup> Prvi odstavek 6. člena ZPPreb določa, da mora posameznik v osmih dneh od naselitve pristojnemu organu prijaviti spremembo naslova stanovanja, kadar spremeni naslov stanovanja.

<sup>19</sup> Na primer sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 760/2007 z dne 9. oktobra 2008: »Toženka je v pravočasnem odgovoru na tožbo navedla svoj naslov in je bila po 145/I ZPP od takrat dalje dolžna sodišču sporočiti vsako spremembo naslova, saj je bila dolžna pričakovati nadaljnja vročanja v zvezi s pravnim postopkom [...] Tako je sodišče prve stopnje utemeljeno poslalo vabilo na prvi narok za glavno obravnavo na naslov, ki ga je toženka navedla v odgovoru. Poleg tega je ravnalo v skladu z 145/II ZPP, ko je po številnih neuspešnih vročitvah in po pridobitvi izjave toženkega očeta, da se je toženka preselila na očetu neznan naslov, nadaljnje vročitve (predvsem vabila na narok in sodbo sodišča prve stopnje) opravljalo s pritrditvijo na oglasno desko.«

<sup>20</sup> Aleš Galič, nav. delo, 1. knjiga, 2005, str. 489. O tem že večkrat Ustavno sodišče RS, na primer v eni novjših odločb Up-921/14 z dne 12. maja 2016, točka 8: »Izjeme od vročitve pisanj neposredno naslovníku (nadomestne vročitve, fikcija vročitve), ki jih lahko upraviči pravica nasprotne stranke do sodnega varstva in do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, so dopustne le, če se vršijo na naslovu naslovníkovega dejanskega prebivališča. Le v takem primeru je namreč realno pričakovanje, da se bo posameznik s pisanjem pravočasno seznanil in bo dejansko lahko izkoristil pravico do izjave v postopku.« Enako tudi Vrhovno sodišče RS, ki v sklepu II Ips 77/2002 z dne 27. junija 2002 razlikuje med vročanjem pravnim in fizičnim osebam v primeru njihove odsotnosti s prijavljenega naslova: »[...] pri nadomestni vročitvi subjektu vpisa v sodni register (pa tudi društvu ali pravni osebi, ki se vpisuje v register) pa v četrtem odstavku 141. člena določajo tudi način vročitve na naslovu, ki je naveden v sodnem registru, čeprav naslovníku na tem naslovu ni več. Ta zadnja ureditev pomeni sankcijo za subjekt vpisa v sodni register, ker ni izpolnil svoje zakonske obveznosti, da dejansko

pek ugotavljanja dejanskega prebivališča (8. člen ZPPreb). Če je ta neuspešen, sodišče tožencu za ta sodni postopek postavi začasnega zastopnika,<sup>21</sup> ki ga zastopa, kar mu sicer zagotavlja le okrnjeno pravico do izjavljanja, vendar na drugi strani omogoča nadaljnji tek postopka, s čimer je varovana tožnikova pravica do učinkovitega sodnega varstva, posredno pa tudi učinkovito varovanje sodstva in načelo pravne države.<sup>22</sup> Če je v taki situaciji, ko se je naslovnik še **pred** začetkom sodnega postopka odselil s sicer prijavljenega naslova, tožba s fikcijo vročena na tem naslovu (torej puščena v nabiralniku), je vročitev torej nepravilna. V takih primerih obnova postopka ni mogoča iz razloga po tretji točki 394. člena ZPP, bi pa to bilo mogoče po drugi točki istega člena, ki predvideva obnovo postopka, če »kakšni stranki z nezakonitim postopanjem, zlasti z opustitvijo vročitve, ni bila dana možnost obravnavanja pred sodiščem«. Kljub temu pa je mogoče najti sodne odločbe, v katerih je sodišče v primerih strankine poprejšnje preselitve z uradno prijavljenega naslova in vročitve tožbe s fikcijo obnovo dovolilo iz razloga v tretji točki 394. člena.<sup>23</sup> Taka sodna praksa je nepravilna.

---

posluje na naslovu sedeža, ki je vpisan v sodni register [...] ZPP podobne situacije v primeru preselitve fizične osebe pred vložitvijo tožbe ni uredil, zlasti pa ni določil podobne sankcije kot pri subjektu vpisa v sodni register. Kršitev zakonske obveznosti sporočiti spremembo naslova ima zato za fizično osebo lahko le tisto sankcijo, ki jo določa osnovni zakon, ki pa tako kršitev označuje kot prekršek [...] V primeru preselitve toženca (fizične osebe) pred vložitvijo tožbe osebna vročitev na uradnem naslovu prebivališča ni možna, ni pa možna niti fiktivna vročitev na takem naslovu, ker vročevalec ve, da se je naslovnik od tam že odselil. Fiktivna vročitev tožbe bi v takem primeru v končni posledici lahko tožencu tudi onemogočila, da se izjavi v postopku.«

<sup>21</sup> Glej tudi Jerca Kramberger Škerl: Vročanje osebam z neznanim prebivališčem *de lege lata* in *de lege ferenda*, v: Pravni letopis. Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2010, str. 77.

<sup>22</sup> Ustavno sodišče RS Up-921/14 z dne 12. maja 2016, točka 10.

<sup>23</sup> Na primer sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 475/2002 z dne 25. septembra 2003: »[...] tožena stranka na naslovu, kamor ji je sodišče v maju 2001 vročalo tožbo in kasneje sodbo, vsaj od avgusta 2000 ni več stalno prebivala. Pritožbene navedbe o tem, da tožena stranka kljub temu, da se je preselila, ni spremenila naslova svojega stalnega prebivališča [...] in da je sama krivdno povzročila, da ji tožbe ni bilo mogoče neposredno vročiti, niso bistvene. Razlog za obnovo postopka iz 3. tč. 1. odst. 394. čl. ZPP je [...] namenjen temu, da se preprečijo situacije, ko bi se [...] postopek začel in končal popolnoma brez vednosti tožene stranke. Pri tem ni pomembno, ali je tožena stranka sama zakrivila stanje, da se ji je tožba osebno vročala na naslov, na katerem že dalj časa ne prebiva več. Odločilnega pomena je le ugotovitev, da je bila toženi stranki zaradi njene odsotnosti z naslova, kamor ji je sodišče vročalo tožbo, pri čemer je ta odsotnost trajala nepretrgoma več kot tri mesece, tožba vročena po 141. čl. ZPP. To dejstvo zadošča za odločitev sodišča, da je podan razlog za obnovo postopka iz 3. tč. 1. odst. 394. čl. ZPP.« Pojavlja pa se vprašanje, ali bi bilo mogoče pod ta obnovitveni razlog uvrstiti situacijo, ko ima toženec na prijavljenem naslovu, s katerega pa se je sicer že odselil, še vedno poštni predalčnik. Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 4268/2005 z dne 9. novembra 2006: »Napačno je izhodišče, da je vročitev pravilna že zgolj zato,



Nasprotno za pravne osebe velja, da se jim pisanja vročajo na naslovu, vpisanem v registru (tretji odstavek 139. člena ZPP), ne glede na to, ali je tam tudi njihov dejanski sedež. Morebitna prejšnja dejanska prestavitev sedeža na način vročitve ne vpliva. Tožba se lahko v takem primeru na prijavljenem naslovu pravilno vroči s fikcijo,<sup>24</sup> kar se zdi v primeru tožnikove seznanjenosti s toženčevim dejanskim sedežem sporno.<sup>25</sup> Vendar pa tudi ob (pravilni) fiktivni vročitvi tožbe pravni osebi obnova postopka po tretji točki 394. člena ZPP ni mogoča, saj ni mogoča njena odsotnost iz države. Če je odsoten le njen zakoniti zastopnik, ne gre za tak primer.<sup>26</sup>

ker je dolžnica šele kasneje, že po opravljeni vročitvi s fikcijo, spremenila stalno prebivališče, v času, ko je bila opravljena vročitev po 141. členu ZPP, pa je imela stalno prebivališče na naslovu, ki ga je označil upnik v predlogu in kamor ji je sodišče tudi vročilo pisanje. Dolžnica je namreč v predlogu za obnovo postopka zatrjevala, da dejansko na naslovu, kjer je imela prijavljeno stalno prebivališče, ni živela že od januarja 2004, formalno pa je spremembo stalnega prebivališča uredila šele v oktobru 2004. Navedla je tudi, da je bila vse od januarja 2004 dejansko odsotna z naslova tedanjega stalnega prebivališča. V primeru, ko se fizična oseba preseli pred vložitvijo tožbe, osebna vročitev na naslovu uradnega prebivališča ni možna. Če pa vročevalec na takem naslovu opravi vročitev po 141. členu ZPP (ker je npr. tam bil še vedno izpostavljen hišni predalčnik z njenim imenom), je mogoča obnova postopka. Dolžnica v konkretnem primeru zatrjuje obnovitveni razlog iz 3. točke 394. člena ZPP.«

<sup>24</sup> Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1042/2011 z dne 15. novembra 2011: »Če vročitev na ta način ter v skladu s 133. členom ZPP ni možna, je treba tudi pri pravnih osebah uporabiti določbo 142/III ZPP, saj na podlagi zakonske analogije ni mogoče za pravne osebe uporabiti strožje ureditve, kot velja za fizične osebe [...] Nadomestna vročitev subjektu vpisa v sodni register se tako opravi s tem, da se na naslovu iz registra, kjer vročitve ni bilo mogoče opraviti, pusti obvestilo o vročitvi (3. odstavek 142. člena ZPP) in nato pisanje (4. odstavek 142. člena ZPP). Zakon namreč kar se tiče pravnih (ne pa fizičnih) oseb temelji na izhodišču, da je dolžna skrbnost tistega, ki se vpisuje v sodni ali podobni register, da poskrbi, da bo na naslovu, ki je v registru vpisan kot sedež, omogočeno tudi sprejemanje sodnih pošiljk, torej, da poskrbi za ustrezne prepise v sodnem registru v primeru spremembe naslova.« O tem tudi Aleš Galič, nav. delo, 1. knjiga, 2005, str. 564, 565.

<sup>25</sup> Glej Aleš Galič, nav. delo, 1. knjiga, 2005, str. 565; Jerca Kramberger Škerl, nav. delo, str. 78–80, 87 in 91. Tako tudi sodna praksa, na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1042/2011 z dne 15. novembra 2011: »V skladu z načelom dobre vere in poštenja nasprotna stranka ne more pričakovati, da se bo vročitev opravila na registriranem, a dejansko nepravilnem naslovu nasprotnika, če sama ve za njegov pravi naslov. V takšnem primeru gre namreč za zlorabo pravic, kar mora sodišče po 11. členu ZPP preprečiti.«

<sup>26</sup> Na primer sklep Višjega sodišča v Kopru II Cpg 54/2005 z dne 10. novembra 2005: »[...] že po logiki stvari stranka, ki je pravna oseba, ne more biti odsotna. Takšna stranka je tudi dolžnik [...] je vpisan v register društev in je kot društvo pravna oseba zasebnega prava [...], torej gre pri njem lahko le za vprašanje, ali je spremenil svoj sedež ali ne, ne more pa biti odsoten krajši ali daljši čas. Pravna oseba pa ni isto kot njen zakoniti zastopnik; zato, četudi bi se izkazalo, da je bil zakoniti zastopnik dolžnika (predsednik dolžnika) dejansko odsoten v nepretrganem trajanju več kot tri mesece, to pri dolžniku ne bi moglo predstavljati obnovitvenega razloga po 3. tč. 394/I ZPP [...] Utemeljeno pa tudi ni sklicevanje pritožnika na 133/I ZPP [...] in na okoliščino, da je bilo treba sklep o izvršbi [...] dolžniku osebno vročiti (142/I ZPP), saj to ne pomeni [...] da je treba takšno pisanje vročiti zakonitemu zastopniku [...]«

### 2.2.2. Časovni vidik odsotnosti

Strankino (vsaj šestmesečno) odsotnost, ki »povzroči« vročitev s fikcijo, je mogoče upoštevati le, če pride do nje pred začetkom pravnega postopka (smiselno je zato ta obnovitveni razlog mogoče uveljavljati zgolj pri vročitvi prve vloge). Le v takem primeru namreč stranka začetka sodnega postopka ni mogla pričakovati. Res je, da ima tožnik pravico do učinkovitega sodnega varstva in interes za čimprejšnje končanje postopka, vendar pretehtata toženčeva pravica do seznanjenosti z obstojem postopka in pravica do izjavljanja v njem. Dejanski odvzem možnosti sodelovanja v postopku bi bila za stranko prehuda sankcija za storjen prekršek. Stranka namreč ni vedela, da se obeta pravdni postopek. Čeprav je tako sama zakrivila vročitev s fikcijo, ima tako možnost predlagati obnovo postopka.

## 3. ROK ZA UVELJAVLJANJE

Predlog za obnovo postopka je treba vložiti v tridesetih dneh od dneva, ko je bila sodna odločba vročena stranki, oziroma če bo začel teči subjektivni rok, preden bi odločba postala pravnomočna, se šteje ta rok od pravnomočnosti odločbe, kadar zoper njo ni bilo vloženo pravno sredstvo, sicer pa od vročitve pravnomočne odločbe višjega sodišča (druga točka prvega odstavka in drugi odstavek 396. člena ZPP). Vendar pa lahko tako štetje subjektivnega roka povzroči, da bo uveljavljanje pravnega sredstva obnove postopka za stranko dejansko popolnoma nedosegljivo. Ker je po tretji točki 394. člena ZPP obnova postopka mogoča, če je bila zaradi toženčeve odsotnosti tožba vročena s fikcijo, je mogoče, da bo tudi sodba (pravilno) vročena (s fikcijo), ko bo naslovnik še vedno odsoten. Kljub izhodišču, da vročitev s fikcijo stranki omogoča seznanitev s tako vročenim pisanjem, se stranka zaradi odsotnosti s sodbo ne bo seznanila. Sodba bo po petnajstih dneh postala pravnomočna, po nadaljnjih tridesetih pa bo, ne da bi se stranka seznanila z začetkom in tekom postopka ter z izdajo sodbe, pretekel tudi rok za predlaganje obnove postopka. Kljub zakonski možnosti uveljavljanja obnove postopka, ko je bila vročitev tožbe s fikcijo opravljena zaradi njene daljše odsotnosti, bo stranki ta možnost *de facto* odvzeta.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> O podobni dilemi pri uveljavljanju obnovitvenega razloga iz druge točke 394. člena ZPP tudi Tilen Tacol in Žiga Razdrih: Obnova postopka iz razloga po 2. točki 394. člena ZPP, v: Odvetnik, št. 72, str. 16-17.

Tako bo v takih situacijah dejanska možnost stranke, da se »reši« zamudne sodbe, odvisna od tega, ali bo postopek začel ob začetku ali ob koncu njene (vsaj) polletne odsotnosti ter od časa, ki ga bo sodišče po neprejemu odgovora na tožbo potrebovalo za izdajo in vročitev zamudne sodbe. Učinkoviteje in pravičnejše bi bilo, če bi subjektivni rok tekel od strankine dejanske seznanitve z obnovitvenim razlogom (tj. da je prišlo do vročitve tožbe s fikcijo), torej, ko bi se v resnici seznanila s sodno odločbo. Zakonska dikcija je jasna in nedvoumna, poleg sodne prakse, ki temu sledi,<sup>28</sup> pa je mogoče najti tudi tako, ki tek subjektivnega roka šteje od trenutka strankine seznanitve s sodbo<sup>29</sup> oziroma poudarja, da je treba ugotoviti, kdaj se je stranka v resnici seznanila z njo.<sup>30</sup>

Poleg subjektivnega stranko pri predlaganju obnove postopka omejuje tudi objektivni rok. Obnove tako ni mogoče predlagati, če preteče pet let od dneva, ko je postala odločba pravnomočna (tretji odstavek 396. člena ZPP), s čimer se varuje nasprotno stranko, ki se tako lahko po preteku petih let zanese na obstanek pravnomočne sodbe, kar zagotavlja pravno varnost.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Na primer sklep Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1780/2006 z dne 18. julija 2006, sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 140/2007 z dne 23. julija 2009: »Po navedenih določbah je za začetek teka roka za vložitev predloga za obnovo postopka pomembna vročitev sodne odločbe sodišča prve stopnje, s pravnomočnostjo katere je bil pravdni postopek pravnomočno končan, oziroma njena pravnomočnost, kadar bi tak rok začel teči, preden bi odločba postala pravnomočna, ne pa trenutek, ko je toženec izvedel za možnost vložitve predloga.«

<sup>29</sup> Na primer sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 2592/2007 z dne 22. avgusta 2008: »Ker je smisel navedenega obnovitvenega razloga ravno saniranje situacije, ko se je zaradi daljše odsotnosti tožene stranke postopek začel in končal popolnoma brez vednosti tožene stranke, lahko subjektivni rok za vložitev predloga za obnovo postopka prične teči šele takrat, ko je tožena stranka izvedela za zamudno sodbo, kar je bilo v obravnavani zadevi šele v izvršilnem postopku z vročitvijo sklepa o izvršbi skupaj z zamudno sodbo [...]«.

<sup>30</sup> Na primer sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 1119/2008 z dne 2. oktobra 2008, kjer je toženka 14. aprila 2008 podala predlog za obnovo postopka in zatrjevala, da ji tožba in zamudna sodba (vročena 6. decembra 2006) nista bili vročeni, ker je bila na usposabljanju v tujini, in da se je z zamudno sodbo seznanila šele 26. marca 2008, ko je pri sodišču vpogledala v spis. Sodišče je predlog zavrglo kot prepozen, saj je tek 30-dnevnega roka štelo od vročitve sodne odločbe, vendar bi moralo po mnenju pritožbenega sodišča glede na navedbe predlagateljice prej preveriti, ali je bila nadomestna vročitev pravilno opravljena in ali se je z zamudno sodbo res seznanila šele z vpogledom v spis. Pri tem pa Višje sodišče ni izrecno dejalo, da je treba nato to upoštevati in začetek roka šteti od seznanitve s sodbo.

<sup>31</sup> Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002, str. 311.

#### **4. SKLEP**

Obnova postopka je izredno pravno sredstvo, ki sicer posega v institut pravnomočnosti, vendar s tem zagotavlja odpravo oziroma upoštevanje nekaterih najhujših napak ali drugih posebnih okoliščin. Možnost uveljavljanja začasne odsotnosti z naslova bivanja in tako neseznanjenosti s pravnim postopkom kot razlog za doseg obnov postopka je za toženca zelo pomembna. Vendar pa na drugi strani tako pravno varstvo nima pomena, če ga dejansko ne more uporabiti, ker bo zaradi odsotnosti zamudil rok za njegovo predlaganje. Čeprav gre za redko uporabljeno pravno sredstvo, bi bilo treba pravila za njegovo uveljavljanje oblikovati tako, da bi strankam omogočala učinkovito pravno varstvo. Pri obnovitvenem razlogu iz tretje točke 394. člena ZPP je taka slabost vsekakor začetek teka subjektivnega roka za predlaganje obnove.



# Primerjalnopravna analiza zasnov, notranja členitev in najpomembnejše vsebinske prvine štirih novejših pravilnikov institucionalnih arbitraž

KREŠO PUHARIČ

## 1. UVOD

V pričujoči primerjalnopravni razpravi bodo v okvirih, postavljenih v naslovu, obravnavana ključna določila in pristopi ter izvirne oziroma koristne določbe in manjši ubeseditveni spodrsaljaji v štirih novejših oziroma posodobljenih (noveliranih) pravilnikih institucionalnih arbitraž, sprejetih v letih 2013–2015, in sicer:

1. *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) – Arbitražna pravila 2015,<sup>1</sup>
2. *Vienna International Arbitral Center* (VIAC) – Dunajska pravila,<sup>2</sup>
3. *Stalno arbitražno sodišče pri Hrvatskoj gospodarskoj komori* (SAS pri HGK) – Zagrebška pravila<sup>3</sup> in
4. *Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije* (SA pri GZS) – Ljubljanska arbitražna pravila.<sup>4</sup>

---

**Krešo Puharič**, doktor pravnih znanosti, zaslužni profesor na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> China Council for the Promotion of International Trade on November 14, 2014, »2015 Arbitration Rules«, China International Economic and Trade Arbitration Commission.

<sup>2</sup> Vienna Rules in force from July 2013, Official English version adopted by the Extended Presiding Committee of the Austrian Federal Economic Chamber on 8 May 2013, with effect from 1 July 2013.

<sup>3</sup> Pravilnik o arbitraži pri Stalnem arbitražnom sodišču HGK, Skupština Hrvatske gospodarske komore na 12. sjednici održanoj dana 19. studenog 2015. godine.

<sup>4</sup> Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri GZS. Po določbi 53. člena so citirana pravila začela veljati 1. januarja 2014.

Že v uvodu je treba opozoriti, da nekatere obravnavane institucionalne arbitraže – ciljno in utemeljeno – namenjajo pozornost navedkom in kazalnikom za oblikovanje podlag za povnanjenje védenja o kakovostnih prvinah zadevne institucije, sočasno pa naj bi bile tudi v funkciji čim bolj verodostojnega seznanjanja možnih uporabnikov njihovih storitev v zvezi z vsem omenjenim.

Tako na primer SAS pri HGK ob dveh instruktivnih listah arbitrov s seznama njihovih osebnih imen, strokovnih in akademskih nazivov ter naslovov institucij, pri katerih imajo status zaposlenca, navaja tudi natančen nabor sporazumov o sodelovanju z drugimi institucionalnimi arbitražnimi institucijami.<sup>5</sup> VIAC<sup>6</sup> sklenjene sporazume o sodelovanju razvršča v dve skupini ter ob tem s številčnimi kazalniki predstavlja svoje strokovne dosežke. CIETAC<sup>7</sup> tako kot VIAC objavlja s številkami utemeljene statistične podatke in kazalnike, glede števila in nabora sklenjenih sporazumov o sodelovanju pa omenja le njihovo okvirno število.

Drugače kot pri doslej opisanih vsebinskih značilnosti in pristopov treh obravnavanih institucionalnih arbitraž, SA pri GZS, na primer na svoji spletni strani, uvodoma zapiše: »Več kot 40% vseh primerov pred Stalno arbitražo so

<sup>5</sup> SIS pri HGK navaja 16 sporazumov o sodelovanju, več na <<http://www.hgk.hr/category/sudovi-pri-hgk/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk>> (1. 6. 2016).

<sup>6</sup> Tako na primer VIAC najprej citira 4 sporazume o sodelovanju s trgovinskimi zbornicami z arbitražnimi pravili, (*Co-operation Agreements between Chambers of Commerce with Arbitration Rules, (Croatia, Czech Republic, Hungary, Slovenia); in Co-operation Agreements between the Austrian Chamber of Commerce and Economic Chambers and the following institutions* (Nabor sklenjenih sporazumov obsega 23. institucionalnih arbitraž od prve sklenjene pogodbe o sodelovanju z AAA iz New Yorka leta 1990, do ICAC iz Ukrajine leta 2015) ter razdelek Statistics 2015: New cases received: 40 (2014: 56, 2013: 56, 2012: 70, 2011: 75); Number of pending cases (as per 31 December 2015): 55; Aggregated amount in dispute: EUR 1, 32. bn. ter glede na njihovo pravno naravo: Nature of disputes 2015: Business Services 6%, Construction and Engineering 20%, Distribution 6%, Energy 9%, General trade 17%, Machinery 11%, Mediation/Conciliation 3%, Share Purchase Agreements 6%, več na <<http://www.viac.eu/en/service/statistics/89-service/statistiken/293-viac-statistics-2015>> (1. 6. 2016).

<sup>7</sup> Drugačen pristop uporablja na primer CIETAC, ki najprej v razdelku Introduction zapiše: »The China International Economic and Trade Commission (CIETAC) is one of the major permanent arbitration institutions in the world.«; ter zatem glede nabora sporazumov o sodelovanju omeni samo: »CIETAC has formed partnership, based on cooperation agreements, with arbitration institutions from more than 40 countries and regions.«, glej <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=33&I=en>> (6. 6. 2016). Statistični kazalniki pa so razvrščeni takole: po letih 2006–2015 jih členijo v: CIETAC Annual Caseload (2006 – 2015), Domestic (v nadaljevanju: D), Foreign related (v nadaljevanju: F); 2006: D 539, F: 442; 2007: D: 689, F: 429; 2008: D: 682, F: 548; 2009: D: 923, F: 559; 2010: D: 934, F: 418; 2011: D: 965, F: 470; 2012: D: 331, F: 729; 2013: D 881, F: 375; 2014: D: 1223, F: 387; 2015: D: 1531, F: 437, več: <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=40&I=en>> (1. 6. 2016).

spori z mednarodnim elementom,« ter pod naslovom: »Ljubljana na zemljevidu arbitraže«, ob tem v okviru (pre)optimističnega videnja prihodnosti, *inter alia*, ugotavlja: »Geostrateški položaj, moderen zakonodajni okvir in prenovljena institucionalna podpora Sloveniji omogočajo, da postane najprivlačnejši sedež za arbitraže v regiji.«<sup>8</sup>

V tem uvodnem razdelku bom opozoril še na pomen ureditve podlag, ki naj bi strankam v sporu pomagale pri zagotovitvi koristnih informacij v zvezi z možnostjo izbire nominiranih arbitrov.

Med pristopi obravnavanih institucionalnih arbitraž je treba najprej omeniti SAS pri HGK, ki ima dve informativni listi arbitrov, členjeni in sestavljeni glede na vsebino spora, torej ali gre za spor z mednarodnim elementom, ali pa gre za spor med subjekti z domicilom v hrvaškem pravnem prostoru, torej za spore z nacionalnim elementom,<sup>9</sup> VIAC pa na instruktivni listi razvršča možne arbitre po nacionalnosti in zatem glede na raven njihovega znanja jezikov.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Citirani navedek z vidika pristopa in upoveditvene sporočilnosti ne dosega kakovostnih prvin v povedih, citiranih v navedenih opombah št. 5 do 7 Iz kazalnika: »40%« in ugotovitve »[...] vseh primerov [...]« zanju ni razvidna podstat, prav tako pa niso ne ugotovljive in tudi ne preverljive podlage glede vsebine obeh citiranih dejstev in glede pomenskega areala obeh omenjenih podatkov. Več glej pri: »O Stalni arbitraži«, <[www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)> (29. 5. 2016), ter 2013 <<http://www.sloarbitration.eu/KSA-2013>>. Prav tako bi bilo spodobno, če bi sestavljavci citiranega gradiva omenili, da je SA pri GZS pod nekdanjim vodstvom v letih 1997–2008 sklenila 33 sporazumov o sodelovanju z najbolj uveljavljenimi tujimi institucionalnimi arbitražami, čeprav je bila GZS kadrovska in finančna podpora le-te zelo skromna. Če so objavljeni spletni podatki točni, pa je zdajšnje vodstvo v šestih letih sklenilo sporazum o sodelovanju s kosovsko institucionalno arbitražo (2012). Povedano drugače: sklenilo je en sporazum o sodelovanju.

<sup>9</sup> SAS pri HGK ima dve listi arbitrov, in sicer eno za spore z mednarodnim elementom (147 arbitrov) ter drugo za spore med hrvaškimi gospodarskimi subjekti (154 arbitrov). Več glej: Hrvatska gospodarska komora: na temelju članka 6. stavka 2. Pravilnika o Stalnom arbitražnom sudištu pri Hrvatskoj gospodarskoj komori (»Narodne novine« broj 142/2011) Upravni odbor Hrvatske gospodarske komore na 23. sjednici 17. rujna 2015. godine utvrdio je Listu arbitara u postupcima s međunarodnim obilježjem pred stalnim arbitražnim sudištem pri HGK, (NN broj 119/2015) ter Lista arbitara u postupcima bez međunarodnog obilježja pred Stalnim arbitražnim sudištem pri HGK, (NN broj 119/2015).

<sup>10</sup> VIAC ima nekoliko drugačno zasnovo in pristop: List of Practitioners in International Arbitration, VIAC offers arbitration practitioners the possibility to present themselves on its website. VIAC reserves the right to publish any presentations submitted. Parties are free to nominate an arbitrator of their choice and so is the VIAC Board when appointing an arbitrator. These presentations do not constitute recommendations but may assist the parties in choosing an arbitrator willing to conduct proceedings according to the Vienna Rules, list of practitioners by nationality, list of practitioners by language proficiency, več na: <<http://www.viac.eu/en/arbitration/practitioners>> (1. 6. 2016).



Pristop, ki ga uporablja CIETAC v Arbitražnih pravilih 2015, se vsebinsko razlikuje od navedenih pristopov SAS pri HGK ter VIAC, kar izhaja iz določbe 26. člena: »*Nomination or Appointment of Arbitrators*«, po katerem lahko stranke v sporu izbirajo med dvema možnostma.<sup>11</sup>

SA pri GZS drugače od doslej obravnavanih pristopov glede nezavezujočih informacij za stranke v sporu, torej tožeči in toženi stranki, ter njunim pooblaščenecem o možnih arbitrih, uvrščenih na zadevne instruktivne liste obravnavanih institucionalnih arbitraž, omenjene subjekte le seznanja, da od 1. januarja 2014 **ne** pripravlja več list arbitrov.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Prvi odstavek 26. člena določa: »CIETAC maintains a Panel of Arbitrators which uniformly applies to itself and all its sub-commissions/arbitration centers.« Drugi odstavek 26. člena pa ureja pravni položaj v zvezi z nominiranjem arbitrov zunaj v prvem odstavku 26. člena omenjenega Panela, in sicer: »Where the parties have agreed to nominate arbitrators from outside CIETAC's Panel of Arbitrators, an arbitrator so nominated by the parties or nominated to the agreement of the parties may act as arbitrator subject to the confirmation by the Chairman of CIETAC.«

<sup>12</sup> SA pri GZS v razdelku »Najdi arbitra« najprej navaja, da skladno z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili stranke same izberejo in pooblastijo arbitre (arbitražni senat), da dokončno odločijo o njihovem spornem razmerju z arbitražno odločbo. Izbira arbitra oziroma strokovnjaka, ki je najprimernejši za reševanje konkretnega spora, je pomembno dejanje strank v postopku in zahteva poglobljen premislek glede potrebnih znanj in kvalifikacij.

SA pri GZS smo zaprosili za pojasnilo, ali se še uporabljajo instruktivne liste arbitrov, na kar so nam dne 2. junija 2016 odgovorili: »Obveščamo vas, da od uveljavitve novih Ljubljanskih arbitražnih pravil 1.1.2014, Stalna arbitraža pri GZS ne vodi liste arbitrov. Vloga stalne arbitraže je po novem predvsem v pomoči strankam pri **identifikaciji** primernih kandidatov za arbitre v konkretnem postopku, **skozi** svojo mednarodno mrežo **kontaktov**, če nas stranke za to izrecno zaprosijo. Izbiro pa potem stranke opravijo povsem **avtonomno**.«

Iz pravkar citiranega pojasnila SA pri GZS, ki nima pričakovanega in potrebnega sporočilnega naboja, izhaja, da so bile ukinjene **prej** objavljane instruktivne liste arbitrov. Iz omenjenega pojasnila nikakor ni mogoče razbrati podlag za sprejeto odločitev. Prav tako pa iz pojasnila niso razvidne prvine v zvezi z možnimi primerjalnopravnimi prednostmi sprejete odločitve SA pri GZS. Ob sočasnih res le stežka razumljivih oziroma (ne)sprejemljivih upoveditvenih »nerodnostih«, ki ne kažejo pričakovanega spoštovanja glede rabe uradnega jezika znotraj sorednic skrbi za naravo in duha našega jezika, tudi v zvezi z uporabo tujk, za katere imamo domače dvojnice, na primer: »identifikacija« (2x), primeri, ki so omenjeni v Pravnem terminološkem slovarju, (Založba ZRC, 1999, str. 101) identifikacija mrliča – prepoznava; identifikacija obdolženca, identifikacija osebe, predmeta. Na premalo domišljeno rabo besedja kaže tudi 2. podrazdelek Opomnika senatu (Smernice), »Arbiter mora biti v času trajanja postopka **razpoložljiv** [...]«; glej tudi 2. vrstico drugega odstavka 16. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil. O neprimernosti omenjene besede z vidika njenega pomenškega obsega jasno govori navedek na strani 1337 Slovenskega pravopisa (2001): »[...] prebrati razpoložljive e-knjige, **razpoložljiv** del dediščine [...]«. Očitno je pri sestavljalcih besedila izostalo prizadevanje za iskanju boljšega besedja, ki bi bilo po pojmovnem obsegu primernejše od omenjene nedvomno ponesrečene uporabe, na primer od »identifikacije« arbitrov do drugih naštetih nepotrebnih tujk. Zato bi se morali oni osebki, ki se jim na SA pri GZS očitno zdi povsem samoumevno, da zapišejo vsako tujko, ne da bi ob tem preverili, ali imamo za to domačo ustreznico, na primer namesto »kontakt«

## 2. OČRT ZASNOV, VSEBINSKE ČLENJENOSTI IN OBLIKOVANJE POSEBNOSTI V REŠITVAH, UBESEDENIH V OBRAVNAVANIH ŠTIRIH PRAVILNIKIH

V pričujočem razdelku bom na podlagi primerjalnopravne analize glede zasnov obravnavanih pravilnikov v nadaljevanju najprej opozoril predvsem na značilnosti ter pristope glede notranjih členitev obravnavanih pravilnikov<sup>13</sup> ter obravnaval tudi nabor najkoristnejših določb in drugih koristnih informacij.<sup>14</sup>

Ob omembi vsebine knjižice z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili je treba tudi tukaj opozoriti na nekatere jezikovne nerodnosti objavljenega besedila.<sup>15</sup>

(stik, zveza), »avtonomno« (samostojno, neodvisno); ipd. Seznaniti bi jih bilo treba z dejstvom, da je jezik izrazno sredstvo, ki mu preštevilne (in nepotrebne) tujke kazijo lice (A. Bajec v Predgovoru k delu J. Gradišnika: Slovenščina za Slovence, Založba Obzorja Maribor, 1967, str. 6).

Pomanjkanje čuta odgovornosti za uveljavljanje pravopisnih pravil se na primer kaže v ubeseditvi zveze (z široko) na primer »Sekretariat Stalne arbitraže razpolaga z široko mednarodno mrežo strokovnjakov, iz več kot 30 različnih držav, z izkušnjami iz različnih pravnih okolij in raznovrstnimi pravnimi in tehničnimi specializacijami. Strankam lahko pomagamo pri identifikaciji primernih kandidatov za arbitre.«, več na: <<http://www.sloarbitration.eu/Najdi-arbitra>> (1. 6. 2016).

V prihodnje pa bo treba ob upoštevanju nabora arbitrov upoštevati tudi načelno mnenje Komisije za integriteto Sodnega sveta, po katerem »mora biti presoja, ali je sodelovanje sodnikov kot arbitrov pri različnih arbitražah skladno z načeli Kodeksa sodniške etike, restriktivna, tako da je takšno delo sodnikov v posameznem primeru lahko sprejemljivo le ob spoštovanju vseh načel Kodeksa sodniške etike, Ustave Republike Slovenije, Zakona o sodiščih in Zakona o sodniški službi.« Več na: <<http://www.sloarbitration.eu/Novice-in-dogodki/ID/58/Sodni-svet-RS-o-sodelovanju-sodnikov-kot-arbitrov>> (5. 6. 2016).

<sup>13</sup> Mimobežno pa bomo obravnavali tudi še druga pomembnejša pravila, na primer China International Economic and Trade Arbitration Commission Financial Disputes Arbitration Rules, <<http://www.Cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=108&I=en>> (4. 6. 2016); in na primer Vienna Mediation Rules 2016, Annex 5, <<http://www.viac.eu/en/mediation-rules-en107-mediation/277-mediationrules-2016>> (2. 6. 2016).

<sup>14</sup> Glej na primer Selected Arbitral Awards, <<http://www.viac.eu/en/content/article/79-viac/257-selected-arbitral-awards-viac-readmore-e>> (31. 5. 2016).

<sup>15</sup> Dodatek I Organizacija stalne arbitraže, Dodatek II Tarifa, Dodatek III Postopek pred arbitrom za nujne primere, Vzorčne arbitražne klavzule, Arbitražni postopek, Pospešeni arbitražni postopek, Arbitražni postopek brez arbitra za nujne primere, Uporaba vzorčnih arbitražnih klavzul. V mislih imamo najprej navedek: »Strankam, ki želijo predložiti spor v reševanje **pred** Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije, se priporoča, da v pogodbo vključijo eno od **zgoraj navedenih** vzorčnih arbitražnih klavzul.« (Poudaril K. P.). Na premajhno jezikovno skrbnost ob navedku op. 12; kaže tudi opozoriti na očitno zlorabo uporabe besede »zgoraj« namesto za tisto, čemur je ta beseda v naši materinščini sicer namenjena (v dolini je vas, zgoraj pa grad; tu visoko zgoraj; zgoraj navedene priče ipd. – SP, 2001, str. 1767). Beseda »zgoraj« zagotovo ni namenjena nepotrebnemu uradniškemu klišejskemu mašilu. Avtor besedila bi lahko preprosto napisal: »[...] eno izmed treh, na straneh 43. do 45. objavljenih vzorčnih klavzul«. Ob tem na 46. strani v drugem odstavku tudi

## 2.1. Sestav obravnavanih arbitražnih pravilnikov

CIETAC-ova Arbitražna pravila so zapisana v štiriinosemdesetih členih, razvrščenih na sedem poglavij, oštevilčenih z rimskimi številkami.<sup>16</sup>

Dunajska pravila so razvrščena na sedeminštirideset členov, umeščenih v devet neoštevilčenih poglavij.<sup>17</sup>

Zagrebska pravila so ubesedena v določbah triinosemdesetih členov, razvrščenih na šest poglavij, oštevilčenih z rimskimi številkami.<sup>18</sup>

Ljubljanska arbitražna pravila imajo trinpetdeset členov, razvrščenih na osem neoštevilčenih poglavij.<sup>19</sup>

Obravnavane institucionalne arbitraže imajo različne pristope glede ureditve pravnih podlag, kdaj v sporu razsoja arbiter posameznik in kdaj arbitražni senat, ter tudi pri opredeljevanju vsebinskih prvin ravnanja arbitrov.

---

piše: »[...] jezik, v katerem **se bo vodil arbitražni postopek** [...]«, namesto: »[...] v katerem jeziku bo potekal postopek«, (glej tudi določbo prvega odstavka 23. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil). Upati je, da SA pri GZS ni uporabila teh pravopisnih in jezikovnih nerodnosti zato, da bi s klišejsko rabo uradniške latovščine zagotavljala eno od podlag na poti, da bi postala »najprivlačnejši sedež za arbitraže v regiji«.

<sup>16</sup> I. General Provisions (1. do 10. člen); II. Arbitral Proceedings (11. do 47. člen); III. Arbitral Award (48. do 55. člen); IV. Summary Procedure (56. do 64. člen); V. Special provisions for Domestic Arbitration (65. do 72. člen); VI. Special Provisions for Hong Kong Arbitration (73. do 80. člen); VII. Supplementary Provisions (81. do 84. člen); ter Appendix I (Directory of China International Economic and Trade Arbitration Commission and its Subcommissions/Arbitration Centers; Appendix II. China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Fee Schedule I, II, III; Appendix III. China International Economic and Trade Arbitration Commission.

<sup>17</sup> General Provisions (1. do 6. člen); Commencing the Arbitration (7. do 13. člen); Joinder of third parties and Consolidation (14. do 15. člen); The Arbitral Tribunal (16. do 22. člen); Challenge of Experts (23. člen); Jurisdiction of the Arbitral Tribunal (24. člen); The proceedings before Arbitral Tribunal (25. do 41. člen); Costs (42. do 44. člen); Miscellaneous Provisions (45. do 47. člen); ter Annex (1. do 5. člen).

<sup>18</sup> I. Opće odredbe (1. do 9. člen); II. Podnošenje i dostava pismena (10. do 13. člen); III. Arbitražni sud (14. do 27. člen); IV. Arbitražni postupak (28. do 61. člen); V. Posebna pravila o ubrzanom postupku (62. do 71. člen); VI. Prelazne i završne odredbe (72. in 73. člen).

<sup>19</sup> Uvodne določbe (1. do 3. člen); Začetek arbitražnega postopka (4. do 12. člen); Oblikovanje arbitražnega senata (13. do 19. člen); Postopek pred arbitražnim senatom (20. do 39. člen); Arbitražna odločba (40. do 44. člen); Stroški arbitražnega postopka (45. do 47. člen); Pospešeni arbitražni postopek (48. člen); Splošna pravila (49. do 51. člen); Dodatki I (Organizacija Stalne arbitraže), II. (Tarifa), in III. (Postopek pred arbitrom za nujne primere) ter razdelek Vzorcne arbitražne klavzule in Uporaba arbitražnih klavzul.

Tako na primer prvi odstavek 25. člena Arbitražnih pravil CIETAC<sup>20</sup> določa: »The arbitral tribunal shall be composed of one or three arbitrators.« Skladno z opredelitvijo iz drugega odstavka omenjenega člena bi lahko dovolj utemeljeno sklepali, da so bili avtorji pravil posredno nekoliko bolj naklonjeni, da predložene spore rešuje arbitražni senat, in manj pogosto arbiter posameznik. Rešitev, ki jo omenjam v nadaljevanju glede na 13. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil,<sup>21</sup> se nam kaže kot pravno manj povedna od določbe 17. člena VIAC Pravil.<sup>22</sup>

V III. razdelku se v okviru 1. poglavja<sup>23</sup> v prvem odstavku 14. člena najprej ureja možnost, da se stranke v sporu dogovorijo, ali bo njihov spor reševal senat ali arbiter posameznik.<sup>24</sup>

## 2.2. Vodenje arbitražnih postopkov

V zvezi z vodenjem arbitražnega postopka so z vidika obravnavanih institucionalnih arbitraž zaznavne največje razlike. Tako na primer Pravilnik SAS pri HGK v petih odstavkih 35. člena, najprej v pravni normi prvega odstavka določa, da bo arbitražni senat – razen če ni v tem Pravilniku določeno drugače – vodil postopek tako, kot šteje za primerno. V četrtem odstavku 35. člena pa arbitražnemu senatu nalaga časovno zamejitev enega leta od dne konstitu-

<sup>20</sup> 25. člen je naslovljen »Number of arbitrators«. Drugi odstavek citiranega člena ob tem še določa: »Unless otherwise agreed by the parties or provide by these Rules, the arbitral tribunal shall be composed of three arbitrators.«

<sup>21</sup> Podobno rešitev, kot jo nakazuje celotna določba 25. člena CIETAC-ovih Pravil, ima tudi 13. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil (število arbitrov): »Stranke se lahko sporazumejo o številu arbitrov. Če se stranke o številu arbitrov ne sporazumejo, spor rešuje senat, sestavljen iz treh arbitrov, razen če predsedstvo glede na zapletenost zadeve, vrednost spornega predmeta ali **druge okoliščine** zadeve odloči, da spor rešuje arbiter posameznik.«

<sup>22</sup> Citirani 17. člen Pravil VIAC v drugem odstavku drugače kot dikcija Ljubljanskih pravil »druge okoliščine« to pojasni vsebinsko veliko bolj sporočilno. »[...] predmeta spora ne prelazi 200.000,00 EUR, arbitražu će provoditi arbiter posameznik, dok će u ostalim sporovima arbitražu provoditi arbitražno vijeće od tri arbitra.« Podobno rešitev, le z drugačnim zneskom, ki je zamejen na 1.000.000 švicarskih frankov, pa vsebujeta tudi določbi četrtega odstavka 6. člena in drugega odstavka 42. člena Swiss Rules of International Arbitration, June 2012.

<sup>23</sup> 1. Broj arbitara i konstituiranje arbitražnog suda.

<sup>24</sup> Drugi odstavek 14. člena pa vsebuje določbo s sodiloma, ki rabita ureditvi kdaj spor rešuje arbiter posameznik, in sicer: »Ako se stranke nisu prethodno sporazumjele o broju arbitara u sporovima u kojima devizna prouvrjednost predmeta spora ne prelazi 200.000,00 EUR, arbitražu će provoditi arbiter posameznik, dok će u ostalim sporovima arbitražu provoditi arbitražno vijeće od tri arbitra.«

iranja arbitražnega senata, znotraj katere mora po tej prisilni normi dokončati arbitražni postopek.<sup>25</sup>

Pravila VIAC<sup>26</sup> so v prvem stavku določbe prvega odstavka 28. člena glede vodenja arbitražnega postopka načeloma podobna zasnovi rešitve po prvem odstavku 35. člena SAS pri HGK.

CIETAC uporablja določbe Kodeksa za vodenje arbitražnega postopka, sprejete 6. aprila 1993 in revidirane 6. maja 1994.<sup>27</sup> Vsebina določb citiranega Kodeksa je razvrščena na petnajst členov, oštevilčenih z rimskimi številkami, med katerimi bom v novi opombi<sup>28</sup> informativno citiral vsebinsko celoviti in sporočilni normi I. in VII. člena.

Stalna arbitraža pri GZS je junija 2015 objavila Smernice za arbitre,<sup>29</sup> ki naj bi bile »praktični pripomoček za lažje vodenje in usmerjanje arbitražnih postopkov pred Stalno arbitražo«. Ta pripomoček ima dve slabosti:

1. dobesedno povzema nekatere določbe in Ljubljanskih arbitražnih pravil in jih, razen enkrat, ne citira, ali pa jim celo spreminja pravno naravo in prisilno pravno normo nadomešča s popustno;

---

<sup>25</sup> (1) »Ako Pravilnikom nije drukčije određeno, arbitražni sud provest će postupak n način koji smatra primjerenim.«; (4) »Arbitražni sud dužan je dovršiti arbitražni postupak u roku od godine dana od dana konstituiranja arbitražnog suda (članak 22).«

<sup>26</sup> First sentence of the (1) Article 28: »The arbitral tribunal shall conduct the arbitration in accordance with the Vienna Rules and the agreement of the parties but otherwise in the manner it deems appropriate.«

<sup>27</sup> Code of Conduct for Arbitrators, (Adopted on 6 April 1993, as revised on 6 May 1994).

<sup>28</sup> I. »An arbitrator shall hear cases independently and impartially based on facts, in accordance with the law, with reference to international practices and in adherence to the principles of justice and fairness.« VII. »On accepting an appointment, an arbitrator shall ensure his or her availability for oral hearings and deliberations. He/she shall not allow any other engagement to affect his or her participation in the case, and shall consult with the Secretariat in advance, if absence is required under exceptional circumstances.«

<sup>29</sup> Več na: <<http://www.sloarbitration.eu/Smernice-za-arbitre>> (31. 5. 2016).

2. vsebuje pa tudi (pre)več jezikovnih nerodnosti,<sup>30</sup> kot bi se to smelo pričakovati glede na namen citiranih Smernic.<sup>31</sup>

Glede zaveze o zaupnosti ravnanj, posvetovanj senata in podatkov, ki se nanašajo na arbitražni postopek ali sprejete odločbe Pravilnika, VIAC ter SAS pri HGK urejata to problematiko le posredno ali zoženo.<sup>32</sup> CIETAC jo ureja v okviru člena XIII 2.3. omenjenega kodeksa.<sup>33</sup> Najbolj zaokroženo pa je urejena v štirih odstavkih 50. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.<sup>34</sup>

### 2.3. Pospešeni arbitražni postopek

Vse obravnavane institucionalne arbitraže v svojih pravilnikih, ob klasičnem arbitražnem postopku urejajo tudi pospešeni arbitražni postopek, to novo-

<sup>30</sup> Tretji podrazdelek Opomnika senatu: »Časovni potek postopka«, str. 2., potem ko povzema naslov 25. člena, najprej povzame besedilo prvega odstavka tega člena s to razliko, da besedico »ta« v njem nadomesti v Smernicah z besedo: »senat«. Zatem pa v zadnjem stavku prvega odstavka Smernic v celoti povzame tretji odstavek 25. člena, katerega vsebino »obogatit« z dvojim: opusti besedo »mora«, ki se je v Ljubljanskih arbitražnih pravilih uporabljala za kognentnost te določbe, in besedo »poslati« zamenja z besedo »pošlje«. V razdelku Smernic s podnaslovom Učinkovito vodenje postopka 1. stavek povzema 1. stavek prvega odstavka 21. člena, pri čemer besedno zvezo »s temi pravili« nadomesti z: »Ljubljanskimi arbitražnimi pravili«. V nadaljevanju pa sta v citiranem odstavku Smernic dobesedno povzeti zadnji dve vrstici prvega odstavka 21. člena, od besedice »da« ... do »spora«. V podrazdelku Smernic: Arbitražna odločba sta v prvem in drugem stavku prvega odstavka dobesedno povzeta prvi in drugi stavek prvega odstavka 41. člena. Tretji(zadnji) stavek je dobesedni povzetek prvih dveh vrstic tretjega odstavka 41. člena, do vejice pred besedo »določen«. Zatem pa se v drugem odstavku 2. podrazdelka Smernic še dobesedno povzemata prvi dve vrstici 1. stavka 42. člena do besedne zveze »v skladu«. Podobno velja tudi za zadnji stavek drugega odstavka 3. podrazdelka, v katerem je dobesedno povzet zadnji stavek šestega odstavka 41. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil. Bodi dovolj.

Med jezikovnimi nerodnostmi je treba na primer omeniti podrazdelek Administrativni stroški Stalne arbitraže. V drugem odstavku je v 2. alineji zapisano: »[...] strankam, ki prihajajo iz držav članic EU [...]«. Zadoščalo bi namreč upovedenje: »[...] strankam iz držav članic EU [...]«. V drugem podrazdelku na tej strani je v prvi vrstici uporabljena povsem neprimerna beseda: »Ljubljanska arbitražna pravila **zasledujejo** kritno načelo [...]«, ki bi jo bilo treba nadomestiti, na primer: V Ljubljanskih arbitražnih pravilih so v določbi 47. člena urejena vsa pomembna pravna vprašanja glede predujma za kritje stroškov arbitraže.

<sup>31</sup> V tretjem odstavku je zapisano pojasnilo, po katerem so »Smernice pripomoček za arbitre in nimajo pravne narave dopolnilnih oziroma dodatnih arbitražnih pravil.« Glej <<http://www.sloarbitration.eu/Smernice-za-arbitre>> (1. 6. 2016).

<sup>32</sup> Glej na primer drugi odstavek 46. člena Pravilnika SAS pri HGK.

<sup>33</sup> Tako: Code of Conduct for Arbitrators, Article XIII, »An arbitrator shall keep the confidentiality of an arbitration and shall not disclose any information related to its substance or procedure, including facts of the case, arbitral proceedings and deliberations of the tribunal, nor shall an arbitrator disclose, in particular, his or her opinions or deliberations of the arbitral tribunal to the parties.«

<sup>34</sup> Tretji odstavek 50. člena povsem jasno določa: »Posvetovanja senata so zaupna.«

dobno različico reševanja sporov, za katero se stranke – vsaj načeloma – izrecno dogovorijo, če želijo, da bi se njihov medsebojni spor čim prej rešil. Večinoma je predviden šestmesečni rok, po tem ko je bila senatu, praviloma arbitru posamezniku, predmetna zadeva dana oziroma zaupana v reševanje.<sup>35</sup> Pospešeni arbitražni postopek je zaradi številnih posebnih določb, ki na primer zadevajo uporabo elektronske oblike komunikacije, ter omejitve glede rokov, ki jih določi senat za pošiljanje pisnih vlog ter prepovedi vlaganja pisnih vlog po opravljeni ustni obravnavi, ter jasnega napotka arbitru posamezniku glede določanja rokov za izvajanje pravnih dejanj strank, udeleženih v predmetnem sporu,<sup>36</sup> razumljivo tudi cenovno ugodnejši. V dveh pravilnikih se predvideva tudi zamejitev vrednosti predmeta spora.<sup>37</sup> Razen v Pravilniku VIAC, v katerem pospešenemu arbitražnemu postopku namenjajo en sam člen,<sup>38</sup> mu v preostalih treh pravilnikih namenjajo celotno poglavje. Naj dodam, da ima celotno poglavje v Ljubljanskih arbitražnih pravilih prav tako en sam člen.<sup>39</sup>

Obravnavani pravilniki imajo večinsko vsebinsko zelo strnjeno določbo, po kateri lahko senat na podlagi sporazuma strank v okviru pospešenega arbitražnega postopka odloči le na temelju pisnih vlog.<sup>40</sup> Pravilnik SAS pri HGK pa tej tematiki namenja štiri odstavke v 67. členu, pri čemer sta z vidika pravne doktrine strokovno še zlasti zanimivi določbi prvega in tretjega odstavka.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Glej na primer šesti odstavek 48. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.

<sup>36</sup> Prvi odstavek 71. člena Pravilnika SAS pri HGK določa: »Arbitar poединac će pri određivanju rokova za poduzimanje radnji stranaka i pri poduzimanju vlastitih radnji voditi računa o hitnosti ubrzanog arbitražnog postupka.«

<sup>37</sup> Primerjaj na primer določbi prvega odstavka 62. člena Pravilnika, navedeni v 36. opombi, ter prvi odstavek 56. člena Pravilnika CIETAC, s katerim so znesek predmeta spora dvignili s prejšnjih dveh milijonov RMB na pet milijonov RMB. Več na <<http://kluwerarbitrationblog.com> 2015/02/17/cietacs-new-arbitration-rules-2015/> (1. 6. 2016).

<sup>38</sup> Člen 45 Pravilnika VIAC 2013.

<sup>39</sup> Več: CIETAC, Chapter IV Summary procedure, Article 56–61. Pravilnik, nav. v op. 36; Pravilnik SAS HGK, V. Posebna pravila o ubrzanom arbitražnom postupku, članci 62.–71., Ljubljanska arbitražna pravila, Pospešeni arbitražni postopek, 48. člen.

<sup>40</sup> V drugem stavku 60. člena Pravil CIETAC je določeno: »The arbitral tribunal may decide whether to examine the case solely on the basis of the written materials and evidence submitted by the parties or to hold an oral hearing after hearing from the parties of their opinions.« Podobno določa tudi tč. iv sedmega odstavka 48. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil: »razen če se stranke sporazumejo, da bo v sporu odločeno le na podlagi pisnih vlog, lahko senat opravi ustno obravnavo.«

<sup>41</sup> Prvi odstavek 67. člena je z vidika sporočilnosti in pomenskega obsega obravnavanih kategorij dober primer zakonodajalčeve ubeseditvene skrbnosti: »Ako tužitelj drukčije ne predloži u tužbi odnosno tuženik u odgovoru na tužbu, arbiter poединac može donijeti pravorijek bez održavanja ročišta na temelju navoda stranaka iz tužbe i odgovora na tužbu odnosno podnesaka stranaka iz članka 65.

Pravilnik CIETAC, Dunajska pravila in Ljubljanska arbitražna pravila<sup>42</sup> nameenjajo vsebinski ureditvi začasnih ukrepov v arbitražnem postopku razmeroma skromno pozornost. SAS HGK pa so predmetne določbe strnili v okviru IV. poglavja, v razdelku 8. »Privremene mere« in 48.–51. členu zelo podrobno razdelili v skupine in sočasno vsebinsko ter povedno pojasnili vse različice začasnih ukrepov, postopek njihove določitve in določitev začasnih ukrepov pred ustanovitvijo oziroma oblikovanjem arbitražnega senata ter tudi stroškov v zvezi z določitvijo obravnavanih začasnih ukrepov.<sup>43</sup>

## 2.4. Arbiter za nujne primere

Arbiter za nujne primere je ena od koristnih in uporabnih novosti v mednarodni arbitražni praksi, ki so jo v svoje arbitražne pravilnike od leta 2006 naprej vnesle številne institucionalne arbitraže.<sup>44</sup> Institucionalne arbitraže, ki so se odločile za možnost uporabe določb v zvezi z arbitrom za nujne primere, največkrat uporabljajo pristop, v okviru katerega v zadevni določbi svojega pravilnika to možnost predvidijo in hkrati dodajo, da je ta pravni institut podrobneje urejen v posebnem dodatku zadevnih arbitražnih pravil.<sup>45</sup>

---

stavaka 4. i 5. ovog Pravilnika, te dokaza priloženih uz tužbu I odgovorvu na tužbu kao i drugih navedenih podnesaka.« Podobna vrednostna sodba, kot je zapisana v uvodnem delu te opombe, velja tudi za zakonodajalčev vsebinski pristop v tretjem odstavku navedenega člena: »Arbitrar pojedinaac može iznimno, na vlastiti poticaj, ako ocijeni da to zahtijevaju okolnosti slučaja i načelo poštenog suđenja, odlučiti da se slučaju iz stavka 1. ovog članka održi ročište na kojem će strankama iznijeti svoje stavove o bitnim odrednicama spora u skladu sa člankom 17. stavkom 3. Zakona o arbitraži (Narodne novine br. 88/01).« Navedeni tretji odstavek 17. člen Zakona o arbitraži je naslovljen »Ravnopravnost stranka u postupku« in določa: »U mjeri u kojoj je to potrebno i moguće arbitri će u svrhu ostvarenja stavka 1. i 2. ovoga članka nastojati strankama iznijeti svoja shvaćanja te dati prikladna objašnjenja kako bi se zajedno sa strankama razmotrila sva odlučna činjenična i pravna pitanja spora.«

<sup>42</sup> Primerjaj na primer 23. člen Pravilnika CIETAC; 33. člen Pravilnika VIAC ter 37. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil.

<sup>43</sup> Vrste privremenih mjera, članak 48; Postupak određivanja privremenih mjera, članak 49; Određivanje privremenih mjera prije osnivanja arbitražnog suda, članak 50; Troškovi određivanja privremenih mjera, članak 51.

<sup>44</sup> Več v: China Law inside, kjer se v 5. razdelku (Emergency arbitration system is provided) med drugim ugotavlja: »It has been recently adopted by many important international arbitration organizations (ICDR 2006, SCC 2010, ICC 2012, HKIAC 2013, LCIA 2014) and frequently employed by parties. In China, the China (Shanghai) Pilot Free Zone Arbitration Rules effective as of May 1, 2014 akes lead in providing emergency arbitration procedures.« Več na: <<http://chinainsight.com/2015/04/articles/dispute-resolution/cietac-issued-the-2015-arbitration-rules/>>. (3. 6. 2016).

<sup>45</sup> Drugi odstavek 23. člena Pravilnika CIETAC *Conservatory and Interim Measures* jasno določa: »In accordance with the applicable law or the agreement of the parties, a party may apply in the Arbitration Court for emergency relief pursuant to the CIETAC Emergency Arbitrator Procedure« (Appendix



Sočasno pa stranke tudi opozorijo o pravni ureditvi glede možnosti, da se določb omenjenega dodatka v zvezi z arbitrom za nujne primere ne uporabi oziroma se jo izključi.<sup>46</sup>

## 2.5. Arbitražna odločba

Glede na to, da imajo vse vzorčne arbitražne klavzule obravnavanih štirih pravilnikov navedek, da bo v okviru procesa arbitražnega postopka vsak (predloženi) spor, nesoglasje ali zahtevek, ki izhaja iz pogodbe xy ali je v zvezi z njo, vključno z njeno kršitvijo, prenehanjem ali veljavnostjo, **dokončno rešen**,<sup>47</sup> bi lahko pričakovali, da bi se tematiki arbitražne odločbe namenilo dolžno pozornost, zlasti kar zadeva postopkovna vprašanja, njeno obličnost, učinke, obrazložitev, podpise na arbitražni odločbi, kraj ter datum sprejetja arbitražne odločbe, njeno dostavo, morebitne popravke ali razlage, podlage oziroma tabele za izračun stroškov ter določbe v zvezi z dopolnilno odločbo.<sup>48</sup> Arbitražno odločbo je treba torej razumeti in šteti kot pisno odločitev arbitražnega senata o bistvu zadevnega spora,<sup>49</sup> ki pa sočasno tudi pomeni

---

III). Prvi odstavek 38. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil pa določa: »Kadar stranka potrebuje nujni začasni ukrep, ki ne more počakati do oblikovanja senata, lahko zahteva postopek pred arbitrom za nujne primere, ki je urejen v Dodatku III.« Dikcija se ne zdi najbolj posrečena, besedilo »od, ... ki ... do statuta« bi lahko zapisali, spoštujejoč pomenski obseg, vendar pa preprosteje in brez uporabe besede »počakati«, na primer kadar ... »že pred oblikovanjem senata«.

<sup>46</sup> Na primer drugi odstavek 38. člena Ljubljanskih pravil to vprašanje ureja takole: »Pravila o postopku pred arbitrom za nujne primere se ne uporabijo, če se stranke dogovorijo za izključitev Dodatka III.«

<sup>47</sup> V Pravilniku CIETAC deveti odstavek 49. člena določa: »The arbitral award is final and binding upon both parties. Neither party may bring a lawsuit before a court or make request to any other organization for revision of the award.« Pravilnik ima dve vzorčni klavzuli (Model Arbitration Clause (1) and (2)). V obeh pa je v drugem stavku navedek: »The arbitral award is final and binding upon both parties.« Anex 1 Pravil VIAC vsebuje formulacijo: »[...] shall be finally settled [...]«. Pravilnik SAS HGK ima v 53. členu določbo »Protiv pravorijeka nije dopušten pravni lijek arbitražnom sudu višeg stupnja«. Ljubljanska arbitražna pravila v prvem stavku drugega odstavka 41. člena določajo: »Arbitražna odločba je dokončna in za stranke zavezujoča«.

<sup>48</sup> Pravna ureditev glede arbitražne odločbe je v Pravilniku CIETAC urejena v III. poglavju (Arbitral award) in 48. do 55. členu. Pravilnik VIAC ureja pravna vprašanja glede arbitražne odločbe v sedmih odstavkih 36. člena (*Arbitral award*), vprašanja glede stroškov, poravnave ter morebitnih popravkov pa v 37. do 39. členu. SAS HGK ima tematski sklop o arbitražni odločbi v IV. Poglavju, v podrazdelku 9 ter 52. do 61. členu. Ljubljanska arbitražna pravila pa to tematiko urejajo v dveh neoštevilčenih poglavjih z naslovom Arbitražna odločba v 40. do 44. členu ter Stroški arbitražnega postopka v 45. do 47. členu.

<sup>49</sup> Nekaterе institucionalne arbitraže, med drugim med obravnavanimi na primer SAS HGK v 55. členu z naslovom »*Ispitivanje i odobrenje pravorijeka i zaključka*« s kognentno pravno normo v prvem odstavku zavezuje arbitražni senat takole: »[...] arbitražni sud dužan je podneti Sudištu njihov nacr.« Le temu pa z napotilno normo v prvem stavku drugega odstavka dovoljuje dvoje: a) »Sudište

sklepno dejanje imenovanega arbitražnega senata. V nekaterih primerih pa se lahko stranke pred izdajo končne arbitražne odločbe poravnajo. V takem primeru arbitražni senat izda sklep o ustavitvi postopka, ali če stranke to zahtevajo in se senat strinja z njihovim predlogom, zapiše poravnavo v obliki arbitražne odločbe na podlagi poravnave.<sup>50</sup>

Pravilniki tudi urejajo pravna vprašanja glede morebitnih zahtev strank v sporu glede potrebe po popravkih pisnih, računskih ali drugih podobnih napak,<sup>51</sup> in določajo zasnovo oziroma stroške arbitraže<sup>52</sup> ter urejajo pravna vprašanja v zvezi s sprejetjem dopolnilne odločbe, če bi bilo to potrebno glede na naravo spora.<sup>53</sup>

## 2.6. Podlage za izračun stroškov

Informativna primerjava zasnove in stroškov ob hipotetični predpostavki, da vrednost spornega predmeta znaša od 2 do 5 milijonov evrov, kaže, da bi morale stranke v zadevnem sporu, v katerem bi vrednost spora znašala 2.000.000 evrov, plačati:

*Po Anex-u 3 Pravil VIAC:*

vpisna taksa – 1.500 evrov; administrativni stroški – 18.000 evrov + 0,125 % za znesek nad 2.000.000 evrov; stroški za arbitra posameznika – 36.500 + 0,6 % za znesek nad 2.000.000 evrov. Pri znesku 2 milijona evrov torej skupaj 56.000 evrov.

*Po Odločbi o stroških v arbitražnih postopkih HGK:<sup>54</sup>*

vpisna taksa – 200 evrov; nagrada za arbitra posameznika – 15.700 evrov + 0,2 % za spore nad 2.000,000 evrov; administrativni stroški – 20 % od na-

---

može odrediti preinaku forme podnesenog nacрта.« In v drugem stavku: »Sudište je ovlašteno [...] skrenuti arbitražnom sudu pozornost na pitanja koja se odnose na bit spora.«

<sup>50</sup> Več na primer v 38. členu Pravil VIAC ter prvem odstavku 43. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.

<sup>51</sup> Glej na primer 53. člen Pravil CIETAC; 39. člen Pravil VIAC; ter 44. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil.

<sup>52</sup> Glej na primer Schedule of Fees v povezavi z drugim odstavkom 3. člena Pravil CIETAC; 37., ter 44. člen Pravil VIAC; 58. do 60. člen Pravil SAS HGK; 44. do 47. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil v povezavi z Dodatkom II.

<sup>53</sup> Več na primer v 54. členu Pravil CIETAC; 39. členu Pravil VIAC; 44. členu, tč. iii in četrtem odstavku tega člena.

<sup>54</sup> Odluka o troškovima u postupcima arbitraže, več na: <[http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni2011\\_12\\_142\\_2877.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni2011_12_142_2877.html)> (2. 6. 2016).

grade iz prejšnje alineje, torej 3.140. Skupaj torej 19.040 + dejanski stroški (izvedenci, prevodi, potni stroški arbitra ipd).

*Po Dodatku II. Ljubljanskih arbitražnih pravil:*

vpisna taksa – 1.000 evrov; plačilo za predsednika senata (za arbitra posameznika še + 20 %) – najmanj 23.400 + 4.680 = 28.080; administrativni stroški – 12.600. Skupaj 41.680 evrov.

### **3. PREDLAGANE REŠITVE**

Na večino koristnih ali izvirnih rešitev sem opozoril že v okviru besedila ali opomb v prejšnjem razdelku. Dodatno naj omenim še: jasno viden poudarek glede potrebe po pravni ureditvi mediacijskih postopkov v posebnih pravilih, na primer pri CIETAC in VIAC,<sup>55</sup> ter ciljno določbo 47. člena Pravilnika CIETAC,<sup>56</sup> oblikovanje kakovostnih instruktivnih list arbitrov,<sup>57</sup> sestav in namenskost etičnih kodeksov za arbitre in mediatorje,<sup>58</sup> praktični pomen pregleda arbitražne odločbe po arbitražni instituciji,<sup>59</sup> poseben člen o vestnosti in poštenju (dobri veri)<sup>60</sup> ipd.

### **4. SKLEP**

Namen te razprave je bil opozoriti na nekatere posebnosti razvojnosti pri ubeseditvi določb v obravnavanih štirih pravilnikih institucionalnih arbitraž: CIETAC, VIAC, SAS pri HGK ter SA pri GZS ter na nabor možnosti, o katerih bi bilo treba premisliti pri udejanjanju hvalevrednih prizadevanj, da bi se Ljubljana določneje in čim bolj prepričljivo zarisala na zemljevidu arbitraže. Ob oblikovanju zasnove in nabora potrebnih ukrepov za čim bolj celostno in učinkovito uresničitev te namere pa bi bilo priporočljivo najprej v objave vključevati vse kazalnike, ki zadevajo število arbitražnih odločb na način, ki ga uporabljajo v treh od obravnavanih štirih institucionalnih arbitražah, in

<sup>55</sup> Glej na primer Vienna Rules and Vienna Mediation Rules, več na: <[www.viac.eu](http://www.viac.eu)>.

<sup>56</sup> Člen 47 Pravilnika CIETAC: Article 47, Combination of Conciliation and Arbitration.

<sup>57</sup> Glej na primer opombi 9 in 10.

<sup>58</sup> Glej na primer Etički kodeks za arbitre, sprejet je bil na seji Predsedstva SAS pri HGK, 27. 7. 2010, <<http://www.hgk/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk/>> (26. 5. 2016).

<sup>59</sup> Glej na primer 55. člen Pravilnika SAS pri HGK.

<sup>60</sup> Primerjaj na primer 9. člen Pravilnika CIETAC, Article 9 Good Faith, ki določa: »Arbitration participants shall proceed with the arbitration in good faith.«

odpraviti nepotrebne jezikovne ter postopkovne napake v obeh obravnavanih besedilih, torej v besedilu Ljubljanskih arbitražnih pravil ter Smernic za arbitre.

### **Literatura:**

Jaromir Beran in drugi: Pravni terminološki slovar. ZRC SAZU, Ljubljana 1999.

Janez Gradišnik: Slovenščina za Slovence. Obzorja, Maribor 1967.

Jože Toporišič: Slovenski pravopis. SAZU in ZRC SAZU, Ljubljana 2001.

Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri GZS, 1. januar 2014.

China Council for the Promotion of International Trade on November 14, 2014 (CIETAC), »2015 Arbitration Rules«, China International Economic and Trade Arbitration Commission.

Code of Conduct for Arbitrators, (Adopted on 6 April 1993, as revised on 6 May 1994).

Lista arbitara u postupcima s međunarodnim obilježjem pred stalnim arbitražnim sudištem pri HGK, (NN broj 119/2015).

Lista arbitara u postupcima bez međunarodnog obilježja pred Stalnim arbitražnim sudištem pri HGK, (NN broj 119/2015).

Pravilnik o arbitraži pri Stalnom arbitražnom sudištu HGK, Skupština Hrvatske gospodarske komore na 12. sjednici održanoj dana 19. studenog 2015. godine.

Vienna Rules in force from July 2013, Official English version adopted by the Extended Presiding Committee of the Austrian Federal Economic Chamber on 8 May 2013, with effect from 1 July 2013.

<<http://www.hgk.hr/category/sudovi-pri-hgk/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk>> (1. 6. 2016)

<<http://www.viac.eu/en/service/statistics/89-service/statistiken/293-viac-statistics-2015>> (1. 6. 2016)

<<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=33&I=en>> (6. 6. 2016)

<<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=40&I=en>> (1. 6. 2016)

<<http://www.sloarbitration.eu/KSA-2013>>

<<http://www.viac.eu/en/arbitration/practitioners>> (1. 6. 2016)

<<http://www.sloarbitration.eu/Najdi-arbitra>> (1. 6. 2016)

<<http://www.sloarbitration.eu/Novice-in-dogodki/ID/58/Sodni-svet-RS-o-sodelovanju-sodnikov-kot-arbitrov>> (5. 6. 2016)

<<http://www.Cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=108&I=en>> (4. 6. 2016)

<<http://www.viac.eu/en/mediation-rules-en107-meditation/277-meditation-rules-2016>> (2. 6. 2016)

<<http://www.viac.eu/en/content/article/79-viac/257-selected-arbitral-awards-viac-readmore-e>> (31. 5. 2016)

<<http://www.sloarbitration.eu/Smernice-za-arbitre>> (31. 5. 2016)

<<http://www.sloarbitration.eu/Smernice-za-arbitre>> (1. 6. 2016)

<<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/02/17/cietacs-new-arbitration-rules-2015/>> (1. 6. 2016)

<<http://chinainsight.com/2015/04/articles/dispute-resolution/cietac-issued-the-2015-arbitration-rules/>> (3. 6. 2016)

<[http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni2011\\_12\\_142\\_2877.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni2011_12_142_2877.html)> (2. 6. 2016)

<[www.viac.eu](http://www.viac.eu)> (1. 6. 2016)

<<http://www.hgk/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk>> (26. 5. 2016)

# Razmišljanje o neprijaznem odnosu prava EU do arbitraže

MARKO ILEŠIČ

## 1. UVOD

Arbitraža je nedržavno sodišče, ki ga določijo stranke s sporazumom, njena odločba pa je po svojih pravnih učinkih izenačena s pravnomočno sodbo.<sup>1</sup> Načeloma torej, vsaj glede učinka, ni razlik med sodbo »pravega« (državnega) sodišča in arbitražno odločbo. To velja brez zadržkov v domačem pravu. Tudi tuja arbitražna odločba ima načeloma enako usodo kot tuja sodba: v drugi državi ne učinkuje samodejno, ampak jo je treba priznati in izvršiti po posebnem postopku. Ta je (za obe vrsti odločb) urejen v nacionalnih zakonih (v Sloveniji v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku – ZMZPP<sup>2</sup> in Zakonu o arbitraži – ZArbit<sup>3</sup>), pa tudi v mednarodnih konvencijah. Za arbitražne odločbe je najpomembnejša Newyorška konvencija iz leta 1958. Postopki in pogoji se v različnih virih sicer razlikujejo, ostaja pa skupna značilnost, da je treba preveriti vrsto pogojev, da bi bilo mogoče tujo odločbo priznati. Čeprav postopki in pogoji za sodne in arbitražne odločbe niso identični, je treba v obeh primerih izpeljati postopek za ugotavljanje pogojev.

V Evropski uniji je v zadnjih desetletjih prišlo do bistvenega olajšanja priznanja sodnih odločb, ki so jih izdala sodišča druge države članice. Zakonodaja EU je od Bruseljske konvencije iz leta 1968 prek Bruseljske uredbe iz leta 2001 pa do ravno dobro (10. januarja 2015) uveljavljene nove Bruseljske uredbe iz leta 2012 zmanjševala zahtevnost priznanja tujih sodnih odločb. Ta razvoj je navdahnjen z idejo o medsebojnem zaupanju držav članic EU, ki se

---

**Marko Ilešič**, doktor pravnih znanosti, sodnik Sodišča Evropske unije

<sup>1</sup> Lojze Ude: Arbitražno pravo. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 23.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 56/99, 45/08 – ZArbit.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

naj kaže tudi v »prostem pretoku sodnih odločb«. Po Bruseljski uredbi iz leta 2012 sta priznanje in izvršitev sodb sodišč pravzaprav samodejna.

Enak razvoj pa ne velja za priznanje in izvršitev arbitražnih odločb med državami članicami EU. V pravu EU ne najdemo nikakršnih zametkov takih pravil. Še več: Bruseljska uredba izrecno izključuje svojo uporabljivost za arbitražo.

Ali to pomeni, da pravni red EU zanemarja ta način reševanja sporov, ga ignorira? Na prvi pogled je ta ugotovitev očitna. Medsebojno zaupanje obstaja med državami (članicami) in med njihovimi sodišči, arbitraže pa niso v nikakršnem odnosu do katerekoli države, ne glede na to, da ima arbitraža tudi nekakšno »državno pripadnost«, ki pa ne pomeni nobenega formalnega odnosa do države, ki ji arbitraža »pripada« na podlagi določenih kriterijev, med katerim prednjači kriterij države, v kateri je bila izdana arbitražna odločba. Da je ta kraj v sedanji globalizaciji pogosto težko določljiv in pogosto povsem naključen, ni treba posebej dokazovati.

V pravu EU je načelo medsebojnega zaupanja močno poudarjeno in zelo pogosto tudi navdihuje sodbe Sodišča EU. V znamenitem Mnenju 2/13 (o skladnosti načrta Sporazuma o pristopu EU k Evropski konvenciji o človekovih pravicah) je SEU v polni sestavi (obča seja) prav nespoštovanje tega načela štelo za enega najpomembnejših argumentov za sklep o neskladnosti. Kljub temu pa se zdi precej jasno, da je omenjeno načelo bolj fikcija kot presumpcija in da je včasih povsem oddaljeno od realnega stanja.<sup>4</sup>

Drugi primer velike razlike med tretmajem nacionalnih (državnih) sodišč in arbitraž se kaže v sodni praksi, ki arbitraž ne šteje za sodišča, ki imajo po 267. členu PDEU pravico ali včasih obveznost, da od SEU dobijo stališče o veljavnosti prava EU ali o njegovi razlagi. Visoko povzdignjena ideja o »dialogu med sodniki« v ta dialog ne vključuje arbitrov. Če bi arbitraža za rešitev spora morala uporabiti pravo EU, nima možnosti, da bi o njegovi veljavnosti ali razlagi dobila avtoritativno stališče SEU. Glede na naravo arbitraže je to morada včasih tudi dobrodošlo po volji strank, ampak gotovo si lahko zamislimo primere, ko bi lahko taka razlaga olajšala arbitražno odločanje. Čeprav ima taka restriktivna razlaga manjše praktične posledice in tudi ni nujno, da imata

<sup>4</sup> Aleš Galič in Nina Betetto se utemeljeno sprašujeta, ali gre za »načelo ali dogmo«, in poglobljeno razpravljata o senčnih straneh tega pristopa za evropsko civilno procesno pravo. Glej Aleš Galič in Nina Betetto: *Evropsko civilno procesno pravo* I. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 29–33.

sicer avtonomna pojma »sodišče« povsem enak pomen v obeh primerih (glede priznanja in izvršitve ter glede postavljanja predhodnih vprašanj), pa tudi ta druga situacija kaže na nenavdušenje EU nad arbitražo.

## 2. PRIZNANJE IN IZVRŠITEV ARBITRAŽNIH ODLOČB V PRAVU EU

Na prvi pogled je vse jasno. Bruseljska uredba (različica iz leta 2012), enako kot različica iz leta 2001 in Bruseljska konvencija kot njena predhodnica, izrecno določa, da se uredba ne uporablja za arbitražo (točka d drugega odstavka 1. člena). Ker besedilo ne govori o arbitražnih odločbah, ampak o arbitraži sploh, ga razlagajo tako, da se konvencija ne uporablja niti za sodne odločbe v zvezi z arbitražo, kot na primer o razveljavitvi arbitražne odločbe, o imenovanju arbitrov itd. V razpravi o Bruseljski uredbi 2012 so se sicer pojavili predlogi, da bi to določbo preprosto črtali, tako da bi se izvzetje uporabe omejilo samo na priznanje in izvršitev arbitražnih odločb (ker pač niso sodne odločbe), vendar pobuda ni bila sprejeta.<sup>5</sup> Res je v novi Bruseljski uredbi dodana nova uvodna izjava 12, ki pojasnjuje pristojnosti nacionalnih sodišč, hkrati pa jasno prepoveduje priznanje nacionalnih sodb glede veljavnosti arbitražnega sporazuma. S tem se je precej zmanjšala nevarnost prakse t. i. italijanskega torpeda.<sup>6</sup> Vendar ta novost ne pomeni dosti več, kot da dopušča arbitražam vzporedne postopke, ne vpliva pa na postopek priznanja in izvršitve.

Zanimivo je, da je 220. člen Rimske pogodbe omenjal zavezo držav članic, da se pogajajo o sklenitvi konvencij o priznavanju in izvršitvi sodnih odločb ter arbitražnih odločitev. Ta druga možnost ni bila nikdar izrabljena, prva pa je bila uresničena z Bruseljsko konvencijo leta 1968. Misel na podobno konvencijo glede arbitraže je bila opuščena, ker so vse države članice ratificirale Newyorško konvencijo.

Kakšen je obseg omenjene izključitve uporabe Bruseljske uredbe, je SEU pred nedavnim odločalo v zadevi *Gazprom*.<sup>7</sup> Sodba je že tudi obširno obde-

<sup>5</sup> Glej podrobneje Peter F. Schlosser in Burkhard Hess: EU-Zivilprozessrecht. C.H. Beck, München 2015, str. 42; Peter Mankowski v: Thomas Rauscher: Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Sellier 2015, str. 138 in 139.

<sup>6</sup> Jae Sundaram: Does the judgment of the CJEU in *Gazprom* bring about clarity on the grant of anti-suit injunctions under the Brussels Regulation?, v: Denning Law Journal 2015, vol. 27, str. 318.

<sup>7</sup> Sodba velikega senata z dne 13. maja 2015, C-536/13.



lana v slovenski strokovni literaturi.<sup>8</sup> Ti in drugi (številni) komentarji sodbe se sicer nagibajo k mnenju, da je bilo SEU v tej zadevi manj neprijazno do arbitraže, ampak da bistvenega premika v njeno korist ni zaznati.

### 3. ARBITRAŽA KOT »SODIŠČE DRŽAVE ČLANICE« PO 267. ČLENU PDEU

Negativen odnos do arbitraže kot mehanizma za reševanje sporov se kaže tudi v tem, da se arbitraža ne šteje za »sodišče države članice« v smislu 267. člena PDEU, po katerem imajo sodišča države članice pravico (in včasih dolžnost) predložiti vprašanje za predhodno odločanje Sodišču EU. Sodna praksa SEU je tu dosledna. Če se arbitraža (ali sorodna institucija) obrne na SEU s predhodnim vprašanjem, bo SEU po analizi klasičnih pogojev, ki jih je uveljavilo v številnih sodbah,<sup>9</sup> odločilo, da arbitraža teh ne izpolnjuje in se izreklo za nepristojnega. Pogoj, ki ga arbitraža ne spolnjuje, je t. i. obvezna pristojnost organa. S tem sodna praksa razume situacije, ko je pristojnost takega organa določena z zakonom, pri čemer ni nujno, da je to edino sodno varstvo.<sup>10</sup> Čeprav so lahko pri konkretni sodni odločbi izpolnjeni kriteriji, ki se zde bolj odločilni za »sodni značaj« odločbe, kot na primer neodvisnost in pa s sodbo izenačen učinek odločbe, je sodna praksa dosledno nenaklonjena arbitraži. Doktrina je glede primernosti te usmeritve SEU razdeljena.<sup>11</sup> Element »obveznosti« je tako odločilen, da je SEU priznalo status »sodišča« tudi organu, ki v svojem nazivu<sup>12</sup> nosi besedo »arbitraža« (portugalsko *Tribunal Arbitral necessário*), pa mu je z zakonom podeljena obvezna pristojnost v določenih sporih.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Prim. tematsko številko Slovenska arbitražna praksa 2/2015, s prispevki M. Menard in P. Goršeta, N. Okretič ter J. Burka.

<sup>9</sup> Nazadnje v sodbi velikega senata SEU z dne 7. julija 2015 v zadevi *Consorti sanitaridel Maresme*, C-203/14.

<sup>10</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jääskinena v zadevi *Consorti sanitari del Maresme*, C-203/14, točka 44.

<sup>11</sup> Glej na primer komentar L. Idot k sodbi *Denuit* z dne 27. januarja 2005 v: *Revue de l'arbitrage* 2005, str. 769–774; Simon Luca Morsiani: *Arbitri a Roma e a Lussemburgo: gli uni e gli altri pari non sembrano*, *Quaderni costituzionali* 2005, str. 685–689.

<sup>12</sup> Resnici na ljubo je treba ugotoviti, da SEU v svoji praksi dosledno zavzema stališče, da poimenovanje je posameznega organa ni pomemben element za odločitev.

<sup>13</sup> Sklep z dne 13. februarja 2014 v zadevi *Merck Canada*, C-555/13.

## 4. SKLEPNE MISLI

Resnično se lahko vprašamo, kateri so vzroki in kakšne so posledice take ureditve v EU. Glede na to, da je učinkovita sodna politika (»pravosodno sodelovanje«), ki zagotavlja varstvo prava EU, eden od pomembnih ciljev EU, bi bilo za pričakovati, da bo pravo EU takemu reševanju sporov namenilo veliko pozornosti. Pa ni tako.

Neposredni vzrok je gotovo v tem, da pride načelo medsebojnega zaupanja v poštev le, če je mogoče računati na lojalnost, ki veže države članice in torej tudi njihova sodišča. Čeprav v vseh članicah velja, da so sodišča neodvisna (od drugih vej oblasti), pa kljub temu – paradoksalno – v pravu EU velja, da države članice odgovarjajo za delo sodišč, s katerim se krši pravo EU.<sup>14</sup> Za arbitražne odločbe si seveda take odgovornosti ni mogoče zamisliti, kar naj bi bil lahko pomemben razlog za zadržan odnos prava EU do »pravih« arbitraž.<sup>15</sup> Drugi razlog, ki ga včasih zasledimo, da se namreč s tem pristopom SEU izogiba preveliki obremenitvi, se mi zdi povsem špekulativen: končno je praksa SEU splošno naklonjena široki razlagi pojma sodišča v smislu 267. člena PDEU.

Zaupanje pa je seveda relativen kriterij. Med prednostmi arbitraže (morda bolje: med razlogi, ki stimulirajo k sklenitvi arbitražnega sporazuma) naštevajo tudi in predvsem nezaupanje do državnih sodišč in zaupanje med strankami.<sup>16</sup> In končno EU nima predsodkov do t. i. alternativnega reševanja sporov, katerega oblike ne padejo nujno pod izjemo glede arbitraže.<sup>17</sup> Tudi pomen arbitraže ocenjuje pozitivno, saj ima v »mednarodni trgovinski skupnosti temeljni pomen kot najpogostejši način reševanja sporov v mednarodni trgovini.«<sup>18</sup> Ampak načelo zaupanja očitno tako prevladuje, da številni glasovi o večji naklonjenosti arbitraži nimajo uspeha. Kot je zapisal generalni pravobranilec Wathelet, »arbitražnega sodišča ne more zavezovati načelo vzajemnega zaupanja, določeno v Uredbi Bruselj I.«<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Ta odgovornost je utrjena v praksi SEU, začeni s sodbo v zadevi *Köbler* iz leta 2003.

<sup>15</sup> Prim. Carlo Rasia: *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale*, v: *Il corriere giuridico* 2006, str. 21–26.

<sup>16</sup> Glej na primer L. Ude, nav. delo, str. 47 in nasl.

<sup>17</sup> P. Mankowski, nav. delo, str. 137 in 138.

<sup>18</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Darmona v zadevi *Rich*, C-190/89.

<sup>19</sup> Sklepni predlogi v zadevi *Gazprom* C-536/13, pred točko 153.

Paradoksalno je tudi, da SEU včasih samo nastopa kot arbitraža na podlagi arbitražnega dogovora. Po določbi 272. člena PDEU je SEU pristojno na podlagi arbitražne klavzule v pogodbi med Evropsko komisijo in tretjo osebo. V takih primerih, ki niso redki in v katerih gre običajno za povsem poslovne spore, se Sodišče (na prvi stopnji je pristojno Splošno sodišče) praktično prelevi v arbitražo, vsaj glede uporabe materialnega prava, ki ni pravo EU (pogodbeno pravo v EU ni harmonizirano), ampak dogovorjeno pravo ene od držav članic. Sodišče tu odstopi od svoje temeljne funkcije razlagati pravo EU, ampak – kot arbitraža – uporablja nacionalno materialno pravo, postopek pa ostaja določen po predpisih EU.

Ob vseh niansah, ki jih lahko glede arbitraže prinese sodna praksa, je neizogibno spoznanje, da je neprijaznost prava EU do vsaj delnega približevanju režima arbitraže tistemu državnih sodišč nujna posledica načela medsebojnega (ne)zaupanja. *Quousque tandem?*

IV. del

**CIVILNO  
MATERIALNO PRAVO**



# Pravne lastnosti in vrste pravic

NINA PLAVŠAK

## 1. NAMEN PRISPEVKA

Ko obravnavamo pravne probleme glede vsebine ali posledic posamičnega civilnopravnega razmerja oziroma pravnih dejanj, ki učinkujejo na to civilnopravno razmerje, si moramo pogosto odgovoriti na vprašanje, kakšne lastnosti imajo pravice, ki so vsebina tega razmerja. Veliko pravnikov se navadno ne zaveda, da so kot izhodišče za presojo pravnega problema, ki ga obravnavajo, predpostavili, da imajo pravice, ki so predmet tega pravnega problema, določene pravne lastnosti. Na teh, predpostavljenih lastnostih, ki jih uporabijo kot izhodiščni aksiom, nato gradijo argumente, s katerimi utemeljujejo pravilnost svojega stališča glede obravnavanega pravnega problema. Pri tem določenemu izrazu, s katerim opišejo lastnosti obravnavane pravice, razmeroma pogosto pripisujejo pomen oziroma značilnosti, ki jih ta pravica v resnici nima. Če je zmotno ovrednotena lastnost pravice izhodišče njihove argumentacije, so seveda vsi nadaljnji argumenti, ki temeljijo na tem zmotnem izhodišču, prav tako zmotni.

Zato sistematična in dosledna obravnava lastnosti pravic, ki je predmet tega prispevka, nima zgolj teoretične vrednosti, temveč je pomembna tudi za pravilno izhodišče pri obravnavi številnih pravnih problemov, s katerimi se vsakodnevno srečujemo pravniki.

Ko želimo opredeliti pravne lastnosti (značilnosti) katerekoli civilne pravice, si moramo odgovoriti zlasti na ta vprašanja:

1. Katera upravičenja vključuje pravica, ki jo preučujemo?
2. Ali ima pravica značilnost samostojne pravice in ali je pravica prenosljiva?
3. Ali ima pravica značilnosti temeljne pravice ali pa je izvedena iz druge, izvorne pravice?

---

**Nina Plavšak**, doktorica pravnih znanosti

## 2. RAZMERJE MED PRAVICO IN UPRAVIČENJEM TER VRSTE UPRAVIČENJ

**Osrednja prvina pravice** je »možnost, da pravni subjekt na določen način ravna (*facultas agendi*). Ta možnost je vsebovana v abstraktni in splošni pravni normi (*abstraktno upravičenje*). Pravo dodeljuje takšna upravičenja zato, da subjekti v njihovem okviru zadovoljujejo najrazličnejše lastne *interesse*, če so in kolikor so v skladu s funkcijo prava v konkretni družbi. Možnost ravnanja, bodisi aktivnega bodisi pasivnega, je *pravno zavarovana*.«<sup>1</sup>

**Upravičenje** je gradnik pravice v tem pomenu, da je vsaka pravica sestavljena (zgrajena) iz enega upravičenja ali več upravičenj. Značilnosti (vsebina) upravičenj, ki jih vsebuje (vključuje) pravica, nam povedo, na kakšen način (s katerimi ravnanji) lahko uveljavimo pravico in proti komu jo lahko uveljavimo ter ali lahko s pravico (pravno učinkovito) razpolagamo in na kakšen način lahko z njo razpolagamo. Zato členitev pravice na upravičenja, ki jih vključuje (vsebuje), nima zgolj teoretičnega pomena, temveč je pomembna za pravilno razumevanje vsebine pravice in s tem povezano (pravilno) uporabo pravnih pravil o uveljavljanju pravice in razpolaganju s pravico.

Posamezna pravica (lahko) vključuje tri **vrste upravičenj**.

1. Vsaka pravica mora vključevati najmanj eno **temeljno (materialnopravno) upravičenje**, ki opredeli, na kakšen način (s katerimi dejanji) lahko njen imetnik *uveljavi pravico* (uresniči pravno možnost, ki jo vsebuje) in proti komu lahko uveljavi pravico.
2. Večina pravic vključuje tudi tretjo vrsto upravičenja, in sicer **razpolagalno upravičenje**. Od vsebine razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje pravica, je odvisno, ali lahko s pravico (pravno učinkovito) razpolagamo in *na kakšen način lahko z njo razpolagamo*.
3. Vsaka pravica vključuje tudi **pravovarstveni zahtevek**.

---

<sup>1</sup> Marijan Pavčnik: Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava, 2., pregledana in dopolnjena izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, str. 123, 124.

### 3. TEMELJNO (MATERIALNOPRAVNO) UPRAVIČENJE

#### 3.1. Pojem in pomen temeljnega (materialnopravnega) upravičenja in uveljavljanje pravice

**Temeljno (materialnopravno) upravičenje** je pravna možnost imetnika pravice (vključena v tej pravici), da ravna na določen način oziroma da od drugega zahteva, da ravna na določen način. Materialnopravno upravičenje opredeljuje dve značilnosti (pravni lastnosti) pravice, in sicer:

- na kakšen način (s katerimi dejanji) lahko njen imetnik uveljavi pravico in
- proti komu jo lahko njen imetnik uveljavi.

Z izrazom *uveljavljanje pravice* označujemo ravnanje ali ravnanja, s katerimi imetnik pravice uresniči pravno možnost, ki jo vsebuje materialnopravno upravičenje, vključeno v pravici. Zato je odgovor na vprašanje, **na kakšen način (s katerimi dejanji) lahko njen imetnik uveljavi pravico**, odvisen od vrste materialnopravnega upravičenja, ki ga pravica vsebuje. Na primer:

- Če vsebuje pravica *upravičenje uporabe stvari*, imetnik pravice uresničuje to upravičenje (uveljavlja pravico) z različnimi (aktivnimi) ravnanji, s katerimi uporablja stvar, odvisno od obsega uporabe, ki ga vsebuje to upravičenje. Navadno pravica, ki vsebuje upravičenje uporabe stvari, vsebuje tudi *prepo-vedno (opustitveno) upravičenje (zahtevek)*, ki daje imetniku pravice pravno možnost od vsake osebe, proti kateri učinkuje ta pravica, zahtevati, da opusti ravnanja, s katerimi imetniku pravice omejuje ali preprečuje izvrševanje upravičenja uporabe.
- Če vsebuje pravica *izpolnitveni zahtevek (upravičenje)*, imetnik pravice uresniči to upravičenje (uveljavi pravico) tako, da od drugega zahteva, da opravi izpolnitveno ravnanje (dajatev, storitev, opustitev ali dopustitev), ki je predmet tega upravičenja.
- Če vsebuje pravica *oblikovalno upravičenje*, imetnik pravice uresniči to upravičenje (uveljavi pravico) tako, da izjavi voljo (z enostranskim pravnim poslom), ki (glede na vrsto oblikovalnega upravičenja) povzroči nastanek, spremembo ali prenehanje določenega pravnega razmerja.
- Če vsebuje pravica *poplačilno upravičenje*, imetnik pravice uresniči to upravičenje (uveljavlja pravico) tako, da proda stvar, lastninska pravica na kateri je



omejena s (izvedeno) pravico, ki vsebuje poplačilno upravičenje, oziroma drugo (premoženjsko) pravico, ki je omejena s tako (izvedeno) pravico, in kupnino, doseženo s tako prodajo, uporabi za poplačilo zavarovane terjatve.

Odgovor na vprašanje, **proti komu lahko njen imetnik uveljavi pravico**, je odvisen od tega, *proti komu učinkuje pravica* (materialnopravno upravičenje, ki ga vsebuje).

- Nekatero pravice učinkujejo (in jih lahko njihov imetnik uveljavlja) *samo proti drugi stranki* (subjektu) pravnega razmerja, iz katerega izvirajo. Za pravice s takim (omejenim) učinkom pogosto uporabljamo izraz *relativne pravice*. Tako značilnost imajo vse obligacijske pravice, korporacijske pravice, pravice, inkorporirane v vrednostnem papirju, in izvedene pravice intelektualne lastnine.
- Druge pravice učinkujejo *proti širšemu krogu subjektov*. Zanje navadno rečemo, da učinkujejo proti vsakomur (*erga omnes*). Za pravice s takim (širšim) učinkom pogosto uporabljamo izraz *absolutne pravice*. Tako značilnost imajo zlasti vse stvarne pravice in temeljne pravice intelektualne lastnine.

Večino pravic lahko njihovi imetniki uveljavijo (oziroma uveljavljajo) z ravnanji (pravnimi dejanji), naslovljenimi neposredno na osebo, proti kateri taka pravica učinkuje. Za tak način uveljavljanja pravice uporabljamo tudi izraz **zunajsodno uveljavljanje pravice**. Možnost zunajsodnega uveljavljanja temeljnega (materialnopravnega) upravičenja je tipična značilnost tega upravičenja. Zato velja, da vsebuje pravica možnost njenega zunajsodnega uveljavljanja, razen če zakon za določeno vrsto pravice izrecno določa, da jo je mogoče (pravno učinkovito) uveljaviti samo z ustreznim (procesnim) dejanjem v sodnem postopku.

Ko govorimo o **sodnem uveljavljanju pravice**, moramo razlikovati te položaje:

1. Ker vključuje vsaka pravica tudi *pravovarstveni zahtevek*, vključuje tudi možnost, da njen imetnik sodno uveljavi materialnopravno upravičenje, vsebovano v pravici, če oseba, proti kateri učinkuje pravica, ne ravna tako, kot je od nje imetnik pravice upravičen zahtevati. Ta zahtevek je obširneje pojasnjen v 4. razdelku.
2. Izraz *sodno uveljavljanje pravice* navadno uporabljamo *v ožjem pomenu* za pravice, za katere zakon določa, da je materialnopravno upravičenje, ki ga

vkjučujejo, mogoče (pravno učinkovito) uveljaviti samo z ustreznim (procesnim) dejanjem v sodnem postopku. Značilnost takih pravic (materialnopravnih upravičenj) ima na primer izpodbojno upravičenje (vrsta oblikovalnega upravičenja, katerega uspešna uveljavitev povzroči razveljavitev pogodbe), saj ga lahko izpodbojni upravičenec po pravilu, določenem v prvem odstavku 95. člena OZ, uveljavlja samo sodno z oblikovalnim tožbenim zahtevkom za razveljavitev (izpodbijane) pogodbe.

Pri presoji pravnih vprašanj, povezanih z uveljavljanem pravice, moramo upoštevati, da lahko obstajajo **glede razmerja med pravico in materialnopravnim upravičenjem, ki ga vključuje**, različni položaji:

1. *Nekatere pravice vsebujejo več temeljnih (materialnopravnih) upravičenj.* Pri takih pravicah moramo v zvezi z njihovim uveljavljanjem za vsako upravičenje posebej presojati, s katerimi ravnanji ga imetnik pravice lahko uresničuje in proti komu lahko to upravičenje uveljavlja.
2. Pravno možnost uresničiti materialnopravno upravičenje, ki ga vključuje določena pravica, posamezna oseba pogosto pridobi že s tem, ko pridobi to pravico (postane imetnik te pravice). *Nekatera materialnopravna upravičenja pa lahko imetnik pravice uveljavi (zunajsodno ali sodno) šele, ko nastopijo določena dodatna pravna dejstva* (čeprav pravica, ki vključuje to upravičenje, ni povezana z odložnim pogojem). Na primer:
  - Izpolnitveni zahtevek, ki ga vključuje terjatev (kot temeljna obligacijska pravica), lahko upnik (imetnik terjatve) uveljavi šele, ko terjatev dospe (primerjaj prvi odstavek 239. člena OZ).
  - Poplačilno upravičenje, ki ga vključuje zastavna pravica, lahko zastavni upnik (imetnik zastavne pravice) uveljavi šele, če zavarovana terjatev ob dospelosti ni plačana (primerjaj prvi odstavek 128. člena SPZ).

### **3.2. Standardna razvrstitev pravic po vrsti materialnopravnega upravičenja, ki ga vključujejo**

#### 3.2.1. Splošno

Najpogosteje se pravice razvrščajo **po vrsti temeljnega (materialnopravnega) upravičenja, ki ga vključujejo, in po tem, proti komu učinkujejo.**<sup>2</sup> Zato za razvrstitev pravic po teh merilih uporabljamo izraz *standar-*

<sup>2</sup> Glej tudi shematski prikaz v Preglednici 3.

*dna razvrstitev*. Standardna razvrstitev je pomembna zlasti pri presoji, katera pravna pravila (pravna pravila katerega pravnega področja) se uporabljajo za posamezno vrsto pravic. Po standardni razvrstitvi razvrščamo pravice v štiri osnovne skupine.

1. **Obligacijske pravice**. Njihove značilnosti so razložene v razdelku 3.2.2.
2. **Stvarne pravice**. Njihove značilnosti so na splošno pojasnjene v razdelku 3.2.3.
3. **Korporacijske pravice**.
4. **Pravice intelektualne lastnine**.

Včasih se kot posebna vrsta pravic obravnavajo tudi **pravice, inkorporirane v vrednostnem papirju**. Te pravice v resnici niso posebna vrsta pravic po merilih standardne razvrstitve (upravičenj, ki jih vključujejo), saj se v vrednostnem papirju lahko inkorporirajo obligacijske, stvarne ali korporacijske pravice. V posebno vrsto jih razvrščamo zato, ker se za njihovo uveljavljanje (proti komu učinkujejo in kakšen je način uveljavljanja) in za razpolaganje z njimi uporabljajo (nekatera) posebna pravila pravnega področja vrednostnih papirjev, in ne splošna pravila obligacijskega, stvarnega oziroma korporacijskega prava, ki bi se zanje uporabljala, če ne bi bile inkorporirane v vrednostnem papirju.

### 3.2.2. Obligacijske pravice

**Obligacijska pravica v ožjem pomenu** je pravica, ki vključuje temeljno (materialnopravno) upravičenje subjekta (stranke) obligacijskega razmerja od drugega subjekta (stranke) obligacijskega razmerja zahtevati, da opravi izpolnitveno ravnanje, ki je predmet tega razmerja. Za temeljno (materialnopravno) upravičenje, ki ga vključuje obligacijska pravica, uporabljamo tudi izraz *izpolnitveni zahtev*. Za obligacijsko pravico v opredeljenem pomenu se v obligacijskem pravu uporablja tudi izraz **terjatev**.

Med obligacijske pravice spadajo tudi oblikovalne pravice. **Oblikovalna pravica** je pravica, ki daje subjektu (nosilcu) pravice pravno možnost, da z enostransko izjavo volje povzroči nastanek, spremembo oziroma prenehanje pravnega razmerja. Oblikovalne pravice niso obligacijske pravice v (ožjem) pomenu. Od teh se razlikujejo po njihovem predmetu. Predmet obligacijskih pravic je namreč izpolnitveno ravnanje, predmet oblikovalnih pravic pa je pravno razmerje, najpogosteje obligacijsko razmerje. Izjava volje, s katero

imetnik (nosilec) oblikovalne pravice uresniči (uveljavi) to pravico in s tem povzroči nastanek, spremembo ali prenehanje pravnega razmerja, ima naravo pravnega posla, in sicer enostranskega pravnega posla.<sup>3</sup>

Obligacijske pravice so **relativne pravice** v tem pomenu, da učinkujejo in jih njihov imetnik lahko uveljavlja samo v razmerju do druge stranke obligacijskega razmerja, iz katerega izvirajo.

Če se izpolnijo dodatne predpostavke, lahko nekatere izvedene obligacijske pravice dobijo **absolutni učinek**. Za take pravice navadno uporabljamo izraz *izvedene obligacijske pravice z absolutnim učinkom*. Dodatna predpostavka, da pridobi obligacijska pravica glede nepremičnine absolutni učinek, je na primer vpis te pravice v zemljiško knjigo. To je značilnost pogodbene predkupne, pogodbene odkupne pravice in najemne (zakupne) pravice<sup>4</sup> glede nepremičnine. Večina zakonitih predkupnih pravic glede nepremičnine pa pridobi absolutni učinek že, ko nastanejo (ko se izpolnijo predpostavke, ki jih zakon določa za njihov nastanek).

### 3.2.3. Stvarne pravice

Najpomembnejša značilnost, po kateri se stvarne pravice razlikujejo od obligacijskih pravic, je *absolutnost*. Stvarne pravice so **absolutne pravice** v tem pomenu, da učinkujejo in jih njihov imetnik lahko uveljavlja proti vsakomur (*erga omnes*).

Ker učinkuje stvarnoppravno razmerje proti vsakomur, morajo biti stvarnopravni položaji vsakomur jasno in nedvoumno razpoznavni. Zato je število stvarnih pravic omejeno (*numerus clausus*). Stvarne pravice so našteje (določene) v 2. členu SPZ. Mednje spadajo:

- lastninska pravica, ki je **temeljna stvarna pravica**, in
- naslednje **izvedene stvarne pravice**: zastavna pravica, služnosti, pravica stvarnega bremena in stavbna pravica.

Poleg temeljne stvarne pravice in izvedenih stvarnih pravic lahko glede nepremičnine obstaja še tretja vrsta stvarnih pravic, in sicer **varovalne stvarne pravice**. Varovalnih stvarnih pravic ne ureja SPZ, temveč jih ureja ZZK-1.

<sup>3</sup> Obširneje o oblikovalnih pravicah glej Nina Plavšak, v: Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur: Obligacijsko pravo, splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009, razdelek 2.8.5.

<sup>4</sup> Najemna (zakupna) pravica je vrsta obligacijske, izvedene iz pravice uporabe, ki jo vključuje lastninska pravica na stvari, ki je predmet najema (zakupa).

Vsem varovalnim stvarnim pravicam je skupno, da vključujejo upravičenje njihovega imetnika doseči poznejšo vknjižbo in s tem pridobitev temeljne ali izvedene stvarne pravice, ki bo učinkovala od časa zgodnejšega vpisa, torej od časa, od katerega učinkuje vpis varovane stvarne pravice.<sup>5</sup> Zato pogosto rečemo, da vpis z značilnostmi varovalne stvarne pravice varuje vrstni red oziroma dosledneje čas učinkovanja poznejših vpisov pridobitve temeljne ali izvedene stvarne pravice. Razvrstimo jih lahko v dve skupini:

1. V prvo skupino spadajo *predznanovane pravice*. Po posebnem pravilu, določenem v prvem odstavku 52. člena ZZK-1 (primerjaj tudi prvi odstavek 55. člena ZZK-1), *vknjižba pravice v vrstnem redu predznanovane pravice* učinkuje (že) od trenutka, od katerega učinkuje predznanovana pravica, in ne šele od trenutka začetka zemljiškoknjižnega postopka za vknjižbo pravice v vrstnem redu predznanovane pravice.
2. V drugo skupino spadajo *zaznambe, ki varujejo vrstni red poznejših vpisov*. Vknjižba oziroma predznanba pravice v vrstnem redu take zaznambe učinkuje (že) od trenutka, od katerega učinkuje ta zaznamba, in ne šele od trenutka začetka zemljiškoknjižnega postopka za vknjižbo pravice v vrstnem redu zaznambe. Mednje spadajo:
  - zaznamba vrstnega reda (četrti odstavek 74. člena ZZK-1),
  - zaznamba spora (tretji odstavek 81. člena ZZK-1),
  - zaznamba izrednega pravnega sredstva (drugi odstavek 105. člena ZZK-1),
  - zaznamba izbrisne tožbe (drugi odstavek 245. člena v zvezi s tretjim odstavkom 81. člena ZZK-1),
  - zaznamba tožbe za izpodbijanje vpisa v postopku nastavitve zemljiške knjige (drugi in tretji odstavek 228. člena ZZK-1) in
  - zaznamba razlastitvenega (ali komasacijskega) postopka ter zaznamba spora o določitvi pripadajočega zemljišča, ki sta posebni vrsti zaznambe spora.

Značilnost varovalne stvarne pravice ima tudi *maksimalna hipoteka*, saj varuje čas začetka učinkovanja pridobitve hipoteke, ki nastane z nastankom posamične terjatve iz poslovnega razmerja, ki je »zavarovano« z maksimalno hipoteko.

<sup>5</sup> Obširneje o varovalnih stvarnih pravicah glej Nina Plavšak, Renato Vrenčur: Kako pravna pravila, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo, varujejo poštenega, dobovernega pridobitelja, v: *Pravnik*, št. 11-12/2015, str. 833–869.

## 4. RAZPOLAGALNO UPRAVIČENJE (RAZPOLAGANJE S PRAVICO)

### 4.1. Pojem in pomen razpolagalnega upravičenja

Z izrazom *razpolaganje s pravico* označujemo pravno dejanje (pravni posel) njenega imetnika, ki povzroči prenos, omejitev, spremembo ali prenehanje te pravice. Ko obravnavamo razpolaganje s pravicami, se v resnici sprašujemo, ali pravica vključuje upravičenje (pravno možnost) njenega imetnika razpolagati z njo in v kakšnem obsegu (na kakšen način) je mogoče uresničiti to upravičenje.

Pri večini pravic zakoni opredelijo njihovo vsebino tako, da opredelijo materialnopravno upravičenje ali upravičenja, ki jih pravica vsebuje. Razpolagalno upravičenje je kot izrecna sestavina pravice opredeljeno samo v prvem odstavku 37. člena SPZ za lastninsko pravico. To seveda ne pomeni, da druge vrste pravic ne vključujejo razpolagalnega upravičenja (poleg materialnopravnega upravičenja). Vsaka civilna pravica vključuje tudi pravovarstveni zahtevek, čeprav zakoni, ki urejajo posamezne vrste pravic, navadno ne določajo izrecno, da pravice te vrste vključujejo pravovarstveni zahtevek, temveč obstoj tega zahtevka predpostavljajo (in s tem priznavajo) pravila civilnih sodnih postopkov. Podobno zakoni (posredno) urejajo (določajo) pravno možnost razpolagati z določeno vrsto pravice s tem, ko urejajo njeno prenosljivost, določajo, da je pravica lahko predmet drugih (izvedenih) pravic, ali urejajo (določen) način razpolaganja s pravico in pravne posledice takega razpolaganja.

Zato lahko **razpolagalno upravičenje** opredelimo kot pravno možnost imetnika pravice razpolagati s to pravico na določen način. Drugače kot materialnopravno upravičenje, ki ga vključuje vsaka (civilna) pravica (je nujna sestavina, brez katere pravica ne more obstajati), razpolagalno upravičenje ni nujna sestavina pravice. Zato nekatere pravice ne vključujejo razpolagalnega upravičenja.

Za (določno) opredelitev razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje posamezna pravica, je treba opredeliti tudi način razpolaganja, ki je predmet tega upravičenja. Z izrazom **način razpolaganja** označujemo vrsto pravne posledice (učinka), ki jo povzroči določeno razpolaganje s pravico. Način, na katerega je mogoče razpolagati s pravico, je odvisen od vrste pravice, ki je predmet razpolaganja, oziroma dosledneje od njenih pravnih lastnosti.

**Načine, na katere je mogoče razpolagati s pravico**, lahko po pravni posledici, ki jo povzroči posamezni način, razvrstimo tako:

1. Z nekaterimi pravicami lahko njihov imetnik razpolaga tako, da jih **prenese** na novega imetnika. Takšno razpolaganje povzroči, da dosedanji imetnik (odsvojitelj) pravico izgubi, ker ta s prenosom (razpolaganjem) preide na novega imetnika (pridobitelja).

Pravno možnost razpolagati s pravico tako, da jo imetnik prenese na novega imetnika, zakoni pogosto (posredno) urejajo tako, da določajo, da je pravica prenosljiva (primerjaj tretji odstavek 256. člena SPZ), ali da urejajo prenos pravice (kot je na primer prenos terjatve urejen v OZ). Pri tem moramo upoštevati, da je prenosljivost tipična značilnost (samostojnih) pravic. Zato vsaka (samostojna) pravica vključuje upravičenje njenega imetnika prenesti jo na novega imetnika, razen če zakon za posamezno vrsto pravice izrecno določa, da je neprenosljiva.

2. Z nekaterimi pravicami lahko njihov imetnik razpolaga tako, da pravico **omeji** v najširšem pomenu **z ustanovitvijo izvedene pravice**. Takšno razpolaganje povzroči, da nastane nova, izvedena pravica. Hkrati se pravna možnost uveljavljati upravičenja, ki jih vključuje osnovna pravica (pravica, ki je predmet razpolaganja), omeji (zmanjša) v ustreznem obsegu oziroma na ustrezen način glede na vsebino upravičenj, ki jih vsebuje izvedena pravica. To pravno možnost zakoni navadno urejajo tako, da pri ureditvi posamezne vrste izvedene pravice določajo, katere (temeljne, osnovne) pravice je mogoče (pravno dovoljeno) omejiti z ustanovitvijo izvedene pravice te vrste.

Z nekaterimi stvarnimi pravicami glede nepremične lahko njihov imetnik razpolaga tudi tako, da jih omeji z **zaznambo vrstnega reda** pridobitve ali prenehanja pravice.

3. Z večino pravic lahko njihov imetnik razpolaga tudi tako, da se pravici **odpove** v celoti. Takšno razpolaganje povzroči prenehanje pravice, ki je predmet odpovedi.
4. Imetnik lahko z večino pravic razpolaga tudi tako, da se pravici delno odpove (jo **utesni**). Takšno razpolaganje povzroči utesnitev (zmanjšanje) vsebine ali obsega upravičenj, ki jih vključuje pravica.
5. Z nekaterimi pravicami lahko njihov imetnik razpolaga tudi tako, da jih **preoblikuje**. Pravna možnost preoblikovati pravico ni tipična značilnost

(lastnost) pravice, temveč obstaja samo, če za določeno vrsto pravice zakon določa, da jo je mogoče preoblikovati na določen način.

- 5.1. Lastninsko pravico na nepremičnini lahko njen imetnik (lastnik) preoblikuje tako, da nepremičnino, ki je njen predmet, pravno *razdeli na dve ali več (novih) nepremičnin*, ali da *dve ali več nepremičnin združi v novo nepremičnino, tako da se hkrati prejšnja nepremičnina ukine*. Tak način razpolaganja nastane pri delitvi ali združitvi zemljiških parcel (*parcelaciji*) ali prostorskih delov stavbe v etažni lastnini. Takšno razpolaganje povzroči, da (prejšnja) nepremičnina (kot predmet pravic) preneha (se ukine) in namesto nje nastanejo nove nepremičnine (kot predmet pravic), na katere preidejo lastninska pravica in morebitne druge (izvedene) pravice, ki so obstajale na ukinjeni nepremičnini.
- 5.2. Podoben učinek ima tudi *oblikovanje etažne lastnine*, le da se pri tem načinu preoblikovanja zemljiška parcela (lastninska pravica, na kateri je predmet preoblikovanja) ne ukine, temveč se samostojna lastninska pravica na tej zemljiški parceli preoblikuje v vključeno (akcesorno) lastninsko pravico.
- 5.3. Pri stvarnopravnih razmerjih *etažne lastnine* lahko vsi solastniki oziroma skupni lastniki skupaj *spremenijo pravni položaj posamezne nepremičnine, ki je predmet etažne lastnine*. S tem preoblikujejo bodisi samostojno lastninsko pravico v vključeno akcesorno lastninsko pravico bodis obratno.

Vsem načinom razpolaganja s pravico je skupno, da imetnik pravice *uresniči (uveljavi) razpolagalno upravičenje*, vključeno v tej pravici, z razpolagalnim pravnim poslom.

## 4.2. Samostojne in akcesorne ter prenosljive in neprenosljive pravice

### 4.2.1. Pomen razvrščanja ter razmerje med samostojnostjo in prenosljivostjo pravice

Razvrščanje pravic na samostojne in akcesorne ter prenosljive in neprenosljive je pomembno za presojo, ali pravica vključuje razpolagalno upravičenje njenega imetnika, da z njo razpolaga tako, da jo prenese na drugo osebo.

O prenosljivosti pravice govorimo, kadar je pravico mogoče **samostojno prenesti**. Pravico je mogoče samostojno prenesti, kadar njen prenos ni odvisen od (hkratnega) prenosa druge samostojne pravice. **Prenosljivost pravice** je lastnost pravice, ki njenemu imetniku omogoča, da s pravico samostojno



razpolaga tako, da jo prenese na novega imetnika. Vsaka prenosljiva pravica vključuje razpolagalno upravičenje prenesti pravico na novega imetnika.

Lastnost samostojne prenosljivosti ima lahko samo samostojna pravica. Pri tem ni nujno, da bi bila vsaka samostojna pravica tudi prenosljiva. To pomeni, da prenosljivost ni nujna (opredelilna) značilnost samostojne pravice. Večina samostojnih pravic je prenosljivih. Zato je prenosljivost običajna lastnost samostojnih pravic. Neprenosljivost samostojne pravice je izjema od splošnega pravila o prenosljivosti samostojnih pravic. Zato mora biti ta značilnost (neprenosljivost) samostojne pravice jasno določena (v ustreznem pravnem pravilu). Za to lastnost (neprenosljivost) uporablja SPZ izraz *pravica se ne more prenesti*.

Neprenosljivost pravice je tesno povezana z lastnostjo *vezanosti pravice na določeno osebo*. Pravica ima značilnost pravice, vezane na določeno osebo, če preneha s smrtjo (fizične) osebe, na katero je vezana (če je to fizična oseba), ali s prenehanjem (pravne) osebe oziroma dosledneje s prenehanjem podjetja, ki ga je opravljala pravna oseba, na katero je vezana. Obe lastnosti (neprenosljivost in vezanost na določeno osebo) v širšem pomenu opredeljujeta pravno (ne)možnost prenosa pravice. Razlikujeta se po tem, da opredeljujeta različna vidika neprenosljivosti pravice v širšem pomenu: (ne)prenosljivost pravice se nanaša na pravno (ne)možnost njenega imetnika s pravnim poslom (med živimi) prenesti pravico na novega imetnika, vezanost pravice na določeno osebo pa na pravno (ne)možnost prenosa pravice na univerzalne pravne naslednike osebe, na katero je vezana pravica, ob prenehanju te osebe. Zato spadajo pravila o neprenosljivosti pravice med pravila o razpolaganju s pravico, pravila o njeni vezanosti na določeno osebo pa med pravila o prenehanju pravice.

#### 4.2.2. Samostojne pravice

**Samostojna pravica** je pravica, ki obstaja (nastane), se prenaša (če je prenosljiva) in preneha neodvisno od nastanka, obstoja, prenosa ali prenehanja druge pravice. Pri tem moramo biti pozorni, da prenosljivost ni nujna značilnost samostojnih pravic. Za opredelitev samostojne pravice je pomembno le, da njen prenos ni odvisen (akcesoren) od prenosa druge pravice v tem pomenu, da povzroči prenos druge pravice tudi njen prenos. Po merilu njihove *prenosljivosti* (torej po tem, ali pravica vključuje upravičenje imetnika, da z njo razpolaga tako, da jo prenese na drugo osebo) lahko samostojne pravice razvrstimo na prenosljive in neprenosljive samostojne pravice.

Za **samostojne prenosljive pravice** je značilno, da vključujejo upravičenje imetnika, da s pravico razpolaga tako, da jo prenese na drugo osebo. Mednje na primer spadajo:

- *terjatev* (temeljna obligacijska pravica),
- *lastninska pravica*, razen kadar obstaja na nepremičnini, ki ima pravni položaj splošnega ali posebnega skupnega dela stavbe v etažni lastnini, ali na stavbi (objektu), zgrajeni na podlagi stavbne pravice,
- *stavbna pravica*,
- *korporacijske pravice*, če pravila (statut ali družbena pogodba) družbe ne določajo drugače.

Za **samostojne neprenosljive pravice** je značilno, da so vezane na določeno osebo (imetnika) in jih imetnik ne more prenesti na drugo osebo. Prav tako ob prenehanju (smrti) imetnika ne preidejo na univerzalne pravne naslednike (dediče). Mednje na primer spadajo:

- pravica do preživitve in pravica do odškodnine za nepremoženjsko škodo,
- osebne služnosti (229. člen SPZ),
- neprava stvarna služnost (229. člen v zvezi z 226. členom SPZ) in
- pravo stvarno breme (229. člen v zvezi z 255. členom SPZ).

#### 4.2.3. Nesamostojne (akcesorne) pravice

Večina pravic ima značilnost samostojnih pravic, saj praviloma nastanejo, obstajajo, se prenašajo in prenehajo neodvisno od nastanka, obstoja, prenosa ali prenehanja druge pravice. Samostojnost pravice je tako tipična značilnost pravic. Zato pri obravnavi posameznih (vrst) obligacijskih in stvarnih pravic te značilnosti ni treba posebej poudarjati. Nesamostojnost (akcesornost) pravice je izjema od splošnega pravila o samostojnosti pravice. Zato mora biti ta značilnost pravice jasno določena v ustreznem pravnem pravilu.

**Akcesorna pravica** je pravica, ki je povezana z drugo (samostojno) pravico. Nesamostojne (akcesorne) pravice so lahko povezane s samostojno pravico:

- bodisi tako, da so odvisne od obstoja samostojne pravice,
- bodisi tako, da so vključene v drugo (osnovno) pravico in se prenašajo (samo) hkrati s prenosom te (druge, osnovne) pravice.

Glede na vrsto (značilnosti) povezave med akcesorno in samostojno pravico lahko obstajata dve vrsti položajev akcesornosti (povezanosti). Akcesorna pravica je lahko v razmerju do osnovne pravice v položaju odvisnosti ali v položaju vključenosti.

**Odvisne akcesorne pravice** so pravice, ki so z osnovno pravico povezane tako, da *lahko obstajajo samo, če hkrati obstaja samostojna pravica*. Pri taki povezanosti je akcesorna pravica v razmerju do osnovne pravice v položaju odvisnosti. Zato se lahko prenese na novega imetnika samo, če se nanj prenese tudi samostojna pravica, od katere je odvisna. To je značilno na primer za *zastavno pravico*, saj ta lahko obstaja samo, če hkrati obstaja terjatev (obligacijska pravica), v zavarovanje katere je nastala. Akcesornost zastavne pravice izhaja iz splošnega pravila, določenega v prvem odstavku 137. člena SPZ, po katerem zastavna pravica preneha, če preneha zavarovana terjatev.

**Vključene akcesorne pravice** so pravice, ki so vključene v osnovno pravico tako, da se prenesejo (samo) hkrati s prenosom te (osnovne) pravice. Za to značilnost vključene akcesorne pravice navadno uporabljamo izraz, da *učinkuje v korist vsakokratnega imetnika osnovne pravice*. S tem v resnici povemo, da se prenese na novega imetnika hkrati s prenosom osnovne pravice, v katero je vključena. To pomeni, da pravno dejstvo, ki povzroči prenos samostojne pravice, hkrati (nujno) povzroči tudi prenos akcesorne pravice, ki je vključena v to samostojno pravico. Zato vključene akcesorne pravice niso samostojno prenosljive. Vključene akcesorne stvarne pravice lahko nastanejo pri različnih položajih.

- *Prava stvarna služnost* je že po svoji opredelitvi izvedena pravica, ki je vključena v lastninsko pravico na gospodujočem zemljišču (primerjaj 213. člen SPZ). Enako velja za *nepravo stvarno breme*.
- Pri oblikovanju etažne lastnine se *lastninska pravica na nepremičnini, ki ima položaj splošnega ali posebnega posameznega dela*, vključi v lastninsko pravico na posameznem delu v etažni lastnini (primerjaj četrti odstavek 105. člena SPZ).
- Če lastnik zemljiške parcele na tej parceli zgradi stavbo, se lastninska pravica na tej stavbi vključi v lastninsko pravico na zemljiški parceli. Za ta položaj SPZ prvem odstavku 18. člena v zvezi s prvim odstavkom 16. člena uporablja izraz »stavba je sestavina zemljiške parcele«, ki pove, da stavba ne more biti predmet samostojne lastninske pravice.

- Če imetnik stavbne pravice na podlagi stavbne pravice zgradi stavbo (objekt), se lastninska pravica na stavbi vključi v stavbno pravico (primerjaj prvi odstavek 256. člena SPZ).

## 5. PRAVOVARSTVENI ZAHTEVEK

Vsaka pravica vsebuje tudi **pravovarstveni zahtevek**, na podlagi katerega lahko tisti, čigar pravica je bila kršena, uveljavlja zahtevo po sodnem varstvu svoje pravice. Navadno imetnik določene pravice s pravovarstvenim zahtevkom uveljavlja sodno varstvo temeljnega, materialnopravnega upravičenja, ki ga vsebuje ta pravica.

Temeljno (materialnopravno) upravičenje je naslovljeno (usmerjeno proti) na drugo stranko oziroma udeleženca pravnega razmerja, iz katerega izvira pravica. Tako je na primer izpolnitveni zahtevek, ki ga vključuje terjatev kot temeljna obligacijska pravica, usmerjen proti dolžniku – drugi stranki obligacijskega razmerja, iz katerega izvira terjatev. Opustitveno upravičenje, ki ga vključuje večina stvarnih pravic, pa je usmerjeno proti tistemu, ki krši splošno obveznost (prepoved) poseganja v uresničevanje upravičenja uporabe stvari.

Naslovník pravovarstvenega zahtevka je vedno sodišče, od katerega imetnik pravice zahteva sodno varstvo te pravice oziroma materialnopravnega upravičenja, ki ga vključuje ta pravica. Sodno varstvo večine civilnih pravic lahko njihov imetnik uveljavlja v pravnem postopku (1. člen ZPP), in sicer z vložitvijo tožbe kot procesnega dejanja, s katerim se začne ta postopek (179. člen ZPP). Pri nekaterih položajih lahko imetnik pravice sodno varstvo svoje pravice zahteva v nepravdnem postopku (1. člen ZNP), in sicer z vložitvijo ustreznega predloga. S tožbo (tožbenim zahtevkom kot obvezno sestavino tožbe) tožnik zahteva od sodišča, da mu nasproti tožencu zagotovi pravno varstvo določene vsebine.<sup>6</sup> Smiselno enako velja za predlog v nepravdnem postopku.

Vsebina pravovarstvenega zahtevka je odvisna od vrste in značilnosti pravice, varstvo katere se uveljavlja s tem zahtevkom, oziroma dosledneje od vrste in značilnosti upravičenj, ki jih vključuje ta pravica.

**Izpolnitveni zahtevek**, ki ga vključuje obligacijska terjatev ali druga pravica (na primer stvarno breme), se uveljavlja z **dajatvenim tožbenim zahtevkom**. Z dajatvenim tožbenim zahtevkom tožnik (upnik v obligacijskem

<sup>6</sup> Lojze Ude: Civilno procesno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002, str. 207.

razmerju) zahteva od sodišča, naj tožencu (dolžniku v obligacijskem razmerju) naloži (ga obsodi), da v korist tožnika opravi izpolnitveno ravnanje, ki je predmet njegove terjatve (in toženčeve obveznosti). Vsebina dajatvenega tožbenega zahtevka je tako enaka predmetu izpolnitvenega zahtevka (obligacijske obveznosti) – izpolnitvenem ravnanju (dajatvi, storitvi, opustitvi oziroma dopustitvi), za katero tožnik (upnik v obligacijskem razmerju) trdi, da ga je v razmerju do toženca (dolžnika v obligacijskem razmerju) upravičen zahtevati.<sup>7</sup> Smiselno enako velja za opustitveno (prepovedno) ali dopustitveno upravičenje, vključeno v drugi vrsti pravice (na primer v lastninski pravici ali služnosti).

**Oblikovalno upravičenje**, ki ga vključujejo oblikovalne pravice in ki ga lahko imetnik oblikovalne pravice (pravno učinkovito) uveljavi samo sodno, se sodno uveljavlja z **oblikovalnim tožbenim zahtevkom**.

Sodno varstvo **upravičenja uporabe** kot temeljnega materialnopravnega upravičenja, ki ga vključujejo lastninska pravica in nekatere izvedene stvarne pravice (na primer služnosti ali stavbna pravica), lahko lastnik uveljavlja z različnimi zahtevki.

- Če nekdo krši lastninsko pravico na nepremičnini tako, da odvzame lastniku posest nepremičnine (in mu s tem v celoti onemogoči uresničevanje materialnopravnega upravičenja uporabljati nepremičnino), lahko lastnik po prvem odstavku 92. člena SPZ uveljavlja **vrnitveni zahtevak**, s katerim od sodišča zahteva, da kršitelju naloži, da mu vrne posest nepremičnine in po potrebi izvede druga dejanja (na primer izročitev ključev), ki so potrebna, da bi lastnik lahko (na celotni nepremičnini) izvrševal upravičenje uporabe nepremičnine.
- Če nekdo krši lastninsko pravico na nepremičnini drugače kot z odvzecom posesti (na primer z dejanji, s katerimi ovira izvrševanje posesti oziroma uporabe nepremičnine), lahko lastnik po prvem odstavku 99. člena SPZ uveljavlja **odstranitveni in opustitveni zahtevak**, s katerim od sodišča zahteva, da kršitelju naloži, da odstrani morebitne ovire in opusti vsa dejanja, ki ovirajo izvrševanje lastnikovega upravičenja uporabljati nepremičnino.
- Da bi lahko lastnik uporabljal nepremičnino, mora imeti pravno možnost dostopa do te nepremičnine. Če njegova nepremičnina nima povezave z

<sup>7</sup> Primerjaj L. Ude, nav. delo, str. 208.

javno cesto, lahko po 88. členu SPZ zahteva ustanovitev nujne poti prek druge nepremičnine. Ker je namen ustanovitve nujne poti zagotoviti pravno možnost redne uporabe (gospodujoče) nepremičnine, spada tudi **zahtevke za določitev (ustanovitev) nujne poti** med pravovarstvene zahtevke v ožjem pomenu, s katerimi uveljavlja lastnik sodno varstvo upravičenja uporabe, vključenega v lastninski pravici.

Lastninska pravica vključuje poleg upravičenja uporabe tudi **razpolagalno upravičenje**. Pomemben vidik razpolagalnega upravičenja je učinkovanje lastninske pravice v razmerju do tretjih. Imetnik lastninske pravice lahko namreč pravno učinkovito s polnim učinkom v razmerju do tretjih razpolaga z lastninsko pravico samo, če njegova lastninska pravica v polnem obsegu učinkuje tudi v razmerju do tretjih. Lastninska pravica posamezne osebe na nepremičnini začne v polnem obsegu učinkovati v razmerju do tretjih z vknjižbo njene pridobitve v korist te osebe. Pravno možnost zahtevati sodno varstvo polnega obsega učinkovanja razpolagalnega upravičenja pridobi imetnik pričakovane ali resnične lastninske pravice pri več položajih.<sup>8</sup>

- Pri poslovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini postane pridobitelj resnični lastnik šele s trenutkom, od katerega učinkuje vknjižba lastninske pravice v njegovo korist, dovoljena na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njegovo korist izstavil vknjiženi lastnik. Pridobitelj (pričakovani lastnik) lahko doseže vknjižbo lastninske pravice v svojo korist in s tem postane resnični lastnik, če na podlagi notarsko overjenega zemljiškoknjižnega dovolila **z zemljiškoknjižnim predlogom zahteva, da sodišče dovoli vknjižbo lastninske pravice** v njegovo korist.
- Priposestvovalec (resnični lastnik) lahko doseže vknjižbo lastninske pravice, pridobljene zunajknjižno s priposestvanjem, v svojo korist na podlagi pravomočne sodbe, s katero sodišče ugotovi, da je pridobil lastninsko pravico (3. točka prvega odstavka 40. člena ZZK-1). Zato ima pri tem položaju njegov tožbeni **zahtevke za ugotovitev lastninske pravice** značilnost pravovarstvenega zahtevka, s katerim tožnik uveljavlja varstvo polnega učinkovanja njegove lastninske pravice.
- Drugačen položaj nastane, kadar je bila lastninska pravica prejšnjega lastnika (odsvojitelja) izbrisana zaradi prenosa na novega lastnika na podlagi

<sup>8</sup> Obširneje o pravnem varstvu pričakovane in resnične lastninske pravice glej N. Plavšak, R. Vrenčur: nav. delo, 2015, str. 833–869.

zemljiškoknjižnega dovolila, ki je bodisi neveljavno, ker je bilo izstavljeno na podlagi ničnega zavezovalnega pravnega posla, bodisi je postalo neveljavno zaradi razveljavitve izpodbojnega zavezovalnega pravnega posla, na podlagi katerega je bilo izstavljeno. Če je zemljiškoknjižno dovolilo izstavljeno na podlagi ničnega zavezovalnega pravnega posla, lastninska pravica v resnici ne preide na pridobitelja. Če pa je bilo izstavljeno na podlagi izpodbojnega pravnega posla, preneha z razveljavitvijo tega pravnega posla veljati tudi zemljiškoknjižno dovolilo in s tem lastninska pravica znova preide na odsvojitelja. V obeh primerih lahko odsvojitelj (prejšnji, resnični lastnik) uveljavlja pravno varstvo polnega učinkovanja lastninske pravice z **izbrisno tožbo** (primerjaj 1. točko prvega odstavka 243. člena ZZK-1).

## 6. TEMELJNE (IZVORNE) IN IZVEDENE PRAVICE

**Izvedena pravica** je pravica, ki je izvedena iz druge (temeljne, izvorne) pravice v tem pomenu, da so upravičenja, ki jih vključuje, izvedena iz upravičenj, ki jih vključuje temeljna (izvorna) pravica. Zato izvedene pravice omejujejo v najširšem pomenu temeljno pravico. Hkrati je njihov obstoj odvisen od obstoja temeljne pravice, iz katere so izvedene. Zato izvedena pravic preneha, če preneha temeljna pravica, iz katere je izvedena.

Za pravice, ki niso izvedene iz druge pravice v prej razloženem pomenu, uporabljamo izraz **temeljna pravica**. Hkrati je temeljna pravica v razmerju do izvedene pravice izvorna pravica (izvor izvedene pravice). Med temeljne pravice v opisanem pomenu spadajo:

- terjatev kot obligacijska pravica v ožjem pomenu,
- oblikovalne pravice, razen odkupne pravice,
- lastninska pravica (na premični stvari ali nepremičnini),
- korporacijske pravice,
- avtorska pravica ter
- pravice industrijske lastnine (patent, blagovna znamka, model in geografska označba porekla blaga).

Nekatere izvedene obligacijske pravice so lahko izvedene tudi iz lastninske pravice (in ne le iz obligacijske pravice). Med izvedene obligacijske pravice jih uvrščamo zato, ker imajo samo relativen učinek: učinkujejo samo v razmerju do druge stranke zavezovalnega pravnega posla, s sklenitvijo katerega so nastale.

Podobno so nekatere pravice, ki jih razvrščamo med izvedene stvarne pravice, – poleg tega, da so lahko izvedene iz lastninske pravice – lahko izvedene tudi iz obligacijske pravice (terjatve), korporacijske pravice, pravice intelektualne lastnine ali pravice, inkorporirane v vrednostnem papirju. To je značilno za zastavno pravico in užitek.

## 7. SHEMATSKI PRIKAZI VRSTE PRAVIC

V preglednicah v nadaljevanju so shematsko prikazane vrste pravice, razvrščene po različnih značilnostih.

V **preglednici 1** so prikazane vrste in podvrste (primarnih) izvedenih pravic glede na vrsto temeljne (izvirne) pravice, iz katere so lahko izvedene (jo lahko omejujejo). Pri tem moramo biti pozorni, da lahko nekatere izvedene pravice omejujejo tudi druge (primarne) izvedene pravice.

V **preglednici 2** je prikazana splošna razvrstitev obligacijskih in stvarnih pravic, po teh merilih:

- po vrsti (vsebini) materialnopravnih upravičenj, ki jih vključuje pravica posamezne vrste,
- po merilu njene samostojnosti oziroma akcesornosti in
- po merilu, ali pravica vključuje razpolagalno upravičenje imetnika prenesti pravico na drugo osebo.

V **preglednici 3** pa so prikazane vrste pravic in temeljna (materialnopravna) ter razpolagalna upravičenja, ki jih vključuje posamezna vrsta pravice. Ker vsebuje vsaka pravica tudi pravovarstveni zahtevek, ta sestavina v preglednici ni posebej prikazana.



Izvedene pravice glede na temeljno (izvorno) pravico

Izvedena pravica		Temeljna (izvorna) pravica				
vrsta	podvrsta	lastninska pravica na premični stvari	lastninska pravica na nepremični	terjatev	korporacijske pravice	temeljna pravica intelektualne lastnine
Izvedene obligacijske pravice	odkupna pravica	✓	✓	✓	✓	✓
	pravica do prepovedi razpolaganja	✓	✓	✓	✓	✓
	predkupna pravica	✓	✓	✓	✓	✓
	pravica uporabe	✓	✓	■	■	■
	zastavna pravica (hipoteka)	✓	✓	✓	✓	✓
	zemljiški dolg	■	✓	■	■	■
Izvedene stvarne pravice	stvarna služnost	■	✓	■	■	■
	užitek	✓	✓	✓	✓	✓
	služnost stanovanja	■	✓	■	■	■
	služnost rabe	✓	✓	■	■	■
	stvarno breme	■	✓	■	■	■
Izvedena pravica intelektualne lastnine	stavbna pravica	■	✓	■	■	■
	pravica izkoriščanja	■	■	■	■	✓

**Pomen oznak:**

- ✓ izvedena pravica v vrstici je lahko izvedena iz temeljne pravice v stolpcu
- izvedena pravica v vrstici ne more biti izvedena iz temeljne pravice v stolpcu

## Vrste obligacijskih in stvarnih pravic

Pravica			Samostojnost / akcesornost	Prenosljivost
vrsta	podvrsta (1)	podvrsta (2)		
Obligacijske pravice	temeljne	terjatve	samostojna	je prenosljiva
	oblikovalne	prodajna pravica	samostojna	ni prenosljiva
		odstopna pravica		
		izpodbojna pravica		
	izvedene	odkupna pravica	samostojna	ni prenosljiva
		pravica do prepovedi razpolaganja		
		predkupna pravica	samostojna	ni prenosljiva (prenesti je mogoče njeno izvrševanje)
pravica uporabe				
Stvarne pravice	temeljne	samostojna lastninska pravica	samostojna	je prenosljiva
		lastninska pravica, vključena v lastninsko pravico na drugi nepremičnini	vključena akcesorna	ni samostojno prenosljiva (prenese se hkrati s prenosom lastninske pravice na drugi nepremičnini, v katero je vključena)
		lastninska pravica, vključena v stavbni pravici	vključena akcesorna	ni samostojno prenosljiva (prenese se hkrati s prenosom stavbne pravice, v katero je vključena)
	izvedene	zastavna pravica (hipoteka)	odvisna akcesorna	ni samostojno prenosljiva (prenese se hkrati s prenosom zavarovalne terjatve)
		stvarna služnost	vključena akcesorna	ni samostojno prenosljiva (prenese se hkrati s prenosom lastninske pravice na drugi nepremičnini, v katero je vključena)
		užitek	samostojna	ni prenosljiva (prenesti je mogoče njeno izvrševanje)
		služnost stanovanja	samostojna	ni prenosljiva
		služnost rabe		
		stvarno breme		
		stavbna pravica	samostojna	je prenosljiva

Vrste pravic glede na upravičenja, ki jih vključujejo

Pravica		Temeljno (materialnopravno) upravičenje		Razpolagalno upravičenje (način razpolaganja)			
podvrsta (1)	podvrsta (2)	vrsta (pravna možnost ravnanja, ki jo vsebuje)	proti komu ga lahko imetnik pravice uveljavlja	prenos	omejitvev	odpoved	preoblikovanje
Temeljna obligacijska pravica	terjatev	<i>izpolnitveni zahtevki</i> : upravičenje zahtevati izpolnitveno ravnanje	drugi stranki (dolžniku) v obliigacijskem razmerju	✓	– zastavna pravica – užitek	✓	■
	odkupna pravica/ prodajna pravica	oblikovalno upravičenje z izjavo volje povzročiti sklenitev (prodajne) pogodbe	drugi stranki pravnega razmerja	■	■	✓	■
Oblikovalne pravice	odstopna pravica	oblikovalno upravičenje z izjavo volje povzročiti prenehanje pogodbe oziroma pravnega razmerja	drugi stranki pravnega razmerja	✓	■	✓	■
	izpodbोजना pravica	oblikovalno upravičenje z izjavo volje povzročiti prenehanje (razveljavitev) pravnega posla	drugi stranki pravnega razmerja	■	■	✓	■
Izvedene obligacijske pravice	pravica do prepovedi razpolaganja	upravičenje prepovedati razpolaganje s pravico, ki je omejena s prepovedjo	drugi stranki obligacijskega razmerja, iz katerega je nastala	■	■	✓	■
	predkupna pravica	upravičenje prednostnega nakupa ob prodaji stvari ali druge pravice, ki je omejena s predkupno pravico		■	■	✓	■
	pravica uporabe	upravičenje uporabe (tuj)e stvari	vsakomur, razen proti imetnikom izvedenih stvarnih ali obligacijskih pravic, ki vključujejo upravičenje uporabe	☉	■	✓	■
Temeljna stvarna pravica	lastninska pravica	upravičenje uporabe stvari na najboljšeznajši način		✓	vse izvedene stvarne in obligacijske pravice	■	parcelacija, etažna lastnina

\* Odkupna pravica je hkrati izvedena obligacijska pravica.

Pravica		Temeljno (materialnopravno) upravičenje			Razpolagalno upravičenje (način razpolaganja)			
podvrsta (1)	podvrsta (2)	vrsta (pravna možnost ravnanja, ki jo vsebuje)	proti komu ga lahko imetnik pravice uveljavlja	prenos	omejitve	odpoved	preoblikovanje	
Izvedene stvarne pravice	zastavna pravica (hipoteka)	poplačilno upravičenje: upravičenje prednostnega poplačila zavarovane terjatve iz vrednosti zastavljenega premoženja	vsakokratnemu imetniku lastniške oziroma druge premoženjske pravice, ki je omejena z zastavno pravico	<input checked="" type="checkbox"/>	■	✓	■	
	stvarna služnost	upravičenje uporabe nepremičnine v določenem obsegu (na določen način)	vsakokratnemu lastniku (služeče) nepremičnine	<input checked="" type="checkbox"/>	■	✓	■	
	užitek	upravičenje uporabe stvari oziroma izkoriščanja pravice	vsakokratnemu lastniku (služeče) stvari oziroma imetniku pravice, ki je omejena z užtkom	⊙	■	✓	■	
	služnost stanovanja	upravičenje uporabe nepremičnine	vsakokratnemu lastniku (služeče) nepremičnine	■	■	✓	■	
	služnost rabe	upravičenje uporabe stvari	vsakokratnemu lastniku (služeče) stvari	■	■	✓	■	
korporacijske pravice	stvarno breme	izpolnitveni zahtevek: upravičenje zahtevati aktivno izpolnitveno ravnanje (dajatev ali storitev)	vsakokratnemu lastniku (obremenjene) nepremičnine	■	■	✓	■	
	stavbna pravica	upravičenje uporabe nepremičnine za gradnjo objekta in njegovo uporabo	vsakokratnemu lastniku (obremenjene) nepremičnine	✓	zastavna pravica	✓	■	
	– poslovni delež – delnica	– upravljalvsko upravičenje – upravičenje do udeležbe pri dobičku – upravičenje do udeležbe pri ostanku premoženja ob prenehanju družbe	družbi	✓	– zastavna pravica – užitek	■	statusna preoblikovanja	

Pravica		Temeljno (materialnopravno) upravičenje		Razpolagalno upravičenje (način razpolaganja)			
podvrsta (1)	podvrsta (2)	vrsta (pravna možnost ravnanja, ki jo vsebuje)	proti komu ga lahko imetnik pravice uveljavlja	prenos	omejitev	odpoved	preoblikovanje
Temeljne pravice intelektualne lastnine	avtorska pravica pravice intelektualnijske lastnine	upravičenje izkoriščanja predmeta pravice intelektualne lastnine (avtorskega dela, zavarovanega izuma, oznake, modela oziroma geografske oznache porekla blaga)	vsakomur	<input checked="" type="radio"/>	zastavna pravica, užitek, pravica izkoriščanja	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Izvedena pravica intelektualne lastnine	pravica izkoriščanja	upravičenje izkoriščati predmet (tuje) pravice intelektualne lastnine v določnem obsegu oziroma na določen način	drugi stranki obiligačjskega razmerja, iz katerega je nastala (z vpisom v ustrezen register lahko pridobijo učinke proti vsakomur)	<input checked="" type="radio"/>	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

**Pomen oznak:**

Oznake v **stolpcu prenos** pomenijo:

- ✓ pravica je prenosljiva (vključuje razpolagalno upravičenje njenega imetnika, da s pravico razpolaga tako, da jo prenese na drugo osebo)
- pravica ni prenosljiva
- ☒ pravica ni samostojno prenosljiva
- ⊙ pravica ni prenosljiva; imetnik lahko prenese njeno izvrševanje

Oznake v **stolpcu omejitve** (ustanovitev izvedene pravice) pomenijo:

- pravice ni mogoče omejiti z ustanovitvijo nobene (izvedene) pravice
- besedilo** pravico v vrstici je mogoče omejiti z vrsto izvedene pravice, navedeno v stolpcu

Oznake v **stolpcu odpoved** pomenijo:

- ✓ imetnik se pravici lahko odpove
- imetnik se pravici ne more (pravno učinkovito) odpovedati

Oznake v **stolpcu preoblikovanje** pomenijo:

- pravice ni mogoče preoblikovati
- besedilo** pravico v vrstici je mogoče preoblikovati na način, naveden v stolpcu

# Pogodba o medsebojnih razmerjih med etažnimi lastniki

MIHA JUHART

## 1. UVOD

Institut pogodbe o medsebojnih razmerjih je verjetno eden najmanj posrečenih institutov lastninskih razmerij, ki namesto utrditve razmerij med etažnimi lastniki prinaša veliko zmede in nejasnosti. Že sama pravna narava razmerja med etažnimi lastniki je sporna, saj ne gre niti za čisto stvarnopravno niti obligacijsko razmerje. Etažna lastnina je posebna oblika lastninske pojavnosti in način, kako lastninsko pravico izvršuje več oseb, kar kaže na stvarnopravne korenine. Če sta etažna lastnika vsaj dva, se med njima vzpostavi skupnostno razmerje, ki je po naravi obligacijsko razmerje med točno določenimi osebami (*inter partes*). Vsebina skupnostnega razmerja je upravljanje s skupnimi deli etažne lastnine, zato gre že po naravi stvari za trajajoče razmerje, v katerem ni odločilna osebna lastnost posameznega člana skupnosti, ampak obstoj njegove lastninske pravice na posameznem delu stavbe. Zato lahko rečemo, da gre za skupnost vsakokratnih lastnikov posameznih delov stavbe v etažni lastnini in začetek ter prenehanje članstva v skupnosti sta odvisna od pridobitve oziroma prenehanja lastninske pravice na posameznem delu. Skupni deli so v solastnini etažnih lastnikov. Solastnina skupnih delov je solastninska oblika in za vsakega solastnika je določen njegov idealni delež. Izhodiščna razlika je v tem, da solastniki skupnih delov niso posamezniki kot fizične ali pravne osebe, ampak solastninska pravica na skupnih delih zmeraj pripada vsakokratnemu lastniku določenega posameznega dela. Iz določbe četrtega odstavka 105. člena SPZ izhaja neločljiva povezanost med lastninsko pravico posameznega dela in solastnino skupnih delov zgradbe v etažni lastnini. Solastnini skupnih delov se lastnik posameznega dela ne more odpovedati in s svojim idealnim

---

**Miha Juhart**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

deležem ne more prosto razpolagati. To je posledica vezanosti idealnega solastninskega deleža na lastnino posameznega dela in upravičenje do idealnega solastninskega deleža na skupnih delih prehaja skupaj z lastninsko pravico na posameznem delu. Solastninski delež na skupnih delih torej nima lastne vrednosti. Posledica vezanosti solastninskega deleža na lastnino posameznega dela pa je tudi v tem, da solastniki nimajo pravice zahtevati delitve skupnih delov. Delitev je opravljena že z vzpostavitvijo etažne lastnine in ne bi imela pravega smisla. Določitev velikosti posameznega idealnega solastninskega deleža na skupnih delih je vprašanje, ki se rešuje v postopku vzpostavitve etažne lastnine. Pozneje pa se lahko spreminja samo s soglasjem vseh solastnikov. V taki trajajoči skupnosti pa se pojavi problem pravnega nasledstva. Lastninska pravica na posameznem delu je predmet razpolaganja in članstvo v skupnosti se nenehno menja zaradi učinkov singularnega ali univerzalnega pravnega nasledstva. Zato je za delovanje skupnosti bistvenega pomena, da sprememba osebe vsakokratnega lastnika ne pomeni prenehanja prejšnje in nastanek nove skupnosti. Skupnost etažnih lastnikov kljub spremembi lastnika posameznega dela ostane ista in vsebina medsebojnega razmerja se zaradi tega ne spremeni. Oseba, ki s pridobitvijo lastninske pravice na posameznem delu postane član skupnosti, vstopi na mesto svojega pravnega prednika in tudi v skupnostnem razmerju prevzame njegov pravni položaj. Novi član skupnosti mora prevzeti vse pravice in obveznosti svojega pravnega prednika, kar kaže na podobnost s korporacijskimi razmerji. Seveda pa ni izključena niti sprememba skupnosti etažnih lastnikov. Ta nastopi, če pride do spremembe v vsebini razmerja etažne lastnine, kot je na primer oblikovanje novega posameznega dela iz skupnih delov, česar nujna posledica je tudi nova določitev razmerja na skupnih delih.

Nejasnost pravnih razmerij, povezanih z etažno lastnino, pa še dodatno povzroča dvojnost pravne ureditve.<sup>1</sup> Pogodba o medsebojnih razmerjih je primarno urejena v Stvarnopravnem zakoniku (SPZ),<sup>2</sup> še dodatno pa v Stanovanjskem zakonu (SZ-1),<sup>3</sup> nekatera vprašanja pa tudi v Zakonu o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi (ZVEtL).<sup>4</sup> Posamezne določbe v teh predpisih med seboj niso povsem usklajene in spodbujajo razmislek o

<sup>1</sup> Glej tudi Anita Dolinšek: Pogodba o medsebojnih razmerjih, v: *Pravna praksa*, št. 38/2013, str. 22; in Jože Ilc: Nepotrebna ponavljanja in nejasne opredelitve, v: *Pravna praksa*, št. 31/2003, str. 5.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 69/03 in nasl.

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 45/08 in 59/11.

primernosti take ureditve. Zdi se, da veljavna ureditev SPZ izhaja iz velike stopnje zaupanja v avtonomijo etažnih lastnikov in njihovo pričakovano sposobnost, da medsebojno razmerje oblikujejo na način, ki jim najbolj ustreza. Ta stopnja zaupanja je nekoliko nižja v tistih skupnosti, v katerih prevladujejo lastniki, ki so fizične osebe in ki z lastnino posameznega dela uresničujejo svojo bivalno eksistenco. To so predvsem večstanovanjske hiše v etažni lastnini, pri katerih za medsebojna razmerja med etažnimi lastniki veljajo pravila SZ-1, ki ta razmerja urejajo natančneje. Zato bi bilo morda bolje, če bi zakon enotno uredil medsebojna razmerja v skupnosti etažnih lastnikov, ti pa bi lahko po svoji volji odstopili od zakonske ureditve, razen glede vprašanj, ki pomenijo temelj etažne lastnine.

## **2. NAMEN POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH**

Namen pogodbe o medsebojnih razmerjih ni zgrešen in je izraz svobode (avtonomije) urejanja medsebojnih razmerij. Posledica oblikovanja etažne lastnine je nastanek skupnosti etažnih lastnikov, ki s pridobitvijo položaja etažnega lastnika nujno vstopijo v medsebojna razmerja. Skupnostna razmerja so po svojem izvoru obligacijska razmerja, zato je uveljavljanje načela svobodnega urejanja še toliko bolj utemeljeno. Etažna lastnina je splošen pravni institut in lastnosti stavb v etažni lastnini so lahko zelo različne, različni pa so tudi interesi, ki jih etažni lastniki želijo doseči z lastninsko pravico na posameznem delu. Najpomembnejši je seveda interes bivanja in pričakovanja posameznikov v zvezi z njim so lahko zelo posebna. Če je nekomu dovolj streha nad glavo, drugi pričakuje visoko kakovost bivanja in zavetje pred takimi in drugačnimi vplivi iz okolja. Zato mora pravni sistem ponuditi način, ki omogoča varstvo interesa, ki odstopa od abstraktnega pričakovanja, ki ga izraža zakonski model ureditve.

Ker je skupnost etažnih lastnikov trajna skupnost, ki traja toliko časa, kolikor traja etažna lastnina, je treba za njeno delovanje določiti nekatere posebnosti, ki so izraz usklajenega interesa etažnih lastnikov bodisi ob njenem nastanku ali pozneje. Ti posebni interesi se lahko nanašajo na različne vsebine medsebojnega razmerja. Lahko se nanašajo celo na način uporabe posebnih delov, saj zaradi prostorske povezanosti uporaba posameznega dela pogosto vpliva na skupne dele ali druge posamezne dele. Še bolj pogosto pa so interesi povezani z upravljanjem skupnih delov in predvsem s stroški, ki pri tem nastanejo.



Zagotavljanje višje kakovosti bivanja je drago in za lastnika posameznega dela pomeni večje finančno breme. Premoženska moč lastnika posameznega dela se spreminja in ta lahko pride v položaj, ko svojih obveznosti iz skupnostnega razmerja ne more več izpolnjevati. Tako stanje pa zahteva izstop iz skupnosti in vstop novega člana, ki bo kos vsem posebnim zahtevam. Predvsem je treba zaradi trajne narave razmerja urediti učinkovito delovanje tudi, ko pride do spremembe članov skupnosti. Zato je bistvenega pomena, da pravna pravila skupnosti vežejo tudi pravne naslednike. Vsak novi član skupnosti etažnih lastnikov vstopi v razmerje, kakršno je bilo vzpostavljeno, in upošteva dogovorjena pravila. To je predvsem interes preostalih etažnih lastnikov, ki ne želijo sprememb samo zato, ker je prišlo do spremembe lastninske pravice na posameznem delu in s tem do vstopa novega člana v skupnost etažnih lastnikov. Varstvo interesa novega člana pa zahteva, da so mu posebne omejitve in pravila znana ter lahko ob njihovem upoštevanju sprejme odločitev, ali bo pridobil lastninsko pravico na posameznem delu ali ne. Namen pogodbe o medsebojnih razmerjih je dober, izvedba pa ni najbolj posrečena.

Nekatera posebna pravila (270. člen SPZ, 32. in 182. člen SPZ) pa v pogodbo o medsebojnih razmerjih vnašajo stvarnopravne elemente, ki spadajo v akt o ustanovitvi etažne lastnine (razmejevanje med posebnimi in skupnimi deli, določitev solastninskih deležev na skupnih delih). Ta posebna pravila so omejena na etažno lastnino, ki je nastala pred uveljavitvijo SPZ in imajo naravo prehodnih določb. V tem pogledu sicer izstopa drugi odstavek 32. člen SZ-1, za katerega ni povsem jasno, ali velja le za neurejeno etažno lastnino.<sup>5</sup> Tako mešanje stvarnopravnih in obligacijskopravnih vsebin gotovo ne pripomore k jasnejši določitvi namena pogodbe in postavlja vprašanje o morebitni stvarnopravni naravi.<sup>6</sup> Določitev bistvenih elementov etažne lastnine spada v stvarnopravni akt o ustanovitvi in opraviti je treba vpis v zemljiško knjigo, za kar pa se zahteva primerna listina, ki mora vsebovati zemljiškknjižno dovolilo.

### **3. O OBLIGATORNOSTI SKLENITVE POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH**

Prvi odstavek 116. člena SPZ določa, da morajo etažni lastniki skleniti pogodbo o medsebojnih razmerjih, kar kaže na obveznost sklenitve, vendar je

<sup>5</sup> Vsebina drugega stavka drugega odstavka 32. člena SZ-1 ni skladna s temeljnimi načeli stvarnega prava in bi jo bilo treba odpraviti.

<sup>6</sup> Glej Anita Dolinšek, nav. delo.

ta obveznost vse prej kot jasno določena. Bistven pravni posel, ki je pogoj za nastanek etažne lastnine, je sporazum o ustanovitvi etažne lastnine iz 108. člena SPZ oziroma pravni akt, ki ta sporazum nadomešča (enostranski akt o ustanovitvi etažne lastnine oziroma sodna odločba). Pravna pravila, ki urejajo vsebino pravnega akta, ki je podlaga za nastanek etažne lastnine, določajo bistvene vsebine, ki so potrebne za stvarnopravno izvedbo etažne lastnine kot posebnega stvarnopravnega instituta, hkrati pa zahtevajo tudi določitev vsebine, ki odgovarja vsebini pogodbe o medsebojnih razmerjih. Zapoved določiti vsebino pogodbe o medsebojnih razmerjih je primarno naslovljena na lastnika oziroma solastnike nepremičnine, na kateri se vzpostavlja etažna lastnina. Pravni položaj etažnega lastnika se pridobi šele s pridobitvijo lastninske pravice na posameznem delu stavbe, ta pa se pridobi šele z vpisom etažne lastnine v zemljiško knjigo. Značilnost zemljiškoknjižnega postopka je, da se v njem ne preverja obstoj vsebine pravnega razmerja, ki ni izražena v zemljiškoknjižnem dovolilu, zato zemljiškoknjižno sodišče ne preverja, ali je bila znotraj pravnega akta, ki je podlaga za nastanek etažne lastnine, določena vsebina, kot jo zahteva pogodba o medsebojnih razmerjih. Ali ima ta pravni akt tudi elemente pogodbe o medsebojnih razmerjih, pa tudi ne preverja kdo drug (na primer notar).<sup>7</sup> Zato bi lahko zapoved iz prvega odstavka 116. člena SPZ razumeli tudi kot zapoved etažnim lastnikom, da sami sklenejo medsebojno pogodbo, če njena vsebina ni bila določena ob nastanku etažne lastnine. V tem trenutku pa nastopi vprašanje pravne posledice, če tudi etažni lastniki ne izpolnijo obveznosti, ki izhaja iz prvega odstavka 116. člena SPZ. Ta ni določena, saj za tak primer ni mogoče uporabiti določbe 270. člena SPZ, ki določa možnost, da o vsebini pogodbe odloči sodišče v nepravdnem postopku, če pogodba ni bila sklenjena v enem letu od uveljavitve SPZ.<sup>8</sup> Prehodna določba se nanaša na etažno lastnino, ki je nastala pred uveljavitvijo SPZ, pogodba o medsebojnih razmerjih pa ni bila sklenjena niti ob nastanku niti pozneje. Tudi za ta primer pa zakon ne predvideva pravnih posledic, če nihče ne predlaga

<sup>7</sup> Prav tam.

<sup>8</sup> Tudi pri etažni lastnini, ki je nastala pred uveljavitvijo SPZ, pa je nepravdni postopek bistveno pomembnejši zaradi določitve stvarnopravnih elementov, ki naj jih določi pravni akt o nastanku etažne lastnine. Na to kaže zahteva iz drugega odstavka 270. člena SPZ, ki določa, da se morajo v pogodbi etažni lastniki dogovoriti tudi glede določitve solastninskih deležev na skupnih delih. Zgolj na podlagi te določbe stare etažne lastnine ni bilo mogoče prilagoditi novi ureditvi, zaradi česar je bil sprejet ZVEtL, ki naj bi omogočil izvedbo teh postopkov. Namen ZVEtL je predvsem vzpostavitev stvarnopravnih elementov in prvi odstavek 10. člena ZVEtL določa, da pogodbeni ureditev medsebojnih razmerij med etažnimi lastniki ni predmet postopka.

sklenitve pogodbe v nepravdnem postopku, kar pomeni, da lahko obstajajo skupnosti etažnih lastnikov, v katerih medsebojna razmerja niso urejena s pogodbo o medsebojnih razmerjih. V takih primerih med etažnimi lastniki veljajo zakonska pravila.<sup>9</sup> To pa povsem jasno kaže, da lahko skupnost etažnih lastnikov deluje, čeprav ni bila sklenjena pogodba o medsebojnih razmerjih.

Pravno podlago za določitev vsebine pogodbe o medsebojnih razmerjih v nepravdnem postopku določa tudi drugi odstavek 10. člena ZVETL, vendar je ta možnost omejena samo na primere, ko je bila etažna lastnina vzpostavljena po tem zakonu. Določba je povsem splošna in ne vsebuje nobenih naporil, kako naj odloča nepravdno sodišče, če pride do takega predloga.

Tudi ob analizi vsebine pogodbe o medsebojnih razmerjih se postavi vprašanje, o čem naj se etažni lastniki s pogodbo sploh dogovorijo, če v svojem razmerju ne želijo določiti nobenih posebnosti oziroma odmikov od zakonske ureditve. Če etažni lastniki želijo, da je vsebina njihovega medsebojnega pravnega razmerja enaka abstraktnemu pričakovanju zakona, ni nobene potrebe, da bi kakorkoli dopolnjevali zakonsko ureditev samo zato, da bi izpolnili zahtevo po obstoju pogodbe. Če je volja taka, da se v konkretnem razmerju določijo posebnosti, pa so zakonske določbe nezadostne. Nesporno je izhodišče, da se mora z vsako posebno omejitvijo lastninske pravice strinjati tisti, ki prevzema omejitve. Zato je najprimernejše, da se take posebne omejitve lastninske pravice določijo že v postopku nastanka etažne lastnine v pravnem aktu (enostranski akt, sporazum, sodna odločba), ki je podlaga za njen nastanek. Če se za določitev posebnih omejitev v medsebojnih razmerjih etažni lastniki odločijo pozneje, pa gre po vsebini za posel, ki presega redno upravljanje. V skladu s pravili o upravljanju se zahteva soglasje vseh solastnikov, ob tem pa se postavi tudi vprašanje, ali naj etažni lastniki sprejmejo odločitev kot sklep, ki presega redno upravljanje, ali kot spremembo pogodbe o medsebojnih razmerjih.

Zato določbe prvega odstavka 116. člena SPZ ne smemo razlagati gramatično in pogodbe o medsebojnih razmerjih ne gre obravnavati kot bistven pogoj za obstoj in delovanje razmerja etažne lastnine. Pogodbo je treba šteti za možnost, s katero se lahko v razmerju med etažnimi lastniki določijo posebnosti, ki odstopajo od zakonske ureditve. Te posebnosti, ki lahko pomenijo omejitve lastninske pravice na posameznem delu oziroma solastnine

<sup>9</sup> Vesna Rijavec, v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (ur.): Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 556.

na skupnih delih, so lahko samo posledica usklajene volje bodisi v trenutku ustanovitve etažne lastnine ali pa tudi pozneje. Žal pa taki razlagi ne sledijo kazenske določbe SZ-1, ki v 170. členu določa, da se z globo kaznuje etažni lastnik posameznik, če ne sklene pogodbe o medsebojnih razmerjih oziroma ne predlaga, da sodišče določi solastninske deleže na skupnih delih. Določba je absurdna iz več razlogov in spominja na kazensko določbo Zakona o zemljiški knjigi (ZZK),<sup>10</sup> ki je kot prekršek določila ravnanje opustitve vložitve predloga za pridobitev pravice v zemljiško knjigo. Gotovo ni namen zakona, da etažne lastnike sili k sklenitvi pogodbe, če ta nima nobene vsebine, ker etažni lastniki preprosto želijo, da za medsebojna razmerja med njimi veljajo zakonska pravila. Zato je razumna samo razlaga, da se sankcionira etažne lastnike, ki ne izpolnijo svoje obveznosti glede stvarnopravne ureditve etažne lastnine, na kar kaže tudi povezava kazenske določbe iz 170. člena SZ-1 s postopkom iz 182. člena SZ-1.

#### **4. SKLENITEV POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH**

Najprimernejši trenutek za sklenitev pogodbe o medsebojnih razmerjih je čas ustanovitve etažne lastnine. Na zvezo med ustanovitvijo etažne lastnine in pogodbo o medsebojnih razmerjih kažejo pravila 108. do 110. člena SPZ, ki izrecno določajo, da mora pravni posel oziroma sodna odločba, s katero se ustanavlja etažna lastnina, vsebovati tudi vsebino pogodbe o medsebojnih razmerjih. To velja tudi za ustanovitev etažne lastnine z enostranskim aktom. V tem primeru vsebino pogodbe enostransko določi lastnik zemljišča, ki ustanavlja etažno lastnino. Izraz pogodba je glede tega nekoliko zavajajoč, saj gre še zmeraj za enostranski pravni posel, kar kaže na to, da bi lahko poiskali primernejši izraz (ureditev medsebojnih razmerij).<sup>11</sup> Če pogodba o medsebojnih razmerjih ni sklenjena ob ustanovitvi etažne lastnine, jo lahko etažni lastniki sklenejo kadarkoli pozneje. To pa je malo verjetno, saj je potrebno soglasje mogoče doseči bistveno lažje, če je manj pogodbenih strank. Najlažje vsebino pogodbe določi lastnik oziroma solastniki zemljišča ob ustanovitvi etažne lastnine. S prodajo posameznih delov in povečevanjem števila etažnih lastnikov pa je pogodbenih strank vse več in zmeraj težje je poiskati potreb-

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 33/95.

<sup>11</sup> Vesna Rijavec, nav. delo, str. 559.

no soglasje. Za sklepanje pogodbe o medsebojnih razmerjih veljajo splošna pravila obligacijskega prava. Pogodba je sklenjena, ko vse pogodbene stranke dosežejo soglasje o njeni vsebini. Za pogodbo je predpisana pisna oblika (drugi odstavek 116. člena SPZ).

V način sklepanja pogodbe o medsebojnih razmerjih pa je posegel SZ-1. Ta v drugem odstavku 32. člena določa, da se pogodba o medsebojnih razmerjih šteje za sklenjeno, ko jo podpišejo etažni lastniki, ki imajo več kot tri četrtine solastniških deležev. Logična razlaga te določbe kaže, da se pri tem misli samo na primere, ko pogodba ni bila sklenjena ob ustanovitvi etažne lastnine. V postopku ustanovitve etažne lastnine je potrebno popolno soglasje glede razmejitve med posameznimi in skupnimi deli ter glede solastninskih deležev na skupnih delih v pravnem aktu o ustanovitvi etažne lastnine, in če je pogodba o medsebojnih razmerjih vključena v ta akt, potem jo je treba skleniti s soglasjem. Očitno je, da je imel zakonodajalec, ko je sprejemal drugi odstavek 32. člena SZ-1, v mislih etažno lastnino, ki je nastala brez ustrezne pravne podlage pred uveljavitvijo SPZ. Na to kaže tudi drugi stavek te določbe, ki kljub vsemu zahteva soglasje vseh etažnih lastnikov, če gre za določitev solastninskih deležev na skupnih delih ali določitev posebnih skupnih delov. Te vsebine niti ne spadajo v pogodbo o medsebojnih razmerjih, ampak v akt o ustanovitvi etažne lastnine, ki pa pri tako imenovani stari etažni lastnini ni bil sklenjen.

## 5. PRAVNA NARAVA POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH

Ob povedanem se odpira zanimivo vprašanje o pravni naravi pogodbe o medsebojnih razmerjih. Brez dvoma gre za poseben tip pogodbe, ki se že zaradi večjega števila strank razlikuje od vzajemnih obligacijskih razmerij. Zaradi več strank se ponuja primerjava z družbeno pogodbo (*societas*), temu pa lahko dodamo še vsebino, ki je v delovanju za doseganje skupnega cilja.<sup>12</sup> *Causa* pogodbe ni v izpolnitvi in nasprotni izpolnitvi, ampak je v ureditvi razmerij med posameznimi subjekti, zaradi česar ima ta pogodba pravno naravo, podobno socijeteti.<sup>13</sup> Vendar ni mogoče spregledati, da se lahko s pogodbo o medsebojnih razmerjih določijo tudi druge vsebine, s katerimi se omejuje lastninska pravica etažnega lastnika, to pa daje pogodbi stvarnopravno razsežnost. Učinkovanje

<sup>12</sup> Prav tam, str. 557.

<sup>13</sup> Anita Dolinšek, nav. delo.

pogodbe o medsebojnih razmerjih tudi proti pravnim naslednikom kaže na podobnost s korporacijskimi pogodbami, ki urejajo pravna razmerja med člani družbe in veljajo tudi za družbenike, ki vstopajo v družbo namesto ustanoviteljev, ki so sklenili ustanovitveni akt. Podobnost s korporacijskimi pogodbami še bolj utrjuje navedena določba SZ-1 o sklepanju s tričetrtinsko večino po so-lastninskih deležih na skupnih delih. Podobno velja tudi za spremembo družbene pogodbe družbe z omejeno odgovornostjo. Pogodba o medsebojnih razmerjih ima torej povsem posebno pravno naravo in je ni mogoče preprosto primerjati z drugimi znanimi pogodbenimi oblikami.

## **6. VSEBINA POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH**

Vsebina pogodbe o medsebojnih razmerjih je zakonsko primeroma določena. Njene bistvene sestavine po prvem odstavku 116. člena SPZ so:

- opredelitev stroškov in obveznosti, ki bremenijo etažne lastnike, če se ti razlikujejo od zakonske ureditve v 115. členu SPZ;
- način oblikovanja rezervnega sklada, če presega najnižji znesek iz tretjega odstavka 119. člena SPZ;
- morebitne posebne omejitve pri uporabi posameznih delov v etažni lastnini;
- način uporabe skupnih delov;
- namen uporabe posameznih delov v etažni lastnini;
- nastopanje etažnih lastnikov v pravnem prometu;
- način upravljanja skupnih delov;
- uporaba posameznih delov v etažni lastnini v posebne namene;
- zavarovanje zgradbe kot celote;
- pooblastila upravnika, če se razlikujejo od 118. člena SPZ.

Tem sestavinam dodaja 33. člen SZ-1 še naslednje vsebine:

- način uporabe posebnih skupnih delov;
- posebne storitve, ki presegajo okvire obratovanja večstanovanjske stavbe (varovanje, sprejemna služba in podobno);
- soglasje etažnih lastnikov k spreminjanju rabe stanovanj za druge namene;
- način obveščanja etažnih lastnikov o zadevah upravljanja.

Predpisane sestavine pogodbe o medsebojnih razmerjih lahko razdelimo na dva vsebinska sklopa. Pri večini naštetih določb gre za konkretizacijo splošnih pravic in dolžnosti etažnih lastnikov tako na njihovih posameznih kot tudi na skupnih delih. V drugo skupino pa spadajo določbe, ki se odmikajo od zakonsko predvidene ureditve in bolj ali manj spreminjajo lastninska upravičenja, kot si jih je zamislil zakonodajalec. Ker so zakonsko naštete sestavine navedene s primeri, lahko pogodba vsebuje tudi drugačna razhajanja, s tem pa se postavlja zanimivo vprašanje meje, do katere je mogoče iti. Menim, da te meje določa splošno načelo 38. člena SPZ, da je mogoče lastninsko pravico omejiti za vsak namen, ki ni prepovedan. Taka podlaga dopušča precej široke možnosti (samo)omejevanja etažnih lastnikov. Za nedopustne pa lahko štejemo omejitve, ki nasprotujejo vsebini lastninske pravice, kot bi bila prepoved kakršnegakoli razpolaganja z lastninsko pravico na posameznem delu, ali drugim prisilnim predpisom in morali.<sup>14</sup> Primer nedopustne omejitve bi bila lahko določba, ki bi prepovedovala bivanje v zgradbi istospolno usmerjenim, pripadnikom etničnih skupin, oziroma podobna diskriminatorna določba, ki nasprotuje splošnim etičnim načelom. Take določbe pogodbe so nične in nimajo pravnega učinka.

Nekatere razlike v primerjavi z zakonskim modelom etažne lastnine so nakazane v nekaterih primeroma naštetih sestavinah iz 116. člena SPZ. Zelo ilustrativna je prva alineja, ki omogoča dogovor glede drugačnega načina porazdelitve stroškov in obveznosti na skupnih delih, kot izhaja iz 115. člena SPZ. Stroški in obveznosti na skupnih delih se po zakonski rešitvi delijo po solastninskih načelih, se pravi v razmerju solastninskih deležev. Taka rešitev je za večino stroškov in obveznosti najprimernejša. V konkretnem primeru pa je lahko tudi drugače. Vzemimo za primer obratovalne stroške na skupnih delih, ki se v večstanovanjskih stavbah delijo drugače na podlagi SZ-1 in Pravilnika o upravljanju večstanovanjskih stavb.<sup>15</sup> Če bi želeli enak način delitve obratovalnih stroškov vzpostaviti v stavbi, za katero ne velja SZ-1, bi se morali etažni lastniki za tak način delitve dogovoriti v pogodbi o medsebojnih razmerjih. Nadalje zakon kot primera možnega odmika od zakonske rešitve izrecno omenja še povečanje zneska obveznega plačila v rezervni sklad in drugačen obseg pooblastil, danih upravniku.

<sup>14</sup> Primerjaj Vesna Rijavec, nav. delo, str. 559, ki kot primer nične določbe pogodbe navaja popolno prepoved sklepanja najemnih pogodb.

<sup>15</sup> Podrobneje Vesna Rijavec, nav. delo, str. 554.

»Glede na to, da zakon le primeroma našteva, kaj naj etažni lastniki s pogodbo o medsebojnih razmerjih uredijo, krog medsebojnih pravic in obveznosti, ki se lahko normativno določijo s pogodbo, ni zaprt. Zato bi lahko etažni lastniki v tej pogodbi določili tudi postopkovna pravila glede sprejemanja odločitev, ki se nanašajo na delovanje skupnosti.«<sup>16</sup>

S pogodbo o medsebojnih razmerjih pa se je mogoče dogovoriti tudi o drugih omejitvah lastninske pravice na posameznih in skupnih delih. V praksi se bodo največkrat oblikovale določbe, ki bodo določale različne omejitve rabe, ki bi bile v dvomu dopustne. Tak primer je lahko določba, da se v posameznih delih, ki imajo stanovanjski namen, ne sme opravljati nobena gospodarska dejavnost, čeprav ta ne bi bila moteča. Ali primer, da lahko v posameznih delih prebivajo samo starejše osebe. Taka določba omogoča oblikovanje posebne skupnosti starejših oseb (tako imenovanih varovanih stanovanj), v kateri bi lahko družina z majhnimi otroki skalila mirno ozračje, ki se pričakuje v taki hiši. Podobne posebne omejitve je mogoče določiti tudi glede rabe skupnih delov. Etažni lastniki se lahko dogovorijo o povsem določenih načinih rabe skupnih prostorov, absolutni prepovedi spreminjanja zunanjega videza zgradbe in podobnem. Čezmerna in nedopustna pa bi bila verjetno določba, ki bi prepovedovala uporabo skupnih prostorov za obiskovalce.

## 6. SPREMEMBA POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH

Etažni lastniki lahko kadarkoli spremenijo oziroma dopolnijo vsebino pogodbe o medsebojnih razmerjih. Po SPZ se za spremembo in dopolnitev pogodbe zahteva soglasje vseh etažnih lastnikov, za večstanovanjske stavbe pa po drugem odstavku 32. člena SZ-1 zadošča že tričetrtsinsko soglasje po solastninskih deležih na skupnih delih. Spremembo in dopolnitev pogodbe sklepajo vsi etažni lastniki, ki imajo lastninsko pavico na posameznih delih v trenutku sklepanja, saj upravičenje sklepati pogodbo izhaja iz etažne lastnine, kar je spet posebnost v primerjavi s klasičnimi pogodbenimi tipi. Glede obličnosti dopolnitev in sprememb je nastala razlika med stavbami, za katere velja SZ-1, in stavbami, za katere veljajo le splošna pravila SPZ. SZ-1 govori o podpisovanju pogodbe, kar kaže na zahtevo po pisni obliki. Poleg tega pa zahteva pisno obliko tudi za vse sklepe, ki jih sklepajo etažni lastniki s soglas-

<sup>16</sup> Anita Dolinšek, nav. delo.



jem (tretji odstavek 32. člena SZ-1). To pa povsem jasno kaže, da je tudi za dopolnitve in spremembe pogodbe predpisana pisna oblika. Po SPZ pa veljajo glede oblike splošna pravila obligacijskega prava. Ta načeloma tudi zahtevajo pisno obliko.<sup>17</sup> Vendar so veljavne poznejše ustne dopolnitve o stranskih točkah, o katerih oblična pogodba ne govori, če to ni v nasprotju z namenom, zaradi katerega je predpisana oblika (tretji odstavek 51. člena Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>18</sup> Od spremembe oziroma dopolnitve pogodbe o medsebojnih razmerjih je treba razlikovati spremembe oziroma dopolnitve pravnega akta o vsebini etažne lastnine. Gre za vsebine, ki vplivajo na določitev etažne lastnine in zato zahtevajo izvedbo v zemljiški knjigi. Tak primer je sprememba solastnine na skupnih delih. Tu pa je pisna oblika brezpogojna in dopolnitev mora vsebovati zemljiškoknjižno dovolilo, na katerem morajo biti notarsko overjeni vsi podpisi etažnih lastnikov.

Poseben način spremembe pogodbe o medsebojnih razmerjih je predviden tudi v tretjem odstavku 117. člena SPZ. Gre za primere, ko pogodba o medsebojnih razmerjih določno ureja vprašanja, ki spadajo med posle rednega upravljanja. Takega pogodbenega določila etažni lastniki ne morejo preprosto obiti na način, da bi z večino po solastninskih deležih sprejeli vsebinsko nasprotujoč sklep. V tej določbi pa je določena posebna možnost za spremembo takega pogodbenega določila. Etažni lastniki lahko z večino po solastninskih deležih sprejmejo sklep, da o spremembi pogodbe odloči sodišče v nepravdnem postopku. Sodišče odloča po pravilih nepravdnega postopka (112. do 117. člen ZNP), vsebinsko pa se lahko naslanja na merila iz drugega odstavka 117. člena SPZ. Gre predvsem za tehtanje posledic spremembe v povezavi s pričakovanim interesom etažnih lastnikov, ki taki spremembi nasprotujejo.

## **7. UČINEK POGODBE O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH**

Posebnost pogodbe o medsebojnih razmerjih je, da ne učinkuje le med tistimi, ki so sklenili pogodbo, ampak zavezuje tudi njihove singularne in univerzalne pravne naslednike. To velja tudi, če je pogodba sklenjena kot enostranski akt ustanovitelja etažne lastnine. Zato bi lahko rekli, da je pogodba o medsebojnih razmerjih pogodba med vsakokratnimi lastniki posameznih

<sup>17</sup> Vesna Rijavec, nav. delo, str. 563.

<sup>18</sup> Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

delov v etažni lastnini. To pa kaže na posebno pravno naravo te pogodbe, ki se razlikuje od običajnih pogodb, ki zavezujejo le pogodbene stranke in učinkujejo *inter partes*.

Pogodba o medsebojnih razmerjih začne zavezovati pravnega naslednika etažnega lastnika v trenutku pridobitve lastninske pravice na posameznem delu. Za nastop takega učinka ni treba opraviti nobenega drugega pravnega dejanja, saj nastopi neposredno na podlagi zakona. Vendar se lahko pri tem pokažejo tudi težave. Za obveznosti iz pogodbe, ki so nastale pred trenutkom pravnega nasledstva, pravni naslednik ne odgovarja, razen če tudi on nadaljuje protipravno stanje. Lahko pa pravni naslednik pristopi k dolgu svojega prednika oziroma namesto njega opravi izpolnitev.

Pazljivo je treba obravnavati tudi pravne posledice kršitve obveznosti iz pogodbe o medsebojnih razmerjih. Pravno varstvo se lahko zagotavlja na različne načine. Posebej kvalificirane kršitve obveznosti iz pogodbe o medsebojnih razmerjih lahko vodijo v postopek izključitvene tožbe. Kršitev mora biti taka, da postane skupnost s kršiteljem nevzdržna. Ravnanje v nasprotju z vsebino obveznosti iz pogodbe lahko pomeni poseg v lastninsko pravico ali posest drugih etažnih lastnikov, ki lahko v takem primeru proti kršilcu uveljavljajo negatorni zahtevek bodisi kot tožbo zaradi motenja posesti ali kot lastninsko tožbo. Negatorni zahtevek lahko vloži lastnik posameznega dela, na katerem nastopijo učinki kršitve. Tudi če učinek kršitve sega na skupne dele, ni treba, da bi tožbo vložili vsi drugi etažni lastniki, ampak lahko varstvo zahteva vsak od njih. Končno pa ostane še vprašanje izpolnitvenega zahtevka, če iz pogodbe o medsebojnih razmerjih izhaja obveznost dajatve ali storitve etažnega lastnika. Tudi zoper tak zahtevek ni nobenega pomisleka in po naravi gre za podoben zahtevek, kot je *actio pro socio*. Če so pravice in obveznosti posameznih članov določno opredeljene in so določene tudi sankcije v primeru nespoštovanja obveznosti posameznih članov, je mogoče zoper kršitelja usmeriti ustrezen zahtevek za izpolnitev določenih obveznosti.<sup>19</sup> Spet pa je vprašanje, ali lahko zahtevek uveljavlja vsak etažni lastnik ali pa morajo o vložitvi zahtevka odločiti etažni lastniki z večino glasov oziroma celo s soglasjem. Interes za vložitev tožbe je treba priznati vsakemu etažnemu lastniku. Če vloži tožbo upravnik kot zastopnik etažnih lastnikov, pa morajo po mojem mnenju tak sklep sprejeti etažni lastniki z večino po solastninskih deležih na skupnih delih.

<sup>19</sup> Anita Dolinšek, nav. delo.

## **8. ODNOS MED POGODBO O MEDSEBOJNIH RAZMERJIH IN SKLEPI ETAŽNIH LASTNIKOV**

Pravno razmerje etažne lastnine je trajno razmerje, v katerem morajo etažni lastniki ves čas sprejemati odločitve. Temu je namenjen sistem upravljanja skupnih delov in vprašanje je, ali morajo pri tem upoštevati vsebino pogodbe o medsebojnih razmerjih. Pri tem ni pomembno, ali gre za posel rednega upravljanja ali za posel, ki presega redno upravljanje. Etažni lastniki z odločitvijo, ki jo sprejmejo z večino po solastninskih deležih na skupnih delih, ne morejo prestopiti vsebine pogodbe o medsebojnih razmerjih, pa čeprav je ta sprejeta na način, ki je skladen s 117. členom SPZ. Na to povsem jasno kaže tretji odstavek 117. člena, ki določa poseben način za spremembo pogodbe v delu, ki se vsebinsko nanaša na posel rednega upravljanja. Pogodbe o medsebojnih razmerjih ni mogoče spreminjati z večino po solastniških deležih, pa čeprav gre za vprašanje, o katerem bi se lahko odločalo s tako večino, če pogodba tega ne bi urejala. Če je sklep sprejet s soglasjem vseh etažnih lastnikov, pa lahko tako določitev štejemo za spremembo pogodbe o medsebojnih razmerjih, vendar moramo pri tem upoštevati splošna pravila 51. člena OZ o spremembah in dopolnitvah pogodb, za katere je predpisana pisna oblika.

Spet pa velja posebna ureditev za večstanovanjske stavbe. Drugi odstavek 32. člena SZ-1 določa, da se lahko pogodba o medsebojnih razmerjih sklene s soglasjem etažnih lastnikov, ki imajo več kot tri četrtine solastniških deležev na skupnih delih. Smiselno enako pa je določeno glede odločanja o nekaterih poslih, ki presegajo redno upravljanje (tretji odstavek 29. člena SZ-1). Če gre za vsebino pogodbe o medsebojnih razmerjih, ki se nanaša na tričetrtinsko odločanje, potem etažni lastniki pri sprejemanju sklepov, ki se sprejemajo z enako večino, niso vezani s pogodbo o medsebojnih razmerjih. Nekoliko nejasen pa je zapis tretjega odstavka 33. člena SZ-1, ki določa, da etažni lastniki odločitve, za katere je po določbah SZ-1 potrebno soglasje vseh etažnih lastnikov, uredijo s posebnim aktom v pisni obliki. Določbo lahko razumemo le kot posebno določbo o tem, da morajo biti take odločitve sprejete v pisni obliki. Sprejemanje posebnega akta poleg pogodbe o medsebojnih razmerjih nima nobenega smisla.

Z vidika, da bi bil dosežen namen zagotavljanja pravne varnosti za pridobitelja lastninske pravice na posameznem delu, in z vidika njegovega utemeljenega pričakovanja, da so mu znane vse posebne omejitve lastninske pravice, ki

nimajo podlage v zakonski ureditvi, pa manjka publiciteta. Pogodba o medsebojnih razmerjih in njene pravne posledice se ne vpisujejo v zemljiško knjigo in pridobitelj lastninske pravice je odvisen od zagotovil pravnega prednika oziroma informacije, ki mu jo v zvezi z omejitvami da upravnik.

## **9. SKLEP**

Nejasna in dvojna ureditev pogodbe o medsebojnih razmerjih zahteva spremembo zakonodaje. Zakonodajalec bi naredil največji korak naprej, če bi se pogodba o medsebojnih razmerjih uredila enotno v enem samem aktu. To pa je lahko samo SPZ, katerega veljavnost je splošna in ni omejena samo na določeno vrsto stavb v etažni lastnini. Nadalje je treba jasno razmejiti med stvarnopravnimi elementi, ki spadajo v pravni akt o ustanovitvi etažne lastnine, ter obligacijskimi elementi urejanja skupnostnega razmerja, kar je vsebina pogodbe o medsebojnih razmerjih. Končno pa je treba upoštevati, da ni nobene potrebe po obvezni sklenitvi pogodbe o medsebojnih razmerjih. Če pogodbe ni, potem pač velja zakonska ureditev, kar povsem ustreza načelu dispozitivnosti obligacijskih razmerij. Vsekakor pa je treba dopustiti možnost, da se za skupnost etažnih lastnikov določijo posebna pravila, ki pomenijo dodatne omejitve ali poseben način omejevanja lastninske pravice na posameznem delu v etažni lastnini. Zaradi zagotavljanja pravne varnosti bi bilo smiselno, da se take vsebine vpišejo v zemljiško knjigo, kar pa bi bilo treba dodatno urediti.



# Kritika slovenske ureditve pravnih posledic razlastitve s hipoteko obremenjene nepremičnine

MATIJA DAMJAN

ANA VLAHEK

## 1. UVOD

V postopku razlastitve se lahko odvzame lastninska pravica na nepremičnini. Na odvzeti nepremičnini pa lahko obstajajo tudi prednostne poplačilne pravice tretjih oseb, kot sta hipoteka in zemljiški dolg.<sup>1</sup> Če upravni organ odredi ugasnitev teh pravic, po veljavni zakonski ureditvi (tj. petem odstavku 108. člena Zakona o urejanju prostora – ZUreP-1)<sup>2</sup> razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. Ta rešitev je nedomišljena in ima več pomanjkljivosti, ki bodo obravnavane v nadaljevanju.

---

**Matija Damjan**, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

**Ana Vlahek**, doktorica pravnih znanosti, izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Novela Stvarnopravnega zakonika SPZ-A (Uradni list RS, št. 91/2013) je sicer iz zakona črtala institut zemljiškega dolga, vendar pred tem ustanovljene pravice veljajo še naprej in se na podlagi prehodne določbe 5. člena SPZ-A zanje še vedno uporabljajo razveljavljene zakonske določbe. Več o tem v: J. Kramberger Škerl, A. Vlahek, nav. delo, I, 4, § 3; R. Vrenčur, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, 2016, str. 950–981.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 110/02, 8/03 – popr., 58/03 – ZZK-1, 33/07 – ZPNačrt, 108/09 – ZGO-1C in 80/10 – ZUPUDPP.

## 2. RAZLASTITEV IN PRAVICE TRETJIH OSEB NA NEPREMIČNINI

Ustavna podlaga razlastitve je v 69. členu Ustave Republike Slovenije,<sup>3</sup> ki določa, da se lahko lastninska pravica na nepremičnini v javno korist odvzame ali omeji proti nadomestilu v naravi ali proti odškodnini pod pogoji, ki jih določa zakon. Tak zakon je ZUreP-1, ki v tretjem razdelku tretjega dela določa postopek in podrobnejše pogoje za odvzem ali omejitev lastninske pravice na nepremičnini, če je to nujno za doseg javne koristi. Pravila ZUreP-1 se uporabljajo tudi za razlastitve na podlagi drugih zakonov, če ti posameznih vprašanj ne urejajo drugače. Javna korist, zaradi katere se lahko odvzame nepremičnina, so zlasti potrebe gospodarske javne infrastrukture, obrambe države, varstva pred naravnimi nesrečami, izvajanja javnih služb in gradnje socialnih in neprofitnih stanovanj.<sup>4</sup> Razlastitveni upravičenec je država oziroma občina, odvisno od tega, v pristojnost katere spada gradnja; po specialnih zakonih pa so lahko razlastitveni upravičenci tudi nekateri zasebno-pravni subjekti, na primer operater komunikacijskega omrežja po Zakonu o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1)<sup>5</sup> ali investitor v infrastrukturo za proizvodnjo, skladiščenje in prenos različnih energentov po Energetskem zakonu (EZ-1).<sup>6</sup> Razlastitveni zavezanec je fizična ali pravna oseba, ki ima v lasti nepremičnino, ki je predmet razlastitve.<sup>7</sup> S pravnomočnostjo odločbe o razlastitvi razlastitveni upravičenec izvorno pridobi lastninsko pravico na razlaščeni nepremičnini, lastninska pravica razlastitvenega zavezanca pa ugasne.<sup>8</sup>

Poleg samega lastnika pa imajo lahko na razlaščeni nepremičnini stvarne ali obligacijske pravice še tretje osebe – imetniki izvedenih stvarnih pravic (hipoteka, zemljiški dolg, služnost, stvarno breme, stavbna pravica) ter najemniki

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99.

<sup>4</sup> Podrobneje J. Čebulj v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 539–541; T. Keresteš, v: V. Rijavec in drugi, nav. delo, str. 87–90.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 – ZIN-B, 54/14 – odl. US in 81/15.

<sup>6</sup> Uradni list RS, št. 17/14 in 81/15.

<sup>7</sup> Če je oseba, vpisana v zemljiški knjigi kot lastnik nepremičnine, sklenila pravni posel, na podlagi katerega se lahko kot lastnik vpiše druga oseba, ima položaj stranke v razlastitvenem postopku tudi oseba, ki se lahko vpiše v zemljiško knjigo kot lastnik, če ta do konca razlastitvenega postopka na prvi stopnji predloži kot dokaz listino o lastninski pravici, sposobno za vpis v zemljiško knjigo (četrti odstavek 94. člena ZUreP-1).

<sup>8</sup> Prim. sklep Vrhovnega sodišča RS III Ips 112/2009 z dne 8. marca 2011. Več o razlastitvi tudi v J. Kramberger Škerl, A. Vlahek, nav. delo, III, 10, §1; M. Grižon, nav. delo.

oziroma zakupniki nepremičnine – zato je treba urediti tudi njihov položaj po razlastitvi. V tem prispevku se osredotočava na položaj, ko je na nepremičnini, ki je predmet razlastitve, vknjižena hipoteka. Ugotovitve pa je – kot je večkrat potrdilo tudi Upravno sodišče<sup>9</sup> – mogoče smiselno uporabiti tudi za primere, ko na nepremičnini obstaja zemljiški dolg, saj je ta v mnogih potezah podoben hipoteki in se zanj na podlagi 193. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ)<sup>10</sup> smiselno uporabljajo tudi določbe o hipoteki. Temeljna razlika med hipoteko in zemljiškim dolgom je ta, da je prva akcesorna pravica, zemljiški dolg pa je od določene terjatve neodvisen.<sup>11</sup>

Zakon ne predpisuje splošnega pravila, da izvedene stvarne pravice na odvzeti nepremičnini prenehajo, saj to ni vedno nujno za doseg javnega interesa, zaradi katerega se izvaja razlastitev, zato bi bil tak ukrep nesorazmeren. Izvajanje nekaterih pravic na nepremičnini, zlasti služnosti, namreč ne ovira nujno delovanja javne infrastrukture oziroma opravljanja druge dejavnosti v javnem interesu, zaradi katere se izvaja razlastitev. Če se zemljišče na primer razlasti za gradnjo šole, lahko prek nezazidanega dela šolskega zemljišča še vedno poteka služnost poti v korist sosedu, če to ne ovira dejavnosti šole.

<sup>9</sup> Glej na primer sodbo II U 335/2012 z dne 3. septembra 2013: »Zemljiški dolg, ki je stvarna pravica, lahko ugasne tudi na podlagi 108. člena ZUreP-1. Pogoj za to je, da predlagatelj razlastitve to zahteva, v tem primeru pa mora upravni organ ugotoviti, ali je ugasnitev pravice nujno potrebna in sorazmerna z javno koristjo, ki se zasleduje z razlastitvijo.«; sodbo in sklep II U 453/2011 z dne 13. februarja 2013: »Zemljiški dolg, ki je, kot izhaja iz 2. člena SPZ, stvarna pravica, pa lahko ugasne tudi na podlagi 108. člena ZUreP-1. Pogoj za to je, da predlagatelj razlastitve to zahteva, v tem primeru pa mora upravni organ ugotoviti ali je ugasnitev pravice nujno potrebna in sorazmerna z javno koristjo, ki se zasleduje z razlastitvijo. Tudi sodišče se strinja z upravnima organoma, da je v javnem interesu, da razlastitvena upravičenka dobi v last neobremenjene nepremičnine, zaradi česar je ugasnitev zemljiških dolgov nujno potrebna. Razlastitveni upravičenec pa prevzame subsidiarno odgovornost za terjatve (peti odstavek 108. člena ZUreP-1).«; sodbo in sklep II U 245/2011 z dne 12. septembra 2012: »Zemljiški dolg, ki je, kot izhaja iz 2. člena SPZ, stvarna pravica, pa lahko ugasne tudi na podlagi 108. člena ZUreP-1. Pogoj za to je, da predlagatelj razlastitve to zahteva, v tem primeru pa mora upravni organ ugotoviti ali je ugasnitev pravice nujno potrebna in sorazmerna z javno koristjo, ki se zasleduje z razlastitvijo. Tudi sodišče se strinja z upravnima organoma, da je v javnem interesu, da razlastitvena upravičenka dobi v last neobremenjene nepremičnine, zaradi česar je ugasnitev zemljiških dolgov nujno potrebna. Razlastitveni upravičenec pa prevzame subsidiarno odgovornost za terjatve (peti odstavek 108. člena ZUreP-1).« V izogib nejasnosti ali drugačnim razlagam deliva mnenje M. Grižon, nav. delo, str. 55-56, da bi bilo dobro, da bi ZUreP-1 izrecno določal, da lahko upravna enota odloča tudi o ugasnitvi zemljiškega dolga in da se lahko zemljiški dolg izbriše iz zemljiške knjige že na podlagi (pravnomočne, če ne gre za nujni postopek) odločbe upravne enote.

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

<sup>11</sup> T. Keresteš, v: V. Rijavec in drugi, nav. delo, str. 289.



Prav tako praviloma ostanejo v veljavi »infrastrukturne« služnosti za potrebe vodovoda, kanalizacije, električnih vodov ipd.

Zakon zato presojo, ali naj v konkretnem primeru pravice tretjih oseb na razlaščeni nepremičnini ugasnejo ali veljajo še naprej, prepušča upravnemu organu, ki vodi razlastitveni postopek. Člen 108 ZUreP-1 v prvem odstavku določa, da je treba v odločbi o razlastitvi navesti, ali stvarne pravice na nepremičnini in pravice iz najemne oziroma zakupne pogodbe ugasnejo.<sup>12</sup> Da je ta odločitev mogoča, mora upravni organ v skladu z drugim in tretjim odstavkom 108. člena ZUreP-1 najprej po uradni dolžnosti ugotoviti imetnike teh pravic, saj imajo ti položaj stranke v razlastitvenem postopku. Ugotovitev imetnikov je lahko težavna v primeru zemljiškega dolga, saj se ta prenaša zunajknjižno (s prenosom zemljiškega pisma kot ordrskega vrednostnega papirja), zato njegov imetnik ni vedno poznan.<sup>13</sup> O ugasnitvi pravic tretjih pa lahko upravni organ odloči samo, če predlagatelj razlastitve (razlastitveni upravičenec) to posebej zahteva. V prvem koraku mora torej že razlastitveni upravičenec presoditi, ali bi nadaljnji obstoj pravic tretjih na razlaščeni nepremičnini oviral zasledovanje ciljev, zaradi katerih se zahteva razlastitev.

---

<sup>12</sup> Čebulj pravilno ugotavlja, da upravni organ odloči (v izrek odločbe) in ne le navede, ali stvarne in obligacijske pravice na nepremičnini ugasnejo. Brez izrecne odločitve o tem stvarne in obligacijske pravice na nepremičnini ostanejo veljavne. J. Čebulj, v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 566.

<sup>13</sup> Imetnik zemljiškega pisma ni razviden iz zemljiške knjige in niti ni nujno, da je poznan lastniku zastavljene nepremičnine, če je prišlo do naknadnih prenosov zemljiškega pisma. Če niti s poizvedbami niti z javnim naznanilom imetnika zemljiškega pisma ni mogoče najti, je verjetno treba postaviti skrbnika za poseben primer, ki neznanega imetnika zastopa v razlastitvenem postopku v skladu z 212. členom Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZZDR, Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US in 82/15 – odl. US). Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ, Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US) za podoben položaj, ko se v izvršbi prodaja nepremičnina, na kateri je vknjižen zemljiški dolg, vzpostavlja domnevo, da če se v treh mesecih od objave oklica na sodni deski in na spletni strani sodišča imetnik zemljiškega pisma ne javi sodišču in predloži izvirnika zemljiškega pisma, velja domneva, da je imetnik zemljiškega pisma ustanovitelj zemljiškega dolga, če se najpozneje na razdelitvenem naroku ne dokaže drugače. Teh določb pa najbrž ni mogoče po analogiji uporabiti tudi v upravnem postopku, saj je lahko posledica zakonske domneve izguba pravice imetnika zemljiškega dolga, za kar bi morala obstajati izrecna zakonska podlaga. Iz analiziranih odločb (sodba in sklep II U 245/2011 z dne 12. septembra 2012) je razvidno le, da so upravne enote v izreku odločile, da prenehajo zemljiški dolgovci z določeno identifikacijo v korist vsakokratnega imetnika zemljiškega pisma in mogoče je, da tega, kdo je imetnik zemljiškega dolga, sploh niso ugotavljale. Ta dilema sicer za diskurz o primernosti veljavne ureditve ni bistvena, je pa pri morebitni reviziji veljavne ureditve nikakor ne gre spregledati.

To mora posebej utemeljiti tudi v predlogu za razlastitev.<sup>14</sup> Na predlagateljevo zahtevo upravni organ ugotovi, ali je ugasnitev pravic nujno potrebna in sorazmerna z javno koristjo, ki se zasleduje z razlastitvijo, in temu ustrezno odloči o prenehanju teh pravic.<sup>15</sup>

Nadaljnji obstoj hipoteke na nepremičnini po izvedeni razlastitvi sam po sebi tipično ne ovira izvajanja dejavnosti v javnem interesu, zaradi katere je izvedena razlastitev, saj imetnik hipoteke ni upravičen do uporabe nepremičnine ali izvajanja fizičnih posegov vanjo. Hipoteka torej lahko načeloma še naprej obstaja tudi na razlaščenih nepremičninah. Obstoj hipoteke je pojmovno nezdržljiv samo s statusom javnega dobra, vsaj pri tistih kategorijah javnega dobra, ki jih zakon izrecno izključuje iz pravnega prometa ali omejuje njihovo prometno sposobnost, tako da unovčitev hipoteke s prodajo nepremičnine pravno ne bi bila mogoča.<sup>16</sup> Vendar nepremičnina z razlastitvijo še ne pridobi statusa javnega dobra, saj vsaka razlastitev še ne pomeni, da bo nepremičnina namenjena splošni rabi. Ne glede na ta status pa je jasno, da bi unovčitev hipoteke s prodajo zastavljena nepremičnine v vsakem primeru izjalovila namen razlastitve, saj bi razlastitveni upravičenec bodisi izgubil lastnino nepremičnine bodisi bi jo bil prisiljen znova odkupiti. Zato se zdi smiselnejše, da se ob razlastitvi nepremičnine vedno ukinejo tudi morebitne hipoteke na njej. Videti je, da tako stališče sprejemajo tudi upravni organi, saj so v vseh postopkih razlastitve, na katere se nanašajo javno dostopne sodbe Upravnega sodišča,<sup>17</sup> ugodili zahtevam razlastitvenega upravičenca za ugasnitev hipoteke oziroma zemljiškega dolga.

<sup>14</sup> J. Čebulj v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 566–567.

<sup>15</sup> Če v sklepu o razlastitvi ni izrecno odločeno o prenehanju izvedenih stvarnih pravic, tega ni mogoče »popraviti« tako, da zemljiškopravno sodišče po uradni dolžnosti vpiše lastninsko pravico na razlastitvenega upravičenca bremen prosto. Sklep Višjega sodišča v Kopru I Cp 412/2002 z dne 4. marca 2003. Enako sodba in sklep Upravnega sodišča IV U 293/2013 z dne 4. novembra 2014.

<sup>16</sup> Drugi odstavek 3. člena Zakona o cestah (ZCes-1, Uradni list RS, št. 109/10, 48/12, 36/14 – odl. US in 46/15) na primer določa, da so javne ceste javno dobro in so izven pravnega prometa. Drugi odstavek 22. člena Zakona o graditvi objektov (ZGO-1, Uradni list RS, št. 102/04 – uradno prečiščeno besedilo, 14/05 – popr., 92/05 – ZJC-B, 93/05 – ZVMS, 111/05 – odl. US, 126/07, 108/09, 61/10 – ZRud-1, 20/11 – odl. US, 57/12, 101/13 – ZDavNepr, 110/13 in 19/15) pa določa, da objekt s statusom javnega dobra ne more biti predmet izvršbe. Prim. V. Rijavec, nav. delo, str. 717–718.

<sup>17</sup> Sodbi Upravnega sodišča I V U 26/2011 z dne 17. aprila 2012 in I U 1578/2011 z dne 12. junija 2012 (glede hipoteke) ter sodba in sklep istega sodišča II U 453/2011 z dne 13. februarja 2013 in II U 245/2011 z dne 12. septembra 2012 (glede zemljiškega dolga).

### 3. NADOMESTILO OZIROMA ODŠKODNINA ZA UGASLO HIPOTEKO

Če upravni organ v postopku razlastitve odloči, da izvedene stvarne pravice in obligacijske pravice na odvzeti nepremičnini ugasnejo, tudi imetniki teh pravic zaradi razlastitve utrpijo premoženjsko prikrajšanje, zato so upravičeni do ustreznega nadomestila za izgubljene pravice. Za postopek določitve odškodnine oziroma nadomestila za ugasle stvarne in obligacijske pravice se uporabljajo določbe, ki veljajo za določitev odškodnine oziroma nadomestila za razlaščeno nepremičnino (četrty odstavek 108. člena ZUreP-1).<sup>18</sup> Nadomestilo se lahko dodeli v naravi, tj. s prenosom pravice na drugo nepremičnino, če to ustreza interesu imetnika pravice (na primer ustanovitev služnosti poti prek drugega sosednjega zemljišča),<sup>19</sup> ali z dodelitvijo odškodnine, ki ustreza ekonomski vrednosti ukinjene pravice za njenega imetnika.

#### 3.1. »Nadomestna« hipoteka

Glede na napotilo iz četrtega odstavka 108. člena ZUreP-1 bi bila načeloma tudi pri hipoteki mogoča dodelitev nadomestila v naravi, tako da se na drugi nepremičnini primerljive vrednosti ustanovi nadomestna hipoteka. To bi prišlo v poštev zlasti v primeru, kadar lastnik odvzete nepremičnine za to nepremičnino ne dobi denarne odškodnine, ampak primerljivo nadomestno nepremičnino, na kateri se lahko ustanovi tudi nova hipoteka namesto izbrisane. Če ima nadomestna nepremičnina podobno tržno vrednost kot razlaščena, namreč hipotekarni upnik s prenosom hipoteke ohrani enakovredno zavarovanje svoje terjatve, kot ga je imel poprej. Podlaga za tako rešitev je tudi v četrtem odstavku 154. člena SPZ, ki določa, da če lastnik s hipoteko obremenjene nepremičnine po kakršnemkoli naslovu prejme v nadomestilo drugo nepremičnino, preide hipoteka na to nepremičnino.<sup>20</sup> Po prvi razlagi bi šlo najbrž za ugasnitev prvotne hipoteke in za nastanek nove, po drugi pa za prenos hipoteke. Funkcija hipoteke je samo poplačilna, zato se lahko imetnik hipoteke v razlastitvenem postopku utemeljeno upre taki obliki nadomestila

<sup>18</sup> M. Tratnik, nav. delo, str. 1595.

<sup>19</sup> V šestem odstavku 108. člena ZUreP-1 je posebej urejeno, kako se dodeli nadomestilo v naravi, če se odvzame stvarna pravica, ki zagotavlja imetniku stanovanje, ali prekine trajno najemno stanovanjsko razmerje. Razlastitveni upravičenec je dolžan zagotoviti prizadetemu enakovredno pravico, tj. istovrstno pravico na enakovredni stavbi oziroma stanovanju pod enakovrednimi pogoji.

<sup>20</sup> T. Keresteš, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, 2004, str. 703.

samo iz razlogov, ki se nanašajo na kakovost zavarovanja njegove terjatve (vrstni red hipoteke, vrednost nepremičnine, možnost njene hitre prodaje itd.).

### **3.2. Odškodnina za ugaslo hipoteko**

Druga možnost, torej dodelitev odškodnine za izbrisano izvedeno pravico, pri hipoteki neposredno ne pride v poštev. Hipoteka je namreč akcesorna pravica v funkciji zavarovanja terjatve, ki jo upravičenec uveljavlja samo v primeru oziroma pod pogojem, če zavarovana terjatev ni plačana. Realizacija hipoteke je bodoče negotovo dejstvo, zato vrednosti hipoteke ni mogoče izraziti v obliki enkratnega nepogojnega denarnega zneska. Če glavni dolžnik izpolni svojo obveznost, hipoteka za upnika nima več nobene vrednosti in lastnik nepremičnine lahko zahteva njeni izbris; če terjatev ni plačana, pa je hipoteka vredna toliko, kolikor terjatve je mogoče poplačati s prodajo zastavljene nepremičnine. Glede na to za izbrisano hipoteko ni mogoče določiti denarne odškodnine, ampak je treba imetniku zagotoviti drugo primerljivo obliko zavarovanja njegove terjatve.

ZUreP-1 v petem odstavku 108. člena tako za primer, da je na razlaščeni nepremičnini ustanovljena hipoteka, predvideva posebno rešitev, in sicer določa, da v takem primeru prevzame razlastitveni upravičenec subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. Stvarno zavarovanje se torej nadomesti z osebnim zavarovanjem, ki je primerljive ali celo boljše kakovosti kot hipoteka, saj naj bi bili država ali občina razmeroma zanesljivi plačniki svojih obveznosti. Subsidiarna odgovornost za zavarovano terjatev pomeni, da razlastitveni upravičenec pravzaprav prevzame vlogo poroka za zavarovano terjatev. Obveznost glavnega dolžnika zavarovane terjatve namreč ne preneha (o tej terjatvi se v razlastitvenem postopku ne odloča), država oziroma občina pa za njegovo obveznost odgovarja podrejeno, torej šele po tem, ko je glavni dolžnik ne izpolni v roku, ki je določen v upnikovi pisni zahtevi (prvi odstavek 1019. člena Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>21</sup> Določba petega odstavka 108. člena ZUreP-1 je sicer oblikovana slabo, ker iz nje ni jasno razvidno, kdaj pride do prevzema subsidiarne odgovornosti, do katere vrednosti ta odgovornost seže in kakšno je nadaljnje razmerje glede zavarovane terjatve med razlastitvenim upravičencem, upnikom terjatve in razlastitvenim zavezancem.

<sup>21</sup> Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo. Več o poročtvu in drugih osebnih zavarovanjih glej v: A. Vlahek, M. Damjan, nav. delo.

#### 4. KDAJ PRIDE DO PREVZEMA SUBSIDIARNE ODGOVORNOSTI?

Upravno sodišče je v sodbi I V U 26/2011 z dne 17. aprila 2012 kot *obiter dictum* menilo, da posebno varstvo imetnika hipoteke na nepremičnini s prevzemom subsidiarne odgovornosti pride v poštev samo v primeru, če upravni organ ne odloči o ugasnitvi hipoteke.<sup>22</sup> Vendar je to stališče očitno napačno. Če hipoteka (na razlaščenih nepremičnini) ne ugasne, ima namreč hipotekarni upnik še naprej enake pravice do poplačila iz vrednosti zastavljene nepremičnine, kot jih je imel pred razlastitvijo (ne glede na spremembo lastnika),<sup>23</sup> zato ni razloga, da bi se mu zagotavljalo še kakšno dodatno zavarovanje njegove terjatve. V obratnem položaju, tj. če hipoteka ugasne, pa bi bila posledica tega stališča, da hipotekarni upnik ostane brez kakršnegakoli nadomestila za odvzeto pravico, saj subsidiarne odgovornosti ne bi bilo, kar bi bilo seveda v nasprotju z 69. členom Ustave RS. Ne da bi se pri tem opredeljevala do primernosti določbe, meniva, da je pravilna le njena taka razlaga, po kateri razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev samo v primeru, kadar hipotekarni organ odloči, da hipoteka ugasne.<sup>24</sup> Tako razlago je sprejelo Upravno sodišče v drugih odločbah, na primer v sodbi in sklepu II U 453/2011 z dne 13. februarja 2013.

<sup>22</sup> Tudi v odločbi Upravne enote Slovenske Konjice, št. 352-1/2009-58 (11244) z dne 2. decembra 2009, naletimo na stališče, da hipoteka še nadalje bremeni nepremičnine, razlastitveni upravičenec pa prevzema subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. Glej sodbo Upravnega sodišča RS IV U 118/2010 z dne 6. decembra 2011. Drugače pa je na primer leta 2008 Ministrstvo za okolje in prostor v odločbi št. 35020-40/2008 z dne 31. 7. 2008 na pritožbo razlastitvene upravičenke obrazložilo, da ZUreP-1 določa, da v primeru ugasnitve hipoteke razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev.

<sup>23</sup> Razlastitveni upravičenec kot novi lastnik zastavljene nepremičnine postane hipotekarni dolžnik, s čimer pravzaprav prav tako subsidiarno odgovarja za zavarovano terjatev, vendar le do vrednosti zastavljene nepremičnine.

<sup>24</sup> To pravilo je treba smiselno uporabiti tudi v primeru ugasnitve zemljiškega dolga, če ta pravica na razlaščenih nepremičnini še obstaja. Prim. J. Čebulj, v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 566. Pri tem bi bilo mogoče domet določila razširiti v toliko, da bi subsidiarna odgovornost obstajala tudi v primeru, ko je na razlaščenih nepremičnini hipoteka ugasnila, vendar je bila ustanovljena (ali prenesena, če se uporabijo določila SPZ) na drugi nepremičnini (to bi bilo lahko relevantno v primerih, ko se upnik iz nadomestne nepremičnine zato, ker ne bi ustrezala vrednosti razlaščene nepremičnine, ne bi mogel v enaki meri poplačati).

## 5. DO KATERE VIŠINE SUBSIDIARNO ODGOVARJA RAZLASTITVENI UPRAVIČENEC?

Iz petega odstavka 108. člena ZUreP-1 tudi ni jasno, do katere višine za zavarovano terjatev subsidiarno odgovarja razlastitveni upravičenec. Znesek zavarovane terjatve skupaj z obrestmi in stroški je lahko namreč bistveno višji od tržne vrednosti zastavljene nepremičnine, na primer ker je tržna vrednost nepremičnine naknadno padla, ker gre za skupno hipoteko, ustanovljeno na več nepremičninah, ali ker ima konkretna hipoteka slabši vrstni red od drugih poplačilnih pravic, ki so bile ustanovljene na isti nepremičnini. Ali v takem položaju razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za celotno zavarovano terjatev ali samo do višine vrednosti razlaščene nepremičnine? Obrazložitev predloga ZUreP-1 iz zakonodajnega postopka<sup>25</sup> v zvezi z določbami o odškodnini navaja le, da te zagotavljajo po eni strani, da razlastitveni zavezanec za nepremičnino dobi pravično odškodnino, po drugi strani pa preprečujejo, da bi se za izvedbo objektov v javno korist nepremičnine odkupovale po nerazumno visokih cenah. Prav tako komentar ZUreP-1 iz leta 2010 ne pojasnjuje vsebine subsidiarne odgovornosti za zavarovano terjatev, ampak navaja le, da obravnavani člen daje posebno varstvo imetniku hipoteke na nepremičnini, ki je predmet razlastitve, tako da določa subsidiarno odgovornost razlastitvenega upravičenca za zavarovano terjatev.<sup>26</sup> O tem vprašanju manjka tudi sodna praksa.

Pri razlagi je treba tako izhajati predvsem iz namena instituta. Kot že rečeno, je funkcija prevzema subsidiarne odgovornosti s strani razlastitvenega upravičenca ta, da se hipotekarnemu upniku zagotovi enakovredno zavarovanje njegove terjatve, kot mu ga je poprej zagotavljala hipoteka, s čimer se mu nadomesti ukinjena stvarna pravica. Hipoteka hipotekarnemu upniku zagotavlja možnost poplačila zavarovane terjatve iz vrednosti zastavljene nepremičnine. Če je vrednost te nepremičnine nižja od višine hipotekarne terjatve, popolno poplačilo terjatve s hipoteko ni zagotovljeno.<sup>27</sup> Glede na to, da se v postopku razlastitve daje enakovredno nadomestilo za odvzeto pravico, ne bi bilo primerno, da bi hipotekarni upnik dobil boljše zavarovanje svoje terjatve od tistega, ki mu ga je poprej zagotavljala hipoteka. Primerljivo zavarovanje terjatve se zagotovi le

<sup>25</sup> Predlog ZUreP-1 za prvo obravnavo, EPA: 397 – III, Poročevalec Državnega zbora št. 102/01 z dne 31. decembra 2001.

<sup>26</sup> J. Čebulj, v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 567.

<sup>27</sup> Glej tudi M. Grižon, nav. delo, str. 56-57.

tako, da se subsidiarna odgovornost razlastitvenega upravičenca omeji do višine vrednosti razlaščne nepremičnine. Brez take omejitve bi zlahka prišlo do zlorabe, saj bi lahko lastnik nepremičnine s pravočasno ustanovitvijo hipoteke za zavarovanje nesorazmerno visoke terjatve v postopku razlastitve nepremičnine prišel do državne ali občinske garancije za to celotno terjatev, čeprav je bila vrednost njegove nepremičnine bistveno nižja. Glede na to bi bila primernejša razlaga petega odstavka 108. člena ZUreP-1 taka, da v primeru ugasnitve hipoteke razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev le do višine vrednosti razlaščne nepremičnine. Drugačna razlaga tudi ne bi ustrezala temeljnim načelom obligacijskega prava.

Vendar dosedanja upravna praksa očitno ne sledi temu stališču. V praksi Upravnega sodišča je namreč mogoče naleteti na več primerov, ko so upravne enote v postopkih razlastitve zavrnila zahteve za omejitev subsidiarne odgovornosti razlastitvenega upravičenca za dolgove do višine vrednosti razlaščne nepremičnine.<sup>28</sup> V vseh primerih je šlo sicer za zemljiški dolg, za katerega pa je treba v primeru ugasnitve pravice smiselno uporabiti ista pravila glede subsidiarne odgovornosti kot za hipoteko. Iz sodb Upravnega sodišča sicer niso razvidni razlogi, zaradi katerih so upravni organi omejitev subsidiarne odgovornosti zavrnil. Zoper tako odločitev se država kot razlastitveni upravičenec tudi ni pritožila, tako da vprašanje ni bilo predmet nadaljnjega odločanja. Drugače pa je leta 2008 Ministrstvo za okolje in prostor v odločbi na pritožbo razlastitvene upravičenke obrazložilo, da ZUreP-1 določa, da v primeru ugasnitve hipoteke razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev, vendar ne določa, do katere višine:

»Namen instituta zastavne pravice na nepremičnini je, da se v primeru spremembe lastništva ali kakšne druge spremembe obremenitve na zastavljeni nepremičnini, ne poslabša položaj hipotekarnega upnika. [...] V primeru, če bi bilo odločeno, da razlastitvena upravičenka jamči za zavarovano terjatev v celoti, bi lahko bil pravni položaj hipotekarnega upnika in s tem tudi hipotekarnega dolžnika neupravičeno izboljššan na škodo razlastitvenega upravičenca. Kot rečeno, že iz same narave instituta hipoteke izhajajo, da razlastitveni upravičenec lahko prevzame odgovornost za zavarovano terjatev le do višine vrednosti predmetne nepremičnine.«<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Glej sodbe Upravnega sodišča II U 245/2011 z dne 12. septembra 2012, II U 453/2011 z dne 13. februarja 2013 in II U 335/2012 z dne 3. septembra 2013.

<sup>29</sup> Št. 35020-40/2008 z dne 31. julija 2008.

Omejitev subsidiarne odgovornosti razlastitvenega upravičenca do višine vrednosti razlaščene nepremičnine sicer izhaja že iz materialnega prava in zanjo ni potreben poseben sklep upravnega organa (tako kot ni potreben niti glede nastanka subsidiarne odgovornosti v primeru ugasnitve hipoteke). Kljub temu pa taka upravna praksa vnaša negotovost, kako bi o istem vprašanju odločala sodišča. Da bi se izognili nejasnostim, bi veljalo omejitev, če bi subsidiarna odgovornost razlastitvenega upravičenca ostala določena v zakonu, izrecno zapisati.<sup>30</sup>

## **6. KAKŠNO JE NADALJNJE RAZMERJE GLEDE ZAVAROVANE TERJATVE MED RAZLASTITVENIM UPRAVIČENCEM, UPNIKOM TERJATVE IN RAZLASTITVENIM ZAVEZANECM?**

Izhodišče zakonske in ustavne ureditve razlastitve je, da mora lastnik razlaščene nepremičnine za odvzeto premoženje dobiti nadomestilo bodisi v naravi (enakovredna nadomestna nepremičnina) bodisi v obliki ustrezne odškodnine. Drugi odstavek 105. člena ZUreP-1 določa, da odškodnina obsega vrednost nepremičnine glede na njeno dejansko rabo in stranske stroške, povezane z razlastitvijo, kot so selitveni stroški, izgubljeni dobiček za čas selitve in morebitno zmanjšano vrednost preostale nepremičnine. Tretji odstavek pa med elementi, ki jih je treba upoštevati pri ocenjevanju vrednosti nepremičnine kot podlage za določitev odškodnine, navaja tudi namembnost zemljišča in dejansko stanje nepremičnine. Obseg odškodnine mora biti tak, da prizadetim omogoči vzpostavitev premoženjskega stanja, enakovrednega prejšnjemu. Odškodnina mora biti denarni element nadomestila v naravi: upravičencu mora omogočiti, da si na trgu pridobi stvar iste vrste in vrednosti, kot mu je bila odvzeta.<sup>31</sup> Vrhovno sodišče sicer ugotavlja, da je odškodnina za razlastitev lahko tudi nižja od polne odškodnine, saj se pri odmeri ne upošteva le interesa prizadetega, temveč se njegov interes tehta z javnim, zato ni nujno, da se pri odmeri upoštevajo vsi elementi škode, ki so priznani pri civilnoprav-

<sup>30</sup> Tako tudi M. Grižon, nav. delo, str. 57.

<sup>31</sup> J. Čebulj, v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 561.



nih odškodninskih zahtevkih (na primer izgubljeni dobiček).<sup>32</sup> Odškodnina za razlastitev torej ne more biti višja od vrednosti odvzetega premoženja.

Na vrednost odvzete nepremičnine lahko vpliva tudi obstoj izvedenih stvarnih pravic na njej, zlasti če gre za pravice, ki lastnika bistveno omejujejo v njegovih možnostih uporabe nepremičnine. To je najočitneje v primeru, če je na nepremičnini ustanovljen užitek v korist tretje osebe, saj lastniku ne ostaja kaj dosti več od gole lastninske pravice. Obstoj izvedenih stvarnih pravic je zato treba upoštevati tudi pri odmeri odškodnine razlaščenemu lastniku nepremičnine, in sicer tako v primeru, če te pravice veljajo še naprej (saj razlastitveni upravičenec pridobi zaradi bremen manj vredno nepremičnino), kot tudi v primeru, če upravni organ odredi, da izvedene pravice ugasnejo (saj mora razlastitveni upravičenec potem imetnikom izvedenih pravic plačati odškodnino ali dati nadomestilo). Za primerjavo, nemški gradbeni zakonik – *Baugesetzbuch* (BauGB)<sup>33</sup> v četrtem odstavku § 95 izrecno določa, da se pri določitvi odškodnine upošteva zmanjšana vrednost lastninske pravice na nepremičnini zaradi pravic tretjih, ne glede na to, ali te veljajo še naprej, se prenesejo na drugo nepremičnino<sup>34</sup> ali je njihovim imetnikom dodeljena posebna odškodnina. Slovenski ZUreP-1 tega posebej ne ureja, vendar lahko enako pravilo izpeljemo že iz določbe 105. člena, po kateri odškodnina obsega vrednost nepremičnine glede na njeno dejansko rabo – ta raba je namreč lahko s pravicami tretjih omejena.

Na prvi pogled zahtevnejši je odgovor na vprašanje, ali in kako naj se pri odmeri odškodnine za odvzeto nepremičnino, na kateri je bila ustanovljena hipoteka, upošteva, da je razlastitveni upravičenec zaradi izbrisa hipoteke prevzel subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. Tudi to je posledica dejstva, da je hipoteka pogojna pravica, katere realizacija je negotova, zato njene vrednosti ni mogoče oceniti v enkratnem »nepogojnem« (»gotovem«) znesku. Če razlaščen lastnik dobi odškodnino za polno vrednost odvzete

<sup>32</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 146/2014 z dne 4. septembra 2014. Več o tem v M. Grižon, nav. delo, str. 80-81.

<sup>33</sup> Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2014 (BGBl. I S. 1748) geändert worden ist.

<sup>34</sup> Tu so najbrž mišljeni predvsem primeri, v katerih se služnost prenese na nepremičnino, ki ni nadomestna nepremičnina, ki jo prejme razlaščenec, torej na neko tretjo nepremičnino (od upravičenca ali od tretje osebe, ki ji mora dati upravičenec nadomestilo za prisilno ustanovitev).

nepremičnine, brez upoštevanja ugasle hipoteke,<sup>35</sup> nato pa ne poravna dolga svojemu upniku, mora terjatev na podlagi subsidiarne odgovornosti poplačati razlastitveni upravičenec, torej država ali občina.<sup>36</sup> To pomeni, da lahko razlastitveni upravičenec vrednost razlaščenega nepremičnine v izhodišču plača do dvakrat (faktor je med ena in dva, pa še to pod pogojem, da subsidiarno odgovarja le do višine vrednosti nepremičnine, sicer je faktor lahko še večji): najprej lastniku, potem pa še hipotekarnemu upniku. Večkratno korist lahko pridobi tudi razlaščeni lastnik: najprej dobi odškodnino za odvzeto nepremičnino, nato pa še nekdo drug namesto njega poravna njegov dolg (možno je seveda, da dolžnik zavarovane terjatve in lastnik zastavljene nepremičnine nista ista oseba). V takem položaju je treba smiselno uporabiti pravilo o subrogaciji iz 1018. člena OZ, ki določa, da na poroka, ki je poravnal upnikovo terjatev, preide ta terjatev z vsemi stranskimi pravicami in jamstvi za njeno izpolnitev. To pomeni, da razlastitveni upravičenec, ki na podlagi subsidiarne odgovornosti poravna zavarovano terjatev, pridobi zoper glavnega dolžnika zavarovane terjatve (ne glede na to, ali je to sam razlaščenec ali kdo drug) zahtevek za vračilo plačanega zneska. Meniva, da je glede na to, da je namen ureditve v celoti enak tistemu pri poročtvu, uporaba pravil o poročtvu, čeprav zakon tega izrecno ne določa, ustrezna, in da določitev subsidiarne odgovornosti v tem primeru nikakor ne more pomeniti, da država od razlaščenca vrednosti, ki jo je plačala njegovemu upniku, ne bi mogla zahtevati.

Do podobnega položaja pa lahko pride tudi, če razlastitveni upravičenec ne zahteva izbrisa hipoteke in ta ostane vpisana na razlaščeni nepremičnini tudi po tem, ko nepremičnina preide v last države oziroma občine. Če dolžnik ne poravna zavarovane terjatve, lahko namreč hipotekarni upnik doseže prodajo zastavljene nepremičnine, da se poplača iz kupnine zanjo. Tako država oziroma občina zopet izgubi nepremičnino, za katero je že plačala odškodnino. Prodaji se lahko izogne tako, da sama poravna dolžnikovo terjatev, kar pa pomeni, da zopet več kot enkrat plača za isto nepremičnino. V takem primeru bi upnikova terjatev zoper dolžnika zavarovane terjatve prešla na državo oziroma občino na podlagi pravila o subrogaciji iz 275. člena OZ.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Tu se ne strinja s stališčem M. Grižon (nav. delo, str. 58), da bi moral razlaščenec prejeti za vrednost hipoteke zmanjšano odškodnino, saj bi to prišlo v poštev le, če bi razlastitveni upravičenec prevzel zavarovani dolg in ne le subsidiarno odgovornost zanj.

<sup>36</sup> Glej V. Sodja, nav. delo, str. 11.

<sup>37</sup> Sodna praksa hipotekarnemu dolžniku, čigar nepremičnina je zastavljena, priznava pravni interes opraviti izpolnitev namesto dolžnika zavarovane terjatve, kar je pogoj, da pride do zakonite

V obeh primerih, ko hipotekarni upnik realizira zavarovanje svoje terjatve – bodisi neizbrisano hipoteko bodisi subsidiarno odgovornost – razlastitvenemu upravičencu, ki je razlaščenca že plačal polno vrednost odvzete nepremičnine brez upoštevanja hipoteke, ostane le možnost, da od razlaščenca terjaja vračilo dela ali celote že plačanega zneska. Uveljavljanje tega zahtevka pa je seveda lahko povezano z vsemi običajnimi težavami uveljavljanja terjatev v praksi, na primer neplačevitostjo dolžnika. Taka rešitev z vidika javnega interesa zato gotovo ni optimalna.

## 7. MOŽNOSTI DRUGAČNE UREDITVE

Splošno lahko ocenimo, da je veljavna zakonska ureditev nadomestila za hipoteko, ki se ukine v postopku razlastitve, neustrezna, saj praviloma pripelje do položaja, ko za zavarovano terjatev osebno ali stvarno jamči z glavnim dolžnikom nepovezana oseba, tj. razlastitveni upravičenec. Če dolžnik ve, da bo za njegovo terjatev odgovarjal še nekdo drug, se zmanjša njegova motivacija za pravočasno izpolnitev, kar po drugi strani povečuje tveganje, da bodo država in občine izpostavljene dodatnim finančnim obveznostim zaradi poravnave teh terjatev.

Drugi pravni redi skušajo v postopku razlastitve preprečiti nastanek takega položaja. Že omenjeni nemški BauGB tako v prvem odstavku § 98 (*Schuldübergang*) določa, da v primeru, če hipoteka na razlaščenem nepremičnini velja še naprej ali če se prenese na drugo nepremičnino, za zavarovano terjatev pa razlastitveni zavezanec odgovarja tudi osebno,<sup>38</sup> razlastitveni upravičenec prevzame tudi dolg razlastitvenega zavezanca do višine hipoteke.<sup>39</sup> Razlastitveni zavezanec je v tem obsegu razbremenjen svoje obveznosti do hi-

---

subrogacije iz 275. člena OZ. Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 13/2006 z dne 27. marca 2008.

<sup>38</sup> O tem glej U. Battis, v: U. Battis, M. Krautzberger, R.-P. Löhr, nav. delo, BauGB § 98 Rn. 1-3; H. Petz v: W. Spannowsky, M. Uechtritz, nav. delo, BauGB § 98 Rn. 2-2.1; T. Groß v: W. Ernst, W. Zinkahn, W. Bielenberg, M. Krautzberger, nav. delo, BauGB § 98 Rn. 1-5.

<sup>39</sup> *Haftet bei einer Hypothek, die aufrechterhalten oder durch ein neues Recht an einem anderen Grundstück ersetzt wird, der von der Enteignung Betroffene zugleich persönlich, so übernimmt der Enteignungsbegünstigte die Schuld in Höhe der Hypothek. Die §§ 415 und 416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend; als Veräußerer im Sinne des § 416 ist der von der Enteignung Betroffene anzusehen.* Taka rešitev bi bila pri nas izvedljiva pogodbeno, na podlagi pravil 428. člena OZ o prevzemu hipotekarnega dolga. Pri tej določbi velja omeniti, da je v drugem odstavku urejeno tudi razmerje v primeru, ko je nepremičnina obremenjena z zemljiškim dolgom. Z »drugo nepremičnino« je najbrž mišljena druga nepremičnina od upravičena, ne nadomestna od zavezanca.

potekarnega upnika, ta premoženjska korist pa se na podlagi tretjega odstavka § 93 BauGB upošteva pri odmeri odškodnine za odvzeto nepremičnino, tako da se odškodnina zmanjša za višino prevzetega dolga. Če se hipoteka v postopku razlastitve nepremičnine izbriše, pa ima hipotekarni upnik na podlagi četrtega odstavka § 97 BauGB zahtevek za nadomestilo vrednosti njegove pravice iz denarne odškodnine, ki sicer pripade lastniku razlaščne nepremičnine. Teorija ugotavlja, da pride do zakonite subrogacije, pri kateri se zamenja predmet pravice – namesto nepremičnine to postane denarni znesek.<sup>40</sup>

Po angleškem in valižanskem pravu<sup>41</sup> imata, če je na nepremičnini, ki se razlašča, ustanovljena hipoteka, tako hipotekarni upnik kot tudi lastnik nepremičnine pravico do nadomestila. Kadar vrednost nepremičnine presega višino dolga, razlastitveni upravičenec poravnava upniku njegovo terjatev in preostanek izplača lastniku nepremičnine. Če vrednost nepremičnine ne zadošča za poplačilo hipotekarnega upnika, morajo glede višine vrednosti nepremičnine skleniti sporazum hipotekarni upnik, lastnik in razlastitveni upravičenec. Znesek se v celoti izplača upniku, preostanek dolga pa lahko upnik terjaja le od dolžnika in ne od razlastitvenega upravičenca.<sup>42</sup>

Po italijanskem pravu<sup>43</sup> z razlastitvijo samodejno prenehajo pravice tretjih na nepremičnini, razen tistih, ki so skladne z namenom razlastitve. To tudi pomeni, da lahko tretji svoje pravice uveljavljajo le na nadomestilu, ne pa več na razlaščeni nepremičnini. Če so na nepremičnini pravice tretjih, nadomestilo ne sme biti izplačano neposredno razlaščencu, ampak mora biti deponirano pri *Cassa depositi e prestiti*, razen če lastnik predloži overjeno izjavo tretjega, da lastniku dovoljuje dvig nadomestila.<sup>44</sup> Če med lastnikom in imetniki drugih pravic na nepremičnini ni sporazuma glede dviga nadomestila, se nadomesti-

<sup>40</sup> W. Ernst in drugi, nav. delo, § 97, r. št. 26. Podobno je pri nas na primer urejena posledica prenehanja stavbne pravice v primeru, ko je bila ta zastavljena. Glej A. Vlahek, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, 2004, str. 1041; M. Juhart, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, 2016, str. 1201.

<sup>41</sup> Razlastitev ureja t. i. *Compensation Code*, ki vključuje relevantne zakone (temeljna sta *Land Compensation Act* iz leta 1961 in 1973 ter *Compulsory Purchase Act* iz leta 1965), sodno prakso in običaje s tega področja. Glej vladno gradivo, <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/7719/147648.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/7719/147648.pdf)> (12. 9. 2016).

<sup>42</sup> M. Grižon, nav. delo, str. 128-129.

<sup>43</sup> Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001).

<sup>44</sup> Glej tretji odstavek 26. člena (*Pagamento o deposito dell'indennità provvisoria*): »Se il bene è gravato di ipoteca, al proprietario è corrisposta l'indennità previa esibizione di una dichiarazione del titolare del diritto di ipoteca, con firma autenticata, che autorizza la riscossione della somma.«

lo izplača na podlagi sodne odločbe, v kateri je odločeno, kdo je upravičenec do nadomestila.<sup>45</sup>

Hrvaški *Zakon o izplaščenju i određivanju naknade*<sup>46</sup> v 55. členu določa sledečo rešitev: s pravnomočnostjo odločbe o popolni razlastitvi na razlaščenih nepremičninah prenehajo hipoteke, služnosti in druge stvarne pravice. Ko je bila na razlaščenih nepremičnini ustanovljena hipoteka, razlastitveni upravičenec v primeru, ko razlaščenec pripada odškodnina, ustrezen znesek odškodnine za odvzeto lastnino na nepremičnini položi na poseben račun v banki (namesto da bi ga izplačal razlaščenemu lastniku). Banka nato izplača ta znesek bodisi razlaščenec bodisi imetniku hipoteke, in sicer na podlagi sporazuma med tema dvema osebama z notarsko overjenimi podpisi ali na podlagi sodne odločbe o ureditvi premoženjskih razmerij med strankama glede zavarovane terjatve.<sup>47</sup> Drugače kot v nemški ureditvi v hrvaški torej ni možnosti za nadaljnji obstoj hipoteke s prevzemom dolga in toliko nižjim nadomestilom razlastitvenemu zavezancu. Za primere, ko razlaščenec pripada nadomestna nepremičnina, pa hrvaški zakon določa prenos hipoteke na nadomestno nepremičnino, kar se zdi povsem smiselno.<sup>48</sup> V obrazložitvi take ureditve je njen predlagatelj pojasnil, da se v postopku razlastitve kot predmet razlastitve zelo pogosto pojavljajo s hipoteko ali drugimi pravicami obremenjene nepremičnine in da se s tako ureditvijo ščitijo interesi hipotekarnih upnikov in imetnikov drugih omejenih pravic.<sup>49</sup>

Enako ureditev določata tudi 72. člen *Zakona o ekspropriaciji Republike Srbije*<sup>50</sup> in 67. člen *Zakona o ekspropriaciji Federacije BiH*.<sup>51</sup> Po smislu podobno makedonski *Zakon za eksproprijacija*<sup>52</sup> določa, da se v primeru, ko je namesto nadomestne nepremičnine določeno denarno nadomestilo, hipotekarni upnik oziroma imetnik druge premoženjske pravice na razlaščenih nepremičnini poplačata

<sup>45</sup> M. Grižon, nav. delo, str. 125.

<sup>46</sup> Narodne novine RH, št. 74/2014.

<sup>47</sup> Vsebina take razlastitvene odločbe je predstavljena v Priročniku za izvedbo postopka razlastitve pri infrastrukturnih projektih, sofinanciranih iz skladov EU, <[http://www.voda.hr/sites/default/files/casopis/prirucnik\\_postupak\\_izvlastenja.pdf](http://www.voda.hr/sites/default/files/casopis/prirucnik_postupak_izvlastenja.pdf)> (12. 9. 2016), str. 130.

<sup>48</sup> Tako tudi M. Grižon, nav. delo, str. 58.

<sup>49</sup> Glej osnutek hrvaškega predloga zakona iz januarja 2014, str. 46, <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/Arhiva/865137.%20-%203.pdf>> (12. 9. 2016).

<sup>50</sup> Sl. glasnik RS, št. 112/2006, 37/2007, 66/2008 – popr., 110/2008 in 106/2010 – odl. US, 121/2010 – odl. US, 2/2015 – odl. US in 79/2015.

<sup>51</sup> Službene novine Federacije BiH, št. 70/07 in 36/10.

<sup>52</sup> Služben vesnik na RM, št. 95/2012, 131/2012 in 24/2013.

iz zneska za razlaščno nepremičnino, v primeru spora pa razlastitveni upravičenec denarno nadomestilo po nalogu organa, ki je pristojen za razlastitev, deponira na posebnem računu pri banki. Banka nadomestilo izplača na podlagi pogodbe, ki jo je overil pristojni organ, oziroma sodne odločbe.<sup>53</sup>

Skorajda identično kot zgornje ureditve je v 57. členu to vprašanje urejal tudi slovenski Zakon o razlastitvi in prisilnem prenosu nepremičnin v družbeni lastnini (ZRPPN),<sup>54</sup> ki je veljal do leta 1997. Prednost te rešitve je, da ni treba posebej ugotavljati, koliko je zaradi hipoteke zmanjšana vrednost odvzete nepremičnine, saj se iz istega zneska poplačata tako lastnik nepremičnine kot tudi hipotekarni upnik. Res pa zakonodajalec s tako rešitvijo breme nadaljnje urejanja medsebojnih razmerij prelaga na ti stranki.

Opisane ureditve torej preprečujejo nastanek tveganja, da bi moral razlastitveni upravičenec vrednost iste nepremičnine plačevati večkrat, česar sedanja slovenska zakonodaja ne zagotavlja. Tak rezultat bi bilo sicer tudi v našem sistemu mogoče uporabiti v okviru dogovora o višini odškodnine za odvzeto nepremičnino in za ugaslo hipoteko, vendar je to seveda izvedljivo samo s sodelovanjem razlaščenca in hipotekarnega upnika. Zato bi bilo smiselno spremeniti zakon in vsaj glede hipoteke (in zemljiškega dolga) znova uvesti rešitev z nakazilom odškodnine na poseben bančni račun, ki jo je poznal že ZRPPN.<sup>55</sup>

Lahko bi se tudi določilo, da pri razlastitvi nepremičnine hipotekarni upnik dobi poplačilo iz odškodnine smiselno enako, kot bi ga dobil v primeru izvršbe na nepremičnino (172. člen ZIZ). Podobno rešitev je izbralo prvostopno sodišče v zadevi, o kateri je odločalo Višje sodišče v Ljubljani s sklepom II Cp 810/2015 z dne 17. junija 2015 in v kateri je bilo sporno, komu je treba odškodnino plačati – razlaščenki ali (nekdanjemu) hipotekarnemu upniku. Sodišče prve stopnje je s sklicevanjem na peti odstavek 108. člena ZUreP-1 odločilo, da je treba odškodnino za razlaščno nepremičnino plačati hipotekarnemu upniku in ne razlaščenki. Ta del odločitve s pritožbo ni bil izpod-

<sup>53</sup> Zakonodaja Republike Srbije in zakonodaja Črne gore podobne rešitve ne poznata. Glej 57. člen črnogorskega *Zakona o ekspropriaciji* in 63. člen srbskega *Zakona o ekspropriaciji*. Na Kosovu velja pravilo, da se odškodnina plača upniku, kolikor ta ne zadošča za poplačilo dolga, pa zanj ostaja odgovoren le dolжник (18. člen *Zakona o ekspropriaciji nepokretne imovine*, št. 03/L-139).

<sup>54</sup> Uradni list SRS, št. 5/1980, 30/1987, 20/1989, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list RS – stari, št. 44/1990 – Odl. US, 10/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/1993, 66/1993, 29/1995 – ZPDF, 44/1997 – ZSZ.

<sup>55</sup> M. Grižon (nav. delo, str. 58) kot opcijo omenja sodni depozit.

bijan, je pa pravilnost stališča glede na veljavno zakonsko ureditev vprašljiva (čeprav je bila mogoče v konkretnem primeru pragmatična), saj razlastitvenemu upravičencu pravzaprav nalaga primarno in ne le subsidiarne odgovornosti za zavarovano terjatev, poleg tega predpostavlja, da dolžnik upniku dolga ne bo poravnal, ko terjatev zapade v plačilo.

Osnutek novega zakona o urejanju prostora, ki ga je Ministrstvo za okolje in prostor novembra 2015 dalo v javno obravnavo,<sup>56</sup> za primer ustanovljene hipoteke na odvzeti nepremičnini v 244. členu enako kot doslej predvideva, da prevzame razlastitveni upravičenec subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev, ne da bi bila določena višina te odgovornosti ali način njenega upoštevavanja pri določitvi odškodnine razlaščencu. Rešena torej ni nobena od tu prikazanih pomanjkljivosti danes veljavne ureditve.

## **8. NAMESTO SKLEPA: MOŽNOSTI RAVNANJA RAZLASTITVENEGA UPRAVIČENCA**

Kako naj torej na podlagi veljavne zakonodaje ravna razlastitveni upravičenec, če ugotovi, da je na nepremičnini, ki jo želi pridobiti s postopkom razlastitve, ustanovljena hipoteka?

Razlastitveni upravičenec se mora najprej odločiti, ali naj zahteva ugasnitev hipoteke na razlaščeni nepremičnini ali ne. Upravne enote takemu zahtevku praviloma ugodijo, ni pa nujno, da ga razlastitveni upravičenec sploh uveljavlja. Načeloma bi moralo biti potencialno dodatno finančno breme zaradi hipoteke zanj v obeh primerih enako: za hipotekarni dolg odgovarja bodisi kot subsidiarni dolžnik (v primeru ugasnitve hipoteke) bodisi s svojo nepremičnino kot hipotekarni dolžnik (če hipoteka ostane), v vsakem primeru pa bi moral glede na zgoraj predstavljene argumente odgovarjati največ do višine vrednosti razlaščene nepremičnine. Odločitev med obema možnostma je odvisna predvsem od presoje z njima povezanih pravnih tveganj.

Če razlastitveni upravičenec doseže ugasnitev hipoteke na odvzeti nepremičnini, je glede na dosedanjo nejasno upravno in sodno prakso prisotno tveganje, da bo upravni organ odklonil izrecno omejitev subsidiarne odgovornosti razlastitvenega upravičenca do višine vrednosti nepremičnine. To bi lahko

<sup>56</sup> <[http://www.mop.gov.si/si/medijsko\\_sredisce/novica/article/12848/6484/9b80314fad02a5790f3528aa79d8938c/](http://www.mop.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/article/12848/6484/9b80314fad02a5790f3528aa79d8938c/)> (6. 5. 2016).

razlastitvenega upravičenca kot subsidiarnega dolžnika izpostavilo možnosti tožbe za plačilo celotnega zneska zavarovane terjatve. Meniva, da bi v taki pravdi razlastitveni upravičenec moral uspeti z obrambo, da odgovarja samo do višine vrednosti razlaščenega nepremičnine, saj ta omejitev izhaja že iz materialnega prava in ne šele iz odločbe upravne enote, vendar je lahko uveljavljanje takega ugovora povezano z dolgotrajnim sodnim postopkom, kar je treba upoštevati pri odločanju.

Če razlastitveni upravičenec ne zahteva ugasnitve hipoteke na razlaščeni nepremičnini, prevzame tveganje, da v primeru uresničitve hipoteke izgubi to nepremičnino oziroma da jo bo moral še enkrat odkupiti. Je pa pri tej rešitvi izločeno tveganje, da bi odgovarjal za celoten znesek zavarovane terjatve, torej tudi nad vrednostjo razlaščenega nepremičnine, zato odpade tudi tveganje pravedanja z upnikom. Odločitev za ohranitev hipoteke je tako smiselna predvsem, če je s hipoteko zavarovana terjatev višja od sedanje tržne vrednosti zastavljene nepremičnine.

V obeh navedenih primerih se pokaže slabost zakonske ureditve tudi v tem, da je lahko razlastitveni upravičenec podvržen velikemu finančnemu bremenu. Razlastitveni upravičenec mora najprej plačati polno odškodnino za odvzeto nepremičnino, nato pa v primeru realizacije hipoteke ali subsidiarne odgovornosti za zavarovano terjatev zahtevati povračilo plačanega zneska od razlaščenca. Da bi se temu izognili, je smiselno, da si prizadeva razlastitveni upravičenec z razlaščencem in hipotekarnim upnikom doseči sporazum, da se iz odškodnine za odvzeto nepremičnino najprej poplača s hipoteko zavarovana terjatev, razlaščencu pa se izplača le preostanek odškodnine. Seveda pa je zelo verjetno, da hipotekarni upnik te rešitve ne bo prostovoljno sprejel, če je za nepremičnino določena odškodnina nižja od njegove terjatve, ki je zavarovana s hipoteko, oziroma od zneska, ki si ga obeta iz prodaje nepremičnine.

Če se lastniku razlaščenega nepremičnine namesto denarne odškodnine dodeli nadomestna nepremičnina v naravi, pa je smiselno, da razlastitveni upravičenec upravnemu organu predlaga, naj tudi hipoteko na razlaščeni nepremičnini nadomesti z ustanovitvijo hipoteke na nadomestni nepremičnini (nekateri tuje ureditve tako rešitev avtomatično predvidevajo). Pri tej rešitvi ni tveganja, da bi bil razlastitveni upravičenec naknadno izpostavljen finančnim obveznostim iz zavarovane terjatve. Je pa seveda zanj najprej potrebna ustrezna nadomestna nepremičnina, poleg tega je verjetno daljše trajanje postopkov



določitve nadomestila v naravi v pravnem postopku, če se lastnik in hipotekarni upnik s predlagano rešitvijo ne bosta strinjala,<sup>57</sup> saj je ocenjevanje, kdaj gre za enakovredno nadomestno nepremičnino, lahko bolj zapleteno kot odmera denarne odškodnine.

Vsekakor pa predlagava, da se ureditev ZUreP-1 ustrezno spremeni po vzoru zgoraj obravnavanih tujih ureditev (med katerimi je tudi večina ureditev delov nekdanje skupne države).

### **Literatura:**

Ulrich Battis, Michael Krautzberger, Rolf-Peter Löhner: Baugesetzbuch: BauGB, Kommentar. 13. izdaja. C.H. Beck, München 2016.

Janez Breznik in drugi: Zakon o graditvi objektov (ZGO-1) s komentarjem; Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1) s komentarjem; Zakon o prostorskem načrtovanju (ZPNačrt) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2010.

Werner Ernst, Willy Zinkahn, Walter Bielenberg, Michael Krautzberger: Baugesetzbuch. 117. izdaja. C.H. Beck, München 2015.

Maja Grižon: Nadomestilo za razlašeno nepremičnino. Magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

Miha Juhart, Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur (ur.): Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.

Miha Juhart, Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur: Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem. Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Ljubljana 2016.

Jerca Kramberger Škerl, Ana Vlahek: Slovenia, (International encyclopaedia of laws, Property and trust law, 28). Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016.

---

<sup>57</sup> Čebulj na primer meni, da se lahko imetnik pravice, ki je ugasnila na podlagi razlastitvene odločbe, vedno odloči za odškodnino namesto zagotovitve enakovredne pravice. J. Čebulj, v: J. Breznik in drugi, nav. delo, str. 567. Sedmi odstavek 108. člena ZUreP-1 to sicer določa samo za primer odvzema stvarne pravice, ki zagotavlja imetniku stanovanje, ali prekinitve trajnega najemnega stanovanjskega razmerja.

Vesna Rijavec: Lastninska problematika na področju javnega dobra in v javnem interesu zavarovanih dobrin, predvsem voda, v: *Geodetski vestnik*, letn. 56 (2012), št. 4, str. 713–724.

Vesna Rijavec, Tomaž Keresteš, Renato Vrenčur, Rajko Knez: *Pravna ureditev nepremičnin*. GV Založba, Ljubljana 2006.

Vesna Sodja: Še o ZUreP-1 in razlastitvi, v: *Pravna praksa*, letn. 27 (2008), št. 45, str. 11.

Willy Spannowsky, Michael Uechtritz (ur.): *Beck'scher Online-Kommentar BauGB*. 31. izdaja. C.H. Beck, München 2016.

Matjaž Tratnik: Razlastitev, v: *Podjetje in delo*, letn. 29 (2003), št. 6–7, str. 1589–1597.

Ana Vlahek, Matija Damjan: Novi obliki zavarovanja obveznosti v našem prostoru: nebančna garancija in poroštvo na prvi poziv, v: *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 8, str. 1463–1493.



# Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1

DAMJAN MOŽINA

## 1. UVOD

Zakonodajalec je v novi Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)<sup>1</sup> iz leta 2013 poleg siceršnje odgovornosti delodajalca za škodo, povzročeno delavcu pri delu ali v zvezi z delom (179. člen ZDR-1), uvrstil še posebno določbo o odškodninski odgovornosti delodajalca za škodo, povzročeno delavcu ali kandidatu s kršitvijo pravil o prepovedi diskriminacije ter s spolnim ali drugim nadlegovanjem in trpinčenjem na delovnem mestu (8. člen ZDR-1).

Določba, ki se sicer sklicuje na »splošna pravila civilnega prava«, odpira več pomembnih tem, med njimi vprašanje, ali v slovensko pravo prinaša novo obliko denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo. Zakon namreč določa, da lahko delavec ali kandidat »za pretrpljene duševne bolečine zaradi neenake obravnave oziroma zaradi nezagotavljanja varstva pred spolnim ali drugim nadlegovanjem ali trpinčenjem na delovnem mestu« zahteva denarno odškodnino. Naslednja tema je povezana z višino denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo. Zakon določa, da je treba pri odmeri višine te denarne odškodnine upoštevati, »da je ta učinkovita in sorazmerna s škodo, ki jo je utrpel kandidat oziroma delavec in da odvrača delodajalca od ponovnih kršitev.« Treba je odgovoriti na vprašanja, ali sta bili s tem vzpostavljeni preventivna in kaznovalna funkcija odškodnine ter kakšno je razmerje te določbe do splošnega obligacijskega prava.

---

**Damjan Možina**, doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16.

Odgovori na ta vprašanja so ključni za razumevanje in uporabo določbe. Ob tem se ponuja tudi priložnost za vnovičen razmislek o nekaterih temeljnih vprašanjih odškodninskega prava, zlasti o funkcijah odškodninskega prava ter o namenu denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.

Pri iskanju odgovorov nanje si lahko žal le malo pomagamo z izjemno skromno obrazloženim zakonodajnim predlogom.<sup>2</sup> Več opore pri razlagi določbe ponuja pravo EU, ki je relevantno zato, ker uresničuje ZDR-1 tudi zahteve evropskega antidiskriminacijskega prava, zlasti 15. člen Direktive 2000/43 o enakem obravnavanju glede na raso in narodnost,<sup>3</sup> 17. člen Direktive 2000/78 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu<sup>4</sup> ter 18. in 25. člen Direktive 2006/54 o enakem obravnavanju moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu.<sup>5</sup>

## **2. EVROPSKO ANTIDISKRIMINACIJSKO PRAVO IN POVRNITEV ŠKODE**

Evropske antidiskriminacijske direktive, oblikovane tudi na podlagi sodne prakse Sodišča EU,<sup>6</sup> zahtevajo od držav članic sprejem učinkovitih ukrepov proti diskriminaciji, vendar pa praviloma ne določajo podrobnosti o konkretnih načinih uresničevanja.<sup>7</sup> Države članice lahko načeloma same določijo pravila in pristojne organe ter izberejo vrsto ukrepov za boj proti nedovoljeni diskriminaciji, vendar pa morajo biti ti ukrepi učinkoviti, sorazmerni in odvrtačajoči. Pravila za uveljavljanje prava EU ne smejo biti manj ugodna od pravil za uveljavljanje nacionalnega prava (načelo ekvivalence) in ne smejo povzročiti, da je uveljavljanje praktično nemogoče ali znatno oteženo (načelo učinkovitosti).<sup>8</sup> Če se države članice odločijo (tudi) za odškodninske sankcije, potem morajo biti te učinkovite, sorazmerne z nastalo škodo in morajo odvrtači od

<sup>2</sup> Poročevalec Državnega zbora z dne 19. oktobra 2012, str. 117.

<sup>3</sup> UL EU L 180/2000.

<sup>4</sup> UL EU L 303/2000.

<sup>5</sup> UL EU L 204/2006.

<sup>6</sup> Glej na primer sodbi Sodišča EU v zadevah C-14/83, *Von Colson in Kamman proti v Land Nordrhein-Westfalen*, z dne 10. aprila 1984, tč. 23; ter C-79/83, *Dorit Harz proti Deutsche Tradax GmbH*, z dne 10. aprila 1984, tč. 39 in nasl.

<sup>7</sup> Več: Leible: Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht, v: Schulze (ur.): *Non-Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck, 2011, str. 27 in nasl.

<sup>8</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-326/96, *Levez proti T. H. Jennings*, z dne 1. decembra 1998.

ponovnih kršitev.<sup>9</sup> Po stališču Sodišča EU odškodninski zahtevek ne bi smel biti odvisen od krivde.<sup>10</sup> Pravo EU ne določa, za kakšno povrnitev škode naj pri tem gre, tj. povrnitev premoženjske oziroma nepremoženjske škode.

Postavlja se vprašanje, kaj pravzaprav pomeni učinkovita, sorazmerna in odvratilna odškodnina. Na prvi pogled bi se lahko zdelo, da sankcija, ki »odvrča delodajalca od ponovnih kršitev«,<sup>11</sup> široko odpira vrata za kaznovanje v civilnem pravu, do katerega smo sicer v evropskem kontinentalnem prostoru tradicionalno skeptični. Analiza sodne prakse, na podlagi katere je nastalo tudi besedilo direktiv, pokaže, da Sodišče EU v povrnitvi škode zaradi diskriminacije ne vidi kaznovanja delodajalca, saj upošteva predvsem zapoved, da mora biti povrnitev adekvatna nastali škodi.<sup>12</sup> Osnovno načelo je torej popolna povrnitev škode (kompenzacija). Sodišče izhaja iz tega, da popolna kompenzacija škode žrtvi že učinkuje odvratilno.<sup>13</sup> V prvi vrsti se mora torej odškodnina ravnati po obsegu nastale škode.<sup>14</sup>

Ni pa izključeno, da sodišče, če oceni, da popolna kompenzacija na dolžnika ne deluje odvratilno, odškodnino določi tako, da ta presega povrnitev škode (nadkompenzatorna odškodnina), pri tem pa upošteva okoliščine, kot sta, ali gre za prvo ali ponavljajočo se kršitev prepovedi diskriminacije in delodajalčeva stopnja krivde. Vendarle pa odškodnina z odvratilnim učinkom sama po sebi ni kaznovalna odškodnina, ampak je instrument preventivnega usmerjanja ravnanja.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Tako na primer 18. člen Direktive 2006/54 določa, da mora biti povrnitev škode omogočena tako, da deluje odvratilno in je sorazmerna z nastalo škodo.

<sup>10</sup> Glej na primer sodbo Sodišča EU v zadevi C-180/95, *Draehmpohl proti Urania Immobilienservice*, z dne 22. aprila 1997, tč. 16–22; ter Thüsing, v: *Münchener Kommentar zum BGB*. 7. izdaja, C. H. Beck, München 2015, § 15 AGG, r. št. 1 in nasl.; Schlachter, v: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. 16. izdaja, C. H. Beck, München 2016, § 15 AGG, r. št. 1.

<sup>11</sup> Glej na primer sodbo Sodišča EU v zadevi C-14/83, *Von Colson in Kamman proti v Land Nordrhein-Westfalen*, z dne 10. aprila 1984, tč. 23.

<sup>12</sup> Glej sodbo Sodišča EU v zadevi C-180/95 z dne 11. aprila 1997, tč. 27; ter Wagner: *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?* *Archiv für die zivilistische Praxis* 206 (2006), str. 352, 394.

<sup>13</sup> Wagner, prav tam.

<sup>14</sup> V zadevi *Courage* (C-453/99) z dne 20. septembra 2001, v kateri je šlo sicer za zasebnopravno uveljavljanje evropskega konkurenčnega prava, je Sodišče EU izrecno poudarilo, da varstvo pravic na podlagi prava EU ne sme povzročiti nepravilne obogatitve imetnikov pravic (tč. 30).

<sup>15</sup> Schlachter, nav. delo, § 15 AGG, r. št. 1.

Preventivno funkcijo povrnitve škode moramo namreč razlikovati od njene kaznovalne funkcije, za katero je poleg preprečitve značilna tudi ideja retribucije, pokore za povzročeno zlo. Sodišče EU sprejema preventivno funkcijo odškodninskega prava kot način zasebnopravnega uresničevanja prava EU. Čeprav ta funkcija načeloma omogoča odmik od t. i. kompenzatornih odškodnin, pa Sodišče še ni odgovorilo na ključno vprašanje, tj. ali je mogoče odškodnino v znesku, ki presega škodo, prisoditi zgolj zaradi zagotovitve uresničevanja prava (EU).<sup>16</sup>

### 3. PREMOŽENJSKA ŠKODA

Kandidatom za zaposlitev in delavcem lahko delodajalec z neenako obravnavo v nasprotju s 6. členom ZDR-1 oziroma tako, da ne izpolni svoje obveznosti zagotavljanja varstva pred spolnim in drugim nadlegovanjem ter trpinčenjem na delovnem mestu v skladu s 7. členom ZDR-1, povzroči škodo.

Ta škoda je lahko premoženjska in nepremoženjska. ZDR-1 v 8. členu sicer ne omenja izrecno premoženjske škode, vendar je že na podlagi sklicevanja na splošna pravila civilnega prava jasno, da je ta pokrita z delodajalčevo odgovornostjo.

Premoženjsko škodo si je mogoče predstavljati kot izgubo dohodka, ki ga kandidat za delovno mesto, ki zaradi diskriminatornega ravnanja delodajalca ni bil izbran, ni mogel doseči. Prav tako je mogoče, da delavec utрпи izgubo dohodka (razliko v plači), ki je posledica tega, da zaradi diskriminatorne obravnave ni napredoval, podobno pa velja tudi v primeru, če je bil diskriminatorno obravnavan pri plači. Premožensko škodo zaradi nadlegovanja si je mogoče predstavljati denimo kot stroške ukrepov, s katerimi je želel delavec zmanjšati vpliv nadlegovanja (na primer svetovanje, terapija ipd.), ali tudi kot stroške ukrepov, povezanih z zdravstvenimi težavami, ki so nastale zaradi nadlegovanja. Izhodišče povrnitve vsake premoženjske škode je seveda načelo popolne kompenzacije (169. člen Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>17</sup>

Povrnitev premoženjske škode zaradi diskriminacije je povezana s številnimi zanimivimi in zahtevnimi vprašanji. Tako je treba najprej odgovoriti na

<sup>16</sup> Wagner: Punitive Damages, v: Zimmermann, Hopt, Basedow (ur.): Max Planck Encyclopaedia of European Private Law. Oxford University Press, 2012, str. 1405.

<sup>17</sup> Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

vprašanje, za koliko časa oškodovancu pripada povrnitev izgube dohodka. Načeloma bi moral oškodovanec najprej dokazati, da bi bil v odsotnosti diskriminacije najverjetneje izbran na delovno mesto, saj sicer ne bi bil upravičen do povrnitve škode. Treba je torej določiti nek (bolj ali manj verjeten) časovni okvir trajanja zaposlitve. V nemškem pravu se denimo kot osnova pojavlja rok do prve hipotetične možnosti odpovedi, vendar z možnostjo korekcij navzgor; na primer z upoštevanjem običajne fluktuacije zaposlenih v podjetju.<sup>18</sup> Seveda je treba upoštevati tudi dolžnost oškodovanca do zmanjšanja oziroma preprečitve škode. Neizbrani kandidat si mora seveda prizadevati za drugo zaposlitev ali delo, sicer je v skladu s 171. členom OZ upravičen le do sorazmerno nižje odškodnine.

Naslednje zanimivo vprašanje pa je, ali lahko kandidat zahteva povrnitev škode tudi v primeru, ko ne more dokazati, da bi bil prav on najverjetneje izbran za delovno mesto (oziroma napredovanje), čeprav izpolnjuje pogoje. Gre za vprašanje, ali že gola izguba možnosti pomeni tudi premoženjsko škodo (izgubljeni dohodek). Sodišče EU je denimo odločalo o primeru, v katerem se je oškodovanka, zaposlena na delovnem mestu pri Komisiji, prijavila na razpis za neko drugo delovno mesto z višjo plačo, Komisija pa je njeno prijavo zavrgla, ne da bi jo ustrezno preučila.<sup>19</sup> Oškodovanka je s tožbo pred Splošnim sodiščem EU zahtevala povrnitev škode. Sodišče je menilo, da je čeprav ni izkazala, da bi bila najverjetneje izbrana za delovno mesto, imela za to resno možnost. Odškodnino je prisodilo na podlagi načela pravičnosti (*ex aequo et bono*), za kar mu predpisi o zaposlovanju pri Komisiji dajejo tudi izrecno pooblastilo. Kot osnovo je vzelo razliko v plači za petletno obdobje, nato pa je vsoto množilo s faktorjem 50 odstotkov, očitno izhajajoč iz tega, da so bile njene možnosti za zaposlitev prav 50-odstotne. Sodišče EU je na podlagi pritožbe sodbo potrdilo.

Sodišče je torej uporabilo doktrino izgube priložnosti (angl. *loss of a chance*), ki je razmeroma nov institut v odškodninskem pravu; poenostavljeno gre za povrnitev škode v primeru, ko nastop dobička ni gotov, ampak ga je mogoče predvideti z določeno stopnjo verjetnosti, pri čemer se odškodnina množi s faktorjem verjetnosti.<sup>20</sup> Običajno se namreč škoda povrne po načelu vse-a-

<sup>18</sup> Thüsing, nav. delo, § 15 AGG, r. št. 26 in 28, z navedbami nadaljnje literature.

<sup>19</sup> Sodišče EU, C-348/06, z dne 21. februarja 2008.

<sup>20</sup> Glej na primer Fleischer: Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, v: Juristenzeitung 1999, str. 766.



li-nič; izkazati je treba zadostno verjetnost nastopa izgubljenega dobička, ki se nato povrne v celoti. V sodni praksi Sodišča EU je več primerov uporabe doktrine izgube priložnosti.<sup>21</sup> Tak pristop k obravnavi škode zaradi diskriminacije predlaga tudi teorija, za primer več neizbranih kandidatov, ki so bili vsi deležni neenakega obravnavanja, se denimo predlaga povrnitev škode v naslednjih korakih: najprej se izračuna polna premoženjska škoda (v višini denimo izgube plače), nato se izračuna verjetnost izbire za vsakega kandidata, ki izpolnjuje pogoje in bi bil brez diskriminacije izbran, zmnožek pa predstavlja odškodnino za vsakega od njih.<sup>22</sup>

## **4. NEPREMOŽENJSKA ŠKODA**

Kot pojasnjuje ZDR-1, so lahko tudi neenaka obravnava ter nadlegovanje in trpinčenje na delovnem mestu vzrok duševnih bolečin, za katere je mogoče zahtevati denarno odškodnino.

### **4.1. Nepremoženjska škoda zaradi diskriminacije**

Diskriminatorna obravnava lahko seveda poseže tudi v delavčeve oziroma kandidatove nepremoženjske pravne dobrine. Ni si težko predstavljati, da lahko posameznik ob tem občuti nelagodje in tudi ponižanje, trpita njegovo dostojanstvo in čast. Gre za poseg v pravne dobrine, ki jih v horizontalnih pravnih razmerjih že varuje splošno obligacijsko pravo, v prvi vrsti prek pravice do denarne odškodnine za duševne bolečine zaradi posega v osebne pravice in žalitev časti na podlagi 179. člena OZ, pa tudi z nedenarnimi sankcijami za nepremoženjsko škodo na podlagi 178. člena OZ ter prepovednimi in opustitvenimi zahtevki v primeru grozečih posegov v osebne pravice na podlagi 134. člena OZ. Poleg tega je tudi že prej veljavni Zakon o delovnih razmerjih (ZDR)<sup>23</sup> v sedmem odstavku 6. člena določal odgovornost delodajalca za škodo zaradi diskriminacije, vključno z nepremoženjsko škodo. Sodišča so jo priznavala kot duševne bolečine zaradi posega v osebne pravice.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Glej na primer analizo generalnega pravobranilca Villalona v sklepnih predlogih v zadevi C-611/12 z dne 20. marca 2014 (tč. 38 in nasl.).

<sup>22</sup> Wagner: Prävention ..., nav. delo, str. 403.

<sup>23</sup> Uradni list RS, št. 42/02.

<sup>24</sup> Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS Dsp 86/2009 z dne 30. novembra 2009.

Kaže torej, da 8. člen ZDR-1 ne vzpostavlja nove in samostojne pravne podlage za prisoditev denarne odškodnine za poseg v osebne pravice in čast, saj ta obstaja že v 179. členu OZ. Določba pa odstranjuje vsak morebiten dvom glede tega, da gre lahko za tak poseg tudi v primeru, ko tak poseg doživi delavec ali kandidat, če ga povzroči delodajalec z neenako obravnavo ali tako, da ne zagotovi varstva pred nadlegovanjem na delovnem mestu.

Sklicevanje na splošna pravila civilnega prava pomeni tudi, da za delodajalčevo odgovornost veljajo vse predpostavke nepogodbene odškodninske odgovornosti: protipravno ravnanje, vzročna zveza, škoda in krivda (ki pa se do protidokaza domneva). ZDR-1 ne vzpostavlja odgovornosti ne glede na krivdo. V šestem odstavku 6. člena pa ZDR-1 določa olajšanje dokaznega bremena za delavca oziroma kandidata, ki mora le navesti dejstva, ki opravičujejo domnevo diskriminacije, nato pa se vzpostavi domneva, da je do diskriminacije prišlo (protipravnost), delodajalec pa jo lahko ovrže.

Sklicevanje na splošna pravila civilnega prava pomeni tudi, da morajo duševne bolečine, za katere se lahko prisodi denarna odškodnina, dosegati prag intenzivnosti in trajanja, ki je primerljiv s pragom, kot ga razume sodne praksa v drugih primerih na podlagi 179. člena OZ. Tudi glede višine odškodnine je treba upoštevati sodno prakso, ki se je razvila na podlagi 179. člena OZ. Sodišča morajo predvsem slediti vrednostnim razmerjem med različnimi posegi in odškodninami zanje (družbena pogojenost odškodnine), saj mora pravni red varovati pravne dobrine na notranje usklajen način, seveda pa so dolžna upoštevati tudi okoliščine posameznega primera, vključno s stopnjo prizadetosti posameznika, in jim prilagoditi obseg odškodnine (individualizacija odškodnine).

Čeprav v odškodninskem pravu velja načelo primarnosti restitucije v naravi (prvi odstavek 164. člena OZ), pa kandidat za delovno mesto, ki zaradi diskriminacije ni bil izbran, ne more zahtevati sklenitev pogodbe o zaposlitvi za to delovno mesto.

Ne gre pozabiti, da v primeru nepremoženjske škode zaradi kršitev osebne pravice obstaja tudi možnost nedenarnih zahtevkov na podlagi 178. člena OZ. Če sodišče oceni, da bi bilo to v konkretnem primeru primerno oziroma bi lahko prispevalo k (vsaj delni) vzpostavitvi oškodovančevega porušenega duševnega ravnovesja, lahko delodajalcu odredi objavo sodbe, preklic izjave »ali kaj drugega, s čimer je mogoče doseči namen odškodnine«.

Tako kot druge pravice je tudi pravico do povrnitve škode zaradi diskriminacije, pa tudi pravico do povrnitve škode zaradi nadlegovanja in trpinčenja, mogoče zlorabiti. V zvezi s prvo bi lahko o zlorabi govorili, če bi se denimo nekdo prijavil na razpis za delovno mesto, pa očitno ne bi izpolnjeval pogojev zanj; tedaj neupoštevanje njegove prijave ne bi povzročilo škode. Kdor računa z zavrnitvijo in se prijavi le zato, da bi lahko uveljavljal odškodninske zahteve, mu odškodnina ne pripada – tako na primer presoja nemška sodna praksa.<sup>25</sup> O tem, da kandidat nima resnega interesa, je mogoče sklepati tudi na podlagi tega, da se prijavlja na delovno mesto, čeprav je v drugem delovnem razmerju z boljšo plačo, ki ni odpovedano, nadalje na podlagi oblike in vsebine prijave, iz katere očitno izhaja, da delovnega razmerja ne želi, ter če brez razumljivega razloga zavrne vabilo na razgovor, pa tudi na podlagi vložitve očitno pretiranega zahtevka z uporabo standardnih formulacij, ki skorajda niso povezane s konkretnim primerom, ali sicer zavržnega procesnega obnašanja.<sup>26</sup>

## **4.2. Nepremoženjska škoda zaradi mobbinga**

Seveda se lahko tudi spolno in drugo nadlegovanje in trpinčenje na delovnem mestu odrazi kot priznana nepremoženjska škoda. Pri žrtvi lahko povzroči zelo močne občutke nelagodja, poseže v osebno dostojanstvo ali povzroči celo strah, skratka v najširšem smislu posega v osebne pravice oziroma čast, ki so varovane v okviru 179. člena OZ. Sodišča so priznala tudi nepremoženjsko škodo zaradi zmanjšanja življenjskih aktivnosti kot posledice mobbinga.<sup>27</sup>

Spolno nadlegovanje lahko poleg tega poseže tudi v dostojanstvo osebnosti oziroma moralo, ki ju varuje 181. člen OZ. Tudi v tem primeru je pravna podlaga za odškodninske zahteve, vključno s povrnitvijo nepremoženjske škode, obstajala že na podlagi obligacijskega prava.<sup>28</sup> Člen 8, skupaj s 7. in 47. členom ZDR-1, tako predvsem pojasnjuje, da je delodajalec dolžan poskrbeti za dostojno delovno okolje in varstvo pred nadlegovanjem in da lahko njegova opustitev te dolžnosti povzroči pravno priznano škodo. Seveda pa za nadlegovanje in trpinčenje odgovarja tudi neposredni storilec.

<sup>25</sup> Schlachter, nav. delo, § 15 AGG, r. št. 13.

<sup>26</sup> Prav tam, s podatki o konkretnih sodnih odločbah.

<sup>27</sup> Glej na primer sodbo in sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča v zadevi Pdp 493/2015 z dne 19. novembra 2015.

<sup>28</sup> Glej na primer sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS v zadevi VIII Ips 69/2008 z dne 22. junija 2010.

Posledice nadlegovanja lahko preidejo tudi v zdravstvene težave oziroma okvare zdravja, ki so prav tako lahko podlaga za prisoditev denarne odškodnine na podlagi 179. člena OZ.

Seveda tudi glede nepremoženjske škode zaradi mobbinga velja, da morata intenzivnost in trajanje duševnega nelagodja ustrezati merilom, ki jih je sodna praksa razvila na podlagi 179. člena OZ. Tudi višina odškodnine za nepremoženjsko škodo mora biti skladna z višino odškodnin, ki jih sodišča prisojajo ob primerljivih drugih posegih v osebnostne pravice. Poleg tega obstaja tudi možnost nederavnega zahtevka na podlagi 178. člena OZ.

Veljajo seveda vse splošne predpostavke odškodninske odgovornosti. Dodati pa velja, da se na podlagi tretjega odstavka 47. člena ZDR-1 vzpostavi domneva protipravnosti, če delavec navaja dejstva, ki jo opravičujejo.

Treba je opozoriti, da je opredelitev t. i. mobbinga v 7. členu ZDR-1 zelo široka. Vsaka konfliktna oziroma stresna situacija na delovnem mestu, vključno s kritičnim in ne dovolj spoštljivim izražanjem do zaposlenega in njegovega dela, še ne pomeni nadlegovanja oziroma trpinčenja v smislu 7. člena ZDR-1. V delovnem okolju se pogosto ni mogoče izogniti stresu. Navsezadnje do podobnih situacij prihaja tudi v drugih okoljih, zlasti v tistih, za katera so značilna hierarhična razmerja, denimo v šoli. Da lahko govorimo o nadlegovanju, je treba na podlagi celovite presoje vseh okoliščin ugotoviti, ali so vsa posamezna sovražna dejanja, ki so tudi časovno povezana (»ponavljajoče se ali sistematično ravnanje«), znatno in vztrajno vplivala na življenje žrtve.<sup>29</sup>

## 5. SPLOŠNO O NAMENU DENARNE ODŠKODNINE ZA NEPREMOŽENJSKO ŠKODO

V slovenski sodni praksi je sprejeto stališče, da nepremoženjske škode ni mogoče reparirati v smislu restitucije prejšnjega stanja, med drugim tudi zato, ker je pojmovno ni mogoče izraziti z denarno vsoto. Namen denarne odškodnine zato ni reparacija, temveč **satisfakcija, moralno zadoščenje**, ki naj omili oškodovančevo trpljenje na nepremoženjskem področju.<sup>30</sup> Zakon v prvem odstavku 179. člena OZ ne pove, kaj je namen odškodnine, sodna praksa pa

<sup>29</sup> Tako na primer Rixecker: Münchener Kommentar zum BGB. 7. izdaja, C. H. Beck, München 2015, Anh. 1, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, r. št. 100.

<sup>30</sup> Tako izrecno Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 247/2015 z dne 5. novembra 2015.

kot namen vidi zagotovitev možnosti oškodovancu, da si s pomočjo denarja zagotovi nadomestno zadovoljstvo in tako ponovno poskusi vzpostaviti porušeno duševno ravnovesje.<sup>31</sup> O taki utemeljitvi denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo velja ponovno premisliti.

Po moji oceni je primarni cilj denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo v resnici prav tako povrnitev škode (kompenzacija).<sup>32</sup> Seveda pretrpljenih bolečin, denimo zaradi okvare zdravja, okrnitve svobode ali izgube bližnjega ni mogoče odpraviti način, kot je mogoče popraviti poškodovano stvar. Časa pač ni mogoče prevrtni nazaj. Vendar pa je denimo pri razžalitvi mogoče, da objava sodbe, opravičilo ali katero drugo dejanje, ki ga odredi sodišče na podlagi 178. člena OZ, vzpostavi porušeno duševno ravnovesje in v tem smislu deluje podobno kot restitucija prejšnjega stanja. Vsekakor tudi pri premoženjski škodi reparacija ni vedno mogoča: če na primer vozilo v prometni nesreči zgori, ga ni mogoče popraviti; tedaj se škoda povrne v višini vrednosti, ki naj oškodovancu omogoči, da si na trgu priskrbi enakovredno vozilo. Razlika med premoženjsko in nepremoženjsko škodo je predvsem v tem, da lahko premoženjsko škodo praviloma (ne pa vedno)<sup>33</sup> izrazimo z referenco na objektivno, tržno vrednost, kar pri nepremoženjski škodi ni mogoče, saj ne obstaja ustrezen trg.

Seveda pa zato ni mogoče reči, da nepremoženjska škoda ni priznana ali da je ni mogoče povrniti. Nasprotno, nepremoženjske pravne dobrine, na primer življenje, zdravje, telesna in duševna integriteta ter osebne pravice v najširšem smislu, so v hierarhiji pravnih dobrin, kot je razvidna denimo iz Ustave RS, višje kot premoženjske pravne dobrine – že zato morajo biti ustrezno varovane tudi v odškodninskem pravu.

Možnost razmeroma objektivne odmere odškodnine, ki je značilna za premoženjsko škodo, je pač treba nadomestiti s pravično oceno odškodnine. OZ

<sup>31</sup> Glej na primer stališče skupne seje Zveznega sodišča, republiških in pokrajinskih višjih sodišč ter Vrhovnega vojaškega sodišča z dne 15. oktobra 1986.

<sup>32</sup> O pojmih reparacije (izvedbe popravila oziroma odškodnine v obliki stroškov popravila stvari) in kompenzacije (odškodnine v obliki cene stvari pred škodnim dogodkom oziroma cene nadomestne stvari, kadar stvari ni mogoče ali je ni ekonomično popravljati) glej: Možina: Povrnitev premoženjske škode na motornih vozilih, v: *Pravni letopis 2014*, str. 54 in nasl.

<sup>33</sup> Za tak primer gre, če se uniči stvar, ki nima tržne vrednosti: oškodovanec na primer deset let izdeluje model Eifflovega stolpa iz vžigalic, ki ga nato nekdo uniči. Jasno je, da je škoda nastala, vendar je ni mogoče ustrezno izraziti v denarju, ker ne obstaja trg za take predmete. Cena porabljenih vžigalic gotovo ni ustrezna osnova. Sodišče bi lahko tako škodo ocenilo z uporabo prvega odstavka 216. člena Zakona o pravdnem postopku (ZPP).

zato v prvem odstavku 179. člena govori o »pravični denarni odškodnini«. To seveda ne pomeni, da odškodnina za premoženjsko škodo ni pravična, ampak da ocena nepremoženjske škode temelji na pravični oceni, ne pa na tržni ceni, kot (praviloma) pri premoženjski škodi. Sodišče mora v skladu s 179. členom OZ pri določitvi odškodnine upoštevati pomen prizadete pravne dobrine. Skrbeti mora, da se za primerljive posege v človeka prisodijo primerljive odškodnine – v tem smislu njihovo odločanje temelji na nekakšnih – čeprav se temu v slovenskem pravu ne reče tako in niso objavljene – tarifah, ki objektivizirajo višino odškodnine (načelo objektivizacije odškodnine).<sup>34</sup> Po drugi strani pa mora odškodnino prilagoditi tudi intenzivnosti in trajanju trpljenja konkretnega oškodovanca (načelo individualizacije odškodnine).

To, da ima oškodovanec možnost, da si lahko z denarjem na drug način olajša položaj, si nekaj privošči in poskusi ponovno vzpostaviti porušeno duševno ravnotežje, je torej oblika kompenzacije škode. Povzročitelj škode (oziroma odgovorna oseba) mora oškodovancu, ki mu je otežil življenje, s plačilom denarja pomagati, da si ga v mejah možnega zopet olajša. Na nek način gre torej za poskus vzpostavitve prejšnjega stanja ali vsaj za lajšanje težkega položaja, kar želi odškodnina doseči z možnostjo nadomestnega zadovoljstva.<sup>35</sup>

Po mojem mnenju to ni »zadoščenje« oziroma satisfakcija, kot jo večinoma razume sodna praska. Zadoščenje, ki je v našem pravu nedvomno tudi namen denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo,<sup>36</sup> je po moji oceni nekaj drugega, in sicer moralno zadoščenje oškodovanca nad tem, da je bil kršitelj njegove pravice sankcioniran, da je bilo torej pravici zadoščeno. Tuja sodišča govorijo o tem, da povzročitelj dolguje žrtvi zadoščenje za to, kar ji je storil.<sup>37</sup> Ta element se zdi bližje ideji kazni oziroma pokore, ki je v ozadju kazenskega prava, kot ideji kompenzacije. Bolj do izraza pride v primerih naklepnih posegov, manj pa v primerih odgovornosti ne glede na krivdo ter v primerih, ko odškodnino plača zavarovalnica. Vsekakor pa moralno zadoščenje oškodovanca, ki ga pogosto omenjajo sodišča,<sup>38</sup> ne more biti zgolj v tem, da prejme določeno vsoto denarja (če bi to držalo, bi lahko tako vsoto vsake-

<sup>34</sup> Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 328/2014 z dne 19. maja 2016, tč. 12.

<sup>35</sup> O nadomestnem zadovoljstvu izrecno: stališče skupne seje Zveznega sodišča, republiških in pokrajinskih vrhovnih sodišč ter Vrhovnega vojaškega sodišča, 15. oktober 1986.

<sup>36</sup> Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 285/2014 z dne 25. februarja 2016, tč. 9.

<sup>37</sup> Tako na primer Zvezno vrhovno sodišče ZRN (*Bundesgerichtshof* – BGH) v: BGHZ 18. 149 z dne 6. julija 1955.

<sup>38</sup> Glej na primer sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 224/2014 z dne 12. februarja 2015.

mu ponesrečencu ali oškodovancu izplačal poseben, zavarovalnici podoben sklad, sodišč pa ne bi potrebovali), ampak (tudi) v tem, da pravni red prizna poseg v njegovo osebnost in ga ustrezno ovrednoti. Oškodovančev »občutek moralnega zadoščenja je odvisen od pomena prizadete dobrine v družbi in ne od tega, kako oškodovanec vrednoti različna ugodja, ki jih lahko posreduje določen znesek denarne odškodnine,« je zapisalo Vrhovno sodišče v zadevi, v kateri je zavrnilo predlog odgovorne zavarovalnice za znižanje odškodnine, češ da oškodovanec živi v revnejši državi z bistveno nižjo kupno močjo.<sup>39</sup>

Zadoščenje kot moment odškodnine je posebej pomembno pri posegih v osebnostne pravice ter razžalitvi časti in dobrega imena. Pomembno je zlasti tudi pri denarni odškodnini zaradi diskriminacije ali mobbinga, saj je moralno zadoščenje za delavca oziroma kandidata kot praviloma šibkejšo stranko zelo pomembno.

Funkcija denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, zlasti – ne pa izključno – v zvezi z diskriminacijo in mobbingom, je tudi odvrčanje od ponovnih kršitev (prevencija), o čemer bo govor v nadaljevanju.

V zvezi z namenom odškodnine velja omeniti tudi dilemo med t. i. objektivnim in subjektivnim konceptom nepremoženjske škode. Po prvem konceptu že sam poseg v zavarovane pravne dobrine, na primer osebnostne pravice, pomeni pravno priznano škodo, stopnja in trajanje trpljenja pa sta le eden od indicev, s katerimi si pomagamo pri določanju višine odškodnine, pri drugem, subjektivnem konceptu, za katerega velja, da je sprejet v Sloveniji, pa sam poseg v pravno varovane dobrine še ne pomeni pravno priznane škode, ampak se mora ta poseg odraziti v določeni intenzivnosti in trajanju trpljenja (duševnih bolečin, telesnih bolečin, strahu).

V resnici je v slovenskem pravu koncept mešan: denarna odškodnina na podlagi 179. člena OZ se priznava po subjektivnem konceptu, tj. pomeni odškodnino za trpljenje, trpljenja pa ni treba zatrjevati in dokazovati denimo za nedenarni zahtevek na podlagi 178. člena OZ, prav tako se (grozče) trpljenje ne zahteva za prepovedne zahtevke na podlagi 134. člena OZ. Tudi denarna odškodnina pravni osebi iz 183. člena OZ že pojmovno izključuje predpostavko trpljenja.

Bistvena razlika med obema konceptoma se pokaže v primerih najtežjih posegov, v katerih je oškodovanec tako poškodovan, da sploh ne čuti trpljenja in

<sup>39</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 387/1998 z dne 15. julija 1999.

bolečin: ker ni čutil in ker tudi ni bilo izgledov, da bi mu denarna odškodnina lahko omogočila nadomestno zadovoljstvo, je sodišče oškodovancu pred nekaj desetletji odreklo odškodnine za nepremoženjsko škodo.<sup>40</sup> Taka rešitev je globoko nepravična, saj bi moralo veljati, da se za večji poseg priznava večja odškodnina, ne pa, da se za največjo možno poškodbo ne priznava ničesar. Tudi v primeru odškodnine za premoženjsko škodo se ne sprašujemo o tem, ali in kako bo oškodovanec porabil denar oziroma ali ga sploh lahko porabi. Tudi denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo bi bilo treba obravnavati enako. Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo spada v premoženje oškodovanca že prej, preden je priznana s pravnomočno sodbo in se lahko porabi zanj, pa tudi deduje.<sup>41</sup>

Kasneje je sodna praksa očitno slabost subjektivnega koncepta pravzaprav precej omilila: Vrhovno sodišče je nedavno odločalo o odškodnini v primeru, v katerem je bil oškodovanec v nesreči tako hudo (tudi možgansko) poškodovan, da je sicer svoje težko zdravstveno stanje (hudo invalidnost) lahko nekako čutil in doživljal, vendar ga ni mogel razumsko oceniti. Zato je bilo pod vprašajem tudi, ali lahko odškodnina sploh pripomore k vzpostavitvi porušenega duševnega ravnovesja. Vrhovno sodišče je utemeljeno poudarilo, da dejansko doseganje omilitve oškodovančevih težav ni bistveno, tožnikovo zavedanje, da s plačilom odškodnine dosega zadoščenje, pa ni pravno odločilno.<sup>42</sup> Podobno je pred nekaj leti denimo Vrhovno sodišče priznalo (nezmanjšano) denarno odškodnino oškodovanki, ki je imela že pred nesrečo insuficentne umske zmogljivosti, po nesreči pa ni mogla več sama skrbeti za sina.<sup>43</sup> Sodišče se je utemeljeno sklicevalo na pomen načela objektivne pogojenosti odškodnine. Premik od čiste subjektivne koncepcije navsezadnje nakazuje tudi odločba, s katero je Vrhovno sodišče potrdilo prisojeno odškodnino za duševne bolečine zaradi diskriminacije, pri čemer sta bili intenzivnost in tra-

<sup>40</sup> Glej Pravno mnenje Vrhovnega sodišča SRS II Ips 215/80 z dne 5. decembra 1980 ter stališče skupne seje Zveznega sodišča, republiških in pokrajinskih vrhovnih sodišč ter Vrhovnega vojaškega sodišča z dne 15. oktobra 1986.

<sup>41</sup> Ustavno sodišče (v odločbi U-I-88/15-9 z dne 15. oktobra 2015) je presodilo, da je 204. člen ZOR (danes 184. člen OZ), po katerem je denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo prenosljiva le, če je priznana s pravnomočno sodbo ali pisnim dogovorom, v neskladju z Ustavo, saj lahko povzroči neutemeljeno razlikovanje med oškodovanci na primer zaradi trajanja sodnega postopka.

<sup>42</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 224/2014 z dne 12. februarja 2015, tč. 15.

<sup>43</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 110/2010 z dne 26. septembra 2013.



janje duševnih bolečin ugotovljeni le s pričanjem oškodovanca, brez sodelovanja izvedenca.<sup>44</sup>

Za premik k objektivni koncepciji nepremoženjske škode govorijo številni razlogi, med drugim tudi, da zahteva po obsežno navajanje duševnih težav in njihovih posledic pred sodiščem še dodatno poseže v že tako skrhano dostojanstvo oškodovanca.<sup>45</sup> Predlogu, naj bi se odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi diskriminacije in mobbinga obravnavala po objektivnem konceptu,<sup>46</sup> je sledil pripravljavec zakona, ne pa tudi zakonodajalec v sprejeti različici zakona, ki izrecno poudarja »pretrpljene duševne bolečine«.

Po moji oceni je na podlagi dinamike v sodni praksi kljub temu mogoče pričakovati nadaljnje korake k objektivni koncepciji nepremoženjske škode, morda nekoč tudi v obliki zakonodajne spremembe, seveda pa bi morali biti taki koraki narejeni enotno za celotno odškodninsko pravo, ne le parcialno, denimo za škodo zaradi diskriminacije in mobbinga. Ne bi bilo prav, če bi denimo od poškodovancev iz prometnih nesreč ali tistih, katerih čast in dobro ime sta bila razžaljena z množičnim medijem, zahtevali drugačno, intenzivnejše utemeljevanje odškodninskih zahtevkov kot od žrtev neupravičene diskriminacije ali nadlegovanja na delovnem mestu. Osebnostne pravice vseh ljudi so enake, kar govori za enotnost predpostavk za povrnitev škode zaradi posega vanje. Temeljna zapoved prava je, da enake oziroma primerljive primere obravnava enako oziroma primerljivo.

## **6. O PREVENTIVNI FUNKCIJI ODŠKODNINSKEGA PRAVA**

V skladu z 8. členom ZDR-1 mora biti odškodnina (za nepremoženjsko) škodo učinkovita in sorazmerna s škodo ter mora odvracati delodajalca od ponovnih kršitev. Predlog zakona je bil v tem delu utemeljen le z navedbo, da je na podlagi evropskega prava »primerno in potrebno priznati denarni odškodnini za nepremoženjsko škodo preventivno in kaznovalno funkcijo, kar pomeni odstop od pravil splošnega civilnega prava«.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Sklep Vrhovnega sodišča Dsp 86/2009 z dne 30. novembra 2009.

<sup>45</sup> Tako tudi Mežnar: Odškodnina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije in mobbinga, v: Delavci in delodajalci, št. 2-3/2010, str. 444.

<sup>46</sup> Prav tam, str. 453

<sup>47</sup> Poročevalec Državnega zbora z dne 19. oktobra 2012, str. 117.

Drugače kot v evropskih kontinentalnih pravnih ureditvah, v katerih se je nepogodbno odškodninsko pravo, ki se je sicer v rimskem pravu razvilo skupaj s kazenskim pravom in je imelo ponekod na kontinentu še v 19. stoletju (tudi) penalne značilnosti, pozneje osredotočilo zgolj na povrnitev škode, je deliktno pravo *common law* do danes tudi izrecno ohranilo možnost kaznovanja.<sup>48</sup> Zlasti za ameriško pravo velja, da namen odškodnine ni le povrnitev škode, ampak tudi nadzor in usmerjanje ravnanja v družbi ter retribucija (v smislu: zlo za zlo), zlasti kadar gre za posebej zavržno povzročitev škode.<sup>49</sup> Izjemno visoke kaznovalne odškodnine (angl. *punitive damages*), ki jih včasih prisojajo ameriška sodišča, na evropskem kontinentu vzbujajo nelagodje.<sup>50</sup> Štejemo namreč, da je kaznovanje pridržano kazenskemu pravu, v katerem velja strogo načelo zakonitosti, pa tudi več postopkovnih varoval, namenjenih varstvu obdolženca. Zdi se tudi, da ideja nadkompensacije oškodovanca, ki prejme odškodnino, mnogo višjo od škode, nasprotuje načelu prepovedi obogatitve z odškodnino.

Po drugi strani pa je treba priznati, da evropski kontinentalni pravni redi, vključno s slovenskim, poznajo številne institute, ki vsebujejo kaznovalne elemente oziroma v nekaterih primerih omogočajo povrnitev, višjo od škode, skratka določeno stopnjo nadkompensacije upnika. Zdi se, da so ti instituti popolnoma sprejeti in nesporni, zlasti zato, ker pri njih ni v ospredju ideja retribucije, ampak prevencije v smislu spodbude k določenemu ravnanju zaradi grožnje s sankcijo. Pravni red lahko torej za doseganje zaželenega učinka, tj. spoštovanja prava in pravic, brez težav vzame v zakup določeno mero nadkompensacije upnika.

V slovenskem pravu gre denimo za možnost t. i. civilne kazni v obsegu do trikratnega zneska odškodnine za kršitve avtorske pravice na podlagi tretjega odstavka 168. člena Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP).<sup>51</sup> Zdi se, da je želel zakonodajalec potencialne kršitelje odvrniti od kršitev, plačilo enkratne odškodnine za premoženjsko škodo, ki ustreza višini honorarja, bi se namreč dolgovalo tudi v primeru zakonite uporabe avtorske pravice. Če bi bil

<sup>48</sup> Wagner: Punitive Damages, v: Zimmermann, Hopt, Basedow, Stier (ur.): Max Planck Encyclopaedia of European Private Law. Oxford University Press 2012, str. 1403.

<sup>49</sup> Prav tam.

<sup>50</sup> Glej na primer BGH, IX ZR 149/91 z dne 4. junija 1992, ki je iz razloga nasprotovanja javnemu redu zavrnilo priznanje take odločbe.

<sup>51</sup> Uradni list RS, št. 21/95 in nasl.

kršilec v primeru odkritja dolžan plačati le tisto, kar bi moral plačati v vsakem primeru, zanj ne bi bilo prave stimulacije za plačilo licenčnine; upal bi kvečjemu, da ga ne bodo odkrili. Pravni sistem seveda ne more odkriti vseh kršitev.

Vplivu na kršitelja so nadalje namenjeni sodni penali, ki jih odmeri sodišče ne glede na škodo, tako na podlagi drugega odstavka 134. člena OZ (kršitev osebnostnih pravic) kot tudi na podlagi 269. člena OZ (neizpolnitev denarne obveznosti, ugotovljene s pravnomočno sodbo):<sup>52</sup> v obeh primerih penale prejme oškodovanec oziroma upnik, ne pa proračun, kot denimo pri penalih na podlagi 226. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)<sup>53</sup> (izvršba obveznosti nenadomestne storitve). Da je usmerjanje ravnanja z grožnjo kaznovanja dolžnika in na drugi strani z določeno mero nadkompenzacije upnika tradicionalna in povsem legitimna in funkcija civilnega prava, govorita tudi instituta pogodbene kazni in are: v obeh primerih se dogovorjena vsota dolguje ne glede na nastanek škode.<sup>54</sup> Temu rečemo »utrditev obveznosti«, pri tem pa mislimo na preventivno funkcijo grožnje z odškodnino. Morda celo v največji meri pa je preventivna funkcija značilna za splošen instrument civilnega prava, ki je izjemnega pomena za zagotovitev spoštovanja obveznosti – zakonite zamudne obresti. Te imajo prav tako dvojno vlogo, ki je jasno razvidna tudi iz njihove strukture:<sup>55</sup> po eni strani predstavljajo nadomestilo za uporabo tujega kapitala oziroma abstraktno odškodnino upniku zaradi nemožnosti uporabe lastnega kapitala, po drugi strani pa dolžnika z grožnjo kazni spodbujajo k izpolnitvi. Dolgujejo se namreč ne glede na dejansko nastalo škodo.<sup>56</sup>

Teorija zagovarja višanje odškodnin za nepremoženjsko škodo oziroma celo »kaznovalne odškodnine« v primeru posegov v čast in dobro ime prek množičnih medijev, ki s kršitvami ustvarjajo dobiček.<sup>57</sup> Če jim tudi po plačilu od-

<sup>52</sup> O ureditvi iz 269. člena OZ, ki omogoča zlorabe, kritično: Berden: Sodni penali, v: Pravna praksa, št. 11/2004, priloga, in št. 9/2005, str. 20; in Možina: Kršitev pogodbe. GV Založba, Ljubljana 2006, str. 363.

<sup>53</sup> Uradni list RS, št. 51/98 in nasl.

<sup>54</sup> Glej prvi odstavek 253. člena in 64. do 66. člen OZ.

<sup>55</sup> Glej 2. člen Zakon o predpisani obrestni meri zamudnih obresti (ZPOMZO-1, Uradni list RS, št. 56/03 in nasl.): obrestna mera zamudnih obresti je sestavljena iz t. i. vodilne obrestne mere, ki jo za vsakokratno šestmesečno obdobje določa ECB, in t. i. kazenskega pribitka v višini 8 odstotnih točk.

<sup>56</sup> Prvi odstavek 380. člena OZ.

<sup>57</sup> Glej na primer Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur: Obligacijsko pravo – splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 649; Bergant-Rakočević: Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo – o njeni penalni funkciji, v: Pravna praksa, št. 16/2006, str. 6; Mežnar: Odškodnina kot kazen v primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)?, v: Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo,

škodnine še vedno ostane del dobička, jih pravni red celo tiho spodbuja h kršenju pravic. Protipravno ravnanje se ne bi smelo izplačati. Zato se v zvezi s t. i. dobičkonosnimi delikti predlaga določanje odškodnin na način, da upošteva protipravno pridobljeni dobiček in ga s tem odvzame kršitelju.<sup>58</sup> Sodna praksa tem predlogom za enkrat ni sledila.

Tudi v Sloveniji je torej preventivna funkcija odškodnin v obligacijskem pravu priznana in legitimna.<sup>59</sup> Zato je težko reči, da gre pri 8. členu ZDR-1 za odstop od pravil splošnega civilnega prava. Grožnja s plačilom odškodnine razumne ljudi spodbuja k ravnanju, iz katerega ne bo nastala škoda; praviloma pa je cena tega ravnanja precej nižja od škode, ki se ji s tem izognejo.<sup>60</sup> Preventivni učinek ima že plačilo polne odškodnine (kompenzacija). Seveda je treba pri tem upoštevati tako odškodnino za nepremoženjsko škodo kot tudi za premoženjsko škodo, čeprav je 8. člen ZDR-1 v zvezi z odvratilnim učinkom ne omenja. Odškodnina za nepremoženjsko škodo mora po obsegu ustrezati odškodninam za nepremoženjsko škodo na podlagi primerljivih posegov v osebnostne pravice posameznika, ki jih civilna sodišča prisojajo na podlagi OZ.

Morebitno preseganje kompenzacije z višjo odškodnino za nepremoženjsko škodo (višja odškodnina), bi lahko prišlo v poštev šele, če plačilo polne odškodnine za premoženjsko in nepremoženjsko škodo ne bi zagotavljalo odvratanja, denimo v primerih t. i. dobičkonosnih deliktov, pri katerih bi kršitelju pravice tudi po plačilu polne odškodnine ostal dobiček. Za tako višanje odškodnine bi morali biti podani posebni razlogi, ki bi morali biti v sodbi tudi jasno navedeni (na primer večkratno ponavljanje kršitev). Zdi se, da delodajalci z diskriminacijo oziroma nadlegovanjem delavcev ne dosejajo posebnega dobička, ki bi jim ostal še po plačilu popolne odškodnine, kar ne govori v prid nadkompenzaciji. Višanje odškodnin zgolj zato, ker je na strani odgovorne osebe delodajalec, pa ni upravičeno. Zato se je težko strinjati s predlogi za »bistveno višje zneske« odškodnin za nepremoženjsko škodo zaradi diskriminacije in nadlegovanja, ki se sklicujejo na višje odškodnine v

---

Ljubljana 2006, str. 77; Mežnar: Novejši trendi v odškodninskem pravu, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2008, str. 1284.

<sup>58</sup> Možina: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 468; Plavšak, nav. delo, str. 649.

<sup>59</sup> Glej denimo: sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 170/2011 z dne 3. septembra 2012, tč. 12; ter Plavšak, Juhart, Vrenčur, nav. delo, str. 478 in nasl.; Jadek-Pensa, v: Juhart, Plavšak (ur.): Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 666.

<sup>60</sup> Wagner, Kötz: Deliktsrecht. Deseta izdaja, Luchterhand, München 2006, r. št. 65, str. 28.

državah članicah EU z neprimerno višjim standardom, pa tudi s pavšalnimi predlogi, da mora odškodnina znašati »vsaj med 5.000 in 30.000 EUR«. <sup>61</sup> Za golo kaznovanje delodajalca 8. člen ZDR-1 ne daje podlage.

Drugo vprašanje je, ali naj odškodnina zasleduje le specialno ali tudi generalno prewencijo. Iz besedila 8. člena ZDR-1, ki govori le o odvrčanju konkretnega delodajalca od ponovnih kršitev, lahko sklepamo le o specialni preveciji. Vendar je pravi smisel preventivne funkcije odškodninskega prava v generalni preveciji oziroma vplivu same abstraktne grožnje z odškodnino, izračunano na določen način, na potencialne povzročitelje. Zato menim, da je treba tudi 8. člen ZDR-1 razumeti v tem smislu. <sup>62</sup> Seveda pa generalnopreventivni učinek izostane, če abstraktna grožnja ni podkrepljena s konkretno prisojenimi odškodninami. Pravo, katerega uresničevanje v praksi ni zagotovljeno, ne more imeti učinka.

Preventivni učinek odškodnine pomeni, da pozornost odškodninskega prava ni usmerjena le v položaj oškodovanca. Nanj je osredotočena (kompenzacijska) funkcija odškodnine za nepremoženjsko škodo. Preventivna funkcija pa pomeni, da se odškodninsko pravo ukvarja tudi z povzročiteljem škode oziroma odgovorno osebo, in sicer tako, da konkretnega povzročitelja odvrča od ponavljanja kršitev, potencialnim povzročiteljem pa prek abstraktne grožnje z odškodnino sporoča, da se kršenje prava ne izplača. Člen 8 ZDR-1 jasno pove, da na nepogodbeno odškodninsko pravo in povrnitev škode ni mogoče gledati le z zornega kota oškodovanca (kompenzacija, satisfakcija), ampak tudi z zornega kota povzročitelja oziroma potencialnih povzročiteljev škode (prevecija).

## **7. SKLEPNE UGOTOVITVE**

Člen 8 ZDR-1 ni nova in samostojna pravna podlaga odškodninske odgovornosti delodajalca za diskriminacijo ter spolno oziroma drugo nadlegovanje in trpinčenje na delovnem mestu. Ta obstaja že na podlagi splošnega obligacijskega prava, vključno z možnostjo denarne odškodnine za posege v človekovo dostojanstvo, čast in druge osebnostne pravice in telesno integriteto.

<sup>61</sup> Glej na primer Krašovec: Novi veliki komentar zakona o delovnih razmerjih in reforme trga dela. Reforma, Ljubljana 2013, 8. člen; Mežnar: Odškodnina v primeru kršitve ..., nav. delo, str. 455.

<sup>62</sup> Tako tudi Mežnar: Odškodnina v primeru kršitve ..., nav. delo, str. 454.

Zahteva po učinkoviti, sorazmerni in odvračilni odškodnini, ki prihaja iz prava EU, pomeni v prvi vrsti polno povrnitev, tako premoženjske kot tudi nepremoženjske škode. Pri slednji je treba tako glede predpostavk kot tudi višine odškodnin slediti sodni praksi, vzpostavljeni na podlagi 179. člena OZ, in graditi enoten ter vrednostno usklajen sistem varstva nepremoženjskih pravnih dobrin. Plačilo polne odškodnine že samo po sebi odvrača delodajalca od ponovnih kršitev. Abstraktna grožnja s plačilom odškodnine, podkrepljena s posledično uporabo zakona v praksi, učinkuje tudi generalnopreventivno. Morebitne odškodnine, višje od (premoženjske in nepremoženjske) škode, tj. nakdompenzatorne odškodnine, bi lahko bile utemeljene le v primerih, ko bi bilo jasno izkazano, da polna odškodnina ne učinkuje odvračilno, kar bi bilo treba tudi posebej obrazložiti. Člen 8 ZDR-1, pa tudi pravo EU, na katerem temelji, ne daje podlage za golo kaznovanje delodajalcev.

Določba 8. člena ZDR-1 je pomembna za razvoj celotnega odškodninskega prava, saj izrecno poudarja preventivno funkcijo odškodnin. Odškodninsko pravo se torej ne ukvarja izključno le z oškodovancem (kompenzacija, satisfakcija), ampak mora upoštevati tudi učinek odškodnine na povzročitelja oziroma potencialne povzročitelje škode (prevencija). Preventivna funkcija je del nepogodbenege odškodninskega prava in obligacijskega prava nasploh. Grožnja s kaznijo dolžniku, ki na drugi strani pomeni nadkompenzacijo ali celo obogatitev oškodovanca, je tradicionalno in legitimno sredstvo zasebnega prava za spodbujanje ravnanja v skladu s pravom.



# Vprašljivost domneve starševstva na temelju pripoznanja

BARBARA NOVAK

## 1. UVOD

V preteklosti je težave pri določanju otrokovih staršev povzročala predvsem nezmožnost biomedicinske znanosti zanesljivo ugotavljati, kdo so otrokovi biološki starši.<sup>1</sup> Pravo si je zato pomagalo z domnevami o obstoju dejstev, ki naj bi v povprečnem primeru ustrezala resnici.

Čeprav za biomedicinsko znanost danes ni več ovir za zanesljivo ugotavljanje bioloških staršev, za pravo še vedno ostaja vprašanje, kako naj krmari med ponujeno genetično resnico in pravnim stanjem.<sup>2</sup> Pravne domneve so se namreč v družbi zakoreninile tudi kot moralna pravila, in to tako globoko, da jih zakonodajalec vse do danes, ko je že dlje časa mogoče zanesljivo ugotavljati biološko starševstvo, še kar ni prilagodil spremenjenim razmeram v družbi.<sup>3</sup> In to čeprav odločbe Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) ter evropskih nacionalnih sodišč že nekaj časa vztrajno potiskajo pravne ureditve posameznih držav v smeri biološko-genetične resnice. Tako stanje zahteva poglobljen premislek o utemeljenosti pravnih domnev v slovenski ureditvi določanja starševstva. Posamezniku namreč ni dopustno nalagati bremen na temelju domnev, ki niso verjetne. Nerealnih domnev in z njimi povezanih dolžnosti do otroka (zlasti dolžnosti preživljanja in skrbi na podlagi roditeljske pravice) ne more upravičiti niti otrokova korist. Korist otroka, da ima

---

**Barbara Novak**, doktorica pravnih znanosti, redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Prispevek temelji na: Barbara Novak, nav. delo, 2009, str. 661–694; Barbara Novak, nav. delo, 2013; Barbara Novak, nav. delo, 2014.

<sup>2</sup> Andreas Spickhoff, Salvatore Patti, v: Andreas Spickhoff, nav. delo, str. 22 in 279.

<sup>3</sup> O tem podrobneje pri Barbara Novak, nav. delo, 2005, str. 279 in nasl.; Barbara Novak, nav. delo, 2009, str. 661 in nasl.



starše in da ti skrbijo zanj, moramo v tem primeru zavarovati na drug način, in sicer s pravnim sredstvom za ugotavljanje očetovstva.<sup>4</sup>

O tem, da domneva očetovstva, po kateri je materin mož otrokov oče v času trajanja zakonske zveze in še tristo dni po njenem prenehanju, neutemeljeno gradi na predpostavki, da je materin mož edini ali vsaj najpogostejši spolni partner matere tudi tik pred razvezo ali razveljavitvijo zakonske zveze<sup>5</sup> in s tem statistično najverjetnejši oče otroka, je bilo že veliko napisanega.<sup>6</sup> To, da je domneva živahnih intimnih odnosov med zakoncema tik pred prenehanjem zakonske zveze realna samo, kadar je zakonska zveza prenehala zaradi nepričakovane smrti sicer še vitalnega in za potomstvo sposobnega moža, je uvidel tudi slovenski zakonodajalec. V zadnjem sprejetem, toda neuveljavljenem, besedilu Družinskega zakonika (DZ) je domnevo očetovstva po prenehanju zakonske zveze zato omejil le na primere prenehanja zakonske zveze zaradi smrti.<sup>7</sup> Nekateri tuji zakonodajalci pa so storili še korak dlje od našega in so domnevo očetovstva zrahljali celo v času trajanja zakonske zveze.<sup>8</sup> To so storili zlasti tako, da so moškemu, ki misli, da je oče otroka, dopustili pripoznanje v zakonski zvezi rojenega otroka.<sup>9</sup> Pripoznanje vzpostavi očetovstvo moškega,

<sup>4</sup> Obširneje Barbara Novak, nav. delo, 2006, str. 13; Barbara Novak, nav. delo, 2009, str. 664.

<sup>5</sup> Domneva je nerealna tudi ob prenehanju zakonske zveze z razveljavitvijo zaradi pomanjkljivosti ob sklepanju zakonske zveze, ki jo uveljavlja eden od zakoncev, saj to stori predvsem takrat, ko oceni, da je neveljavno sklenjena zakonska zveza zanj nevzdržna in neperspektivna. Barbara Novak, nav. delo, 2006, str. 12; Karel Zupančič, nav. delo, 2005, str. 14; Barbara Novak, nav. delo, 2005, str. 279; Barbara Novak, nav. delo, 2009, str. 663.

<sup>6</sup> Primerjaj Karel Zupančič, nav. delo, 2005, str. 14-15.

<sup>7</sup> Drugi odstavek 117. člena DZ. Zakonik, sprejet 16. junija 2011, ni začel veljati, ker je bila njegova uveljavitev zaradi razpisanega referenduma sprva odložena, nato pa je bil DZ na referendumu zavržen. Objavljen na <[http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=F7B438D711DE188FC12578A300523C14&clb=pre\\_zak&mandat=V&tip=doc](http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=F7B438D711DE188FC12578A300523C14&clb=pre_zak&mandat=V&tip=doc)> (26. 10. 2011); pozneje samo še na strani Ministrstva za delo, družino in socialne zadeve <[http://www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/dokumenti\\_pfd/word/DZak-sprejet-16-6-11.doc](http://www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/dokumenti_pfd/word/DZak-sprejet-16-6-11.doc)> (7. 5. 2012). Tako tudi Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 219, glej 109. člen predloga DZ. Ocena, da je le v tem primeru materin mož zelo verjetno oče njenega otroka, danes prevladuje v večini evropskih držav, na primer v Nemčiji (§ 1592 in 1593 BGB), Avstriji, na Švedskem, Norveškem in Nizozemskem (Arnold Bergmann in drugi (ur.), nav. delo: Avstrija – stanje 1. marca 2008, Švedska – stanje 1. julija 2007, Norveška – stanje 30. avgusta 2000 in Nizozemska – stanje 1. januarja 2001).

<sup>8</sup> Domneve v pravu otrokovega izvora so nastale, ker v preteklosti niso obstajale metode (kot je danes test DNK), s katerimi bi lahko zanesljivo ugotavljali biološko starševstvo. O tem Arnold Spickhoff, v: Arnold Spickhoff, in drugi (izd.), nav. delo, str. 22.

<sup>9</sup> Tako imenovano kvalificirano soglasje k pripoznanju očetovstva otroka, za katerega sicer velja domneva očetovstva, pozna na primer avstrijsko pravo. To soglasje dasta mati in otrok. Podobno

ki je dal pripoznanje, če se z njim strinjata mati<sup>10</sup> in njen mož.<sup>11</sup> Sredstvo rahljanja domneve očetovstva v času zakonske zveze, ki je vsečno tudi slovenski javnosti, po svoje preseneča, ker eno domnevo rahlja tako, da jo nadomešča z drugo. Izjava o pripoznanju očetovstva namreč ne temelji nujno na resnici, temveč predpostavlja predvsem voljo prevzeti starševstvo za določenega otroka. Materino soglasje k tej izjavi pa izraža predvsem pripravljenost, da skupaj z moškim, ki je podal pripoznanje, izvršuje starševske pravice. V nadaljevanju je zato treba preizkusiti, ali slovenska pravna ureditev pripoznanja starševstva primerno krmari med genetičnim in pravnim starševstvom.

## 2. PRIPOZNANJE OČETOVSTVA

### 2.1. Izjava o pripoznanju

Družinsko pravo nima ustreznih pravil o naravi izjave o pripoznanju očetovstva. V skladu s splošnimi pravili civilnega prava je treba pripoznanje šteti za enostransko izjavo volje, ki mora biti dana nepogojno, brez časovnih omejitev<sup>12</sup> in v predpisani obliki (pred centrom za socialno delo, pred matičarjem,<sup>13</sup> v javni listini<sup>14</sup> ali oporoki),<sup>15</sup> sicer je nična.<sup>16</sup> Izjava mora biti v skladu

---

ureditev najdemo v nemškem pravu, v katerem sme moški, ki misli, da je oče, pripoznati otroka, rojenega med razveznim postopkom. O tem glej Barbara Novak, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 123.

<sup>10</sup> Po predlogu DZ je dal soglasje k pripoznanju poleg matere tudi otrok, ki je dopolnil petnajst let in je bil razsoden. Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 223. O tem tudi Barbara Novak, nav. delo, 2005, str. 287; Barbara Novak, v: Arnold Spickhoff in drugi (izd.), nav. delo, str. 270.

<sup>11</sup> Dieter Schwab: Familienrecht, nav. delo, 2008, str. 239–241.

<sup>12</sup> Zakon teh zahtev izrecno ne postavlja, izhajajo pa iz namena instituta in iz pravil o enostranskih pravnih poslih. Tudi Klaus-Jürgen Grün, nav. delo, str. 43.

<sup>13</sup> Matičar dejstvo očetovstva vpiše v matični register. Po vpisu se podatek o očetovstvu lahko spremeni, dopolni ali briše le na podlagi pravnomočne odločbe organa, ki je pristojen za odločanje o spremembi očetovstva (tretji odstavek 20. člena Zakona o matičnem registru – ZMatR, Uradni list RS, št. 37/03 in nasl.) – sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 367/2009 z dne 17. februarja 2011, in I Up 17/2002 z dne 15. januarja 2003 – baza SOVS.

<sup>14</sup> Pripoznanje v notarski listini je oblika pripoznanja v javni listini.

<sup>15</sup> Oporoka je prekljčni pravni posel, zato lahko oporočitelj prekljče soglasje.

<sup>16</sup> Izjava o pripoznanju očetovstva ni pogodba, je pa enostranski pravni posel (enostranska izjava volje) na področju družinskega prava, katerega posledice so tudi premoženjskoppravna upravičenja. Kot pravni posel je izjava o pripoznanju očetovstva ob analogni uporabi 86. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06, 40/07) podvržena tudi presoji ničnosti pravnih poslov, tj. presoji, ali izjava ne nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom in moralnim načelom – sodba

s splošnimi pravili prosta napak volje, sicer je izpodbojna. Izpodbijati jo je mogoče zaradi sile,<sup>17</sup> zvijače in zmote.<sup>18</sup> Vprašanje pa je, kako v družinskem pravu presoјati, kdaj je zmota bistvena in kdaj je tudi opravičljiva.

Stališče slovenske sodne prakse je, da je zmota o pripoznanju bistvena, če se nanaša na okoliščine, ki se po običajih v pravnem prometu ali po namenu strank štejejo za odločilne, ker sicer stranka, ki je v zmoti, ne bi podala izjave s tako vsebino. Po stališču sodne prakse ne gre za bistveno zmoto, če je tožnik vedel za odločilno okoliščino, da podpisuje pripoznanje očetovstva, čeprav se ob podpisovanju pripoznanja ni zavedal vseh posledic in odgovornosti, ki jih prinaša očetovstvo (na primer tega, da dolžnost staršev preživljati svoje otroke lahko traja tudi po otrokovi polnoletnosti). Taka zmota zato ne more vplivati na veljavnost pripoznanja. Kot odločilne za veljavnost pripoznanja se po mnenju sodišča štejejo okoliščine, zaradi katerih moški ne bi pripoznal očetovstva. Ob tem pa se sodna praksa ne sprašuje, kdaj so odločilne okoliščine sploh lahko opravičljive.

Tipična odločilna okoliščina je, da je moški pripoznal očetovstvo, ker ni vedel, da je imela mati spolne odnose tudi z drugimi moškimi in da zato on ni oče. Na prvi pogled se zdi taka odločilna okoliščina neopravičljiva, saj vedno obstaja možnost, da moški ni edini spolni partner matere. Moški, ki ni poskrbel, da bi pred pripoznanjem preveril svoje očetovstvo, je zmoto zakrivil sam. Podrobnejši pregled pravne ureditve pa pokaže, da moški, ki dvomi v svoje očetovstvo in mu mati ne da soglasja za zunajsodno analizo DNK, svojega dvoma sploh ne more preveriti drugače kot prek instituta pripoznanja očetovstva. Za ugotovitev očetovstva lahko namreč toži le, če je očetovstvo prej pripoznal in mati k njegovemu pripoznanju ni dala soglasja. Če pa je mati k njegovemu pripoznanju dala soglasje, je postal otrokov oče, čeprav je želel s pomočjo pripoznanja ustvariti le predpostavko za sodno ugotavljanje resnice. V tem pravnem kontekstu moramo njegovo zmoto šteti za opravičljivo in

---

Višjega sodišča v Mariboru III Cp 1588/2006 z dne 22. avgusta 2006 – baza Ius-info. Primerjaj Dieter Schwab, nav. delo, 2012, str. 257.

<sup>17</sup> Tožnik je 20. septembra 2003 na centru za socialno delo podpisal izjavo o pripoznanju očetovstva (podpisal jo je najmanj šestkrat) pod vplivom sile socialne delavke. Ko je med sestankom socialna delavka zapustila skupni prostor, se je podpisovanju listin uprl. Takrat je sila prenehala. S pretekom enega leta od prenehanja sile oziroma 21. septembra 2004 je prenehala tožnikova pravica zahtevati razveljavitev izjave – tako sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 982/2007 z dne 17. januarja 2008 – baza Ius-info.

<sup>18</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 982/2007 z dne 17. januarja 2008 – baza Ius-info.

dopustiti izpodbijaje pripoznanja v splošnih rokih za izpodbijanje pravnih poslov.

V skladu s splošnimi roki za izpodbijanje pravnih poslov lahko moški svoje pripoznanje izpodbije v enem letu, odkar je sila prenehala oziroma odkar je zmoto ali zvijačo spoznal, vendar najpozneje v treh letih od podane izjave (99. člen Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>19</sup> Ureditev pravice izpodbijati pravni posel, ki je omejena z objektivnim rokom, se v luči prakse slovenskega ustavnega sodišča kaže kot neustrezna, saj rok poteče neodvisno od okoliščine, ko je moški pridobil možnost izpodbijanja svojega očetovstva. Te možnosti morda v treh letih od pripoznanja še ni pridobil, ker še ni zvedel, da je imela mati v času spočetja spolne odnose tudi z drugimi moškimi, ali ker se mati v treh letih od pripoznanja še ni izrekla glede njegovega pripoznanja in zato še čaka na nastanek predpostavke za vložitev tožbe za ugotovitev očetovstva. Rok za vložitev tožbe za ugotovitev očetovstva poteče namreč šele v petih letih od rojstva otroka.

Če mati ni dala soglasja k pripoznanju očetovstva, je s tem ustvarila predpostavko za vložitev tožbe za ugotovitev očetovstva. Moški sme vložiti tožbo v enem letu po prejemu obvestila, da se mati ne strinja s pripoznanjem (subjektivni rok). Čeprav je obvestilo za očeta pomembno, ker od njegovega prejema teče rok za vložitev tožbe, Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZZDR)<sup>20</sup> ne določa, kateri organ je očeta dolžan obvestiti o tem, da mati ne da soglasja, niti v kakšnih rokih mora to storiti.<sup>21</sup> Po preteku petih let od otrokovega rojstva oče očetovstva otroka ne more več ugotavljati (objektivni rok). Ta ureditev očetove pravice ugotavljati očetovstvo ni sporna samo zato, ker pravico omejuje tudi z objektivnim rokom,<sup>22</sup> temveč tudi zato, ker očetu v primeru dvoma o svojem očetovstvu ne omogoča razčistiti očetovstva, temveč ga sili v pripoznanje, ki pa ni vezano na biološko resnico. Tudi če oče v želji

<sup>19</sup> Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06, 40/07.

<sup>20</sup> Uradni list SRS, št. 15/76, 30/86, 1/89, 14/89, Uradni list RS, št. 13/94, 82/94, 29/95, 26/99, 60/99, 70/00, 64/01, 110/02, 42/03, 16/04, 101/07, 90/11, 84/12, 82/15.

<sup>21</sup> Glej določbo 90. člena ZZZZDR. Predlog DZ je to problematiko nekoliko bolj izdelal (114.–117. člen predloga DZ): listino o pripoznanju je treba poslati matičarju, ki nato pridobi soglasje matere. Če je pripoznano očetovstvo otroka, ki je že dopolnil petnajst let, mora matičar o pripoznanju obvestiti center za socialno delo, da pridobi soglasje otroka. Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 222 in nasl.

<sup>22</sup> Argumenti proti kombinaciji subjektivnega in objektivnega roka so bili predstavljeni že pri tožbi domnevne očeta za izpodbijanje njegovega očetovstva, zgoraj.

po otroku privoli v tako hazarderstvo in otroka pripozna, mu pripoznanje ne zagotavlja trajnosti starševskega razmerja. Njegovo očetovstvo lahko namreč vsak čas izpodbijeta biološki oče in otrok.

Menim, da bi moral zakonodajalec že na podlagi filozofskega koncepta iskanja resnice ustvariti poti za njeno ugotavljanje, ne pa da jo zamegljuje v dvomljivo korist otroka. Otroku je celo bolj v korist, da se očetovstvo čim prej razčisti, kot pa da mora v svojem življenju zamenjati očeta, ker ga je neki moški v dvomu pripoznal, pozneje pa je to očetovstvo izpodbil biološki oče, ki je nato vzpostavil svoje starševstvo. Tuje pravne ureditve zato očetu praviloma ne odrekajo neposredne tožbe za ugotovitev očetovstva (s tem pa praviloma tudi izključujejo možnost izpodbijanja pripoznanja zaradi zmote<sup>23</sup>),<sup>24</sup> tako rešitev pa bi morali sprejeti tudi pri nas.<sup>25</sup>

Moški praviloma pripozna že rojenega otroka, vendar je v literaturi uveljavljeno mnenje, da je kljub pomanjkanju izrecne zakonske določbe dopustno pripoznati tudi že spočetega, toda še ne rojenega otroka (če je na primer oče na smrt bolan).<sup>26</sup>

Kljub pomanjkanju izrecne zakonske določbe je v skladu z literaturo dopustno pripoznati otroka tudi po njegovi smrti, če je zapustil potomce in s tem obstaja dednopravni interes.<sup>27</sup>

Pripoznanje očetovstva ne ustreza nujno biološki resnici, kajti otroka sme pripoznati tudi moški, ki ve, da otrok ni njegov.<sup>28</sup> Tudi taka izjava je veljavna,<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Dieter Schwab, nav. delo (2008, Familienrecht ...), str. 239–241.

<sup>24</sup> Na primer nemška (v zvezi s tako imenovano negativno ugotovitveno tožbo), avstrijska in češka pravna ureditev. Najdlje je šla pravna ureditev Velike Britanije, v kateri lahko vsak, ki ima pravni interes, zahteva ugotovitev, da otrok izvira od določene osebe. Dieter Schwab: Familienrecht, nav. delo, 2008, str. 255; Arnold Bergmann, in drugi (ur.), nav. delo: Avstrija – stanje 1. marca 2008; M. Hrušáková, v: Andreas Spickhoff in drugi (izd.), nav. delo, str. 172; Andreas Bergmann in drugi (ur.), nav. delo: Velika Britanija – stanje 1. marca 2006.

<sup>25</sup> Žal tega nista predvidela niti 128. in 129. člen DZ niti 114. člen predloga DZ (Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 222).

<sup>26</sup> Karel Zupančič, nav. delo, 1999, str. 109; Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 225 (drugi odstavek 118. člena predloga DZ).

<sup>27</sup> Karel Zupančič, nav. delo, 1999, str. 109; Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 225 (tretji odstavek 118. člena predloga DZ). Tako rešitev pozna tudi hrvaška pravna ureditev. Dubravka Hrabar, v: Mira Alinčič in drugi, nav. delo, str. 203.

<sup>28</sup> O zlorabah pripoznanja v praksi Volker Lipp in drugi, nav. delo, str. 19.

<sup>29</sup> Izjava o pripoznanju očetovstva, ki ne ustreza resnici, je v skladu s pravom in ni nična zgolj zato, ker ne ustreza biološki resnici – sodba Višjega sodišča v Mariboru III Cp 1588/2006 z dne 22. avgusta

zato veže in je ni mogoče preklicati zato, ker ne ustreza resnici. Taka narava izjave o pripoznanju očetovstva zahteva, da sme o pripoznanju odločiti le vsak sam (strogo osebna izjava).<sup>30</sup> Pravna ureditev zato izključuje nadomestno odločanje (na primer po pooblaščenцу, starših ali skrbniku),<sup>31</sup> omogoča pa, da vsak uresniči svojo pravico odločati o sebi še pred polnoletnostjo. Tako sme pripoznati očetovstvo otrok, ki je dopolnil petnajst let in je razsoden.

Pravna ureditev, ki dovoljuje pripoznanje očetovstva ne glede na to, ali to ustreza biološki resnici, ne posega nedopustno v pravico biološkega očeta in otroka, saj imata ta dva možnost pripoznanje izpodbiti.<sup>32</sup> Otrok sme izpodbijati pripoznano očetovstvo neomejeno časa, biološki oče pa sme to storiti v enem letu od vpisa otrokovega rojstva v matični register. Vpis otrokovega rojstva v matični register še ne pomeni, da se je biološki oče s tem trenutkom tudi seznanil oziroma da se je imel možnost seznaniti z rojstvom otroka. Od uveljavitve ZMatR matični register ni več zbirka podatkov, v katero lahko vpogleda vsaka zainteresirana oseba, temveč baza podatkov o matičnem stanju posameznika, kamor lahko vpogleda le tisti, na katerega se vpis nanaša.<sup>33</sup> Na biološkega očeta se vpis ne nanaša, zato ima pravico do vpogleda v matični register le s pisno privolitvijo osebe, na katero se vpis nanaša (v tem primeru otroka oziroma njegovih zakonitih zastopnikov), ali če ima za to posebno zakonsko pooblastilo. Možnost biološkega očeta, da se z vpogledom v matični register seznanji z otrokovim rojstvom, je po uveljavitvi ZMatR postala neznatna, zato je pravico biološkega očeta do izpodbijanja domneve očetovstva zdaj nujno oblikovati s subjektivnim rokom.<sup>34</sup> Rok za vložitev tožbe mora začeti teči s trenutkom, ko možki zve za okoliščine, ki govorijo

---

2006 – baza Ius-info.

<sup>30</sup> Pravna ureditev, ki dopušča nadomestitev soglasja k pripoznanju, to trditev postavlja pod vprašaj.

<sup>31</sup> Nemško pravo izključuje le odločanje po pooblaščenцу, ne pa tudi odločanja po starših ali skrbniku, kar je v Nemčiji predmet kritike. Ulrike Wanitzek, nav. delo, str. 735.

<sup>32</sup> Primerjaj sklep nemškega zveznega ustavnega sodišča, št. 1 BvR 1548/03 z dne 13. oktobra 2008, v: FamRZ, (2008), letn. 55, št. 24, str. 2257.

<sup>33</sup> Enake pogoje določa ZMatR tudi za vpogled v zbirko listin (prvi odstavek 29. člena ZMatR).

<sup>34</sup> Subjektivni rok za vložitev tožbe za izpodbijanje očetovstva velja na primer v Nemčiji: dveletni rok teče od trenutka, ko je biološki oče zvedel za okoliščine, ki govorijo zoper domnevo očetovstva. Pravica biološkega očeta izpodbijati domnevo očetovstva je omejena s pravilom, da ne more izpodbijati domneve očetovstva, dokler obstaja socialno-družinska vez med otrokom in domnevnim očetom (Dieter Schwab, nav. delo, 2012, str. 261; sodba OLG Frankfurt/M. 3 UF 124/06 z dne 9. januarja 2007, v: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2007, let. 54, št. 19, str. 1674); v Belgiji: enoletni rok teče od trenutka, ko je možki odkril, da je oče (Walter Pintens v: Andreas Spickhoff in drugi (izd.), nav. delo, str. 132).

zoper domnevo očetovstva,<sup>35</sup> in ne od trenutka, ko zve za rojstvo otroka.<sup>36</sup> Rok, ki teče od trenutka, ko moški zve za rojstvo otroka, namreč ni primeren takrat, ko moški spočne otroka na primer pod vplivom drog in se dogodka pozneje ne spomni več. DZ je v prvem delu drugega odstavka 135. člena sledil tej ideji. Določil je, da mora moški, ki misli, da je oče, vložiti tožbo za izpodbijanje očetovstva v roku, ki teče od takrat, ko je izvedel za okoliščine, iz katerih domneva, da je otrokov oče. Določbo 135. člena pa je kljub temu napravil za ustavnopravno problematično, ker je šestmesečni subjektivni rok oblikoval nesorazmerno kratko in ker ga je na koncu omejil še z objektivnim rokom enega leta. S tem je dosegel enake učinke, kot če bi določil samo objektivni rok enega leta. Ta rok pa lahko poteče prej, preden domnevni oče zve za okoliščine, ki govorijo za njegovo očetovstvo, in s tem tudi dejansko pridobi možnost vložiti tožbo.<sup>37</sup>

Moški v postopku izpodbijanja očetovstva ni dolžan poleg tožbe za izpodbijanje očetovstva vložiti tudi tožbo za ugotovitev svojega očetovstva. Če tak moški izpodbije domnevo očetovstva, ki je nastala s pripoznanjem, in pozneje ne pripozna otroka, ostane otrok brez očeta oziroma mora sam poskrbeti, da se očetovstvo biološkega očeta sodno ugotovi. Biološki oče pa ni nujno tisti moški, ki je izpodbil domnevo, ustvarjeno na temelju pripoznanja očetovstva. Taka pravna ureditev omogoča pravdo iz nagajivosti, s katero se svojemu sosеду maščuje na primer z njim sprti sosed, ki ve za nezvestobo in kukavičjega otroka žene svojega soseda. Taka nagajivost ogroža otrokovo korist in zasebnost njegovih pravnih staršev, zato se mora zakonodajalec nanjo odzvati z rešitvijo, ki je uveljavljena tudi v nekaterih tujih ureditvah.<sup>38</sup> Po teh sme tisti, ki misli, da je otrokov oče, izpodbijati očetovstvo le, če hkrati zahteva, da se ugotovi njegovo očetovstvo.<sup>39</sup> To pomeni, da je treba v postopku izpodbijanja najprej ugotoviti, ali je moški, ki izpodbija očetovstvo, biološki oče otroka, in če se izkaže, da ni, je treba zavrniti zahtevek za izpodbijanje. Tožbo za ugotovitev očetovstva biološkega očeta je treba tudi

<sup>35</sup> O tem Barbara Novak, nav. delo, 2009, str. 668.

<sup>36</sup> Moški lahko iz datuma otrokovega rojstva razbere, ali je bil otrok spočet v času njegovega intimnega razmerja z materjo.

<sup>37</sup> Predlog DZ sprememb veljavne ureditve ni predvidel (primerjaj drugi odstavek 124. člena predloga DZ) – Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 228.

<sup>38</sup> Taka ureditev velja na primer v Nemčiji. Dieter Schwab: Familienrecht, nav. delo, 2008, str. 246 in 251.

<sup>39</sup> Primerjaj prvi odstavek 135. člena DZ in prvi odstavek 126. člena predloga DZ – Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 229.

sicer šteti kot neločljivo povezano s tožbo za izpodbijanje očetovstva, zato po poteku roka za vložitev tožbe za izpodbijanje očetovstva<sup>40</sup> tudi tožba za ugotovitev očetovstva ne sme biti več dopustna,<sup>41</sup> sicer bomo ustvarili postopek ugotavljanja starševstva, ki ne bo vplival na družinski status. Če se rok za vložitev tožbe za ugotavljanje očetovstva ravna po roku za izpodbijanje očetovstva, si prihranimo tudi številne druge nevšečnosti, o katerih poročajo v pravnih sistemih, v katerih je tožba za izpodbijanje omejena z rokom, tožba za ugotavljanje očetovstva pa ne.<sup>42</sup> Prav te zaplete je očitno imelo v mislih tudi slovensko ustavno sodišče, ko je v eni od svojih odločb zapisalo, da sta ugotovitev in izpodbijanje starševstva neločljivo prepletena dela ene in iste ustavno varovane celote in je s takojšnjim učinkom vzpostavilo ureditev, po kateri sta otrokova roka za izpodbijanje in ugotavljanje starševstva enaka, tj. časovno neomejena.<sup>43</sup> Čeprav ZZZDR<sup>44</sup> ne zahteva, da mora tožnik hkrati s tožbo za izpodbijanje očetovstva vložiti tudi tožbo za ugotovitev očetovstva, pa novejša sodna praksa ne dopušča tožbe za izpodbijanje, če možki, ki izpodbija domnevo očetovstva, hkrati z njo ne vložijo tudi tožbe za ugotovitev, da je on otrokov oče. Svoje stališče utemeljuje z namenom pravne ureditve, ki mora varovati otrokovo korist, da se ohrani obstoječa družinska skupnost.<sup>45</sup> Čeprav je rešitev *de lege ferenda* pravilna, je vprašanje, ali ni sodišče s to odločbo poseglo v zakonodajno pristojnost in ali je s svojo odločitvijo res, kot to navaja v sodbi,<sup>46</sup> zgolj zapolnilo pravno praznino.

## 2.2. Soglasje matere

Za veljavnost pripoznanja je potrebno soglasje matere, ki ni omejeno z rokom ali s pogojem. Zakon, ki za izjavo o pripoznanju predvideva več dopustnih oblik (84. člen ZZZDR), pa oblik soglasja posebej ne navaja. Za soglasje

<sup>40</sup> Daljši rok za vložitev tožbe za izpodbijanje kot tožbe za ugotavljanje očetovstva ni smiseln, saj postopka za ugotavljanje očetovstva ni mogoče sprožiti, če je že potekel rok za tožbo za izpodbijanje, ki naj začne postopek.

<sup>41</sup> Drugi odstavek 126. člena predloga DZ te zahteve ne poudari – Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 229.

<sup>42</sup> Tak sistem pozna na primer Nemčija. Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča XII ZR 18/07 z dne 30. junija 2008, v: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, (2008), letn. 55, št. 20, str. 1921 in nasl.

<sup>43</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-85/10-10 z dne 13. oktobra 2011 (Uradni list RS, št. 90/11).

<sup>44</sup> Glej 99. člen ZZZDR.

<sup>45</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 3309/2009 z dne 9. decembra 2009 – baza Ius-info.

<sup>46</sup> Prav tam, točka 12.



matere morajo načeloma veljati enaka pravila kot za pripoznanje očetovstva,<sup>47</sup> zato je treba dopustiti, da tudi mati poda svojo izjavo v katerikoli od oblik, ki so predpisane za pripoznanje očetovstva (lahko da izjavo na primer tudi v isti javni listini, kot je bilo dano pripoznanje). Mati sme dati svoje soglasje tudi v drugi obliki od tiste, ki si jo je za pripoznanje izbral otrokov oče (soglasje lahko da tudi v oporoki). Soglasje lahko poda tudi pred rojstvom že spočetelega otroka<sup>48</sup> ali po otrokovi smrti,<sup>49</sup> in to hkrati s pripoznanjem očetovstva ali po njem. Mati sme dati svoje soglasje tudi po smrti moškega, ki je otroka pripoznal.<sup>50</sup> Skrajni rok za materino soglasje ni določen, zato je lahko med materinim soglasjem in očetovim pripoznanjem velik časovni razkorak.<sup>51</sup> Tuje ureditve dajejo zato očetu možnost,<sup>52</sup> da svoje pripoznanje preklične, če mati v določenem roku ne soglaša z njegovim pripoznanjem.<sup>53</sup> Tako rešitev bi bilo smiselno vpeljati tudi v naš pravni sistem.

Tako kot pripoznanje moškega tudi materino soglasje ne temelji nujno na biološki resnici. Soglasje sme dati vsakemu moškemu, s katerim želi izvrševati starševske pravice. Če štejemo, da za soglasje matere veljajo enaka pravila kot za izjavo moškega o pripoznanju, mora biti tudi materino soglasje izjava, ki je strogo osebna (mati jo daje v svojem imenu, in ne kot zastopnica otroka)<sup>54</sup> in ki je ne bi smel podati nihče drug.<sup>55</sup> Tudi mati bi morala zato imeti možnost, da svoje soglasje izrazi že pred polnoletnostjo, če je dopolnila petnajst let in je razsodna.<sup>56</sup> Kadar mati soglasja sama ne bi mogla dati, bi strogoosebnost izjave morala imeti posledico, da pripoznanje očetovstva ne bi bilo dopust-

<sup>47</sup> Primerjaj tudi Dieter Schwab, nav. delo, 2012, str. 258.

<sup>48</sup> Prav tam.

<sup>49</sup> Joachim Gernhuber, Dagmar Coester-Wältjen, nav. delo, str. 609.

<sup>50</sup> Prav tam.

<sup>51</sup> Tako tudi Dieter Schwab, nav. delo, 2012, str. 258.

<sup>52</sup> Če takega posebnega pravila ni, izjava o pripoznanju veže in je ni mogoče več preklicati. Tudi že dano materino soglasje veže in ga mati ne more več umakniti, in to tudi če bi s tem soglašal moški, ki je pripoznal očetovstvo. Tega, česar stranki zaradi prisilnih predpisov ne moreta doseči pred upravnim organom, tudi ne moreta doseči v pravdi s sklenitvijo sodne poravnave (stranki sta zaradi zmote želeli izpodbijati izjavo o pripoznanju) – sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 528/2006 z dne 25. januarja 2007 – baza SOVS.

<sup>53</sup> Prav tam.

<sup>54</sup> Nina Dethloff, nav. delo, str. 248.

<sup>55</sup> Kritiko nemške ureditve, ki dovoljuje odločanje po starših ali skrbniku, glej pri Ulrike Wanitzek, nav. delo, str. 736.

<sup>56</sup> Tako ureditev je že predvidel DZ.

no.<sup>57</sup> Pravna ureditev pravilu, da sme soglasje k pripoznanju izjaviti le mati, ne sledi, saj sme, kadar mati ni več živa ali je neznanega bivališča, soglasje k pripoznanju dati otrokov (!) skrbnik s soglasjem centra za socialno delo.<sup>58</sup>

Pravna ureditev, ki dopušča izjavljanje volje za otroka po njegovem zastopniku, preseneča že zato, ker ZZZDR otroku v nobenem drugem primeru ne dovoljuje podati soglasja k pripoznanju, in to niti po skrbniku niti njemu samemu, če je za to že dovolj zrel. Ureditev je presenetljiva tudi zato, ker dopušča, da o soglasju k pripoznanju odloča otrokov skrbnik tudi, kadar je mati še živa, vendar je neznano le njeno prebivališče. Hkrati je nenavadno, da skrbnikovo nadomeščanje soglasja ni predvideno, kadar mati ne more izraziti soglasja zaradi nerazsodnosti.

Pravilo, da sme soglasje matere, ki soglasja ne more izraziti sama (zlasti zaradi nerazsodnosti), nadomestiti skrbnik s soglasjem organa socialnega skrbstva, je sprejeto tudi v nemškem pravu (§ 1596 I 3 BGB). Toda nemško pravo možnost nadomeščanja soglasja daje le materinemu skrbniku. Nemškemu zakonodajalcu se v takem primeru nadomestno soglasje ni zdelo sporno (nemško pravo prepoveduje samo zastopanje po pooblaščenju),<sup>59</sup> vendar ga je predvidel na temelju smiselne uporabe določb o izjavi o pripoznanju (§ 1596 I 1 BGB).<sup>60</sup> Prav za pripoznanje očetovstva pa slovensko pravo ne dopušča nadomeščanja soglasja. V prihodnje bi se bilo treba odločiti o naravi pripoznanja in soglasja ter za obe izjavi uvesti enaka pravila.

Varstvo otrokove koristi zahteva, da otroku, ki je sposoben za odločanje o sebi, omogočimo podati soglasje k pripoznanju očetovstva, vendar ZZZDR tega ne predvideva. DZ je otroku od petnajstega leta naprej, če je razsoden, dal pravico, da poleg matere poda soglasje k pripoznanju očetovstva. Pripoznanje otroka, ki je dopolnil petnajst let in je razsoden, je bil po DZ poleg materinega soglasja pogoj za veljavnost pripoznanja.<sup>61</sup> Če otrok še ni dopolnil petnajst let oziroma še ni razsoden, njegovega soglasja ni nadomeščal skrbnik, ker bi

<sup>57</sup> Drugače komentar k 117. členu predloga DZ. Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 224.

<sup>58</sup> Podobno določbo vsebujeta tudi prvi odstavek 122. člena DZ in prvi odstavek 117. člena predloga DZ – prav tam.

<sup>59</sup> Nemška literatura večkrat kritizira nadomeščanje materinega soglasja po skrbniku – na primer Ulrike Wanitzek, nav. delo, str. 735.

<sup>60</sup> Dieter Schwab, nav. delo, 2012, str. 257, 258.

<sup>61</sup> Določba 121. člena DZ in 113. člena predloga DZ. Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 221 in nasl.

taka rešitev po presoji zakonodajalca pomenila neprimerno odločanje o drugem. To stališče je v nasprotju s pravilom, da sme otrokov skrbnik soglašati s pripoznanjem, če otrokova mati ni več živa ali je neznanega prebivališča. Če otrok ne more izraziti soglasja sam, ker še ni dovolj zrel, je dala soglasje po DZ le mati v svojem imenu. Otrok je smel pozneje pripoznanje izpodbiti, če se z njim ni strinjal.<sup>62</sup>

Pripoznanje očetovstva je dopustno samo, dokler otrok še nima pravnega očeta. Pripoznanje otroka, za katerega ob rojstvu ni veljala domneva očetovstva ali je veljala, vendar je bila pozneje izpodbita in je bilo očetovstvo vzpostavljeno na podlagi pripoznanja ali na podlagi sodne ugotovitve očetovstva, zato ni več dopustno.<sup>63</sup>

ZZZDR ne kateri drug zakon ne ureja vprašanja, ali se lahko določi starševstvo mrtvorojenega otroka. Čeprav mrtvorojeni otrok ne pridobi pravne subjektivitete, lahko obstaja legitimni interes po vzpostavitvi osebnopravne vezi staršev z mrtvim otrokom, ker ima to lahko določene pravne posledice, zlasti na osebnostnem področju staršev v zvezi s skrbjo za mrtvega (na primer za izvrševanje verskih pravic staršev v zvezi z mrtvim otrokom, za odločanje o načinu pokopa).<sup>64</sup> Čeprav naj vzpostavitev te osebnostne vezi ne bi imela statusnih posledic, lahko proti zaploditelju kljub temu vzpostavi nekatere obligacijske posledice, na primer zahtevke za povračilo stroškov preživljanja matere in njenega poroda, stroškov otrokovega pogreba in ureditve groba. DZ je predvidel možnost vzpostavitve osebne vezi staršev z otrokom, in sicer na podlagi pripoznanja, vendar ni domislil nadaljnjih posledic, ki bi jih ta vzpostavitev lahko imela, zlasti ni domislil možnosti izpodbijanja pripoznanja in ugotavljanja očetovstva.<sup>65</sup>

### **3. PRIPOZNANJE MATERINSTVA**

Primeri, ko otrok ob rojstvu še nima določenega očeta in ga je zato dopustno pripoznati, so razmeroma pogosti, saj je očetovstvo ob rojstvu določeno

<sup>62</sup> Določba 121. člena DZ in 115. člena predloga DZ. Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), (2009), str. 223.

<sup>63</sup> Karel Zupančič, v: Karel Zupančič (ur.), nav. delo, 2009, str. 225.

<sup>64</sup> O tem Joachim Gernhuber, Dagmar Coester-Waltjen, nav. delo, str. 590.

<sup>65</sup> O tej tematiki glej K. Seidel, v: Dieter Schwab (ur.): Münchener Kommentar, nav. delo, 2008, str. 91, § 1593 Rn. 16.

le pri otrocih, za katere velja domneva očetovstva. Pri materinstvu pa je ob rojstvu otroka drugače, ker pravo za otrokovo mater šteje žensko, ki je otroka rodila. Tako je mati ob rojstvu praviloma znana in zato pripoznanje njenega materinstva ne pride v poštev. Samo če mati ne bi bila znana oziroma njeno materinstvo ne bi bilo dokazano (na primer otrok je bil najden), je vsaj teoretična možnost za pripoznanje materinstva. Praktične primere, v katerih bo prišlo do pripoznanja materinstva in v katerih bo hkrati obstajal otrokov oče, ki bo dal soglasje k materinemu pripoznanju, si je težko zamisliti. Še zlasti si je težko predstavljati primere, v katerih bi pravo materi raje dopuščalo pripoznanje kot pa sodno ugotavljanje materinstva ali posvojitve. Zakonodajalec si s temi pomisleki očitno ni belil glave in je za vsak primer določil, da se določbe o ugotavljanju očetovstva, med katere zakon ne prav konsistentno prišteva tudi pripoznanje očetovstva, primerno uporabljajo za ugotavljanje materinstva, s tem pa, kot vse kaže, tudi za pripoznanje materinstva (95. člen ZZZDR).

#### 4. SKLEP

Pripoznanje starševstva še vedno urejajo pravila izpred več kot trideset let, ki so bila sprejeta še v času, ko so bile biomedicinske možnosti za zanesljivo ugotavljanje starševstva zanemarljive, zanemarljivo pa je bilo tudi zavedanje o pravici zvedeti za svoje starševstvo. Mnoga pravna pravila, ki so nastala v teh razmerah, so se že leta 2007 v luči prve odločbe slovenskega ustavnega sodišča o določanju starševstva pokazala kot neustrezna. Neustrezna so veljavna pravila o objektivnih rokih za izpodbijanje pripoznanega starševstva. Ta nedopustno omejujejo pravico zvedeti za svoje starševstvo, saj se ne ozirajo na to, kdaj je posameznik dejansko dobil možnost uveljaviti svoje pravice. Z ustavnega vidika so sporna tudi pravila, ki vpletenim v nekaterih primerih sploh ne dajejo pravice razčiščevanja starševstva (na primer očetu, ki je moral svoje očetovstvo kljub dvomom pripoznati, mati pa je soglašala z njegovim pripoznanjem) ali pa jo dajejo v zelo okrnjenem obsegu (na primer moškemu, ki sme ugotavljati očetovstvo samo, če mati ni soglašala z njegovim pripoznanjem). Pravna ureditev pripoznanja je za današnji čas tudi sicer postala pomanjkljiva in ne vsebuje več dovolj domišljenih in do podrobnosti izdelanih pravil. Še prav posebej pomanjkljiva so pravila o naravi izjave o pripoznanju in materinem soglasju k njej. Kot povsem nedodelana in neuporabna se ob

smiselni uporabi pravil o pripoznanju očetovstva izkažejo pravila o pripoznanju materinstva. Odprta vprašanja zahtevajo odziv zakonodajalca, ki se je na pomanjkljivosti, relevantne z vidika človekovih pravic, dolžan odzvati, ne pa da zakonodajno vlogo že dalj časa prepušča ustavnemu sodišču.

### **Literatura:**

Mira Alinčič in drugi: Obiteljsko pravo. Narodne novine, Zagreb 2006.

Arnold Bergmann in drugi (ur.): Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (III). Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt na Majni 1976.

Nina Dethloff: Familienrecht. 29. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2009.

Joachim Gernhuber, Dagmar Coester-Waltjen: Familienrecht. 6., v celoti na novo predelana izdaja. Verlag C. H. Beck, München 2010.

Klaus-Jürgen Grün: Vaterschaftsfeststellung und – anfechtung. 2., novo predelana in razširjena izdaja. Erich Schmidt Verlag, Berlin 2010.

Volker Lipp in drugi: Familienrechtlicher Status und Solidarität. Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

Barbara Novak: Pravni položaj domnevnega očeta, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, 2005, letn. 65, str. 279–299.

Barbara Novak: Die Vaterschaftsvermutung in den Ländern des ehemaligen Jugoslawien im Lichte heimlich eingeholter DNA-Tests, v: Jahrbuch für Ostrecht, 2006, zvezek 47/1, str. 11–22.

Barbara Novak: Iskanje ravnotežja med biološkim in pravnim starševstvom, v: Pravniki, 2009, letn. 64, št. 11-12, str. 661–694.

Barbara Novak: Ustavosodni vidiki določanja starševstva, v: Aleš Novak, Matej Accetto, Marijan Pavčnik (ur.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba. Ljubljana 2013, str. 293–340.

Barbara Novak: Družinsko pravo. 1. natis, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2014.

Barbara Novak: Določanje očetovstva v luči prakse Ustavnega sodišča RS, v: Pravni letopis, Ljubljana 2009, str. 177–183.

Dieter Schwab (ur.): Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Familienrecht II. 8. zvezek. C. H. Beck, München 2008.

Dieter Schwab: Familienrecht. 16. nova in predelana izdaja, Beck, München 2008.

Dieter Schwab: Familienrecht. 20. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2012.

Andreas Spickhoff in drugi: Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich. Giesecking, Bielefeld 2007.

Ulrike Wanitzek: Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz, v: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2003, letn. 50, št. 11, str. 730–736.

Karel Zupančič: Domneva zakonskega očetovstva, v: Pravna praksa, št. 7/2005, str. 14-15.

Karel Zupančič (ur.): Reforma družinskega prava – predlog novih predpisov s komentarjem. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.

Karel Zupančič: Družinsko pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.



# Ločitev zapuščine

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

## 1. UVOD

V slovenski dednopравни ureditvi velja sistem *ipso iure* dedovanja, kar pomeni, da dedič deduje v trenutku uvedbe dedovanja, to je v trenutku zapustnikove smrti, in da takrat hkrati ter brez posebnih pridobitnih aktov oziroma načinov nanj preidejo vse zapustnikove pravice in obveznosti.<sup>1</sup> Takrat dedič pridobi tudi vse pravice in obveznosti, ki so nastale s smrtjo zapustnika. V tem odločilnem trenutku se zapuščina združi oziroma zlije z dedičevim premoženjem v eno samo, poslej dedičevo premoženje.

V nekaterih primerih je iz različnih razlogov treba zagotoviti, da do take združitve ne pride, oziroma preprečiti zlitje premoženj. Tak ukrep praviloma velja le za določen čas, ki je potreben za zavarovanje in zadovoljitev legitimnih interesov posameznih upravičencev. Na podlagi ustreznega pravnega temelja se bo tako položaj zapustnikovega dediča odcepil od njegovega lastnega pravnega položaja in premoženjski masi, to sta zapuščina in dedičevo premoženje, se bosta ločili. Poznamo tri pravne temelje za tako ločitev. Prvega predstavlja položaj, ko je zapuščina v upravi izvršitelja oporoke,<sup>2</sup> drugega položaj, ko je postavljen začasni skrbnik zapuščine,<sup>3</sup> in tretjega ugoditev zahtevi zapustnikovih upnikov za ločitev zapuščine (*separatio bonorum*).<sup>4</sup>

---

**Viktorija Žnidaršič Skubic**, doktorica pravnih znanosti, redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

*Delo je izvorno nastalo kot prispevek za sodniško šolo in je bilo oddano v objavo za Pravosodni bilten, junij 2016.*

<sup>1</sup> Natančneje: vse tiste, ki so skladno z zakonom podedljive. Podrobneje Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 69.

<sup>2</sup> Prav tam, str. 170–171.

<sup>3</sup> Prav tam, str. 216–218.

<sup>4</sup> Prav tam, str. 237–238.



V teh primerih prenehajo pravni učinki, ki jih je izzvala združitev dveh premoženjskih mas ob zapustnikovi smrti, in sicer z učinkom *ex tunc*, to je tako, kot da niso nikoli nastopili.<sup>5</sup>

Ločitev traja vse dotlej, dokler ne prenehajo dolžnosti izvršitelja oporoke ali skrbnika zapuščine oziroma dokler velja sklep o ločitvi zapuščine.

V prispevku natančneje obravnavam institut ločitve zapuščine. Prikazana bo njegova ureditev v domačem in primerjalnem pravu. V luči težav, ki se v povezavi z razlago instituta pojavljajo v domači sodni praksi, bom opozorila na novejšo sodne odločbe s tega področja in predstavila svoja razmišljanja glede potencialnih rešitev tako *de lege lata* kot tudi *de lege ferenda*.

## 2. OPREDELITEV INSTITUTA LOČITVE ZAPUŠČINE

Temeljni namen instituta ločitve zapuščine je zavarovanje pravic zapustnikovih upnikov. Ko zapustnik umre, se lahko zgodi, da terjatve upnikov, ki so jih imeli do zapustnika in so ob njegovi smrti prešle na dediča, ne bodo poplačane, ker jim bodo pri tem konkurirale terjatve dedičevih upnikov. Ta nevarnost obstaja predvsem v primeru, ko je dedič prezadolžena oseba. S pomočjo obravnavanega instituta se želi tako predvsem preprečiti položaj, da bi se dedičevi upniki iz podedovanega premoženja poplačali prej, kot bi to lahko storili upniki zapustnika.

Dedič načeloma odgovarja svojim upnikom s celotnim premoženjem: s tistim, ki ga je imel pred smrtjo zapustnika, pa tudi s podedovanim premoženjem. Če je dedič prezadolžen, se lahko s posegom dedičevih upnikov v dedičevo celotno premoženje občutno zmanjša možnost, da pridejo do poplačila zapustnikovih upniki. V razmerju do zapustnikovih upnikov so dedičevi upniki v boljšem položaju, saj ni zakonske omejitve za njihove terjatve, kot to velja za terjatve zapustnikovih upnikov. Slednje so namreč omejene s pravilom o odgovornosti dediča do višine vrednosti podedovanega premoženja. V našem dednem pravu je torej uveljavljena vrednostno omejena, a predmetno (stvarno) neomejena dedičeva odgovornost za zapustnikove dolgove. Govorimo o t. i. odgovornosti *pro viribus hereditatis*.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Glej Nikola Gavella, Vlado Belaj, nav. delo, str. 274.

<sup>6</sup> Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 230.

Zaradi predstavljene nevarnosti Zakon o dedovanju (ZD)<sup>7</sup> določa, da lahko zapustnikovi upniki zavarujejo svoje terjatve tako, da zahtevajo ločitev zapuščine od premoženja dediča (*separatio bonorum*).<sup>8</sup> To morajo storiti v določenem času, to je v treh mesecih od uvedbe dedovanja oziroma zapustnikove smrti. Če tega v predvidenem času ne storijo, je pravica izgubljena. Trimesečni rok je torej prekluziven.<sup>9</sup>

Če sodišče zahtevi zapustnikovih upnikov ugoti, ima dedič poslej dve vrsti premoženja: podedovano premoženje in siceršnje (lastno) premoženje.<sup>10</sup> Premoženji sta ločeni toliko časa, kolikor traja postopek poplačila terjatev zapustnikovih upnikov, ki so zahtevali ločitev. Te upnike imenujemo separatisti.<sup>11</sup>

Dokler sta premoženji ločeni, dedič ne more razpolagati s stvarmi in pravicami iz zapuščine, prav tako se njegovi upniki iz njih ne morejo poplačati, dokler se ne poplačajo upniki, ki so zahtevali ločitev. Pravico do zapuščine bo dedič pridobil le v primeru, če bo po poplačilu zapustnikovih upnikov, ki so zahtevali ločitev, še ostalo kaj zapuščinskega premoženja. Terjatve, ki presegajo vrednost zapustnikovega premoženja oziroma se iz njega ne morejo poplačati, ugasnejo.

Ločitev zapuščine velja samo za tiste upnike, ki so jo zahtevali, to je za upnike separatiste. Za vse preostale upnike ostane režim poplačila terjatev do zapustnika nespremenjen. Dedič je odgovoren po splošnih pravilih odgovornosti za dolgove zapustnika: s podedovanim premoženjem, ki ostane po poplačilu separatistov, in s svojim premoženjem do višine vrednosti podedovanega premoženja (*pro viribus hereditatis*).<sup>12</sup> Pomembna pravna posledica ločitve zapuščine pa je v tem, da lahko upniki separatisti zahtevajo plačilo svojih terjatev samo iz zapuščinskega premoženja. V tem primeru govorimo o t. i. dedičevi odgovornosti *cum viribus hereditatis*.<sup>13</sup> Gre za vrednostno in predmetno ome-

<sup>7</sup> Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, RS, št. 17/91-I, 13/94, 40/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01, 31/13.

<sup>8</sup> Glej 143. člen ZD.

<sup>9</sup> Glej Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar-Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 232.

<sup>10</sup> O siceršnjem pravilu o enotnosti premoženja v civilnem pravu glej: Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar-Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 144–145.

<sup>11</sup> Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 237.

<sup>12</sup> Glej Ana Božič-Penko, nav. delo, str. 30.

<sup>13</sup> Prav tam, str. 237.

jeno odgovornost dediča za zapustnikove dolgove: odgovarja torej zgolj s predmeti zapuščine oziroma s pravicami, ki jo tvorijo.

Predlog za ločitev zapuščine se lahko nanaša vedno samo na celotno zapuščino in ne le na njen del.

V primerih, ko bi dedič zapustnikove upnike izplačal ali če bi dal ustrezno zavarovanje za plačilo zapustnikovih dolgov, sodišče zahtevi za ločitev zapuščine ne bi smelo ugoditi. Izjema so primeri, ko dano zavarovanje ne bi zadostovalo za popolno kritje terjatev zapustnikovih upnikov.

### **3. POGOJI ZA UGODITEV ZAHTEVI ZA LOČITEV ZAPUŠČINE**

Upniki, ki zahtevajo ločitev, morajo kot verjetno izkazati, da imajo terjatev proti zapustniku. Določbe ZD nikjer izrecno ne urejajo vprašanja, ali morajo upniki hkrati izkazati (zatrjevati oziroma dokazovati) tudi morebitni obstoj nevarnosti, da njihova terjatev ne bo poplačana. Teorija zagovarja stališče, da to ni potrebno,<sup>14</sup> sodna praksa pa je glede tega vprašanja razcepljena in tako lahko najdemo odločitve, ki utemeljujejo tako eno kot tudi drugo rešitev. Glede na to, da odločbe Vrhovnega sodišča o problematiki še ni,<sup>15</sup> naj navedem primera odločitev višjih sodišč, v katerih je bilo zahtevano izkazovanje prezadolženosti dedičev oziroma nevarnosti za poplačilo zapustnikovih dolgov. Gre za sklepa Višjega sodišča v Ljubljani v zadevah I Cp 2909/2014<sup>16</sup> in I Cp 1663/2010.<sup>17</sup> V treh v nadaljevanju navedenih primerih odločitev višjih sodišč pa zahteva po izkazovanju prezadolženosti dediča oziroma nevarnosti za poplačilo dolgov zapustnika ni bila podana. Gre za sklepe Višjega sodišča v Ljubljani v zadevah I Cp 1722/2005,<sup>18</sup> I Cp 1077/2015<sup>19</sup> in II Cp 1953/2015.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Glej Karel Zupančič, Vesna Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 238; tako tudi Nana Weber, nav. delo, str. 20.

<sup>15</sup> Stanje dne 29. februarja 2016.

<sup>16</sup> Glej <<http://www.sodnapraksa.si>> (27. 2. 2016).

<sup>17</sup> Glej <<http://sodisce.si>> (27. 2. 2016).

<sup>18</sup> Glej <<http://www.sodisce.si>> (27. 2. 2016).

<sup>19</sup> Glej <<http://www.sodnapraksa.si>> (27. 2. 2016).

<sup>20</sup> Glej <<http://www.sodisce.si>> (27. 2. 2016).

### 3.1. Interpretacije določbe 143. člena Zakona o dedovanju

Za rešitev vprašanja, katera sodišča so imela prav in katera so sprejela napačno odločitev, je treba opraviti natančno analizo določbe, ki ureja ločitev zapuščine, to je določbe 143. člena ZD. Ob primerni uporabi uveljavljenih interpretacijskih metod bomo to določbo lahko pravilno razložili, hkrati pa se bomo lahko poglobili tudi v vprašanje, zakaj so razlage, povezane s tem vprašanjem, v praksi diametralno nasprotne.

Ob gramatikalni analizi lahko ugotovimo, da v določbi 143. člena ZD v resnici nikjer ni zapisana zahteva po obstoju nevarnosti za zapustnikove upnike oziroma da dejstvo dedičeve prezadolženosti ni omenjeno kot pogoj za ugoditev zahtevi za ločitev zapuščine. Če smo natančni, lahko ugotovimo, da določba izrecno ne govori niti o dolžnosti izkazovanja verjetnosti obstoja terjatve zapustnikovih upnikov. Kljub temu je logično, da je slednje vendarle potrebno, oziroma ni dvoma o tem, da je tovrstna zahteva že sama po sebi inkorporirana v dejstvo uveljavljanja statusa zapustnikovega upnika in s tem tudi upravičenca do zahtevka za ločitev zapuščine.

Glede na to, da pogoj dedičeve prezadolženosti v ZD ni (izrecno) zapisan, menim, da velja pritrditi stališču, po katerem slednjega tudi dejansko ni treba dokazovati oziroma niti ne zatrjevati. Res je, da je temeljni namen instituta kot takega zavarovanje upnikov zapustnika in da se taki, na neki način izredni ukrepi ob nastopu dedovanja načeloma naj ne bi izvajali kar tako, brez posebej utemeljene potrebe. Tudi ni najbolj logično oziroma razumljivo, da bi sodišča dovoljevala tovrstne načine poplačila upnikov tudi v primerih, ko nevarnost za njihove interese ni z ničimer izkazana. Slednje bi se lahko še zlasti pokazalo v primerih, ko dedič morda sploh ne bi bil (pre)zadolžen ali pa bi celo imel veliko večje (neobremenjeno) premoženje od zapustnika, hkrati pa bi bil znesek zapustnikovega dolga relativno nizek.

Kljub temu pa menim, da bi šli s tako interpretacijo obstoječe določbe 143. člena ZD občutno predaleč. Sodišča, ki so sprejela tako stališče, so najverjetneje menila, da to izhaja iz razlage namena obravnavane določbe. Uporabila naj bi torej namensko ali teleološko interpretacijo pravnega besedila,<sup>21</sup> vendar je treba opozoriti na vprašljivost njihovega pristopa, saj, kot kaže, niso izhajala iz samega pravnega besedila, kot bi morala, ampak, kot se zdi, iz namena, ki so ga razumela kot inherentnega teoretični konstrukciji oziroma razumevanju

<sup>21</sup> Glej Gorazd Kušej, Marijan Pavčnik, Anton Perenič, nav. delo, str. 232–234.

instituta ločitve zapuščine kot takega. To pa ni pravi pristop k razlagi pravnega besedila, kjer moramo dejansko izhajati iz besedila, ki ga imamo pred seboj in ki mu ne smemo ničesar dodajati ali odvzemati, ampak ga le pravilno interpretirati. To predvsem pomeni, da pri določbi, kot jo obravnavamo v našem primeru, ki je relativno jasna in pomensko neodprta, ne smemo razbijati jezikovnih meja njenega pravnega sporočila.<sup>22</sup> Na podlagi jezikovne oziroma gramatikalne razlage, ki je temelj vsake pravne interpretacije, namreč nikakor ne moremo sklepati, da je treba zaradi namena instituta kot takega, in ne tega, ki je konkretno urejen v ZD, dokazovati tudi prezadolženost dediča. Ne moremo torej postavljati zahteve po izkazovanju nečesa, česar besedilo izrecno ne zahteva.

Res je sicer, da v skladu z moderno teorijo interpretacije pravnega pravila velja, da se določeno prednost pripisuje tistemu njegovemu pomenu, ki najbolj ustreza namenu oziroma smislu pravnega pravila. Govorimo o t. i. razlagi *ratio legis*.<sup>23</sup> Vendar pa se moramo zavedati, da to velja le tedaj, ko se gibljemo znotraj možnega jezikovnega pomena, ki ga pravno besedilo ima, in ko ob tem ugotovimo več različnih možnih jezikovnih pomenov. Takrat se moramo odločiti za tistega, ki najbolj ustreza namenu pravila. V konkretnem primeru pa seveda ne gre za tako vprašanje. Jezikovni okviri določbe 143. člena ZD so relativno jasni in torej daleč od take jezikovne in pomenske odprtosti. Zahteve po izkazovanju prezadolženosti v določbi ni zaslediti, zato slednje tudi ni potrebno.

### **3.2. Razlogi za veljavno ureditev ločitve zapuščine v Republiki Sloveniji**

Glede na zgoraj predstavljene ugotovitve je zanimivo vprašanje, kateri razlogi so vodili zakonodajalca pri odločitvi, da je institut ločitve zapuščine uredil na način, kot ga je. Na mestu je seveda tudi vprašanje, ali bi ga bilo v prihodnje morda smiselno spremeniti in dopolniti z dodatno zahtevo po izkazovanju dedičeve prezadolženosti.

Razlogov, zakaj se je zakonodajalec odločil, da ne bo zahteval izkazovanja dedičeve prezadolženosti, je lahko več. Eden od njih je gotovo zavedanje, da bi bila v praksi taka naloga za upnike relativno težavna, saj bi dokazovanje

<sup>22</sup> Marijan Pavčnik, nav. delo, str. 5.

<sup>23</sup> Prav tam, str. 2–3.

dedičeve prezadolženosti terjalo iskanje dokazil o obstoječih dolgovih in upnikih kot tudi dokazil o premoženjskem stanju in podobno, kar ni preprosto. Še zlasti to velja v primerih, ko imamo opravka z obstojem več sodedičev, od katerih jih je nekaj lahko v tujini, in podobno. Razlog za veljavno ureditev je lahko tudi v tem, da je zakonodajalec upnikom tako želel podeliti neko pravno »dobroto« oziroma zaščito njihovih interesov, in to v vsakem primeru, ne le ob izrecno izkazani nevarnosti za njihove terjatve zaradi dedičevih upnikov. Tako razlogovanje lahko izpeljemo iz dejstva, da so zapustnikovi upniki že zaradi nastopa smrti njihovega dolžnika v nekoliko slabšem položaju, kot so bili pred tem dogodkom. Izpolnitev dolžnikove obveznosti se s tem vsaj nekoliko oteži, zavleče in zaplete, morda že zato, ker mora upnik zdaj terjati več dolžnikov (sodedičev), prej pa je imel enega samega dolžnika, nastajajo časovni zamiki in podobno.<sup>24</sup> Predstavljamo si lahko tudi stanje, ko upnik preprosto ne pozna premoženjskega statusa dedičev (in ga ta tudi ne zanima), poznal pa je obseg premoženja zapustnika in se je zato (ob vzpostavljeni garantni funkciji premoženja)<sup>25</sup> tudi odločil za poslovanje z njim: dal mu je na primer posojilo, kredit in podobno. Ker upnik ve, da je zapuščina dovolj velika za zagotovitev poplačila njegovih terjatev, se odloči, da bo, za vsak primer, četudi mu prezadolženost dediča ni poznana (ali ga ne zanima), uveljavljal institut ločitve zapuščine. Zakonodajalcu se morda preprosto ni zdelo prav, da bi upniku naložil obveznost poizvedovanja in raziskovanja statusa njegovega »novega« ali »novih« dolžnikov, ampak ga je želel zavarovati že takoj ob nastopu zanj prve neugodne okoliščine, to je zapustnikove smrti.

<sup>24</sup> Take primere se sicer skuša nekoliko olajšati z institutom solidarne odgovornosti sodedičev za dolgove zapustnika, vendar težave upnika tudi s tem ne morejo biti v celoti in popolnoma odpravljene. Če deduje več dedičev (sodediči), so ti nerazdelno, solidarno odgovorni za zapustnikove dolgove, in sicer vsak do višine vrednosti svojega dednega deleža, ne glede na to, ali je delitev dediščine že izvršena ali še ne. Po načelu solidarnosti lahko terjajo zapustnikov upnik plačilo dolga od kateregakoli sodediča, vendar samo do višine vrednosti njegovega dednega deleža, lahko pa tudi zahteva plačilo od nekaterih ali od vseh sodedičev po deležih, ki jih sam določi. Če upnik ne zajame s tožbo vseh sodedičev, gre to lahko samo na škodo upnika, ne pa sodediča, kajti vsak sodedič odgovarja za dolg samo do višine vrednosti svojega dednega deleža in če ta ne zadostuje za kritje celega dolga, lahko terjajo upnik plačilo presežka od drugega dediča (drugih dedičev). V notranjem razmerju, v razmerju med sodediči, pa se delijo dolgovi v sorazmerju z njihovimi dednimi deleži, če ni v oporoki drugače določeno. Če je sodedič plačal upniku več, kot odpade nanj dolga po meri njegovega dednega deleža, lahko zahteva povračilo od sodedičev. Oporočitelj lahko porazdeli dolgove med sodediče v drugačnem razmerju: s tem jim namreč tudi določi dedni delež. Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 233–234.

<sup>25</sup> Glej Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar-Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 143.

Tudi Višje sodišče v Ljubljani je v eni od svojih odločb (opravilna številka VSL sklep I Cp 1722/2005)<sup>26</sup> navedlo nekaj potencialnih argumentov zakonodajalca za veljavno ureditev instituta ločitve zapuščine. Sodišče meni, da so interesi zapustnikovih upnikov ogroženi že v trenutku združitve zapustnikovega premoženja s premoženjem dedičev. Prav tako zagovarja stališče, da če sodišče dovoli ločitev zapustnikovega premoženja od premoženja dedičev, s tem dediča ne postavi v slabši položaj, kot bi ga imel, če premoženje ne bi bilo ločeno. Na drugi strani pa bi po mnenju sodišča lahko zapustnikovi upniki utrpeli nenadomestljivo škodo zaradi zavrnitve zahteve za ločitev premoženja zapustnika od dedičevega premoženja. Iz premoženja, iz katerega bi se sicer poplačali, bi se lahko pred njimi poplačali upniki dediča, prvi pa bi tako lahko ostali praznih rok. Gre predvsem za primere, ko dedič nima svojega premoženja, na katerega bi lahko, do vrednosti višine podedovanega premoženja, posegli zapustnikovi upniki. Sodišče tako zaključuje, da je škoda, ki jo utrpijo zapustnikovi upniki zaradi zavrnitve zahteve za ločitev zapuščine, lahko vsekakor večja od škode, ki jo zaradi izdaje tovrstnega sklepa trpijo dediči.

Nekateri avtorji pa menijo, da tako dokazovanje prezadolenosti zapustnikovega dediča preprosto ne sodi v zapuščinski postopek.<sup>27</sup>

Predstavljena razmišljanja so utemeljena, smiselna in legitimna, vendar pa je *de lege ferenda* mogoče razmišljati tudi v drugo smer, to je v smer oblikovanja natančnejše ureditve instituta ločitve zapuščine, kot so na primer storili Hrvati.<sup>28</sup> V skladu s 140. členom Zakona o nasledovanju je hrvaška ureditev v izhodiščih sicer podobna slovenski, saj podobno kot pri nas opredeljujejo ločitev zapuščine kot pravico upnikov, da v treh mesecih po uvedbi dedovanja zahtevajo ločitev zapuščine od premoženja dediča. Ključna razlika pa je v hrvaški zahtevi, da morajo za doseg izdaje odločbe, s katero bo njihoveму zahtevku ugodeno, upniki izkazati za verjetno, da hkrati obstajajo tako terjatve kot nevarnost, da brez ločitve zapuščine njihove terjatve ne bodo poplačane. Na ta način so se na Hrvaškem opredelili za rešitev, da je za tovrsten »izredni« ukrep poravnavanja obveznosti zapustnika v primeru dedovanja potrebna tudi določena »izredna« oziroma dodatna utemeljitev njegovih upnikov.<sup>29</sup> Poudarja se, da imajo zapustnikovi upniki pravico zahtevati ločitev

<sup>26</sup> Glej <<http://www.sodisce.si>> (27. 2. 2016).

<sup>27</sup> Glej Nana Weber, nav. delo, str. 19.

<sup>28</sup> Glej Nikola Gavella, Vlado Belaj, nav. delo, str. 283–285.

<sup>29</sup> Glej tudi Martin Vedriš, Petar Klarić, nav. delo, str. 713.

zapuščine, tudi če se zapuščinska obravnava v konkretnem primeru ne izvede. Če upnik, ki je zahteval ločitev zapuščine, nima izvršilnega naslova oziroma še ni začel postopkov za poplačilo svoje terjatve, mora to storiti v roku, ki mu ga določi sodišče v odločbi, s katero je ugodilo njegovi zahtevi za ločitev zapuščine. Če tega ne stori v roku, ki mu ga je sodišče naložilo, bo sodišče svojo odločitev po uradni dolžnosti razveljavilo.<sup>30</sup>

#### 4. STATUS UPNIKA IN UPNIKA SEPARATISTA V ZAPUŠČINSKEM POSTOPKU

Slovenski ZD razen možnosti zahtevati ločitev zapuščine ne določa drugih posebnih pravnih sredstev, s katerimi bi lahko zapustnikovi upniki v zapuščinskem postopku dosegli, da bi se uresničila odgovornost dedičev za zapustnikove dolgove. Če dedič ne plača zapustnikovega zapadlega dolga prostovoljno, lahko upnik zahteva plačilo v pravdi oziroma izvršilnem postopku.

Upnik načeloma ni stranka zapuščinskega postopka. V skladu s 175. členom ZD so to: dediči, volilnojemniki ter druge osebe, ki uveljavljajo kakšno pravico iz zapuščine.<sup>31</sup> Ker upnik ni stranka zapuščinskega postopka, nima pravice do pritožbe zoper sklep o dedovanju. Svojo pravico namreč lahko že med trajanjem zapuščinskega postopka ali pa pozneje (tudi po pravnomočnosti sklepa o dedovanju, saj upnika učinek pravnomočnosti sklepa o dedovanju ne veže) uveljavlja v pravnem postopku.

Ustavno sodišče Republike Slovenije se je izreklo o vprašanju ustavne spornosti pravne ureditve, ki upnikom ne priznava položaja stranke v zapuščinskem postopku. Gre za sklep v zadevi Up-145/05-8 z dne 12. februarja 2007,<sup>32</sup> v katerem Ustavno sodišče ugotavlja, da upniku s tem, ko mu ni priznan položaj stranke v zapuščinskem postopku, ni kratena pravica iz 25. člena Ustave

<sup>30</sup> Glej šesti odstavek 140. člena hrvaškega Zakona o dedovanju (Zakon o nasledivanju) ter Nikola Gavella, Vlado Belaj, nav. delo, str. 283, op. 96.

<sup>31</sup> To so na primer osebe, ki skrbijo za izpolnitev nalogov, »pričakovalci« pri postavitvi dediča pod pogojem ali z rokom, osebe, ki zahtevajo izločitev določene premoženjske mase iz zapustnikovega premoženja: na primer zapustnikovi potomci, ki zahtevajo izločitev po 32. členu ZD, zakonec (tudi če ni dedič v konkretnem primeru), ki zahteva izločitev svojega deleža na skupnem premoženju, država ali občina, ki je dajala socialno pomoč zapustniku (128. člen ZD). Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 247. Glej tudi Karel Zupančič, nav. delo, str. 78–79.

<sup>32</sup> Glej <<http://odlocitve.us-rs.si>> (27. 2. 2016).



Republike Slovenije,<sup>33</sup> to je pravica do pravnega sredstva. Prav tako mu ni kratena pravica iz 23. člena Ustave, to je pravica do sodnega varstva. Ustavno sodišče namreč ugotavlja, da imamo pri upniku opraviti z razmerji, ki niso dednopravna, zato lahko posamezniki slednje, četudi so morda sodelovali v zapuščinskem postopku, tudi po pravnomočnosti sklepa o dedovanju uveljavljajo v pravdi. Ustavno sodišče je zato ugotovilo ustavno skladnost predstavljene ureditve zapuščinskega postopka, saj pravica do sodnega varstva ne pomeni, da je posamezniku dana pravica do točno določene oblike sodnega varstva po enem od zakonov (na primer v zapuščinskem postopku, v skladu z ZD), temveč posamezniku zagotavlja le pravico uveljavljati določeno varstvo v po vsebini ustreznem, za to predvidenem sodnem postopku.

Če upnik zahteva ločitev zapuščine, se njegov status spremeni: postane stranka zapuščinskega postopka. Temu logično sledijo tudi ustrezne pravne posledice. Upnik separatist je lahko stranka le glede vprašanj o ločitvi zapuščine, s tem vprašanjem pa je neposredno povezano tudi vprašanje obsega zapuščine. Zato je treba v takih primerih odločanja o spornih vprašanjih kot stranke upoštevati tudi ločitvene upnike.<sup>34</sup> V skladu z 210. členom ZD je treba prekiniti zapuščinski postopek do pravnomočne odločitve v pravdnem postopku, v katerem morajo biti udeleženi tudi upniki separatisti.

#### **4.1. Vprašanje utemeljenosti prekinitve zapuščinskega postopka zaradi ločitve zapuščine**

V sodni praksi je relativno široko sprejeto stališče, da institut ločitve zapuščine svojega namena, to je poplačila zapustnikovih upnikov, ne bo dosegel zgolj na podlagi izdaje sklepa o ločitvi zapuščine, njenega popisa in cenitev ter z morebitnimi ukrepi njenega zavarovanja. Zato sodišče, če predlogu za ločitev zapuščine ugodi, največkrat izda tudi sklep o prekinitvi zapuščinskega postopka in napotitvi upnikov na izvršilni oziroma pravdni postopek, v katerem lahko ti tudi dejansko dosežejo poplačilo svojih terjatev. Z ločitvijo zapuščine so namreč zgolj preprečili morebitno poseganje dedičevih upnikov vanjo. Zapustnikov upnik je tako dolžan sprožiti ustrezni postopek za

<sup>33</sup> Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13.

<sup>34</sup> Glej Nana Weber, nav. delo, str. 20; in Ana Božič-Penko, nav. delo, str. 22.

poplačilo svoje (doslej verjetno izkazane) terjatve oziroma postopek za njeno zavarovanje po pravilih izvršilnega postopka.<sup>35</sup>

Večinsko stališče sodne prakse v teh primerih je, da je prekinitev zapuščinskega postopka smiselna.<sup>36</sup> Za tako rešitev navajajo številne argumente. Menijo, da sklepa o dedovanju ni mogoče izdati, dokler se zapustnikovi upniki, ki so zahtevali ločitev zapuščine, ne poplačajo. Do tedaj namreč ni znan obseg zapuščine. Nekateri navajajo stališče, da ločena zapuščina ni predmet dedovanja, ampak se uporablja izključno za poplačilo terjatev upnikov, ki so izposlovali ločitev. Po njihovem mnenju dedič tega premoženja še ni podedoval. Glede ločene zapuščine ima dedič v času ločitve le določene pričakovalne pravice. Zapuščinski postopek se izpelje samo glede tistega dela zapuščine, ki morebiti ostane po poplačilu upnikov. Z ločitvijo zapuščine nastane položaj, kot da separirana zapuščina sploh ne bi postala zapuščina, ampak bi bila še vedno zapustnikova. Poudarja se tudi, da bi pri nepremičnini, če bi bil izdan sklep o dedovanju v korist dediča, preden bi se separatisti poplačali iz ločene zapuščine (če torej postopek ne bi bil prekinjen), obstajala nevarnost, da bi se dedič vknjižil kot njen lastnik v zemljiško knjigo. Z načelom zaupanja v zemljiško knjigo pa bi lahko nastopili tudi njegovi neželeni učinki: čeprav dedič s tem premoženjem ne bi mogel razpolagati, tako razpolaganje ne bi moglo oškodovati dobroverne tretje osebe, ki se je zanesla na te podatke. Sodišča v takem primeru opozarjajo tudi na nevarnost nezavarovanega položaja separatistov, saj če bi upniki dediča v morebitni izvršbi zoper le-tega segli po tako vknjiženem premoženju, bi separatisti sicer imeli ugovor tretjega (na podlagi sklepa o ločitvi zapuščine imajo pravico, ki preprečuje izvršbo), vendar je dejansko vprašljivo, ali bi lahko pravočasno izvedeli za grožnjo njihovi pravici ter jo tako tudi ustrezno zavarovali in preprečili izvršbo.

Predstavljenim stališčem sodne prakse pritrjujejo tudi različni avtorji oziroma teorija,<sup>37</sup> velja pa izpostaviti tudi nekatera nasprotna stališča in argumente. Na pravno spornost prekinitve zapuščinskega postopka opozarja na primer

<sup>35</sup> Tako tudi sodišča, glej na primer sklep Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1291/2012, <<http://sodisce.si/>> (27. 2. 2016); ter sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 3865/2008, <<http://www.sodisce.si/>> (25. 2. 2016).

<sup>36</sup> Glej stališča, izražena v naslednjih sodnih odločbah: sklep Višjega sodišča v Mariboru I Cp 315/2010, <<http://www.sodnapraksa.si/>> (27. 2. 2016); sklepi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2189/2014, <<http://www.sodnapraksa.si/>> (25. 2. 2016), II Ip 3381/2014, <<http://www.sodnapraksa.si/>> (23. 2. 2016), in I Cp 3865/2008, <<http://www.sodisce.si/>> (27. 2. 2016).

<sup>37</sup> Glej Nana Weber, nav. delo, str. 20.

Božič Penko, saj meni, da gre za pragmatično rešitev, ki separatistu daje določeno dodatno varstvo, ker bo dediču razpolaganje z zapuščino ne samo pravno prepovedano, ampak tudi dejansko onemogočeno.<sup>38</sup>

Opozarja pa, da prekinitev zapuščinskega postopka dediču zato, ker med trajanjem separacije z zapuščino ne more razpolagati, sama po sebi načeloma ne more škoditi, separatistu pa tudi ne posebej koristiti. Avtorica vidi problem predvsem v zavlačevanju zapuščinskega postopka, saj sodišče v vmesnem času ne bo obravnavalo niti tistih vprašanj, od katerih je odvisna vsebina sklepa o dedovanju, pa niso povezana s separatistom (na primer veljavnost oporoke ipd.).<sup>39</sup> Meni tudi, da določbi 210. in 212. člena ZD kot taki, ker govorita o napotitvi na pravdo, ne moreta biti podlagi za prekinitev zapuščinskega postopka zaradi ločitve zapuščine. Druge posebne določbe o tem vprašanju pa ZD nima. Avtorica sicer navaja potencialno rešitev, ki pa ima, na kar tudi opozarja, le omejen domet uporabe.<sup>40</sup> Ker se v zapuščinskem postopku smiselno uporablja Zakon o pravnem postopku (ZPP),<sup>41</sup> lahko sodišče odredi prekinitev postopka zaradi rešitve predhodnega vprašanja.<sup>42</sup> Taka rešitev pa je neproblematična le tako dolgo, kolikor je ta terjatev še sporna. Če izvršilni naslov proti zapustniku že obstaja in ga je treba le še izterjati, je zadeva povsem drugačna. Določbe o napotitvi na izvršilni postopek namreč 210. in 212. člen ZD ne vsebujeta.

Vendarle pa se zdi, da avtorica zaključi z možnostjo dopustitve rešitve, da se sodišče odloči za prekinitev zapuščinskega postopka, če se taka odločitev prilega konkretnemu primeru. Menim, da taka odločitev v nobenem primeru ni obligatorna. Ob tem Božič-Penko utemeljeno opozarja na načelo procesne ekonomije, ki sodniku nalaga, da pred prekinitvijo zapuščinskega postopka hkrati še preveri, ali je treba odločiti tudi o napotitvi katere druge stranke na pravdo ali na upravni postopek.<sup>43</sup>

Čeprav sprejemam argumente sodne prakse, zakaj je prekinitev zapuščinskega postopka smotrna, se mi zdi, da moramo prisluhniti tudi argumentom, ki

<sup>38</sup> Glej Ana Božič-Penko, nav. delo, str. 27.

<sup>39</sup> Prav tam, str. 28.

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Uradni list RS, št. 73/07, 45/08, 111/08, 57/09, 12/10, 50/10, 107/10, 75/12, 92/13, 10/14, 48/15.

<sup>42</sup> Glej 1. alinejo 206. člena ZPP.

<sup>43</sup> Glej Ana Božič-Penko, nav. delo, str. 28.

jih podaja Božič-Penko. Res je namreč, da prekinitev zapuščinskega postopka povzroči zastoj v odločanju sodišča oziroma prinese težave, ki so povezane z zavlačevanjem zapuščinskega postopka. S tem se dokončanje zapuščinskega postopka odmika v prihodnost, kar lahko skrbi dediča, saj do tedaj ne bo pridobil zapuščine, pa tudi državo zaradi sodnih zaostankov.

Če predstavljene pomisleke združimo z dejstvom, da v praksi institut ločitve zapuščine največkrat uporabljajo upniki zapustnika, kot so banke, zavarovalnice in upravniki večstanovanjskih stavb,<sup>44</sup> in da je uporaba instituta v praksi vse pogostejša,<sup>45</sup> bi morda vendarle kazalo razmisliti o rešitvi, da bi *de lege ferenda* sprejeli ureditev, ki bi izrecno zahtevala, da zapustnikovi upniki poleg tega, da morajo izkazati za verjetno, da imajo terjatev, hkrati kot verjetno izkazujejo tudi nevarnost, da brez ločitve zapuščine njihova terjatev ne bo poplačana. Tako bi se izognili pretirani (skorajda običajni) rabi instituta v praksi, za kar smo že ugotovili, da ni njegov temeljni namen (kljub drugačni dejanski ureditvi v ZD). Tako bi se znatno zmanjšala tudi nevarnost povečevanja obsega zadev, v katerih bi zaradi zahteve za ločitev zapuščine prekinjeni zapuščinski postopek trajal predlogo. Hkrati pa s takim novim pravilom ne bi pretirano otežili položaja zapustnikovega upnika glede dokazovanja dedičeve prezadolženosti, saj naj bi bila ta (podobno kot tudi terjatev) le verjetno izkazana.

Tukaj se velja še nekoliko vrniti k argumentom, ki so bili predstavljeni zgoraj in jih v prid stališču o potrebi po prekinitvi zapuščinskega postopka, ko sodišče ugotovi zahtevo za ločitev zapuščine, zagovarja sodna praksa. Menim namreč, da so nekateri argumenti in obrazložitve stališč sodišč šli nekoliko predaleč, saj vodijo v smer razumevanja, da v takem primeru sploh ni dedovanja zapuščine. Kot se zdi, nekatera sodišča utemeljujejo, da zapustnikovo premoženje v primeru ločitve zapuščine nekje leži, da je na neki način še vedno zapustnikovo oziroma je celo brez subjekta, podobno kot velja v primeru ležeče zapuščine. Tako stališče ni pravilno oziroma je zavajajoče. V teoriji namreč ni nikakršnega dvoma,<sup>46</sup> da gre tudi v teh primerih za stvari in premoženjske pravice, ki so ob uvedbi dedovanja postale dedičeve, vendar so zaradi ločitve zapuščine ločene od njegovega preostalega premoženja. Ob ugotitvi zahtevi

<sup>44</sup> Gre za terjatve v smislu negativnega stanja na osebnih računih zapustnikov in neplačane obratovalne stroške za stanovanje in podobno, v okvirnih zneskih tisoč evrov ali manj.

<sup>45</sup> To sicer glede na veliko zadolženost tako posameznikov kot tudi države niti ne čudi.

<sup>46</sup> Glej na primer Nikola Gavella, Vlado Belaj, nav. delo, str. 284; ter Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 237.

za ločitev zapuščine sta se tako le združili dedičevi premoženjski masi, ki zdaj predstavljata dve kategoriji njegovega premoženja: njegovo osebno in podedovano premoženje (zapuščina). Posebnost ločitve zapuščine je v tem, da zanjo velja poseben režim, ker dedič ne more razpolagati z njo,<sup>47</sup> prav tako pa nanjo ne smejo poseči njegovi upniki. Prepoved razpolaganja pomeni, da dedič ne sme ne pravno ne dejansko razpolagati s pravicami iz zapuščine. V nasprotnem nastopi ničnost oziroma lahko tudi odškodninska odgovornost. Za dediča ima torej ločitev zapuščine učinek prepovedi odtujitve in obremenitve ločenih stvari oziroma premoženjskih pravic.

## **5. DOKAZNI STANDARD VERJETNEGA OBSTOJA UPNIKOVE TERJATVE OZIROMA DEDIČEVE PREZADOLŽENOSTI**

Pri odločanju o dovolitvi ločitve zapuščine na zahtevo zapustnikovih upnikov se postavlja tudi vprašanje dokaznega standarda oziroma kako razlagati zahtevo, da mora biti upnikova terjatev ali pa tudi prezadolženost dediča verjetno izkazana. Ker gre za dokazni standard, je jasno, da ga zakon posebej oziroma izrecno ne opredeljuje.

Predvsem velja, da za dokazovanje verjetnosti obstoja terjatve upnika ali dejstva prezadolženosti dediča ni treba razpolagati s pravnomočnim ali nepravnomočnim izvršilnim naslovom, to je sodno odločbo, izvršljivim notarskim zapisom ali podobnim dokumentom. To pomeni, da terjatve oziroma prezadolženosti ni treba dokazati oziroma da ni treba doseči stopnje materialne resnice, kot se zahteva pri meritornem odločanju: to je prepričanja. Pri ugotavljanju verjetnosti obstoja gre namreč za sklepanje, da so razlogi, ki govorijo v prid obstoja določenega dejstva, močnejši od tistih, ki govorijo proti njegovemu obstoju. Navajati je torej treba taka dejstva in zanje predložiti take dokaze, na podlagi katerih je obstoj obravnavane predpostavke (terjatve ali prezadolženosti) verjeten. Pri verjetnem izkazovanju navedenih okoliščin je prisoten tudi blažji metodološki pristop, ki se kaže v neformalnosti: o obstoju verjetnosti sodišče lahko sklepa na podlagi nepreverjenih zasebnih listin, pisnih izjav prič, izpovedb prič na naroku, na katerega stranke niso bile pravilno vabljene, in podobno.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Lahko se ji določi celo začasni skrbnik zapuščine.

<sup>48</sup> Glej Ana Božič-Penko, nav. delo, str. 25.

## 6. LOČITEV ZAPUŠČINE V PRIMERU PRIPADA ZAPUŠČINE BREZ DEDIČA DRŽAVI

Sodna praksa se je srečala z zanimivim vprašanjem, kako odločiti v primeru, ko so zapustnikovi upniki zahtevali ločitev zapuščine v primeru, ko je zapuščina brez dedičev pripadla državi.<sup>49</sup> Višje sodišče v Mariboru je v sklepu I Cp 1291/2012<sup>50</sup> ugotovilo, da pri taki zahtevi ni nepomembno, da je prišlo do kaducitete in tako do prehoda zapuščine v državno last. Sodišče namreč ugotavlja, da je res, da tudi država odgovarja za zapustnikove dolgove v okviru vrednosti pridobljenega<sup>51</sup> premoženja, vendar pa cilj instituta ločitve zapuščine ni v tem, da se zagotovi prednostni položaj ločitvenemu upniku v razmerju do preostalih upnikov zapustnika, ampak le v tem, da se ohranja prednostni položaj v razmerju do upnikov dediča. Po mnenju sodišča v primeru prehoda zapustnikovega premoženja v državno last ta skrb nedvomno odpade in zato tudi ugotavlja, da predlog upnika za ločitev zapuščine v takih primerih ne more biti utemeljen. Menim, da je stališče sodišča (kljub relativno veliki zadolženosti Slovenije v današnjem času) pravilno.

## 7. POPIS IN CENITEV ZAPUSTNIKOVEGA PREMOŽENJA

Ob ločitvi zapuščine je treba opraviti popis in cenitev zapustnikovega premoženja<sup>52</sup> ter morebiti uvesti druge ukrepe, s katerimi se dediču prepreči oškodovanje upnikov, ki so zahtevali ločitev. Sodišče lahko torej v skladu z 240. členom ZD odredi različnečasne ukrepe za zavarovanje zapuščine. Prav tako 204. člen ZD določa, da sodišče, kadar je skladno z določbami zakona

<sup>49</sup> Če ni niti oporočnih niti zakonitih dedičev (za celo zapuščino ali za del zapuščine) ali če oporočni oziroma zakoniti dediči ne dedujejo, preide zapuščina ali njen del v državno lastnino. Premoženje, za katero ni dediča, se imenuje kaducitetno premoženje. V tujih pravnih ureditvah je pravica države, da pridobi zapuščino, za katero ni (drugih) dedičev, bodisi dedna pravica: država je zadnji zakoniti dedič (tako je na primer v nemškem, francoskem, italijanskem in švicarskem pravu), bodisi kaducitetna pravica: država si prilasti zapuščino kot premoženje brez gospodarja (v avstrijskem in v angleškem pravu). Po našem pravu pravica države, da pridobi zapuščino brez dediča, ni dedna pravica. Pri prehodu zapuščine brez dediča na državo ne gre za zakonito dedovanje, temveč za poseben način prehoda premoženja, ki je z zapustnikovo smrtjo ostalo brez gospodarja, na državo kot posledica vezi med zapustnikom in državo. Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 66–69.

<sup>50</sup> Glej <<http://sodisce.si>> (25. 2. 2016).

<sup>51</sup> V primeru države ne »podedovanega« premoženja.

<sup>52</sup> Glej 184.–190. člen ZD.

mogoče zahtevati ločitev zapuščine od dedičevega premoženja, na predlog upravičencev odredi tako ločitev in pri tem smiselno uporabi določbe zakona o začasnih ukrepih za zavarovanje zapuščine. To pomeni, da sodišče lahko smiselno uporabi določbo 191. člena ZD, ki določa, da v primeru okoliščin, ki narekujejo posebno previdnost, sodišče (na območju katerega se premoženje nahaja) izroči to premoženje (ali del premoženja) v hrambo zanesljivi osebi ali izvršitelju (če gre za gotovino, vrednostne papirje, dragocenosti, hranilne knjižice ali druge pomembne listine). Če to sodišče ni hkrati tudi zapuščinsko sodišče, mora obvestiti zapuščinsko sodišče o vseh ukrepih za zavarovanje zapuščine, ki jih je sprejelo. Ločeni zapuščini lahko zapuščinsko sodišče postavi začasnega skrbnika zapuščine.<sup>53</sup> To je namreč lahko eden tistih primerov, »ko je to treba« storiti.<sup>54</sup> O postavitvi začasnega skrbnika zapuščine mora zapuščinsko sodišče obvestiti pristojni center za socialno delo, ki lahko postavi drugega skrbnika.<sup>55</sup>

## 8. LOČITEV ZAPUŠČINE IN POSTAVITEV DEDIČA S POGOJEM ALI ROKOM

Institut ločitve zapuščine je zelo primeren oziroma uporaben, če se oporočitelj odloči, da dediča postavi s pogojem oziroma rokom.<sup>56</sup> Če gre za postavi-

<sup>53</sup> Glej tretji odstavek 143. člena ZD, v povezavi s 131. in 192. členom ZD.

<sup>54</sup> Generalna klavzula za njegovo postavitve, ki jo vsebuje 131. člen ZD.

<sup>55</sup> Začasni skrbnik zapuščine ima naslednja upravičenja: v imenu dedičev toži ali je tožen, izterjuje terjatve oziroma izplačuje dolgove in nasploh zastopa dediče (je njihov zakoniti zastopnik); skrbi za zapuščino, da se ohrani za dediče; upravlja zapuščino (v enakem obsegu kot dedič); razpolaga z zapuščino v okviru redne uprave in ohranitve zapuščine. Ker je skrbnik za posebne primere, za ravnanja, ki presegajo redno poslovanje in upravljanje zapuščine, potrebuje soglasje centra za socialno delo. Slednji lahko tudi sam neposredno postavi začasnega skrbnika zapuščine. Pred postavitvijo začasnega skrbnika zapuščine zapuščinsko sodišče ali center za socialno delo po možnosti zasliši o osebi skrbnika osebe, ki so poklicane k dedovanju. Dediče je treba o postavitvi začasnega skrbnika zapuščine obvestiti. Začasni skrbnik skrbi za zapuščino v interesu vseh dedičev kot celote: v pravdi nastopa v imenu in za račun vseh dedičev skupaj (nujno enotno sosporništvo). Funkcija mu praviloma preneha, ko je sklep o dedovanju pravnomočen oziroma ko zapuščina preide na dediče. Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 216–218; ter Karel Zupančič, nav. delo, str. 183–185.

<sup>56</sup> ZD dovoljuje oporočitelju, da v posameznih določilih oporoke postavi pogoje ali roke. To lahko stori zlasti pri določitvi dediča ali volilojemnika, taki modaliteti pa sta možni tudi pri drugih določilih oporoke, na primer postavitve pogoja pri določitvi o nevračunanju daril zakonitemu dediču. Pravice nujnega dediča do nujnega deleža oporočitelj ne more vezati na pogoje ali roke. Podrobnejših določb o pogojih in rokih ZD ne vsebuje, saj omenja samo odložni (suspenzivni) in razvezni (resolutivni) pogoj. Sicer pa so pogoji lahko še pozitivni (afirmativni, trdilni) in negativni (nikalni), po-

tev pod odložnim pogojem oziroma z začetnim rokom, bo oporočni dedič odgovarjal za zapustnikove dolgove samo, če se pogoj izpolni, oziroma šele, ko nastopi rok. Če je dedič postavljen z razveznim pogojem oziroma s končnim rokom, odgovarja za dolg samo, če se pogoj ne izpolni, oziroma dokler ne nastopi rok. Za dolgove v teh primerih odgovarja tisti, ki ima zapuščino kot dedič takrat, ko upnik zahteva plačilo, to je bodisi dedič, postavljen s pogojem ali rokom, bodisi dedič, ki ima dediščino v času visečnosti pogoja ali do nastopa roka. Dedič, ki plača zapustnikov dolg, pa ne obdrži dediščine, lahko zahteva povračilo od dediča, ki dokončno dobi dediščino. Ker pa v teh primerih vlada negotovost, kdo bo dokončno dobil oziroma obdržal dediščino, lahko zapustnikovi upniki zahtevajo ločitev zapuščine in poplačilo svojih terjatev iz zapuščine.

## 9. SKLEP

Ugotovili smo, da institut ločitve zapuščine že v teoriji, še bolj pa v sodni praksi sproža veliko vprašanj in dilem. Marsikateri se je mogoče izogniti že s pravilno razlago veljavnega prava, marsikatero pa bi lahko odpravila tudi nekoliko natančnejša zakonska diktacija.

Že dalj časa ugotavljamo, da je ZD potreben prenove. S predlogom novele, ki je ta čas v parlamentarni proceduri,<sup>57</sup> naj bi se sprejelo nekaj najnujnejših popravkov in dopolnitev, ki se večinoma navezujejo na potrebo po izvrševanju uredbe o mednarodnem dedovanju.<sup>58</sup> Spremembe so povezane tudi z insolvenčno zakonodajo in stečajem zapuščine, ureja se še nekaj drugih podrobnosti, na primer glede sestavljanja smrtovnice, natančnejše ureditve izločitve iz zapustnikovega premoženja na podlagi 128. člena ZD, izenačitve istospolnih partnerjev, dovoljevanja sklepanja sporazumov o odpovedi ne-vedenemu dedovanju tudi zakoncem, zunajzakonskim ter istospolnim partnerjem in podobno. Predlog novele ZD torej še zdaleč ne gre v smer in obseg, ki smo ju teoretiki že večkrat predlagali, zato ga ocenjujem kot izrazi-

---

testativni (hotni), kazualni (nehotni, naključni) in mešani. Glej Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 234–235, 163–168; ter Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar-Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 199–203.

<sup>57</sup> April 2016. Glej <<http://www.mp.gov.si/>> (8. 4. 2016).

<sup>58</sup> Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. julija 2012 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, UL L 201, 27. julij 2012.



to parcialnega. V luči morebitne obsežnejše reforme ali celo sprejema nove dednopravne zakonodaje pa bi veljalo razmisliti tudi o zaostitvi pogojev za dosego ločitve zapuščine. Po mojem mnenju bi bilo primerno, da bi tudi v Sloveniji (podobno kot na Hrvaškem) postavili zahtevo po izkazovanju obeh predpostavk, to je zapustnikovega dolga in tudi upnikove prezadolženosti. V nasprotnem bi se lahko uveljavila praksa, da bo institut ločitve zapuščine postal del običajnega in utečenega sistema poplačila zapustnikovih upnikov, kar verjetno ni njegov temeljni namen. V takem primeru bi bilo primerno, da bi v zakon vnesli tudi določbo, ki bi od upnika, ki je zahteval ločitev zapuščine in še nima izvršilnega naslova ali že pred tem ni začel postopka za uveljavitev svoje terjatve, izrecno zahtevala, da to stori v roku, ki mu ga odredi sodišče v sklepu o ločitvi zapuščine. Če tega v predvidenem roku ne bi storil, bi sodišče po uradni dolžnosti tak sklep razveljavilo.

#### **Literatura:**

Ana Božič-Penko: Ločitev zapuščine, v: *Pravosodni bilten*, št. 2/2012, str. 21–30.

Nikola Gavella, Vlado Belaj: *Nasljedno pravo*. Narodne novine, Zagreb 2008.

Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar-Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic: *Uvod v civilno pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.

Gorazd Kušej, Marijan Pavčnik, Anton Perenič: *Uvod v pravo*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1989.

Marijan Pavčnik: Razlagalnost ustave in zakonov, *Razmislek ob Dnevu ustavnosti*, 2015, <<http://www.us-rs.si>> (27. 2. 2016).

Martin Vedriš, Petar Klarić: *Građansko pravo*. Narodne novine, Zagreb 2009.

Nana Weber: Kako naj zapustnikov upnik doseže ločitev zapuščine?, v: *Pravna praksa*, št. 16-17/2012, str. 19–20.

Karel Zupančič: *Družinsko pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.

Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedno pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.

V. del

**PRAVO IN  
EKONOMIJA**



# Povezava prava in ekonomije

FRANJO ŠTIBLAR

Profesor Lojze Ude mi je posebno pri srcu kot pravnik s posluhom za ekonomijo. Kot pravnik civilist pogosto deluje na gospodarskopravnem področju. Je med redkimi pravnimi strokovnjaki in učitelji, ki vsaj deloma priznava nujnost povezave prava in ekonomije. Zato so strokovni pogovori z njim zame vedno zelo zanimivi in koristni.

Gre za to, da bi morali pravniki poznati tudi ekonomsko znanost, če delujejo na tem področju sami, ali pa sodelovati z ekonomskimi strokovnjaki. Po drugi strani pa bi morali tudi ekonomisti upoštevati pravno logično konsistentnost in normativnost okvirov delovanja. Merilu svojega delovanja bi morali legalnosti dodati še legitimnost, kar se posebno v sedanjem času ne dogaja. Tukaj nekaj več o prvem, povezavi prava in ekonomije s stališča pravnika, in o njegovi izbiri, katero ekonomsko znanost naj upošteva. Gre za sicer moje širše stališče, da mora pravnik aktivno poznati ali vsaj pasivno razumeti teorijo (materijo) področja, na katerem ustvarja pravo kot znanstvenik ali ga uporablja kot praktik oziroma vsaj znati sodelovati pri tem s strokovnjaki tega področja. V primeru pravnika civilista iz gospodarskega področja gre za poznavanje ekonomije, gospodarstva in financ. Enako pa bi moralo veljati tudi za druga vsebinska področja ustvarjanja ali uporabljanja prava, kot so na primer medicina, ekologija, mednarodni odnosi in politika. Pravo s svojim znanstveno logičnim instrumentarijem daje posodo, ki pa jo je potem nujno napolniti še z vsebino, materijo področja, na katerem se uporablja. Pravo je neke vrste veččina (čepprav visoko zahtevna), ki postane znanstveno relevantna šele v komunikaciji s stvarnostjo, področjem normiranja ali uporabe.

To ni niti samoumevno stališče niti splošno sprejeto, kar sem pri nas v strokovnih polemikah zaznal že v 80. letih 20. stoletja. Učitelje je skrbela logična konsistentnost pravnih aktov, niso pa hoteli prevzeti odgovornosti za vsebino

---

**Franjo Štiblar**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor ekonomskih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

njihovega urejanja. Tako je bil lahko v nekdanji Jugoslaviji normativno uveden in na napačnih vsebinskih teoretičnih predpostavkah zgrajen sistem samoupravnega dogovarjanja, pred tem pa centralno-planskega uravnavanja gospodarstva. Gradili so ga v glavnem pravniki, ker ekonomisti iz znanstvenih razlogov niso mogli sprejeti predpostavk, na katerih je slonel (na primer: skupni interes pred individualnim interesom). Na teh predpostavkah je danes v drugi skrajnosti izgrajen sedanji neoliberalni kapitalistični sistem (s predpostavko o racionalnem posamezniku, ki celovito informiran deluje na popolno konkurenčnem trgu), ki ga živimo in izvajamo v praksi. Spet sloni na predpostavkah o obnašanju ljudi, ki jih znanstveniki zavračajo (psihologi, češ da človek ni v celoti racionalen; sistemski ekonomisti, češ da popolno konkurenčnega trga ni mogoče doseči). Torej, prej neuresničljivi ideal »z leve«, zdaj »z desne«. Zakaj družba v takem sistemu ne deluje? Zakaj je kljub temu izbran?

Ozek pogled nekaterih pravnikov izhaja iz stališča, da je njihov edini cilj logična konsistentnost pravnega instrumentarija, v vsebinske predpostavke sistema pa se ne vpletajo, jih ne zanimajo. Tak pristop je napačen in je razlog za velike napake (sistem ne zaživi) ali celo strahote (na primer na nürnberškem procesu proti pravnikom tretjega rajha so se slednji prav na tak način izgovarjali).

Razprava v nadaljevanju konkretno zadeva odnos med pravom in ekonomijo, prav lahko pa bi jo bilo mogoče razširiti tudi na druga področja, kot je na primer odnos med pravom in medicino ali drugimi znanostmi. Najprej si poglejmo pedagoške in teoretične vidike odnosa pravnikov do ekonomije, potem pa prikažimo, katero ekonomsko teorijo naj pravnik izbere, da bo delo optimalno.

## **1. KAKO UČIMO PRAVO NA PRAVNIH FAKULTETAH DANES**

V sodobni težnji k izolirani čim višji strokovnosti se tudi na področju pravnega študija »izganjajo« vsi predmeti, ki niso pozitivnopravni, konkretno splošna izobrazba, kot jo dajejo zgodovina, rimsko pravo, ekonomija, sociologija, psihologija in druge družboslovne, humanistične ali naravoslovne vede. To zapiranje izobraževalnega procesa v ozek prostor izobrazbe vrhunskih »fahidiotov« velja pravzaprav za vsa področja znanosti, ne le za pravo. Tako ozko vrhunsko izobraženi in »natrenirani« posamezniki bodo natančno poslušno izvajali funkcije, za katere so zaposleni, širše implikacije, vsebinski razlogi

normativnih aktov in razumevanje materije, ki jo obravnavajo, pa naj jih ne zanimajo, saj bi lahko premišljali ali se celo upirali, to pa bi lahko samo zmanjšalo učinkovitost njihovega dela. Iz ljudi se vse bolj izobrazuje »robote«, da bi bili v naslednjem koraku dejansko zamenjani s stroji (kar se tudi v preprostih pravnih poslih že dogaja). O tem širšem, vrednostnem sistemu delovanja, in usmeritvah odločajo samo vodilne (politične) elite. Problem je v vrednostnih sistemih, na katerih je izgrajen celoten družbeni sistem. Zasnovani so na nepreverljivih dogmah, postulatih, oblikovanih tako, da služijo odločevalski eliti. Baziranje na nedokazljivih premisah (dogmah), v katere pa se tudi ne sme dvomiti, kot pravi uradna (mainstream) ortodoksna doktrina, daje taki znanosti značaj neke vrste religije.

## **2. PRAVO DELUJE PRVENSTVENO KOT DEDUKCIJA, NE INDUKCIJA**

Postavijo se teze, ki so »prave«, vendar naj se jih ne bi preverjalo. Iz njih je potem na logično konsistenten način izpeljana celotna zakonodaja in njeno uveljavljanje v praksi zaščiteno s sankcijami, če se zakona ne upošteva (oziroma se ga krši).

V pravu gre za tipično deduktiven proces, v katerem se izhodiščne predpostavke (dogme) ne preizprašujejo, testirajo, celotna izpeljava regulacije oziroma ureditve iz njih pa je potem res znanstveno konsistentna. Problem nastane, ko zaradi neznanstvenih predpostavk rezultati idealnega pravnega modela ureditve niso taki, kot so bili pričakovani. Tako kot je zaradi neuspeha v praksi propadel komunistični ekonomski sistem centralnega planiranja oziroma socialistični samoupravni sistem dogovarjanja, tako zdajšnji kapitalistični neoliberalni sistem ustvarja krize (za katere pravi, da brez njih ne gre) in bo moral biti nekoč prav tako popravljen v izhodiščnih temeljih.<sup>1</sup> Na najboljših šolah izurjeni pravniki zato večinsko odklanjajo empirično delo, testiranje v praksi, to jim je tuje, težaško, manjvredno. Ključno je, da čeprav bi hoteli raziskovati tudi empirično, običajno niti ne poznajo metod empiričnega znanstvenega raziskovanja, da pa se ne bi preveč spraševali in dvomili, se jih tega niti ne uči. Tako tudi če zdravorazumsko vidijo, da neko določilo oziroma ureditev nista dobra, nimajo instrumentarija, da bi to tudi (znanstveno) dokazali. Ostane

---

<sup>1</sup> Franjo Štiblar, nav. delo, 2008.

jim le slepo ponavljanje vrednot elite, na katerih sistem stoji. (P)ostanejo le slepi izvrševalci, svečeniki neke »religije«, doktrine.

Indukcija kot nasproten metodološki pristop ima tudi svoje slabosti. Sprejema in analizira informacije iz prakse po načelu od konkretnega k splošnemu. To bi bila lahko teoretična osnova za sistem ustreznih predpostavk o ravnanju človeka, na katerem bi družba slonela. Vendar je problem v tem, da so metode znanstvenega spoznavanja tako šibke, da ne diskriminirajo nujno med različnimi rešitvami in torej kljub empiričnemu trudu ne dajejo enoznačnih odgovorov v obliki posplošenih zakonitosti. Ne dajejo prav samo eni teoriji, temveč približno prav več različnim teorijam.

Pravo je kot primarno deduktivna veda konsistentno, vendar na napačnih izhodiščnih predpostavkah vodi do napačnih rešitev v praksi. Ekonomija kot primarno induktivna veda testira in empirično potrjuje pravilne predpostavke, vendar abstrahiranje iz empirije zaradi kompleksnosti človeka (njegove subjektivne determiniranosti z vrednostnim sistemom in dejstva, da je hkrati subjekt in objekt proučevanja) in siromašnosti znanstvene empirične metodologije ne prinese enoznačnih odgovorov: zakoni ostajajo samo približki.

Tako so pravniki (vsebinsko neosveščeni, sicer vrhunski logično-konsistentni formalisti) dobro orodje za uveljavitev po vodilnih elitah zaželenega sistema, takega, ki bo pod krinko koristnosti za celotno družbo, v resnici služil interesom zgolj vodilne elite. Pogosto so taki pravniki sami kooptirani kot del elite, če sprejmejo sistem, ki ji služi, torej tudi njim kot njenim članom. Kot preambiciozen in zato neuspešen se je v zgodovini že večkrat pokazal poizkus preoblikovati ljudi, njihovo naravo, vrednote, da bi izpolnjevali elemente vnaprej postavljenega vrednostnega (dogmatskega) sistema.

### **3. RAZLIKA MED PRAVNIM IN ZNANSTVENIM (EKONOMSKIM) ZAKONOM**

Pravni zakon (norma) ostaja v veljavi, tudi če se ga (jo) krši. Za kršitev so predpisane sankcije, zakon pa še naprej velja. Ker sistem zaradi kršitve ne propade, se načeloma pravnik naj ne bi spraševal o smiselnosti zakonskega določila. Nasprotno pa znanstveni zakon velja samo, kolikor in dokler je empirično potrjen. Če se praksa razlikuje od teze zakona, to ni več zakon; če se

praksa razlikuje od pravnega zakona, sledi sankcija za kršitev, vendar pravni zakon še vedno velja.

Prenos odnosa do pravnega zakona na znanstvena področja, kot je ekonomija, pravnikom »lahke vesti« omogoči normiranje (ali uveljavljanje v praksi) nečesa, kar se v praksi ne potrdi. Zato pravniki lahkih src nadomeščajo znanstvenike drugih področij pri urejanju nekega področja, kadar se ti upirajo ureditvi, ki ne sledi znanstveno dognanim resnicam njihovega področja. Pravniki znanstvene zakone obravnavajo, kot da so pravni zakoni. Tako so pravniki pisali samoupravno ekonomsko ureditev, pred tem centralno-plansko ureditev in tako danes soustvarjajo neoliberalno ureditev. Na njeno neuveljavitev v praksi se lahko odzovejo le tako, da spremenijo človeka, da se ne bo več obnašal kot človek, ampak kot bitje, ki so ga nosilci sistema predpostavili v nepreverljivih izhodiščnih predpostavkah (racionalnost, egoizem, individualnost, protisocialnosti, solidarnost itd. v stvarnosti). Gre za ekon-egoiste, ne human-altruiste.<sup>2</sup> Nismo več daleč od reka, če ljudstvo ne odgovarja teoriji, je treba zamenjati (ali v tem primeru prevzgojiti) ljudstvo, ne popraviti oziroma zavreči napačno teorijo.

Tako je bila izgrajena v sedanosti na ravni »fizike« neoklasična ekonomska teorija, ki sloni na zakonitostih ravni eksaktnih ved in je zato začela kot edina med družboslovnimi vedami dobivati nagrado v imenu Alfreda Nobela.<sup>3</sup> Na žalost pa se je ekonomija pri tem stremljenju za eksaktnostjo odlepila od stvarnosti. Zahtevni matematično oblikovani ekonomski modeli so pripeljali do zaključkov, ki jih praksa ne potrjuje. Pa to ni le tako nedolžno, prispevali so ključno k največji gospodarski krizi v zadnjih 80 letih, ki je svet pripeljala skoraj do kolapsa. Vendarle so tudi v krizi elite pridobile, neenakosti med ljudmi pa se povečujejo še hitreje kot v normalnih časih.

V okviru znanosti o človeku je pomembno poudariti razliko med ekonomskimi in **pravnimi** znanostmi, posebno zato, ker v praksi pogosto prihaja do zamenjave med njimi (posebno pri pravnikih in politologih). Predmet pravnih znanosti je norma, ki se bistveno razlikuje od ekonomskega znanstvenega zakona, ki je cilj in vsebina ekonomskih znanosti. Norma, tudi tista, ki uravnava ekonomska vprašanja, ni odvisna od proste ugotovitve obstoječih dejstev,

<sup>2</sup> Franjo Štiblar, nav. delo, 2014.

<sup>3</sup> Sam Alfred Nobel ekonomije ni imel v mislih med področji podeljevanja njegove nagrade. Danes nagrado za ekonomijo financira in organizacijsko podpira švedska centralna banka, eno od jeder neoliberalne ekonomske doktrine. Franjo Štiblar, nav. delo, 2015.



temveč predpisuje pravice in obveznosti, ki ne prenehajo veljati, čeprav jih subjekti kršijo ali ne uveljavljajo. Ekonomski znanstveni zakon pa počiva na vzorčnem determinizmu (ali stohastični porazdelitvi), njegova vrednost (veljavnost) je odvisna izključno od njegovega strinjanja z dejstvi. Medtem ko norma (tudi ekonomska) ob konfliktu dejanskega stanja z njo, velja še naprej, ekonomski znanstveni zakon propade. »Ekonomske norme« govore, kako naj bi bilo, ekonomski zakoni pa, kako dejansko je. Nadomestitev ekonomskih zakonov (ki jih subjekt normiranja bodisi ne pozna bodisi jih ne prizna, čeprav jih pozna) z ekonomskimi pravnimi normami (nadomestitev stvarnosti z željami) je prevladujoč način uravnavanja gospodarskega življenja, bolj ali manj prisoten v vseh družbenih sistemih v svetu, posebno močan pa je bil v naši nekdanji državi. Ekonomska znanost tako postaja pravna in ne več nomotetska znanost, kar bi po vsebini svojega predmeta morala biti. Tak razvoj se vedno znova konča v konfliktnem neizpolnjevanju »ekonomskih norm« in, kar je še pomembnejše, v gospodarskih neuspehih.

Rešitev je v tem, da je ekonomski znanstveni zakon najprej odkrit v nekem družbenem okolju, zatem pa priznan kot vsebinska osnova za oblikovanje ustrezne pravne norme za ekonomsko področje, in to take, ki se bo v praksi res izvrševala (brez konfliktov) in ki bo hkrati pripomogla k želenim ugodnim gospodarskim rezultatom. Kljub nepriznavanju ali nepoznavanju ekonomskih zakonov oni objektivno, neodvisno od naše volje, še vedno delujejo, vendar tedaj v nasprotju s pravnimi normami za ekonomsko področje, ki ne počivajo na njih. S pomočjo pravnih norm (ne samo z njimi) je mogoče vplivati na spreminjanje pogojev, okvirov, v katerih delujejo ekonomski zakoni in s tem posredno tudi na rezultate njihovega delovanja, ni pa mogoče spreminjati samih ekonomskih zakonov in zakonitosti.

#### **4. KAKO NAPREJ S PRAVOM IN IZOBRAŽEVANJEM PRAVNIKOV**

Izobraževati vrhunske, vendar preozke profile je za celovit družbeni razvoj škodljivo, daje pa odločevalski eliti podpornike za uresničevanje njenih interesov, ki se propagirajo kot splošni interesi. Nasprotno, potrebni so pravniki široke osnovne izobrazbe. V anglosaksonskih deželah (in tudi Rusiji) jo dobijo študenti z diplomno neke druge fakultete, pravo je le podiplomski študij. Pri nas te podlage ni, zato bi bil širši *curriculum* v prvih letnikih študija nujen,

seveda z vidika družbenih koristi, toda proti ozkim interesom vodilnih odločevalskih elit.

Prepotentnost in agresivnost pravnih strokovnjakov (in pravnikov nasploh), ki se spoznajo na vse, izhaja prav iz njihovega nerazumevanja, kako malo poznajo posamezna področja normiranja in uveljavljanja prava. Daleč so še od »vem, da nič vem«. Ob študiju prava bi morali študirati še drugo vsebinsko področje ali pa bi morala univerza dati predmete drugih področij v začetnih letnikih kot možnost celovitega študija prava.

Namesto družbene socialne, ekološke, etične in etnične ozaveščenosti ustvarjamo pravnike kot poslušne branilce sistema, kakor si ga je zamislila elita, katera del so, v svojo korist. Množice pa trpijo in potencial družbenega razvoja ni izkoriščen.

## **5. NAPOTILO PRAVNIKOM V RAZUMEVANJU SODOBNE EKONOMSKE ZNANOSTI<sup>4</sup>**

Pomanjkljiva ureditev delovanja finančnega sektorja in gospodarstva v tranzicijskih državah je posledica nepopolnega prehoda iz prejšnjega sistema, v katerem je bilo na ekonomskem področju dovoljeno samo to, kar je bilo izrecno predpisano v zakonih, v novi sistem, v katerem je dovoljeno vse, razen tistega, kar je posebej v zakonih prepovedano. Zrele kapitalistične države tak »permisivni« sistem gradijo že desetletja, skoraj stoletja, pri novih iz socializma oblikovanih kapitalističnih državah pa hiter celovit prehod normativno (in potem še v izvajanju) ni bil mogoč. Tako je ostalo veliko sivo polje področij delovanja, ki sicer niso več izrecno prepovedana niti urejena, vendar pa so vprašljiva moralno, z vidika legitimnosti. Legalno je, ni legitimno, toda moralnost (legitimnost) je postala predvsem s strani stališča vodilnih elit pokopana kategorija. Prej v socializmu je država s prepovedmi ščitila posameznika pred zlorabami drugih ljudi (vendar je pri tem tudi onemogočalo svobodno iniciativo), zdaj pa je taka zaščita odpadla, le da se ljudje tega še ne zavedajo dobro. In zato so (posebno starejši, ki so osnovno vzgojo dobili še v socializmu) naivne žrtve izkoriščanja tistih, ki na njihov račun kujejo dodatne dobičke. Legitimno (moralno) ni, je pa legalno in zato sodno nesankcionirano. Normativni sistem se razširja v smeri nemoralnega, tako da nelegitimno

---

<sup>4</sup> Franjo Štiblar, nav. delo, 2011.

(nemoralno, neetično) postane legalno. O legitimnosti legalnega pa naj se ne sprašuje. Tako so nastali prvi bogati kapitalisti v obdobju liberalnega kapitalizma Zahoda nekoč, enako v obdobju tranzicije na Vzhodu danes.

## **6. KATERO EKONOMSKO ZNANOST NAJ BI PRAVNIKI UPOŠTEVALI?**

Globalna finančna kriza iz leta 2008 je pokazala slabosti mainstream ortodoksne ekonomske znanosti. Tehnični napredek je kot objektivna sila od spodaj (indukcija) razlog globalizaciji,<sup>5</sup> čemur se ni mogoče izogniti. Zaradi razvoja informacijsko-komunikacijske tehnologije in transporta je svet postal enoten ekonomski prostor, še zlasti izrazito na finančnem in širše gospodarskem področju. Širjenje trga na svetovno raven zahteva tudi njegovo enotno ureditev in nadzor, če naj bi trg kot temeljni gospodarski mehanizem deloval učinkovito, pošteno in hitro, kar pomeni predvsem ustvarjal enake pogoje gospodarjenja za vse.

Ideal prevladujoče doktrine neoliberalizma je popoln trg in racionalen posameznik<sup>6</sup> kot akter na njem. Govorimo o svobodnih trgih (angl. *free markets*),

<sup>5</sup> V nasprotju z globalizacijo deluje regionalizacija s subjektivnimi silami pritiska od zgoraj kot politični projekt, na primer EU. Zato ustvarjanje notranjega svobodnega trga EU ne more biti končni cilj razvoja, saj ustvarja trenja s trgi, državami zunaj EU. Končni cilj je globalni trg; če ga zaradi negativnih posledic ne želimo, pa merkantilistično omejevanje globalne popolnosti trgov. Enoten globalni trg bi za uspešno delovanje zahteval le eno globalno regulacijo (svetovna enotna zakonodaja) in enega globalnega izvrševalca – nadzornika (svetovno vlado); dokler tega ne bo, bodo med svetovnimi akterji nastajali konflikti. Taka rešitev pomeni popolno izgubo suverenosti (ne le držav, tudi integracij, kot je EU), ki je v doglednem času težko sprejemljiva. To pa pomeni, da je potreben ukrep v nasprotni smeri: zaščita posameznih držav, integracij z merkantilističnimi ukrepi omejevanja prostega globalnega trga. Rešitev notranjih problemov EU zato ne pomeni, da konfliktov v svetovnem merilu ne bo: bodo pa med EU in ZDA, BRICS, nerazvitimi itd.

<sup>6</sup> Ta drugi konstitutivni element ni predmet prispevka. Je potreben, da bi se lahko ekonomska znanost približala po eksaktnosti idealu fizike, v kateri ponovitev eksperimenta vedno daje enak rezultat, kar konstituira fizikalni zakon. Pri človeku na žalost (ali bolje na srečo) ni tako: ni mehanični robot, ne deluje vedno racionalno, zato je modeliranje neuspešno, zamišljeni ekonomski »zakoni« nepotrjeni v praksi. V boju proti tej oviri se nekateri ekonomisti usmerjajo v ekstreme, kot so laboratorijska ekonomika (v laboratorijskem poizkusu naj bi replicirali pogoje iz stvarnosti, kar ni mogoče), ali nevroekonomika (študij delovanja posameznih delov možganov pri ekonomskem odločanju), da bi človeka končno mehanizirali in naredili njihove ekonomske modele potrjene v praksi, kar doslej niso bili. Kar nekaj Nobelovih nagrad za ekonomijo bi bilo treba zato vrniti. »Rešitve« za uveljavitev racionalnosti obnašanja so tako tri: kazensko sankcionirati vsako »neracionalno potezo«, biološko s posegi v možgane odpraviti vse neracionalne vzgibe ali pa enostavno človeka zamenjati z robotom. Katera kaže lepšo prihodnost?

v delovanje katerih se država ali druge avtoritete nimajo kaj vpletati. Ključni cilj delovanja je doseganje »izenačenega igrišča: enakih pravil igre in enotnega sodnika« ali konkretno povedano enakih pogojev gospodarjenja za vse ekonomske akterje (angl. *level playing field*). Na njem vsak posameznik sledi svojemu maksimumu (profitu), s čemer hkrati dosega optimum za celotno družbo (državo), pravi Friedmanova maksima.<sup>7</sup> Pri tem se sklicuje na koncept »nevidne roke« začetnika sodobne ekonomije Adama Smitha, po katerem nevidna roka iz individualnih maksimumov ustvari družbeni tržni maksimum.<sup>8</sup> Regulator naj bi z enotnimi pravili tržnega delovanja izenačil položaj vseh akterjev na trgu.

Enaki pogoji gospodarjenja pomenijo v resnici situacijo popolne (angl. *perfect*) konkurence na trgu. Sestavna dela popolne konkurence na trgu, o katerih govori morfologija trga, sta čista konkurenca na trgu produktov in storitev ter prosta konkurenca na trgu produkcijskih faktorjev.<sup>9</sup> Pri obeh gre za elemente:

- atomističnosti (veliko število neznatnih ponudnikov in povpraševalcev),
- homogenosti produktov in storitev, faktorjev, ki so predmet trgovanja,
- odprtosti trga za vstop in izstop akterjev,
- gibljivosti akterjev, ki pri nakupu ali prodaji sledijo samo cenovnemu interesu,
- popolne informiranosti akterjev, sposobnosti za odločitev in volje.

Če so vsi ti pogoji hkrati izpolnjeni, bo kot optimum dosežena normalna cena predmeta trgovanja, ki je najnižja možna za vse akterje v tistem prostoru in času ter kot taka daje le normalne dohodke prodajalcem, ki pokrijejo normalne stroške (izdelave produkta, dane storitve ali uporabe produkcijskega faktorja). Seveda tak tržni ideal nikoli ni izpolnjen, v nepopolni konkurenci so cene deloma monopolne, kar pa daje monopolistom (in monopsonistom) poleg normalnih tudi monopolne dohodke, ekstra dobičke, na račun drugih, nemonopolistov, ki dobijo zato manj kot normalne dohodke. V sledenju lastnemu maksimalnemu dobičku se zato akterji na trgu prav zavestno trudijo, da bi si ustvarili prednost in odpravili popolnost trga, iz tako ustvarjene nepopolnosti pa črpali profite zase.

<sup>7</sup> Milton Friedman.

<sup>8</sup> Adam Smith, nav. delo, 2010.

<sup>9</sup> Aleksander Bajt, Franjo Štiblar, nav. delo.

Tak koncept prevladuje v ekonomski teoriji in v praksi kapitalističnih držav kot temeljna ideologija vse od sredine sedemdesetih let 20. stoletja. Njegova posledica so krize, tudi najmočnejša globalna finančna kriza iz 2008, katere posledice še niso odpravljene. Pri tem je redno in zavestno zanemarjeno dejstvo, da je Adam Smith, ki je bil pravzaprav filozof, napisal tudi knjigo Teorija moralnih sentimentov,<sup>10</sup> v kateri poudarja moralni vidik delovanja tržnih akterjev, ki »ne smejo pri sledenju svojemu maksimumu škodovati drugim akterjem«. <sup>11</sup> Če je blagostanje države (družbe) seštevek blagostanja njenih članov, potem škode (negativne eksternalije), ki jih v sledenju svojim lastnim koristim eni akterji delajo drugim, zmanjšujejo skupno korist (blagostanje), zato niso družbeni optimum. Tako tudi v primeru idealnega popolnega konkurenčnega trga nebrzdano sledenje akterjev zgolj lastnemu maksimumu ne omogoča doseganja maksimuma blagostanja (koristi) za družbo (državo) kot celoto. Še mnogo bolj so tržne rešitve v stvarnosti oddaljene od družbenega optimuma, ker trg ni in nikoli ne bo popolno konkurenčen. Prav omejenost tržne konkurence pa monopolistom omogoča, da jo izrabijo za doseganje monopolnih dobičkov na račun inferiornih akterjev na trgu, kar lahko dosežejo le z zmanjšanjem tržnih količin menjave pod tiste, ki bi bile v konkurenci.<sup>12</sup>

Tudi neoliberalne doktrinarje stvarnost sili, da priznavajo napake trga (angl. *market failures*), zaradi česar so veliko teoretičnega napora v preteklih desetletjih usmerili v iskanje rešitev zanje. Gre za popravke nepopolnega trga, običajno z intervencijo avtoritete, kot je država. Izganjati državo iz gospodarskega delovanja je zato nesmisel. Namesto najboljše rešitve (angl. *first best solution*), ki bi jo dal (nikoli doseženi in nedosegljiv) popolni trg, tako v praksi prihaja do drugih najboljših rešitev s pomočjo reguliranja in nadzora države (angl. *second best solution*), brez katerega bi tržni mehanizem propadel.

Ilustrativen je koncept »svobodnega strelca« (angl. *free rider*), ki želi za vse druge enaka pravila – pogoje gospodarjenja na trgu, zase pa zahteva izjemo pri tem, ker mu le-ta prinaša posebne koristi – dobičke. Taki svobodni strelci se pojavljajo povsod, kjer prihaja do transakcij med akterji, od mikroravni do

<sup>10</sup> Adam Smith, nav. delo, 1982.

<sup>11</sup> Poudarjanje morale v ekonomskem, pravnem in širše vsem družbenem delovanju je danes nepopularno. O legitimnosti se ne govori, zadostuje legalnost. Študij etike in morale bi, nasprotno, moral prežemati izobraževanje od najnižjih do najvišjih stopenj, posebno v družboslovju. O tem v Bolonjski reformi nič.

<sup>12</sup> Gre za prerazdelitveni in proizvodni učinek monopola; več o tem na primer v: Aleksander Bajt, Franjo Štiblar, nav. delo, 2004, III. del, točka 35.

makroravni držav na globalnem trgu (na primer razne svobodne trgovinske cone, posamezne davčne oaze ali finančno privilegirane države, kot sta Švica in Luksemburg, Irska ter majhne države v Evropi, kot so Andora, Monako in San Marino). Brez posebnega, izjemnega statusa ne bi imele ekstra dobičkov in ne bi bile bogate: njihov posebni status pa podpirajo elite bližnjih velikih držav, ki v njih opravljajo finančne transakcije in tako črpajo ekstra koristi zase (neobdavčene dohodke hranijo). Skrivni računi v davčnih oazah pomenijo netransparentnost, ki koristi tujim varčevalcem in domači državi. Korist statusa svobodnega strelca imajo tako hkrati ponudniki in povpraševalci, ki so tudi odločevalci, zato ni prave volje za njihovo odpravo.

Izjeme od popolne konkurence, ki vodijo v prerazdelitev dohodkov in manjši obseg menjave dobrin in storitev kot v konkurenci, so lahko prirojene, objektivno dane ali pridobljene. Slednje so lahko legalne (pozitivne) ali nelegalne oziroma vsaj nelegitimne. S študijem pridobljena izobrazba spada med prve, zakonsko ali izvršilno podana izjema, prednost pa med druge. Države, regulatorji skušajo s protimonopolno zakonodajo neenake pogoje gospodarjenja odpravljati, mikro akterji na trgu vztrajno želijo ustvarjati prednosti zase, da bi iz njih kovali ekstra dobičke. Gre za tekmo med »ravbarji in žandarji«, v kateri so ravbarji vedno korak pred žandarji, ki se na lumparije prvih odzivajo z zamudo, lahko se pa sploh ne odzivajo, če so pod kontrolo »ravbarjev«.

Podjetništvo (angl. *entrepreneurship*) je kot svobodno iniciativo posameznika Joseph Schumpeter<sup>13</sup> štel za osnovno gibalno kapitalizma, zaradi katerega je ob ustvarjeni učinkovitosti ekonomsko superioren socializmu, komunizmu. Izumljanje in njegova podjetniška implementacija imata lahko pozitivne ali negativne družbene posledice. Pojavne oblike podjetništva so tako lahko:

- napredek tehnike, implementiran kot tehnološki izum, inovacija, kar naj daje (prehodno!) avtorju prednost v obliki višjega dobička, dokler napredka ne osvojijo drugi in ne povečajo ponudbe ter znižajo cene. Gre za plačilo za »sestavljeno« delo izumitelja, katerega rezultatov pa trajno (zase in za dediče) ne monopolizira s pomočjo patenta;
- lahko pa je taka inovacija tudi finančni inženiring, pri katerem si avtor zamisli nov finančni derivativ, njegovo delovanje naredi netransparentno, da lahko pretenta naivne nepoznavalce, jih privabi v igro, s prodajo njim zasluži ekstra profit, tveganje izgube pa nosijo kupci – naivci. Taka vrsta »na-

<sup>13</sup> Entrepreneurship, 1943.

predka tehnike«, ki je močno prisotna ob sedanji globalni finančni krizi, ne zasluži posebne nagrade: na blagostanje države in družbe kot celote deluje negativno.

V stvarnosti ni enakosti med ljudmi niti glede prirojenih niti pridobljenih sposobnosti, političnih prednosti, položaja v družbi. Privilegirani (elite na oblasti) se tega zavedajo in zahtevajo svobodno tržno tekmo, kakor da neenakih začetnih položajev ni, da bi izrabile svojo prednost in dosegle zmago v obliki kopičenja bogastva in (perpetuiranja) njihove politične družbene moči. Zato ne marajo posegov države in se zavzemajo za svobodni trg.<sup>14</sup> Seveda, ko se tekma izrodi, nastane kriza; ker bi privilegirani izgubili, zahtevajo socializacijo teh izgub (prek državne pomoči). Ko je kriza mimo, znova državo odganjajo, da bi v nadaljevanju spet privatizirali dobičke.

Naj za ponazoritev omenim reševanje velikih bank in drugih finančnih institucij z državnim denarjem nas vseh (*de facto* nacionalizacija) ob prepuščanju enot realnega sektorja v propad, kar je ob globalni finančni krizi znova odraz neenakih pogojev gospodarjenja, v resnici reševanja. Lahko je politično razumljivo, ker bi propad velike banke sprožil verižno reakcijo propada finančnega in posledično kolaps celotnega svetovnega gospodarstva (angl. *too big to fail* – TBTF ali celo *too big to bail* – TBTB),<sup>15</sup> propad še tako velike tovarne pa sicer ima socialno hude negativne posledice za množice zaposlenih in njihovih družinskih članov, nima pa posledic svetovne katastrofe. Je razumljivo, ni pa moralno, pošteno, legitimno. Bogate finančnike in lastnike finančnih institucij denar davkoplačevalcev rešuje, revne tovarniške delavce, majhne obrtnike in trgovce, ki propadajo v resnici zaradi izvirnega greha finančnikov, pa se prepušča usodi propada, ker »niso sistemsko pomembni«. Torej si je treba za zaščito tak položaj ustvariti.

Regulacija (normativna ureditev in nadzor njene implementacije v praksi) naj bi ustvarjala enake pogoje gospodarjenja (angl. *level playing field* – LPF) za vse. Neregulirane institucije, ki so ob grožnji propada dobile državno pomoč,

<sup>14</sup> To je, kot da bi v teku na sto metrov tisti, ki ima 40 metrov prednosti ob startu, nasprotoval kakršnikoli intervenciji za izenačitev pogojev teka (na primer v obliki hendikepa). Taka tekma bi bila morda še fair, če bi prednost izhajala iz lastnega pozitivnega napora ali naravne danosti, gotovo pa ne, če je plod političnih zvez, korupcije ali kaznivih dejanj.

<sup>15</sup> Rešitve problema moralnega hazarda, ki izhaja iz nemožnosti prepustiti propadu velike finančne institucije, gredo v smereh razbijanja teh velikih institucij (kako, do kod?) ali pisanja njihovih oporok (za redni stečaj brez problemov za okolico, če bodo propadle, sorazmerno večjih zahtev po kapitalu kot zadnjemu zavarovanju), toda nikakor ne zadostujejo.

ker so prevelike, da bi propadle, bi morale ob pridobitvi finančne injekcije privoliti v to, da se jih regulira, sicer bi zaradi moralnega hazarda, na osnovi prve pomoči, sklepali tudi v bodoče, da lahko delujejo nebrzdano in tvegajo nekontrolirano, saj jih bo ob naslednji krizi kot posledici njihovega delovanja država spet rešila. Takšno reguliranje se ne dogaja: izjemno finančno podprto lobiranje proti regulaciji finančnega sektorja uspešno omiljuje regulacijo, s čimer pa ostajajo ohranjeni nastavki za novo finančno krizo zaradi dejanj »nebrzdanih finančnih inženirjev«.

Enake pogoje gospodarjenja (LPF) je mogoče ustvarjati v treh razsežnostih: krajevno, časovno in vsebinsko. Kadar niso ustvarjeni, vodijo v arbitražo: prehajanje iz manj v bolj ugodne pogoje, dokler se ti povsod ne izenačijo.

- Krajevno: gre za razlike v ureditvi med mesti, državami, regijami, celinami, ki ugodnejšemu dajejo prednosti; to pogosto vodi v tekmo proti dnu (angl. *race to the bottom*), ki se enkrat mora ustaviti zaradi grožnje katastrofalnih posledic.<sup>16</sup>
- Vsebinsko: gre za stopnjo strogosti ureditve (regulacije) posameznih vrst finančnih institucij: bank, zavarovalnic, skladov, investicijskih družb. Finančna skupina (konglomerat), ki ima v svoji sestavi vse navedene institucionalne enote, arbitrira tako, da seli posamezne vrste poslov v tiste njene institucije, ki so najmanj regulirane ali celo neregulirane, in jih lahko hkrati ima celo v različnih državah. Gre za krepitev nereguliranih institucij (angl. *shadow banking*) ki pa so prav zaradi pomanjkanja kontrole vzrok nastanka krize, v njej pa zaradi svoje velikosti (TBTF) morajo biti državno sanirane.
- Časovno: tveganja bodočih dogodkov pokriva zavarovanje pred njimi, v finančnem sektorju v obliki hedginga. Hkrati pa so instrumenti zavarovanja pred tveganji postali osnovna oblika špekulacij, ki so vodile v globalno finančno krizo, na primer znameniti hedge skladi, zasebni skladi. Ali, nerazvite države ekološko onesnažujejo bolj kot razvite z izgovorom, da so tudi razvite onesnaževale v preteklosti, ko so bile še nerazvite.

<sup>16</sup> Primer: vse države znižujejo davčne stopnje, da bi privabile tudi investitorje, vendar na koncu za proračune ostane nič, socialne potrebe pa je kljub danes priljubljeni demontaži socialne države vsaj v minimalnem obsegu še vedno treba izpolnjevati. Ali, Kitajska je s podravnotežnimi cenami primarnih produkcijskih faktorjev (delo, kapital, zemlja, ekologija, energija, kar dosega z močno državno intervencijo, ne kot rezultat svobodnega trga) konkurenčno nedosegljiva za evropske države, razen če v celoti odpravijo pridobitve evropske civilizacije. Ali bomo vsi Kitajci? Franjo Štiblar, nav. delo, 2008.



Regulatorna konkurenca se pojavlja na različnih ravneh: resolucija – regulacija – implementacija. Vse to deluje proti enakim pogojem gospodarjenja. Namesto regulatorne konkurence bi se za enake pogoje gospodarjenja morala uveljaviti regulatorna konvergenca.

- Že pri implementaciji odločitev skupine držav G20 v obliki resolucij, stališč, ki po naravi ne morejo biti pravno obvezujoča. Pri tem EU običajno bolj strogo z odločbami in direktivami prisili nacionalne zakonodaje v implementacijo, ZDA so bolj liberalne, čakajo in koristijo prehodno majše reguliranje
- V okviru EU: razprava o enakih pravilih za vse (angl. *single rule book*) pomeni, da bi implementacija pravil v posameznih članicah EU morala biti enaka.
- Implementacija zakonov in podzakonskih aktov je v različnih državah različno striktna.

Zaradi tehničnega napredka je vsaka naslednja kriza vse bolj globalna, krajevno in sektorsko. Nekaj je narobe v arhitekturi sistema, če ves svet rešuje finančni sektor, ki je krizo povzročil, realni sektor, ki zaradi nje najbolj trpi, pa prepušča samemu sebi, da se znajde ali propade.

## **7. SKLEP**

Iz vsega tega sledi predlog, ki bi ga po mojem mnenju podprl tudi profesor Lojze Ude. V študij prava bi veljajo v začetku uvesti kot izhodiščno tematiko predmet morala (etika) in potem v prvih letnikih postaviti (v resnici obnoviti) predmete splošnega družboslovnega področja kot gradnike, na katerih bo v nadaljevanju s pozitivnopravnimi predmeti izšolan celovit pravnik. Po analogiji gre za podobno strukturo, kot jo imajo, na primer, pri študiju medicine: najprej so splošni naravoslovni predmeti, ki jim sledijo »klinični« predmeti. Taki širši osnovni predmeti iz specializiranega obrtnika (»fahidiota«) naredijo strokovnjaka-intelektualca, ki razmišlja s svojo glavo in razume širše implikacije svojih strokovnih dejanj, medicinskih ali po analogiji pravnih. Gre za neke vrste konvergenco med znanstvenimi disciplinami, v konkretnem primeru med pravom in ekonomijo. Načrtovan enovit petletni študij prava bi to omogočil, kot omogoča medicini njen petletni študij vključitev splošnih predmetov. Nasprotno takemu razvoju pa so danes snovalci petletnega študija v zadregi, dilemi, s kakšnimi vsebinami napolniti dodatno študijsko leto, kar

pripelje do ponavljanja predmetov iz predhodnih letnikov in po drugi strani do boja za »lastne predmete« kot odraz pomembnosti študijske usmeritve (katedre) in njenih nosilcev. Rezultat bo razmišljujoč intelektualec – pravnik, ki bo kot samostojna osebnost (zase) celoviteje prispeval k razvoju okolja na vseh področjih družbenega in življenja.

**Literatura:**

Aleksander Bajt, Franjo Štiblar: Ekonomija. Ekonomska analiza in politika (druga, dopolnjena izdaja). GV Založba, Ljubljana 2004.

Paul Krugman: The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008. Norton, ZDA 2009.

Richard Layard (ur.): The Future of Finance. LSE, London 2010.

Dani Rodrik: The Globalization Paradox. W.W. Norton, New York 2011.

Robert J. Shiller: Irrational Exuberance. Princeton University Press, 2009.

Adam Smith: Bogastvo narodov (prevedel Bogdan Gradišnik). Studia humanitatis, Ljubljana 2010.

Adam Smith: The Theory of Moral Sentiments. Liberty Fund, Indianapolis 1982.

Franjo Štiblar: Svetovna gospodarska kriza in Slovenci: Kako jo preživeti?. Založba ZRC, Ljubljana 2008.

Franjo Štiblar (ur.): Ekonomske doktrine za vrijeme krize u svijetu i u Crnoj Gori. EF Crne Gore, Podgorica 2010.

Franjo Štiblar: Vloga ekonomske znanosti pri nas, poročilo o raziskovalnem projektu, Raziskovalna skupnost Slovenije, Ljubljana 1986, str. 1–292.

Franjo Štiblar: (Ne)uspešna reforma gospodarskega in finančnega sistema, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2012, str. 1268–1290.

Franjo Štiblar: Humanekoni za humano ekonijo, v: Celovški zvon, št. 1/2014.

Franjo Štiblar: Vloga ekonomske znanosti v svetu in pri nas, mimeografirano, Ljubljana, 11/2015.



# Competition Law and (Harmonized) Approaches during the Financial Crisis

PETER GRILC

## 1. INTRODUCTION

This paper<sup>1</sup> focuses on a range of selected issues relating to, as well as the role and function of, competition law and policy in this period of economic crisis, where competition policy is used as an overarching term that refers to support for competition and enforcement of the rules of competition law. Despite the interconnections that exist between competition law and policy, it does not specifically address economic questions, nor the foundations and objectives of competition law, although a firm knowledge of this area and that of economics is essential to any discussion of the role of competition law at a time of recession. Recent years have seen a wealth of legal literature, involving articles, discussions and in particular online analysis. It can be general in scope when discussing competition law during the recession and period of economic crisis, or more oriented towards discussing competition law and the industries affected, the financial crisis, particularly the banking sector, and deals with all areas of competition law (restriction, concentrations, state aid).<sup>2</sup>

---

**Peter Grilc**, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Predavanje na konferenci *The Private Law of South Eastern Europe in the Light of European Integration*, Istanbul University, Faculty of Law, with the academic cooperation of Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg, februar 2013 (neobjavljeno; 2016). Prispevek sicer izhaja iz članka, objavljenega v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2010, str. 1343–1354, in št. 8/2010, str. 1453–1469.

<sup>2</sup> Carletti, Vives, *Regulation and Competition Policy in the Banking sector*; Vives (ed.), *Assessment and Perspectives of Competition Policy in Europe*, Oxford University Press; Committee, European Parliament, Brussels, October 6, 2008; Degryse, Ongena, *Competition and Regulation in the Banking Sector: A Review of the Empirical Evidence on the sources of bank rents*, in Thakor, Boot (ed.), *Handbook of Financial Intermediation and Banking*, Elsevier, pp. 484-542; Fingleton (ICN Steering Group; chairman; <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>), *The case for competition*

The paper extends the discussion to antitrust, concentrations and the issue of state aid, but we should state from the outset that space restrictions mean that this discussion cannot be consistent and complete.

A brief historical overview reveals that a reduction in the level of antitrust enforcement – space restrictions mean we focus on US law, with a basic reference to Europe only to the extent that national systems responded in different ways in the thirties, with an upsurge in companies affiliating into concerns (Germany) or with the increasing role of the state (France) – does nothing to revive the economy.<sup>3</sup> A basic reference, although the subject does deal with European law, and ultimately attention is drawn to the American National Industrial Recovery Act (1933), which legalised cartels effectively, and in the European national context the German compulsory cartels act (1936), which enabled the minister in charge of the economy to change the then existing cartels into permanent and compulsory ones, and imposed the mandatory formation of cartels.<sup>4</sup>

During the Great Depression,<sup>5</sup> more than at other times suppliers looked for ways to reduce competition, minimise losses and increase profits, and also found a sympathetic ear in the state. As the Depression loomed, the US

---

policy in difficult economic times, [http://www.konkuren.lt/en/relevant/other\\_2009-10-09.pdf](http://www.konkuren.lt/en/relevant/other_2009-10-09.pdf); Freeman, The view from a UK competition authority; Chatham House Conference, Competition Policy 2009, Competition Policy after the Credit Crunch, June 2009; [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_role/speeches/pdf/freeman\\_260609.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_role/speeches/pdf/freeman_260609.pdf); Gerard, EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles, Doctrines, Concurrences N° 1-2009, pp. 46-62; Gerard, Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem, <http://www.globalcompetitionpolicy.org> December 2008; Harkrider, Lessons from the Great Depression, 23(2) Antitrust (Spring 2009); Kroes, Competition policy and the financial/banking crisis: taking action, [http://ec.europa.eu/commission\\_barroso/kroes/financial\\_crisis\\_en.html](http://ec.europa.eu/commission_barroso/kroes/financial_crisis_en.html); Kroes, Dealing with the current financial crisis, address to the Economic and Monetary Affairs; Shapiro, Competition policy in distressed industries, ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, May 2009; [http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.htm#N\\_33](http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.htm#N_33)

<sup>3</sup> »...cartels delayed economic recovery during the Great Depression. By the late 1930s, the lesson had been learned: antitrust enforcement was reinvigorated ... 1938.«; Shapiro, Competition policy in distressed industries, p. 1.

<sup>4</sup> Shapiro, Competition policy in distressed industries, pp. 1-2; Newman, Key German Cartels under the Nazi Regime, *The Quarterly Journal of Economics* (Aug. 1948) 62 (4): pp. 576, 577. Historical development p. 595.

<sup>5</sup> Harkrider, Lessons from the Great Depression, *Antitrust*, 23(2), 6-11 (2009); Shapiro, Competition policy in distressed industries.

<sup>6</sup> In summary, following Shapiro (op. cit.), Crane (Antitrust Enforcement During Times of National Crisis, *Global Competition Policy*, December 2008, p. 4): "In the almost 120-year history of the Sherman Act,

government, for instance, made no great effort to enforce antitrust rules, and even appealed for cooperation in the context of commercial associations (Shapiro »... to exchange information and curb the wasteful features of competition ...«), yet nevertheless did not renounce those rules. In 1933, with the implementation of the National Industrial Recovery Act, which created the National Recovery Administration (NRA) as an expression of the predominance of industrial self-regulation (Hawley, 1966), and that agency helped corporations and industrial sectors to formulate industrial codes of practice, which were in effect agreements on limiting prices, production and investment, ostensibly in exchange for higher wages, but this served to create a system of exceptions for sectors that entered into negotiation with unions. The new Antitrust Division at the DOJ collaborated in concluding such restrictive agreements, while the Supreme Court further limited the range of the Sherman Act.<sup>7</sup> This yielded results,<sup>8</sup> and today the role of the NRA is viewed as one of preventing efficiency and slowing down the recovery.<sup>9</sup> The pro-collusion orientation of the NRA was also reflected in practice, where the perception was that the codes of practice enabled monopolies, so at the beginning of his second term, President Roosevelt made considerable changes to competition policy through DOJ measures to ensure price competition, which was one of the major problems of the recession, with four times as many proceedings against cartels, the majority of them involving criminal

---

*no political administration has reacted to a crisis by calling for more vigorous enforcement of the antitrust laws. To the contrary, administrations of both parties have responded to crises—both martial and economic—by explicitly or implicitly pulling back on antitrust enforcement. Industrialists have used crises as opportunities to deepen their grip on markets.”* Shapiro relativizes to a large part of Crane findings relating to the war time not on depression.

<sup>7</sup> *Appalachian Coals Inc. v. US* (1933) 288 U.S. 344 in which the Supreme Court changed the principled position that the agreements on prices should be absolutely invalid. The court did not ban the agreement, arguing that it has a small market share (11.94% east of the Mississippi) that did not have market power, and that competition is effective. The agreement was not therefore invalid per se, but only if it concluded by companies who control a significant share of the market. At the time of decision, the approach was rule of reason, today it is considered as a bad NIRA score.

<sup>8</sup> *[T]he government assisted the oil companies in their successful attempt to curtail the flow of oil and the output of refined products, with the consequence that motorists must drive fewer miles and pay more for their gasoline. Not only has the reduction in output resulted in much loss of employment for labor in the oil fields and refineries, and the closing of many services stations which formerly prospered along the highways but since less gasoline means less driving, production control measures cannot but diminish the use [of] motor vehicles.* Shapiro; Hotelling, *Curtailling Production is Anti-Social*, *The Collected Economic Articles of Harold Hotelling* (ed. C. Darnell), p. 138.

<sup>9</sup> »... thus, the NIRA can be best thought of as a force holding back recovery, rather than as one actively depressing output. Romer, *Why Did Prices Rise During the 1930s?*, *Journal of Economic History*, 59(1), p. 197; Cole, Ohanian, *New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis*, *Journal of Political Economy*, 112 (4), 2004.

sanctions. Ensuring effective competition in crisis periods is therefore no less important than at any other time, and it is true that competition law is not the problem but part of the solution.<sup>10</sup> In modern law and in competition policy there is no doubt that the only correct path during a crisis is consistent enforcement of the rules of competition law, which although they involve something else, are often defined as a form of state regulation. In contrast to public health, the environment, consumer protection, safety regulations and financial sector regulations, which relate primarily to external factors, the public good and balanced access to information, and their enforcement, is aimed at benefiting the consumer, even though effective competition runs counter to the interests of powerful suppliers. A period of crisis is no reason to depart from the fundamental principles, aims and functions of competition law and policy, as has been comparatively established through the regulations of the EU and Member States. This does, however, enable a consideration of the reform of individual sectors, where the contribution of competition protection authorities is vital, and of the links and cooperation between supervisory institutions. In particular the Commission and national authorities in the Member States must therefore consistently implement regulations even in the hardest-hit sectors, where anti-competitive actions in this period render the weakest companies highly vulnerable, and here they must also take into account economic realities and conditions.<sup>11</sup> Possible advance advice in the regulatory field is needed in introducing protective measures for those with an established presence in the market, especially where it involves the introduction of regulatory frameworks for financial markets.<sup>12</sup>

## 2. THE LATEST ECONOMIC CRISIS

Literature, along with the practices of competition protection authorities and case law during the latest crisis, have brought into focus the fact that in the area of restrictive agreements there have been references made by those in-

---

<sup>10</sup> Different: »... restriction of output at the industry level, which is the hallmark of a cartel as well as the consequence of the artificial shortage associated with monopoly prices, exacerbates the fundamental economic problem in a recession, namely that production in the overall economy is well below *capacity*.« Shapiro; also Gerard, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*; both op. cit. at 2.

<sup>11</sup> Shapiro, p. 1, 2.

<sup>12</sup> Fingleton, *The case for competition in difficult economic times*, cit. in note 1, p. 1.

volved in proceedings to the crisis, so they might be treated more leniently, with reduced fines and exceptions made, but this has not yielded any departure from established practices, and similar is true of how the prevention or correction of abuse of a dominant position are approached. In recent years neither area has been subject to any particular regulatory or explanatory activity attributable to the crisis.<sup>13</sup>

In connection with the crisis, the activities of the Commission in the area of concentrations have been focused on the criteria for excessive concentrations under Regulation 139/2004. In the real markets that are relevant for concentrations in banking and insurance, it is for the most part national companies, and less the consolidated European companies, that are active, so the majority of transactions have not crossed the thresholds under the Regulation.<sup>14</sup> Practices in this period of crisis have not deviated<sup>15</sup> from those already established,<sup>16</sup> but the Commission itself gave notice of the prospect of applying argument of the failing firm defence and corrections in specific cases,<sup>17</sup> which enables the immediate execution of a transaction or individual parts thereof, which are part of a rescue operation or an intended merger.<sup>18</sup> No pronounced positions can be detected on the national levels of Europe or the USA, but we may note certain cases where a Member State has got around

<sup>13</sup> <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

<sup>14</sup> A small number of notifications in COMP/M.5293 – Santander/Alliance & Leicester; COMP/M.5384 – BNP Paribas/Fortis; COMP/M.5363 – Santander/Bradford & Bingley Assets COMP/M.5361 – Bank of America/Merrill Lynch; notes 106-108 in: Gerard, EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles, op. cit. supra at 2.

<sup>15</sup> Kroes, Dealing with the current financial crisis; cit. supra at 2.

<sup>16</sup> In the Fortis and ABN AMRO case, the Commission insisted that the state respects all the commitments of the Fortis group, which was acquiring ABN AMRO; the merger would not happen without the commitments.

<sup>17</sup> The Commission has expressed its willingness »... to grant acquirers of ailing banks derogations to the standstill obligation enshrined in Article 7 of the European merger control regulation («ECMR») where there is urgency and where there are no ‘a priori’ competition concerns.» Gerard, Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem; op cit. supra at 2.

<sup>18</sup> On the effects below; Kroes, Dealing with the current financial crisis; op. cit. supra; *As regards mergers, the Commission is continuing to apply the existing rules, taking full account of the economic environment .. rules provide the necessary flexibility to deal with decisions that require fast treatment, such as transactions which are part of rescue operations, in order to enable immediate implementation of these transactions ... EU merger control rules allow the Commission to take into account rapidly evolving market conditions and, where applicable, the failing firm defence. So whereas there is no provision for public interest considerations other than competition policy, the existing Merger Regulation offers sufficient flexibility to deal with today's situations.*



the general system of adjudging concentrations through special regulations.<sup>19</sup> The consistent approach of the Commission in enforcing concentration law is part of the common goal whereby the principles of competition law are applied in a crisis as an instrument of stabilisation, which is right and proper, but not sufficient, since here there is also a communal budgetary system that should supposedly implement decisions relating to solvency, which in turn leads us to a distinctly communal part of the system, in the consistent judging of national measures in the context of the regulation and adjudging of state aid. The issue preference enforcing rules in the area of concentrations is defined here in general as a consistent approach on the community level and flexibility on the national level.<sup>20</sup>

The liveliest area was that of state aid, where the European Commission and Member States were highly active.<sup>21</sup> The majority of competition lawyers see competition law as part of the solution, not the problem,<sup>22</sup> while we may observe some critical analysis contending that the enforcement of the rules of competition law was responsible for the downfall of some major companies, since it departed from the original intent, especially regarding the biggest corporations.<sup>23</sup>

### **3. ANTITRUST AND CONCENTRATIONS**

#### **3.1. Proposals and objections from companies in a time of crisis**

The proposals and objections of threatened corporations vary: in some cases they did not insist on a suspension of the antitrust rules, while on the margins of the regulatory field they proposed exceptions from the rules and an extension of sectoral immunity<sup>24</sup> in cases of concentrations and joint inve-

---

<sup>19</sup> HBOS takeover by Lloyds 2008; summary in Gerard, EC competition law enforcement ... , op. cit. supra at note 2, rec. 29, 30, p. 55.

<sup>20</sup> Ibid. p. 55.

<sup>21</sup> References given below (state aids).

<sup>22</sup> Gerard, Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem; op. cit. supra at 2.

<sup>23</sup> Markham, Lessons for competition law from the economic crisis: The prospect for antitrust responses to the »too-big-to-fail« phenomenon, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* (2010).

<sup>24</sup> Non-renewal of the required limited immunity (granted in 1970) after the Newspaper Preservation Act of 1970; <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/245063.htm> ; Shapiro, op. cit. supra at 2.

stments. The objections are oriented towards the “failing firm defence”<sup>25</sup> and advocating “... a slightly different and perhaps more generous interpretation”. The position of the DOJ is that competition law is sufficiently flexible to enable a broad spectrum of different permissible business practices and creative models.

The failing firm defence has in comparative law been permitted <sup>26</sup>restrictively,<sup>27</sup> for instance upon the intended merger of two competing companies, since otherwise there has been a withdrawal from the relevant market. In addition to the problems detailed in the footnotes, in assessing the argument of defending a collapsed company it is worth noting that there is a need to delineate through economic calculations between the pre-crisis and crisis periods in terms of decision-making on investment, the grounds for investment, financial forecasting and so forth. The crisis gives us reason to expect a large number of mergers and takeovers, as well as divisions for optimisation, and it is hard to determine whether such operations are part of the defence of companies or an attempt to use the crisis conditions to gain approval for concentrations that would otherwise not be permitted. There are no pronounced signs on the part of competition protection authorities that any particularly different tests would be needed from those previously used.<sup>28</sup> The failing firm defence is justified only if a merger would engender noticeable efficiency, meaning that there is no reason for a successful company to pay a premium for buying a collapsing competitor, if there is no efficiency, since acquiring a poor target would not protect the acquiring firm from competition, since the target would sooner or later drop out of the market. What are needed therefore are synergy and arguments that are not tied just to a period of crisis. Even the fact that a company is losing assets does not mean that it is collapsing, since accounting losses are not necessarily an expression of real current losses, especially if this involves a traditionally indebted company.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> The definitional problems, measuring the drop of companies using the criteria set out in insolvency law, the recoupment possibility, interrupting the causation, the financial weakness, the impact on effective competition, wighing clauses dealt with in OECD, Failing firm defence, <http://www.oecd.org/dataoecd/35/6/1920253.pdf>. Older failing firm defense approaches in J. W. V., Jr., Horizontal Mergers and the “Failing Firm” Defense under Section 7 of the Clayton Act: A Caveat, *Virginia Law Rev.*, Vol. 45, No. 3 (Apr., 1959), p. 421 (<http://www.jstor.org/stable/1070744>).

<sup>26</sup> OECD analysis, *supra*.

<sup>27</sup> DOJ Horizontal Merger Guidelines: 5. (Failure and Exiting Assets), 5.1 (Failing Firm), 5.2 (Failing Division).

<sup>28</sup> E.g. those mentioned in Sect. 5 of the Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 28.

<sup>29</sup> A series of other criteria (whether the target property would leave the market, valuation, whose property is within the cut-off point higher etc. in Shapiro, *op. cit. supra* at 2.

Next comes the argument of cutthroat competition (the crisis causes a surplus of capacity, which causes a drop in prices and return on capital, even in efficient entities that have foreseen very well the needs of consumers). The corporation will say in its defence that it needs protection owing to the ruinous, cutthroat competition. During a crisis, competition policy should not allow companies to restrict competition for the sake of reducing risk in relation to return on capital, as of course it should not allow successful entities to increase returns in good times through abuse. The literature advises a sceptical attitude towards the argument, even when companies that are merging maintain that once merged they will still not have sufficient profit to reinvest and thereby to ensure consumer needs.<sup>30</sup>

We should also mention actions that exclude. The crisis hits particularly hard the weak (indebtedness, high costs) and small operators in the market with poor balance sheets, while on the other hand new companies can more easily react to the situation with new products right up until they can be present in the market and sufficiently big to ensure the minimum turnover necessary. In a crisis, new and innovative companies are especially sensitive to the exclusion tactics of companies in dominant positions. The literature in this market segment advises a rigorous approach from competition protection authorities in order to prevent predatory and excluding practices.<sup>31</sup>

### **3.2. Problems and challenges of competition policy and competition law**

Fingleton presents analytically the problems and challenges of competition policy in the current crisis,<sup>32</sup> but owing to space limitations we will just summarise the essence. He proceeds from the point that competitive and dynamic markets increase efficiency and economic growth, and that competition policy plays an important part in this, regardless of what state the economy or its cycle are in. The fundamental postulate is the benefit to the consumer. Empirical data, especially studies on the effects of pro-competition deregulation,<sup>33</sup> support the argument that competition is beneficial to the economy

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Fingleton, The case for competition in difficult economic times, op. cit. supra at 2, pp. 1-18.

<sup>33</sup> [www.offt.gov.uk/shared\\_offt/economic\\_research/oft887.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/economic_research/oft887.pdf) and European Competitiveness Report 2008 (COM (2008) 774 final); Ahn, Competition, Innovation and Productivity Growth: A

and that in a crisis period, effective competition and policy contribute to reviving the economy.

As for the **fundamental principles**, competition law and policy in a period of crisis must function especially in line with the fundamental principles. Above all they must ensure for companies legal safety and core legal certainty and predictability.<sup>34</sup> Since September 2007 the Commission has functioned in line with this principle. It gave notice<sup>35</sup> that through the adoption of relevant measures with appropriate responsiveness it would strive to respond to the crisis conditions and to ensuring that through measures to calm the markets, EU regulations would not endanger the rescue measures of Member States. We may observe this in the phases to date (I<sup>36</sup>; II<sup>37</sup>). Legal safety depends on the clarity of the legal rules and on a rapid response. The Commission has therefore employed an arsenal from the set of regulations governing **state aid**, with the procedure being accelerated,<sup>38</sup> so as to avoid any solo and non-transparent measures in Member States. In the second period the group of Commissioners even authorised the Competition Commissioner to approve so-called urgent rescue measures.<sup>39</sup> Adapted operations in supervising concentrations are mentioned partly in footnote 18. The derogation mentioned in the footnote enables the immediate execution of a transaction or parts thereof that relate to rescue measures and generally concern the registering, assessing and approval of a concentration, while a rescue enables the acquir-

---

Review of Theory and Evidence, Economics Department Working papers No. 37, OECD, document number ECO / WKP (2002). See also a series of studies in Fingleton, p. 4.

<sup>34</sup> Gerard, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*, p. 5.

<sup>35</sup> Kroes, *Dealing with the current financial crisis*.

<sup>36</sup> I: (subprime crisis; Sept. 2007 – Sept. 2008): The Commission has approved six individual rescue packages under the rules for aid to troubled companies to several banks that were exposed to the crisis in the U.S. and were highly dependent on transactions with mortgage obligations; these cases were treated as separate problems that require individually tailored measures.

<sup>37</sup> II: (Sept. 2008 - the general crisis of confidence and a freeze of interbank loans after the bankruptcy of Lehman Brothers): the crisis has become systemic and the Commission has responded to a serious disturbance in the MS economy with national measures and individual measures under Article 87 (3) (b) TEC.

<sup>38</sup> »... The Commission has taken appropriate steps to ensure the swift adoption of decisions upon complete notification, if necessary within 24 hours and over a *weekend*.« pt. 53 Communication from the Commission - The application of State aid rules to measures relating to financial institutions in the context of the current global financial crisis (2008 / C 270/02), however secured with several conditions.

<sup>39</sup> 1845th Commission meeting, Brussels, Wednesday 1 October 2008.

ing entity to monitor the nature and composition of the target's risk portfolio and insurance of the value of certain property through appropriate measures.<sup>40</sup> The Commission has also expressed its determination to continue applying the existing rules, including referral to the failing firm defence, but in general the Commission's activities in the area of supervising concentrations are still limited, even in the crisis period. In terms of legal safety and the clarity and stability of the regulatory system, the positions of the Commission regarding antitrust and concentrations have been highly consistent: it has fought against the proposal of a more flexible interpretation of the principles and rules of competition law in a crisis period, and has advocated the stance that the existing system is already flexible enough for exceptional and, in individual states, specific circumstances.<sup>41</sup> In the area of concentrations, the firm stance of the Commission has been restricted by certain Member States in specific cases - albeit pragmatically.<sup>42</sup> As regards preventing a spill-over of effects owing to financial recovery measures, see below in this paper the part relating to state aid.

**“Relaxed” or flexible application of competition law rules?** The crisis has increased protectionist pressure to have the rules on protection of competition be applied at least temporarily in a more lax way, or even to have them not applied temporarily, but such a “relaxed” approach in the medium and long-term harms the consumer and does nothing to revive the economy, since the costs related to restricting competition are great and cannot be compensated for in the long term. According to Fingleton, there is no dissent among economists about how policy and the legal regulation of competition play a great part in improving productivity and the general health of the economy, and are not to blame for the current economic difficulties. For this reason we should resist appeals for their “relaxation”, regardless of the fact that such relaxation seems at first glance inexpensive and requires no spending of public funds. Relaxation is neither an appropriate nor adequate measure,

<sup>40</sup> Gerard, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*, p. 8, 9.

<sup>41</sup> Gerard, p. 8; same DOJ position, *supra* in 3.1.

<sup>42</sup> Despite the OFT finding that the takeover should be considered as a relevant merger situation (p. 384 of the OFT Report to the Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform concerning Anticipated acquisition by Lloyds TSB plc of HBOS plc), a law was adopted to ensure the stability of the financial system of the country, which is an exception to the EU's legislation. Further, in October 2008, the Secretary of State has taken a decision that the transaction need not be notified to the Competition Commission.

while furthermore it weakens the entrepreneurial activity of companies, and relaxation of policy and protection of established companies from competition pressures tends to lead to a distortion of competition. A “relaxed” competition policy is ineffective, it reduces the motivation to change and adapt in companies, and competition law leads to a negation of itself, since the legal system and competition policy are aimed at preventing market imperfections and the consolidation of market power, while intervention and relaxation leads to an increase in market imperfection and the consolidation of power, and to a reduction in the capacity of new competitors entering the market. The past has taught us that temporarily softened competition is hard to return to its optimal level, since the costs of relaxation have generally already been passed on to the consumer, while the benefits are enjoyed by narrow groups (shareholders, management boards), and not by competition itself or the consumer in the final sequence. Despite the precise procedural rules, the limits on competition are usually less transparent and are a distinct and direct political instrument.<sup>43</sup>

To summarise briefly, authors oppose any softening or relaxation of the rules of competition law in a crisis period. Business practice, legislators and authorities protecting competition all took this into account in the areas of antitrust and concentrations, albeit with some variances in the latter (e.g. the failing firm defence), while the area of state aid, with a range of interventions, is a chapter unto itself.<sup>44</sup>

In particular the appeals for a temporary relaxation of the rules of competition law have shown that the competent competition protection authorities must be included in a broader assessment of measures and practices, which should increase their presence and activity. Authorities should have to evaluate interventions in competition systematically (competitive impact assessments), and they must develop programmes to promote competition, not just in the framework of their competence, but particularly through assistance for other state authorities and agencies<sup>45</sup> that have effective tools

---

<sup>43</sup> *Supra* in Chapter 1 (Great Depression, Supreme Court role, NIRA, etc.).

<sup>44</sup> Commission activities based on [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html) and its instruments.

<sup>45</sup> Example of good practice (Fingleton, p. 8): Government in Markets (2009), UK Office of Fair Trading, [www.offt.gov.uk/shared\\_offt/business\\_leaflets/general/OFT1113.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/general/OFT1113.pdf).

at their disposal.<sup>46</sup> Yet the above should not extend the jurisdiction of competition protection authorities and encroach on the jurisdiction of other state authorities and agencies. Competition protection authorities are not just the enforcers of the rules of competition law, they can also help governments predict the consequences of market interventions and ensure the correct understanding of competition. An understanding of the entire context of the matter is necessary, and sectoral research on the expert level is beneficial and essential, but the broadest assessment and changes to general policy in that regard remain the competence of governments<sup>47</sup> or the Commission. A period of crisis pushes the state into activities that cannot always be described as healthy or normal, which is in fact a question of economic and general policy, which is not our subject here, but such pushing, even in a time of crisis, should not put competition protection authorities off doing what they do best, which is adopting dependable decisions in a fair and open way.<sup>48</sup>

While recognising the fact that the principles need to be heeded and there should be no yielding to appeals for temporary relaxation of the rules, there is also a debate on certain soft approaches (sensitive operation of the competent authorities, which while they should not depart from their fundamental competences, should operate with sensitivity to the fact that times are hard for all branches and that procedures, especially the determination of facts, need to be implemented even faster<sup>49</sup>). The debates are marked by a desire to avoid dogma, by a non-acceptance of yielding to neoliberal doctrine, in the awareness that in a market system private and state activities are mixed together, so a given area may be under regulated. In the area of competition, too, exit strategies have been formulated that are more or less<sup>50</sup> clear and restricted to the area of policy and competition law, and their analysis would exceed the scope of this paper.

---

<sup>46</sup> E.g. ICN - Report on Advocacy and Competition Policy prepared by the Advocacy working group 2002 ([www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/)) conference\_1st\_naples\_2002/advocacyfinal.pdf ); OECD's Competition Assessment Toolkit, [www.oecd.org/competition/toolkit](http://www.oecd.org/competition/toolkit)).

<sup>47</sup> Freeman, The view from a UK competition authority; Chatham House Conference, Competition Policy 2009, Competition Policy after the Credit Crunch, June 2009; [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_role/speeches/pdf/freeman\\_260609.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_role/speeches/pdf/freeman_260609.pdf)

<sup>48</sup> Ibid.; also »... to implement competition policy in a way that is firm but sensible ...«

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Exit strategies to address distortions to competition instituted by crisis responses, Competition and the Financial Crisis (paper as the basis for a discussion on the financial crisis in the OECD Competition Committee, 17-18 February 2009.), OECD, pp. 22-25 ([www.oecd.org/dataoecd/52/24/42538399.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/52/24/42538399.pdf) ).

## 4. STATE AID

As already mentioned, this paper does not discuss the background and causes of the latest financial crisis in any analytical way, but in order to discuss state aid it is worth recalling at least certain more important events and the responses to them. If without any analytical ambitions we use just the method of key words, as far as the problems and background are concerned, they are global imbalance, macroeconomic stability and *laissez faire*, which have led to the expansion of banks and financial institutions into new relevant and non-classical markets and bad risk management, which has caused systemic financial sensitivity, solvency and liquidity problems and a downward spiral in the property market. The early signs of the crisis were apparent in August 2007, and the economic policy response was varied, involving liquidity schemes of central banks, extending guarantees on deposits, prohibitions on short-term sales, programmes to relieve borrowers in the property market, the entry of governments into bank ownership, and in the classical concentration field involving the previously mentioned avoidance of judging mergers, in other words a range of national measures. With some distance of time, the view of the financial crisis becomes more rational, and it is obvious that it was intensified by the pincers of a good (investors investing, banks providing security until the maturity of a project) and bad balance (rushing to get out quickly – banks not wishing to refinance – investors left without funds).

The EU Member States responded by strengthening bank balance sheets and with a range of packages.<sup>51</sup> We have already pointed out the risks of competition law and policy in general in a period of economic crisis, when in the past there was even compulsory formation of cartels, the references to the crisis made by those involved in proceedings, so as not to be reported, to be given more lenient treatment, reduced fines, exceptions, references to the national interest, use of the failing firm defence, ruinous competition, demands for exclusive treatment, proposals that at least temporarily the competition law provisions should be softened or toned down and applied more gently and in a more “relaxed” way. Competition law and policy have generally resisted any strengthening of latent anti-competition interests and seeking of non-transparent solutions owing to an economic crisis, and in the theory and

<sup>51</sup> Vickers, *The Financial Crisis and the Competition Policy: Some Economics*, Jevons Institute for Competition Law and Economics, London, 9.12.2008, [http://professorgeradin.blogspot.com/files/08\\_jevonsforum\\_vickers.pdf](http://professorgeradin.blogspot.com/files/08_jevonsforum_vickers.pdf), pp. 1-7.



practice of competition law the majority of these ideas have met with no response.<sup>52</sup> Despite this resistance, the crisis has shaken confidence not just in the financial markets, but owing to certain responses<sup>53</sup> at least the principles of confidence in competition law and policy. For this reason, too, it is worth noting that theory in particular has pointed out that the established models of competition law perhaps in their entirety are not ultimately fully adequate for the challenges of the global financial crisis, especially for the biggest companies that have the greatest influence on the economic system as a whole.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> »Antitrust enforcement is not a luxury reserved for a more prosperous times«, Stucke, *New Antitrust Realism*, *Global Competition Policy Magazine*, Forthcoming; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 1323815 <http://ssrn.com/abstract=1323815>, p. 20; following Vickers »Like puppies, competition policy is not just for Christmas« (op. cit. in note 52 supra, p. 9), same Gerard under the title *Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*; overview in Grile, op. cit. supra in 1 at 4.2.

<sup>53</sup> E.g. (i) a pragmatic assessment of merger in the case of Lloyds TSB and HBOS, further (ii) some pre-systemic practices in the area of state aid concerning non-financial sectors (e.g. Ryanair's reaction to the bailout in the case of Alitalia, in which, after the Italian government announced that it agreed with the trade unions about the offer of the consortium CAI renaming the company and debt relief between 1.2 and 2 billion €, the EU Commission did not respond to a proceeding under Article 87 of the EC Treaty; <http://www.shephard.co.uk/news/300/>) and financial sectors (in the case of Fortis, September 2008, the Commission did not have a reason for calling in question the point of view of competition law solutions with the announcement of the transaction partial nationalization by buying half of the value of € 11.2 billion by the Belgian, the Netherlands and Luxembourg, as Member followed her comments because the purchase did not exceed the market price and, according to forecasts accompanying measures, the purchase will not distort competition <http://euobserver.com/9/26827>. According to the critics, "... this seems that this looks like a Breach of State Aid Rules as they wouldn't be applied in other industries". A series of reasons was listed. The Commission insisted that the government takes into account the commitments of the acquirer, otherwise merger would not be allowed.

<sup>54</sup> Attention has been raised to the problem of a moral hazard of large financial infusions in large companies (especially to banks and insurance companies), to encourage businesses to grow excessively and thereby because of the size become immune to competition law instruments. Further arguments are long-term consequences of state aid, the negative consequences of state intervention in a healthy economic environment etc; Markham, *Lessons for Competition Law from the Economic Crisis: The Prospect for Antitrust Responses to the 'Too-Big-To-Fail' Phenomenon*, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* (2010); <http://ssrn.com/abstract=1634839>, Stern, Feldman, *Too Big to Fail: The Hazards of Bank bailouts* (Washington, DC, Brookings Institution, 2004), Gerard, *Financial Crisis Remedies in the European Union: Balancing Competition and Regulation in the Conditionality of Bailout Plans* (December 31, 2009), the *Future of Retail Banking in Europe: Competition and Regulatory Challenges*, Jentzsch and Wey (editors), ECRI / CEPS.

#### 4.1. Regulatory base and practice

Prior to the latest crisis, state aid was judged under the provisions of the Contract and Secondary Rules.<sup>55</sup>

**Ad hoc, non-systemic period: Article 87(3)(c) of the TEC (107 TFEU) and the Rescue & Restructuring guidelines.** After 2007 the activities of the EU in responding to the crisis can be divided into an ad hoc period (“subprime crisis”; September 2007 - September 2008), in which there was not yet any systemic response, since the EU approved individual and individually tailored rescue packages under the rules for aid to companies in difficulty for banks, which were the first to feel the effects of the crisis in the USA.<sup>56</sup> In addition to its sporadic and ad hoc nature, this period is marked by the

<sup>55</sup> Despite the entry into force of the Lisbon Treaty at the beginning of the crisis, the provisions of TFEU are used, namely the (i) the general rules on state aid (107-109 TFEU), (ii) other provisions (3 TEU), 3-6, 14, 42, 50, 93, 106, 119 and 346 of the TFEU and Protocol n° 26 on services of general economic interest and 27 on the internal market and competition); Protocol on internal market and competition; (iii) general procedural provisions (Council Regulation No 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty; Commission Regulation (EC) No 794/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 659/1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty; Commission Regulation (EC) No 1125/2009 of 23 November 2009 amending Regulation (EC) No 794/2004 implementing Council Regulation (EC) No 659/1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty, as regards Parts III.2, III.3, III.7 of its Annex I); Notice from the Commission on a simplified procedure for treatment of certain types of State Aid (2009/C 136/03), Code of Best Practice for the conduct of State aid control procedures (2009/C 136/04), Notice from the Commission Towards an effective implementation of Commission decisions ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid (2007/C 272/05); Commission notice on the determination of the applicable rules for the assessment of unlawful State aid (*notified under document number C(2002) 458*) 2002/C 119/12), Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts (2009/C 85/01); Commission communication C(2003) 4582 of 1 December 2003 on professional secrecy in State aid decisions (2003/C 297/03) and Commission communication concerning the obsolescence of certain State aid policy documents (2004/C 115/01) and (iv) Council Regulation (EC) No 994/98 of 7 May 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid; Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation); Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (notified under document number C(2003) 1422). (v) Several sources on horizontal and sectorial rules [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/compilation/e\\_21\\_01\\_10\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/e_21_01_10_en.pdf) and ... /compilation/f\_27\_10\_09\_en.pdf .) (vi) specific provisions [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/compilation/g\\_10\\_07\\_09\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/g_10_07_09_en.pdf) from [g\\_10\\_07\\_09\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/i_10_07_09_en.pdf) to [i\\_10\\_07\\_09\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/i_10_07_09_en.pdf)

<sup>56</sup> Supra in Gerard, EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles, pp. 47-50.

fact that competition policy and economic policy in the EU<sup>57</sup> to begin with expressly emphasised a commitment to protecting the rule of law, in other words protecting the ban in principle on state aid (Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), which is interpreted extensively and the narrow application of exceptions given in the second and especially third paragraphs. A critical approach and consistency were important for reasons of principle, since even in the worst economic period they preserved the fundamental competition law paradigm and “sanctity” of the first paragraph, which also influenced the policies of the Member States. This was not unimportant, since states responded to the crisis with a range of urgent and for this reason not entirely coordinated measures on the broader political level, and these were also financially very extensive, while ECOFIN maintained that the framework for allocating and adjudging state aid must be harmonised, based on uniform principles and that it must protect the legitimate interests of competitors in terms of state aid. These recommendations are judged to be a political mandate for the Commission and a concerted reduction of risk, so there would be no reduction in the importance of the principle of the rule of law in order to ensure financial stability. After two years, legal theory and practice give a very positive appraisal of what is in principle a reserved yet pragmatic and systemically consistent approach.

In this period the Commission applied point (c) of Article 107(3) TFEU (aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest).<sup>58</sup> The Commission expressly rejected application of point (b), in other words aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State, yet despite this a range of individually approved major aid packages originate from that first period.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> 2894. Session of ECOFIN, 7. 10. 2008, empowering the Commission to take measures to ensure a stable and healthy banking sector.

<sup>58</sup> Community Guidelines on State Aid for Rescuing and Restructuring Firms in Difficulty (2004/C 244/02).

<sup>59</sup> Six cases following Art. 87(3)(c): Northern Rock (Commission Decision NN 70/2007 of 5.12.2007, OJ 2007, C135; emergency liquidity assistance Bank of England, government guarantee on accounts, various liquidity operations UK Treasury), WestLB (Commission Decision C 43/2008 of 12.05.2009 Aid for the restructuring, OJ C 3900; 5 Billion € of guarantees of N. Rhine-Westphalia), Landesbank Sachsen Girozentrale Roskilde Bank A / S (Commission Decision NN 39/2008 of 05.11.2008 Aid for liquidation, OJ 2009 C12, guarantees the Danish Central Bank and the Banking

These were necessary to ensure the financial stability of banks and the financial system, and in this respect their allocation was positive, although from the aspect of competition law they were primarily limited nationally to banks, and in the second phase to the real sector, which made loan arrangements with those banks. Ultimately that cash from banks in difficulty increased the risk of distorting competition, especially where it came to companies that also received state guarantees.

The second period was one of general plans after September 2008, and in this period the Commission responded systemically to the systemic crisis, specifically to the serious disturbance in the economy of a Member State in two ways: primarily instead of point (c) it started applying point (b), and the systemic nature of the approach is evinced by the range of legislative and other measures.

Here the Commission faced systemic, or rather competition policy-related and pragmatic dilemmas. The framework was provided by the system of existing rules and the practices in the area of state aid, and both the system and practices were consolidated, harmonised with the other Community policies and founded on the principles of legal safety and predictability, as well as on the syntagma regarding the ban in principle on state aid, since the concept of state aid is objective and is a rule that is interpreted broadly and based on objective elements and restrictive use of exceptions. Changes in the market and the scope of the financial crisis, on the other hand, demanded an appropriately measured response and correction of the previous approach to state aid. The fundamental questions are, therefore, whether the principles in the law governing state aid apply unconditionally even in a crisis period, whether and in what way a more flexible application of the legal rules might be systemically appropriate, and whether this really does involve a conflict between state intervention, supported by the EU, that would shake the internal market, and between the law and competition policy.

Below we analyse specific acts and measures from the legal aspect. Irrespective of the period, we may proceed from the fundamental rule whereby any aid

---

Association), *Bradford & Bingley* (Commission Decision NN 41/2008 Rescue aid of 01.10.2008, OJ 2008 C290, nationalization and liquidation, however with a series of safeguards to ensure financial stability and deposit insurance consumer), *Hypo Real Estate Holding* (Commission Decision NN 44/2008 of 02.10.2008, OJ C 293 Commission press Release IP/08/1453, 35 billion € state guarantees and a consortium of financial institutions).

granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market (107/1 TFEU), unless it meets the criteria for exceptions under paragraph 2 or 3. In the six cited cases, which were approved under point (c), it is not hard to detect variances from established practice, where such aid would be impermissible under the range of conditions given in the first paragraph, but the Commission took the view that urgent liquidity aid was not state aid, if it was provided by the central bank on its own initiative and the aid was highly insured, or if it was provided by a state-owned bank against a guarantee given by the private sector. In accordance with its past practice relating to the affected conditions in the market, it took the view that the purchase price was deemed to be the market price and that this did not involve state aid, if the sale was organised on the basis of an open tender, while on the other hand in some of the cases mentioned it affirmed the rigorous approach from previous practice, where the very announcement indicating that the state would provide assistance in halting the difficulties of a company could be state aid.<sup>60</sup>

In terms of applying the (pre-crisis) Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty (2004/C 244/02; R & R guidelines) we may proceed from the fact that in the first period of the crisis the Commission rejected the assessment of permissibility of state aid with reference to the systemic point (b), since this does not allow the allocation of aid to just one subject or one sector, but must be extended to the entire economy of the Member State.<sup>61</sup> No reason for this approach can be stated with any certainty, but we may conclude that the crisis had not yet been treated as systemic, but rather as a number of individual companies in different Member States in difficulty,<sup>62</sup> which allowed the application of the aforementioned guidelines for firms in difficulty. Under the R & R guidelines (Para 9), a firm is in difficulty where it is unable, whether through its own resources or with the funds it is able to obtain from its owner/shareholders or creditors, to stem losses which, without outside intervention by the public authorities, will

<sup>60</sup> Gerard, p. 48.

<sup>61</sup> Compare von Donat/Zuleger/Niemeyer, *State Aid pursuant Art. 87(3)(c) v: Heidenhain*, European State Aid Law, Verlag C.H. Beck, München, 2010, p. 209 and seq; Jestaedt, *Ibid.*, p. 203 and seq.

<sup>62</sup> “Based on individual problems, [requiring] tailor made remedies, which can be addressed under the rules for companies in difficulties» ... in the cases of “company-specific events»; Gerard, p. 48.

almost certainly condemn it to going out of business in the short or medium term, while the guidelines also define criteria (Para 10) including most broadly that a firm is in difficulty, where it fulfils the criteria under its domestic law for being the subject of collective insolvency proceedings (point c in Para 10).<sup>63</sup> Under the R & R guidelines, rescue aid is temporary and repayable, and its primary aim is to enable a company in difficulty to stay alive for the period necessary to formulate a plan for restructuring or liquidation. The general principle is that it enables temporary support, when deterioration in the financial situation is evident in a serious liquidity crisis or inability to make payments. The temporary nature is tied to the time for analysing the circumstances of the difficulty and development of the plan for dealing with it, and the aid must be limited to the lowest amount necessary. The deferral may not be longer than six months, and the aid must consist of reversible liquidity support in the form of loan guarantees or loans, with an interest rate at least comparable to those observed for loans to healthy firms and in particular the reference rates adopted by the Commission. Structural measures which do not require immediate action, such as, the irremediable and automatic participation of the State in the own funds of the firm, cannot be financed through rescue aid (Para 15). In the six examples, the Commission ranged within the manoeuvring space offered by the guidelines, but critics argue that it nevertheless used a broad interpretation of some “interesting” instruments serving as loans or guarantees,<sup>64</sup> some of which it did not accept, but it interpreted very broadly the six-month time limit, which in one case extended to five years. It made fairly consistent assessments by applying the principle of proportionality, which it understood in terms of it being true of state aid that was limited to the actual need of a given bank, but that did not enable it to pursue aggressive operations, and was subject to effective supervision.<sup>65</sup> If we look at the R & R guidelines in the pre-crisis period, from the aspect of proportionality it is worth noting the avoidance of any unjustified distortion of competition. Under Para 38, in order to ensure that the adverse effects

<sup>63</sup> In accordance with this approach of the Commission even when «... *the total capital ratio of a bank threatens to fall below the minimum quota required by the banking regulator, resulting in a moratorium on the bank's activities, or in case of severe refinancing problems caused by the downgrading of a bank's financial strength rating.*» Gerard, p. 48 states such an approach in cases Bradford & Bingley, WestLB in Roskilde Bank.

<sup>64</sup> Guarantee on deposits (Northern Rock), infected securities whose risk remains on the old owner (Sachsen LB) guarantee securities that were issued as a special investment vehicle (SIV), and acquired by the Bank to cover losses (WestLB); Gerard, p. 48.

<sup>65</sup> Gerard, note 39.

on trading conditions are minimized as much as possible, so that the positive effects pursued outweigh the adverse ones, compensatory measures must be taken. Otherwise, the aid will be regarded as ‘contrary to the common interest’ and therefore incompatible with the common market.<sup>66</sup> Compensatory measures are part of the principle of proportionality, and in the past they were frequently used,<sup>67</sup> but at that time with a considerable degree of pragmatism.<sup>68</sup> The aforementioned weighing up is also partly supported by the finding that upon their issue, the R & R guidelines were not intended, and in the pre-crisis period not used, for regulating an entire sector, but were intended for individual beneficiaries alone. The six cases from the first period of the crisis ultimately point to the fact that the deliberately modest scope of the guidelines started to expand. This did not in fact lead to their use for a sector in crisis, while ultimately this period was also marked by the application of Article 107(3) (c) and not (b), which is sectorally and territorially narrower, but point (c) and the R & R guidelines in practice were still pushed to their outer limits, right up until the onset of the second period, when point (b) started being applied, and extensive secondary temporary crisis legislation was created. The Commission based its decision in the case of Bradford & Bingley (see also footnote 60 supra) on Para 25(b) of the R & R guidelines (aid must be warranted on the grounds of serious social difficulties and have no unduly adverse spill over effects on other Member States), but it was actually intended to insure deposits and reduce systemic risks.<sup>69</sup>

### **Systemic period (Article 87(3) (b) TEU (now 107 TFEU) and the new temporary legal framework for state aid – new developments and shifts**

---

<sup>66</sup> These measures may comprise divestment of assets, reductions in capacity or market presence and reduction of entry barriers on the markets concerned. When assessing whether the compensatory measures are appropriate the Commission will take account of the market structure and the conditions of competition to ensure that any such measure does not lead to a deterioration in the structure of the market, e.g. by having the indirect effect of creating a monopoly or a tight oligopolistic situation; Para 39; see also Para 40-45.

<sup>67</sup> *Credit Lyonnais* (Commission Decision 98/490/EC, p. 75), where the bank should directly compensate by reducing the presence of competitors in the market and the sale of subsidiaries, which reduced its balance sheet by one-third.

<sup>68</sup> Same Decision: »... the objectives of competition policy and those of prudential banking policy cannot be mutually incompatible, since both are designed to achieve a common end, namely the development of a competitive, healthy banking sector.« in »... illustrates very clearly the way in which prudential policy and competition policy complement each other.« Gebski, *Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector*, *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 1, December 2009, p. 101.

<sup>69</sup> Gebski, p. 102.

**relative to the previous period and basic features.** The first period (up to September 2008) was marked by non-systemic and individualised treatment of aid measures, while the declaration of bankruptcy by Lehman Brothers finally revealed the global scope and depth of the financial crisis, which also caused a turnaround in the EU's state aid policy,<sup>70</sup> which thereafter for crisis cases consistently applied point (b), although unfortunately this does not contain a balancing mechanism and the criteria for compatibility (permissibility) of state aid with the EU *acquis* is overly descriptive.<sup>71</sup> In addition to the political message, the Commission more or less at the same time decided in three specific cases of general guarantee schemes, and harmonised its explanations with the political statement.<sup>72</sup> The Communication from the Commission on the application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (2008/C 270/02) represents a consolidation of the aforementioned on the general level, while approvals of the further 12 national aid schemes and 11 systems of measures for individual private financial institutions set this in stone.<sup>73</sup> It is worth noting a range of other instruments that, in addition to the Communication, consolidate the framework of anti-crisis temporary systemic measures, although owing to a focus on a significantly limited space we do not deal with this separately.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> The Competition Commissioner's announcement in October "... *not [to] shy away if need be from applying the special provisions of Article 87(3) (b) of the Treaty regarding aid granted to address a serious disturbance of the economy of a Member State*". Kroes, *Dealing with the current financial crisis*.

<sup>71</sup> Gebisky, p. 103.

<sup>72</sup> Commission (i) in NN 48/2008 Ireland – scheme for banks, C(2008)6059 [<sup>73</sup> Schemes: Germany, Sweden, France, Netherlands, Spain, Italy, Finland, Greece, Austria, Slovenia, Latvia; individual: Roskilde Bank, ING, Fortis, Dexia, JSC Parex Banka, Aegon, KBC, Carnegie Bank, BayernLB, NordLB, IKB; as from notes 55 and 56 in Gerard, \*EC competition law enforcement ...\*; \*op. cit. infra\*. Accurate data by September 2009: 39 individual decisions on state aid, 26 approved aid schemes, 7 recapitalisation schemes, 6 combined guarantee-recapitalisation schemes. By August 2009, the approvals amounted to 2.9 trillion, the recapitalisation schemes up 313 billion; in: DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the Financial Sector and the current crisis, 7 8 , 2009, p. 2 et seq ...](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:312:0001:0004:SL:PDF_NN_51/2008_-Denmark_/scheme_for_banks; NN 507/2008 – UK /financial aid to the banking sector in UK (all from October 2008; the purpose of all: aid to remedy a serious disturbance in the economy).</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>74</sup> Communication to the Commission *The recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition* (OJ 2009, C10/2) – compare Gebisky, p. 106 et seq.; Communication from the Commission on the Treatment of Impaired Assets in the Community banking sector, OJ 2009, C72), *ibid.* p. 107 and 108; Commission Communication on the return to viability and the assess-



The Communication explicitly states that the financial crisis is subordinated to the provisions of point (b)<sup>75</sup> owing to the scope of the crisis, the response to it in the form of a general decline in confidence in the banking market, and because it should have an equal effect on participants in the market (Para 1 and 2) and it should have an influence on the entire economy (Para 9).<sup>76</sup> The Communication is of an expressly temporary nature and is limited solely to the financial sector, while it also has built-in interpretational valves,<sup>77</sup> but later the application of point (b) was extended to the real sector.<sup>78</sup> The Communication was adopted with the justification that any other solution would cause a temporary suspension of the system and state aid policy. Neither the TEU nor TFEU offer any legal basis for a temporary suspension, and if that came about, it would undoubtedly cause a major distortion of competition that would be intensified by the crisis. The Commission also took a pragmatic approach: in a period of crisis there are generally no complaints about its decisions, while in a period of normal economic conditions the affected party responds to pretty much every major approved or unapproved state aid.<sup>79</sup> The literature does not criticise the grounds and consistency of the measures in terms of point (b), since access to general aid schemes intended in particular to guarantee deposits and banking operations that do not require central bank approval is open to all participants in the market, if these operations are not also supported through collateral from state aid. Such aid

---

ment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules, OJ 2009, C195), *ibid.*, p. 108.

<sup>75</sup> This does not exclude ad hoc interventions of ms in situations that meet the criteria set out in Article 87(3) (b). Although the assessment of the aid to follow the general principle set out guidelines for rescue and restructuring decisions taken under Article 87(3) (c) of the ECT, in the case of schemes and ad hoc interventions current conditions allow for the authorization of emergency measures (e.g. essential structural intervention, protection rights of third parties such as creditors, and rescue measures) that can last for more than 6 months.

<sup>76</sup> Following Para 9 the Commission confirms that Art. 87(3) (b) TEC is in accordance with the rule of law, and its decision-making practice requires stricter interpretation of a serious disturbance in the economy of a MS.

<sup>77</sup> Sato, Application of EU Competition Law under Financial Crisis, International Conference on Regulation crossing Borders, 2010; <http://hk-univ-collabo.hit-u.ac.jp/data/%E4%BD%90%E8%97%A4%E6%99%BA%E6%81%B5%E6%A7%98%EF%BC%B0%EF%BC%B0%EF%BC%9A31.3.2010%E8%8B%B1%E8%AA%9E.ppt>

<sup>78</sup> Communication from the Commission – Temporary Community Framework for State Aid Measures in the current Financial Crisis (2009/C 16/01); 17.12.2008, amendments 25.2.2009; the doors were opened with October guidelines for the financial sector in Para 11.

<sup>79</sup> Jestaedt in: Heidenhain, European State Aid Law, *op. cit. infra*, p. 205.

is not selective, so is not state aid under the terms of Article 107(1) TFEU and it does not have to be notified or assessed. It is possible, however, to detect certain loopholes in the terms of the Communication, in the argumentation and seriousness of its intent regarding implementation of the terms.

**Fundamental principles.** The October financial guidelines were founded on the basic principles of non-discrimination and proportionality and on a range of conditions. These principles have been pushed to the legal forefront. Slightly in the background, but in pragmatic terms and for the reason of ensuring financial stability, not that far in the background, we see an emphasis on the principle of necessity.<sup>80</sup>

Approved schemes must **ensure non-discriminatory access** to aid to ensure non-functioning of the single market, and an assurance that access to the scheme is not based on citizenship.<sup>81</sup> The first condition is a time limit on schemes and commitments, where measures are regularly monitored and lifted as soon as the financial crisis is over.<sup>82</sup> Aid must be limited in intent and scope, which must not be greater than that enabling beneficiaries to overcome the acute crisis in the financial markets, but here benefits for shareholders must be excluded.<sup>83</sup> An appropriate contribution from the private sector has already been mentioned: Member States must take appropriate action to ensure that those entitled and/or the sector contribute significantly to the costs of the guarantee and, where necessary, to the costs of state intervention if the guarantee is called in.<sup>84</sup> The state must also set up adequate rules of operation for recipients, ensure appropriate tracing through structural adjustment measures for the financial sector or restructuring of individual financial institutions. The measure must be limited in time and intent to what is absolutely necessary to achieve the legitimate objective.

<sup>80</sup> Gebisky, p. 103.

<sup>81</sup> Para: 18 (non-discrimination), 35 (objective and non-discriminatory criteria for eligibility), 37 (objective criteria), 40 (non-discrimination of sellers), 49 (opened and non-discriminatory procedure). The non-discrimination obligation caused some problems in 2008 Ireland, which limited access to domestic banks. The revised notification covered six domestic institutions and those special branch, to be approved by the Government in consultation with the central bank and the regulator (Para 5 and 16). The UK used the criteria »the eligibility to sign up for the Bank of England's Standing Facilities«, while Germany mad eligibility conditional »the best assessment of the ministry of finance (Para 6).

<sup>82</sup> Para: 12, 13, 24, 47, 57.

<sup>83</sup> Para 25, 26.

<sup>84</sup> Para 25, 26, see also note 8 of the Guidelines. The critics in supra note.

Under the **principle of necessity**, aid must be limited to the minimum, and the participation or contribution of the beneficiary is also required. A guarantee is therefore allocated only against appropriate compensation, which in times of crisis is associated with the difficulties of determining the appropriate compensation and market conformity level. For this reason, according to the Commission's position, compensation should be as close as possible to the market rates and should depend on the rate of risk and the different credit profiles of the beneficiaries (Para 26). In practice the Member States followed the recommendations of the ECB.<sup>85</sup> In second place it is also emphasised – and this falls under the principle of necessity – that in order to prevent distortion of competition and this applies especially to banks that are not receiving aid, recipients are given behavioural constraints such that they may not use the approved funds for any aggressive expansion, but to ensure financial stability. In practice these are restrictions on the commercial practices of banks, especially in advertising, pricing or on business expansion, and even through the determining of a market share ceiling, and also a prohibition of conduct that would be irreconcilable with the purpose of the guarantee, such as stock options for management (Para 27). The guarantees are of course limited in time, so the principle of necessity includes monitoring and supervision of use, adjustment or even cancellation of the scheme (Para 29).

Extending throughout the conditions and criteria is the **principle of proportionality**, under which the measure must be limited in time and intent to what is absolutely necessary to achieve the legitimate objective, the aid must be restricted to the lowest level and a contribution from the private sector must be provided.<sup>86</sup> In the Commission's opinion, this allows guarantee schemes for deposits by private individuals, for major deposits and for short-term and long-term debt instruments, but any extension of aid schemes must be restrictive and subject to close scrutiny. The Communication further states that measures adopted in connection with financial institutions and in the context of the global financial crisis are not considered state aid if the specific aid is allocated to the financial institution via the national central bank, if the recipient is solvent and if the liquidity is fully secured by collateral and allocated at market value (Para 51) which aligns with the theory whereby the

---

<sup>85</sup> Compare Para 75 of the Commission Decision N 520a/2008 of 13.11.2008 (Urgent measures to guarantee the stability of the Italian banking system), OJ 2009, C29.

<sup>86</sup> Para 15, 20 (note 5), 25, 26.

intervention of the central bank, which functions as the last possible lender, must be insured in order to reduce the negative effects of the crisis.<sup>87</sup> Approved state aid must appropriately and adequately target and eliminate the serious disturbance in the economy of the Member State, and must be such that the possibilities for distortion of competition are at a minimum and that they are not superfluous regarding the existing regulatory system or the possibility of using other measures.<sup>88</sup> Despite these conditions, criteria and principles the Commission's procedure is<sup>89</sup> fast, but it requires the cooperation of notifiers with complete applications, which should enable the schemes to achieve their aim and keep the associated distortion of competition within and among Member States to the lowest possible level. The speed of the procedure is therefore linked to the principle of proportionality. Not just the Communication, but also the entire framework of state aid, which emerged with the Communication, establish – and it is emphasised that this is only temporary, which is also evident in the Commission's website – a new balance between competition and financial stability. In rescue aid the balance is achieved through the distinction between healthy institutions and banks that have been hit by the crisis, and financial stability is usually cited as the principle that encroaches on the classical paradigm of competition law.<sup>90</sup>

## 4.2. Procedural questions

This issue is too extensively laid out for such a paper, so for consistency it is mentioned, but deliberately not discussed.

---

<sup>87</sup> Carletti, Competition and financial markets, OECD Discussion Paper DAF/COMP(2009)2, 5-6., from the point of view of state aids the measures of central banks are considered as the best solution (State Aid actionplan: Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009, EC Consultation Document COM (2005)107, p. 7); Gebski, p. 93.

<sup>88</sup> Gerard, p. 52.

<sup>89</sup> Other aspects and implementation in Gerard, pp. 52-55, especially the eligibility criteria (21), further on recapitalisation schemes in 22-26.

<sup>90</sup> Gebski, Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 1, December 2009, p. 89; as well in Gerard, *Financial Crisis Remedies in the European Union: Balancing Competition and Regulation in the Conditionality of Bailout Plans*, (December 31, 2009), v *The Future of Retail Banking in Europe: Competition and Regulatory Challenges*, Jentzsch and Wey (editors), ECRI/CEPS.



# Neenako obravnavanje v okolju konkurenčnega prava – diskriminacija ali izključevalna zloraba?

KLEMEN PODOBNIK

Področje diskriminacije oziroma neenakega obravnavanja poslovnih partnerjev in/ali konkurentov je v okolju evropskega in slovenskega konkurenčnega prava izrazito sporno. Neenotnost v izhodiščih, predvsem nestrinjanje o ekonomskih temeljih in s tem o ne(upravičenosti) prepovedovanja določenih tipov diskriminatornih ravnanj podjetij s prevladujočim položajem žal pogosto botrujejo nepravilni uporabi materialnega prava in odločitvam, ki so nasprotno temeljnemu postulatoma konkurenčnega prava. Takšno stanje je mogoče opaziti predvsem v zvezi z napačno percepcijo tipov diskriminatornih ravnanj, njihovih posledic za konkurenco in potrošnike ter glede neupoštevanja kriterija koristi potrošnika pri presoji omenjenih ravnanj. Ker je najbolj jasno zaznavna predvsem napačna aplikacija pravil o diskriminaciji na dejanja, ki imajo izrazito izključevalne namere in učinke, se v prispevku osredotočam predvsem na poskus razmejitev med dejanji t. i. primarne in sekundarne diskriminacije ter izključevalnih oblik poslovnih praks oziroma njihovo pravilno umestitev v sistem prepovedi zlorabe prevladujočega položaja v Pogodbi o delovanju EU in Zakonu o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1).<sup>1</sup>

---

**Klemen Podobnik**, doktor pravnih znanosti, LL.M., izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 – odl. US, 63/13 – ZS-K, 33/14, 76/15.

# 1. OBLIKE DISKRIMINACIJE V SMISLU ZLORABE PREVLADUJOČEGA POLOŽAJA GLEDE NA EVROPSKO (102. ČLEN PDEU) IN SLOVENSKO (9. ČLEN ZPOmK-1) KONKURENČNO PRAVO

## 1.1. Primarna diskriminacija (točka b drugega odstavka 102. člena PDEU ali 2. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1)

Diskriminacijo je kot obliko ravnanja, ki se lahko kaže tudi kot zloraba prevladujočega položaja podjetja na trgu, mogoče metodološko osnovno deliti na tri temeljne tipe, pri čemer je kriterij delitve predmet negativnega vpliva diskriminatornega ravnanja. Tako na primer v Združenih državah Amerike Robinson-Patmanov zakon,<sup>2</sup> ki je časovno predhoden Pogodbi o delovanju EU in ZPOmK-1, jasno razlikuje med tremi vsebinsko različnimi tipi diskriminatornega vedenja.<sup>3</sup>

Robinson-Patmanov zakon ureja področje cenovne diskriminacije, ki je bilo pred njegovim sprejemom v pristojnosti Claytonovega zakona. Številni komentatorji zakona ne prištevajo med »prava« protitrustovska zakonska besedila – očitajo mu predvsem nepravilno usmeritev ciljev. Zakon naj bi namreč namesto konkurence štivil predvsem konkurentne same.<sup>4</sup> Vsebinsko predpis ureja tri vrste cenovne diskriminacije. Tako imenovana »prva vrsta«<sup>5</sup> cenovne diskriminacije zajema dejanja, ki škodujejo konkurentom dominantnega podjetja v primeru, ko podjetje na primer drastično zniža cene svojega proizvoda na relevantnem trgu (gre na primer za primere poskusov dolgotrajnega cenovnega predatorstva).

<sup>2</sup> 15 U.S.C. § 13, 1936.

<sup>3</sup> »It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, **to discriminate in price** between **different purchasers** of **commodities of like grade and quality**, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where **the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly** in any line of commerce, or to **injure, destroy, or prevent competition with any person** who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them.«

<sup>4</sup> Primerjaj na primer Richard Bork: *The Antitrust Paradox*. Simon & Schuster, 1993, str. 119.

<sup>5</sup> *First Line* ali *prima facie* cenovna diskriminacija. Med pomembnejše primere take cenovne diskriminacije je treba prav gotovo omeniti *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685, 1967.

V »drugo vrsto« cenovne diskriminacije zakon umešča dejanja, ki negativno vplivajo na »konkurenco« med strankami dominantnega podjetja, ki med njimi cenovno diskriminira. Tipičen primer »druge vrste« cenovne diskriminacije je poslovna politika zniževanja cen glede na količino, v primeru, ko se kupci med seboj razlikujejo predvsem po ravni kupne moči. S področja t. i. *second line* diskriminacije ne gre prezreti enega bolj komentiranih primerov, ki je predvsem po mnenju ekonomskih analitikov najvidnejši prikaz nepravilnosti in neprimernosti Robinson-Patmanovega zakona, zadeva *Morton Salt*.<sup>6</sup> Primer namreč transparentno izkaže pravi namen obravnavanega zakona, ki je zares pravo nasprotje temeljnih ciljev ameriškega antitrusta.<sup>7</sup> Sodbo lahko interpretiramo kot neprimeren poseg države v cenovno politiko na področju proizvodnje in prodaje soli, poleg tega pa je v svojem bistvu usmerjena k ščitenju konkurentov in ne konkurence.<sup>8</sup> Vprašljiva odločitev tako posledično negativno vpliva na položaj tako neposrednih (preostalih grosistov) kot tudi posrednih potrošnikov. Državna cenovna politika (v našem primeru ukinjanje količinskih rabatov) namreč nujno pogojuje zviševanje cen. Verjetno ni treba posebej poudarjati, da je argument ščitenja gospodarsko šibkejših strank konkurenčnopravno vsaj sporen. Sklepno je treba poudariti, da novejša literatura zakon opredeljuje izrazito negativno – kot predpis, ki spodkopava temelje konkurenčnega prava, ki štiti položaj manjših podjetij na račun potrošnikov in ki domala sili podjetja v kršitve drugih konkurenčnopravnih predpisov.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37, 1948.

<sup>7</sup> Izdelovalec soli Morton Salt je svojim strankam (predvsem prodajalcem na debelo) ponujal količinske rabate, ki pa so bili na voljo zgolj kupcem, sposobnim obsežnejših nakupov. Pogoji za odobritev popusta so bili tako strogi, da se je v petih letih od uvedbe rabatov le petim največjim trgovskim verigam v ZDA uspelo »uvrstiti« v skupino, ki je zagotavljala najvišje popuste. FTC je napad na podjetje Morton Salt utemeljila z argumentom, da podjetje diskriminira manjše kupce, ker jim dejansko onemogoča pridobitev popustov; Vrhovno sodišče je tak argument sprejelo, ter posebej opozorilo na nefunkcionalnost navidezno nediskriminatorne politike rabatov, ki naj bi uničujoče vplivala na manjše podjetnike, ter jim onemogočala tekmovanje z uveljavljenimi trgovskimi verigami. Kljub domala enotni odločitvi sodišča je treba poudariti, da je ekonomska analiza pri presoji povsem zanemarjena, predvsem pa odločitev vsebinsko nasprotuje nekaterim temeljnim ciljem protitrustovske politike.

<sup>8</sup> Sodišče je, zavedajoč se vsebinskega rezultata svoje odločitve, poskušalo institut varovanja konkurentov fenomenološko vključiti v pojem varovanja konkurence: »*The provision [...] was intended to justify a finding of injury to competition by showing of 'injury to the competitor victimized by the discrimination.'*«, *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37, 1948.« Kljub jezikovnim naporom je tako početje vnaprej obsojeno na neuspeh, saj poizkuša združiti dva povsem antagonistična koncepta.

<sup>9</sup> E. Thomas Sullivan, Herbert J. Hovenkamp, Howard A. Shelanski, Christopher R. Leslie: Secondary-Line Differential Pricing and the Robinson-Patman Act, str. 1. Legal Studies Research Paper Series No. 2013-138-



Dejanja, ki predstavljajo »tretjo vrsto«<sup>10</sup> cenovne diskriminacije, pa bi lahko opredelili kot posredno diskriminiranje; govorimo namreč o škodljivih učinkih, ki jih cenovna diskriminacija povzroči strankam kupcev, ki niso neposredni medsebojni konkurenti na trgu proizvodov, ponujanih s strani podjetja, ki cenovno diskriminira.

Delitev na primarno, sekundarno in geografsko diskriminacijo je mogoče vsaj okvirno zaznati tudi v okviru določbe 102. člena PDEU. Pri tem poudarjam, da opisana delitev diskriminatorna ravnanja (**podobno** kot zgoraj predstavljeni ameriški predpis) deli glede na objekt, ki mu diskriminacija lahko škodi – zato ni sosledna z delitvijo po **načinu** diskriminacije (cenovna, necenovna itd.). Primarna diskriminacija je tako ravnanje, s katerim dominantno podjetje prek neenakega obravnavanja svojih poslovnih partnerjev oziroma potrošnikov<sup>11</sup> vpliva na tržni položaj svojih konkurentov. Po navadi v takih primerih identificiramo delovanje na enem (istem) relevantnem trgu. Metodološko najbolj čist primer takega vedenja je nedvomno (poslovno nesmiselno) predatorsko zniževanje cen. V skupino primarne diskriminacije je mogoče uvrstiti tudi nekaj dejanj, ki imajo *prima facie* sicer vse značilnosti dejanj sekundarne diskriminacije, vendar je njihov namen in tudi končni učinek usmerjen v poslabšanje položaja »prve linije« konkurentov podjetja, ki jih izvaja. Gre za podeljevanje rabatov na zvestobo, rabatov na količino ali selektivno zniževanje cen, kadar so dejansko namenjena poslabšanju položaja neposrednih konkurentov in ne poslovnih partnerjev oziroma potrošnikov.<sup>12</sup> Podobno je kot obliko diskriminacije, ki rezultira v poslabšanju položaja za »prvo linijo« tržnih akterjev mogoče identificirati dejanja selektivnih znižanj cen, povezanih z vezano trgovino, sama dejanja *bundlinga* pa tudi druge vrste

<sup>10</sup> T. i. *Tertiary Line Discrimination*; najpomembnejši primeri take cenovne diskriminacije pa so *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 1978; *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. FTC*, 440 U.S. 69, 1979 ter *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428, 1983.

<sup>11</sup> Vprašanje, ali je potrošnike mogoče uvrstiti med »trgujoče partnerje« iz ureditve **sekundarne diskriminacije** iz točke c drugega odstavka 102. člena PDEU, je v teoriji trenutno še vedno odprto. Sam sem nenaklonjen pritrdilnemu odgovoru na tako vprašanje, predvsem zaradi dikcije določbe 102. člena PDEU in dejstva, da potrošniki med seboj ne tekmujejo, zato njihov položaj na trgu v smislu enakega obravnavanja po mojem mnenju nima mesta v konkurenčnopравни zakonodaji, temveč v pravu varstva potrošnikov. Za nasprotno mnenje glej na primer Pinar Akman: *To Abuse, or not to Abuse: Discrimination between Consumers*, CCP Working Paper 06-18, <<http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256117/CCP+Working+Paper+06-18.pdf>>.

<sup>12</sup> Glej Damien Geradin, Nicolas Petit: *Price Discrimination Under EC Competition Law*, v: *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Swedish Competition Authority/Konkurrensverket 2005.

necenovne diskriminacije, s katerimi želi dominantno podjetje škodovati svojim konkurentom.<sup>13</sup>

V vseh naštetih oblikah dominantno podjetje na prvi pogled sicer deluje diskriminatorno do svojih neposrednih poslovnih partnerjev, končni cilj njegovega vedenja pa je izključitev konkurentov s trga ali zaviranje oziroma onemogočanje njihovega tržnega vstopa. Tako vedenje tako v veliki večini primerov ne škoduje poslovnim partnerjem, temveč konkurentom dominantnega podjetja. Vsem naštetim oblikam je skupno tudi dejstvo, da podjetje s prevladujočim položajem ne diskriminira neposredno med svojimi konkurenti, ter da samo dejanje diskriminacije praviloma ne škoduje tistim subjektom, med katerimi se izvaja. V prej omenjeni situaciji podeljevanja količinskih rabatov ali rabatov na zvestobo je diskriminacijo sicer mogoče zaznati na ravni strank dominantnega podjetja, poslovnih partnerjev, konkurenčno protipravno stanje pa nastane na ravni konkurentov dominantnega podjetja – s podeljevanjem višjih rabatov velikim strankam, posebnih popustov na določenih storitvenih ali blagovnih sektorjih (angl. *fighting ships*) se spodkoplje tržni položaj konkurentov. Če je tako ravnanje povezano z zlorabo tržne moči (na primer uvajanje novih storitev po izjemno nizkih cenah za posebne skupine potrošnikov), če je mogoče identificirati protikonkurenčni naklep (ravnanje je izvajano zgolj z namenom uničenja »paradne« storitve konkurenta) in če je njegova posledica omejevanje konkurence (izstop konkurenta) ter s tem povzroča škodo potrošniku, je tako dejanje kljub primarno diskriminacijski naravi jasno mogoče označiti zgolj kot dejanje **izključevalne zlorabe**.

Pravna podlaga presoje opisanih ravnanj zaradi predstavljenih učinkov zato ne more biti točka c drugega odstavka 102. člena PDEU ali 3. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1. Slednji določbi namreč obvladujeta zgolj okolje čiste **sekundarne diskriminacije** – ravnanj, ki povzročajo škodo »drugi liniji« tržnih akterjev, oziroma katerih namen, cilj in učinek ni izključitev, poslabšanje položaja ali preprečitev vstopa neposrednemu konkurentu. Tak sklep jasno potrjuje sama dikcija obeh določb. V primeru **sekundarne diskriminacije** gre za dejanje, ki ga nacionalni predpis in unijska zakonodaja opredeljujeta kot »uporabo neenakih pogojev za enakovredne (primerljive) posle z drugimi poslovnimi partnerji, kar te partnerje postavlja ali sili v konkurenčno slabši položaj«<sup>14</sup> oziroma »*applying dissimilar conditions to equivalent transactions*

<sup>13</sup> Prav tam.

<sup>14</sup> Dikcija v ZPOmK-1.

*with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage.*<sup>15</sup> Temeljni element vedenja, ki ga urejata točka c drugega odstavka 102. člena PDEU in 3. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1, je torej poslabšanje tržnega položaja, ki je nastalo poslovnim partnerjem (strankam) in ne konkurentom dominantnega podjetja.

Skladno s povedanim je treba primere klasične **primarne diskriminacije** (delovanje dominantnega podjetja, ki ima protikonkurenčne učinke v »prvi liniji«, torej med konkurenti samega dominantnega podjetja) presoјati prek določbe, ki ureja področje izključevalnih zlorab, kar v primeru 102. člena PDEU in 9. člena ZPOmK-1 nedvomno pomeni **točko b drugega odstavka 102. člena PDEU oziroma 2. alinejo četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1**.

## **1.2. Sekundarna diskriminacija (točka c drugega odstavka 102. člena PDEU ali 3. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1)**

»Čista« sekundarna diskriminacija je pojmovno le redko lahko predmet antitrustovske presoje, saj – razen v določenih kvalificiranih situacijah – dejanje tržnega subjekta v večini primerov ne vpliva na konkurenčno stanje na trgu. Kot je že bilo pojasnjeno zgoraj, gre za primere, ko podjetje s prevladujočim položajem z različnim obravnavanjem pri enakovrednih transakcijah svoje stranke (poslovne partnerje) spravlja v konkurenčno različne (in s tem nekatere v slabše) položaje. Seveda je take primere najtežje razumeti kot konkurenčnopravno problematične predvsem v situaciji, ko gre za vertikalno neintegrirano podjetje, ki torej nastopa zgolj na enem trgu, ni prisotno na spodnjem trgu in zato na spodnjem trgu ni v konkurenci s svojimi strankami. Posledica diskriminiranja dominantnega podjetja med svojimi lastnimi strankami v takem primeru ne nastopi v obliki izboljšanja njegovega položaja, temveč v izboljšanju položaja ene od njegovih strank v razmerju do svojih konkurentov, ki lahko zato (hipotetično) na primer pridobi prevladujoč položaj in ga zlorabi. Zgolj v takem primeru (in ob dokazu škode potrošnikom) bi bilo sploh mogoče govoriti o čisti sekundarni diskriminaciji, ki zahteva konkurenčnopravno reakcijo. Kot klasično obliko »čiste« sekundarne diskriminacije je gotovo mogoče klasificirati tudi diskriminacijo med strankami,

<sup>15</sup> Dikcija v PDEU, slovenski prevod pogodbe se očitno nesrečno naslanja na dikcijo iz ZPOmK-1, zato je uporabljen nepravilen termin »primerljiv«, ki ne ustreza angleškemu izvorniku, ki bi ga bilo treba prevesti v »enakovreden«.

poslovnimi partnerji dominantnega podjetja na podlagi nacionalnosti.<sup>16</sup> Ta vrsta diskriminacije je tako ali tako ponotranjena vrednota evropskega prava in zato protipravna že na podlagi drugih, bolj temeljnih določb temeljnih zakonodajnih dokumentov.

Vertikalno neintegrirano podjetje s prevladujočim položajem lahko cenovno diskriminacijo izvaja tudi v obliki **plenilskih cen** (cene, nižje od povprečnih izogibnih stroškov) na določenih sektorjih, vendar bo taka diskriminacija spet zgolj navidezno sekundarna, saj je njen namen uničenje horizontalnih konkurentov prevladujočega podjetja in ne slabšanje konkurenčnih položajev njegovih strank.<sup>17</sup>

Bolj zapletena so dejanska stanja, v katerih do **navidezne** sekundarne diskriminacije prihaja z dejanji vertikalno integriranega dominantnega podjetja, ki z različnim obravnavanjem svojih strank na spodnjem (angl. *downstream*) trgu zagotavlja prednost svoji vertikalno integrirani enoti, ki prav tako nastopa na spodnjem trgu. Diskriminacija, ki je lahko v številnih oblikah, je lahko v takih primerih vsebinsko celo povsem enaka zavračanju dostopa (dobave): taka bo situacija, ko bo cena, ki jo bo vertikalno integrirano dominantno podjetje postavilo konkurentom svoje enote na spodnjem trgu, tako visoka, da bo preprosto prohibitivna. Na drugi strani gre lahko za različna (diskriminatorna) poslovna vedenja, ki prinašajo določeno prednost na spodnjem trgu prisotni integrirani enoti prevladujočega podjetja.

## **2. PRESOJA DISKRIMINACIJE KONKURENTOV PODJETJA S PREVLAJUJOČIM POLOŽAJEM JE TREBA OPRAVITI V OKVIRU TOČKE B (IN NE TOČKE C) DRUGEGA ODSTAVKA 102. ČLENA PDEU OZIROMA V OKVIRU 2. ALINEJE (IN NE 3. ALINEJE) ČETRTEGA ODSTAVKA 9. ČLENA ZPOMK-1**

Kljub jasnosti dikcije so tako Komisija kot tudi skupnostna sodišča pogosto napačno aplicirala določbo točke c drugega odstavka 102. člena PDEU na

<sup>16</sup> Damien Geradin, Nicolas Petit: Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach. GCLC Working Paper 07/05, 2005, str. 27

<sup>17</sup> Primerjaj z definicijo *primary-line* diskriminacije v okviru Robinson-Patmanovega zakona.

dejanska stanja, v katerih bi bilo treba nedvomno uporabiti točko b drugega odstavka 102. člena PDEU.<sup>18</sup> Pri tem poudarjam, da razlikovanje med obema določbama še zdaleč ni zgolj akademsko vprašanje: posledica odločitve za eno ali drugo pravno podlago je namreč uporaba oziroma neuporaba standarda koristi potrošnika in kriterija protikonkurenčnega učinka. Povedano drugače – medtem, ko je v okolju »čistih«, torej sekundarnih diskriminacijskih ravnanj zaradi izrazito nekoherentne prakse Komisije in sodišč zamegljeno, ali je treba za opredelitev protikonkurenčnosti izkazati tudi škodo potrošnikom, je slednji standard nujna predpostavka protipravnosti ravnanj, ki povzročajo negativne učinke »prvi liniji« tržnih subjektov, tj. konkurentom dominantnega podjetja, saj gre za dejanja, ki imajo izključevalno in ne »zgolj« diskriminacijsko naravo.

Če dejansko stanje posameznega ravnanja subsumiramo pod določilo točke c drugega odstava 102. člena PDEU oziroma 3. alinejo četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1, je obveznost dokazovanja nastanka ali grožnje protikonkurenčnih učinkov ter škode potrošnikom kot nujnega elementa zaradi odsotnosti take zahteve v zakonski oziroma pogodbeni diktaciji morda nekoliko sporna, pri subsumpciji pod dežnik določila točke b drugega odstavka 102. člena PDEU ali 2. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1 pa je nujnost obstoja škode potrošnikom tako glede na komunitarno sodno prakso kot tudi Navodilo Komisije nedvomna.<sup>19</sup>

Ob tem spoznanju se postavlja nujno vprašanje glede načina obravnavanja primerov, ko diskriminatorno izključevalno deluje vertikalno integrirano dominantno podjetje. Posledica površne interpretacije omenjenih določil unijske in nacionalne zakonodaje ter dejanskega stanja bi bila lahko aplikacija določil točke c drugega odstavka 102. člena PDEU oziroma 3. alineje četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1. V primeru zaračunavanja različnih cen svoji integrirani enoti in njenim konkurentom na spodnjem trgu bi namreč vertikalno integrirano podjetje s prevladujočim položajem na zgornjem trgu – taka bi bila

<sup>18</sup> Zgolj za ponazoritev naj navedem na primer *Hoffman-La Roche* (rabati na zvestobo, namenjeni prevzemu strank od konkurentov, presojeni po točki c 82. člena PES), *Irish Sugar* (tarčni rabati, identificirani kot omejevalni za vstop na trg, presojeni po točki c 82. člena PES). Prim. Damien Geradin, Nicolas Petit: Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?, v: *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 2, št. 3, str. 479–531, 2006.

<sup>19</sup> Glej tč. 2(a) zgoraj za podrobno razlago. Na tem mestu le ponovno opozarjamo na diktico 19. odstavka Navodil, ki škodo potrošnikom izpostavlja kot enega od pogojev za dokaz obstoja izključevalne zlorabe.

površna razlaga –diskriminiralo med svojimi poslovnimi partnerji, posledično nekatere med njimi postavilo v konkurenčno slabši položaj<sup>20</sup> in s tem izpolnilo predpisane znake dejanja izkoriščevalske diskriminacije iz točke c drugega odstavka 102. člena PDEU. Seveda je treba opisano vedenje presojeti v luči končnega učinka: diskriminacija med svojo enoto (ali ločenim, toda lastniško povezanim podjetjem), ki nastopa na spodnjem trgu, in njenimi konkurenti nedvomno ne rezultira v poslabšanju položaja poslovnih partnerjev, temveč konkurentov dominantnega podjetja. Tipičen primer take oblike »diskriminacije«, ki je pravzaprav klasična izključevalna zloraba, so vse oblike (diskriminatornih) cenovnih politik, ki jih vertikalno integrirano dominantno podjetje izvaja do konkurentov svoje enote ali podjetja na spodnjem trgu. Čeprav je po eni strani v takih primerih seveda mogoče govoriti o tipični diskriminaciji »druge linije« tržnih akterjev (in s tem zadevo subsumirati pod točko c drugega odstavka 102. člena PDEU oziroma 3. alinejo četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1), je **pravilnejša in primernejša uporaba** določila, ki prepoveduje izključevalno zlorabo, če je mogoče izključevalne učinke (ali njihovo verjetnost) tudi identificirati. V takem primeru je seveda treba skladno z izrecno zahtevo obeh določb<sup>21</sup> dokazovati tudi protikonkurenčne učinke vedenja podjetja s prevladujočim položajem in nastanek škode potrošnikom.

### **3. PRESOJA RAVNANJ IZKLJUČEVALNIH ZLORAB Z UPORABO DOLOČIL O PREPOVEDI ČISTE SEKUNDARNE DISKRIMINACIJE (3. ALINEJA ČETRTEGA Odstavka 9. Člena ZPOmK-1)?**

Dodatno želim opozoriti, da bi bilo tudi v primeru, ko bi se organ, ki bi presojal diskriminatorno ravnanje vertikalno integriranega dominantnega podjetja na spodnjem trgu v obliki diskriminacije (in ne čistega zavračanja dostopa) med svojo integrirano enoto in njenimi konkurenti, (po mojem mnenju nepravilno) odločil za presojo takega ravnanja prek določil 4. alineje tretjega

<sup>20</sup> Nujnost protikonkurenčnega delovanja je nedvomna kljub dejstvu, da se je Komisiji posrečilo še v zadevi *Deutsche Post AG* povsem nerazumno v nasprotju z ekonomsko in pravno realnostjo sklicevati na mnenje CFI v zadevi *Tetra Pak II*, v kateri je sodišče menilo: »Article 82 may be applied even in the absence of a direct effect on competition?«, glej Damien Geradin, Nicolas Petit, nav. delo, 2005, str. 20.

<sup>21</sup> »[L]imiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers« oziroma »omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega napredka v škodo potrošnikov«.

odstavka 9. člena ZPOmK-1 oziroma točke c drugega odstavka 102. člena PDEU, bi moral – kljub odsotnosti takega izrecnega pogoja v določbi – dokazovati tudi protikonkurenčne učinke in škodo potrošnikom. Gre za standard, ki je **temelj presoje vseh ravnanj na področju celotnega konkurenčnega prava** v okolju Evropske unije in Republike Slovenije, poleg tega pa gre za diskriminacijo s ciljem izključitve konkurenta ali omejevanjem njegovega prihoda na trg, ki bi jo bilo treba načelno analizirati po točki b drugega odstavka 102. člena PDEU oziroma 2. alineji četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1. To pomeni, da je treba tako diskriminacijo tudi pri analizi prek točke c drugega odstavka 102. člena PDEU oziroma 3. alineje četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1 presojati v skladu s kriteriji za presojo izključevalnih zlorab, torej s končno presojo koristi oziroma škode potrošnikov.

Z analizo dikcije celotnega določila 102. člena PDEU lahko ugotovimo, da slednja ob konsistentni aplikaciji vsebuje kvalifikatorni element škode oziroma zmanjšanja koristi potrošnikov za celoten spekter dejanj dominantnega podjetja, ki lahko pomeni zlorabo njihovega prevladujočega položaja. Določilo 102. člena PDEU škodo potrošnikov kot kvalifikatorni pogoj za opredelitev dejanja zlorabe prevladujočega položaja sicer res izrecno navaja zgolj v točki b (**izključevalne zlorabe**), ne pa tudi v preostalih primeroma naštetih tipičnih dejanj zlorabe, kar naj bi nakazovalo na temeljno usmeritev in cilj prepovedi zlorabe prevladujočega položaja v smeri varovanja položaja konkurentov in drugih subjektov na trgu, ne pa tudi konkurence in potrošnikov. Tako sklepanje je nepravilno.

Strinjati se je treba z mnenjem Temple-Langa, ki odsotnost kvalifikatornega elementa obstoja škode potrošnikov pri drugih tipih zlorabe povezuje z zgodovinsko pogojenostjo in usmeritvijo osti 102. člena PDEU<sup>22</sup> in ugotavlja, da ga je treba interpretirati teleološko ter kvalifikatorni element nastanka škode potrošnikom upoštevati pri vseh tipih zlorabe, tako da ta kvalifikatorni ele-

---

<sup>22</sup> Unijsko konkurenčno pravo je namreč tudi na tem področju »okuženo« s političnimi cilji. Tukaj je treba poudariti predvsem poskus vzpostavitve in ohranjanja obstoja skupnega trga. Strah pred diskriminatornim obravnavanjem, s katerim bi dominantna podjetja bolje obravnavala podjetja znotraj svojih nacionalnih držav članic in s tem nadaljevala t. i. balkanizacijo evropskega trga, je narekoval podobno ekonomsko sprevrženo percepcijo cenovne in necenovne diskriminacije, kot jo je na primer mogoče zaznati na področju vertikalnih omejitev konkurence vse do Uredbe 1/2003. Glej John Temple Lang: *Anticompetitive Non-pricing Abuses Under European and National Antitrust Law*, v: *International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute, 2004, str. 235–340.

ment postane del generalne klavzule iz prvega odstavka 102. člena.<sup>23</sup> V primeru nasprotnega razlogovanja bi bile vse druge oblike »neprijaznega« vedenja dominantnega podjetja opredeljene kot zloraba v trenutku, ko bi njihovi konkurenti dokazali, da jim je zaradi takih oblik vedenja nastala škoda ali se je njihov položaj poslabšal. Taka miselna konstrukcija je v popolnem nasprotju s temeljnimi cilji konkurenčne politike. Povedano drugače – dejanja dominantnega podjetja, ki povzročijo poslabšanje položaja njegovih konkurentov ali drugih subjektov na trgu (torej ne glede na vrsto diskriminacije – pravilo velja tako za primarno kot tudi sekundarno diskriminacijo), so dejanja zlorabe izključno tedaj, ko je njihova posledica tudi nastanek škode potrošnikom oziroma poslabšanje ali zmanjšanje njihovih ekonomskih koristi.

Dejanje različnega obravnavanja je mogoče tako tudi v primeru presoje prek določbe, ki ureja področje čiste sekundarne diskriminacije (3. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOMK-1), šteti za protikonkurenčno zgolj v primerih, ko bo podjetje s prevladujočim položajem različno obravnavalo svoje kliente pri **istovrstnih** transakcijah,<sup>24</sup> če bodo podjetja, ki so različno obravnavana, v odnosu **medsebojne konkurence** in če dejanje različnega obravnavanja ni izoliran primer, temveč **poslovna praksa (politika)** podjetja s prevladujočim položajem,<sup>25</sup> tako ravnanje dominantnega podjetja pa bo podjetje, ki mu je »namenjeno«, postavilo v **konkurenčno občutno slabši položaj**<sup>26</sup> in predvsem dokazano povzročalo škodo potrošnikom. Iz predhodne konstrukcije torej izhajajo štirje kriteriji za presojo potencialne protipravnosti ravnanja

<sup>23</sup> Tudi tu odkazujem na izvajanja Temple Langa. John Temple Lang: Article 82 EC – The Problems and the Solution, FEEM Working Paper No. 65.2009, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1467747](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467747)>. Primerjaj tudi Geradin, Petit, nav. delo.

<sup>24</sup> Kriterij istovrstnosti je namenjen »varovanju« dominantnega podjetja, saj mu omogoča, da neenake položaje obravnava neenako, česar posledica je lahko tudi postavljanje neenakih pogojev za enake transakcije z **neenakimi** poslovnimi partnerji. Tu poudarjam predvsem situacije, ko dominantno podjetje manj ugodno tretira poslovne partnerje, ki so na trg šele vstopili, zaradi česar dominantno podjetje ni seznanjeno z njegovimi finančnimi potenciali, poslovno etiko, družbeno odgovornostjo ipd.

<sup>25</sup> Ne zadostuje torej zgolj osamljeno, enkratno ravnanje dominantnega podjetja – potrebno je ponavljanje dejanja oziroma njegova sistematičnost v smislu poslovne prakse. V nasprotnem primeru vedenje dominantneža skoraj ne more doseči prepovedanih protikonkurenčnih učinkov in zato pojmovno ne more pomeniti zlorabe prevladujočega položaja.

<sup>26</sup> Poslabšanje je treba presojati tako v luči strukture trga, aktualne in potencialne konkurence in možnosti podjetja, da še naprej poslovno deluje na predmetnem upoštevnem trgu. Kot je bilo že večkrat omenjeno, dominantno podjetje ni zavezano pomagati drugim subjektom na trgu, kar velja tudi za kriterij poslabšanja položaja neenako obravnavanega podjetja. Dominantno podjetje svojim strankam namreč ni dolžno **omogočiti** položajev, ki bi jim zagotavljal enak ali boljši položaj glede na svoje konkumente.



dominantnega podjetja v smislu necenovne diskriminacije v obliki uporabe neenakih pogojev za istovrstne transakcije. Kriteriji morajo biti kumulativno izpolnjeni, v nasprotnem primeru ni mogoče govoriti o zlorabi prevladujočega položaja.

Sklepno je torej mogoče ugotoviti, da je treba dejanja podjetij s prevladujočim položajem, ki neenako obravnavajo svoje konkurente, stranke ali morda celo končne potrošnike, presojati glede na objekt, ki mu tako neenako obravnavanje škoduje, in glede na način, na katerega mu škoduje. Nujno je treba pripoznati jasno ločnico med dejanji »čiste« sekundarne diskriminacije (ki v večini primerov ne omejujejo konkurence in je njihova prepoved v konkurenčnopravni zakonodaji pravzaprav neprimerna) in dejanji, ki sekundarno diskriminacijo »posnemajo«, pri čemer pa je tako njihov namen kot pogosto tudi učinek izključevalen, usmerjen v neposredne konkurente prevladujočega podjetja (bodisi na istem ali spodnjem, *downstream* trgu). Razlika pri »izbiri« pravila je pomembna predvsem zaradi dejstva, da določbi unijske in nacionalne zakonodaje, namenjeni obravnavi dejanj sekundarne diskriminacije, ne vsebujeta izrecnega kriterija posledice škode potrošnikom – prepoved naj bi se torej vklopila brez zahteve po dokazu o omejevanju konkurence, prepovedovala naj bi se dejanja, ki škodijo tržnim igralcem, ne konkurenci. V okolju zatrjevanih izključevalnih ravnanj uporaba teh določb pogosto pomeni domala avtomatično obsodbo dominantnega podjetja, ki bi s svojim vedenjem poslabšala položaj svojih konkurentov, ne pa nujno tudi potrošnikov. Tako stanje je mogoče sanirati na dva načina. Prvič, s pravilno uporabo določb 102. člena PDEU oziroma 9. člena ZPOmK-1, torej z aplikacijo prepovedi izključevalnih ravnanj (točka b drugega odstavka 102. člena PDEU in 2. alineja četrtega odstavka 9. člena ZPOmK-1), pri kateri je nujno dokazati obstoj poslabšanja položaja potrošnikov, na dejanska stanja navidezne sekundarne diskriminacije. Metodološko primernejša in čistejša je druga rešitev, pravilna razlaga določb 102. člena PDEU oziroma 9. člena ZPOmK-1 kot celote, ki vsebuje kvalifikatorni element škode potrošnikov kot predpogoj za uspešno prepoved **vseh** tipov zlorabe.

VI. del

**INSOLVENČNO  
PRAVO**



# Razvoj postopkov finančne reorganizacije na ozemlju današnje Slovenije

JAKA CEPEC

## 1. UVOD

V prispevku analiziram razvoj postopkov finančne reorganizacije od začetkov normiranja teh postopkov v 19. stoletju do danes. Pri zgodovinski analizi je poseben poudarek na tistih vprašanih oziroma elementih v postopkih finančne reorganizacije, ki nam s pomočjo teoretičnih kriterijev omogočajo ocenjevanje, ali so bili postopki prijaznejši do upnikov ali do dolžnika. Pri tem uporabljam v teoriji ustaljene kriterije, in sicer: (a) usoda obstoječega posloводства dolžnika, (b) vprašanje doslednosti pri uporabi načela absolutnih prednosti, (c) odnos med stečajnim postopkom in postopkom finančne reorganizacije ter (č) položaj zavarovanih upnikov.

V prispevku skušam prikazati, da so bili postopki finančne reorganizacije skozi celotno zgodovino, kljub različnim državam, v katerih smo Slovenci živeli, in kljub zelo različnim gospodarskim in političnim sistemom, glede na predstavljene kriterije, organizirani kot dolžniku prijazni postopki. To dokazujem s tem, da: (a) so bili postopki finančne reorganizacije razumljeni kot primarna rešitev insolventnosti in je zakonodaja tako omogočala finančne reorganizacije tudi še znotraj stečajnega postopka; (b) so tradicionalno omogočali obstoječemu poslovodu, da je ostalo na svojih položajih in (c) v postopkih ni bilo upoštevano načelo absolutnih prednosti.

Očitno so šele globalna finančna kriza, zelo negativen odnos družbe do dolžnikov in splošno nezadovoljstvo z ureditvijo insolvenčnega prava, pripeljali zakonodajalca do tega, da je z reformami zakonodaje od leta 2008 dalje celoten sistem postopka finančne reorganizacije preoblikoval iz sistema, ki je bil tradicionalno dolžniku prijazen, v upniku prijazen model.

---

**Jaka Cepec**, doktor pravnih znanosti, docent na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani

Prispevek je razdeljen na dva razdelka. V prvem predstavljam zgodovinski razvoj zakonodaje, v drugem pa natančneje predstavim kriterije, s pomočjo katerih opredelimo postopke finančne reorganizacije kot dolžniku oziroma upniku prijazne ter s pomočjo uporabe teh kriterijev analiziram temeljne značilnosti posameznih postopkov finančne reorganizacije skozi čas.

## 2. RAZVOJ INSOLVENČNEGA PRAVA NA OZEMLJU DANAŠNJE REPUBLIKE SLOVENIJE

V 19. stoletju, ko se je začelo razvijati moderno insolvenčno pravo, je bilo današnje ozemlje Republike Slovenije sestavni del Habsburške in pozneje Avstro-Ogrske monarhije. Posledično je bil razvoj insolvenčnega prava vse do konca prve svetovne vojne leta 1918 neposredno odvisen od razvoja insolvenčnega prava v monarhiji. Prvi »avstrijski« Stečajni zakon (*Konkursordnung*) je bil sprejet leta 1781. Monarhija je za model pri oblikovanju insolvenčne zakonodaje uporabljala srednjeveške italijanske statute in španski *Labyrinthus creditorum* znamenitega španskega pravnika Francisa Salgada de Somoze iz leta 1651.<sup>1</sup> Avstrijsko pravo tistega časa je razumelo, da je insolvenčno pravo del civilnega prava, zato je stečajni zakon oblikovalo z mislijo, da mora vsaka stranka sama poskrbeti za svoje interese. Zakon je bil posledično oblikovan kot upnikom prijazen, poudarjal je njihovo avtonomijo in majhno vlogo sodišč.<sup>2</sup> Leta 1868 je bil sprejet nov Stečajni zakon, ki je bil pripravljen po francoskem vzoru. Ker zakonodaja ni prinašala ustreznih rezultatov, je bila med letoma 1912 in 1914 opravljena velika reforma insolvenčnega prava. Leta 1914 sta bila tako sprejeta dva zakona, in sicer Stečajni zakon (*Konkursordnung*) in Zakon o finančni poravnavi (*Ausgleichsordnung*).<sup>3</sup>

*Konkursordnung* bi po današnjih kriterijih še vedno veljal za upnikom prijazen zakon in je urejal organizirano likvidacijo (stečaj) insolventnega dolžnika. Temeljni namen zakona je bil v organiziranju skupnega foruma upnikov z reguliranim načinom prodaje dolžnikovega premoženja in z razdelitvijo stečajne mase med upnike. Temeljni cilj zakona je bil maksimiziranje poplačila upnikov. Namen Zakona o finančni poravnavi (*Ausgleichsordnung*) je bil sodno vodeni postopek reorganizacije dolžnika, ki bi se mu omogočilo nadaljeva-

<sup>1</sup> Glej Yuriy Andreev, nav. delo, str. 15

<sup>2</sup> Erik Berglöf, Howard Rosenthal, Ernst-Ludwig von Thadden, nav. delo, str. 29.

<sup>3</sup> Alexander Klausner, nav. delo, str. 8.

nje poslovanja z reorganizacijo ali celo odpisom dolga. Za odpust dolga sta morala biti izpolnjena dva pogoja: (a) dolžnik je moral v roku dveh let poravnati vsaj 40 odstotkov dolga in (b) z odpustom dolga se je morala strinjati absolutna večina upnikov. Odpust dolga oziroma reorganizacija dolžnika je bila možna tudi po *Konkursordnung*, ki je omogočal, da se stečajni postopek preoblikuje v postopek reorganizacije, če je lahko dolžnik upnikom zagotovil poplačilo vsaj 20 odstotkov dolga v največ dveh letih in če se je večina upnikov s takim predlogom strinjala. Postopek finančne reorganizacije znotraj stečaja se je imenoval prisilna poravnava (*Zwangsausgleich*).<sup>4</sup>

V Kraljevini SHS (in pozneje Kraljevini Jugoslaviji) je bil prvi Stečajni zakon sprejet leta 1930, do takrat se je na ozemlju Slovenije še naprej uporabljal avstrijski zakon iz leta 1914.<sup>5</sup> Veljavnost avstrijskega zakona iz leta 1919 se je leta 1921 razširila na celotno ozemlje takratne Kraljevine SHS.<sup>6</sup> Zaradi hudega upora tako gospodarstva kot tudi pravne teorije so bila leta 1925 odpravljena tako pravila o finančni poravnavi (nem. *Ausgleich*) kot tudi pravila o prisilni poravnavi (nem. *Zwangsausgleich*) znotraj stečaja. Takratna Beograjska trgovinska zbornica je namreč menila, da možnost finančne reorganizacije, pri čemer družbeniki dolžnika obdržijo svoje poslovne deleže, spodbuja ekonomsko nemoralnost. Srbsko in hrvaško društvo pravnikov sta menila, da so pravila sicer lahko koristna, vendar da preveč spodbujajo nemoralno in zlorabe.<sup>7</sup> Posledice ukinitve možnosti finančne reorganizacije je povzročila zelo hitro povečanje stečajnih postopkov in je tako število iz 106 leta 1924 porastlo na 384 v letu 1925 in na 823 v letu 1926. Zakonodajalec je po treh letih končno spoznal, da je kljub potencialni možnosti zlorabe postopkov za gospodarstvo vendarle bistveno bolje, da obstaja možnost finančne reorganizacije in je tako do leta 1930 pripravil nov oziroma prvi insolvenčni zakon v Kraljevini Jugoslaviji.<sup>8</sup>

Insolvenčna zakonodaja iz leta 1930 je sledila avstrijskemu modelu. Sprejeta sta bila dva zakona, in sicer Stečajni zakon za Kraljevino Jugoslavijo (srb. *Stečajni zakon za kraljevino Jugoslavijo*) in Zakon o prisilni poravnavi izven stečaja (srb. *Zakon o prinudnom poravnanju van stečaja*). Stečajni postopek je bil upnikom prija-

<sup>4</sup> Prav tam, str. 8-9.

<sup>5</sup> Ivo Politeo, nav. delo, str. 6.

<sup>6</sup> Prav tam, str. 173.

<sup>7</sup> Prav tam, str. 174.

<sup>8</sup> Prav tam, str. 176.

zen postopek, katerega namen je bil urejena prodaja dolžnikovega premoženja in razdelitev tega premoženja med upnike.<sup>9</sup> Prisilna poravnava je bila, po avstrijskem vzoru, mogoča tudi znotraj stečajnega postopka, in sicer vse do zadnje delitev stečajne mase. Dolžnik v prisilni poravnavi znotraj stečaja je moral skladu s par. 154 upnikom ponuditi minimalno poplačilo v višini 20 odstotkov v dveh letih. Za potrditev prisilne poravnave znotraj stečaja je bila potrebna dvojna večina, in sicer večina vseh na naroku prisotnih upnikov, katerih terjatve so morale znašati vsaj tri četrtine celotnega dolga (navadnih upnikov).<sup>10</sup>

Postopek prisilne poravnave izven stečaja se je lahko začel zgolj na dolžnikov predlog, in sicer vse do začetka stečajnega postopka. Predlagal ga je lahko dolžnik, ki je bil insolventen (par. 1). V predlogu poravnave je moral dolžnik predložiti seznam vseh upnikov s popisom terjatev in sestaviti predlog poravnave, pri čemer je moral upnikom ponuditi vsaj 40-odstotno poplačilo v enem letu ali vsaj 50-odstotno poplačilo v največ letu in pol.<sup>11</sup> Prisilna poravnava ni imela učinka na zavarovane in prednostne terjatve. S sklepom o začetku postopka prisilne poravnave je sodišče imenovalo upravitelja, katerega temeljna naloga je bil nadzor nad poslovanjem dolžnika. Osrednja točka postopka je bila sodna obravnava, na kateri je sodišče zaslišalo dolžnika o razlogih za insolventnost in od njega zahtevalo, da pod sodno prisego potrdi pravilnost računovodskih izkazov (par. 34 in 36). Načrt prisilne poravnave je bil sprejet, če je zanj glasovala navadna večina upnikov, prisotnih na naroku, katerih višina navadnih terjatev je znašala tri četrtine vseh terjatev. Če je dolžnik predlagal 50- ali več odstotno poplačilo dolgov, je poleg večine prisotnih upnikov na naroku zadostovala dvotretjinska večina terjatev (par. 46). Če je za predlog

<sup>9</sup> Kot zanimivost naj dodam, da je takratni zakon znotraj stečajnega postopka urejal tudi stečaj trgovca (osebni stečaj) oziroma sploh ni posebej razlikoval med stečajem pravne in fizične osebe. Zakon je vseboval zgolj posebne določbe o pravici dolžnika, da je zadržal tisto premoženje, ustvarjeno v času stečajnega postopka, ki ga potrebuje za preživetje sebe in svoje družine.

<sup>10</sup> Ivo Politeo (nav. delo, str. 140) tako piše, da so nižji pogoji minimalnega poplačila logični, kajti če bi dolžnik upnikom zmožl ponuditi višino poplačila, kot ga predvideva zakon o prisilni poravnavi izven stečaja, bi tako plačilo ponudil že pred stečajem v okviru prisilne poravnave izven stečaja. Ker tega ni mogel, upniki pa so ugotovili, da bi bili poplačani bolje kot v stečaju, je prisilna poravnava znotraj stečaja, z nižjimi minimalnimi zahtevami poplačila, primerna ureditev.

<sup>11</sup> Prav tam, str. 196. Politeo je že leta 1929 opozarjal, da so lahko minimalno predpisane kvote ekonomsko neučinkovite in nesmiselne, zlasti v primerih, ko gre za poštene dolžnike, ki so zašli v insolventnost brez svoje krivde in bi morda lahko poravnali 30 odstotkov terjatev, vendar tega zaradi omenjenih kvot ne smejo ponuditi in tako prisilna poravnava ni mogoča. Politeo je tako opozoril, da je zakon preveč pozornosti namenil »materialnemu momentu« in premalo moralnemu, čeprav bi po njegovem mnenju morala biti oba enakovredno zastopana.

glasovala polovica upnikov, ki pa skupaj niso imeli ustrezne večine terjatev, je sodišče obravnavo prestavilo za 15 dni. V tem času je sodišče upnike vnovič pozvalo, naj glasujejo za poravnavo, hkrati pa je dolžniku dovolilo, da je popravil (izboljšal) ponudbo.<sup>12</sup> V postopku je bil imenovan upravitelj prisilne poravnave. Od uvedbe postopka naprej je bilo poslovanje dolžnika omejeno pri svojih pravicah, saj je lahko dolžnik opravljal zgolj redne posle, ni smel obremenjevati svojega premoženja ali ga odtujevati. Za vse izredne posle je potreboval soglasje upravitelja. V postopku ni bilo spoštovano načelo absolutne prednosti, prisilna poravnava ni vplivala na prednostne in zavarovane upnike.

V času Socialistične federativne republike Jugoslavije (SFRJ) je bilo v prvem obdobju gospodarstvo zastavljeno kot sistem planskega gospodarstva in administrativnega upravljanja, kar je pomenilo, da gospodarstvo insolventnega prava, kot ga poznajo moderne ureditve, že pojmovno ni potrebovalo. Leta 1951 je bila sprejeta Uredba o postopku likvidacije gospodarskih podjetij,<sup>13</sup> v skladu s katero je podjetje prenehalo delovati na podlagi sklepa organa gospodarske uprave.

S prehodom na nov gospodarski sistem, v katerem so gospodarske organizacije postale samostojne ekonomske enote, se je začela pojavljati potreba po insolvenčni zakonodaji. Leta 1953 je bila sprejeta Uredba o prenehanju podjetij in obratov.<sup>14</sup> Uredba je urejala institute redne likvidacije, sanacije zunaj postopka prisilne likvidacije in institut prisilne likvidacije podjetij in obrti. To je bil prvi povojni predpis, ki je urejal institute, podobne stečaju in prisilni poravnavi. Prisilna likvidacija je v takratnem sistemu predstavljala današnji ekvivalent stečaja.<sup>15</sup> Prenehanje poslovanja gospodarske družbe z redno likvidacijo je opravila pristojna občina, prisilno likvidacijo pa je izvedlo pristojno okrožno gospodarsko sodišče.<sup>16</sup> Poglavitni cilj povojne zakonodaje je bil sanacija dolžnika. Zato je že prva povojna zakonodaja določala, da lahko državni organi in gospodarske ter družbene organizacije prevzamejo sanacijo podjetja, ki ne more več izpolnjevati svojih gospodarskih in družbenih obveznosti (25. člen Uredbe iz leta 1951). V ta namen je lahko ljudski odbor okraja, mesta ali mestne občine po lastni volji ali na predlog gospodarske

<sup>12</sup> Za več podrobnosti glej Ivo Politeo, nav. delo, str. 263.

<sup>13</sup> Uradni list LRS, št. 17/51.

<sup>14</sup> Uradni list LRS, št. 44/53.

<sup>15</sup> Lojze Ude, nav. delo, 1990, str. 380.

<sup>16</sup> Saša Prelič, nav. delo, str. 37, 38.



ali družbene organizacije odredil prisilno upravo podjetja, ki naj prevzame sanacijo. Poleg sanacije je Uredba poznala tudi možnost (prisilne) poravnave upnikov izven prisilnega likvidacijskega postopka. V tem postopku so se upniki skušali sporazumeti o sorazmernem zmanjšanju terjatev do dolžnika in načinu njihove poravnave. Sporazum je zavezoval vse upnike, če je zanj glasovala večina upnikov, katerih terjatve znašajo več kot polovico dolgov (26. člen Uredbe iz leta 1951). Prisilna likvidacija (stečaj) je bil možen samo ob predpostavki, da sta bila neuspešna tako sanacija kot tudi prisilna poravnava (27. člen Uredbe iz leta 1951). Tudi v postopku prisilne likvidacije (stečaja) so lahko državni organi ter gospodarske in družbene organizacije podale izjavo, da prevzemajo sanacijo podjetja.

Na podlagi 18. člena Ustave SFRJ iz leta 1963 je bil leta 1965 sprejet zvezni Zakon o prisilni poravnavi in stečaju.<sup>17</sup> Zakon je poznal dva postopka, in sicer postopek prisilne poravnave in stečaj. Stečaj je bil uzakonjen kot *ultima ratio*, kar je pomenilo, da se je lahko začel le, če je bila prisilna poravnava kot predhodni postopek neuspešna.<sup>18</sup> Prisilno poravnavo je lahko predlagal dolžnik sam ali banka, pristojni organ družbenopolitične skupnosti in vsaka druga zainteresirana delovna organizacija, če se je dolžnik s predlogom strinjal. Brez soglasja dolžnika je lahko postopek prisilne poravnave predlagala tudi Služba družbenega knjigovodstva (SDK). Prisilna poravnava se je lahko sklenila tudi med stečajnim postopkom. V skladu z zakonom je podjetje prišlo v stečaj, če ni moglo več obnavljati svojih produkcijskih sredstev in drugih delovnih sredstev ali izpolnjevati drugih z zakonom določenih obveznosti.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Uradni list SFRJ, št. 15/65. Zakon je bil trikrat noveliran, in sicer leta 1969 (Ur. l. SFRJ, št. 55/69), leta 1972 (Ur. l. SFRJ, št. 39/72) in leta 1974 (Ur. l. SFRJ, št. 15/74).

<sup>18</sup> Člen 4 zakona je namreč določal, da se stečaj ne more uvesti, če ni bilo poprej poskušeno saniranje podjetja z redno sanacijo ali prisilno poravnavo. Določilo o neuspešni prisilni poravnavi kot predpostavki za začetek stečaja je bilo odpravljeno leta 1969, vendar vnovič uvedeno leta 1972.

<sup>19</sup> Zakon je opredelil tudi domneve insolventnosti. Pri tem je zelo zanimiva sprememba teh domnev po drugi noveli leta 1969. Do druge novele so se namreč domneve nanašala na »tipične« domneve insolventnosti oziroma nelikvidnosti, in sicer: (1) več kot eno (dve) leti ne krije materialnih stroškov in amortizacije; (2) se delavcem več kot eno leto izplačujejo zgolj minimalni osebni dohodki; (3) če se po šestih mesecih izplačevanja minimalnih plač ne sanira stanje iz skupnih rezerv gospodarskih organizacij občine, iz družbeno političnih skladov ali drugih družbenih sredstev; (4) če podjetje več kot eno leto ne plačuje prispevkov in davkov iz plač; ali (5) če upniki v izvršbi niso bili uspešni. Po drugi noveli se domneve izrazito spremenijo, in sicer: (1) če upniki, banke ali druge pravne osebe ne prevzamejo sanacije podjetja, ki zaradi nelikvidnosti ne more izpolnjevati zapadlih obveznosti, ali če se ne doseže prisilna poravnava; (2) če upniki, banke ali druge pravne osebe ne prevzamejo sanacije podjetja, ki je končalo poslovno leto z izgubo, ali če se ne doseže prisilne poravnave za kritje izgub oziroma če ostane izguba nekrita (2. člen).

Če je predlagatelj (dolžnik, upnik, občina, SDK) predlagal začetek stečajja, je moralo sodišče izvesti t. i. predhodni postopek, v katerem je zaslišalo stranke v postopku. Temeljna funkcija predhodnega postopka je bilo tehtanje sodišča, ali je možno izvesti prisilno poravnavo. V ta namen je sodišče lahko postavilo tudi izvedenca.<sup>20</sup> Postopek prisilne poravnave je bil zelo podoben postopku iz leta 1930. Dolžnik je moral ponuditi vsaj 50-odstotno poplačilo v roku enega leta ali vsaj 60-odstotno poplačilo v roku dveh let. Poravnava ni vplivala na zavarovane in prednostne terjatve. Predlog poravnave je morala sprejeti vsaj polovica upnikov, ki so imeli skupaj vsaj polovico navadnih terjatev. S prisilno poravnavo ni bilo mogoče poseči na prednostne in zavarovane terjatve. Izjema so bile zavarovane terjatve, za katere je upnik pridobil zavarovanje v zadnjih šestdesetih dneh pred začetkom postopka.<sup>21</sup> V času postopka je obstoječe poslovanje lahko nadaljevalo poslovanje, sodišče pa je lahko kot začasno obliko zavarovanja sredstev dolžnika odredilo ustavev izplačil z računov dolžnika. Z dnem uvedbe postopka so bile ustavljene tudi vse izvršbe zoper dolžnika. Če prisilna poravnava ni bila uspešno izglasovana in če dolžnik ni ponudil novega, ugodnejšega načrta poplačila, je stečajno sodišče po uradni dolžnosti uvedlo stečajni postopek.<sup>22</sup> V postopku sodišče (tri članski poravnalni senat) ni imenovalo upravitelja ali upniškega odbora.

Z ustavnimi spremembami leta 1974 je prišlo do novih pomembnih sprememb v sistemu gospodarstva SFRJ. Uvedeni so bili družbena lastnina, združeno delo in samoupravljanje. Osnovna celica gospodarstva niso bile več gospodarske družbe, ampak organizacije združenega dela. Osnovna oblika organizacije združenega dela so bile temeljne organizacije združenega dela (TOZD), ki so se združevale v delovne organizacije, te pa v sestavljene organizacije združenega dela (SOZD). Novi ekonomsko-gospodarski strukturi je bilo treba prilagoditi tudi insolvenčno pravo. Podlaga za novo ureditev insolvenčnega prava je bila podana že v Ustavi SFRJ, in sicer je Ustava v 48. členu določala, da prenehanja organizacij združenega dela oziroma organizacij poslovnega združevanja ureja zvezni zakon. Ustava je tudi določala, da se organizacija »odpravi«, če ne izpolnjuje z zakonom predpisanih pogojev za opravljanje svoje dejavnosti, če dalj časa ne more obnavljati družbenih sredstev, s katerimi posluje, in delavcem zagotavljati uresničevanja z ustavo zajamčenih

<sup>20</sup> Glej 58. do 67. člen Zakona o prisilni poravnavi in stečaju iz leta 1965.

<sup>21</sup> Člen 14 zakona.

<sup>22</sup> Člen 31 zakona.

pravic glede njihove materialne in socialne varnosti ali če ne more izpolnjevati drugih z zakonom določenih ali s pogodbo prevzetih pravic. Zvezna skupščina je na podlagi ustavnih določil sprejela Zakon o pogojih in postopku za sanacijo organizacij združenega dela.<sup>23</sup> Zakon je veljal skupaj z Zakonom o stečaju in prisilni poravnavi iz leta 1969 in je predstavljal nekakšen predpostopek, imenovan sanacijski postopek. Sanacijski postopek se je uvedel nad organizacijo združenega dela,<sup>24</sup> ki je imela nepretrgoma 45 dni neporavnane obveznosti, ki so bile evidentirane pri SDK. SDK je o neprekinjenih neporavnanih obveznostih obvestil organizacijo združenega dela ter občino, v kateri je imela organizacija sedež. Organizacija je bila dolžna v 30 dneh poravnati obveznosti. Če tega ni bila sposobna, je morala najti prevzemnika obveznosti, ki bo zagotovil sredstva za poplačilo obveznosti. Če tudi tega ni bila zmožna, je morala v dodatnem roku 15 dni z obvestilom v Uradnem listu SFRJ pozvati upnike, naj prevzamejo sanacijo. Upniki so sanacijo opravili s pomočjo odobritve dodatnega kredita, z združitvijo sredstev za skupno poslovanje, prevzemom obveznosti dolžnika, z odpisom terjatev ali drugače. Upniki, ki so se odločili sanirati organizacijo, so morali zagotoviti poravnavo vseh zapadlih obveznosti prezadolžene organizacije združenega dela. Rok za poravnavo ni smel biti daljši od 90 dni. Če tudi upniki niso želeli prevzeti sanacije ali če sanacija ni bila opravljena v 90 dneh, je SDK o tem obvestil gospodarsko sodišče, ki je začelo prisilno poravnavo v skladu z določili Zakona o prisilni poravnavi in stečaju. Finžgar posebej poudarja, da je v novem ustavnem sistemu načelo subsidiarnosti stečajnega postopka še posebej pomembno in da že Zakon o združenem delu v 160. členu omenja dolžnost družbenopolitične skupnosti, da v skladu s svojimi ustavnimi pravicami in dolžnostmi ukrene, kar je treba, da se organizaciji, ki je zašla v izjemne ekonomske težave, ponudi ekonomska in drugačna pomoč in da se, če je to v družbenem interesu, zagotovi njena sanacija. Podobno je poudarjal tudi Ude, ki je menil, da lahko za celoten razvoj stečaja v jugoslovanskem pravnem sistemu trdimo, da je pravni sistem stečaj bolj kot razvijal, zgolj toleriral in da je namesto stečaja močnejše razvijal in spreminjal sistem sanacije.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Uradni list SFRJ, št. 39/72. V okviru samoupravljanja so bili potem sprejeti še Zakon o pogojih in postopkih za sanacijo z leta 1976 (Uradni list SFRJ, št. 58/76), Zakon o sanaciji in prenehanju organizacij združenega dela iz leta 1980 (Uradni list SFRJ, št. 41/80) ter Zakon o sanaciji in prenehanju organizacij združenega dela iz leta 1986. (Uradni list SFRJ, št. 72/86).

<sup>24</sup> Finžgar (nav. delo, str. 174) pri tem tudi opozarja, da so organizacije združenega dela že po zakonodaji odgovarjale za dolgove temeljne organizacije združenega dela v njenem sestavu.

<sup>25</sup> Lojze Ude, nav. delo, 1990, str. 381.

Nadaljnja »insolvenčna« zakonodaja v času samoupravljanja je z zgodovinskega vidika zelo specifična, saj zelo podrobno ureja predvsem vprašanje sanacije organizacije združenega dela in temeljnih organizacij združenega dela, pri čemer so v skladu s takratno politično in ekonomsko teorijo odgovornost za sanacijo imeli delavci organizacije združenega dela, ki so morali s pomočjo drugih organizacij združenega dela, združenja gospodarskih zbornic in družbeno političnih organizacij poiskati »sanatorja.«<sup>26</sup> Ureditev je bila torej podobna prvi samoupravni insolvenčni zakonodaji iz leta 1972, opisani zgoraj. V praksi se je sanacija opravljala s sredstvi drugih organizacij in skupnosti oziroma z iskanjem prevzemnika sanacije prek združenja v gospodarski zbornici ter seveda z odlogom plačila in/ali zmanjšanjem višine terjatev do upnikov, predvsem bank.<sup>27</sup>

Neuspešen sanacijski program je bil formalni predpogoj za začetek stečajnega postopka.<sup>28</sup> Tudi po začetku stečaja je moralo sodišče po uradni dolžnosti preveriti, ali obstaja možnost prisilne poravnave. V okviru prisilne poravnave je bilo mogoče zmanjšanje višine terjatev in odložitvev zapadlosti. Zakon je tukaj uporabil določila o minimalnem poplačilu iz leta 1930 oziroma 1969, in sicer minimalno 50 odstotkov v enem letu, 60 odstotkov v dveh letih, pri čemer je bila najdaljša dovoljena doba za poplačila tri leta. Prisilna poravnava ni vplivala na prednostne in zavarovane terjatve. Pri zavarovanih terjativah so bile izjeme zavarovanja, pridobljena v izvršbi v roku 60 dni pred začetkom stečaja. Obstoječe poslovodstvo je tudi v času prisilne poravnave še lahko opravljajo svoje delo, dolžnik pa je lahko opravljal zgolj redne posle in brez soglasja sodišča premoženja ni smel obremeniti ali odtujiti. Za potrditev prisilne poravnave je bila potrebna dvojna večina, in sicer večina vseh upnikov, katerih terjatve predstavljajo večino vseh terjatev do dolžnika.

Leta 1987 je bil na republiški ravni sprejet Zakon o stečaju nad obratovalnicami samostojnih obrtnikov,<sup>29</sup> ki je urejal pogoje za uvedbo stečaja in stečajni postopek nad obratovalnicami samostojnih obrtnikov, ki je veljal vse do sprejetja ZPPSL leta 1993.

<sup>26</sup> Več o posebnosti insolvenčnega prava v času samoupravljanja glej na primer A. Finžgar, 1977.

<sup>27</sup> Glej zanimiv 53. člen Zakona iz leta 1986 o tem, da dolžnik banki pošlje *zahtevo* o zmanjšanju kredita.

<sup>28</sup> Člen 131 Zakona iz leta 1986 je tako določal, da: »Na podlagi predloga za uvedbo stečajnega postopka predsednik stečajnega senata najprej ugotovi, ali je bil nad dolžnikom opravljen sanacijski postopek; če ugotovi, da postopka ni bilo, zavrže predlog in obvesti o tem predlagatelja, dolžnika in pristojno službo družbenega knjigovodstva.«

<sup>29</sup> Uradni list SRS, št. 1/87.

Prvi moderni insolvenčni zakon (Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji)<sup>30</sup> je bil v Jugoslaviji sprejet leta 1989. Zakon je urejal zgolj insolvenčne postopke zoper pravne osebe in opredeljeval dva različna postopka, in sicer stečaj ter prisilno poravnavo. Zakon je bil dolžniku prijazen, saj je določal, da se primarno uporabi postopek prisilne poravnave. Prisilno poravnavo je bilo mogoče začeti tudi v samem stečajnem postopku, saj je moralo sodišče v stečajnem postopku po uradni dolžnosti preveriti, ali obstajajo možnosti za prisilno poravnavo, in dolžniku naložiti, naj pripravi načrt prisilne poravnave (79. člen zakona). Prisilno poravnavo so lahko predlagali dolžnik, upniki ali sodišče. Prisilno poravnavo so morali podpreti upniki, katerih terjatve so predstavljaje vsaj polovico vseh navadnih terjatev. Če večina ni bila dosežena, je sodišče odločanje preložilo in dolžniku naložilo, naj pripravi alternativni predlog. Če poravnava tudi po dodatnem glasovanju ni bila izglasovana, se je začel stečajni postopek. Tudi v stečajnem postopku je lahko dolžnik vnovič predlagal sprejetje prisilne poravnave. Edini pogoj je bil, da je dolžnik ponudil ugodnejše pogoje poplačila, kot bi ga upniki dobili v stečaju. V postopku prisilne poravnave sta bila možna zgolj podaljšanje ročnosti poplačila in zmanjšanje višine dolga. Preoblikovanje dolžniškega kapitala v lastniškega in drugi moderni instrumenti finančne reorganizacije niso bili na voljo.<sup>31</sup> Zaradi osamosvojitve in novega družbenega sistema je veljal le kratek čas.<sup>32</sup>

Zakon je v 6. členu določal, da lahko dolžnik predlaga uvedbo prisilne poravnave pred uvedbo stečaja ali med samim stečajnim postopkom. Postopek je lahko predlagal dolžnik sam ali pa vsak upnik, če se je dolžnik s predlogom strinjal. V prisilni poravnavi je bil imenovan upravitelj prisilne poravnave. Njegova naloga je bila preizkusiti stanje premoženja dolžnika, sestaviti seznam upnikov, preizkusiti verodostojnost prijavljenih terjatev, prerehati terjatve in nadzirati poslovanje dolžnika. Poslovodstvo dolžnika je obdržalo svoj položaj, vendar je lahko dolžnik opravljal zgolj redne posle, za morebitno obremenitev premoženja ali dajanje poroštev pa je potreboval soglasje sodišča ali upravitelja, če je bil ta imenovan. Predlog prisilne poravnave je lahko vseboval podaljšanje ročnosti in/ali znižanje plačila terjatev. Dolžnik je moral ponuditi vsaj 50-odstotno poplačilo v enem letu ali vsaj 60-odstotno poplačilo v dveh letih. Rok plačila tudi pri stoodstotnem poplačila ni smel biti daljši od treh let.

<sup>30</sup> Uradni list SFRJ, št. 84/89. Zakon je bil za današnje razmere sestavljen iz zgolj 170 členov.

<sup>31</sup> Janez Šlibar, nav. delo, str. 6–17.

<sup>32</sup> Zakon je bil sicer na podlagi 4. člena ustavnega zakona za izvedbo ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije prevzet v slovenski pravni red.

Prisilna poravnava ni vplivala na prednostne upnike ter na zavarovane upnike, razen na tiste terjatve, za katero so upniki pravico do ločenega poplačila pridobili z izvršbo v zadnjih 60 dneh pred izdajo sklepa o začetku postopka.

Po osamosvojitvi Republike Slovenije leta 1991 se je gospodarstvo moralo soočiti z izjemno gospodarsko krizo, ki je bila posledica vojne in predvsem izgube celotnega trga nekdanje SFRJ. Tako imenovana transformacijska depresija je trajala do leta 1993.<sup>33</sup> Konec leta 1991 je tako približno 600 gospodarskih družb, ki so skupaj zaposlovale skoraj 100.000 delavcev, izpolnjevalo pogoje za začetek insolvenčnega postopka. Da bi ustavili potencialni plaz insolvenčnih postopkov, je Izvršni svet Republike Slovenije 5. julija 1991 sprejel moratorij na vlaganje prijav za uvedbo stečajnega postopka po 22. členu takratnega Zakona o finančnem poslovanju, ki je SDK nalagal, da mora po predpisanem številu dni blokade žiro računa pravne osebe vložiti prijavo za začetek stečajnega postopka. V tistih letih je bil SDK daleč najpomembnejši predlagatelj insolvenčnih postopkov, saj je bil samo v letu 1991 predlagatelj v kar 84,2 odstotka vseh začelih insolvenčnih postopkov.<sup>34</sup> Zaradi moratorija je bilo tako število začelih insolvenčnih postopkov bistveno manjše, kot bi bilo sicer.

Prvi insolvenčni zakon v samostojni Sloveniji, Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL), je bil sprejet 23. novembra 1993 in je začel veljati 2. januarja 1994.<sup>35</sup> ZPPSL je bil dvakrat noveliran (leta 1997 in 1999) in je veljal do sprejema Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) 1. oktobra 2008.<sup>36</sup> Osnutek novega zakona o prisilni poravnavi in stečaju je predstavljal kontinuiteto v razvoju stečajnega prava in je v marsičem povzemal ureditev veljavnega Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji iz leta 1989.<sup>37</sup> Stečajna zakonodaja je že tradicionalno temeljila na avstrijski in nemški pravni ureditvi, kar je po mnenju takratne teorije v pomembnem delu veljalo tudi za novi ZPPSL iz leta 1993. Pri tem je treba z današnjega zornega kota dodati, da je ZPPSL naredil zelo pomemben sistemski odklik od nemške ureditve, saj ni vpeljal sistema enovitega insolvenčnega postopka, ampak je uvedel sistem ločenih postop-

<sup>33</sup> Jože Mencinger, nav. delo, str. 225.

<sup>34</sup> Glej Maks Tajnikar, nav. delo, str. 256; ali Alenka Žnidaršič Kranjc, nav. delo, str. 474.

<sup>35</sup> Uradni list RS, št. 67/93.

<sup>36</sup> Podrobneje o značilnostih slovenskega korporacijskega insolvenčnega prava in o samem zakonu glej v naslednjih poglavjih.

<sup>37</sup> Lojze Ude, nav. delo, 1992, str. 512.

kov,<sup>38</sup> pri čemer je bil model finančne reorganizacije oblikovan po modelu ameriške pravne ureditve.

V razmerju med stečajem in postopkom finančne reorganizacije (prisilna poravnava) je tudi po zakonu iz leta 1993 še vedno veljalo načelo subsidiarnosti, kar pomeni, da se stečajni postopek uvede samo v primeru, če ne uspe sanacija s pomočjo prisilne poravnave. Pri tem neuspešen poskus prisilne poravnave sicer ni bil procesna predpostavka za začetek stečaja.

ZPPSL je v 2. členu določal, da se stečajni postopek opravi nad dolžnikom, ki je dalj časa plačilno nesposoben (insolventen) ali prezadolžen, ter v drugih primerih, določenih z zakonom. Zakon ni vseboval dodatnih domnev, s katerimi bi upniki lažje dokazovali insolventnost. ZPPSL tudi ni poznal domneve insolventnosti, kar je pomenilo, da je moral tudi dolžnik kot predlagatelj dokazovati insolventnost.<sup>39</sup>

Z novelo ZPPSL-A leta 1997 je zakonodajalec dopolnil 3. člen, s čimer je omogočil začetek postopka *ex officio*. Novela je določila, da lahko pristojno sodišče uvede stečajni postopek po uradni dolžnosti, če dolžnik ni zagotovil izplačila plač za obdobje zadnjih treh mesecev ali če ima blokiran žiro račun oziroma je nelikviden zadnjih dvanajst ali več mesecev. V ta namen je morala takratna Agencija za plačilni promet enkrat mesečno obveščati pristojna sodišča o gospodarskih družbah, ki so izpolnjevale pogoje za uvedbo stečajnega postopka. Možnost začetka postopka po uradni dolžnosti je bila v veljavi samo do novele ZPPSL-B leta 1999, ko je zakonodajalec oba dodana odstavka črtal.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Za enoviti insolvenčni postopek je značilno, da se vsi postopki zaradi insolventnosti začnejo na isti način in se odločitev o likvidaciji ali reorganizaciji družbe sprejme šele znotraj tega enovitega postopka. Za sistem ločenih postopkov je značilno, da izbiro med postopki likvidacije in reorganizacije opravi že predlagatelj postopka. Enoviti postopek je značilen za Nemčijo, Francijo in Hrvaško, sistem ločenih postopkov pa na primer za ZDA, Veliko Britanijo in Slovenijo.

<sup>39</sup> Glej na primer sklep Višjega sodišča v Kopru Cpg 120/2006 z dne 6. julija 2006.

<sup>40</sup> Novelo ZPPSL-A, s katero je zakonodajalec omogočil začetek postopka *ex officio*, je po navedbah Preliča močno kritizirala teorija. Prelič citira N. Plavšak, ki navaja, da je bila rešitev bistveno premalo domišljena in da se v moderni doktrini vodenje uradnih postopkov v civilnem pravu, v katerega spada tudi insolvenčno pravo, uporablja zgolj v tistih primerih, ko osebe niso sposobne same oblikovati svoje poslovne volje oziroma razumeti pomena svojih dejanj, bodisi zaradi mladosti ali duševnih motenj oziroma duševne bolezni. V primeru insolventnosti gospodarske družbe take situacije seveda ni. Plavšakova je ob sprejetju novele tudi opozarjala na negativne posledice, ki bi jo dosledno spoštovanje začetka postopkov po uradni dolžnosti prineslo gospodarstvu. Po njenem mnenju je namreč več kot 6.000 gospodarskih družb takrat izpolnjevalo predpisane pogoje po tretjem in četrtem odstavku 3. člena ZPPSL in bi morala sodišča nad njimi po uradni dolžnosti začeti postopek. Glej Prelič, nav. delo, 1999, str. 125 ter Nina Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant, nav. delo, str.

ZPPSL je vseboval tudi izrecno določbo, da se stečajni postopek ne opravi, če ima dolžnik samo enega upnika. Dokazno breme, da ima dolžnik več kot enega upnika, je bilo na upnikovi strani.<sup>41</sup> Sodna praksa je menila, da je predpogoj večjega števila upnikov (izkazan pravni interes za vodenje postopka) podan oziroma zahtevan zgolj v primeru, če postopek predlaga upnik, ne pa tudi, če je predlagatelj dolžnik. Po mnenju sodne prakse ima lahko dolžnik utemeljen interes za začetek stečajnega postopka tudi, če ima zgolj enega upnika.<sup>42</sup> ZPPSL je prav tako določal, da stečajni senat, če ugotovi, da premoženje, ki bi prišlo v stečajno maso, ne bi zadoščalo niti za stroške postopka oziroma da je premoženje neznatne vrednosti, s sklepom stečajni postopek začne in ga takoj konča.<sup>43</sup>

Postopek prisilne poravnave je veljal za izrazito dolžniku prijaznega in je kot finančno reorganizacijo razumel predvsem podaljšanje ročnosti plačila terjatev in/ali zmanjšanje terjatev.<sup>44</sup> Prisilna poravnava je vplivala zgolj na navadne terjatve. Po vzoru ameriške ureditve je imel dolžnik po začetku postopka prisilne poravnave dva meseca časa, da je pripravil načrt finančne reorganiza-

825. Plavšakova je na podlagi dejstva, da so sodišča v povprečju na leto rešila 200 stečajnih zadev, izračunala, da bi zaradi novele začeti postopki delo na gospodarskih oddelkih okrožnih sodišč popolnoma ustavili.

<sup>41</sup> Glej na primer sklep Višjega sodišča v Kopru Cpg 63/2006 z dne 18. maja 2006.

<sup>42</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani Cpg 17/2001 z dne 20. februarja 2011 (sodišče se pri odločitvi opira na: Nina Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant, nav. delo, str. 108). Na neenotnost sodne prakse nakazuje sklep Višjega sodišča v Kopru Cpg 167/2000 z dne 19. oktobra 2000, ki je potrdil odločitev prve stopnje, da dolžnik nima pravnega interesa za začetek postopka, saj ni dokazal, da ima več kot enega upnika.

<sup>43</sup> Postopek se je lahko na podlagi 100. člena ZPPSL izjemoma začel tudi, če je upnik verjetno izkazal, (1.) da bo na podlagi izpodbijanja pravnih dejanj v stečaju premoženje vrnjeno v stečajno maso, ali (2.) če je premoženje dolžnika po mnenju upnika, ki je moral verjetno izkazati obstoj premoženja, zadostovalo za plačilo njegove terjatve, po poplačilu stroškov stečajnega postopka. Prvi del povedi je logičen in se nanaša na primere, ko upnik verjetno izkaže, da bo premoženja zadostovalo tudi za delitev med upnike, in sicer po tem, ko bodo uspešni z zahtevki za izpodbijanje dolžnikovih pravnih ravnanj. Drugi del prvega odstavka 100. člena je bil sprejet z novelo ZPPSL-B in je sistemsko povsem nelogičen. Zakonodajalec je namreč s tem dopolnilom razveljavil splošno pravilo iz 2. člena zakona, ki je določalo, da se stečajni postopek ne opravi, če ima dolžnik samo enega upnika (kar je logično, saj v tem primeru ni pravnega interesa za stečajni postopek, ker se lahko upnik poplača v izvršbi), ter določil, da edini upnik dolžnika lahko uspešno zahteva začetek stečajnega postopka, če verjetno izkaže, da bo njegova terjatev v celoti poplačana. Stečajni postopek pri enem upniku je bil torej mogoč samo, če je upnik v predlogu verjetno izkazal, da bo njegova terjatev v celoti poplačana. Glej tudi Nina Plavšak Saša Prelič, Živko Bergant, nav. delo, str. 374 in nasl.

<sup>44</sup> Transformacija dolžniškega kapitala v lastniškega je v pravno ureditev insolvenčnega prava prišla leta 1997. Reforma iz leta 1997 je prinesla tudi druge možnosti reorganizacije, ki so omogočale sanacijo podjetja brez prodaje po delih.



cije.<sup>45</sup> Ta rok pa je bilo mogoče celo »podaljšati«, in sicer tako, da je dolžnik vložil nepopoln načrt finančne reorganizacije in mu je sodišče po 50. členu ZPPSL določilo rok za popravo načrta. Rok ni smel biti krajši od osmih dni. Dolžnik je moral upnikom ponuditi vsaj 50-odstotno poplačilo terjatev v roku enega leta ali 60-odstotno poplačilo v roku dveh let. Zakonski pogoji za poplačilo terjatev so bili pravzaprav prepisani iz Zakona o prisilni poravnavi in stečaju iz leta 1969. Novela ZPPSL-B je leta 1997 zmanjšala pogoje poplačila dolžnika, in sicer je moral dolžnik poplačati (a) vsaj 20 odstotkov navadnih terjatev v roku enega leta ali (b) vsaj 40 odstotkov navadnih terjatev v roku dveh let ali (c) vsaj 60 odstotkov navadnih terjatev v roku treh let ali (d) vsaj 80 odstotkov navadnih terjatev v roku štirih let ali (e) 100 odstotkov navadnih terjatev v roku petih let.<sup>46</sup>

Predlog finančne reorganizacije so morali podpreti upniki, ki so skupaj imeli vsaj 60 odstotkov terjatev.<sup>47</sup>

ZPPSL je v 172. členu določal, da lahko stečajni upravitelj, upniški odbor,<sup>48</sup> družbeniki<sup>49</sup> oziroma podjetnik posameznik, vse do naroka za obravnavo osnutka za glavno razdelitev vložijo predlog za začetek postopka prisilne poravnave.

Pri tem je bilo zelo pomembno določilo 174. člena ZPPSL, ki je določalo, da se v postopku prisilne poravnave v stečaju ne uporabljajo določbe o najmanjših odstotkih in rokih poplačil upnikov, kot sem jih navedel zgoraj. To je v praksi pomenilo, da je bilo z vidika dolžnika najbolje, da je s predlogom za začetek postopka prisilne poravnave počakal do začetka stečajnega postopka.

Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)<sup>50</sup> je bil sprejet konec leta 2007 in se je začel uporabljati 1. oktobra 2008. Nova insolvenčna zakonodaja je bila torej sprejeta oziroma uveljavljena pravzaprav skupaj z začetkom globalne finančne krize. Ker je bil ZFPPIPP sprejet tik pred začetkom globalne finančne krize in tako ob njegovi pripravi in sprejemanju zakonodajalec ni namenil posebne pozor-

<sup>45</sup> Po noveli ZPPSL-B je bil ta rok podaljšan na tri mesece.

<sup>46</sup> Nina Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant, nav. delo, str. 253–262.

<sup>47</sup> Glede na to, da je prisilna poravnava vplivala samo na navadne terjatve, prednostni in zavarovani upniki niso imeli glasovalne pravice in se je potreben odstotek terjatev nanašal zgolj na navadne terjatve.

<sup>48</sup> Šele od novele ZPPSL-B leta 1997 dalje.

<sup>49</sup> ZPPSL govori o lastnikih s kapitalsko večino v stečajnem dolžniku, ki je pravna oseba.

<sup>50</sup> Uradni list RS, št. 126/07.

nosti normativnim izzivom, ki jih je ta prinesla, je bil ZFPPIPP od leta 2008 do 2016 sedemkrat noveliran. Poleg vseh novel je Državni zbor sprejel še dve avtentični razlagi 21. člena ZFPPIPP.

Že v letu 2009 sta bili sprejeti noveli ZFPPIPP-A<sup>51</sup> in ZFPPIPP-B.<sup>52</sup> Novela A je bila sprejeta predvsem zaradi potrebe po celoviti uskladitvi s stališči Ustavnega sodišča Republike Slovenije in Informacijskega pooblaščenca glede varstva osebnih podatkov in tako po zagotovitvi varnosti pravnega prometa. Novela B je bila sprejeta predvsem zaradi večjega zavarovanja pravic zaposlenih pri insolventnih dolžnikih. Zakon je bil tako dopolnjen s četrtnim odstavkom 14. člena, ki določa neizpodbojno domnevo trajnejše nelikvidnosti za delodajalca, ki tri mesece ne izpolnjuje svojih minimalnih obveznosti do zaposlenih. Zakon je bil dopolnjen tudi s posegom v ureditev nagrad upraviteljev.<sup>53</sup>

Na podlagi nekaterih dilem in kritik, povezanih z uporabo ZFPPIPP, ki so se nanašale predvsem na premajhno učinkovitost insolvenčnih postopkov, ustreznost ureditve položaja upnikov ter na ustreznost položaja upraviteljev v insolvenčnih postopkih, je bila v oktobru 2009 imenovana delovna skupina za pripravo novele ZFPPIPP-C.<sup>54</sup> Ta je bila sprejeta leta 2010.<sup>55</sup> Novela je bila obsežnejša in je prinesla številne spremembe.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Uradni list RS, št. 40/09.

<sup>52</sup> Uradni list RS, št. 59/09.

<sup>53</sup> Ureditev pa je bila z odločbo Ustavnega sodišča U-I-185/10, Up-1409/10 z dne 2. februarja 2012 (Uradni list RS, št. 23/12 in OdlUS XIX, 33) potem delno razveljavljena.

<sup>54</sup> Saša Prelič, nav. delo, str. 22.

<sup>55</sup> Uradni list RS, št. 52/10.

<sup>56</sup> Spremembe lahko razdelimo v nekaj točk, in sicer:

- določena je bila enotna stvarna pristojnost okrožnih sodišč za vse postopke zaradi insolventnosti, prav tako pa je bila določena tudi enotna krajevna pristojnost Višjega sodišča v Ljubljani za vse pritožbene insolvenčne postopke;
- zaradi pospešitve in racionalizacije postopka je bila določena obveznost elektronskega vlaganja pisanj, ki jih vlagajo odvetniki. Ta obveznost je bila že prej določena za upravitelje;
- spremenjena oziroma dopolnjena so bila pravila glede pravnih okvirov delovanja upraviteljev, njihove organiziranosti, odgovornosti in pravila o nagradah;
- spremenjena je bila ureditev vpliva insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi;
- spremenjena oziroma dopolnjena so bila pravila glede spremembe osnovnega kapitala v prisilni poravnavi, ki ob izpolnjevanju določenih pogojev omogoča upnikom dokapitalizacijo družbe z denarnimi vložki;
- Določena so bila pravila, ki poštenemu podjetniku ali zasebniku, nad katerim je bil začel postopek osebnega stečaja, omogoča nov zagon poslovanja, ob ustreznem nadzoru upravitelja in sodišča. Podrobneje o vseh novelah v Nina Plavšak, nav. delo, 2011, strani 15–115.

Na podlagi medijskih pritiskov Obrtne zbornice Slovenije, ki je ureditev prisilne poravnave iz leta 2008 imenovala kar »legalizirana kraja« je zakonodajalec leta 2011 sprejel še nesmiselno novelo ZFPPIPP-D.<sup>57</sup> Ta je posegla predvsem v ureditev prisilne poravnave, saj je za veljavnost predloga dolžnika za prisilno poravnavo uvedla zahtevo po najmanj 50-odstotnem poplačilu dolžnikovih navadnih terjatev, ki jih mora dolžnik poravnati najpozneje v štirih letih.<sup>58</sup> Zgodba z novelo ZFPPIPP-D je tako zelo podobna zgodbi iz leta 1925 (!), ko je takratna Beograjska trgovinska zbornica, ob podpori srbskega in hrvaškega društva pravnikov dosegla, da je bil zaradi nemorale in nevarnosti zlorab odpravljen postopek prisilne poravnave. Kot v časih Kraljevine Jugoslavije so tudi v Sloveniji morala miniti tri leta, da je zakonodajalec spredidel in predvsem popravil napako. Sistemska napaka je bila maja 2013 z novelo ZFPPIPP-E<sup>59</sup> še poglobljena, saj je zakonodajalec dodatno opredelil minimalno časovnico poplačila terjatev, in sicer tako, da je moral dolžnik upnikom ponuditi sistem poplačila, po katerem upniki v vsakem izmed štirih

<sup>57</sup> Uradni list RS, št. 26/11.

<sup>58</sup> Vlada RS je v letu 2012 Državnemu zboru predlagala sprejetje novele ZFPPIPP-E, ki jo je Državni zbor aprila 2012 zavrnil. Temeljni razlog za predlaganje novele je bila odprava rešitev novele ZFPPIPP-D, ki je kot pogoj za začetek postopka prisilne poravnave zahtevala, da mora dolžnik upnikom verjetno izkazati, da bo v največ štirih letih poplačal vsaj 50 odstotkov terjatev do dolžnikov. Predlagatelj je v obrazložitvi predloga (Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-E), z dne 12. januarja 2012) navedel, da je v času globalne finančne krize tak pogoj za poplačilo upnikov nerealen in da velika večina upnikov tega pogoja, ki ga ne pozna nobena druga članica EU (in seveda tudi ne ZDA), ne more izpolniti, čeprav bi bili sicer izpolnjeni vsi drugi pogoji. Temeljne točke predlagane novele so bile:

- minimalni zahtevani delež poplačila v prisilni poravnavi se zniža na 30 odstotkov v največ štirih letih oziroma na minimalno 40 odstotkov, če je obdobje poplačila največ osem let;
- uzakonitev male oziroma poenostavljene prisilne poravnave za samostojne podjetnike in mikro gospodarske družbe;
- razširitev možnosti dokapitalizacije insolventnega dolžnika s strani upniškega odbora tudi na primer konverzije terjatev v lastniške deleže;
- omejitev organov insolventnega dolžnika v postopku prisilne poravnave;
- določitev dodatnih izpodbojnih domnev insolventnosti, ki bi olajšale dokazovanje upnikov pri izpolnjevanju pogojev za uvedbo insolvenčnih postopkov.

<sup>59</sup> Uradni list RS, št. 47/13.

let prejmejo najmanj četrtno celotnega plačila.<sup>60</sup> Sistemska napaka je bila odpravljena konec novembra 2013 z novelo ZFPPIPP-F.<sup>61</sup>

Novela ZFPPIPP-F je bila pripravljena v manj kot treh tednih in je bila prvi neposredni odziv na vse hujšo krizo gospodarstva v okviru globalne finančne krize.<sup>62</sup> Kljub temu je predvsem na področju finančne reorganizacije prinesla zelo pomembne in predvsem strukturne spremembe. Poleg dveh novih postopkov finančne reorganizacije (postopek preventivnega prestrukturiranja in postopek prisilne poravnave pri veliki ali srednji družbi) je na osrednje mesto novele treba postaviti uveljavitev načela absolutnih prednosti v postopkih finančne reorganizacije.

Novela ZFPPIPP-G je bila sprejeta v letu 2016. Spremembe so posegle tako na področje finančne reorganizacije kot tudi oziroma predvsem na področje reformiranja osebnega stečaja. Z vidika postopka finančne reorganizacije sta temeljni spremembi povezani z možnostjo majhnih družb, da po eni strani vstopijo v postopek preventivnega prestrukturiranja in po drugi strani izključitev možnosti za majhne družbe, da se prestrukturirajo v postopku poenostavljene prisilne poravnave. Dodatna, primerjalnopravno zaostala rešitev, je uvrstitev terjatev za plačilo davkov, kot jih določa zakon, ki ureja davčni postopek, med terjatve na katere poenostavljena prisilna poravnava nima vpliva.

---

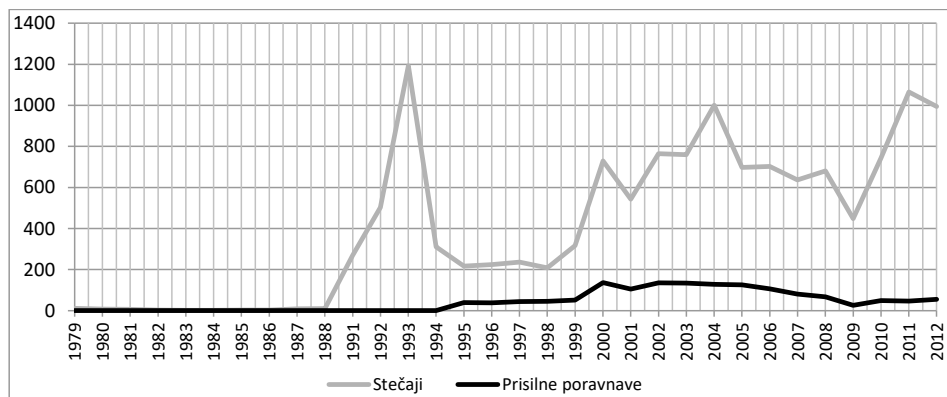
<sup>60</sup> Ostale spremembe novele E je mogoče razvrstiti v nekaj sklopov, in sicer:

- dopolnitve domnev insolventnosti;
- spremembe pri prisilni poravnavi (dodana dinamika odplačevanja znotraj štiriletnega roka, »prisilno« povečanje osnovnega kapitala dolžnika s stvarnimi vložki itd.) ter uvedba poenostavljenega postopka prisilne poravnave;
- krepitev vloge upnikov in upniškega odbora (razrešitev upravitelja, »prisilno« povečanje osnovnega kapitala in zahteva za prenos pooblastil za vodenje poslov; omejitev pristojnosti organov nadzora in skupščine);
- druge spremembe (prepoved odvetniškega zastopanja, vodenje stečajnega postopka, če dolžnik ne založi predujma, nove možnosti pri prodaji premoženja (javna dražba z zniževanjem izklicne cene), podaljšan rok za izpodbijanje neodplačnih razpolaganj insolventnega dolžnika itd.).

<sup>61</sup> Uradni list RS, št. 100/13 in 10/15 – popr.

<sup>62</sup> Glej Nina Plavšak, nav. delo, 2014b, str. 16.

**Slika 1:** Število predlaganih stečajnih postopkov in prisilnih poravnav.



Vir: Sodna statistika od leta 1979 do 2012. Lasten izračun.

Slika 1 prikazuje gibanje števila postopkov skozi čas. S slike je mogoče razbrati, da so bili postopki do leta 1991 zelo redki,<sup>63</sup> potem je njihovo število do leta 1993 zelo hitro rastle in doseglo največje število stečajnih postopkov v zgodovini, in sicer kar 1.193.<sup>64</sup> Mogoče je zaznati še dva vrhova, in sicer leta 2004 ter leta 2011. Vrh v letu 2011 je mogoče pojasniti z globalno finančno krizo, ki se je začela v letu 2008 in je močno prizadela tudi slovensko gospodarstvo, kar je seveda pripeljalo do povečanega števila postopkov zaradi insolventnosti. Povečano število stečajnih postopkov v letu 2004 bi lahko bilo povezano z nemško krizo v letih od 2001 do 2004.<sup>65</sup> Število postopkov prisilne poravnave je od leta 1995 naprej v povprečju dosegalo zgolj 12 odstotkov vseh primerov. Ta delež je bil najvišji v letu 1998, ko je znašal 18 odstotkov,<sup>66</sup> od leta 1998 do leta 2012 pa se je ves čas postopoma zmanjševal in v letu 2012 znašal zgolj 5 odstotkov.

<sup>63</sup> A. Žnidaršič Kranjc navaja, da število stečajev pravnih oseb ni doseglo niti 0,15-odstotnega deleža vseh družb.

<sup>64</sup> Število postopkov do leta 2008 vsebuje tudi postopke nad samostojnimi podjetniki, zato je število postopkov do leta 2008 lahko nekoliko višje, kot bi bilo, če bi imeli tudi podatke samo za gospodarske družbe. Od leta 2008 naprej se postopki nad samostojnimi podjetniki vodijo ločeno kot osebni stečaji.

<sup>65</sup> O vplivu eksternih šokov na izvozno gospodarstvo, s poudarkom na Sloveniji, glej Prašnikar in drugi, 2003.

<sup>66</sup> V absolutnem številu je bilo število prisilnih poravnav najvišje v letih 2002 in 2003, ko je bilo 136 oziroma 134 postopkov prisilnih poravnav.

### 3. UPNIKOM ALI DOLŽNIKU PRIJAZNA UREDITEV

Primerjalnopravna teorija je modele insolvenčnega prava v osnovi razdelila na dve skupini, in sicer na dolžniku in upniku prijazne ureditve (angl. *creditor friendly* ali *debtor friendly*).<sup>67</sup> Pri tem teorija kot temeljne elemente za razvrstitev pravnih redov v posamezni model upošteva naslednje kriterije:

- a) usoda obstoječega posloводства (angl. *debtor in possession*) dolžnika,
- b) (ne)uporaba načela absolutnih prednosti,
- c) odnos med stečajnim postopkom in postopkom finančne reorganizacije ter
- č) položaj zavarovanih upnikov.

V zadnjem delu prispevka bom s pomočjo podanih kriterijev in analize pravne ureditve finančne reorganizacije skozi zgodovino dokazoval tezo, da je slovenska ureditev naredila evlucijsko pot iz dolžniku prijazne ureditve v upniku prijazno ureditev.

<sup>67</sup> Nekoliko kompleksnejšo razdelitev modelov so predstavili Regis Blazy, Bertrand Chopard, Agnes Fimayer, nav. delo. Po njihovem modelu se ureditve delijo v štiri skupine, in sicer: (a) socialni (dolžniku prijazen) model, (b) podjetniški (dolžniku prijazen) model, (c) zavarovanim upnikom prijazen model in (d) represivni model. **Za socialni, dolžniku prijazen model** je značilno, da vsebuje moratorij na izvršbe in tožbe upnikov od trenutka začetka postopka naprej, v postopku finančne reorganizacije dovoljuje obstoječemu poslovodu, da še naprej vodi družbo, privilegirani upniki (delavci in/ali državna blagajna) imajo pri poplačilu prednost pred zavarovanimi upniki. Osnovni cilj insolvenčnega prava je ohranitev delovnih mest in gospodarske družbe. V ta model od temeljnih predstavnikov družinskih pravnih redov spada Francija. **Podjetniški, dolžniku prijazen model** se od socialnega modela razlikuje zgolj v tem, da podjetniški model varuje relativni položaj posameznih upnikov pred insolvenčnim postopkom in v njem, kar pomeni, da imajo zavarovani upniki pri poplačilu prednost pred vsemi drugimi. V ta model od večjih pravnih redov spadajo ZDA. **Za represivni model** je značilno, da v trenutku začetka postopka posloводство izgubi svoj položaj, hkrati pa je uveljavljeno pravilo absolutnih prednosti pri poplačilu, kar pomeni, da se relativna razmerja med upniki pred začetkom postopka in po njem zaradi insolventnosti ne spremenijo. Sistem je nagnjen k likvidaciji dolžnika in ne k njegovi reorganizaciji. Sistem tudi ne pozna samodejnega moratorija na izvršbe, ampak mora tak moratorij predlagati dolžnik sam ali upniki, ki sprožijo začetek postopka zaradi insolventnosti. Temeljna razlika glede na druge modele je v odnosu do starega posloводства. V represivnem modelu pravzaprav obstaja domneva, da je staro posloводство odgovorno za nastanek insolventnosti in se ga zato vedno zamenja, hkrati pa so določene razmeroma stroge sankcije v obliki odškodninske odgovornosti in prepovedi opravljanja podobne dejavnosti za določeno obdobje. V ta model od večjih pravnih redov spada Velika Britanija. **Za zavarovanim upnikom prijazen model** je značilna predvsem zelo močna vloga zavarovanih upnikov, sistem je naravnano k likvidaciji in manj k reorganizaciji, obstoječe posloводство načeloma izgubi svoj položaj, pod določenimi pogoji pa lahko v postopkih finančne reorganizacije deluje tudi še naprej. V ta model spada Nemčija.

### 3.1. Položaj obstoječega posloводства

Zakonodajna ureditev postopkov finančne reorganizacije je obstoječemu poslovodstvu tradicionalno omogočala, da je še naprej vodilo posle insolventnega dolžnika. Slovensko insolvenčno pravo je torej tradicionalno uporabljalo t. i. model *debtor in possession*. Edina prava izjema je bila povojna Uredba iz leta 1953, ki je državnim organom omogočala, da so v postopku sanacije postavili prisilno upravo. Vsa zakonodaja skozi zgodovino je pri tem poslovodstvo omejevala, saj so lahko opravljala zgolj redne posle družbe in poravnava zgolj obveznosti iz teh poslov. Od začetka postopka naprej dolžnik načeloma ni več smel razpolagati s svojim premoženjem, najemati posojil ali kreditov oziroma dajati poroštev.

Tudi ZFPPIPP je ohranil temeljne značilnosti položaja posloводства v postopkih finančne reorganizacije. Poslovodstvo dolžnika v postopku prisilne poravnave ni izgubilo svojega položaja, hkrati pa je bila njihova razpolagalna sposobnost s premoženjem družbe omejena.

Do sprememb v poslovodstvu znotraj postopka prisilne poravnave pride v praksi predvsem zaradi želje oziroma zahteve upnikov, ki poslovodstvu več ne zaupajo in kot pogoj za potrditev načrta finančne reorganizacije zahtevajo tudi menjavo posloводства. Drug pogost razlog za zamenjavo posloводства pa je sprememba lastniške strukture po opravljanem zmanjšanju osnovnega kapitala na nič in povečanju osnovnega kapitala s transformacijo dolžniškega kapitala v lastniškega. V tem pogledu je pomembna sprememba ureditev iz novele ZFPPIPP-F, ki je uredila posebna pravila za finančno reorganizacijo velikih in srednje velikih gospodarskih družb. V primerih prisilnih poravn nad velikimi in srednje velikimi družbami lahko upniški odbor oziroma upniki zahtevajo, da jim sodišče podeli pooblastilo za vodenje poslov družbe in imenujejo pooblaščenca upnikov.<sup>68</sup> Upniški odbor in upniki, na predlog katerih je sodišče začelo postopek prisilne poravnave, lahko od sodišča zahtevajo, da jih sodišče pooblasti za vodenje poslov dolžnika, če:

1. so dolžnikove obveznosti večje od likvidacijske vrednosti njegovih sredstev (družba ima negativni kapital) ali
2. poslovodstvo krši omejitve pri poslovanju

<sup>68</sup> Pooblaščenec upnikov je upravičen spremljati vodenje tekočih poslov dolžnika in izvajanje ukrepov finančnega prestrukturiranja. Pooblaščenec lahko od posloводства zahteva vse informacije, poročila in dokumentacijo, ki je upnikom pomembna pri sprejetju odločitve, ali naj podprejo finančno reorganizacijo ali ne.

družbe, ki je v postopku prisilne poravnave (151. člen ZFPPIPP), ne sodeluje z upniškim odborom, kadar so postopek predlagali upniki (221.1 člen), ali ne pripravlja rednih mesečnih poročil o poslovanju.

Z izdajo sklepa, s katerim sodišče upravičenje za vodenje poslov dolžnika prenese na upniški odbor oziroma upnike, upniški odbor oziroma upniki pridobijo upravičenje odpoklicati in razrešiti sedanje člane in imenovati nove člane posloводства ter organa nadzora dolžnika, ne da bi za to odločitev potrebovali soglasje sodišča. To v praksi pomeni, da lahko upniki zelo preprosto in hitro zamenjajo posloводство dolžnika in da je s tem sistem *debtor in possession* močno razrahljan.

### 3.2. Uporaba načela absolutnih prednosti

Načelo absolutnih prednosti (angl. *absolute priority rule*) je pravilo insolvenčnega prava, ki določa, da morajo biti v insolvenčnih postopkih najprej v celoti poplačani vsi upniki, preden lahko dobijo poplačilo oziroma del premoženja družbeniki dolžnika. To načelo nadalje tudi določa, da dokler višje razvrščen razred upnikov ni v celoti poplačan, nižje razvrščen razred upnikov do poplačila ni upravičen.<sup>69</sup> Načelo je bilo prvič opisano in poimenovano v članku Bergemana in Bonbrighta leta 1928.<sup>70</sup>

Do novele ZFPPIPP-F načelo absolutnih prednosti v postopkih finančne reorganizacije v celotni zgodovini ni bilo nikoli uveljavljeno, saj so družbeniki (delničarji) dolžnika redoma, tudi po končani finančni reorganizaciji, ostali družbeniki reorganiziranega dolžnika, čeprav vsi upniki seveda niso bili v celoti poplačani. V praksi se je večina uspešnih postopkov finančne reorganizacije (prisilne poravnave) končala z delnim zmanjšanjem terjatev upnikov in/ali podaljšano ročnostjo odplačevanja.<sup>71</sup>

Z novelo ZFPPIPP-F je zakonodajalec pravilo absolutnih prednosti postavil kot temeljno načelo vseh postopkov finančne reorganizacije. Zakonodajalec je pravilo absolutnih prednosti namreč uvrstil v 136. člen ZFPPIPP z naslovom namen postopka prisilne poravnave in mu s tem dal osrednjo vlogo

<sup>69</sup> Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson, nav. delo, str. 113.

<sup>70</sup> Glej James Bonbright, Milton Bergerman, nav. delo.

<sup>71</sup> Na podlagi analize vseh prisilnih poravnav, ki so bile vodene po ZFPPIPP od leta 2008 do aprila 2013, izhaja, da je do transformacije dolžniškega kapitala v lastniškega ter s tem do relativne spremembe v strukturi družbenikov prišlo v 27,5 odstotka primerov. Glej Jaka Čepec, nav. delo.



postopkov finančne reorganizacije. Zakon tako določa, da se postopek prisilne poravnave vodi za izvedbo finančnega prestrukturiranja, ki zagotavlja, da sedanji družbeniki dolžnika lahko obdržijo samo tak delež v osnovnem kapitalu dolžnika, ki ustreza vrednosti preostanka premoženja dolžnika, ki bi ga prejeli, če bi bil nad dolžnikom začet stečajni postopek.

Načelo je v postopku finančne reorganizacije izpeljano s pravili, da mora dolžnik, kadar je predlagatelj postopka, v skladu z osmim odstavkom 144. člena ZFPPIPP obvezno dati tudi alternativno ponudbo za konverzijo terjatev v deleže. Poročilo o finančnem položaju in poslovanju dolžnika mora obvezno vsebovati tudi likvidacijsko vrednost družbe<sup>72</sup> in če je ta enaka nič, mora skupščina dolžnika hkrati z odločitvijo o povečanju osnovnega kapitala v zvezi z alternativno ponudbo odločiti tudi o poenostavljenem zmanjšanju osnovnega kapitala na nič.<sup>73</sup> Če sklep o povečanju osnovnega kapitala sprejme upniški odbor sam, hkrati odloči tudi o poenostavljenem zmanjšanju osnovnega kapitala. V skladu z ZFPPIPP lahko upniški odbor s sklepom zmanjša osnovni kapital insolventnega dolžnika tudi na nič in s tem razveljavi vse delnice oziroma poslovne deleže insolventne družbe. Tak sklep lahko upniški odbor sprejme celo, če insolventni dolžnik v načrtu finančnega prestrukturiranja sploh ni predvidel ukrepa povečanja osnovnega kapitala, in čeprav je celo pooblaščen ocenjevalec podjetja ocenil, da tak ukrep ni potreben za izvedbo finančnega prestrukturiranja. Upniški odbor lahko tako izključi vse dosedanje družbenike (delničarje) iz družbe, ne da bi moral za to podati kakršnokoli utemeljitev in ne da bi imeli obstoječi družbeniki možnost uporabe pravnega sredstva zaradi morebitne zlorabe oziroma ni mogoče zahtevati presoje, ali so računovodski izkazi ustrezni.<sup>74</sup> Čeprav načelo absolutnih prednosti velja tudi v postopkih poenostavljene prisilne poravnave, v insolvenčni praksi to ni upoštevano, pri čemer se dolžniki sklicujejo na zakon, ki med pravila, ki se uporabljajo tudi v postopku poenostavljene prisilne poravnave, ne uvršča 144. člena ZFPPIPP. To po mnenju dela prakse pomeni, da načela ni treba upoštevati. Pri tem je treba dodati, da sodne prakse na tem področju še ni.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Likvidacijska vrednost je potrebna za presojo, kakšno vrednost, če sploh, bi delničarji prejeli na podlagi ostanka stečajne mase po poplačilu vseh upnikov.

<sup>73</sup> Podrobno glej Nina Plavšak, nav. delo, 2014b, str. 31–34.

<sup>74</sup> O kritiki te ureditve glej na primer Jaka Cepec, nav. delo, ali pa Uroš Ilič, Matjaž Jan, Miha Bratina, nav. delo, str. III–V.

<sup>75</sup> Več glej v Jaka Cepec, nav. delo.

### 3.3. Razmerje med stečajnim postopkom in postopkom finančne reorganizacije

Stečaj je bil že zgodovinsko vedno razumljen kot *ultima ratio*, kar pomeni, da je imel postopek prisilne poravnave relativno prednost. Ta prednost je bila zgodovinsko izkazana s tem, da je bila prisilna poravnava vedno možna tudi še znotraj stečajnega postopka, pri čemer je bila taka prisilna poravnava za dolžnika še ugodnejša, saj ni bil vezan na minimalne pogoje poplačila upnikov, kot je to sicer veljalo v postopkih prisilne poravnave.<sup>76</sup> Razmerje subsidiarnosti je bilo razvidno tudi iz celotne zakonodaje v času SFRJ kot tudi še leta 1989, kjer je moralo sodišče pred izdajo sklepa o začetku stečaja po uradni dolžnosti preverjati, ali še vedno obstajajo možnosti za izvedbo prisilne poravnave.

V današnji zakonodaji je prednost izražena predvsem v dveh točkah. Odločanje o predlogu za začetek postopka prisilne poravnave ima prednost pred odločanjem o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka, zato mora sodišče prekiniti postopek odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka do konca postopka prisilne poravnave (152. člen ZFPPIPP). Druga prednost se kaže v tem, da lahko dolžnik, kadar predlog za stečaj poda upnik, od sodišča zahteva dvomesečno odložitev odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka, ker bo v tem roku izvedel finančno prestrukturiranje in tako odpravil insolventnost. Sodišče temu ugotovi, če poslovodstvo dolžnika poda izjavo, ki jo potrdi poročilo pooblaščenega revizorja, da dolžnik ne zamuja s plačilom plač delavcem do višine minimalne plače (ter vseh davkov in prispevkov, povezanih z izplačilom plače) ter da bo dolžnik v tem dvomesečnem obdobju delavcem sposoben pravočasno plačevati plače do višine minimalne plače (236. člen ZFPPIPP).<sup>77</sup> Po začetku stečajnega postopka v skladu s 140. členom ZFPPIPP ni več dovoljeno predlagati postopka prisilne poravnave. To vprašanje je zelo drugače urejal ZPPSL, ki je poznal tudi institut prisilne poravnave v stečaju. Do predloga za prisilno poravnavo znotraj stečaja je lahko prišlo do naroka za obravnavo osnutka za glavno razdelitev stečajne mase. Predlog so lahko v imenu dolžni-

<sup>76</sup> To je veljalo tako po avstro-ogrski zakonodaji iz leta 1868 in zakonodaji SFRJ iz leta 1989 kot tudi po zakonodaji RS iz leta 1993.

<sup>77</sup> V praksi lahko dolžniki, ki delavcem niso poravnali plač in njihovih prispevkov, odložijo odločanje o začetku stečajnega postopka tako, da vložijo na samem naroku za odločanje o začetku stečajnega postopka nepopolno vlogo za začetek postopka prisilne poravnave in sodišče jim v skladu s 147. členom določi petnajstdnevni rok za dopolnitev vloge.

ka vložili stečajni upravitelj, lastniki s kapitalsko večino v stečajnem dolžniku ali upniški odbor. Dodatno zanimivo pravilo je bilo, da se v postopku prisilne poravnave, ki je bila opravljena v stečaju, niso uporabljala pravila o najmanjših odstotkih in rokih za poplačilo upnikov.

Vsak predlog za začetek postopka prisilne poravnave vključuje tudi podredni predlog za začetek stečajnega postopka, če bo predlog za začetek postopka prisilne poravnave zavržen ali zavržen (tretji odstavek 141. člena ZFPPIPP). To pomeni, da predloga za začetek postopka prisilne poravnave ni mogoče umakniti, ne da bi sodišče zaradi umika začelo stečajni postopek, razen če je dolžnik v vmesnem času odpravil vzroke za insolventnost. Izjema je postopek poenostavljene prisilne poravnave, v kateri neuspeh postopka ne povzroči stečajnega postopka.<sup>78</sup>

Zakonodajalec je tudi sicer postavil razmeroma stroga pravila za izvedbo prisilne poravnave, saj pravzaprav vsakršna kršitev pravil postopka s strani dolžnika pomeni, da sodišče ustavi postopek prisilne poravnave in začne stečajni postopek.<sup>79</sup>

V času prisilne poravnave velja moratorij na izvršbe (132. člen ZFPPIPP). Prekinitev izvršbe velja tudi za zavarovane in prednostne terjatve, čeprav prisilna poravnava na te terjatve ne vpliva.<sup>80</sup> Izvršbo je dovoljeno nadaljevati šele po pravnomočnem končanju postopka prisilne poravnave (132. člen

<sup>78</sup> Glej Nina Plavšak, nav. delo, 2013b, str. 8.

<sup>79</sup> Za sistematičen pregled razlogov za ustavitev postopka prisilne poravnave in začetek stečajnega postopka glej Nina Plavšak, nav. delo, 2008, str. 142 in nasl.

<sup>80</sup> »Z novelo ZFPPIPP-C je bila 1. točka prvega odstavka 213. člena ZFPPIPP spremenjena tako, da prisilna poravnava ne učinkuje za nobeno zavarovano terjatev. Po prejšnjem besedilu spremenjene 1. točke 213. člena ZFPPIPP je prisilna poravnava učinkovala za tiste zavarovane terjatve, glede katerih je bila ločitvena pravica pridobljena v izvršilnem postopku v zadnjih dveh mesecih pred uvedbo postopka prisilne poravnave. Namen novele ZFPPIPP-C je bil spremeniti ureditev učinkov začetka postopka zaradi insolventnosti za izvršilne postopke tako, da ločitvena pravica, ki je bila pridobljena v izvršilnem postopku pred začetkom postopka insolventnosti, ne preneha, ne glede na to, koliko časa pred začetkom postopka zaradi insolventnosti je bila pridobljena. Zato je treba pri uporabi pravila, določenega v 216. členu ZFPPIPP, uporabiti namensko (*ratio legis*) razlago in ga razumeti tako, da izvršilno sodišče po 1. točki 216. člena ZFPPIPP utesni izvršbo v skladu s pogoji prisilne poravnave samo, če v izvršilnem postopku do začetka postopka prisilne poravnave upnik še ni pridobil ločitvene pravice. To pomeni, da izvršbe ne utesni, če je upnik pridobil ločitveno pravico pred začetkom postopka prisilne poravnave, ne glede na to, ali jo je pridobil v obdobju od zadnjih dveh mesecev pred uvedbo postopka prisilne poravnave do začetka postopka prisilne poravnave. Zato po noveli ZFPPIPP-C niti začetek postopka prisilne poravnave niti pravnomočno potrjena prisilna poravnava ne vplivata na nobeno ločitveno pravico oziroma dosledneje na nobeno zavarovano terjatev.« Nina Plavšak, nav. delo, 2008, str. 156.

ZFPPIPP).<sup>81</sup> Posebnost postopka nad srednjo ali veliko družbo je možnost tako imenovane ponovne prisilne poravnave.<sup>82</sup>

Zelo zanimiva je tudi primerjava ureditve minimalnih pogojev poplačila upnikov. Že avstro-ogrška ureditev iz leta 1868 je poznala take pogoje, in sicer minimalno 40-odstotno poplačilo v vsaj dveh letih. Če je bil postopek začel znotraj stečaja, je minimalno poplačilo znašalo »zgolj« 20 odstotkov v obdobju dveh let. Zakon iz časov Kraljevine Jugoslavije je določal vsaj 40-odstotno poplačilo v roku enega leta ali 50-odstotno poplačilo v roku dveh let. Tudi Zakon iz leta 1965 je poznal minimalne pogoje poplačila, in sicer 50 odstotkov v enem letu ali 60 odstotkov v dveh letih. Tudi zakon iz leta 1989 je določal minimalne pogoje poplačila, in sicer je moral dolžnik ponuditi vsaj 50-odstotno poplačilo v enem letu ali vsaj 60-odstotno poplačilo v dveh letih. Rok plačila tudi pri stoodstotnem poplačilu ni smel biti daljši od treh let. Zakon ni določal minimalnih pogojev poplačila, če je bila prisilna poravnava izvedena znotraj stečajnega postopka, saj je zakon v tem primeru kot edini kriterij določal boljše pogoje poplačila, kot bi jih upniki dobili v primeru stečaja. ZPPSL iz leta 1993 je zahteval enako kot Zakon iz leta 1965, torej vsaj 50 odstotkov v enem letu ali vsaj 60 odstotkov v dveh letih. Novela iz leta 1997 je te pogoje nekoliko ublažila, saj je bilo kot minimalno plačila določeno vsaj 20-odstotno poplačilo v enem letu oziroma povečanje za dodatnih 20 odstotnih točk za vsako dodatno leto poplačevanja (torej sto odstotkov v petih letih). Pri tem je zelo pomembno dejstvo, da pravila o pogojih minimalnega poplačila niso veljala, če je bila prisilna poravnava opravljena znotraj stečaja. Tudi ZFPPIPP iz leta 2008 ni določal minimalnega poplačila upnikov in je podobno kot zakon iz leta 1989 določal zgolj zahtevo, da morajo biti upniki poplačani bolje, kot bi bili v stečaju. Novela ZFPPIPP- D je vnovič

<sup>81</sup> Tako tudi Nina Plavšak, nav. delo, 2011, str. 45, 46. Izvršba se lahko nadaljuje v naslednjih primerih pravnomočnega končanja postopka: (a) z ustavitvijo postopka prisilne poravnave zaradi umika predloga, (b) z zavrnitvijo predloga za prisilno poravnavo, ker dolžnik ni insolventen, ali (c) s sklepom o potrditvi prisilne poravnave.

<sup>82</sup> Zakon pri velikih in srednjih družbah dovoljuje začetek novega postopka finančne reorganizacije tudi, če dolžnik še ni izpolnil vseh obveznosti iz prejšnje pravnomočno potrjene prisilne poravnave, če (1.) sta od pravnomočnosti sklepa o potrditvi prejšnje prisilne poravnave pretekli dve leti (če je bila prisilna poravnava pravnomočno potrjena pred uveljavitvijo novele ZFPPIPP-F, je ta rok eno leto!) in (2.) če z začetkom ponovne prisilne poravnave soglašajo upniki, ki so skupaj imetniki terjatev, za katere učinkuje prejšnja pravnomočno potrjena prisilna poravnava in katerih vsota dosega 50 odstotkov vsote vseh priznanih in verjetno izkazanih terjatev v postopku prejšnje pravnomočno potrjene prisilne poravnave. Ponovna prisilna poravnava učinkuje samo za terjatve, za katere je učinkovala prejšnja pravnomočno potrjena prisilna poravnava.

prinesla pravila o minimalnem poplačilu upnikov, ki jih je še dodatno zaostрила novela E. Z novelo ZFPPIPP-F dolžnik ni več dolžan ponuditi minimalnega poplačila upnikov, vendar bo sodišče začetek postopka dovolilo samo, če dolžnik na podlagi poročila pooblaščenega ocenjevalca vrednosti podjetja dokaže, (1.) da je insolventen in (2.) da obstaja vsaj 50-odstotna verjetnost, (a) da bo izvedba načrta finančnega prestrukturiranja omogočila tako finančno prestrukturiranje dolžnika, da bo postal kratkoročno in dolgoročno plačilno sposoben, in (b) da bodo upniki na podlagi predlagane prisilne poravnave prejeli ugodnejše plačilo svojih terjatev, kot bi ga prejeli, če bi bil nad dolžnikom začet stečajni postopek (četrti odstavek 146. člena ZFPPIPP).

### 3.4. Položaj zavarovanih upnikov

Postopki finančne reorganizacije na zavarovane terjatve skozi celotno zgodovino niso vplivali. Tudi po danes veljavni ureditvi v ZFPPIPP potrjena prisilna poravnava ne učinkuje na zavarovane, prednostne in izločitvene terjatve. Na zavarovane terjatve lahko prisilna poravnava vpliva samo, če posamezni zavarovani upnik s tem izrecno soglaš.

Z uveljavitvijo posebnih pravil v postopku prisilne poravnave nad velikimi in srednjimi družbami je prvič v zgodovini mogoča tudi prisilna poravnava zavarovanih terjatev. Zavarovane terjatve se lahko prisilno prestrukturirajo samo tako, da se odloži njihova dospelost oziroma zniža obrestna mera, in s preoblikovanjem ločitvenih pravic, s katerimi so te terjatve zavarovane, v skupno ločitveno pravico.<sup>83</sup> Zavarovane terjatve se lahko prisilno prestrukturirajo tudi v postopku preventivnega prestrukturiranja, kjer prav tako lahko pride do odložitve dospelosti terjatev in/ali do spremembe obrestnih mer. Po noveli ZFPPIPP-G je postopek preventivnega prestrukturiranja možen tudi pri majhnih družbah.

---

<sup>83</sup> Člen 221 ZFPPIPP. Če načrt finančnega prestrukturiranja vsebuje prestrukturiranje tako navadnih kot tudi zavarovanih terjatev, o sprejemu načrta glasujejo upniki ločeno v dveh razredih. V razredu navadnih upnikov se zahteva 60-odstotna večina vseh nezavarovanih terjatev, za prisilno prestrukturiranje zavarovanih terjatev pa se zahteva 75-odstotna večina zavarovanih terjatev. Če je predlagano prestrukturiranje s preoblikovanjem ločitvenih pravic, je za sprejetje tega (dodatnega) načina prestrukturiranja zavarovanih terjatev potrebna 85-odstotna večina vseh zavarovanih terjatev. Prisilna poravnava je sprejeta samo, če je sprejeta v obeh razredih. Podrobneje o tem Nina Plavšak, nav. delo, 2014b, str. 42–48.

## 4. SKLEP

Postopki finančne reorganizacije so na naših tleh poznani že od začetka 20. stoletja, ko je bil v takratni Avstro-Ogrski monarhiji sprejet Zakon o finančni poravnavi. Postopek finančne reorganizacije, položaj dolžnika in upnikov se tudi v času Kraljevine Jugoslavije ni dosti spreminjal. Sprememba ekonomske in politične ureditve v povojni Jugoslaviji je na naš prostor prinesla 45-letni premor v razvoju insolvenčnega prava. Čeprav so bili v SFRJ sprejeti številni predpisi o stečaju in prisilni poravnavi, je bilo število teh postopkov praktično nično, podjetja oziroma organizacije združenega dela pa so se reševala s pomočjo posebnih sanacijskih programov. Postopki prisilne poravnave ali stečaja so bili možni šele v primeru neuspešne sanacije.

Sistem finančne reorganizacije v Sloveniji je od osamosvojitve Slovenije naprej doživel razmeroma veliko preobrazbo. Prvotni ZPPSL je bil dolžniku zelo prijazen zakon, ki je močno spodbujal finančno reorganizacijo, omogočal finančno reorganizacijo tudi že po začetku stečajnega postopka (natančneje finančno reorganizacijo znotraj stečajnega postopka) in večkratne postopke finančne reorganizacije, ki so dolžniku, ki ni bil sposoben spoštovati dogovora iz prvotne finančne reorganizacije, omogočali, da je lahko predlagal vnovično zmanjšanje dolga in podaljšanje njegove ročnosti. Sistem finančne reorganizacije je temeljil na vodenju poslov s strani obstoječega posloводства, obstoječi družbeniki pa so praviloma vedno obdržali celoten lastniški kapital. Na podlagi številnih kritik javnosti, da je zakon preveč prijazen do dolžnikov in da omogoča številne zlorabe, jih je zakonodajalec s sprejetjem novega ZFPPIPP skušal omejiti in je tako postavil časovne omejitve za ponovno predlaganje postopka finančne reorganizacije, zahteval mnenje pooblaščenega revizorja in ocenjevalca podjetij, ali je načrt finančne reorganizacije izvedljiv, pravzaprav vsakršno postopkovno kršitev znotraj postopka finančne reorganizacije je zakon »kaznovak« s samodejno uvedbo stečajnega postopka itd. Na podlagi nadaljnjih kritik javnosti, ki je še vedno menila, da je postopek finančne reorganizacije »legalizirana kraja«, je najprej novela iz leta 2010 prinesla možnost povečanja osnovnega kapitala z novimi vložki brez soglasja obstoječih družbenikov (delničarjev). Nato je novela D iz leta 2011 prinesla dodatno zaostritev izvedbe postopka finančne reorganizacije, saj je uvedla obvezen odstotek poplačila upnikov: dolžniki so morali z načrtom finančne reorganizacije ponuditi vsaj 50-odstotno poplačilo terjatev v najmanj štirih

letih, hkrati je uzakonila tudi transformacijo dolžniškega kapitala v lastniškega brez soglasja obstoječih družbenikov.<sup>84</sup> Z novelo E je zakonodajalec še zaostрил sistem poplačila, saj je predvidel, da mora dolžnik upnikom ponuditi poplačilo tako, da upniki v prvem letu prejmejo najmanj četrtno plačila, v drugem letu najmanj četrtno plačila, v tretjem letu najmanj četrtno plačila in v četrtem letu preostanek plačila. Dokončen zasuk insolvenčnega sistema iz dolžniku prijaznega v upnikom prijazen sistem je zakonodajalec opravil z novelo ZFPPIPP-F. Z novelo je zakon v postopek finančne reorganizacije namreč uvedel načelo absolutnih prednosti in s tem prvič v zgodovini slovenskega insolvenčnega prava obstoječim družbenikom insolventne družbe onemogočil, da bi obdržali svoj delež v lastniškem kapitalu reorganizirane družbe. Hkrati z zasukom iz dolžniku prijaznega v upnikom prijazen sistem insolvenčnega prava je zakonodajalec vsaj v zadnjih dveh reformah iskal vedno nove načine, s katerimi bi poudaril osrednjo vlogo postopka finančne reorganizacije ter s tem sanacije slovenskega gospodarstva. V ta namen je zakonodajalec v letu 2013 uzakonil kar tri nove postopke finančne reorganizacije, in sicer: poenostavljeno prisilno poravnavo za mikro in majhne družbe; postopek preventivnega prestrukturiranja velikih in srednjih družb ter poseben postopek prisilne poravnave nad veliko ali srednjo družbo.

## **Literatura:**

Yuriy Andreev: Determinants of the decision taking process of the entry into insolvency, evolution of the procedure and earnings management: An economic perspective of Spanish distressed companies. Doctoral Dissertation, Department of Business Economics, Universidad Autonoma De Barcelona, 2010.

---

<sup>84</sup> Novela močno krši to načelo, saj onemogoča vse finančne reorganizacije, pri katerih bi bili upniki sicer poplačani bolje kot v stečaju, toda ne v višini 50 odstotkov. Takih omejitev razviti pravni sistemi ne poznajo. V Lawrence Westbrook in drugi tako na primer lahko preberemo, da v starodobnih sistemih finančne reorganizacije, ko je bil vstopni (poplačilni) prag nevzdržno visok, upniki in dolžnik pravzaprav niso imeli druge možnosti, kot da so uporabili formalni postopek likvidacije ali pa neformalni postopek finančne reorganizacije, ki je potekal brez upoštevanja formalnih postopkov. Kot primer nevzdržno visokega poplačilnega praga avtorji navajajo starejšo nemško ureditev, ki je dovoljevala finančno reorganizacijo samo v primeru, če so bili upniki poplačani vsaj 35-odstotno. Glej Lawrence Westbrook, Charles D. Booth, Christoph G. Paulus, Harry Rajak, nav. delo, str. 125. To nesrečno določbo je hotela Vlada RS »sanirati« leta 2012 z novelo ZFPPIPP-E, vendar je novelo Državni zbor aprila 2012 zavrnil. Vlada RS je v noveli predlagala, da se minimalni zahtevani delež poplačila v prisilni poravnavi zniža na 30 odstotkov v največ štirih letih oziroma minimalno 40 odstotkov, če je obdobje poplačila največ osem let.

Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson: Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy, v: *The University of Chicago Law Review*, 1984, letn. 51, št. 1, str. 97–130.

Erik Berglöf, Howard Rosenthal, Ernst–Ludwig von Thadden: The Formation of Legal Institutions for Bankruptcy: A Comparative Study of the Legislative History. Background paper for the World Development Report, The World Bank, Washington DC 2001.

Regis Blazy, Bertrand Chopard, Agnes Fimayer: Bankruptcy law: a mechanism of governance for financially distressed firms, v: *European Journal of Law and Economics*, 2008, letn. 25, št. 3, str. 253–267.

James C. BONBRIGHT, Milton B. Bergerman: Two Rival Theories of Priority Rights of Security Holders in a Corporate Reorganization, v: *Columbia Law Review*, 1928, let. 28, št. 2, str. 127–165.

Jaka Cepec: Ogledalo slovenskega insolvenčnega prava: pravno-empirična analiza učinkovitosti insolvenčnih postopkov nad gospodarskimi družbami v Sloveniji. Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

Alojzij Finžgar: Nekateri problemi stečajnega prava, v: *Pravnik*, 1977, letn. 33, št. 4-6, str. 173–179.

Uroš Ilič, Matjaž Jan, Miha Bratina: Delničarji vs. upniki: Razmislek ob sprejemanju novele ZFPPIPP-E, v: *Pravna praksa*, št. 13/2013, priloga, str. II–VII.

Alexander Klauser: Bankruptcy and a fresh start: stigma on failure and legal consequences of bankruptcy, Austria, European Commission, Enterprise and Industry, <[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/report\\_aust\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/report_aust_en.pdf)> (3. 4. 2014).

Jože Mencinger: Gospodarska politika prehoda, v: *Slovenska ekonomska revija*, 1997, letn. 48, št. 3-4, str. 219–244.

Nina Plavšak: Pravilna uporaba prehodnih določb ZFPPIPP za postopke, ki že potekajo, v: *Pravna praksa*, št. 38-39/2008, priloga, str. II–IV.

Nina Plavšak: Preostale novosti ureditve postopka prisilne poravnave v noveli ZFPPIPP-F, v: *Pravna praksa*, št. 49-50/2013(b), str. 8–11.



Nina Plavšak: Prisilna poravnava in novela ZFPPIPP-E: pomen novele ZFPPIPP-E in drugih predpisov (sprejetih ali v nastajanju) za učinkovito prestrukturiranje gospodarstva, v: *Pravna praksa*, št. 22/2013, PRILOGA, str. I–VIII.

Nina Plavšak: Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) z novelami ZFPPIPP-A do ZFPPIPP-D, uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2011.

Nina Plavšak: Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) z novelo ZFPPIPP-F, uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2014.

Nina Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant: Zakon o prisilni poravnavi, stečajju in likvidaciji (ZPPSL) s komentarjem, Zakon o finančnem poslovanju podjetij (ZFPPod) s komentarjem. *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 2000.

Nina Plavšak: Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) z novelami ZFPPIPP-A do ZFPPIPP-D. GV Založba, Ljubljana 2011.

Ivo Politeo: Stečajni zakon za kraljevino Jugoslaviju. Zakon o prinudnom poravnanju van stečaja. Zakon o uvođenju u život obiju zakona: sva tri do 22. XI. 1929. Tipografija, Zagreb 1929.

Saša Prelič: Spremembe insolvenčne zakonodaje in aktualna problematika postopkov prisilnih poravnav, v: *Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava*. Inštitut za gospodarsko pravo in Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2011, str. 21–29.

Saša Prelič: Stečajno pravo. Učbenik. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 1999.

Janez Šlibar: Pravne posledice začetka postopka prisilne poravnave, v: *Pravosodni bilten*, št. 3-4/1991, str. 13–18.

Maks Tajnikar: Prestrukturiranje realnega sektorja v slovenskem gospodarstvu v devetdesetih letih, v: *Slovenska ekonomska revija*, št. 3-4/1997, str. 256–269.

Lojze Ude: Osnovne značilnosti in koncept nove stečajne zakonodaje, v: *Podjetje in delo*, št. 6/1992, str. 512–524.

Lojze Ude: Stečaj kot način prenehanja podjetij. Dnevi slovenskih pravnikov, Portorož, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1990, str. 380–393.

Lawrence Westbrook, Charles D. Booth, Christoph G. Paulus, Harry Rajak: A Global View of Business Insolvency Systems. The World Bank, Washington DC 2010.

Alenka Žnidaršič Kranjc: Moratorij na stečaje – komu je z manj stečajni lažje, v: Teorija in praksa, št. 5-6/1992, str. 473–484



# Perspektiva stečajnega izpodbijanja<sup>1</sup>

MIODRAG ĐORĐEVIĆ

Razlogi, zaradi katerih se dolžnik znajde v slabem ekonomsko-finančnem položaju, ki mu ne omogoča poplačila njegovih obveznosti, so zelo različni: lahko gre za neugodne gospodarske razmere ali pa dolžnik enostavno nevestno opravlja gospodarsko dejavnost. Tudi ni izključeno, da je razlog njegovega slabega ekonomskega in finančnega položaja dejstvo, da želi svoje upnike namenoma izigrati oziroma jih oškodovati.<sup>2</sup> Zaradi zavarovanja upnikov pred nevarnostjo plačilne nesposobnosti ali prezadolženosti dolžnika se je razvil stečaj. V okviru stečaja pa se je razvil institut izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj, ki zagotavlja boljše pogoje za hkratno in sorazmerno poplačilo vseh upnikov (*par conditio creditorum*) iz razpoložljivega dolžnikovega premoženja.

Namen prispevka ni samo analizirati veljavno pravno ureditev stečajnega izpodbijanja in jo primerjati z ameriško pravno ureditvijo, ampak v primerjavi z ameriško pravno ureditvijo<sup>3</sup> (ki je kljub kratki pravni zgodovini zelo praktična in pragmatična) predlagati nekatere izboljšave zdaj veljavnega zakona zaradi predvsem praktičnih problemov postopka izpodbijanja, ki so se pokazali v slovenski sodni praksi. Tako bo izhodišče mojih predlogov dograditev sedanjega sistema stečajnega izpodbijanja, ob upoštevanju ameriških izkušenj. Torej ne bo šlo za presaditev ameriške pravne ureditve stečajnega izpodbijanja v slovenski pravni sistem, ampak za kontinuiteto v smeri nadaljnje objektivizacije izpodbijanja.

---

**Miodrag Đorđević**, doktor pravnih znanosti, sodnik Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

<sup>1</sup> Prispevek je nastal na podlagi 16. poglavja doktorske disertacije, ki sem jo pod naslovom »Izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika (pravne osebe)« oktobra 2003 na Pravni fakulteti v Ljubljani pripravil pod mentorstvom prof. dr. Lojzeta Udeti. Disertacijo sem dokončal oktobra 2003, ubranil pa leta 2004.

<sup>2</sup> Saša Prelič: Stečajno pravo. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 1999, str. 28.

<sup>3</sup> Slovenska pravna ureditev stečaja in stečajnega izpodbijanja namreč temelji predvsem na avstrijski in nemški pravni ureditvi.

Zakonodaja mora biti jasna. Zagotoviti mora enakost upnikov pri poplačilu stečajnih upnikov, kar pa lahko doseže le z zagotovitvijo enakega obravnavanja upnikov že v obdobju dolžnikovega slabega ekonomsko-finančnega stanja, ki je vodilo v njegov stečaj. Varovalo interesov upnikov morajo biti jasne zakonske določbe, zaradi katerih je izid izpodbojnih pravnih predvidljiv. Za zdaj je namreč bolj posledica dejstva, da nasprotniki izpodbijanja ne uspejo ovreči zakonske domneve o obstoju subjektivnega elementa izpodbijanja, pri čemer pa se je uveljavljena sodna praksa nekoliko odmaknila od gospodarske prakse.

Sicer pa se zdi, da je za tak predlog glede na »zakonodajni stampedo« tudi pravi čas. Veljavni zakon (Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji – ZPPSL/1993) je bil namreč sprejet »že« leta 1993,<sup>4</sup> noveliran pa leta 1997 in leta 1999.<sup>5</sup>

## 1. IZPODBOJNI DEJANSKI STAN

Veljavni izpodbojni dejanski stan je zasnovan tako, da ga pri odplačnih razpolaganjih sestavljajo objektivni in subjektivni elementi. Če bi bil zasnovan tako, da ne bi vseboval subjektivnega elementa, bi to pomenilo, da bi bila dolžnikova pravna dejanja izpodbojna, ne glede na to, ali je druga stranka, v korist katere je bilo dejanje storjeno, vedela ali bi morala vedeti za dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje.

To bi bilo mogoče utemeljiti s tem, da zahteva po vednosti ali zakrivljeni nevednosti<sup>6</sup> druge stranke o ekonomskem in finančnem stanju dolžnika ne zagotavlja enakega obravnavanja upnikov pri poplačilu njihovih terjatev. Bolj

<sup>4</sup> Sprejetje ZPPSL/1993 je bilo nujno predvsem zaradi sprejetja takratnega Zakona o gospodarskih družbah (ZGD, Uradni list RS, št. 30/93 in nasl.), ki je z novo koncepcijo organiziranosti gospodarskih subjektov na novo opredelil tudi stečajne dolžnike. Stečaj je namreč oblika prenehanja gospodarskih subjektov, zato je tesno povezan z zakonodajo, s katero je urejena njihova organiziranost (status). Potrebne so bile tudi nekatere vsebinske spremembe dotedanjega stečajnega zakona: v zvezi z opredelitvijo stečajnega razloga, aktivno legitimacijo za predlaganje stečaja, prodajo dolžnika kot pravne osebe ipd. Njegovo dopolnitev pa je zahtevala praksa stečajnih postopkov, saj je ZPPSL/1989 kot obliko sanacije predvideval prisilno poravnavo, v okviru katere pa ni omogočal statusnih preoblikovanj niti različnih oblik finančne reorganizacije, zaradi česar se je dotedanja pravna ureditev prisilne poravnave izkazala kot nezadovoljiva za sanacijo insolventnih dolžnikov. Glej Lojze Ude: Predpisi o prisilni poravnavi in stečaju z uvodnimi pojasnili. Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994, str. 8.

<sup>5</sup> Ur. l. RS, št. 67/93, 39/97 in 52/99.

<sup>6</sup> Krivdna nevednost za dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje je izenačena s pozitivno vednostjo o takem njegovem stanju.

kot to, ali je druga stranka, v korist katere je bilo dejanje storjeno, vedela ali bi morala vedeti za dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje, je namreč pomembno, ali je bilo dolžnikovo ekonomsko-finančno stanje dejansko slabo. Če je bilo slabo, tako da je bil na primer v daljšem času nezmožen za plačevanje dospelih obveznosti, bi namreč moral vsaj od takrat, ko je postal plačilno nesposoben, paziti na enako obravnavanje upnikov, na njihovo enakomerno poplačilo. Če dolžnikovo ekonomsko in finančno stanje ni bilo slabo (ali če je dejanska plačilna nesposobnost nastala šele mnogo pozneje), pa ni bilo nobene razloga, da bi dolžnik pazil na enakomerno poplačilo upnikov.<sup>7</sup>

Normativna določitev pogojev izpodbojnosti zahteva uskladitev interesa upnikov, ki hočejo dobiti, če že ne popolnega poplačila, pa vsaj čim višji delež, sorazmerno višini njihovih terjatev, z interesom tretjih oseb, ki so na podlagi izpodbojnega pravnega dejanja pridobile v dobri veri premoženjske koristi. Interesu upnikov, da bi se razglasila za neučinkovita vsa pravna dejanja dolžnika, ki posegajo v stečajno maso in ki so bila opravljena v določenem obdobju pred začetkom stečaja, namreč nasprotuje interes pravne varnosti, zlasti zaupanja v zunanje okoliščine pri pridobivanju pravic, potreba varstva dobre vere, ki je podlaga vsega pravnega prometa.<sup>8</sup>

Možen bi bil torej pomislek o neravnovesju »navzkrižnih koristi stečajnih upnikov in tretjih dobrovernih oseb«;<sup>9</sup> da koristi osebe, ki je ravnala v dobri veri in v zaupanju v plačilno zmožnost dolžnika, niso (dovolj) varovane; da bi bila posledica odprave subjektivnega elementa izpodbojnosti enaka obravnava tistega izpodbojnega nasprotnika, ki je vedel ali bi moral vedeti za dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje, in tistega, ki zanj ni vedel ali ni mogel vedeti; da bi se enako obravnavala dobroverni in nedobroverni nasprotnik izpodbijanja, kar bi posredno pomenilo, da dobra vera pri izpodbojnem nasprotniku ne bi bila varovana.

Zato bi pridobitelj premoženjskih koristi užival posebno pravno varstvo, če je ravnal v dobri veri. Varstvo dobre vere<sup>10</sup> namreč zahtevata načeli vestnosti

<sup>7</sup> Tak (objektivni) znak izpodbojnosti je zagovarjal že Juhart, ko je kritiziral določbe Uredbe o prenehanju podjetij in obratov (UPPO, Uradni list FLRJ, št. 51/53 in nasl.). Glej Jože Juhart: Upniško izpodbijanje v prisilni likvidaciji, v: *Pravnik*, št. 3-4/1956, str. 86.

<sup>8</sup> Prav tam, str. 76-77.

<sup>9</sup> Prav tam, str. 91.

<sup>10</sup> Načelo varovanja dobre vere je »nepogrešljiva podlaga blagovnega prometa«. Glej Jože Juhart: Pravdno upravičenje v izpodbojnih pravnih, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1966, str. 151.

poslovnega prometa in poštenja.<sup>11</sup> V dobri veri je ravnal takrat, ko ni poznal razlogov, ki nasprotujejo njegovi pridobitvi. V dobri veri ravna, kdor zaupa v popolnost in poštenost objektivnega dejanskega stanja. Vendar pa se na dobro vero ne bi mogel sklicevati, kdor bi vedel, da je dolžnik v slabem ekonomsko-finančnem stanju, ali če bi o tem lahko utemeljeno sklepal (na podlagi okoliščin primera).

Šlo bi za obrambo (izjemo), ko nasprotnik izpodbijanja ne bi oporekal dejstvom (o oškodovanju stečajnih upnikov oziroma naklonitvi ugodnosti posameznim upnikom in o dolžnikovem slabem ekonomsko-finančnem stanju), ki jih zatrjuje upnik oziroma stečajni upravitelj, ampak bi zatrjeval drugo dejstvo (dobrovernost), ki izključuje izpodbojnost. Dokazno breme bi bilo na strani nasprotnika izpodbijanja, ki bi moral dokazati, da je izpolnil nasprotno obveznost in pri tem ravnal v dobri veri, ne vedoč za dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje. Namesto da bi upnik oziroma stečajni upravitelj dokazoval, da je druga stranka vedela ali bi morala vedeti za dolžnikovo slabo ekonomsko in finančno stanje, bi druga stranka morala dokazati, da za tako stanje ni vedela niti mogla vedeti. Dokazno breme bi bilo na strani stranke, v korist katere je bilo izpodbojno pravno dejanje storjeno.

## **2. SUBJEKTIVNI ELEMENT IZPODBIJANJA**

Po veljavnem stečajnem zakonu je dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje subjektivni element izpodbijanja. To pomeni, da se lahko izpodbijajo le tista oškodovanja stečajnih upnikov in tiste naklonitve ugodnosti posameznim upnikom, glede katerih je druga stranka, v korist katere je bilo dejanje storjeno, vedela ali bi morala vedeti za dolžnikovo slabo ekonomsko in finančno stanje (prvi odstavek 125. člena ZPPSL/1993).

Drugače kot slovenski zakonodajalec pa je ameriški kongres leta 1978 na predlog *The Commission on the Bankruptcy Laws of the United States* odpravil subjektivni element izpodbijanja (ugotavljanje, ali je lahko upnik na podlagi okoliščin primera utemeljeno sklepal o dolžnikovi plačilni nesposobnosti). Ocenil je namreč, da upnikov subjektivni odnos nima razumne povezave z namenom zakonske določbe, tj. z zagotovitvijo enakopravnejšega poplačila vseh upnikov. Sicer pa je bilo dokazno breme za upravitelja (oziroma dolžnika

<sup>11</sup> »V dobri veri odplačno pridobljene pravice so v večjem ali manjšem obsegu varovane v vseh sistemih in jih ni mogoče izpodbijati.« Glej Jože Juhart: Upniško izpodbijanje ..., nav. delo, str. 91.

iz 11. poglavja stečajnega zakona), ki je moral dokazati, kaj je bilo v zavesti njegovega nasprotnika, pretežavno; število sodnih postopkov pa je bilo glede na smisel zakonske določbe preveliko.<sup>12</sup>

Ob upoštevanju ameriške pravne ureditve stečajnega izpodbijanja in glede na uveljavljeno prakso slovenskih sodišč (uspešnost izpodbijanja) se tako zavzemam za odpravo subjektivnega elementa izpodbijanja (vsaj pri izpodbijanju pravnih dejanj, katerih posledica je privilegiranje upnikov), saj upnikov subjektivni odnos do izpodbojnega pravnega dejanja (njegova vednost ali zakrivljena nevednost o dolžnikovem slabem ekonomsko-finančnem stanju) dejansko nima nič opraviti z enakim obravnavanjem upnikov pri poplačilu njihovih terjatev, ki ga je treba zagotoviti že v obdobju pred stečajem. Z vidika preostalih upnikov je namreč pomembna enakovrednost (in sočasnost) vzajemnih dajatev: ali se je hkrati z dolžnikovim pravnim dejanjem, na podlagi katerega je upnik prejel izpolnitev ali zavarovanje svoje terjatve, dolžnikovo premoženje, iz katerega se bodo poplačali preostali upniki, povečalo v enakem obsegu.

Dokazovanje vednosti o dolžnikovem slabem ekonomsko-finančnem stanju (kot notranjega, psihičnega dejstva, ki se dokazuje po svojih zunanjih manifestacijah) pa je tudi pretežavno. Pri pravnih dejanjih pravnih oseb je namreč »težko ali nemogoče ugotoviti subjektivni moment v njihovem vedenju«. <sup>13</sup> Dokazovanje je sicer olajšano z domnevo iz četrtega odstavka 125. člena ZPPSL/1993, ki pa je izpodbojna, saj lahko nasprotnik izpodbijanja »vodi dokaz nasprotja, ki gre za tem, da se ovrže zakonska domneva«. <sup>14</sup> Vendar pa je izpodbijanje domneve (ki bi glede na uveljavljeno sodno prakso lahko bila tudi neizpodbojna) praviloma neuspešno. S tem pa se postavlja tudi vprašanje njene smiselnosti.

Tako se zdi primernejša zakonodajna rešitev, da bi bila izpodbojna tista pravna dejanja, s katerimi je posamezni upnik prišel mimo stečaja do poplačila ali zavarovanja svoje terjatve in ki jih je stečajni dolžnik storil v zadnjem letu pred dnevom začetka stečajnega postopka, in sicer v obdobju slabega ekonomsko-finančnega stanja, ko bi »se moral držati pravila enakomernega obravnavanja

<sup>12</sup> Glej Miodrag Đorđević: Izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika (pravne osebe), doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2003, poglavje 12.3.

<sup>13</sup> Mihajlo Velimirović: Pobijanje pravnih radnji preduzeća, v: Godišnjak Pravnog fakulteta, Sarajevo 1972, str. 156.

<sup>14</sup> Jože Juhart: Nekaj pripomb k novemu izpodbojnemu pravu, v: Pravniki, št. 7-9/1965, str. 230.



svojih upnikov«. <sup>15</sup> Pri pravnih dejanjih, ki bi jih storil v obdobju dobrega ekonomsko-finančnega stanja, dolžnik namreč ne bi imel nobenega razloga paziti na to, da bi bili upniki poplačani enakomerno.

Vendar pa se glede na predlagano odpravo subjektivnega elementa izpodbijanja zavzemam, da bi dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje postalo objektivna sestavina izpodbojnega dejanskega stanja. <sup>16</sup> Bolj kot to, ali je nasprotnik izpodbijanja vedel za slabo dolžnikovo ekonomsko-finančno stanje, je namreč pomembno, ali je bilo dolžnikov stanje dejansko tako, da mu je grozil stečaj. Zakon pojma slabega ekonomsko-finančnega stanja sicer ne opredeljuje, vendar pa se je uveljavila sodna praksa, da za tako stanje ne zadošča že vsakršna njegova pojavna oblika, ampak da mora biti to stanje tako, da glede na okoliščine dolžnika vodi v stečaj. Zakon pa ne zahteva, da bi nasprotnik izpodbijanja vedel ali bi moral vedeti, da je dolžnikov ekonomsko-finančni položaj tako slab, da bo njegova posledica dejansko stečaj (čeprav začetek stečajnega postopka tako stanje nedvomno dokazuje).

Dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje (plačilna nesposobnost ali prezadolženost) je sicer razlog za začetek stečajnega postopka (prvi odstavek 2. člena ZPPSL/1993), <sup>17</sup> katerega pravna posledica je tudi izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, vendar pa so ta dejanja izpodbojna prav zaradi dolžnikovega slabega ekonomsko-finančnega položaja, ki je privedel do njegovega stečaja. Če namreč dolžnikovo ekonomsko in finančno stanje dejansko ne bi bilo slabo, ne bi imel nobenega razloga, da bi v obdobju (enega leta) pred začetkom stečaja upnike pri poplačilu njihovih terjatev obravnaval enako.

Pri tem bi se lahko (za potrebe stečajnega izpodbijanja) štel, da je bilo dolžnikovo ekonomsko-finančno stanje slabo v zadnjih treh mesecih pred uvedbo

---

<sup>15</sup> Jože Juhart: *Upniško izpodbijanje ...*, nav. delo, str. 86.

<sup>16</sup> Po predvojnem pravu je bila plačilna nesposobnost objektivna sestavina izpodbojnega dejanskega stanja neskladnega (inkongruentnega) kritja. Glej Jože Juhart: *Nekaj pripomb ...*, nav. delo, str. 230.

<sup>17</sup> »Največkrat sovpadata insolventnost in prezadolženost; ni pa nujno, ker si lahko dolžnik tudi z novimi krediti začasno zagotovi likvidnost, čeprav so dolgovi večji od aktivnega premoženja. Kljub temu ostaja insolventnost glavni stečajni razlog, ki je tudi na zunaj viden; prezadolženost pa je le pomožni stečajni razlog, ki ga bo uporabil zlasti tisti upnik ali osebno odgovorni družbenik, ki vidi, kako dolžnik tone v dolgovi in ne predlaga stečaja.« Glej Dušan Dougan: *Novosti stečajne zakonodaje (Procesne in materialnopravne novosti v stečajnem zakonu)*. *Gospodarski vestnik Izobraževanje*, Ljubljana 1994, str. 44.

stečajnega postopka<sup>18</sup> (oziroma postopka prisilne poravnave, če je bil predlog za prisilno poravnavo vložen pred vložitvijo predloga za začetek stečajnega postopka) ali v času po njegovi uvedbi.<sup>19</sup> Gre za obdobje neposredno pred stečajem, ko izkušnje kažejo, da ima dolžnik že ekonomske in finančno težave, in za obdobje, ko se po sedanji stečajni ureditvi domneva, da je upnik, v korist katerega je bilo storjeno izpodbojno pravno dejanje, vedel ali bi moral vedeti za dolžnikovo slabo ekonomsko-finančno stanje (2. točka četrtega odstavka 125. člena ZPPSL/1993). Domneva pa bi bila lahko neizpodbojna, kar pomeni, da upnik ne bi mogel voditi dokaza nasprotja, da jo ovrže.

### 3. NEOBIČAJNA IZPOLNITEV

Po veljavni pravni ureditvi (1. točka četrtega odstavka 125. člena ZPPSL/1993) neobičajna izpolnitev (**izpolnitev v obliki ali na način, ki ni običajen**) ni (objektivna) predpostavka izpodbojnosti pravnega dejanja, ampak samo domneve<sup>20</sup> obstoja subjektivne sestavine izpodbojnega dejanskega stanja.<sup>21</sup> Drugače pa v pravni teoriji in sodni praksi prevladuje stališče, da so sicer zakoniti načini izpolnjevanja obveznosti (kot so na primer asignacije, cesije in verižne kompenzacije) neobičajni, kadar niso v skladu z vsebino prvotne obveznosti med upnikom in dolžnikom<sup>22</sup> oziroma kadar jih upnik ne bi mogel zahtevati s tožbo.<sup>23</sup> Tako je poravnava obveznosti v obliki ali na način, ki ga upnik ni bil dolžan sprejeti, pa tudi ne upravičen zahtevati, neobičajna. Takoj ko je upnik tako izpolnitev sprejel, je bila ta sicer veljavna, vendar izpodbojna

<sup>18</sup> Ameriško stečajno pravo za potrebe izpodbijanja privilegiranja upnikov šteje, da je izpodbojno obdobje za upnike, ki niso insiderji, devetdeset dni pred vložitvijo predloga za začetek stečajnega postopka. Stečajni razlog namreč praviloma obstaja že določeno obdobje pred začetkom stečaja.

<sup>19</sup> »Domnevanih dejstev ni treba ne navajati in ne dokazovati, namesto tega pa je treba trditi in v sporu dokazati predpostavke domneve« (glej Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije. Univerzitetna založba, Ljubljana 1961, § 124.). Če bi torej tožeča stranka dokazala, da je bilo izpodbojno pravno dejanje storjeno v zadnji treh mesecih pred vložitvijo predloga za začetek stečajnega postopka, bi sodišče štelo, da je bilo dolžnikovo ekonomsko in finančno stanje slabo.

<sup>20</sup> Brž ko je ta temeljna okoliščina domnevne baze dokazana, vzame sodnik za podlago odločbe dejstvo, da je tožena stranka vedela ali morala vedeti za dolžnikovo neugodno gospodarsko in finančno stanje. Tožena stranka lahko dokazuje, da ji to stanje ni bilo niti ni moglo biti znano. Glej Jože Juhart: Nekaj pripomb ..., nav. delo, str. 232.

<sup>21</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 48/98 z dne 28. maja 1998.

<sup>22</sup> Jože Juhart: Nekaj pripomb ... nav. delo, str. 230.

<sup>23</sup> Srečko Zuglia: Prinudna likvidacija privrednih organizacija. Trgovinska komora NR Hrvatske, Zagreb 1956, str. 42–43.

kot vsako drugo pravno dejanje, ki ga je dolžnik storil v zadnjem letu pred začetkom stečajnega postopka (če so za to bile izpolnjene predpostavke iz prvega odstavka 125. člena ZPPSL/1993).

Vendar pa se mi glede na ekonomsko resničnost zdi pomembnejše vprašanje, ali so taki načini poplačila obveznosti v skladu s splošno poslovno prakso oziroma z običajno poslovno prakso med strankama. Zato v tej zvezi predlagam, da bi se zakonodaja približala gospodarski praksi:<sup>24</sup> da bi se način, na katerega je stranka običajno izpolnjevala obveznosti, štel za običajnega prav zato, ker je bil med strankama običajen,<sup>25</sup> da torej ne bi bile izpodbojne<sup>26</sup> tiste izpolnitve obveznosti, ki so bile opravljene v obliki ali na način, ki je običajen. Po sedanji sodni praksi »vprašanje, kako je tožeča stranka običajno izpolnjevala svoje obveznosti, za odločitev v sporu ni pomembno.«<sup>27</sup>

Nasprotnik izpodbijanja bi lahko dokazoval, da pravno dejanje ni izpodbojno, čeprav je bila njegova posledica oškodovanje upnikov (pravna dejanja, katerih posledica je oškodovanje stečajnih upnikov, so namreč praviloma po svoji naravi pravna dejanja izpolnitve obstoječe obveznosti). Pri ugotavljanju, ali je šlo za običajno izpolnitev, bi bilo pomembno predhodno poslovno vedenje obeh strank; če poslovne prakse strank še ne bi bilo, pa poslovna praksa

<sup>24</sup> Primerjaj predpise Evropske unije, predvsem Direktivo 2002/47/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. junija 2002 o dogovorih o finančnem zavarovanju (UL L 168, 27. junij 2002).

<sup>25</sup> Asignacije, cesije in verižne kompenzacije so zakoniti in dopustni načini izpolnitve obveznosti, ki pa zaradi začetka stečajnega postopka postanejo neobičajni. Čeprav se na primer verižna kompenzacija v poslovnem svetu pri razčiščevanju dolžniško-upniških razmerij med subjekti lahko uporablja, pa je v smislu določbe prvega odstavka 125. člena ZPPSL/1993 neobičajen način dolžnikovega poplačila obveznosti do upnika (sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 185/99 z dne 13. januarja 2000). Vendar pa bi bilo treba dopustiti možnost, da tak način izpolnitve obveznosti, zaradi ustaljenih splošnih običajev v poslovanju ali poslovnega običaja med strankama ali vsaj običajnega izpolnjevanja obveznosti s strani stečajnega dolžnika, šteje za običajnega. Tako bi lahko na primer večkratna uporaba verižnih kompenzacij za poplačevanje obveznosti njihovih udeležencev zadostovala za ugotovitev o običajnem načinu izpolnitve obveznosti.

<sup>26</sup> »Samo večkratna uporaba verižnih kompenzacij za poplačevanje obveznosti njihovih udeležencev ne zadostuje za ugotovitev obstoja dogovora o uporabi verižne kompenzacije za poplačilo konkretne terjatve konkretnega udeleženca verižne kompenzacije.« Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 168/99 z dne 5. januarja 2000.

»Samo večkratna uporaba verižnih kompenzacij za poravnavanje obveznosti njihovih udeležencev ne zadostuje za ugotovitev obstoja dogovora o uporabi takšnega načina plačila.« Glej sklep Ustavnega sodišča RS Up-91/00-9 z dne 24. junija 2003.

<sup>27</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 46/98 z dne 14. maja 1998.

(pogoji poslovanja) v ustrezni dejavnosti, panogi. Pomembna dejstva bi bila predvsem čas, višina in način plačila ter druge okoliščine v zvezi s plačilom.<sup>28</sup>

Namen te obrambe pred stečajnim izpodbijanjem bi bilo zagotoviti normalno finančno poslovanje ogroženih subjektov, namesto da bi se jih s poseganjem v njihova razpolaganja oviralo pri reševanju njihovih ekonomskih in finančnih težav. Dokazno breme bi bilo na strani izpodbojnega nasprotnika (torej stranke, v korist katere je bilo izpodbojno pravno dejanje storjeno), ki ne bi oporekal dejstvom, ki jih zatrjuje upnik oziroma stečajni upravitelj, ampak bi zatrjeval druga dejstva, ki izključujejo izpodbojnost (da je prejel izpolnitev v obliki ali na način, ki je običajen). Izjema se namreč ne bi domnevala, temveč bi jo druga stranka morala uveljavljati.

#### 4. SOČASNA (IN ENAKOVREDNA) IZPOLNITEV OBVEZNOSTI

Posebna izjema bi lahko bila tudi sočasna (in enakovredna) izpolnitev obveznosti, čeprav po veljavni pravni ureditvi (in sodni praksi)<sup>29</sup> taka izpolnitev ni izpodbojna, ker »se v primeru sočasne izpolnitve vzajemnih pogodb dolžnikovo premoženje ne zmanjša, temveč samo spremeni svojo obliko«.<sup>30</sup>

Namen te izjeme bi bil (z jasno zakonsko določbo o neizpodbojnosti) spodbuditi upnike, da nadaljujejo poslovanje z dolžnikom, ki bi bil v ekonomsko-financičnih težavah, in to brez bojazni, da bi morali vrniti izpolnjeno (na primer plačila za dobavljeno blago). Če bi upniki nadaljevali poslovanje s takim upnikom, bi tudi bilo možno, da bi se izognil grozečemu stečaju.

Dokazno breme bi bilo na strani izpodbojnega nasprotnika (torej stranke, v korist katere je bilo izpodbojno pravno dejanje storjeno), ki ne bi oporekal dejstvom, ki jih zatrjuje upnik oziroma stečajni upravitelj, ampak bi zatrjeval druga dejstva, ki izključujejo izpodbojnost (da je šlo za sočasno in enakovred-

<sup>28</sup> Glede tega bi bil možen pomislek, da ameriške izkušnje kažejo, da je ugotavljanje teh dejstev zelo zahtevno in zapleteno ter pogosto povezano z dokazovanjem z izvedenci. Glej Miodrag Đorđević, nav. delo, poglavje 12.4.5.3.1.

<sup>29</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 20/93 z dne 22. aprila 1993.

<sup>30</sup> Nina Plavšak: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997, str. 282. Nina, Plavšak, Saša, Prelič in Živko Bergant: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem – Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000, str. 467.

no izpolnitev obveznosti). Izjema se namreč ne bi domnevala, temveč bi jo druga stranka morala uveljavljati.

## 5. PRAVNI POLOŽAJ NASPROTNIKOV IZPODBIJANJA PO USPELEM IZPODBIJANJU

Veljavni stečajni zakon ne ureja pravnega položaja nasprotnikov izpodbijanja po uspelem izpodbijanju. Določa le, da morajo taki upniki **prijaviti terjatve, ki so oživele zaradi uspelega izpodbijanja, v 30 dneh po pravnomočnosti odločbe** (2. točka drugega odstavka 137. člena ZPPSL/1993), s katero je sodišče ugodilo zahtevku za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj. Ker se v zvezi z njegovim položajem postavlja vprašanje, kakšna je pravna narava oživele terjatve in kako jo lahko nasprotnik izpodbijanja uveljavlja,<sup>31</sup> bi bilo treba to vprašanje pravno regulirati. Če ne zaradi drugega, pa zaradi vsebinske celovitosti stečajnega zakona.<sup>32</sup>

## 6. KONCENTRACIJA IZPODBOJNIH PRAVD

Izpodbijne tožbe se vlagajo pri sodišču, pri katerem se vodi stečajni postopek. Vendar pa o njih (praviloma) ne odloča isti sodnik, ki (kot predsednik stečajnega senata) vodi stečajni postopek.<sup>33</sup> Sam se zavzemam za koncentracijo vseh izpodbijnih pravnih pri predsedniku stečajnega senata.<sup>34</sup> Šlo bi za praktično rešitev, saj je v stečajnem spisu zbran večji del dokaznega gradiva. Stečajni sodnik, ki bi sodil v izpodbijnih pravnih, pa bi tako tudi lažje poskrbel, da bi se stečajni postopek čim prej končal.

Vendar pa so zoper tako ureditev, ki bi zaradi koncentracije vseh izpodbijnih pravnih (pri likvidacijskem senatu) pomenila posebno izključno pristojnost, bili tehtni pomisleki že v preteklosti (v času veljavnosti UPPO).

»Likvidacijski senat je organ likvidacijskega postopka. Njegova naloga je, da ob najmanjših stroških varuje koristi likvidacijskih upnikov tako, da bo dose-

<sup>31</sup> Glej Miodrag Đorđević, nav. delo, poglavje 9.4.

<sup>32</sup> Primerjaj 11 U.S.C. § 550 in 11 U.S.C. § 551.

<sup>33</sup> Po ameriškem stečajnem pravu gre za kontradiktorni postopek (angl. *adversary proceeding*) znotraj stečajnega postopka.

<sup>34</sup> V postopku v gospodarskih sporih, med katere se prištevajo tudi spori, ki nastanejo v zvezi s stečajnim postopkom, namreč sodi sodnik posameznik.

žen zanje kar najboljši uspeh. Ta organ tudi nadzoruje delo drugih organov likvidacijskega postopka, ki imajo enake naloge. Uspešno izpodbijanje pa je v korist likvidacijskih upnikov. Podana je močna inkompatibilnost med nalogo likvidacijskega sveta kot organa prisilne likvidacije in nalogo tega sveta kot sodečega senata. Razen tega iz praktičnih izkušenj vemo, da noben likvidacijski upravitelj ne bo začel izpodbojne pravde, preden se ne bo posvetoval s predsednikom likvidacijskega senata. Predsednik, ki takšno pravdo svetuje, je že dal mnenje o zadevi, o kateri bo moral pozneje soditi.«<sup>35</sup>

Rešitev problema naj bi bila v dodelitvi izpodbojnih pravnih drugemu senatu, če bi to bilo izvedljivo glede na personalno zasedbo sodišča.

Takim pomislekom bi se bilo mogoče izogniti z odpravo dovoljenja predsednika stečajnega senata (tretji odstavek 129. člena ZPPSL/1993) kot posebne procesne predpostavke za vložitev izpodbojne tožbe s strani stečajnega upravitelja. Glede na to, da je stečajni upravitelj vsakemu udeležencu v stečajnem postopku odgovoren za namenoma ali iz hude malomarnosti povzročeno škodo (drugi odstavek 80. člena ZPPSL/1993), se namreč ni bati, da bi »vlagal izpodbojne tožbe kar povprek, brez možnosti za uspeh izpodbijanja, kar je seveda povezano s stroški, ki bi po nepotrebem bremenili stečajno maso,«<sup>36</sup> ali da jih ne bi vlagal, ker si mora namreč prizadevati, da bi stečaj čim prej končal.<sup>37</sup>

Tako bi stečajni upravitelj sam odločal o tem, ali bo začel izpodbojno pravdo, čeprav je prav zaradi pomislekov, da »bi bilo smotno, da bi bil pri tem vezan na privolitev upniškega odbora«,<sup>38</sup> bil vezan na dovoljenje predsednika stečajnega senata. Vendar pa bi predsednik stečajnega senata še vedno nadzoroval njegovo poslovanje (drugi odstavek 75. člena ZPPSL/1993) in mu dajal obvezna navodila (tretji odstavek 75. člena ZPPSL/1993).

Sicer pa lahko po veljavni pravni ureditvi izpodbojno tožbo vložijo tudi upniki, in to brez dovoljenja predsednika stečajnega senata (prvi odstavek 125. člena ZPPSL/1993), ter tako sami poskrbijo za varstvo svojih koristi v stečajnem postopku.

<sup>35</sup> Jože Juhart: *Upniško izpodbijanje ...*, nav. delo, str. 98–99.

<sup>36</sup> Saša Prelič in Renato Vrenčur: *Pravno varstvo oškodovanih upnikov*, v: *Podjetje in delo*, št. 1/1995, str. 105.

<sup>37</sup> Franc Špendal: *Prisilna likvidacija gospodarskih organizacij (Prikaz dejanskega in pravnega stanja in nekaterih vprašanj)*, v: *Pravnik*, št. 3-4/1957, str. 137.

<sup>38</sup> Jože Juhart: *Upniško izpodbijanje ...*, nav. delo, str. 93.

## 7. MEDNARODNO INSOLVENČNO PRAVO

»Ob ugotovitvi, da je stečaj povezan le z negativnimi posledicami, medtem ko so pozitivni učinki le v delnem in omejenem poplačilu upnikov, se v razvitih tržnih sistemih razvijajo še postopki, katerih namen je stečaj preprečiti oz. stečaj uporabiti kot obliko za preoblikovanje in ponovno usposobitev dolžnika, da svoje premoženje organizira (prestrukturira) z namenom nadaljevanja gospodarske dejavnosti in poplačila dolgov skozi ustvarjanje dobička. Namesto klasičnega stečaja se v ospredje danes postavljajo tim. insolvenčni postopki, klasično stečajno pravo pa zamenjuje tim. insolvenčno pravo.«<sup>39</sup>

Zato bi pri morebitnem noveliranju stečajnega zakona (in izpodbijanja) kazalo upoštevati tudi unificirano mednarodno insolvenčno pravo (na primer predpise Evropske unije in Komisije Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo – *United Nations Commission on International Trade Law*, UNCITRAL) ter načela in smernice mednarodnih ustanov (na primer Svetovne banke – *The World Bank*).

## 8. PREDPISI EVROPSKE UNIJE

Namen Uredbe Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti,<sup>40</sup> je zagotoviti učinkovitost in uspešnost čezmejnih insolvenčnih postopkov. Uredba se uporablja v insolvenčnih postopkih, v katerih je dolžnik fizična ali pravna oseba, trgovec ali posameznik. Uredba omogoča, da se v državi članici, v kateri se pretežno vodijo dolžnikovi posli in ki je zato določljiva s strani tretjih oseb, začne glavni insolvenčni postopek (angl. *the main insolvency proceeding*), ter da se sočasno v državi članici, v kateri ima dolžnik svoj sedež, začne pomožni postopek (angl. *secondary proceeding*), ki pa je omejen le na premoženje, ki se nahaja v tej državi.

Uredba 1346/2000 posebej varuje stvarne pravice (za katere velja načelo *lex situs*), saj so te zelo pomembne pri odobritvi kreditov. Tako določa, da začetek insolvenčnega postopka ne vpliva na stvarne pravice upnikov in tretjih oseb na materialnem ali nematerialnem, premičnem ali nepremičnem premoženju dolžnika, ki se ob začetku postopka nahaja na ozemlju druge države članice (prvi odstavek 5. člena), kar pa ne izključuje postopka za ugotovitev ničnosti,

<sup>39</sup> Saša Prelič: Stečajno pravo ..., nav. delo, str. 44.

<sup>40</sup> UL L 160, 30. junij 2000.

izpodbijanje ali ugotovitev neizvršljivosti pravnih dejanj, ki so škodljiva za upnike (četrti odstavek 5. člena v zvezi s točk m drugega odstavka 4. člena) – postopka, ki se začne, vodi in konča po pravu države članice, v kateri se je začel insolvenčni postopek.

**Direktiva 2002/47/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. junija 2002 o dogovorih o finančnem zavarovanju**, dopolnjuje direktive 98/26/ES<sup>41</sup>, 2001/17/ES<sup>42</sup> in 2001/24/ES,<sup>43</sup> hkrati pa pomeni njihovo pravno nadgradnjo. Namen Direktive 2002/47/ES je namreč zagotoviti pravno varnost oblikam finančnih poroštev (angl. *financial collateral arrangements* – točka a 1. člena), prenosu lastništva (angl. *title transfer financial collateral arrangement* – točka b 1. člena) ali zavarovanju (angl. *security financial collateral arrangement* – točka c 1. člena), za katere sicer velja načelo *lex rei sitae*.

Direktiva 2002/47/ES zagotavlja pravno varnost tako, da od države članice pričakuje zagotovitev, da po njenem nacionalnem pravu ne bo mogoče razveljaviti, izpodbiti ali (popolnoma) spremeniti dogovora o finančnem poroštvu niti posameznih določb zgolj zato, ker je bil dogovor sklenjen ali ker je bilo finančno poroštvo dano istega dne, ko se je začel insolvenčni ali podoben postopek, vendar pred izdajo odločbe o začetku postopka, ali zgolj zato, ker je bil dogovor sklenjen ali ker je bilo finančno poroštvo dano v kritičnem obdobju pred začetkom insolvenčnega ali podobnega postopka (8.1. in 8.3. člen). Če je bil dogovor sklenjen ali če je bilo finančno poroštvo dano istega dne, ko se je začel insolvenčni ali podoben postopek, vendar po izdaji odločbe o začetku postopka, pa od države članice pričakuje zagotovitev sklenitve dogovora ali izvršljivosti danega finančnega poroštvu in njegove zavezujočnosti nasproti tretjim, če stranka, v korist katere je bil dogovor sklenjen ali je bilo finančno poroštvo dano, ni vedela niti mogla vedeti za začetek insolvenčnega

<sup>41</sup> Direktiva 98/26/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. maja 1998 o dokončnosti poravnave pri plačilih in sistemih poravnave vrednostnih papirjev, UL L 166, 11. junij 1998.

<sup>42</sup> Direktiva 2001/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. marca 2001 o reorganizaciji in prenehanju zavarovalnic, UL L 110, 20. april 2001.

<sup>43</sup> Direktiva 2001/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. aprila 2001 o reorganizaciji in prenehanju kreditnih institucij, UL L 125, 5. maj 2001.



ali podobnega postopka<sup>44</sup> (8.2. člen<sup>45</sup>). Pri tem pa Direktiva 2002/47/ES ne posega v siceršnje določbe nacionalnega prava o izpodbojnosti pravnih dejanj, storjenih v kritičnem obdobju pred začetkom insolvenčnega (ali podobnega) postopka (8.4. člen).

## 9. UNCITRALOVI DOKUMENTI

UNCITRAL je pripravil modelni zakon o čezmejni insolventnosti (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*).<sup>46</sup> Namen vzorčnega zakona je zagotoviti učinkovito reševanje čezmejnih insolvenčnih zadev, hkrati pa prispevati k doseganju naslednjih ciljev: sodelovanja sodišč iz različnih držav, udeleženih v insolvenčnih zadevah z mednarodnim elementom; zagotovitve večje pravne varnosti glede trgovanja in naložb; poštenega in učinkovitega vodenja postopkov, z varovanjem interesov upnikov in drugih zainteresiranih oseb, vključno dolžnika; zavarovanja dolžnikovega premoženja in zagotovitve njegove najvišje vrednosti; pospešenega reševanja podjetja v finančnih težavah, z zaščito naložb in ohranitvijo zaposlitev.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Po stališču Direktive 2002/47/ES gre za varstvo dobre vere prejemnika finančnega poročstva, ki ga v poslovnem prometu zahteva načelo vestnosti in poštenja. Tisti, ki je dobil finančno poročstvo, se namreč ne more sklicevati na dobro vero, če je vedel, da je bil nad tistim, ki je dal finančno poročstvo, začel insolvenčni ali podoben postopek, ali če bi o tem lahko utemeljeno sklepal, saj je posledica prav začetka takega postopka izpodbojnost pravnih poslov. Stališče ni v nasprotju s predlaganimi spremembami stečajnega izpodbijanja. Izpodbojno dejansko stanje naj sicer ne bi bilo vezano na obstoj subjektivnih sestavin, vendar pa bi lahko nasprotnik izpodbijanja kot obrambo uveljavljal dobrovernost (da ni poznal ali mogel poznati razlogov, ki so nasprotovali izpolnitvi terjatve ali njenemu zavarovanju).

<sup>45</sup> Glede na razliko med 8.1(a) in 8.2. členom Direktive 2002/47/ES je mogoče sklepati, da ni pomemben samo dan, ko je bil začel insolvenčni (ali podoben) postopek, ampak tudi ura (in minuta), ko je bil začel. To pa pomeni, da po vstopu Republike Slovenije v Evropsko unijo očitno ne bo več ustrezna določba prvega odstavka 103. člena ZPPSL/1993, da pravne posledice začetka stečajnega postopka nastanejo z dnem, ko je oklic o začetku stečajnega postopka nabit na oglasno desko sodišča, kar mora biti sicer storjeno istega dne, ko je bil izdan sklep o začetku stečajnega postopka (drugi odstavek 101. člena ZPPSL/1993). Ustreznejša bo verjetno določba, da pravne posledice začetka stečajnega postopka nastanejo takrat (navesti bo treba dan, uro in minuto), ko je bil izdan sklep o začetku stečajnega postopka. Pri tem pa bo treba zagotoviti, da bodo upniki pravočasno (in na primeren način) obveščeni o začetku stečajnega postopka.

<sup>46</sup> Samuel L. Bufford, Louise DeCarl Aadler, Sidney B. Brooks in Marcia S. Krieger: »International Insolvency«, Federal Judicial Center 2001 – Appendix B (Reprinted from United Nations Publication, Sales No. E.99.V.3).

<sup>47</sup> Preambula *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*.

UNCITRAL pa pripravlja tudi zakonodajni vodnik o insolvenčnem pravu (*UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*).<sup>48</sup> Vodnik naj bi pomenil mednarodno sprejemljiv standard najboljše prakse (angl. *best practices*) v insolvenčnih postopkih in postopkih reorganizacije, pripomogel pa naj bi k sprejemanju uspešnih in učinkovitih nacionalnih zakonov.

Namen določb o izpodbijanju naj bi bil omogočiti obnovitev stečajne mase in zagotoviti pošteno obravnavanje upnikov; zaradi pravne varnosti tretjih oseb jasno opredeliti okoliščine, v katerih bi se lahko štelo, da je bilo razpolaganje dolžnika pred začetkom insolvenčnega postopka ali po vložitvi predloga za njegov začetek, ko pa razpolaganja ni odobrilo sodišče niti stečajni upravitelj oziroma upniki, škodljivo in zato izpodbojno; zagotoviti pogoje za začetek postopkov izpodbijanja takih razpolaganj ter v primeru uspešnega izpodbijanja poenostaviti vrnitev denarja ali premoženja od nasprotnika izpodbijanja.

Izpodbijna naj bi bila razpolaganja, ki so bila storjena v korist tretje osebe (vknjižbe, plačila, zavarovanja, garancije, posojila in odpusti dolgov), z namenom ovirati ali onemogočiti upnike pri poplačilu njihovih terjatev, če je tretja oseba vedela za ta namen<sup>49</sup> (angl. »*fraudulent transactions*«<sup>50</sup>); razpolaganja, pri katerih je bil prenos pravice opravljen ali pa je bila obveznost prevzeta proti neustrezni vrednosti (angl. *undervalued transactions*), če je bil dolžnik v času razpolaganja plačilno nesposoben ali pa je tak postal zaradi razpolaganja; razpolaganja, pri katerih je upnik prejel več kot znaša delež njegovega poplačila (angl. *preferential transactions*), če je bil dolžnik v času razpolaganja plačilno nesposoben.

Izpodbijna pa naj ne bi bila razpolaganja, ki so bila običajna za poslovno vedenje strank pred začetkom insolvenčnega postopka; razpolaganja med po-

<sup>48</sup> *International Insolvency Institute, Third Annual International Insolvency Conference, Draft*, besedilo z dne 28. februarja 2003.

<sup>49</sup> Stališče ni v skladu z dosedanjim razvojem stečajnega izpodbijanja, ko sta naša teorija in praksa opustili zahtevo po oškodovalnem namenu in vednosti zanj kot subjektivnih sestavinah izpodbijnega dejanskega stanja. Namesto tega sta zahtevali vednost ali zakrivljeno nevednost o dolžnikovem slabem ekonomsko-finančnem stanju. Vendar pa stališče ni v nasprotju s predlaganimi spremembami stečajnega izpodbijanja. Čeprav je z vidika enakega obravnavanja upnikov v stečaju bolj kot subjektivni odnos tretjega do izpodbijnega pravnega dejanja pomembno, ali je bilo dejanje storjeno v obdobju dolžnikovega slabega ekonomskega in finančnega položaja, pa je tretji kljub temu varovan, če je ravnal v dobri veri. Sicer pa gre za stališče glede določb o izpodbijanju na ravni priporočila (angl. *recommendations*).

<sup>50</sup> »*Transactions intended to defeat, delay or hinder creditors*«.

stopkom reorganizacije, ki se je nadaljeval z likvidacijo, ter določeni posli na finančnem trgu.

Določitev kritičnega obdobja in roka za vložitev izpodbojne tožbe naj bi bila prepuščena nacionalnim zakonom, pri čemer bi bilo lahko kritično obdobje za posamezne vrste izpodbojnih razpolaganj različno dolgo. Dokazovanje izpodbijanja pa bi bilo lahko vezano na obstoj posebnih domnev (vezanih na določena razpolaganja ali na določene osebe).

Za začetek postopka naj bi bil upravičen stečajni upravitelj, ki pa bi se lahko odločil, da ne bo izpodbijal dolžnikovih razpolaganj, če bi ocenil, da je malo verjetno, da bo uspel s tožbo, ali če bi ocenil, da bodo v primerjavi s stečajno maso nastali preveliki stroški. V takem primeru bi lahko postopek začel tudi posamezni upnik ali upniški odbor. Tak upnik bi lahko obdržal vrnjeni denar ali premoženje, iz stečajne mase bi se lahko poplačal za stroške ali pa bi lahko dosegel boljši vrstni red za poplačilo svoje terjatve.

V primeru uspešnega izpodbijanja naj bi nasprotnik izpodbijanja vrnil vse pridobljene premoženjske koristi. Če tega ne bi hotel storiti, pa bi lahko nacionalni zakon določil, da ne more prijaviti (oživele) terjatve v insolvenčnem postopku.

## 10. DOKUMENTI SVETOVNE BANKE

Svetovna banka je v sodelovanju s partnerskimi organizacijami leta 2001 pripravila načela in smernice za učinkovit insolvenčni sistem in sistem zagotavljanja pravic upnikov (*Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*). Ta dva sistema sta namreč pomembna elementa finančne stabilnosti. V sodelovanju z Mednarodnim denarnim skladom (*International Monetary Fund*) in UNCITRAL pa že pripravlja bolj izpopolnjeno izvedbo načel in smernic, ki so sicer namenjena državam v razvoju.

Po teh načelih so izpodbojna tista dejanja, ki jih je podjetje storilo, medtem ko je bilo insolventno, in pa tista, zaradi katerih je postalo insolventno. Pri oškodovanju gre za dejanja, ki so jih člani dolžnikove uprave storili z namenom oškodovati upnike; pri privilegiranju pa za plačila, ki so bila izvršena pri običajnem poslovanju, vendar pa kršijo načelo *pari passu*,<sup>51</sup> saj so poplačani le določeni upniki (ne pa vsi). Kritično obdobje pred začetkom stečaja je pri

<sup>51</sup> V skladu s tem načelom so vsi upniki istega razreda obravnavani enako (in iz stečajne mase poplačani sorazmerno).

oškodovanju upnikov po navadi mnogo daljše (1–6 let) kot pa pri privilegiranju posameznih upnikov (3–6 mesecev), saj izpodbijanje pravnih dejanj, katerih posledica je privilegiranje, moteče vpliva na poslovanje podjetja in njegova kreditna razmerja.<sup>52</sup>

Osnovni namen insolvenčnega prava je preprečiti dolžniku, da bi neposredno preden je postal insolventen, prikril svoje premoženje ali pa z njim razpolagal na škodo svojih upnikov (angl. *fraud*). Hkrati je njegov namen zagotoviti, da bi insolventni dolžnik enako obravnaval upnike pri poplačilu njihovih terjatev, čeprav se formalni insolvenčni postopek še ni začel (angl. *equality*), ter skušati preprečiti upnikom, ki imajo poseben (finančni) vpliv ali pa so izjemno vztrajni, da bi nadlegovali dolžnika zaradi prednostnega poplačila ali zavarovanja terjatev (angl. *debtor harassment*).<sup>53</sup>

Pri tem mora insolvenčno pravo primerno uskladiti navzkrižje koristi upnikov in tretjih oseb, ki so sklepale pravne posle z dolžnikom. Tako mora na eni strani predvidljivo zagotoviti, da ne bodo izpodbojni odplačni pravni posli, ki jih je tretja oseba z dolžnikom sklenila v dobri veri (angl. *predictability*). Na drugi strani pa mora omogočiti dolžniku, da se z nadaljevanjem poslovanja spravi iz slabega gospodarskega položaja, s tem pa pomaga sebi in svojim upnikom (angl. *avoidance of insolvency*).<sup>54</sup>

## 11. PRAVNO VARSTVO DOBROVERNE TRETJE OSEBE

S stečajnim postopkom se začne zadnje obdobje v življenju gospodarskega subjekta. Zato je treba do konca stečajnega postopka rešiti vsa pravna razmerja, v katerih je še udeležen stečajni dolžnik. Da bi to bilo možno in da bi se hkrati zavarovali interesi upnikov, se pravna razmerja, v katera je stečajni dolžnik vstopil pred začetkom stečajnega postopka, podredijo »posebnemu pravnemu režimu«,<sup>55</sup> katerega del je tudi izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj. »Preostala

<sup>52</sup> *The World Bank: »Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems«* (126. – Principle 15: Administration: fraudulent or preferential transactions), april 2001.

<sup>53</sup> *The World Bank: »Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems«* (127. – Principle 15: Administration: fraudulent or preferential transactions), april 2001.

<sup>54</sup> *The World Bank: »Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems«* (128. – Principle 15: Administration: fraudulent or preferential transactions), april 2001.

<sup>55</sup> Zoran Parać: Utjecaj otvaranja stečaja na pravne poslove, v: Privreda i pravo, št. 1-2/1988, str. 76.

sredstva stečajnega dolžnika (namreč) predstavljajo zadnjo možnost, stečajni postopek pa zadnjo priložnost za kakršno-takšno poplačilo upnikov.«<sup>56</sup>

Pri tem je treba na primeren način uskladiti navzkrižje koristi upnikov in tretjih oseb, ki so sklepale pravne posle z dolžnikom. Stečajne upnike je treba zavarovati s tem, da se pravilno ugotovi stečajna masa in vanjo vrne premoženje, ki je bilo pred začetkom stečajnega postopka odsvojeno ali iz nje opuščeno. Odstraniti je treba učinke tistih pravnih dejanj, s katerimi je dolžnik zmanjševal premoženje, namenjeno poplačilu upnikov. Tretje osebe, ki so sklepale pravne posle z dolžnikom, dokler je bil še sposoben razpolagati s svojim premoženjem, pa je treba zavarovati zaradi varnosti pravnega prometa. Tretje osebe imajo korist od tega, da sklenjeni pravni posli ostanejo veljavni. Zlasti so potrebne varstva dobroverne tretje osebe.<sup>57</sup>

## **12. POENOSTAVITEV POSTOPKA IZPODBIJANJA**

Sicer pa se mi glede tega postavlja vprašanje,<sup>58</sup> ki se je postavilo že Špendalu:<sup>59</sup> kako bi se obšlo izpodbijanje pravnih dejanj v posebnih sporih ter bi se po krajši in cenejši poti prišlo do enakega cilja (sorazmernega poplačila upnikov v stečajnem postopku)? Ali ne bi bilo možno, da bi se tista pravna dejanja, pri katerih je očitno ali nesporno podan dejanski stan za njihovo izpodbijanje, ali pa vsaj tista pravna dejanja, ki jih je dolžnik storil v določenem času (na primer v zadnjih treh mesecih) pred uvedbo stečajnega postopka ali po njej, razglasili za neučinkovita proti stečajni masi že v samem stečajnem postopku, ne pa šele v posebni izpodbojni pravdi? Postopek bi se lahko začel na ugovor stečajnega upravitelja ali drugih upnikov; predsednik stečajnega senata pa bi pravna dejanja, proti katerim je bil vložen ugovor, s posebnim sklepom razglasil za neučinkovita. V sklepu, proti kateremu bi bila pritožba na višje sodišče, bi naložil vrnitev premoženjskih koristi, za katere je bila stečajna masa prikrajšana. Ali ne bi bili z opisanim postopkom (ki bi zajel le dejanja, ki bi bila očitno izpodbojna, priznana po nasprotni stranki ali pa jasno dokazana)

<sup>56</sup> Jovan Gucunja: Problemi pravnog regulisanja poverilačko-dužničkih odnosa i zaštite poverilaca u slučaju prestanka organizacije udruženog rada, v: Glasnik, št. 9/1980, str. 43.

<sup>57</sup> Jože Juhart: Pravdno upravičenje ..., nav. delo, str. 136.

<sup>58</sup> Vprašanje sem prilagodil glede na veljavno pravno ureditev stečajnega izpodbijanja.

<sup>59</sup> Franc Špendal: Prisilna likvidacija gospodarskih organizacij (Prikaz dejanskega in pravnega stanja in nekaterih vprašanj), v: Pravniki, št. 3-4/1957, str. 137–138.

rešeni številni izpodbojni primeri, ali se ne bi masa za poplačilo upnikov povečala hitro in brez posebnih stroškov?

Zakonodaja naj bi namreč našla tako rešitev, ki bi najbolj ustrezala gospodarskim razmeram kraja in časa. »Pravo namreč ni samo sebi namen, temveč mora, če želi biti učinkovito (funkcionalno), na ustrezen način (tako v postopku nastajanja novih pravnih pravil kakor tudi v postopku njihove uporabe) upoštevati vsebino dejanskih (ekonomskih) razmerij, ki jih ureja.«<sup>60</sup> Vendar pa naj bi zakonodaja ne »reševala kratkoročnih gospodarskih in socialnih težav«.<sup>61</sup>

### Literatura:

Samuel L. Bufford, Louise DeCarl Adler, Sidney B. Brooks, Marcia S. Krieger: »International Insolvency«, Federal Judicial Center 2001 – Appendix B.

Dušan Dougan: Novosti stečajne zakonodaje (Procesne in materialnopravne novosti v stečajnem zakonu). Gospodarski vestnik Izobraževanje, Ljubljana 1994.

Miodrag Đorđević: Izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika (pravne osebe), doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani. Ljubljana 2003.

Jovan Gucunja: Problemi pravnog regulisanja poverilačko-dužničkih odnosa i zaštite poverilaca u slučaju prestanka organizacije udruženog rada, v: Glasnik, št. 9/1980, št. 9.

Jože Juhart: Upniško izpodbijanje v prisilni likvidaciji, v: Pravnik, št. 3-4/1956.

Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije. Univerzitetna založba, Ljubljana 1961.

Jože Juhart: Nekaj pripomb k novemu izpodbojnemu pravu, v: Pravnik, št. 7-9/1965.

Jože Juhart: Pravdno upravičenje v izpodbojnih pravnih, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1966.

---

<sup>60</sup> Nina Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant, nav. delo, str. 9.

<sup>61</sup> Lojze Ude: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem – Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000, Uvodna beseda k prvi izdaji, str. 13.

Zoran Parać: Utjecaj otvaranja stečaja na pravne poslove, v: Privreda i pravo, št. 1-2/1988.

Nina Plavšak: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997.

Nina, Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem – Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000.

Saša Preluč, Renato Vrenčur: Pravno varstvo oškodovanih upnikov, v: Podjetje in delo, št. 1/1995.

Saša Prelič: Stečajno pravo. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru. Maribor 1999.

Franc Špendal: Prisilna likvidacija gospodarskih organizacij (Prikaz dejanskega in pravnega stanja in nekaterih vprašanj), v: Pravnik, št. 3-4/1957.

Lojze Ude: Predpisi o prisilni poravnavi in stečaju z uvodnimi pojasnili. Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.

Lojze Ude: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem – Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000, Uvodna beseda k prvi izdaji.

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.

Mihajlo Velimirović: Pobijanje pravnih radnji preduzeća v: Godišnjak Pravnog fakulteta, Sarajevo 1972.

The World Bank: »Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems« (126. – Principle 15: Administration: fraudulent or preferential transactions), april 2001.

Srećko Zuglia: Prinudna likvidacija privrednih organizacija. Trgovinska komora NR Hrvatske, Zagreb 1956.

# Je li uređenje predstečajnog postupka u Republici Hrvatskoj bilo sukladno s ustavom?

*Post festum* analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema<sup>1</sup>

ALAN UZELAC

## 1. UVOD

Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnim nagodbama<sup>2</sup> bio je u Hrvatskoj predmet mnogih stručnih, političkih i javnih kontroverzi. Između ostaloga, taj je zakon izazvao i seriju inicijativa za preispitivanje njihove ustavnosti.<sup>3</sup> Iako je riječ o inicijativama podnesenima dijelom krajem 2012., a dijelom u prvoj polovici 2013. godine, Ustavni sud Republike Hrvatske o njima nikad nije zauzeo meritoran stav. Indirektno, čini se da su javne kontroverze uzrokovale da država većim dijelom i bez odluke Ustavnog suda intervenira i promijeni uređenje, anticipirajući moguće odluke Ustavnog suda.<sup>4</sup> Premda je Ustavni sud ovlašten donijeti odluku o neustavnosti zakona koji su prestali

---

**Alan Uzelac**, doktor pravnih znanosti, redoviti profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

<sup>1</sup> Ovaj je rad izrađen u sklopu projekta Novi hrvatski pravni sustav, a njegove temeljne postavke bile su sadržane u stručnom mišljenju koje je autor bio izradio po pozivu hrvatskog Ustavnog suda.

<sup>2</sup> Narodne novine 108/2012, 144/2012, 81/2013, 112/2013, 78/2015, 71/2015 (u daljnjem tekstu: ZFPPN).

<sup>3</sup> Usp. predmete U-I-518/2012; U-I-2948/2013; U-I-3291/2013; U-I-4175/2013; U-I-4400/2013; U-I-4416/2013; U-I-4419/2013. Autori tih inicijativa bili su: sudac Mislav Kolakušić; odvjetnik Dario Čehić; trgovačka društva Cestar i Olma te više fizičkih osoba.

<sup>4</sup> Vidi posebno odredbe novog Stečajnog zakona (NN 72/2015), posebno st. 2. i 3. čl. 445. kojima su stavljene izvan snage mnoge odredbe ZFPPN te odgovarajuće druge odredbe toga propisa kojima su ukinute norme nadomještene drugačijim režimom u okviru stečajnog postupka.



važiti<sup>5</sup>, nije izvjesno da će o pitanjima koja su potaknutima tim inicijativama odluka ikada biti donesena.

Međutim, pitanja koja su bila postavljena u okviru navedenih inicijativa svakako su relevantna te zaslužuju svoj odgovor iz procesne i ustavnopravne perspektive. Ona se uskoro mogu ponovo pojaviti u sklopu nekog drugog propisa i pokušaja da se na sličan način pravno intervenira suočavajući se sa sličnim ili istim društveno-ekonomskim problemima. Zbog toga ćemo u ovom radu dati svoje viđenje osnovanosti navedenih inicijativa i ocijeniti jesu li one, u komparativnom i domaćem kontekstu, bile osnovane. U nastavku ćemo, dakle, analizirati pojedine argumente koji su se odnosili na uređenje predstečajnih nagodbi iz ZFPPN prije no što je ono intervencijama iz 2015. promijenjeno. Utoliko se i sve naredne referencije na ZFPPN odnose na uređenje prije njegovih izmjena i dopuna iz 2015. i integracije predstečajnih procedura u Stečajni zakon.

## **2. NAPOMENE O PREDSTEČAJNOM POSTUPKU IZ KOMPARATIVNO-PROCESNE PERSPEKTIVE**

Globalna gospodarska kretanja, a osobito pojava snažnih ekonomskih i finansijskih kriza, potakle su niz država na preispitivanje pravnih postupaka kojima se nastoji odgovoriti na izazove prezaduženosti, nelikvidnosti i poteškoća u poslovanju gospodarskih subjekata. Uz reforme stečajnog postupka, česti su pokušaji uvođenja procedura koje bi trebale brže i fleksibilnije reagirati na insolventnost trgovačkih društava, omogućujući da se, prije no što su se stekli uvjeti za pokretanje stečajnog postupka, djeluje preventivno i omogući, tamo gdje je to moguće, reorganizaciju poslovanja i prevladavanje krize uz sanaciju dužnika umjesto njegova eliminiranja.

U pravnom uređenju reorganizacije radi izbjegavanja stečaja na svjetskom planu prednjačile su Sjedinjene Američke Države čiji je model reorganizacije potekao još iz 1970-tih (v. *US Bankruptcy Code*, 1978 – Poglavlje 11). U raznim državama je reorganizacija uklopljena u stečajni postupak. Međutim, ona se sve češće izdvaja u poseban postupak koji se provodi izvan i prije stečaja, a po mogućnosti i umjesto njega. Kao primjere takvih postupaka mogu se navesti

---

<sup>5</sup> V. čl. 56a. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH.

nedavno doneseni ili izmijenjeni propisi koji uređuju predstečajne procedure najvećih europskih država, na primjer:

- njemački *Schutzschirmverfahren* (prema zakonu iz 2011.);
- francusku *procédure de sauvegarde* (posljednje noveliranu u ožujku 2011.);
- engleski *scheme of arrangement* (izmijenjen u 2006.);
- talijanski *accordo preventivo* (izmijenjen i dopunjen u 2012.);
- španjolske *acuerdos homologados* (čl. 71. Stečajnog zakona iz 2011.).

U Europskoj uniji, danas 15 od 28 država članica imaju uređene posebne predstečajne ili hibridne postupke radi sanacije gospodarskih subjekata.<sup>6</sup> Slični zakoni postoje i u nekim drugim državama sljednicama bivše SFRJ (usp. *Zakon o sporazumnoj finansijskom restrukturiranju privrednih društava* Republike Srbije, Sl. glasnik RS, 36/2011).

Međutim, čak i kod država slične pravne i gospodarske tradicije, predstečajni su postupci međusobno vrlo različiti, a uz to se i vrlo često mijenjaju i prilagođavaju aktualnim prilikama. Njihova je različitost tolika da se neki od njih i ne smatraju stečajnim postupcima (npr. engleski *scheme of arrangement* za sada još uvijek nije u području primjene Uredbe (EZ) br. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o stečajnom postupku).<sup>7</sup>

### **3. DEKLARIRANI CILJEVI PREDSTEČAJNOG POSTUPKA U RH U KONTEKSTU KOMPARATIVNIH TRENDOVA RAZVOJA STEČAJNOG PRAVA**

I obrazloženje konačnog prijedloga ZFPPN-a iz kolovoza 2012. (Obrazloženje ZFPPN 2012) ističe da na području prava EU nema univerzalnih izvora prava na ovom području, osim Uredbe 1346/2000 o stečajnim postupcima, koja međutim ne propisuje kako treba urediti predstečajne postupke. U konte-

<sup>6</sup> Usp. Thole, Ch., *Der Trend zur vorinsolvenzrechtlichen Sanierung*, KSzW, 3.2012, str. 286; Gottwald, P., *Insolvency proceedings and related claims*, materijali konferencije Međunarodne udruge za procesno pravo (IAPL), Atena, 11-14. rujna 2013., str. 10-11. Slični navodi nalaze se i u obrazloženju Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama ZFPPN iz studenog 2013., hitni postupak, prvo i drugo čitanje, P.Z. br. 542 str. 5. Usp. <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=26132>.

<sup>7</sup> Zbog toga su u EU započele konzultacije o „novom europskom pristupu poslovnim promašajima i insolventnosti“, v. [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/130624\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/130624_en.htm).

kstu nastajanja ZFPPN-a ističe se ipak određeni utjecaj uređenja predstečajnog postupka u Republici Sloveniji, koja je 2007. godine donijela *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju* (Uradni list RS, 126/07, 40/09, 59/10, 106/10, 26/11, 47/11, 87/11, 23/12 (Odluka Ustavnog suda), 47/13 (proč. tekst)). Slovenski zakon, koji uređuje i stečajni postupak, u čl. 135. do 221. regulirao je postupak prisilne nagodbe na način koji ima određenu površnu sličnost s procesnim uređenjem sadržanim u ZFPPN, no uz mnoge važne razlike u pretpostavkama (opcionalnost postupka) i odlučivanju (odredbe o glasovanju vjerovnika) te bitno drugačiju organizacijsku i jurisdikcijsku podjelu uloga u postupku (nadležnost suda, a ne ministarstva financija, za utvrđivanje tražbina i prihvaćanje plana restrukturiranja).

Zbog toga, premda se sam poziva na „reorijentiranje europske stečajne legislative u smjeru američkog zakonodavstva“ te trendove na razini pojedinih članica EU da se „afirmiraju opcije rehabilitacije stečajnog dužnika“, može se reći da je hrvatski ZFPPN propis koji u svojem najvećem dijelu izvorno i bez neposrednih komparativnih modela i obrazaca uređuje predstečajni postupak i sva druga pitanja koja su s njime u vezi.

Predstečajni postupci u gotovo svim državama koji su ih uveli predstavljaju odgovor na nedostatnosti ili loše praktično funkcioniranje stečajnih procedura. Na takav način inicijalno je obrazloženo i donošenje ZFPPN, navodeći da je usprkos šest obuhvatnih promjena Stečajnog zakona praksa provođenja stečaja ostala jednako nezadovoljavajuća, čime se manifestirao i „očiti jaz između formalnog prava i stvarne pravne procedure“ (Obrazloženje ZFPPN 2012). Posebno se isticalo da se u Hrvatskoj provodi vrlo malo stečajnih planova, tako da stečaj u pravilu znači i nestanak pravne osobe. Upućivalo se i na to da istraživanje provedeno na svim trgovačkim sudovima u RH „daje porazne rezultate“ i da dosadašnja praksa dužniku ne daje mogućnost za nastavak poslovanja, čime se generiraju negativni učinci u gospodarstvu uz zabrinjavajući rast broja nezaposlenih.

Uz nedjelotvornost dotadašnjeg koncepta reorganizacije (preustroja) u stečaju, obrazloženje ZFPPN-a isticalo je i nedjelotvornost stečajnog postupka uopće. U njemu je citirano više podataka koji su potkrjepljivali tezu o nefunkcionalnosti, prekomjernom trajanju i nerazmjernim troškovima stečajnih postupaka vođenih na temelju insolventijskih propisa između 1996. i 2012., na primjer:

- da je 30. travnja 2012 bilo 72.401 poslovnih subjekata kojima su blokirani računi, od kojih su više od polovice činile pravne osobe, na koje je otpadalo preko 82,55% blokiranog iznosa od 43,47 milijardi kuna;
- da je na isti dan bilo 28.792 pravne osobe koje su se nalazile u blokadi računa koja je trajala više od 360 dana.

Deklarirana svrha ZFPPN-a bila je da se zaustavi praksa dugotrajne blokade koja stvara vrlo negativne posljedice na funkcioniranje cjelokupnog gospodarstva, i to tako da se uspostavi „učinkovit i djelotvoran pravni okvir za rješavanje financijskih poteškoća dužnika radi njihovog ponovnog osposobljavanja za sudjelovanje u gospodarskim aktivnostima“, i to uzimajući u obzir potrebe hitnosti postupka, jer je „upravo vrijeme koje je potrebno za provedbu postupka često odlučujuće za postizanje učinkovitog rješenja“.

Kako se navodi, ta hitnost nije bila odlika stečajnih postupaka koje su po Stečajnom zakonu provodili trgovački sudovi: *Obrazloženje ZFPPN 2012* navodi da „prema podacima raspoloživim u ovom trenutku, 89 stečajnih postupaka u Republici Hrvatskoj traje dulje od 10 godina, 166 postupaka traje dulje od pet godina, a njih 287 traje dulje od tri godine“. Upućuje se i na problem nepravilnosti, koje se pojavljuju „kako prije tako i poslije pokretanja samog stečajnog postupka“ te na studije Svjetske banke prema kojima po brzini i lakoći provođenja stečajnog postupka Hrvatska zauzima 94. mjesto od 183 zemlje.

Zbog toga, prema navodima iz *obrazloženja*, ZFPPN bi u „alternativnom insolventnom postupku“ trebao uspostaviti „brži i troškovno učinkovitiji postupak“, u kojem se „pokušava prisiliti vjerovnike da u razumnom roku, relativno brzo, donesu ključne odluke o sudbini dužnika“. On bi trebao postati „značajan instrument u rješavanju krize nelikvidnosti i insolventnosti u gospodarskom sektoru“, i to tako da se „vjerovnicima osiguraju najpovoljniji uvjeti za namirenje njihovih tražbina te osiguraju uvjeti za restrukturiranje dužnika i pružanje nove prilike za nastavak poslovanja“. Kao glavne ciljeve ZFPPN navodi se: omogućavanje financijskog restrukturiranja poduzetnicima; povećanje razine odgovornosti uprave trgovačkog društva prema vjerovnicima; povećanje vrijednosti imovine dužnika; osiguranje primjerene ravnoteže između prodaje imovine i financijskog restrukturiranja dužnika; smanjenje udjela kredita pretvorbom tražbina u udjele u kapitalu; očuvanje radnih mjesta; osiguranje jednakog tretmana vjerovnika koji su u istom položaju prema dužniku; osiguranje postojećih prava vjerovnika i uspostavlja-

nje jasnih pravila za određivanje redoslijeda plaćanja tražbina (Obrazloženje ZFPPN 2012)<sup>8</sup>. Između ostaloga, doduše usputno i lapidarno, navedena je u obrazloženju nacrtu zakona i intencija da se brži, učinkovitiji i jeftiniji postupak ostvari uz korištenje upravnog postupka započetog na inicijativu dužnika (str. 48. t. 7.), vjerojatno umjesto skupljeg i dugotrajnijeg insolventijskog postupka kojeg provodi sud.

Deklarirani ciljevi ZFPPN te njihovo praktično ostvarenje u kontekstu globalnih trendova u razvoju insolventijskih procedura uzet će se u obzir pri evaluaciji pojedinih argumenata koji se odnose na ustavnost konkretnih rješenja u uređenju predstečajnog postupka.

## **4. ARGUMENTI KOJI SE ODOSE NA USTAVNOST POJEDINIH ELEMENATA UREĐENJA PREDSTEČAJNE NAGODBE**

### **4.1. Metodološke napomene i pregled izlaganja**

U narednom tekstu analizirat ćemo navode iz prijedloga za ispitivanje ustavnosti, nastojeći sintetizirati njihove navode i ekstrahirati pitanja koja čine sadržajnu cjelinu. Pitanja koja će se posebno obraditi jesu sljedeća:

- Je li i u kojoj mjeri podjela nadležnosti za provođenje postupka predstečajne nagodbe između Ministarstva financija i FINE, s jedne strane, te trgovačkog suda, s druge strane, sukladna pravu na postupak u kojem o spornim pravima raspravlja i odlučuje nezavisno i nepristrano tijelo? [*V. infra* 4.2.; analiza se odnosi na sukladnost s čl. 29. st. 1. Ustava te čl. 6. st. 1. Europske konvencije].
- Diskriminira li uređenje postupka predstečajne nagodbe koje se odnosi na dostavu pismena objavom na web-stranicama Financijske agencije stranke u tom postupku po osnovi imovine ili obrazovanja? [*V. infra* 4.3. – analiza se odnosi sukladnost s čl. 14. Ustava te čl. 29. st. 1. Ustava u odnosu na pravičnost kao ravnopravnost procesnih sredstava].
- Krše li odredbe koje uređuju položaj i prava vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe njihova ustavna prava (posebno: odredbe o obvezatnom

<sup>8</sup> Deklarirani *ratio legis* iz obrazloženja ZFPPN ovdje je parafraziran te naveden bez upućivanja na tiskarske i gramatičke pogreške u nacrtu kojih je bilo mnogo, kako u prvom čitanju (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=49294>) tako i u drugom čitanju P.Z.E. br. 138 (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=50031>).

pokretanju postupka; osporavanju/priznavanju tražbina vjerovnika i njihovim pravnim posljedicama; pravu glasa i glasovanju vjerovnika o planu financijskog restrukturiranja; prekidu postupka zbog sumnje na zlouporabu prava)? [*V. infra* 4.4. – analiza se odnosi suglasnost s pravima na procesnu i materijalnopravnu jednakost, vlasništvo, poduzetničku slobodu i jednak pravni položaj na tržištu i sl.].

#### **4.2. Ustavnost odredbi o nadležnosti u postupku predstečajne nagodbe (sukladnost s pravom da o spornim pravima i obvezama građanske naravi odluči nezavisan i nepristran sud/tribunal)**

Više inicijatora ocjene ustavnosti ZFPPN-a iznose da se uređenje predstečajne nagodbe protivi ustavnom pravu iz čl. 29. st. 1. prema kojem svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama. Sumnju u povredu navedenog ustavnog prava, koje je sadržano i u čl. 6. st. 1. Europske konvencije, na javnim su tribinama i u stručnim tekstovima iznosili i autori iz redova pravne prakse i znanosti<sup>9</sup>.

Ovi se navodi odnose na jedan od elemenata prava na pravično suđenje, tj. pravo da o predmetu odluči nezavisan i nepristran sud. U praksi Europskog suda za ljudska prava, koja bi prema mišljenju autora ovog teksta trebala biti mjerodavna za ustavnopravnu interpretaciju prava iz čl. 29. st. 1. Ustava, pravo na nezavisan i nepristran sud je ljudskopravno jamstvo za koje vrijede sljedeće pretpostavke i uvjeti (v. Uzelac, 2009)<sup>10</sup>:

1. Status nezavisnog i nepristranog suda (tribunala) zahtijeva da tijelo koje vodi postupak bude u supstancijalnom smislu slobodno od vanjskih utjecaja, zaštićeno od arbitrarnog zadiranja u njegovu slobodu odlučivanja te da ostavlja dojam nepristranosti („sud“ u materijalnom ili supstancijalnom smislu);

<sup>9</sup> Tako npr. N. Marković navodi da „bi najprije trebalo ozbiljno razmisliti je li povjeravanjem provedbe postupka predstečajne nagodbe Financijskoj agenciji... ugrožena građanskopravna zaštita vjerovnika pa i dužnika“. Usp. N. Marković, Pravni položaj vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventnog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb, str. 16; vidi i M. Dika, O ustavnosti pravnog uređenja predstečajne nagodbe, *ibid.*

<sup>10</sup> A. Uzelac, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60(1), str. 104-105, 110-

2. Jamstvo se odnosi samo na prava i obveze građanske naravi (*civil rights and obligations*), a značenje tog pojma autonomno se tumači u praksi Europskog suda za ljudska prava;
3. Jamstvo je ograničeno na slučajeve u kojima postoji *spor* o sadržaju prava i obveza (*des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*);

Sukladno tome, a uzimajući u obzir narav predstečajne nagodbe i propisani postupak njenog sklapanja, radi ocjene navoda o protivnosti uređenja predstečajne nagodbe jamstvima iz čl. 29. st. 1. Ustava i čl. 6. Europske konvencije potrebno je potrebno je ispitati sljedeće: a.) odlučuje li se u postupku predstečajne nagodbe o građanskim pravima i obvezama; b.) postoji li u postupku predstečajne nagodbe „spor“; c.) je li pravo na nezavisan i nepristran sud osigurano u postupku pred tijelima predstečajne nagodbe iz čl. 32. ZFPPN? d.) je li pravo na nezavisan i nepristran sud osigurano po žalbi protiv odluka tijela predstečajne nagodbe? e.) ima li mogućnosti da se eventualni nedostatak prava na nezavisan i nepristran sud sanira u kasnijim stadijima i stupnjevima postupka, to jest: f.) postoji li mogućnosti sudske kontrole pune jurisdikcije u postupku pred upravnim sudovima, g.) je li osigurana sudska kontrola pune jurisdikcije u postupku pred trgovačkim sudom; h.) je li trgovački sud ovlašten kontrolirati suglasnost predstečajne nagodbe s prisilnim propisima i pravilima javnog morala; te i.) je li trgovački sud, i uz pretpostavku da je imao kontrolne ovlasti, mogao kroz postupak sklapanja nagodbe provoditi postupak pune jurisdikcije.

U ovom poglavlju obrađujemo samo pitanje primjenjivosti čl. 29. Ustava i čl. 6. Europske konvencije te navode inicijatora koji se odnose na pitanje udovoljavaju li tijela koja odlučuju tamo sadržanim jamstvima nezavisnosti i nepristranosti. O tome je li pojedinim sudionicima u postupku u kontekstu predstečajne nagodbe kao akta kojim se određuje sadržaj spornih prava i obveza u cijelosti uskraćeno njihovo pravo na pravnu zaštitu, pa time i pravo na sud, zbog toga što tijelima predstečajnog postupka i sudovima uopće nije moguće djelotvorno utjecati na sadržaj spornih utvrđenja, usp. *infra* 4.5.

#### 4.2.1. Odlučuje li se u postupku predstečajne nagodbe o građanskim pravima i obvezama?

Što se tiče pretpostavaka u pogledu građanskih prava i spornog karaktera odlučivanja, nema dvojbi da su oba uvjeta ispunjena. Naime, u postupku

predstečajne nagodbe sklapa se nagodba o tražbinama vjerovnika koje su u pravilu imovinskopravne i privatnopravne naravi (najčešće je riječ o novčanim tražbinama). Za takve tražbine kontinuirano se smatra da je riječ o „građanskim pravima i obvezama“ u smislu sadržaja čl. 6. st. 1. Europske konvencije. Za sve vjerovnike predstečajna nagodba modificira uvjete naplate njihovih tražbina, umanjujući postotak namirenja, odgađajući rokove dospelosti ili na drugi način modificirajući tražbinu, što sve neposredno određuje sadržaj njihovih „građanskih prava i obveza“.

#### 4.2.2. Postoji li u postupku predstečajne nagodbe „spor“?

Predstečajna nagodba, iako u ZFPPN-u nije formalno nazvana „prisilnom“, ipak ima u odnosu na sve vjerovnike, kako one koji nisu dali svoj glas za njeno prihvaćanje, tako i za one koji su glasali protiv, svojstvo prisilnosti – obvezuje ih bez obzira na njihovu volju, pa i protivno njoj. Takvo je heteronomno utvrđenje sadržaja prava vjerovnika svakako „sporno“, jer se njihov stav o prihvatljivom sadržaju predstečajne nagodbe razlikuje od sadržaja te nagodbe koji za njih stječe svojstvo obveznosti i ovršnosti.

Osim za vjerovnike čije su tražbine prijavljene te se namiruju u predstečajnom postupku, predstečajna nagodba utječe i na prava vjerovnika koji su prijavili tražbine koje im je u predstečajnom postupku dužnik osporio. Njima se uslijed osporavanja tražbine onemogućuje svako namirenje u predstečajnom postupku, iz čega proizlazi da bi oni svoje sporne tražbine trebali ostvarivati u nekom drugom postupku (v. o tome dalje 3.3.5.). I vjerovnici koji svoje tražbine nisu na vrijeme prijavili u predstečajnom postupku, a koji su prema zakonu prekludirani naknadno ostvarivati svoje tražbine, mogli bi faktički biti u poziciji osporavanja njihovog prava, bez obzira što ih ZFPPN tretira kao da su se svojih tražbina odrekli.

Zbog svih ovih razloga, valja uzeti da je postupak sklapanja predstečajne nagodbe u domašaju jamstava iz čl. 29. st. 1. Ustava te čl. 6. st. 1. Europske konvencije, i da bi u njemu trebalo omogućiti da o spornim pravima i obvezama odluči nezavisan i nepristran sud. Zato treba preispitati je li to jamstvo na odgovarajući način ostvareno u uređenju postupka predstečajne nagodbe prema ZFPPN.



#### 4.2.3. Je li pravo na nezavisan i nepristran sud osigurano u postupku pred tijelima predstečajne nagodbe iz čl. 32. ZFPPN?

Predstečajni postupak provodio se u dva stadija, u kojima su postupala i odlučivala različita tijela, upravna i sudbena. Glavnina radnji poduzimala se u prvom stadiju, u postupku pred Financijskom agencijom. Sam ZFPPN pod tijelima u postupku predstečajne nagodbe spominjao je samo upravna tijela – nagodbeno vijeće i povjerenika predstečajne nagodbe. O drugom stadiju postupka, koji se provodi pred trgovačkim sudom, govorio je samo jedan članak (čl. 66).

Što se tiče statusa tijela koja djeluju u upravnom stadiju odlučivanja o predstečajnoj nagodbi, nije sporno da ona, na način koji su uređena u ZFPPN, ne zadovoljavaju uvjete „nezavisnog i nepristranog tribunala“.<sup>11</sup> Prema kontinuiranoj praksi Europskog suda za ljudska prava, izraženoj još u slučaju *Ringelisen protiv Austrije*, za supstancijalno zadovoljavanje uvjeta nezavisnosti potrebno je da tijelo koje odlučuje bude „nezavisno u odnosu na izvršnu vlast i stranke“. I hrvatski Ustavni sud je u predmetu U-I-745/1999 (odluka od 8.11.2000.) primijetio da zahtjevu neovisnosti tijela koja odlučuju o građanskom pravu odnosno obvezi upravna tijela u pravilu ne udovoljavaju, posebno ako su vezana za hijerarhijske upute viših tijela. U tom pogledu nema ni naznake da bi ZFPPN pokušao ostvariti drugačiji režim za nagodbeno vijeće ili povjerenika predstečajne nagodbe. Predsjednika i članove nagodbenog vijeća imenovao je ministar financija.<sup>12</sup> Trajanje mandata članova nagodbenog vijeća nije bilo određeno, tako da ih je ministar financija mogao u svako doba i razriješiti, ne navodeći za to razloge. Jednako tako, nagodbeno vijeće imenovalo je i razrješavalo povjerenika stečajne nagodbe.<sup>13</sup>

#### 4.2.4. Je li pravo na nezavisan i nepristran sud bilo osigurano po žalbi protiv odluka tijela predstečajne nagodbe?

Zahtjeve nezavisnog i nepristranog tribunala nisu zadovoljavala ni viša tijela koja su sudjelovala u prvom stadiju odlučivanja o predstečajnoj nagodbi. O žalbi protiv rješenja nagodbenog vijeća kao meritorne odluke u upravnom

<sup>11</sup> O kritici upravne komponente kod sklapanja predstečajnih nagodbi v. Garašić, Jasnica, *Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. motivirane institutom predstečajne nagodbe*, u: Barbić, Jakša (ur.), *Hrvatsko insolventijsko pravo*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 32.

<sup>12</sup> V. čl. 33. ZFPPN.

<sup>13</sup> Čl. 34. st. 3.; čl. 37. st. 1. ZFPPN.

postupku mogla se izjaviti žalba Ministarstvu financija, koje je o njoj bilo dužno odlučiti u roku od osam dana.<sup>14</sup> Žalba u pravilu nije bila suspenzivna. Razvidno je da ni tijelo koje je odlučivalo o žalbi (drugostupanjsko tijelo unutar Ministarstva financija) nije udovoljavalo zahtjevima nezavisnosti, a ni postupak koji se pred njim provodi zbog pismenosti i hitnosti nije omogućavao potpuno preispitivanje svih relevantnih okolnosti koje su se odnosile na utvrđivanje spornih pitanja vezanih za tražbine vjerovnika.

Dakle, bez obzira na to što, prema praksi Europskog suda za ljudska prava, zahtjev „nezavisnog i nepristranog suda ustanovljenog zakonom“ ne zahtijeva da „sud“ bude „sud klasičnog tipa, integriran u standardni sustav sudbenih tijela u određenoj zemlji“<sup>15</sup>, što bi se prema mišljenju autora ovog teksta trebalo slijediti i u tumačenju čl. 29. st. 1. hrvatskog Ustava, u upravnom dijelu postupka sklapanja predstečajne nagodbe pravo na nezavisan sud u materijalnom smislu nije bilo ostvareno. Premda bi se moglo reći da su nagodbena vijeća osnovana zakonom te da u postupku zaključenja predstečajne nagodbe primjenjuju pravne norme i postupaju na propisan način, ona nisu zadovoljavala druge supstancijalne zahtjeve vezane uz nezavisnost tijela koje odlučuje, a koji se propituju „uzimajući u obzir način imenovanja, trajanje mandata te postojanje jamstava protiv vanjskih pritisaka, kao i sam izgled nezavisnosti“.<sup>16</sup>

Ranije navedeni elementi (hijerarhijska vezanost, ograničeni mandat itd.) dostatni su za zaključak o tome da tijela predstečajnog postupka iz čl. 32. ZFPPN nisu bila nezavisna tijela. Radi potpunog tumačenja ustavnih i konvencijskih jamstava nezavisnosti, potrebno je međutim ispitati još jedan element. Upravo što se izgleda nezavisnosti tiče, u osvrtima na uređenje predstečajne nagodbe upozoravalo se na specifičnu fuziju funkcija do koje je dolazilo kada o tražbinama za koje je zaduženo Ministarstvo financija odlučuje tijelo koje je imenovao ministar financija, o čijoj odluci po žalbi odlučuje posebno tijelo Ministarstva financija. Iako tražbine po osnovi poreza i drugih davanja ne pripadaju ministarstvu već proračunu RH, ovakav režim prema kojem tijela koja djeluju unutar iste institucije imaju i ulogu stranke, i suda, i žalbene instance,

<sup>14</sup> Čl. 30. st. 4. i 6.

<sup>15</sup> V. slučaj *Campbell i Fell protiv Velike Britanije*, presuda od 28.10.1984. Usp. van Dijk et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, str. 612 i d. Uzelac, op. cit., str. 110-111.

<sup>16</sup> *Langborger protiv Švedske*, 11179/84, presuda od 22.6.1989., t. 32. Sporno je inače čak i to imaju li ona sama u postupku pune jurisdikcije priliku odlučivati o svim pravnim i činjeničnim aspektima relevantnim za utvrđenje sadržaja spornih prava i obveza građanske naravi (o ovom aspektu v. dalje pod 3.3.5.).

opravdano izaziva pozorenje. Naime, usprkos tome što nije neobično da o tražbinama države odlučuje tijelo iste te države, odsutnost jamstava nezavisnosti i suviše velika institucionalna vezanost tijela koje odlučuje za interese institucije o kojima odlučuje, kao i personalna i egzistencijalna ovisnost osoba koje odlučuju o proizvoljnim odlukama osoba koje zastupaju ili predstavljaju te interese, i bez obzira na to postoje li u konkretnim predmetima sumnje u pristranost, izaziva dojam (*appearance*) o zavisnosti te sljedstveno tome o pristranosti tijela koje odlučuje. U konkretnom slučaju ovaj dojam nije postojao samo na apstraktnoj i spekulativnoj osnovi (iako bi i ona bila dostatna da dovede u pitanje nezavisnost nagodbenog vijeća), nego je dodatno bio potkrijepljen izjavama visokih državnih dužnosnika (uključujući i čelnika resornog ministarstva) u kojima se manifestirao interes da konkretni postupci budu riješeni na određeni način.

U nastavku ćemo ispitati je li nedostatak koji se odnosi na prvi stadij postupka na primjeren način saniran u drugom stadiju postupka te u drugim mogućim vezanim postupcima.

#### 4.2.5. Je li bilo mogućnosti da se eventualni nedostatak prava na nezavisan i nepristran sud sanira u kasnijim stadijima i stupnjevima postupka

Okolnost da u postupku zaključenja predstečajne nagodbe odluke u prvom dijelu postupka ne donosi tijelo koje se može smatrati nezavisnim i nepristranim u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije i čl. 29. st. 1. Ustava još uvijek nužno ne implicira nesukladnost ovakvog pravnog režima s ustavnim i konvencijskim jamstvima. Ako u prvom stupnju ili stadiju odlučivanja odlučuje tijelo koje nije sud u materijalnom smislu, pravo na sud može se na zadovoljavajući način osigurati u kasnijim stupnjevima ili stadijima. Kao što je Europski sud za ljudska prava naveo u predmetu *Le Compte*, „zahtjevi fleksibilnosti i efikasnosti, koji su u cijelosti sukladni sa zaštitom ljudskih prava, mogu opravdati prethodno odlučivanje [o građanskim pravima ili kaznenoj odgovornosti] od strane upravnih ili profesionalnih tijela te, *a fortiori*, pravosudnih tijela koja ne zadovoljavaju u svakom smislu rečene zahtjeve [prava na nezavisan i nepristran sud]“<sup>17</sup>. Pravo na nezavisan i nepristran sud može se ostvariti na dva načina: „bilo tako da tijelo koje odlučuje samo zadovoljava

<sup>17</sup> *Le Compte, Van Leuven and De Meyer*, 6878/75 i 7238/75, presuda od 23.6.1981., t. 51.

zahtjeve čl. 6. st. 1., ili tako da bude podložno naknadnoj kontroli od strane suda pune jurisdikcije koji zadovoljava zahtjeve čl. 6. st. 1.“.<sup>18</sup>

Zbog toga je potrebno ispitati je li u postupku sklapanja predstečajne nagodbe bila osigurana naknadna kontrola pred nezavisnim i nepristranim sudom u postupku pune jurisdikcije, naime u postupku u kojem se mogu preispitati kako pravna, tako i činjenična utvrđenja relevantna za utvrđenje sadržaja spornih prava.

O eventualnoj naknadnoj kontroli moglo bi se govoriti na dvije razine. Naime, uređenje predstečajnih nagodbi prema ZFPPN predviđalo je razmjerno nestandardan i kompleksan sustav u kojem je sudjelovalo više tijela. Središnje mjesto u tom sustavu zauzimala su nagodbena vijeća koja su postupak provodila u regionalnim centrima Financijske agencije.<sup>19</sup> Nakon što je nagodbeno vijeće provelo postupak, predstečajna se nagodba sklapala pred trgovačkim sudom nadležnim prema sjedištu dužnika. Obje komponente – djelovanje nagodbenog vijeća kao i postupak sklapanja nagodbe pred sudom – načelno bi trebale biti podložne kontroli.

U odnosu na rješenja koja donosi nagodbeno vijeće tijekom prvog stadija predstečajnog postupka postoji pravo na žalbu drugostupanjskom upravnom tijelu (*v. supra*). Kako se sukladno članku 31. ZFPPN u predstečajnom postupku analogijom primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku, trebalo je uzeti (iako se o tome sam ZFPPN izriječno ne izjašnjava) da se protiv konačnih rješenja nagodbenog vijeća može pokrenuti upravni spor, o kojem bi trebali odlučivati upravni sudovi.

S druge strane, i samo sklapanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom može se smatrati svojevrsnom kontrolom rješenja nagodbenog vijeća o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja.

Nije sporno da su i upravni sudovi, kao i trgovački sud, nezavisni i nepristrani sudovi koji zadovoljavaju institucionalna jamstva iz Europske konvencije. No, da bi se odgovorilo na postavljeno pitanje potrebno je utvrditi ne samo načelnu mogućnost obraćanja tim sudovima u kasnijim stadijima postupka, nego i to je li u tim stadijima bila omogućena adekvatna kontrola svih odluka iz

<sup>18</sup> *Albert i Le Compte protiv Belgije*, 7299/75; 7496/76, presuda od 10.2.1983., t. 29.

<sup>19</sup> Čl. 26. ZFPPN.

predstečajnog postupka kojima se odlučivalo o spornim pravima i obvezama stranaka iz tog postupka.

#### 4.2.6. Postoji li mogućnosti sudske kontrole pune jurisdikcije u postupku pred upravnim sudovima?

Što se tiče kontrole u postupku pred upravnim sudovima, potrebno je primijetiti da se taj postupak može provoditi samo u odnosu na zakonitost rješenja kao upravnih akata te da bi stranke u tom postupku trebale biti osobe koje smatraju da su im prava povrijeđena (ovdje: vjerovnici ili predstečajni dužnik) kao tužitelji, te upravno tijelo koje je donijelo pojedinačnu odluku kao tuženik. Domašaj kontrole načelno bi se iscrpljivao u poništavanju ili oglašavanju ništavom rješenja nagodbenog vijeća donesenog u predstečajnom postupku (npr. rješenja o otvaranju predstečajnog postupka, rješenja kojim se utvrđuje prihvatanje plana financijskog restrukturiranja). Iako ne bi trebalo isključiti mogućnost da bi u nekim slučajevima ovakva kontrola mogla dovesti do saniranja posljedica odluke kojom se (indirektno) determinirao sadržaj prava i obveza vjerovnika, u većini slučajeva upravnosudska kontrola nije djelotvoran i učinkovit način da se zajamči zaštita povrijeđenih prava vjerovnika.

Čak i kada bi upravni sudovi postupali iznimno brzo, i koristili sva svoja procesna ovlaštenja, vjerojatnost da bi njihova odluka pravodobno spriječila nepovoljne posljedice po prava vjerovnika iznimno je malena. U sadržajnom smislu, upravni se sudovi, raspravljajući o zakonitosti rješenja donesenih u predstečajnom postupku, koncentriraju na formalnu ispravnost donijetih odluka (postojanje valjanih ovršnih isprava, adekvatno očitovanje volje kod priznanja ili osporavanja), a da pritom ne ulaze u daljnje ispitivanje osnovanosti tražbina koje bi se provodilo kada bi o tome odlučivao sud u parničnom postupku (v. više *infra* u 3.3.5.). Ako nagodbena vijeća nisu mogla provjeravati tražbine koje su utvrđene u planu financijskog restrukturiranja, onda načelno ne bi bilo prilike ni da se u postupku povodom upravne tužbe te tražbine provjeravaju radi utvrđenja eventualne nezakonitosti rješenja o prihvatanju plana financijskog restrukturiranja.

Kada bi u upravnom sporu sud i mogao preispitivati rješenja nagodbenog vijeća o postojanju prijavljenih tražbina (u sklopu kontrole zakonitosti rješenja o utvrđenju tražbina i prihvatanju plana financijskog restrukturiranja), to ne bi imalo neposredan učinak na predstečajnu nagodbu sklopljenu na temelju

rješenja trgovačkog suda. Prema jednom shvaćanju, predstečajna bi nagodba kao nagodba koja je po svojim učincima izjednačena sa sudskom nagodbom (arg. iz čl. 66. i čl. 83. ZFPPN) imala prejudicijelan učinak i vezivala bi upravni sud u pogledu mogućnosti drukčijeg utvrđenja postojanja neke tražbine, jer se „sadržajno učinci glasovanja o planu financijskog restrukturiranja i rješenja koje nagodbeno vijeće donosi u povodu toga glasovanja nadomještavaju učincima sklopljene sudske nagodbe“<sup>20</sup>.

Pod pretpostavkom prihvaćanja suprotnog stajališta (da predstečajna nagodba ne veže upravni sud), bilo bi potrebno da odluka u upravnom sporu postane pravomoćna da bi se u postupku pobijanja predstečajne nagodbe, koja se može pobijati pod istim pretpostavkama kao i sudska nagodba, istaklo da je upravni sud poništio rješenje koje je bilo logička premisa za potvrdu predstečajne nagodbe u postupku kod trgovačkog suda. Iako se ZFPPN u čl. 83. pozivao na „pretpostavke za pobijanje sudske nagodbe“, Zakon o parničnom postupku u tom je smislu vrlo oskudan, tako da je i to područje još uvijek predmet stručnih i akademskih prijevora. Prema stajalištu prevladavajućem u procesnoj doktrini, sudska bi se nagodba trebala pobijati specifičnom procesnom tužbom koja bi po svojim razlozima bila ograničena na pitanja koja se mogu isticati u žalbi protiv presude na temelju priznanja ili presude na temelju odricanja. U slučaju predstečajne nagodbe, upravnosudsko ukidanje rješenja koje je prejudicijelne naravi za sklapanje predstečajne nagodbe ne bi bilo među tim razlozima, jer ga kod sklapanja sudske nagodbe ni nema.<sup>21</sup>

Sveukupno, upravnosudska kontrola u slučaju povrede prava vjerovnika pogrešnim utvrđenjem sadržaja njihovih tražbina nije u ZFPPN uređena na način koji u ovoj specifičnoj situaciji zadovoljava zahtjeve pravne sigurnosti, izvjesnosti i određenosti pravnih normi, a mogućnost da nakon postupka pune jurisdikcije upravnosudska kontrola pruži djelotvornu pravnu zaštitu za povrede prava stranaka iz predstečajnog postupka jest samo teorijska i iluzorna.

Tome valja pridodati i okolnost da bi naknadno stavljanje izvan snage predstečajne nagodbe kao ovršne isprave temeljem koje su u cjelokupnom razdoblju od njenog donošenja do ukidanja (pretpostavljivo: tijekom više godina) deseci

<sup>20</sup> Usp. Dika, *O ustavnosti pravog uređenja predstečajne nagodbe*, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventnog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb, str. 16, str. 7, t. 4.(4) i 4.(5).

<sup>21</sup> V. o „gotovo potpuno onemogućenom“ pobijanju predstečajne nagodbe više u Maganić, A., *Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe*, *Zbornik Pravog fakulteta u Zagrebu*, 65:2015/3-4, str. 409-437.

ili stotine vjerovnika ostvarivali svoje tražbine dovelo do lančane reakcije i uzrokovalo „nezamislive gospodarske posljedice“.<sup>22</sup>

Zbog svih tih razloga, ne može se smatrati da je kroz kontrolu zakonitosti postupanja u upravnom sporu u postupku sklapanja predstečajne nagodbe bila osigurana adekvatna i djelotvorna kontrola, te da je time sanirana povreda ustavnog prava da se o spornim pravima i obvezama presudi pred nezavisnim i nepristranim tijelom u postupku pune jurisdikcije.

#### 4.2.7. Je li bila osigurana sudska kontrola pune jurisdikcije u postupku pred trgovačkim sudom

Ako kontrola u upravnom sporu nije bila djelotvorna, potrebno je ispitati je li djelotvorna bila kontrola u drugom dijelu predstečajnog postupka – u postupku sklapanja predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom.

Uvodno, potrebno je naglasiti da forma u kojoj je osigurana sudska kontrola odlučivanja o građanskim pravima i obvezama nije odlučna te da na načelnoj razini ništa ne priječi da se ona omogući i tako da se, umjesto postupka povodom pravnih lijekova, odluke iz prvog stadija predstečajnog postupka u drugom stadiju podnose na potvrdu tijelu koje zadovoljava supstancijalne uvjete nezavisnog i nepristranog suda (što se za trgovačke sudove po definiciji može kazati). Na vrlo površnoj razini, moglo bi se činiti da je to i slučaj kod ZFPPN, jer se sadržajno najvažnije rješenje nagodbenog vijeća – ono kojim se utvrđuje da su postignute odgovarajuće većine u glasovanju o usvajanju plana financijskog restrukturiranja – treba u kratkom roku podnijeti uz prijedlog predstečajne nagodbe nadležnom trgovačkom sudu pred kojim se predstečajna nagodba konačno sklapa.

Sporno je, međutim, upravo to je li trgovački sud prema ZFPPN-u imao ovlasti da na adekvatan način i u dostatnom obimu kontrolira rješenje i prijedlog predstečajnih nagodbi koje su mu bile podnošene radi odobrenja sklapanja predstečajne nagodbe.

Prema navodima iz zahtjeva za ocjenu ustavnosti koji je podnio sudac nadležnog trgovačkog suda, postupak sklapanja predstečajne nagodbe u drugom je stadiju postupka bio samo „puka formalnost“. Uloga trgovačkog suda u tom se stadiju svodila na potvrdu ispunjenja formalnih pretpostavaka, a u meri-

---

<sup>22</sup> Dika, op. cit. t. 4(9).

tumu sud se mogao jedino očitovati o tome je li sadržaj nagodbe istovjetan rezultatu glasovanja utvrđenom u rješenju nagodbenog vijeća te o tome poklapa li se prijedlog predstečajne nagodbe s prihvaćenim planom financijskog restrukturiranja.

I u znanstveno-stručnim raspravama o novom uređenju stečajnog i predstečajnog postupka upozoreno je na mogućnost da se odredbe ZFPPN tumače u smislu da je „trgovački sud vezan rezultatima prethodnog postupka pred vijećem predstečajne nagodbe i da je samo dužan provjeriti rezultate glasovanja o predstečajnoj nagodbi u kome sudjeluju vjerovnici čije su tražbine utvrđene u rješenju o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja“.<sup>23</sup>

Cjelokupan drugi dio ovakvog „hibridnog“, upravno-sudskog postupka (stadij koji se provodi pred trgovačkim sudom) bio je reguliran u samo jednom članku ZFPPN.<sup>24</sup> Iz njega se daje zaključiti da je postupak odobravanja predstečajne nagodbe u određenoj mjeri bio analogan postupku zaključenja sudske nagodbe, a u određenoj je mjeri izlazio iz tog okvira te se približavao procesu adjudikacije kao odlučivanja o spornim pitanjima koje svojom obvezatnošću veže, i bez obzira na njihovu volju, sudionike pravnih odnosa na čija se prava i obveze odluka odnosi.

Odnos između sudske nagodbe i predstečajne nagodbe potrebno je posebno razmotriti radi ispitivanja je li trgovački sud bio ovlašten kontrolirati je li predstečajna nagodba u skladu s prisilnim propisima i pravilima javnog morala (čl. 3. st. 3. ZPP).

#### 4.2.8. Je li trgovački sud bio ovlašten kontrolirati suglasnost predstečajne nagodbe s prisilnim propisima i pravilima javnog morala?

Sličnosti i analogije s postupkom zaključenja sudske nagodbe proizlaze već iz kvalifikacije akta kao „nagodbe“ koja se zaključuje pred sudom, kao i iz par referencija kojima se u ZFPPN u kontekstu predstečajne nagodbe upućivalo na sudsku nagodbu (čl. 66. st. 9.; čl. 83.). Forma zaključenja nagodbe također je dijelom slična: i predstečajna nagodba i sudska nagodba sklopljene su kad stranke potpišu odgovarajući akt (čl. 322. st. 2. ZPP; čl. 66. st. 11. ZFPPN).

<sup>23</sup> Ibid., t. 4(7). Jednako i Marković, *Ovlaštenje suda u okviru instituta predstečajne nagodbe*, u: Barbić, Jakša (ur.), *Hrvatsko insolventno pravo, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014.*, str. 70.

<sup>24</sup> Izraz „hibridni postupak“ korišten je i u obrazloženju ZID ZFPPN iz listopada 2013., str. 5.



S druge strane, pojedini su elementi predstečajne nagodbe bitno različiti od sudske nagodbe. U supstancijalnom smislu, sudska je nagodba u cijelosti izraz autonomije volje stranaka, a svojim djelovanjem djeluje *inter partes*. Predstečajna nagodba, pak, obvezuje i one vjerovnike koji se sa njenim sadržajem ne slažu – ona „ima snagu ovršne isprave za sve vjerovnike čije su tražbine utvrđene“ (čl. 66. st. 13. ZFPPN).

Sudsku nagodbu trebaju potpisati sve stranke koje će njome biti obvezane, dok predstečajnu nagodbu trebaju potpisati samo vjerovnici čije tražbine čine potrebnu većinu (dakle ne i oni vjerovnici koji su ostali u manjini).

Sudska nagodba sklapa se pred sudom uz afirmaciju načela dispozitivnosti: stranka ili stranke koje žele sklopiti nagodbu daju inicijativu za njeno sklapanje tako da se, svojom slobodnom voljom, pojedinačno ili skupno obraćaju sudu koji će zakazati ročište radi pokušaja njenog zaključenja (arg. iz čl. 324. ZPP). S druge strane, ročište radi sklapanja predstečajne nagodbe dužan je sazvati trgovački sud – ono se dakle zakazuje po službenoj dužnosti, a ne na inicijativu stranaka.

Kod predstečajne nagodbe, za razliku od sudske nagodbe, obvezatnost postoji i u odnosu na vjerovnike koji su se izjasnili u prilog plana restrukturiranja te bi, sukladno tome, vjerojatno bili među vjerovnicima koji žele sklopiti i potpisati predstečajnu nagodbu. Naime, za razliku od vjerovnika koji su odbili plan restrukturiranja, vjerovnici koji su ga prihvatili dužni su, pod prijetnjom visokih novčanih kazni, pristupiti na ročište.<sup>25</sup>

Posebne razlike, relevantne za analizu ovlasti trgovačkog suda o kojoj ovisi procjena je li riječ o postupku kontrole pune jurisdikcije, postoje u pogledu načina i presumiranog sadržaja sudskog ispitivanja predložene nagodbe. U postupku sklapanja sudske nagodbe, sud je ovlašten aktivno sudjelovati u postizanju sporazuma. On će pomoći strankama da nagodbu zaključe (čl. 321. st. 3.); kada stranke postignu nagodbu, on je ovlašten ispitati jesu li stranke zaključile nagodbu o pravima kojima ne mogu raspolagati, te posebnim rješenjem kojim se ne dopušta zaključenje nagodbe koja bi bila protivna prisilnim propisima ili pravilima javnog morala uskratiti pravo da se nagodba oblikuje kao sudska nagodba (čl. 321. st. 4. i 5. u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP). Ako dopusti sklapanje sudske nagodbe, o tome sud neće donositi nikakvo rješenje,

<sup>25</sup> Obvezatnost pristupa ročištu nije propisana u normama koje reguliraju sklapanje predstečajne nagodbe, nego proizlazi iz prekršajnih odredbi (čl. 88. st. 1. t. 6.).

već će „prešutno deklarirati njenu dopuštenost“ omogućujući da se nagodba unese u sudski zapisnik, čime se daje *nihil obstat* – „dopuštanje, a ne potvrđivanje ili odobravanje, zaključenog ugovora“<sup>26</sup>.

S druge strane, u postupku zaključenja predstečajne nagodbe, trgovački sud „odobrava“ sklapanje predstečajne nagodbe posebnim rješenjem, za što su bile propisane i posebne pretpostavke.<sup>27</sup> Iako to izričito nije bilo navedeno u zakonu, prethodno odobrenje suda trebalo bi se smatrati pretpostavkom valjanosti predstečajne nagodbe koju sklope dužnik i vjerovnici čije tražbine čine potrebnu većinu (*arg. iz čl. 66. st. 9., 11. i 12.*). Bez odobrenja trgovačkog suda, nagodba koju bi oni potpisali ne bi smjela proizvoditi pravne učinke.

Mnogo je bitnije od forme odlučivanja bilo to što je ZFPPN ostavio otvorenim pitanje može li trgovački sud uskratiti odobrenje za sklapanje predložene predstečajne nagodbe i zbog drugih razloga od onih sadržanih u st. 9. članka 66. – poglavito zbog sumnje u zlouporabu prava ili oštećenje vjerovnika, odnosno zbog toga što bi iz drugih razloga smatrao da je prijedlog nagodbe protivan prisilnim propisima i pravilima javnog morala.

Jedan od autora inicijative za ispitivanje ustavnosti ZFPPN, sudac M. Kolakušić, smatrao je da su promjenama ZFPPN iz 2013. kojima je za sudski stadij postupka sklapanja predstečajne nagodbe propisana odgovarajuća primjena pravila izvanparničnog postupka trgovačkom sudu oduzete njegove rezidualne ovlasti da ne dopusti sklapanje predstečajne nagodbe zbog toga što smatra da je ista protivna čl. 3. st. 3. ZPP-a. Takvo je stajalište pogrešno. Naime, primjena pravila izvanparničnog postupka ne ograničava pravo suda da propituje je li predložena nagodba zaključena o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati. Nesporno je da se u pitanjima koja nisu drugačije uređena, i u izvanparničnom postupku shodno primjenjuju pravila parničnog postupka. Čak i mimo ovog procesnog pravila, mogućnost da se izvan i prije parnice (a prema doktrini i nakon parnice te neovisno o njoj)<sup>28</sup> pred sudom zaključi nagodba sadržana je izravno u odredbama zakona koji regulira parnični postupak (v. čl. 324. ZPP). Vodeći komentarski priručnici taj tip sudske nagodbe upravo i nazivaju „izvanparničnom sudskom nagodbom“<sup>29</sup>, a na njeno se sklapanje i ulogu suda pri njemu primjenjuju ista pravila kao i

<sup>26</sup> Triva/Dika, Građansko parnično procesno pravo, str. 574.

<sup>27</sup> Čl. 66. st. 9. ZFPPN.

<sup>28</sup> V. Triva/Dika, Građansko parnično procesno pravo, str. 571.

<sup>29</sup> Triva/Dika, Zakon o parničnom postupku i Zakon o arbitraži, XXIII. izdanje, str. 285.

na nagodbu zaključenu u okviru parnice. Da i to nije slučaj, prema našem mišljenju bilo bi protuzakonito i neustavno odricati sudu kao tijelu državne sudbene vlasti koje sudi na temelju Ustava, zakona i drugih mjerodavnih izvora prava pravo da, bez obzira na narav procesnih propisa po kojima odlučuje, uzme u obzir očigledne nezakonitosti i zanemari svoju sumnju u to da stranke u postupku idu za tim da raspoložu pravima kojima ne mogu raspolagati.<sup>30</sup>

Iz navedenih razloga smatramo da je trgovački sud, bez obzira na vrstu postupka po kojem odlučuje te bez obzira na to što takva ovlast nije bila izrijekom sadržana u ZFPPN, imao pravo da, uz poziv na protivnost prisilnim propisima ili javnom moralu, odbije prijedlog za zaključenje predstečajne nagodbe. Naravno, naličje je njegove ovlasti i obveza da na odgovarajući način obrazloži svoju odluku, upućujući na činjenice koje ga navode na zaključak o postojanju nezakonitosti ili nemoralnosti.

#### 4.2.9. Je li trgovački sud imao dostatne kontrolne ovlasti da bi se postupak sklapanja nagodbe mogao smatrati postupkom pune jurisdikcije?

Utvrđujući da je trgovački sud bio ovlašten kontrolirati predstečajnu nagodbu te je odbiti (i) zbog toga što bi bila protivna prisilnim propisima i pravilima javnog morala, još uvijek nije riješeno pitanje je li postupak pred trgovačkim sudom omogućavao dostatnu intervenciju nezavisnog i nepristranog tijela u postupku pune jurisdikcije koja bi mogla sanirati eventualna pogrešna utvrđenja građanskih prava i obveza iz ranijeg postupka pred Financijskom agencijom.

Prema mišljenju autora ovog teksta, iz cjeline pravnog uređenja sklapanja predstečajne nagodbe, kako u upravnom tako i u sudbenom stadiju postupanja, ipak proizlazi da, i usprkos rezidualnim ovlastima da u slučaju sumnje odbije predstečajnu nagodbu, i dalje nije bilo moguće kazati da je trgovački sud raspolagao dovoljnim stvarnim sredstvima i mogućnostima da reagira i u postupku pune jurisdikcije sanira propuste iz postupka koji nije udovoljavao jamstvima iz čl. 29. st. 1. Ustava i čl. 6. Europske konvencije.

Naime, da bi mogao na adekvatan način prosuditi o objektivnoj utemeljenosti utvrđenja i osporavanja tražbina vjerovnika, sud bi trebao imati pravo i stvar-

<sup>30</sup> Slično i Maganić, op. cit. (bilj. 21), str. 423-424. Suprotan stav izražen je, međutim, u jednoj neobjavljenoj odluci Visokog trgovačkog suda RH citiranoj u: *ibid.*, str. 323, bilj. 41 (odluka Pž-1872/14-3 od 19.5.2014).

ne mogućnosti da, barem na razini *prima facie* dokaza, utvrdi jesu li tražbine koje je dužnik u upravnom stadiju postupka priznao postojeće i realno iskazane, a također i pravo da uvaži ili ne uvaži dužnikovo osporavanje tražbina koje ne proizlaze iz ovršnih isprava ako smatra da je osporavanje poduzeto samo sa svrhom da se pojedini vjerovnik isključi iz glasovanja o usvajanju plana restrukturiranja. Umjesto toga, zakon je načelno prisiljavao suca da prihvati presumpcije o utvrđivanju tražbina iz čl. 60. st. 2. do 4., a k tome nije dopuštao da sudac reagira na eventualne uočene nezakonitosti na bilo koji drugi način osim uskratim odobrenja sklapanja predstečajne nagodbe.

Iz fragmentarnog i nedorečenog uređenja sudskog sklapanja predstečajne nagodbe mogao se izvući zaključak da je jedini razlog da se nagodba formalno zaključivala pred sudom bio u želji da joj se tako priskrbi učinak konačnosti i ovršnosti kakav se inače pridaje sudskim nagodbama. Pri tome se zaboravljalo da predstečajna nagodba nije samo građanskopravni ugovor koji autonomno uređuje sporna prava i obveze, već da redovito utječe na prava i obveze onih vjerovnika koji je nisu prihvatili, a potencijalno i na širi krug osoba koje uopće nisu sudjelovale u postupku. Zato je odredbama o predstečajnoj nagodbi bio postavljen okvir neadekvatan za bilo kakvu objektivnu i primjerenu sudsku kontrolu utvrđenja tražbina iz predstečajne nagodbe te drugih pitanja relevantnih za utvrđenje prava i obveza iz prijedloga predstečajne nagodbe kao i njihovih eventualnih implikacija za prava i obveze drugih osoba. Polazeći od prava suda da posumnja u dopuštenost raspolaganja, dolazimo do zaključka da su odredbe ZFPPN otvarale iznimno malen prostor da se to pravo smisljeno koristi.

Za restrukturiranje gospodarskih subjekata i sam je predlagač ZFPPN smatrao da je riječ o „iznimno kompleksnom ekonomsko-pravnom procesu“, a planovi financijskog i operativnog restrukturiranja kod iole većih gospodarskih subjekata voluminozni su i zahtjevni dokumenti. Od nadležnog trgovačkog suda se međutim očekivalo da zakaže ročište za sklapanje predstečajne nagodbe u roku od 15 dana od dana podnošenja prijedloga, a da u međuvremenu propita na temelju dostavljenih isprava (kojih je moglo biti i više stotina stranica) jesu li ispunjene formalne pretpostavke za sklapanje nagodbe, te da sazove i oglasi održavanje ročišta na kojem bi se trebali okupiti svi vjerovnici koji su prihvatili plan restrukturiranja, a koji bi uz dužnika trebali potpisati predloženi tekst nagodbe. Kod većih gospodarskih predmeta, uz kratke rokove ide i povećana odgovornost i visoka očekivanja svih involviranih stra-

naka, pa i šire društvene zajednice. U tim je uvjetima iluzorno očekivati da će sud u propisanim rokovima i na temelju svojih tek impliciranih ovlasti biti u stanju provesti primjereno propitivanje svih relevantnih okolnosti. U bitnome, čini se da je opravdan osnovni prigovor koji kao podnositelj ističe sudac trgovačkog suda iz vlastitog sudačkog iskustva, naime da je sudu na ovaj način uskraćena njegova osnovna funkcija – pravo da u postupku *pre-sudi*. Iz cjelokupnog uređenja predstečajne nagodbe ne može se zaključiti da bi sud bio u stanju provesti u 15 dana postupak pune jurisdikcije u kojem bi mogao adekvatno provjeriti rezultate aktivnosti mnogobrojnih sudionika do kojih se došlo u 120 dana postupka pred Financijskom agencijom, pa i ranije, prije otvaranja postupka predstečajne nagodbe. Djelatnost suda u ovim se uvjetima pretvara u puko administriranje bez mogućnosti da se na adekvatan način pruži zaštita eventualno povrijeđenim ili ugroženim pravima sudionika pravnih odnosa. Stoga nije moguće kazati ni da je trgovački sud u postupku sklapanja predstečajne nagodbe u stvarnoj i djelotvornoj prilici da kao tijelo pune jurisdikcije odredi sadržaj odluke o spornim pravima i obvezama involviranih osoba.

Iz navedenih razloga, smatramo da uređenje predstečajne nagodbe sadržano u ZFPPN nije sukladno jamstvu prava na nezavisan i nepristran sud iz čl. 29. Ustava i čl. 6. Europske konvencije.

#### **4.3. Ustavnost odredbi o dostavi u postupku predstečajne nagodbe (diskriminacija/uskrata prava na žalbu zbog internetske objave odluka)**

U postupku pred Ustavnim sudom osporene su i odredbe ZFPPN-a o dostavi, tj. odredba čl. 28. prema kojem se pismena u postupku predstečajne nagodbe objavljuju na internetskim stranicama Financijske agencije te odredba čl. 30. prema kojima se rok za podnošenje žalbe računa od dana takve objave. Podnositeljica inicijative za ispitivanje ustavnosti je smatrala da nije realno očekivati da se baš svi predlagatelji u postupcima predstečajne nagodbe služe internetom te ističe da pojedinim osobama i u pojedinim krajevima dostup internetu nije ni moguć. Također ističe da je osobama koje iz bilo kojih razloga nisu u mogućnosti služiti se internetom opisani način dostave faktički oduzeo pravo na žalbu te smatra da su osobe koje iz imovinskih ili obrazovnih razloga nisu u stanju služiti se internetom po tim osnovama diskriminirane.

Stav o tome da dostava modernim komunikacijskim sredstvima *ipso iure* vrijedi ustavna prava već *prima facie* nije utemeljen. Što se tiče navoda o tome da Internet nije dostupan u pojedinim krajevima Hrvatske, ta je tvrdnja teško prihvatljiva. Osim mogućnosti pristupa internetu kroz fiksnu mrežu na neki od raznih načina (ADSL veza, kabelski pristup internetu, modemska veza i sl.), a koji se danas poklapa s proširenošću fiksne telefonije, građanima su pristupačne i usluge pristupa mobilnom internetu, pa tako većina operatera telekomunikacijskih usluga svojim mobilnim internetom pokriva cjelokupno područje Republike Hrvatske, uključujući i morski pojas te najudaljenije otoke. Zato, i bez obzira na zanimanje (ribar, frizer), svaki pravni subjekt u RH ima načelnu mogućnost da na gotovo bilo kojem mjestu ostvari uvid u javno objavljeni sadržaj na internetu. Pristup internetu moguć je ne samo preko računala, nego i preko drugih uređaja (netbook, tablet), te uz korištenje mobilnih telefona, čijih korisnika u Hrvatskoj ima znatno više negoli stanovnika (prema podacima HAKOM-a, u 2010. godini bilo je u Hrvatskoj 6,3 milijuna korisnika mobilnih telefona). Već pred više godina prevladane su tehnološke prepreke zbog kojih bi se objava putem web-stranica mogla smatrati neprikladnom ili načelno diskriminatornom.

Usporedbe radi, potrebno je istaknuti da se i po dosadašnjim odredbama Stečajnog zakona u insolventijskom postupku objava nekih odluka, npr. oglasa o otvaranju stečajnog postupka, obavlja oglasom, i to isticanjem na oglasnoj ploči suda i objavom u „Narodnim novinama“ (čl. 64. st. 2. SZ). Takva objava smatra se dostatnom u odnosu na notifikaciju određenog kruga osoba (npr. u odnosu na vjerovnike), premda je u stečajnom postupku propisana i opcionalna mogućnost da stečajni sudac naloži stečajnom upravitelju da rješenje o otvaranju stečajnoga postupka dostavi vjerovnicima i dužnicima stečajnog dužnika čija je adresa poznata (čl. 65. st. 6. SZ). U odnosu na objavu oglašavanjem na oglasnoj ploči suda, koja je u pravilu fizički teško dostupna građanima, osobito onima koji se nalaze na udaljenijim lokacijama, objava na internetskim stranicama Financijske agencije je neusporedivo dostupnija znatno širem krugu građana, redovito čak i onima koji se nalaze u istom mjestu kao i sud.

Dostava objavljivanjem na internetu nije neuobičajeni način objavljivanja ni komparativno. U Saveznoj Republici Njemačkoj se npr. sve objave predviđene stečajnim zakonom (*Insolvenzordnung*) od rujna 2003. godine obavljaju na internetskim stranicama (v. <http://www.insolvenzbekanntmachungen.de>).

Stoga se može uzeti da načelno nije protivno Ustavu uređenje prema kojem se objava postupovnih obavijesti, uključujući i dostavu rješenja i drugih akata protiv kojih je dopuštena žalba, obavlja na internetu.

Međutim, premda je dostava uz korištenje interneta i drugih elektroničkih medija načelno prihvatljiva i čak preporučena radi ostvarenja procesne ekonomije i djelotvornosti postupaka, valja upozoriti da režim sadržan u ZFPPN ipak nosi sa sobom određene rizike u kontekstu ostvarenja prava na pravnu zaštitu i pravično suđenje. Naime, prema čl. 28. ZFPPN objava na internetskim stranicama zamjenjuje **sve** oblike dostavljanja u postupku sklapanja predstečajne nagodbe te dokida svaku obvezu obavljanja dostave na pojedinačnu adresu – fizičku ili elektroničku – bez obzira je li poznata dužniku i tijelima predstečajnog postupka. Time se u visokoj mjeri smanjuje vjerojatnost da će adresati biti upoznati sa sadržajem pismena koja im se upućuju, odnosno da će pravodobno uočiti da je objavljeno određeno rješenje od čije se objave na internetu računaju rokovi za žalbu.

Takvo je uređenje potrebno ispitati te ga podvrgnuti testu razmjernosti, radi ocjene je li u kontekstu gospodarske i ekonomske krize i zahtjeva hitnosti postupka ono opravdano, ili pretjerano i nepotrebno ugrožava mogućnost ostvarenja ustavnog prava na obranu i jednakost procesnih sredstava te bi li se jednak učinak mogao postići i blažim sredstvima (npr. obvezom da se neke odluke i rješenja dostavljaju osobno, ili barem da predstečajni dužnik ili tijela predstečajnog postupka uz objavu na internetskim stranicama vjerovnicima čija im je adresa poznata upute običan dopis klasičnom ili elektroničkom poštom).

U svakom slučaju, ako se i ne bude našlo da je uređenje sadržano u čl. 28. i 30. ZFPPN u načelu samo po sebi protivno Ustavu, smatramo da to ne bi isključilo mogućnost da ono proizvodi protuustavne učinke u odnosu na nerazmjerne zahtjeve koje za neke od postupovnih koraka nameće vjerovnicima, na kojima je u cijelosti teret konstantnog propitivanja je li u odnosu na nekog od njihovog dužnika otvoren predstečajni postupak, i to uz prijetnju prekluzije u slučaju propuštanja da se objava na internetskim stranicama FINE uoči.

Stoga, načelan stav o ustavnosti internetskog objavljivanja prema našem mišljenju ne priječi da se iz ustavne perspektive preispita razmjernost i prikladnost uređenja u kojem internetska objava u cijelosti zamjenjuje dostavu (uključujući i elektroničku), a ni to da se u konkretnim slučajevima usvoje

ustavne tužbe radi povrede ustavnog prava na obranu, pristup sudu i pravično suđenje, ako bude dokazano da se od konkretnih stranaka, s obzirom na konkretne okolnosti i u svjetlu do tada poduzetih aktivnosti radi upoznavanja javnosti s režimom dostave prema ZFPPN-u, nije moglo razborito očekivati da će na vrijeme uočiti objave na web-stranicama Financijske agencije, zbog čega su po njih nastupile štetne posljedice tj. nastupio gubitak prava na pravnu zaštitu. Ovdje osobito upućujemo na to da prema ZFPPN pravodobno propuštanje prijave tražbine onemogućuje vjerovnika da tražbinu o kojoj je riječ ostvari te da je efektivno izjednačeno s odricanjem od sudske zaštite prava – usp. *infra* pod 4.5.

I u praksi Europskog suda za ljudska prava zabilježeni su slučajevi u kojima je notifikacija odluke koja je utjecala na prava i obveze stranaka samo javnim oglašavanjem, bez pokušaja osobne dostava, uzrokovala povrede prava na pravično suđenje. Npr. u predmetu *Geouffre de la Pradelle*<sup>31</sup>, odluka o proglašenju građevinskog zemljišta zaštićenom zonom bila je, usprkos legitimnim očekivanjima vlasnika zemljišta, bez pokušaja dostave adresatima samo objavljena u službenom listu, zbog čega su vlasnici propustili rok za priziv Državnom savjetu (*Conseil d'État*). U navedenom predmetu, Europski je sud utvrdio da je nedostatak pokušaja osobnog obavještanja adresata u konkretnom slučaju uskratio podnositelju zahtjeva njegovo pravo na pristup Državnom savjetu kao nezavisnom i nepristranom tijelu koje o predmetu odlučuje.<sup>32</sup>

#### **4.4. Ustavnost odredbi o utvrđivanju prava vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe (pravo na jednakost i jednak pravni položaj na tržištu, pravo na vlasništvo, pravo na sud)**

Više inicijativa pobijalo je ustavnost zakonskih rješenja kojima se u predstečajnom postupku uređivao položaj vjerovnika. Ako sažmemo na bitne odrednice navode iz inicijativa, uzimajući u obzir i neke navode iz stručnih rasprava o pravnom uređenju predstečajnog postupka, pitanja koja se postavljaju jesu:

- Je li u skladu s Ustavom uređenje prema kojem se, bez mogućnosti utvrđivanja i provjere u predstečajnom postupku, smatraju utvrđenima tražbine vjerovnika koje u predstečajnom postupku dužnik prizna? Je li u skladu s Ustavom uređenje prema kojem dužnikovo osporavanje vjerovnikovih traž-

<sup>31</sup> *Geouffre de la Pradelle protiv Francuske*, 12964/87, presuda od 16.12.1992.

<sup>32</sup> *Ibid.*, t. 35.



- bina dovodi do nemogućnosti sudjelovanja vjerovnika u glasovanju te ih onemogućuje u tome da budu dio predstečajne nagodbe? Jesu li time narušena prava vjerovnika na pravnu zaštitu (pravo na pristup pravosuđu odnosno „pravo na sud“), te time dovedeno u pitanje i njihovo pravo vlasništva?
- Jesu li u predstečajnom postupku određeni (u pravilu „mali“) vjerovnici stavljeni u nejednak položaj u odnosu na „velike“ (u prvom redu banke i financijske institucije) i na Republiku Hrvatsku kao vjerovnika poreznog duga? Postoji li pravična ravnoteža između svih kategorija vjerovnika, odnosno jesu li neki od njih (solidarni dužnici, jamci i povezane osobe; osobe protiv kojih je pokrenut postupak radi utvrđivanja zlouporabe prava) stavljeni u neravnopravan položaj u odnosu na druge? Narušava li se time pravo na jednakost, jednak pravni položaj poduzetnika na tržištu i/ili pravo na vlasništvo?

Navedena pitanja traže kompleksnu pravnu, ekonomsku i socijalnu analizu. U podlozi svih tih pitanja je pitanje je li pravnim uređenjem predstečajne nagodbe uspostavljena pravična ravnoteža između interesa dužnika i interesa vjerovnika te je li takav način reakcije na gospodarsku krizu u općem interesu, a, ako i jest, narušava li nerazmjerno i/ili diskriminatorno prava i pravno zaštićene interese pojedinih subjekata na koje se odnose pravni učinci predstečajne nagodbe. Oko odgovora na ova pitanja ne postoji konsenzus.

S jedne strane, pobornici aktualnog uređenja predstečajnih nagodbi ističu da se kroz postupak uređen ZFPPN-om postižu pozitivni učinci na općem planu – smanjenje insolventnosti, očuvanje radnih mjesta te gospodarski razvitak. Tvrdе da je aktualno uređenje predstečajnog postupka učinkovitije i djelotvornije negoli li prethodno, koje je sadržavalo kruta i neživotna pravila zbog kojih poduzetnicima u poslovnim poteškoćama nije preostajala druga opcija osim stečaja. Na razini ciljeva koji su prilikom reforme stečajnog prava i uvođenja predstečajnog postupka postavljeni nalaze se i ciljevi koji se odnose na poboljšanje položaja dužnika (omogućavanje restrukturiranja, povećanje vrijednosti njihove imovine), i ciljevi koji se odnose na poboljšanje položaja vjerovnika (osiguranje njihovih prava, jednakog položaja u postupku te omogućavanja povoljnijeg namirenja u usporedbi s uvjetima koje bi ostvario da je bio pokrenut stečajni postupak protiv dužnika)<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Usp. određenje svrhe predstečajnog postupka u čl. 20. ZFPPN, koji najjasnije ocrtava intenciju da se ostvare ciljevi koji idu i u prilog dužnika, i u prilog vjerovnika.

S druge strane, protivnici aktualnog uređenja predstečajnih nagodbi navode da je, kako u zakonskim odredbama, tako i u njihovoj praktičnoj provedbi, ravnoteža između interesa dužnika i interesa vjerovnika fundamentalno poremećena. Tvrde da su u prvom planu interesi da se na kratkoročnom planu očuva socijalni mir i zadrže radna mjesta te da se, u tom smislu, interesi dužnika preferiraju pred interesima vjerovnika, koje se tjera da vlastitim sredstvima, odricanjem od svojih zakonskih i legitimnih tražbina, saniraju insolventnog poslovnog partnera. Time se restrukturiranje jednog dijela gospodarskih subjekata, onih koji zbog lošeg poslovanja nisu mogli zadržati svoju likvidnosti i solventnost, provodi na teret drugog dijela gospodarskih subjekata, koji su do uvođenja predstečajnih nagodbi dobro poslovali, a koje se upravo kroz predstečajne nagodbe uvodi u poslovne poteškoće. U krajnjem slučaju, privremeni oporavak pojedinih dužnika plaćen je *de facto* eksproprijacijom jednog dijela njihovih vjerovnika (npr. malih dobavljača). Oспорava se i jednakost položaja pojedinih vjerovnika u postupku te se tvrdi da su pojedine njihove skupine neopravdano stavljene u bolji položaj, a među njima u prvom redu banke i financijske institucije te sama država, koja je redovito jedan od najvećih vjerovnika.

Iz ustavnopravne perspektive tek je posredno relevantno je li prihvaćeni model predstečajnih nagodbi uspješan ili ne. Država ima obvezu poduzimati korake radi izlaska iz gospodarske krize i osiguranja gospodarskog razvitka, a mora uživati i slobodu procjene o tome kojim će mjerama te ciljeve pokušati postići, pa makar i po cijenu pogrešnog odabira. Pri tome je međutim dužna poštivati ustavna prava pravnih subjekata na koje djeluju njene mjere. Ograničenja ustavnih sloboda i prava dopuštena su samo u mjeri u kojoj to Ustav dopušta.

Na planu gospodarskih prava i sloboda, pravo vlasništva i poduzetničke slobode zauzimaju središnji položaj. Ona se mogu ograničiti ili oduzeti samo iznimno, u pravilu uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. Ustava). Poduzetnici koji djeluju na hrvatskom tržištu moraju biti u jednakom položaju (čl. 49. st. 2. Ustava). I u kontekstu insolventijskih postupaka potrebno je osigurati poštivanje tih ustavnih prava. Istina, kada se pojedina trgovačka društva i drugi poduzetnici suoče s ekonomskim i financijskim poteškoćama, kategorije kao što su nepovredivost prava vlasništva i tržišna vrijednost do određene se mjere relativiziraju. Kada dužnici postanu insolventni i prezaduženi, izvjesno je da njihovi vjerovnici neće moći u cijelosti ostvariti svoje tražbine u punom iznosu, a često ih neće moći ostvariti uopće – njihova će imovinska prava i

interesi biti nepovratno izgubljeni. S druge strane, cijena gospodarskog neuspjeha za dužnika je također velika: on u kontekstu stečaja u pravilu prestaje postojati, a čak i kada to nije slučaj, njegova se vlasnička struktura mijenja.

Relativizacija prava vlasništva (koje ni inače nije apsolutno) u kontekstu insolventijskih postupaka ipak ne može biti potpuna. Postupak, promatran kao cjelina, treba na adekvatan i razmjeran način umanjivati imovinska prava sudionika u postupku. U temeljna načela stečajnog prava i postupka ubraja se i načelo razmjernog namirenja, modificirano načelom prioriteta za pojedine kategorije vjerovnika i tražbina koje zbog posebnih razloga imaju prednost. Uređenje insolventijskog postupka u kojem bi se arbitrarno umanjivalo, ograničavalo ili oduzimalo prava pojedinim vjerovnicima, u kojem bi se arbitrarno preferirali interesi vjerovnika pojedinih kategorija, ili u kojem bi bila fundamentalno poremećena ravnoteža i nerazmjerno ograničena imovinska prava i interesi vjerovnika u korist interesa dužnika (ili obratno), moglo bi se smatrati ustavnopravno neprihvatljivim i protivnim ustavnim pravima na vlasništvo i jednak tržišni položaj poduzetnika. Od ovih premisa krenut ćemo u analizi gore postavljenih pitanja o ustavnosti rješenja ZFPPN.

U postupku predstečajne nagodbe status vjerovnika, pravo glasa i utvrđenje tražbina vjerovnika u bitnome su ovisile isključivo o tome je li u ispitnom postupku dužnik priznao ili osporio tražbinu (arg. iz čl. 60. st. 2. i 3. i čl. 62. st. 4. ZFPPN). Mimo izjave volje dužnika, koja može biti ili suglasna (priznanje navoda određenog vjerovnika), ili jednostrana (navođenje u izvješću o financijskom stanju i poslovanju), svaka rasprava o postojanju ili nepostojanju tražbine svodila se samo na pitanje postoje li ovršne isprave kojima bi se dokazalo da tražbina postoji ili ne postoji. Ako takve ovršne isprave nema, vjerovnik neće moći sudjelovati u odlučivanju o sadržaju predstečajne nagodbe, iako će ona posredno utjecati i na njegove tražbine i mogućnost njihovog namirenja. Kako se slikovito izrazio jedan od komentatora, vjerovnici koji nemaju ovršne isprave za svoje tražbine „prepušteni su na milost i nemilost dužnika koji suvereno odlučuje o tome hoće li takve tražbine priznati ili osporiti, o čemu će ovisiti njihovo pravo glasa i time mogućnost da utječu na sadržaj prihvaćene nagodbe“.<sup>34</sup> S druge strane, ako vjerovnik posjeduje ovršnu ispravu, njegova će se tražbina smatrati utvrđenom, osim ako dužnik ne raspolaže javnom ili javno ovjerenom ispravom kojom dokazuje da je tražbina prestala (čl. 60. st. 2. ZFPPN).

<sup>34</sup> Dika, op. cit., 6.3.

Problem do kojeg je najprije dolazilo u stadiju postupka u kojem se utvrđuju tražbine vjerovnika (prvo ročište ispitnog postupka pred Financijskom agencijom), a koji se potom prenosio i u kasnije stadije postupka, bio je trojak:

- vjerovnici bez ovršnih isprava ne mogu u ispitnom postupku dovoditi u pitanje osporavanje njihove tražbine od strane dužnika;
- dužnici koji ne posjeduju javne ili javno ovjerovljene isprave ne mogu u ispitnom postupku dovoditi u pitanje postojanje tražbina vjerovnika za čije tražbine postoji ovršna isprava;
- drugi vjerovnici ne mogu dovoditi u pitanje utvrđenje (tj. priznanje) tražbina u odnosu na ostale vjerovnike u predstečajnom postupku, premda te tražbine posredno utječu i na njihovo pravo glasa, na to hoće li predstečajna nagodba biti prihvaćena ili ne, te na uvjete namirenja koje ona bude sadržavala.

Pojedini autori tvrde da je tim kategorijama osoba uopće bila uskraćena mogućnost da sudjeluju u postupcima u kojima će se odlučivati o njihovim tražbinama, čime bi im bilo uskraćeno pravo na pravnu zaštitu odnosno mogućnost da u sudskom postupku dokazuju postojanje svojih tražbina.<sup>35</sup>

I u nekima od analiziranih zahtjeva i prijedloga upućuje se na inherentnu mogućnost zlouporaba sadržanih u ovakvom režimu. Tako sudac Kolakušić upozorava da je dužnik priznanjem nepostojećih tražbina, npr. priznajući fiktivne tražbine povezanih društava, mogao u potpunosti obezvrijediti tražbine stvarnih vjerovnika, a da se isti učinak može postići i arbitrarnim osporavanjem „pravih“ tražbina. Za to navodi i neke konkretne primjere iz vlastite pravne prakse. Ove primjere treba ozbiljno uzeti, jer pokazuju da koruptivni potencijali ovakvog uređenja nisu samo hipotetični, nego da ih uređenje predstečajne nagodbe sistemski potiče i izaziva – da su, dakle, zlouporabe nužna posljedica uređenja koje pati od sistemskih nedostataka, a ne samo iznimna i rijetka nuspojava koja se pojavljuje i u dobro uređenim procesnim sustavima.

Problem mogućih zlouporaba putem priznanja tražbina povezanih društava implicitno su priznali i predlagači ZFPPN koji su izmjenama i dopunama iz lipnja 2013. u čl. 72.a st. 3. ZFPPN na općenit način uskratili pravo glasa onim solidarnim dužnicima, jamcima i osobama koje imaju pravo regresa, ako se pravno nalaze u položaju tzv. povezanih osoba. Time su, čini se, samo

<sup>35</sup> Ibid. Usp. i Marković, op. cit., 3.2., ad 1, gdje autorica smatra da se može opravdano očekivati da ovakvo uređenje dovede do zlouporabe postupka predstečajne nagodbe.

djelomično otklonjene mogućnosti zlorporaba, jer je jednaka mogućnost vicioznog priznanja ostala prema ostalim vjerovnicima, kod kojih nominalno nema formalne povezanosti, no koji jednako tako mogu biti u dosluhu s dužnikom. S druge strane, otvoreni su novi problemi.

Naime, ova je izmjena s druge strane uzrokovala reakcije pojedinih „povezanih osoba“ koje su smatrale da im je baš paušalnom uskratom prava glasa neopravdano i diskriminatorno uskraćeno njihovo pravo da punopravno sudjeluju u predstečajnom postupku, a time i njihova imovinska prava. Ističu se slučajevi u kojima ne samo da nema sumnje u zlorporabu, već je osobna povezanost kroz jamstvo osobnim instrumentima osiguranjima redovito bila uvjet pod kojim su banke odobravale financiranje nužno za poslovanje trgovačkog društva (usp. prijedlog Pandžić; prijedlog Jukić). U prilog tezi da su one povezane osobe koje postupaju *bona fide* tako stavljene u neravnopravan položaj govore i dvojbe izražene u stručnim krugovima.<sup>36</sup> Režim koji sve vjerovnike koje stoje u određenoj vezi s dužnikom *a priori* isključuje iz odlučivanja o predstečajnoj nagodbi, kako ističu i pojedini predlagatelji, protivi se i ustavnoj presumpciji nevinosti, a i zakonskim odredbama koje probijanje korporativne osobnosti i osobnu odgovornost vlasnika trgovačkog društva propisuju samo u iznimnim situacijama.

Čini se kao da je, tragajući za uravnoteženim rješenjem, i sam predlagač propisa lavirao između dvije krajnosti, od kojih obje stavljaju određene grupe vjerovnika u neravnopravan položaj u odnosu na druge. Uz ustavnopravno problematično i na činjenicama neutemeljeno stigmatiziranje određenih grupa vjerovnika, čija se imovinska prava na ovaj način dovode u pitanje, same po sebi takve nagle promjene u zakonskom režimu izazivaju pravnu nesigurnost i dovode u pitanje ostvarenje principa pravne države, koji traže predvidljivost i određenost propisa.

Ishodište takvih oscilacija u uređenju predstečajne nagodbe nahodi se u tome što se predlagač ZFPPN, u nastojanju da se oblikuje procedura koja bi bila maksimalno brza i ekonomična, odrekao cijelog niza kontrolnih instancija i jamstava koja inače postoje u stečajnom postupku, a koja štite od mogućih

---

<sup>36</sup> Marković, op. cit., 3.2, ad 4. „Postavlja se pitanje je li dio tih vjerovnika stavljen u neravnopravan položaj? ... Tako bi bliske osobe fizičke osobe, dužnika pojedinca koje su platile dug dužnika pojedinca imale pravo glasa o načinu namirenja vjerovnika predstečajne nagodbe, dok povezane osobe trgovačkog društva to pravo nemaju.“

greška i zlouporaba. Usporedba stečajnog i predstečajnog postupka to zorno pokazuje.

Tako, za razliku od stečajnog upravitelja, povjerenik predstečajne nagodbe nema mogućnost ni ispitivati ni osporiti tražbine vjerovnika (a dvojbeno je i koliko one kontrolne ovlasti koje su mu date može djelotvorno obavljati)<sup>37</sup>. Za razliku od stečajnog suda, nagodbeno vijeće nema pravo dovoditi u pitanje utvrđene tražbine te mu se ovlasti iscrpljuju u sastavljanju tablica u kojima se bilježe tražbine prema navodima dužnika i vjerovnika. Vjerovnici u postupku predstečajne nagodbe ne mogu osporavati tražbine drugih vjerovnika, niti dužnik može osporavati tražbine vjerovnika koje su utvrđene ovršnim ispravama. O ovlastima suda da kontrolira predstečajnu nagodbu prilikom njenog sklapanja i njihovoj iluzornosti usp. *supra* 3.3.2.

Sveukupno, nemogućnost preispitivanja dispozicija dužnika i (drugih) vjerovnika u postupku sklapanja predstečajne nagodbe u tom postupku nije omogućila djelotvornu zaštitu prava pojedinih skupina vjerovnika pred tijelima predstečajne nagodbe te trgovačkim sudom pred kojim se predstečajna nagodba sklapa.

Ako pravna zaštita takvim pravima nije bila zajamčena u postupku predstečajne nagodbe, to još uvijek ne znači da je ona bila u cijelosti odsutna, jer bi se prema nekim interpretacijama ona mogla osiguravati i naknadno, izvan predstečajnog postupka. U nastavku ćemo se stoga pozabaviti pitanjem je li, time što tijela predstečajne nagodbe (uključujući i trgovački sud pri sklapanju nagodbe) nisu ovlaštena i u mogućnosti pružiti pravnu zaštitu nekim vjerovnicima, njima u cijelosti oduzeto pravo na pravnu zaštitu. To se posebno odnosi na vjerovnike čije su tražbine osporene, kao i na one vjerovnike koji u predstečajnoj nagodbi nisu mogli osporiti tuđe tražbine.

U odnosu na vjerovnike čije je pravo osporeno, ZFPPN je izričito navodio da se, nakon sklopljene predstečajne nagodbe, mogu pokretati ili nastavljati parnični postupci u odnosu na tražbine ili dio tražbina koje su u postupku predstečajne nagodbe osporene (usp. čl. 70. ZFPPN). Nije, međutim, navedeno na kakav bi se način trebalo nakon predstečajne nagodbe postaviti tužbeni zahtjev, pa su oko toga mnoga pitanja ostala otvorena. Kako navodi

<sup>37</sup> O tome, iz perspektive povjerenika predstečajne nagodbe vidi D. Huljev, *Pravni položaj povjerenika u postupku predstečajne nagodbe*, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventijskog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb.

N. Marković<sup>38</sup>, za razliku od stečajnog postupka, u kome se postavlja deklaratorni zahtjev na utvrđenje osnovanosti tražbine, i to samo na temelju osnove, u iznosu i u isplatom redu kako je tražbina označena u prijavi ili na ispitnom ročištu (čl. 180. SZ), u postupku predstečajne nagodbe nema nikakvih posebnih naputaka s tim u vezi. Zato, postavlja se pitanje „nastavlja li se raspravljanje o kondemnatornom tužbenom zahtjevu, ili je vjerovnik dužan zahtjev uskladiti s predstečajnom nagodbom“.<sup>39</sup> Sporan je i učinak eventualne pravomoćne presude koja bi bila donijeta u vjerovnikovu korist. Kada bi pravomoćna presuda donesena u vjerovnikovu korist omogućavala kao ovršna isprava namirenje odmah i u punom iznosu, odstupilo bi se od pravila o jednakom postupanju prema vjerovnicima predstečajne nagodbe, te bi vjerovnici osporenih tražbina potencijalno bili u neopravdano boljem položaju od vjerovnika priznatih tražbina. Prema komentatorima, „očigledno da nedostaje rješenje prema kojem bi se u načinu i rokovima namirenja u jednakom položaju nalazili i vjerovnici utvrđenih tražbina i vjerovnici osporenih tražbina kada im se tražbina u posebnom postupku utvrdi.“<sup>40</sup>

U svakom slučaju, ako vjerovnicima osporenih tražbina i stoji na raspolaganju naknadna sudska zaštita u parničnom postupku, podnormiranost propisa tjera nas na sumnju u njenu izvjesnost i djelotvornost. U nedostatku ikakve formirane sudske prakse, tužbe vjerovnika osporenih tražbina u velikoj mjeri imaju tek hipotetičko značenje, a tek će se s vremenom pokazati jesu li u stanju pružiti djelotvornu sudsku zaštitu, i to na način koji ne dovodi do nejednakosti drugih vjerovnika koji se nalaze u usporedivom položaju. Obje moguće solucije dovode, čini se, do nekih ustavnopravno neprihvatljivih rezultata: ako se tražbine vjerovnika osporenih tražbina nakon utvrđenja u parničnom postupku mogu namirivati u punom iznosu, u nepovoljnijem su položaju slični vjerovnici čije su tražbine priznate; ako se pak tražbine vjerovnika osporenih tražbina nakon utvrđenja u parničnom postupku mogu namirivati samo u rokovima i pod uvjetima iz predstečajne nagodbe, ti su vjerovnici u odnosu na pravo da sudjeluju u glasanju i prihvaćanju (ili neprihvaćanju) predstečajne nagodbe stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na one koji su kao vjerovnici priznatih tražbina dali svoj glas za nju. To bi posebno bilo relevantno ako se pokaže da je iznos osporenih, pa naknadno utvrđenih tražbina vjerovnika

<sup>38</sup> N. Marković, op. cit., t. 3.4.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

toliki da bi glas vjerovnika osporenih tražbina, da je bio dan na ispitnom ročištu, bio presudan za prihvatanje ili neprihvatanje predstečajne nagodbe.

Što se tiče vjerovnika koji svoje tražbine nisu prijavili u postupku predstečajne nagodbe, ZFPPN je izričito isključio mogućnost pokretanja parničnih i drugih postupaka ako je vjerovnik propustio prijaviti tražbinu, a nije ju ni dužnik uvrstio u svoj popis obveza prema vjerovnicima. Na taj način propuštanje roka od 30 dana od objave oglasa na web-stranici za prijavu tražbina Financijskoj agenciji dobija značenje ne samo prekluzivnog roka za prijavu, već i roka nakon kojeg je prekludirana svaka mogućnost utvrđivanja i namirenja tražbine. Takvo je rješenje iznimno strogo, posebno u kontekstu načina notifikacije vjerovnika javnom objavom, bez ikakve obveze pokušaja osobnog kontaktiranja i dostave rješenja o otvaranju postupka predstečajne nagodbe vjerovnicima (usp. *supra* pod 3.3.3.), te je upitno može li se vjerovnicima koji su propustili uočiti objavu te zbog toga nisu prijavili tražbine imputirati presumirano odricanje od njihovih legitimnih tražbina.<sup>41</sup>

Za vjerovnike čije su tražbine u predstečajnoj nagodbi utvrđene, pa i za dužnika koji nije mogao osporiti tražbinu koja se zasniva na ovršnoj ispravi, pravo na pokretanje i vođenje redovitih parničnih postupaka radi utvrđenja da tražbine iz predstečajne nagodbe nisu ispravno utvrđene u pravilu je isključeno. Prema čl. 81. st. 1. ZFPPN, u odnosu na sve utvrđene tražbine dužnik se oslobađa obveze da isplati druge iznose i u drugim rokovima od onih prihvaćenih u predstečajnoj nagodbi. Dakle, svi oni vjerovnici koji su pri sklapanju predstečajne nagodbe bili protiv njenog prihvatanja smatrajući da, na primjer, uvjeti namirenja ne stavljaju sve vjerovnike u isti položaj, ili da su zbog priznanja sumnjivih tražbina drugih vjerovnika uskraćeni za dio namirenja tražbine na koji bi inače imali pravo, neće moći redovnom tužbom usmjerenom protiv dužnika i/ili drugog vjerovnika podvrgnuti preispitivanju sporne uvjete ili tražbine drugih vjerovnika. Oni bi, međutim, mogli u sudskom postupku tužbom pobijati predstečajnu nagodbu „pod istim pretpostavkama koje su propisane za pobijanje sudske nagodbe“ (čl. 83. ZFPPN).

<sup>41</sup> Teorijski, prema nekim autorima (Marković, op. cit., t. 3.5.), takva bi se tražbina mogla istaći od strane vjerovnika koji je propustio sudjelovati u predstečajnom postupku tako da isti pokrene protiv dužnika stečajni postupak. Takav zaključak (vjerojatno motiviran upravo pokušajem da se nađe pravično rješenje za „omekšavanje“ takve drastične zakonske prekluzije,) čini se, međutim, iskonstruiranim i artifičijelnim. Svrha i funkcija predstečajne nagodbe bila je upravo izbjegavanje stečaja, pa bi mogućnost da se on pokrene ako neki od vjerovnika zakasni s prijavom tražbine izgleda kao negacija samog koncepta predstečajne nagodbe.



Za tu tužbu već je ranije u ovoj analizi (usp. *supra*, 3.3.2. pod f.)) utvrđeno da počiva na opasnim analogijama, koje njeno uređenje i pretpostavke, kao i praktičnu uporabu, u velikoj mjeri čine nesigurnima.

Sveukupno, iako bi se uz dosta interpretativnih poteškoća mogli konstruirati argumenti prema kojima su različitim klasama vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe nakon njenog zaključenja do određene mjere na raspolaganju sredstva sudske zaštite, u visokoj je mjeri neizvjesno koliko bi njihovo korištenje moglo dovesti do praktične i djelotvorne pravne zaštite. Za sve praktične svrhe, vjerovnici koji su se protivili prihvaćanju predstečajne nagodbe bit će u pravilu prisiljeni prihvatiti njene uvjete, ma koliko nepovoljne, jer su alternativa dugotrajni, fragmentarno i kontradiktorno uređeni postupci s neizvjesnim ishodom, dvojbenom efikasnošću i izvjesnim visokim troškovima postupka. U tom smislu, opravdano se može posumnjati koliko je u cjelokupnoj konstrukciji ZFPPN ostvareno proklamirano načelo jednakog postupanja prema vjerovnicima. Zbog nedostatka adekvatnih kontrolnih mehanizama u samom predstečajnom postupku koji bi omogućili pravodobnu intervenciju i osigurali uravnotežene uvjete nagodbe, barem dijelom se može prihvatiti navode iz prijedloga za ocjenu ustavnosti koji se odnose na stavljanje u nejednak položaj onih vjerovnika koji zbog nedostatne veličine svojih tražbina moraju uvijek prihvatiti uvjete koje svojim prijedlogom i glasovanjem o njemu nametnu dužnik i oni vjerovnici čije ih stvarne ili „utvrđene“ tražbine (čak i ako su dvojbene naravi) stavlja u priliku da diktiraju uvjete predstečajne nagodbe.

Da bi se utvrdilo jesu li ove potencijalne nejednakosti u položaju vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe u dostatnoj mjeri takve da dovode do nerazmjernog ograničavanja imovinskih prava sudionika u njemu, potrebno je još ispitati i jesu li, usprkos mogućim nejednakostima, u predstečajnom postupku vjerovnici ipak u povoljnijem položaju negoli bi bili da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak. Naime, kada bi i usprkos mogućem nejednakom položaju u postupku rezultat bio takav da je svatko u boljem položaju negoli bi bio bez toga, moglo bi se reći da su prava koja subjekti u takvom uređenju imaju manje ograničena negoli bi bila bez takvog uređenja, tako da ne bi bilo pravnog interesa za intervenciju u navedeno uređenje. Iako je ovaj argument hipotetičke naravi te bi mogao biti suprotstavljen protivnom argumentu, prema kojem bi, bez obzira na rezultat, ustavnopravna jednakost trebala biti bezuvjetno zajamčena, ipak ga je potrebno ozbiljno razmotriti, između ostaloga i zbog toga što je teza da se postupkom predstečajne nagodbe ostvaruje za

svakog više od onoga što bi ostvario da je bio pokrenut stečaj bila jedna od osnovnih motivacija za uređenje uspostavljeno ZFPPN-om.

Radi ispitivanja kakav je odnos onoga što bi pojedine kategorije vjerovnika mogle ostvariti u stečajnom postupku i onoga što su ostvarili, ili bi mogli ostvariti u predstečajnom postupku bilo bi potrebno provesti iscrpnije empirijsko i ekonomsko-socijalno istraživanje. Na normativnom planu, može se tek ustvrditi da je povoljnije namirenje vjerovnika navedeno među glavnim svrhama i principima postupka predstečajne nagodbe (usp. čl. 20. st. 1. t. 2.). U ZFPPN je sadržana i obveza da plan financijskog i operativnog restrukturiranja sadrži, unutar prijedloga predstečajne nagodbe, i „analizu tražbina prema veličini, kategoriji (...), razinu očekivanog namirenja i prijedloge rokova za njihovo namirenje, *te usporedbu s očekivanim namirenjem u slučaju stečaja*.“ (čl. 43. st. 1. t. 7. ZFPPN).

U izvornom tekstu ZFPPN bila je sadržana i obveza da se dužnikove navode o povoljnijem namirenju ocijeni u izvješću neovisnog revizora, koji je bio dužan da izrazi svoj stav o tome „hoće li i u kojoj mjeri provedba predstečajne nagodbe omogućiti vjerovnicima i kojoj kategoriji vjerovnika bolje uvjete namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi imali od onih da je nad dužnikom pokrenut stečaj.“ (čl. 47. st. 3. t. 3. ZFPPN 2012). Stav „neovisnog revizora“ o tome je li i u kojoj mjeri vjerojatno da će predstečajna nagodba za vjerovnike biti uspješnija od stečaja nije se, međutim, mogao odraziti na dispozitiv mišljenja, jer je revizor trebao dati svoje pozitivno mišljenje na plan restrukturiranja ako utvrdi da postoji natpolovična vjerojatnost da će provedba plana omogućiti likvidnosti i solventnost dužnika, bez obzira na to znači li to i povoljnije uvjete namirenja za vjerovnike. U daljnjim izmjenama ZFPPN otišlo se i korak dalje, tako da je ubrzo iz teksta propisa brisana svaka obveza revizora da se izradi usporedbu mogućeg namirenja u stečaju s ponuđenim uvjetima iz predstečajne nagodbe.<sup>42</sup> Time je u predstečajnom postupku izostala svaka, makar koliko malena mogućnost da se iz neovisne i nepristrane perspektive uspoređi namirenje iz predstečajne nagodbe s hipotetičkim na-

<sup>42</sup> Upitno je i koliko je revizor mogao objektivno usporediti namirenje vjerovnika u stečaju i u predstečajnoj nagodbi. Za djelovanje revizora u predstečajnoj nagodbi stručnjaci za reviziju i računovodstvo navode da se uloga revizije „pojavljuje u sasvim neobičnom kontekstu“, da „metodologija prema kojoj bi se revidirao plan financijskog i operativnog restrukturiranja ne postoji“, te da se u najbolju ruku kod takvih planova radi o „kontrolirajućim planovima“ koji moraju uključiti niz nepredvidivih poslovnih događaja. Usp. V. Brkanić, *Revizorski aspekti postupka predstečajne nagodbe*, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventnog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb, str. 1-3.

mirenjem iz stečajnog postupka, tako da je „načelo povoljnijeg namirenja“ u predstečajnom postupku ostalo tek na pukoj tvrdnji dužnika, bez mogućnosti da se ona provjeri ili dovede u pitanje od bilo kojeg od mnogobrojnih tijela koje sudjeluju u oblikovanju i sklapanju predstečajne nagodbe.

Sukladno tome, nije moguće bez zadržske prihvatiti tezu da je predstečajna nagodba za sve sudionike djelotvornija od stečajnog postupka te da u predstečajnom postupku vjerovnici redovito ostvaruju više od onoga što bi ostvarili da je bio otvoren stečaj nad dužnikom.

Zbog svih ovih razloga, smatram da je, usprkos deklariranim načelima iz ZFPPN – načelima dobrovoljnosti, jednakog postupanja prema vjerovnicima, postupanja u dobroj vjeri, te pravilu prema kojem je cilj predstečajne nagodbe vjerovnicima omogućiti povoljnije uvjete namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi imali da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak – u cijelosti promatrano ZFPPN impostirao rješenje u kojem je fundamentalno poremećena ravnoteža u interesima između vjerovnika i dužnika, kao i ravnoteža u interesima pojedinih kategorija vjerovnika, i to u mjeri u kojoj je to ustavnopravno relevantno, te dovodi do kršenja ustavnog prava na jednakost pred zakonom iz čl. 14. Ustava, prava na jednak pravni položaj na tržištu iz čl. 49. st. 2. Ustava, pravo na vlasništvo iz čl. 48. st. 1. Ustava te pravo na pravnu zaštitu (pravo na sud) ili čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.

## **5. ZAKLJUČAK**

Zaključci ove analize ustavnosti procesnog uređenja predstečajnih nagodbi sadržanog u Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnim nagodbama prije njegovih sadržajnih promjena i generalne abrogacije iz 2015. godine, mogu se sažeti na sljedeća utvrđenja:

- U predstečajnom postupku utvrđuje se sadržaj prava i obveza građanske naravi;
- Utvrđenja prava i obveza iz predstečajnog postupka za barem dio sudionika imaju element spornosti;
- Tijela predstečajnog postupka (nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe) nisu nezavisan i nepristran tribunal (sud) u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije i čl. 29. st. 1. Ustava;

- Nedostatak prava na nezavisan i nepristran tribunal (sud) nije moguće sanirati u postupku povodom žalbe protiv odluka tijela predstečajne nagodbe, kao ni u postupku povodom upravne tužbe;
- Odlučujući o sklapanju predstečajne nagodbe, trgovački sud ima ovlast ne uvažiti dispozicije koje smatra protivnim prisilnim propisima i pravilima javnog morala, ali nije u mogućnosti djelotvorno i u postupku pune jurisdikcije kontrolirati dispozicije dužnika i vjerovnika kojima se utječe na prava drugih osoba;
- Odredbe o javnom objavljivanju pismena u postupku predstečajne nagodbe nisu neprimjerene ni diskriminatorne, ali zbog toga što u cijelosti zamjenjuju dostavu korisnicima mogu dovesti do nerazmjernog tereta za vjerovnike, koji zbog neuočavanja javne objave predstečajne nagodbe na web-stranicama FINE mogu izgubiti pravo na namirenje;
- Odredbe ZFPPN-a prema kojima se smatraju utvrđenim, bez djelotvorne provjere u postupku predstečajne nagodbe, one tražbine vjerovnika koje dužnik navede ili prizna, ugrožavaju pravo na pravnu zaštitu i jednakopravnost drugih vjerovnika na čije uvjete namirenja takva utvrđenja djeluju te, u krajnjoj liniji, dovode do povrede njihovog prava na vlasništvo;
- Vjerovnicima kojima je dužnik osporio tražbine uskraćeno je u postupku predstečajne nagodbe njihovo pravo na sud, a naknadna mogućnost vođenja parničnog postupka nije jasno i nedvojbeno uređena te stoga ne može biti smatrana djelotvornim mehanizmom pravne zaštite;
- Pokušaj da se suzbiju zlouporabe paušalnim oduzimanjem prava glasa vjerovnicima koji imaju status povezanih osoba nerazmjerno ograničava njihova prava te stavlja takve vjerovnike, ako djeluju u dobroj vjeri, u nejednak položaj kršeći njihovo pravo na jednakost pred zakonom i jednakost poduzetnika na tržištu, kao i ustavnu presumpciju nevinosti.
- Odsutnost adekvatnih jamstava zaštite prava u predstečajnom postupku nije na odgovarajući način kompenzirana mogućnošću pobijanja predstečajne nagodbe tužbom uz analognu primjenu odredbi o pobijanju sudske nagodbe. Takav postupovni režim ne udovoljava minimalnim zahtjevima određenosti i pravne sigurnosti, pa se stoga ne može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom za preispitivanje utvrđenja iz postupka predstečajne nagodbe.

Iz navedenih zaključaka proizlazi da je Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi postupak predstečajne nagodbe uredio na način koji je tražio bitnije preinake kako bi se uskladio s Ustavom. Poremećena ravnoteža u zaštiti prava i interesa vjerovnika i dužnika, te pojedinih kategorija vjerovnika, teško se mogla ponovo uspostaviti ukidanjem ili promjenom samo nekoliko zakonskih normi.

Zato, nije za čuditi da je u pogledu uređenja predstečajne nagodbe koncepcija ZFPPN napuštena. Prema našem mišljenju, to je bilo potrebno da bi uređenje uskladilo sa zahtjevima zaštite ustavnih prava, osobito prava na pravnu zaštitu, nezavisan i nepristran sud (tribunal), jednakost pred zakonom te pravom na vlasništvo. No, može se samo izraziti žaljenje da o tim pitanjima nije svoj autoritativan stav izrazio i Ustavni sud. To bi, u svakom slučaju, omogućilo da se saniraju posljedice takvog uređenja, koje su u razdoblju od 2012. do 2015. pogodile niz pravnih subjekata. Njihova prava, povrijeđena neuravnoteženim uređenjem predstečajnih nagodbi, bez odluke Ustavnog suda ostat će bez zaštite.

Neriješeno pitanje ustavnosti napuštenog režima predstečajnih nagodbi ima žrtve i na drugoj strani. Naime, bez pravorijeka Ustavnog suda, nije moguće jasno utvrditi granice nastojanja da se inovativnim zakonskim konstrukcijama i energičnim mjerama poduzetima radi ekonomske sanacije i restrukturiranja ostvari gospodarski razvitak i doprinese izlasku iz krize. Osnovna polazišta pri uvođenju predstečajnih nagodbi svakako nisu bila pogrešna. Mnogobrojne europske i izvaneuropske države u posljednjih nekoliko godina pokušavaju krizu likvidnosti ublažiti uvođenjem predstečajnih procedura, uz vrlo raznovrsno uređenje i uvođenje novih, do sada nepoznatih instituta.

Točna je i ocjena iz obrazloženja ZFPPN-a da se Stečajni zakon nije pokazao djelotvornim i učinkovitim te da su trgovački sudovi koji su stečajne postupke provodili u velikoj mjeri iznevjerili očekivanja da će stečaj u primjerenom ili barem razumnom roku dovesti do preustroja ili likvidacije insolventnog i prezaduženog dužnika. Time možda nije dokazana apsolutna nemogućnost da redovni sudovi u redovitom sudskom postupku ostvare učinkovit i brz odgovor na izazov insolventnosti trgovačkih društava, ali je svakako prikupljeno dovoljno indicija da se insolventijsko pravo mora bitnije mijenjati i prilagođavati da bi na primjeren način reagiralo na ekonomsku krizu. Smatram da je to ujedno i dovoljan razlog da se opravda pokušaje uvođenja novih, specifičnih

procedura koje bi bile učinkovitije i djelotvorne. Kako ističe resorno ministarstvo koje je bilo nositelj pri donošenju ZFPPN-a i njegovih izmjena, dosadašnja primjena ZFPPN-a utjecala je na ukupno smanjenje insolventnosti u RH, i to u razdoblju od listopada 2012. do listopada 2013. za iznos od 9,8 milijardi kuna. Blokirano je 15.000 manje poslovnih subjekata, a spašeno je 15.000 radnih mjesta.<sup>43</sup> Iako je riječ o jednostranim podacima koji nisu verificirani na temelju solidne metodologije od strane objektivne i nepristrane institucije, ovi navodi svjedoče o potencijalima novog, „hibridnog“ postupka. Ako se tijekom vremena i bude pokazalo da rezultati nisu isključivo pozitivni te da se – kao što navode neki kritičari – privremena solventnost postignuta uz prisilna odricanja vjerovnika od tražbina ne može održati na duge staze, država ipak mora imati značajan prostor unutar kojeg će, po vlastitoj procjeni, pokušavati riješiti goruće ekonomske probleme.

Sama intencija da se kroz „hibridni“ postupak, u kojem u prihvaćanju i sklapanju predstečajne nagodbe sudjeluju posebna, upravno-sudska tijela, možda i nije bila promašena. Ona nije bila sama po sebi protivna ustavnim jamstvima nezavisnog i nepristranog suđenja. Praksa Europskog suda za ljudska prava, na koju se u ustavnopravnoj praksi oslanja i tumačenje pojedinih ustavnih instituta, ne zahtijeva nužno da nezavisan i nepristran sud bude „sud“ u formalnom smislu riječi. Kako je u predmetu *Olujić* upravo u odnosu na RH utvrdio strazburški sud, i tijela *sui generis* kao što su npr. Državno sudbeno vijeće, mogu biti „nezavisan i nepristran sud“ u kontekstu ljudskog prava na pravično (pošteno) suđenje.<sup>44</sup> Na sličan način, nije nezamislivo da bi, u skladu s Ustavom, moglo postojati i predstečajno uređenje koje bi, u hibridnom postupku provodilo i hibridno tijelo – no to bi tijelo moralo zadovoljavati supstancijalne zahtjeve koje članak 29. Ustava i članak 6. Europske konvencije postavljaju pred nezavisna i nepristrana tijela. Ako je ocjena predlagača propisa da sudovi „klasičnog tipa“ nisu u stanju udovoljiti specifičnim potrebama kriznog trenutka, i bez obzira na to je li taj stav točan ili ne, treba ostaviti i takvu mogućnost otvorenom – no pod uvjetima da se time ne krše procesna i materijalna ustavna prava. Promjenama organizacije predstečajnog postupka možda se i taj zahtjev moglo ispuniti unutar temeljnog koncepta na kojem je postupak počivao. Razne bi mogućnosti stajale na raspolaganju – od

<sup>43</sup> Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZFPPN iz studenog 2013., hitni postupak, prvo i drugo čitanje, P.Z. br. 542 str. 3-4. Usp. <http://www.sabor.hr/fgs.axd?pid=26132>.

<sup>44</sup> Olujić protiv Hrvatske, 22330/05, presuda od 5.2.2009., t. 37-41.

izričitog davanja kontrolnih ovlasti nepristranom tijelu koje vodi postupak i/ili sudjeluje u sklapanju predstečajne nagodbe, do detaljnog i nedvoznačnog propisivanja procedura pred drugim nezavisnim tijelima ili sudovima koja bi, na djelotvoran i pravodoban način, mogla u postupku pune jurisdikcije osigurati naknadnu pravnu zaštitu. Razne kombinacije metoda (npr. sumarne provjere prijavljenih tražbina uz naknadnu mogućnost detaljnog preispitivanja u drugom postupku) također nisu isključene.

Sve te mogućnosti na koncu nisu bile ni razmatrane ni primijenjene. Izgleda da je šutnjom Ustavnog suda i ovdje zaustavljen napredak. U odsutnosti naputka o tome kako ostvariti brz, djelotvoran, učinkovit i jeftin postupak uz poštovanje ustavnih prava, hrvatsko se pravo vratilo na stara rješenja u okviru konvencionalnog stečajnog postupka. Koliko će ona biti djelotvorna i pomoći ostvarenju svrhe, ostaje za vidjeti. Dosadašnje iskustvo ne daje nam puno prava da budemo optimistični.

# Pravni položaj pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice v stečajnem postopku

GREGOR DUGAR

## 1. SPLOŠNO

Pridržek lastninske pravice je posebna pogodbeni klavzula, s katero si prodajalec zadrži lastninsko pravico toliko časa, dokler kupec v celoti ne plača kupnine. Namen pridržka lastninske pravice je, da prodajalcu, ki kupnine za prodano stvar ne dobi takoj, zagotovi kar največjo stopnjo verjetnosti glede prihodnje izpolnitve obveznosti. Ekonomska funkcija pridržka lastninske pravice je zavarovanje poznejšega plačila kupnine z realnim zavarovanjem.<sup>1</sup> Za prodajalca pomeni pridržek lastninske pravice učinkovito sredstvo zavarovanja terjatve, za kupca pa je pomemben zato, ker dobi blago v svojo neposredno posest, še preden ga je v celoti plačal.<sup>2</sup> V zvezi s pridržkom lastninske pravice še velja opozoriti, da so lahko predmet pridržka lastninske pravice le premične stvari.<sup>3</sup>

Če si prodajalec pridrži lastninsko pravico na stvari, je lastninska pravica na stvari prenesena pod odložnim pogojem popolnega plačila kupnine.<sup>4</sup> Položaja prodajalca in kupca sta v času do plačila kupnine specifična. Prodajalec je do izpolnitve pogoja plačila kupnine še vedno lastnik stvari, toda njegova lastninska pravica je pogojena z odložnim pogojem. Kupec z izročitvijo stvari postane neposredni posestnik, ne pridobi pa lastninske pravice, ampak le pri-

---

**Gregor Dugar**, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

<sup>1</sup> Miha Juhart, nav. delo, str. 101, 102.

<sup>2</sup> Renato Vrenčur, nav. delo, 2005, str. 1366; Matjaž Tratnik, nav. delo, str. 72.

<sup>3</sup> Določba prvega odstavka 520. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 97/07).

<sup>4</sup> H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 54, 55.



čakovalno pravico, da bo pridobil lastninsko pravico, če se bo izpolnil odložni pogoj plačila kupnine.<sup>5</sup> Za pričakovalno pravico gre, ko je pridobitev določene pravice (največkrat lastninske) že na taki stopnji, da pomeni zavarovan pridobitni položaj.<sup>6</sup> Pri pridržku lastninske pravice je izpolnitev odložnega pogoja odvisna le od volje kupca in je torej le od njega odvisno, ali bo postal lastnik stvari.<sup>7</sup> Prodajalec kupčeve pridobitve lastninske pravice v primeru plačila kupnine ne more več preprečiti.<sup>8</sup>

Če kupec ob zapadlosti ne poravna celotne kupnine, lahko prodajalec pod pogoji splošnih pravil obligacijskega prava odstopi od pogodbe in zahteva vrnitev stvari, sam pa je dolžan kupcu povrniti plačani del kupnine.<sup>9</sup> Vendar ta prodajalčeva možnost ni posebnost lastninskega pridržka, saj bi prodajalec, tudi če bi na kupca prenesel lastninsko pravico, enak rezultat dosegel z odstopom od prodajne pogodbe po splošnih pravilih obligacijskega prava.<sup>10</sup> Posledica odstopa od pogodbe je, da ta preneha z učinkom *ex tunc*, kar v kazalnem sistemu pomeni, da se šteje, da lastninska pravica na kupca nikoli ni prešla. Bistvo lastninskega pridržka se torej ne pokaže v razmerju med prodajalcem in kupcem, temveč v razmerju med prodajalcem in drugimi kupčevimi upniki, kadar kupec še ni plačal celotne kupnine. Prodajalec namreč lahko v tem primeru uveljavlja svojo pravico tudi v kupčevem stečaju.<sup>11</sup>

Slovenska insolvenčna zakonodaja ne ureja položaja pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice, kadar se nad prodajalcem ali kupcem začne stečajni postopek. Za zgled si je zato mogoče vzeti nemško ureditev, ki posebej ureja položaj prodajalca v primeru stečaja kupca in položaj kupca v primeru stečaja prodajalca.<sup>12</sup> Pogoj za uporabo posebne ureditve (§ 107 *Insolvenzordnung* – InsO)<sup>13</sup> je, da je bila pogodba s pridržkom lastninske pravice sklenjena pred začetkom stečajnega postopka nad katero od pogodbenih strank, da se do

<sup>5</sup> Miha Juhart, nav. delo, str. 109.

<sup>6</sup> Renato Vrenčur, nav. delo, 2005, str. 1368; Barbara Novak, v: Miha Juhart in drugi, nav. delo, str. 120.

<sup>7</sup> Renato Vrenčur, nav. delo, 2002, str. V, VI; Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur, M. Šlamberger, nav. delo, str. 362; Matjaž Tratnik, nav. delo, str. 76.

<sup>8</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1294.

<sup>9</sup> Miha Juhart, nav. delo, str. 115.

<sup>10</sup> Glej 103. člen in nasl., drugi odstavek 111. člena in tretji odstavek 190. člena OZ.

<sup>11</sup> Matjaž Tratnik, nav. delo, str. 75.

<sup>12</sup> Glej določbo § 107 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>> (10. 6. 2016).

<sup>13</sup> <<https://www.gesetze-im-internet.de/inso/>> (10. 6. 2016).

začetka stečajnega postopka odložni pogoj plačila kupnine še ni izpolnil in da je kupec pridobil stvar v posest.<sup>14</sup> Če je pričakovalna pravica do začetka stečajnega postopka ugasnila, na primer zaradi prodajalčevega odstopa od pogodbe ali pridobitve lastninske pravice tretje osebe na stvari, se posebna določba ne uporabi. Pogoj za pridobitev pričakovalne pravice pri pridržku lastninske pravice je nadalje tudi realni akt in ne le dogovor o prenosu lastninske pravice pod odložnim pogojem.<sup>15</sup> Pri tem ne gre nujno za pridobitev v neposredno posest, temveč je dovolj tudi posredna posest.<sup>16</sup> Ne velja pa posebna ureditev po § 107 InsO, če je kupec pridobil lastninsko pravico pod razveznim pogojem. Kupec namreč v tem primeru ne pridobi pričakovalne pravice, temveč lastninsko pravico.<sup>17</sup>

Pri obravnavi pravnega položaja prodajalca in kupca je treba opozoriti na pravno obravnavo prodajne pogodbe s pridržkom lastninske pravice v insolvenčnem pravu. V nemški teoriji in sodni praksi ni dvoma, da ima prodajna pogodba v primeru, ko se pred plačilom celotne kupnine nad eno od pogodbenih strank začne stečajni postopek, pravno naravo dvostransko neizpolnjene pogodbe po § 103 InsO, saj pogodbeni stranki še nista izpolnili svojih pogodbenih obveznosti. Kupec svoje obveznosti ni izpolnil, ker ni poravnal kupnine. Prav tako svoje obveznosti iz prodajne pogodbe ni izpolnil prodajalec, ker zaradi odložnega pogoja še ni prenesel na kupca nepogojne lastninske pravice.<sup>18</sup> Prodajalec namreč izpolni svojo obveznost po prodajni pogodbi šele, ko na kupca prenese nepogojno lastninsko pravico.<sup>19</sup>

Stališče nemške teorije in sodne prakse, da je prodajna pogodba s pridržkom lastninske pravice vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba, je mogoče

<sup>14</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 1; Ulrich Keller, r. št. 1305.

<sup>15</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 11.

<sup>16</sup> Prav tam, r. št. 8.

<sup>17</sup> D. Wegener, v: Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Heinz Vallender, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 5;

<sup>18</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1295; D. Wegener, v: Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Heinz Vallender, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 1; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, 2013, § 47 Aussonderung, r. št. 63.

<sup>19</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, 2013, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 17. Glej 435. člen OZ; v nemškem obligacijskem pravu glej prvi odstavek § 433 BGB.

sprejeti tudi v slovenskem insolvenčnem pravu.<sup>20</sup> Glede na to, da slovensko insolvenčno pravo nima posebnih pravil za primere, ko se nad prodajalcem ali kupcem začne stečajni postopek, se zato za presojo njunega pravnega položaja uporabijo (splošna) pravila o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah.

Za terjatev upnika, ki je nastala do stečajnega dolžnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, veljajo po Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)<sup>21</sup> nekatera posebna pravila:<sup>22</sup>

- če je na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe sopogodbniku stečajnega dolžnika nastala nedenarna terjatev, se ta terjatev z začetkom stečajnega postopka ne pretvori v denarno po 253. členu ZFPPIPP;
- medsebojni terjatvi upnika in stečajnega dolžnika za izpolnitev obveznosti iz vzajemno neizpolnjene pogodbe se ne pobotata po 261. členu ZFPPIPP;
- ne uporabljajo se pravila o plačilu terjatev iz razdelitvene mase, temveč jo mora stečajni dolžnik ob zapadlosti izpolniti po pravilih o plačilu stroškov stečajnega postopka (tretji odstavek 265. člena ZFPPIPP).

Zaradi posebnih pravil v zvezi z vzajemno neizpolnjeno dvostransko pogodbo lahko sopogodbnik stečajnega dolžnika tudi po začetku stečajnega postopka zahteva, da stečajni dolžnik izpolni svojo obveznost v celoti in v pogodbenih rokih in ne samo v deležu ter rokih, v katerih se iz razdelitvene mase plačujejo druge nezavarovane terjatve. To pa ne velja, če je terjatev med stečajnim postopkom prenehala, ker je bila pogodba razvezana zaradi neizpolnitve ali na podlagi uresničitve odstopne pravice upravitelja po 267. členu ZFPPIPP.<sup>23</sup>

V zvezi s posebnimi pravili za vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe je treba poudariti eno od materialnopravnih posledic, ki nastane po začetku stečajnega postopka za vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe. Stečajni dolžnik z začetkom stečajnega postopka pridobi pravico odstopiti od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe (prvi odstavek 267. člena ZFPPIPP), če za njeno uresničitev pridobi soglasje sodišča pogodbe (drugi odstavek 267. člena ZFPPIPP). Stečajni dolžnik mora odstopno pravico

<sup>20</sup> Renato Vrenčur, nav. delo, 2002, str. VI; Renato Vrenčur, nav. delo, 2005, str. 1376, 1377.

<sup>21</sup> Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10, 26/11, 47/11, 87/11, 23/12, 48/12, 47/13, 100/13, 10/15, 27/16, 31/16, 38/16.

<sup>22</sup> Nina Plavšak, nav. delo, str. 193.

<sup>23</sup> Prav tam.

uresničiti v treh mesecih od pravnomočnosti sklepa o začetku stečajnega postopka ali od dneva, ko upravitelj prejme obvestilo upnika, da ima terjatev do stečajnega dolžnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe (drugi odstavek 267. člena ZFPPIPP). Če sodišče zavrne zahtevo upravitelja za soglasje k uresnitvi odstopne pravice ali če do poteka navedenega trimesečnega obdobja ne odloči o soglasju, izjava o uresnitvi odstopne pravice nima pravnega učinka (šesti odstavek 267. člena ZFPPIPP).

Če so predpostavke za uresnitev odstopne pravice od vzajemno neizpolnjene pogodbe izpolnjene, se pogodba razveže z dnem, ko postane sklep, s katerim je sodišče dalo soglasje k uresnitvi odstopne pravice, pravnomočen (prvi odstavek 268. člena ZFPPIPP).

## 2. PRAVNI POLOŽAJ PRODAJALCA V STEČAJU KUPCA

Pri obravnavi pravnega položaja prodajalca v stečaju kupca je treba najprej omeniti določbo drugega odstavka 520. člena OZ, ki predpisuje posebno obličnost dogovora o pridržku lastninske pravice. Po tej določbi učinkuje pridržek lastninske pravice nasproti kupčevim upnikom le, če je bil podpis kupca na pogodbi, ki vsebuje določilo o pridržku lastninske pravice, notarsko overjen pred kupčevim stečajem. Notarska overitev podpisa je potrebna zato, da se prepreči možnost antedatiranja pridržkov lastninske pravice in s tem oškodovanja ostalih upnikov kupca. Kupec, ki je kupil stvar na podlagi nepogojne prodajne pogodbe, bi namreč lahko z namenom, da bi privilegiral določenega prodajalca, antedatiral pridržek lastninske pravice in s tem postavil določenega prodajalca v boljši pravni položaj. Zahteva po obličnosti dogovora o pridržku lastninske pravice take zlorabe preprečuje. Ni pa overitev kupčevega podpisa pogoj za veljavnost pridržka lastninske pravice med strankama (*inter partes*), ampak le pogoj za veljavnost pridržka lastninske pravice nasproti kupčevim upnikom.<sup>24</sup>

Po nemškem pravu začetek stečajnega postopka nad kupcem nima vpliva na kupčevo pričakovalno pravico iz prodajne pogodbe s pridržkom lastninske pravice.<sup>25</sup> Ima pa stečajni dolžnik po nemškem pravu po začetku stečajnega

<sup>24</sup> Miha Juhart, nav. delo, str. 105; Renato Vrenčur, nav. delo, 2002, str. V.

<sup>25</sup> C. Ott, M. Vuija, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, 2013, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 17.

postopka nad kupcem dve možnosti, in sicer bodisi da izpolni svojo obveznost po prodajni pogodbi in v celoti poravna kupnino bodisi da kupnine ne plača in prodajne pogodbe ne izpolni.<sup>26</sup>

Če se upravitelj stečajnega dolžnika odloči, da bo izpolnil obveznost iz prodajne pogodbe,<sup>27</sup> mora to sporočiti prodajalcu. Upravitelj se bo za to možnost odločil takrat, kadar bo vrednost stvari na trgu bistveno višja, kot pa je dogovorjena kupnina.<sup>28</sup> Izjava upravitelja, da ostaja pri pogodbi, je lahko tudi konkludentna. Nemška teorija kot konkludentno izjavo upravitelja, da ostaja pri pogodbi, šteje na primer ravnanje upravitelja, ki stvar, za katero ve, da je obremenjena s pridržkom lastninske pravice, proda naprej, še preden sporoči prodajalcu svojo odločitev glede pogodbe.<sup>29</sup> Če upravitelj ostane pri pogodbi, mora poravnati kupnino kot obveznost, ki v skladu z 2. točko prvega odstavka § 55 InsO bremeni stečajno maso.<sup>30</sup> S tem, ko poravna kupnino, se izpolni odložni pogoj in stečajni dolžnik postane nepogojni lastnik stvari.<sup>31</sup> Če upravitelj izjavi, da ostaja pri pogodbi, vendar naknadno pride v zamudo s plačilom kupnine, ima prodajalec možnost odstopiti od pogodbe in zahtevati vračilo stvari.<sup>32</sup>

Lahko pa se upravitelj odloči, da kupnine ne bo poravnal in da torej prodajne pogodbe ne bo izpolnil. Posledica upraviteljeve zavrnitve pogodbe je ugasnitev zahtevkov pogodbenih strank iz prodajne pogodbe.<sup>33</sup> V tem primeru po-

<sup>26</sup> Določba § 103 InsO.

<sup>27</sup> Določba prvega odstavka § 103 InsO.

<sup>28</sup> H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 70.

<sup>29</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 19; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 68.

<sup>30</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 17, 24; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 69.

<sup>31</sup> H. Kroth, v: Eberhard Braun, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 12; C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 17; D. Andres, v: Jörg Nerlich, Volker Römermann, nav. delo, § 47 Aussonderung, r. št. 16.

<sup>32</sup> H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 70.

<sup>33</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 23.

sebna izjava prodajalca o odstopu od pogodbe ni potrebna.<sup>34</sup> Ker ni nastopil odložni pogoj popolnega plačila kupnine, je prodajalec še vedno lastnik predmeta prodaje, pričakovalna pravica stečajnega dolžnika pa je ugasnila in je dolžan stvar vrniti prodajalcu.<sup>35</sup> Ker je prodajalec lastnik stvari, ima v stečajnem postopku izločitveno pravico.<sup>36</sup> Če je prodajalec zahteval izpolnitev pogodbe od stečajnega dolžnika že pred začetkom stečajnega postopka in dal kupcu dodatni rok za izpolnitev pogodbe, kupec pa kljub temu ni v celoti poravnal kupnine in je prodajalec odstopil od pogodbe že pred začetkom stečajnega postopka, je bila pogodba razvezana že pred začetkom stečajnega postopka. V tem primeru upravitelj več nima možnosti izbire, ali bo ostal pri pogodbi, zato lahko prodajalec na podlagi izločitvene pravice zahteva vrnitev stvari takoj.<sup>37</sup>

Do smiselno enake rešitve o pravici stečajnega dolžnika do izbire v nemškem insolvenčnem pravu lahko pridemo tudi v slovenskem insolvenčnem pravu. Enako kot po nemškem pravu ima stečajni dolžnik tudi po slovenskem insolvenčnem pravu možnost, da se odloči, ali bo ostal pri vzajemno neizpolnjeni dvostranski pogodbi ali pa bo pod pogoji iz 267. člena ZFPPIPP s soglasjem sodišča odstopil od pogodbe. Sodišče da soglasje k uresničitvi odstopne pravice, če se z njeno uresničitvijo dosežejo ugodnejši pogoji za plačilo upnikov (četrti odstavek 267. člena ZFPPIPP). Praviloma se bo stečajni dolžnik odločil za uresničitev odstopne pravice takrat, kadar je bila kupnina plačana v manjši meri. Upoštevati je namreč treba, da če stečajni dolžnik poravnava kupnino, se pričakovalna pravica spremeni v lastninsko pravico in stvar postane predmet stečajne mase.<sup>38</sup> Ker je stvar postala predmet stečajne mase, jo bo upravitelj moral v stečajnem postopku prodati. Stečajni dolžnik je pred začetkom stečajnega postopka najverjetneje stvar kupil po tržni ceni, v stečajnem postopku pa se v praksi premičnine redko prodajo po tržni ceni, zato bo za stečajno maso v tem primeru praviloma ugodneje, če bo stečajni dolžnik odstopil od pogodbe in stvar vrnil prodajalcu.

<sup>34</sup> D. Andres, v: Jörg Nerlich, Volker Römermann, nav. delo, Insolvenzordnung, 2015, § 47 Aussonderung, r. št. 16; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 62a.

<sup>35</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1300.

<sup>36</sup> Določba § 47 InsO.

<sup>37</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 17a; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 66.

<sup>38</sup> Miha Juhart, nav. delo, str. 112.

Po določbi, ki na splošno ureja vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, ima upnik po nemškem pravu možnost upravitelja pozvati, da se odloči, ali bo ostal pri pogodbi. Upravitelj mora v primeru poziva upnika temu nemudoma sporočiti, katero od možnosti bo izbral. Če tega ne stori nemudoma, se šteje, da pogodbe ne bo izpolnil.<sup>39</sup> Če pa gre za vzajemno neizpolnjeno pogodbo pri pridržku lastninske pravice, zakon daje upravitelju daljši rok za odločitev o tem, ali bo pogodbo izpolnil.<sup>40</sup> Upravitelj se mora v tem primeru odločiti šele po sestanku upnikov,<sup>41</sup> kar pomeni v roku od šestih tednov do treh mesecev po začetku stečajnega postopka.<sup>42</sup> Namen daljšega roka je, da se stečajnemu dolžniku dalj časa omogoči poslovanje, saj bi bila posledica takojšnjega izvzetja predmeta, da stečajni dolžnik ne bi več razpolagal s predmeti, ki so mu potrebni za nujno poslovanje.<sup>43</sup> Upravitelju predmetov torej ni treba vrniti prodajalcu takoj po začetku stečajnega postopka. S tem se upravitelju tudi da možnost, da se mu ni treba takoj po začetku stečajnega postopka odločiti, ali bo nadaljeval poslovanje.<sup>44</sup>

Smiselno enako kot po nemškem pravu tudi slovensko pravo predvideva možnost, da upnik stečajnega dolžnika obvesti o svoji terjatvi do njega na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe (četrty odstavek 265. člena ZFPPIPP). Obstaja pa razlika med slovensko in nemško ureditvijo glede pravnih posledic, če se stečajni dolžnik na upnikov poziv ne izjasni. Po slovenski ureditvi ima upnikov poziv, naj se izjasni, le učinek na tek roka, v katerem se mora stečajni dolžnik odločiti o tem, da bo sodišču predlagal uresničitev odstopne pravice. Če v tem roku sodišču ne predlaga odstopa od pogodbe, je posledica tega, da pogodba ostane v veljavi. Nasprotno pa je pos-

<sup>39</sup> Določba drugega odstavka § 103 InsO.

<sup>40</sup> H. Kroth, v: Eberhard Braun, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 13; C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 29; D. Andres, v: Jörg Nerlich, Volker Römermann, nav. delo, § 47 Aussonderung, r. št. 19.

<sup>41</sup> Nem. *Berichtstermin*. Na sestanku upnikov mora upravitelj poročati o finančnem stanju stečajnega dolžnika in o možnostih za ohranitev vsaj dela podjetja (§ 156 InsO).

<sup>42</sup> Določba prvega odstavka § 29 InsO.

<sup>43</sup> H. Kroth, v: Eberhard Braun, § 107 Eigentumsvorbehalt, nav. delo, r. št. 14; C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 1, 17; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 64.

<sup>44</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 28.

ledica pasivnosti stečajnega dolžnika v primeru upnikovega poziva domneva, da je stečajni dolžnik odstopil od pogodbe.<sup>45</sup>

Smiselno enako dolgo kot po nemški ureditvi ima tudi po slovenskem pravu stečajni dolžnik na voljo določen čas, da se odloči o uresnitvi odstopne pravice. Po slovenski ureditvi se mora stečajni dolžnik o uveljavitvi odstopne pravice odločiti v roku treh mesecev od pravnomočnosti sklepa o začetku stečajnega postopka ali od dneva, ko upravitelj prejme obvestilo upnika, da ima terjatev do stečajnega dolžnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, odvisno od tega, v katerem od navedenih dveh primerov se rok izteče pozneje (drugi odstavek 267. člena ZFPPIPP).

Drugače kot v slovenskem pravu pa nemško pravo pozna izjemo od omenjenega posebnega daljšega roka za odločitev o odstopu od pogodbe v primeru, če je pričakovati, da se bo do sestanka upnikov vrednost stvari bistveno zmanjšala in če je upnik stečajnega dolžnika na to izrecno opozoril.<sup>46</sup> To velja predvsem za sezonske stvari (na primer rože, zelenjava, meso).<sup>47</sup> Za zmanjšanje vrednosti stvari v smislu te izjeme pa ne velja zmanjšanje vrednosti, ki bo nastala zaradi običajne uporabe stvari s strani stečajnega dolžnika. Stečajnemu dolžniku za nadaljnjo uporabo stvari ni treba plačati nadomestila, mora pa v primeru, če se vrednost stvari zaradi uporabe zmanjša, povrniti razliko v vrednosti stvari.<sup>48</sup> Pravica do uporabe stvari pa ne pomeni, da lahko stečajni dolžnik do odločitve, ali bo ostal pri pogodbi, stvar porabi ali predela. Zaradi takega ravnanja bi prodajalec izgubil izločitveno pravico in bi imel le denarno terjatev do stečajnega dolžnika.<sup>49</sup>

Če kupec uresniči odstopno pravico in se pogodba razveže, ima prodajalec poleg tega, da lahko zahteva vrnitev stvari, tudi zahtevek za povrnitev škode, ki jo je imel zaradi razveze pogodbe zaradi uresnitve odstopne pravice (peti odstavek 268. člena ZFPPIPP). Prodajalec mora svojo terjatev za povrnitev škode prijaviti v stečajnem postopku, pri čemer se ta terjatev prodajalca poplača iz razdelitvene mase po pravilih ZFPPIPP o plačilu terjatev upnikov

<sup>45</sup> Določba drugega odstavka § 103 InsO.

<sup>46</sup> Določba drugega odstavka § 107 InsO.

<sup>47</sup> C. Ott, M. Vuija, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 5, 22.

<sup>48</sup> H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 65.

<sup>49</sup> Prav tam, r. št. 65a.



(šesti odstavek 268. člena ZFPPIPP). Nemška teorija v zvezi z zahtevkom za povrnitev škode omenja predvsem izgubljen dobiček oziroma morebiten zmanjšani dobiček pri poznejši prodaji stvari tretji osebi.<sup>50</sup> Prodajalec mora pri izračunu višine škode upoštevati vrednost vrnjene stvari, saj mu v tem delu ni nastala škoda. Če vrednost vrnjene stvari skupaj z vsemi plačili stečajnega dolžnika kupca presega vrednost zahtevka za povrnitev škode, mora prodajalec razliko plačati v korist stečajne mase.<sup>51</sup> Situacijo, ko prodajalec zaradi stečaja kupca ne utrpi škode, je mogoče prikazati na naslednjem praktičnem primeru. Kupec na podlagi pridržka lastninske pravice za kupnino 25.000 evrov kupi blago v vrednosti 20.000 evrov. Do začetka stečajnega postopka je kupec prodajalcu poravnal del kupnine v višini 5.000 evrov. Po začetku stečajnega postopka se je stečajni dolžnik odločil, da ne bo poravnal preostanka kupnine in torej ne bo v celoti izpolnil prodajne pogodbe. Prodajalec je na podlagi izločitvene pravice pridobil nazaj blago, ki je bilo vredno 20.000 evrov. Prodajalec bi zato načeloma imel zoper kupca zahtevek za povrnitev škode v višini 5.000 evrov zaradi izgubljenega dobička. Vendar, ker je že prejel delno plačilo kupnine v višini 5.000 evrov, se ta pobota z njegovim zahtevkom za povrnitev škode. Prodajalec je v tem primeru torej v enakem položaju, kot da bi bila pogodba izpolnjena, zato nima zahtevka za povrnitev škode zoper stečajnega dolžnika, prav tako mu ni treba ničesar povrniti v stečajno maso.<sup>52</sup>

### **3. PRAVNI POLOŽAJ KUPCA V STEČAJU PRODAJALCA**

Slovensko insolvenčno pravo ne obravnava posebej pravnega položaja pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice, kadar se nad eno od njiju začne stečajni postopek. Zato se bodo pri stečajnem postopku nad prodajalcem enako kot v primeru stečajnega postopka nad kupcem uporabila pravila o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah. To pomeni, da se bo lahko stečajni dolžnik odločil in s soglasjem sodišča pod pogoji iz 267. člena ZFPPIPP uresničil pravico odstopiti od vzajemno neizpolnjene dvostranske

<sup>50</sup> Določba prvega stavka § 252 BGB; Ulrich Keller, r. št. 1294.

<sup>51</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1301; C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 23.

<sup>52</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1302.

pogodbe. V tem primeru se postavlja vprašanje, kakšen je pravni položaj kupca s pridržkom, glede na to, da je postal imetnik pričakovalne pravice, da bo po plačilu kupnine pridobil polno lastninsko pravico.<sup>53</sup> Vprašanje je, ali možnost stečajnega dolžnika odstopiti od pogodbe ne poseže čezmerno v kupčevo pričakovalno pravico.

Po nemškem pravu ima upravitelj pri kupčevem stečaju pravico do izbire, v primeru stečaja prodajalca pa take pravice nima.<sup>54</sup> Nemški InsO to izrecno določa v prvem odstavku § 107. Prodajalec torej ne more odstopiti od pogodbe in zahtevati izročitve stvari od pogodbi zvestega kupca. Kupec, ki poravna kupnino v celoti, s tem izpolni odložni pogoj in pridobi lastninsko pravico na stvari ne glede na to, da se je nad prodajalcem začel stečajni postopek. Po enotnem mnenju nemške teorije stečajni dolžnik ne sme imeti možnosti odstopiti od prodajne pogodbe. Nemška teorija izrecno poudarja, da mora imeti kupec v primeru stečaja prodajalca možnost, da v stečajno maso plača preostanek kupnine in s tem izpolni odložni pogoj ter pridobi lastninsko pravico. Če bi imel upravitelj pri stečaju prodajalca možnost odstopiti od pogodbe, bi po enotnem mnenju nemške teorije s tem ogrozil kupčevo pričakovalno pravico.<sup>55</sup> Cilj prvega odstavka § 107 InsO je torej, da varuje kupčevo pričakovalno pravico v primeru stečaja prodajalca.

Čeprav prvi odstavek § 107 InsO govori o tem, da mora prodajalec kljub začetku stečajnega postopka prodajno pogodbo izpolniti, nemška teorija poudarja, da prodajalec ni zavezan k posebnemu ravnanju, saj je stvar že izročil kupcu.<sup>56</sup> S tem, ko kupec poravna kupnino, se izpolni odložni pogoj in postane lastnik stvari. Pridobitev lastninske pravice je torej odvisna le od ravnanja

<sup>53</sup> Renato Vrenčur, nav. delo, 2002, str. V.

<sup>54</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1304.

<sup>55</sup> D. Wegener, v: Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Heinz Vallender, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 2, 8; H. Kroth, v: Eberhard Braun, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, 2014, r. št. 7; C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 8; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 76.

<sup>56</sup> D. Wegener, v: Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Heinz Vallender, nav. delo, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 7; C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 12.

kupca.<sup>57</sup> Stečajni dolžnik zato ne le, da nima možnosti, da bi zahteval vrnitev stvari od kupca, ampak tudi ne more zavrniti plačila kupnine s strani kupca.<sup>58</sup>

Čeprav po nemškem InsO stečajni dolžnik nima pravice do izbire, ali bo ostal pri pogodbi, pa lahko pod pogoji § 323 BGB odstopi od pogodbe, če kupec pride v zamudo s plačilom preostanka kupnine. V tem primeru mora kupec vrniti stvar v stečajno maso, stečajni dolžnik pa kupcu vrniti kupnino.<sup>59</sup>

Možna je pa tudi situacija, da kupec ne želi poravnati kupnine, stečajni dolžnik pa želi ostati pri prodajni pogodbi. Ne glede na stečajni postopek nad prodajalcem pogodba še vedno zavezuje kupca, zato lahko stečajni dolžnik, če se tako odloči, od njega zahteva plačilo popolne kupnine. Če kupec poravnava kupnino, postane lastnik stvari. Če pa kupec ne želi poravnati kupnine, lahko stečajni dolžnik zoper njega uveljavlja vse sankcije zaradi neizpolnitve pogodbe, tudi odstop od pogodbe.<sup>60</sup> V primeru odstopa od pogodbe mora kupec vrniti stvar stečajnemu dolžniku, sam pa ima do stečajnega dolžnika terjatev za vrnitev kupnine.<sup>61</sup>

Slovenska teorija sledi stališču nemškega zakonodajalca in teorije, da možnost stečajnega dolžnika odstopiti od pogodbe čezmerno poseže v pričakovalno pravico kupca. Treba je namreč upoštevati, da ima kupec kot imetnik pričakovalne pravice poseben pravni položaj.<sup>62</sup> Slovenska teorija zato meni, da bi bilo treba dopolniti slovensko insolvenčno pravo tako, kot to določa nemško pravo.<sup>63</sup>

Strinjam se s stališčem nemške in slovenske teorije, da možnost stečajnega dolžnika odstopiti od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe pri pridržku lastninske pravice čezmerno poseže v pričakovalno pravico kupca. Določba, ki bi jasno uredila položaj kupca pri stečaju prodajalca, bi bila v ZFPPIP sicer dobrodošla, vendar menim, da je mogoče zavarovati priča-

<sup>57</sup> C. Ott, M. Vuia, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 2, § 107 Eigentumsvorbehalt, r. št. 12; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 77.

<sup>58</sup> Ulrich Keller, nav. delo, r. št. 1306.

<sup>59</sup> D. Wegener, v: Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Heinz Vallender, § 107 Eigentumsvorbehalt, nav. delo, r. št. 7; H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 76.

<sup>60</sup> H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 78.

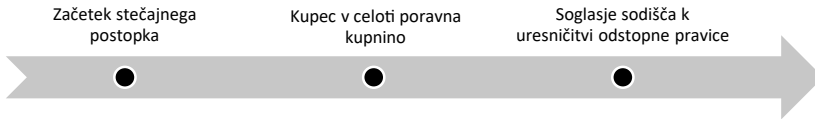
<sup>61</sup> Prav tam, r. št. 78.

<sup>62</sup> Miha Juhart, nav. delo, str. 110.

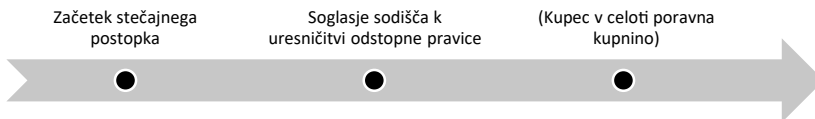
<sup>63</sup> Renato Vrenčur, nav. delo, 2002, str. VII.

kovalno pravico kupca z ustrežno razlago veljavnih določb brez spremembe ZFPPIPP. Do morebitne dopolnitve ZFPPIPP, če se bo zakonodajalec sploh odločil za dopolnitev ZFPPIPP, zato ostaja odprto vprašanje, kako na podlagi veljavnih določb reševati situacije v praksi, ko se nad prodajalcem začne stečajni postopek, kupec pa v celoti poravna kupnino po začetku stečajnega postopka. Možni sta dve situaciji:

1. kupec v celoti poravna kupnino, še preden upravitelj pridobi soglasje za uresničitev odstopne pravice (skica 1);
2. upravitelj pridobi soglasje sodišča za uresničitev odstopne pravice, še preden kupec poravna kupnino (skica 2).



**Skica 1.**



**Skica 2.**

Prva situacija lahko nastane, ker ima stečajni dolžnik možnost, da uresniči odstopno pravico v roku treh mesecev od začetka stečajnega postopka. Zato je možno, da kupec prehití stečajnega dolžnika in izpolni odložni pogoj, še preden upravitelj pridobi soglasje sodišča za uresničitev odstopne pravice. Ker se bo izpolnil odložni pogoj, bo kupec samodejno pridobil lastninsko pravico na stvari. Vprašanje je, ali lahko upravitelj pozneje prepreči tako pridobitev lastninske pravice s tem, ko s soglasjem sodišča uresniči odstopno pravico. Menim, da je mogoče pričakovalno pravico kupca v tej situaciji zavarovati z ustrežno razlago določb ZFPPIPP o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah. Menim, da stečajni dolžnik od prodajne pogodbe, ko je kupec še pred soglasjem sodišča v celoti poravnal kupnino in postal lastnik stvari, ne more več odstopiti. Prodajna pogodba je bila namreč v celoti izpolnjena s strani obeh strank, zato ni več vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba. Ker ZFPPIPP daje stečajnemu dolžniku pravico odstopiti od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, je v tej situaciji na podlagi gramatikalne

razlage ZFPPIPP možno sprejeti stališče, da stečajni dolžnik od take pogodbe več ne more odstopiti, saj ne gre za vzajemno neizpolnjeno dvostransko pogodbo.

V drugi situaciji pa glede na veljavno zakonsko ureditev ne vidim pravne podlage, da bi sodišče zavrnilo soglasje k uresničitvi odstopne pravice, če upravitelj odstop od pogodbe predlaga in če sodišče ugotovi, da je tak odstop v korist stečajne mase. V tem primeru zato lahko pride do posega v pričakovano pravico kupca, zato bi bila dobrodošla dopolnitev ZFPPIPP, s katero bi slovenski zakonodajalec kupca zavaroval smiselno enako, kot ga je zavaroval nemški zakonodajalec. Do takrat pa kaže kupcu v takih primerih svetovati, da še pred soglasjem sodišča k odstopu od pogodbe v celoti poravna kupnino, s čimer izpolni odložni pogoj in pridobi lastninsko pravico na stvari.

#### **4. SKLEP**

Slovenska insolvenčna zakonodaja ne ureja posebej položaja pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice, kadar se nad prodajalcem ali kupcem začne stečajni postopek, zato se za presojo njunih pravnih položajev uporabijo pravila o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah. Ena od materialnopravnih posledic, ki nastane po začetku stečajnega postopka za vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, je, da lahko stečajni dolžnik s soglasjem sodišča odstopi od pogodbe. Možnost stečajnega dolžnika odstopiti od pogodbe ni sporna v primeru stečaja kupca, je pa taka možnost sporna v primeru stečaja prodajalca. Ko prodajalec pri pridržku lastninske pravice kupcu izroči stvar, ta pridobi pričakovalno pravico, ki pomeni zavarovan pridobitni položaj. Izpolnitev odložnega pogoja je namreč odvisna le od volje kupca in je torej le od njega odvisno, ali bo na stvari pridobil lastninsko pravico. Možnost prodajalca, da v primeru začetka stečajnega postopka po pravilih insolvenčnega prava odstopi od pogodbe, pomeni poseg v pričakovalno pravico kupca. Vendar menim, da dopolnitev insolvenčne zakonodaje ni nujna, saj je pričakovalno pravico kupca mogoče zavarovati z ustrezno razlago ZFPPIPP o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah. Če kupec po začetku stečajnega postopka v celoti poravna kupnino, je prodajna pogodba v celoti izpolnjena. Ker taka pogodba ni več vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba, prodajalec od prodajne pogodbe ne more več odstopiti.

**Literatura:**

Eberhard Braun: *Insolvenzordnung, Kommentar*. Verlag C. H. Beck, München 2014.

Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner (ur.): *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1*. Verlag C. H. Beck, München 2013.

Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, Rolf Stürner (ur.): *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2*. Verlag C. H. Beck, München 2013.

Miha Juhart: Pridržek lastninske pravice, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 1997, letn. 57, str. 101–118.

Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic: *Uvod v civilno pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.

Ulrich Keller: *Insolvenzrecht*. Verlag Franz Vahlen, München 2006.

Jörg Nerlich, Volker Römermann: *Insolvenzordnung, Kommentar*. Verlag C. H. Beck, München 2016.

Nina Plavšak: *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, razširjena uvodna pojasnila*. GV Založba, Ljubljana 2008.

Renato Vrenčur: Pridržek lastninske pravice, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2005, str. 1365–1380.

Renato Vrenčur: Pridržek lastninske pravice v pogojih insolventnosti in izvršbe, v: *Pravna praksa*, št. 17/2002, priloga, str. V–VIII.

Matjaž Tratnik: Pridržek lastninske pravice v primerjalnem pravu, v: *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, 2010, letn. 6, str. 69–99.

Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur, Miha Šlamberger: *Zavarovanje plačil: s primeri pogodb, klavzul, zemljiškoknjižnih predlogov in sodno prakso*. Inštitut za nepremičninsko pravo Maribor, Maribor 2010.

Wilhelm Uhlenbruck, Heribert Hirte, Heinz Vallender (ur.): *Insolvenzordnung, Kommentar*. Verlag Franz Vahlen, München 2015.



**POVZETKI**  
***SYNOPSIS***



Marijan Pavčnik

**Smisel pravne misli  
(Sprengerjeva reinterpretacija Radbruchove formule)**

Radbruchova formula išče, bi rekla Smoletova Antigona, smisel pravne misli. K iskanju tega smisla je dragoceno prispeval tudi Gerhard Sprenger (1933–2012). Njegova moč je iskanje znosnosti prava, ki mora temeljiti na pravnem občutku pošteno mislečih in čutečih ljudi. Sprengerjeva mera je »drugi«, s katerim mora jaz vzajemno so-bivati. Znosnost je temeljni element človekovega dostojanstva, ki ga je treba kazuistično izgrajevati od primera do primera. Dejanje in ne beseda je tisto, kar naj bo na začetku.

**Ključne besede:** Radbruchova formula, argument neprava, smisel pravne misli, znosnost prava, pravni občutek, človekovo dostojanstvo.

Marijan Pavčnik

**The Sense of Legal Thought  
(Sprenger's Reinterpretation of Radbruch's Formula)**

Radbruch's formula seeks – as Smole's Antigone would say – the sense of the legal thought. A valuable contribution to this search was also made by Gerhard Sprenger (1933–2012). His strength was the search for the tolerability of law that has to be based on the sense of justice of honestly thinking and feeling men. Sprenger's measure is “the other”, with whom the self has to mutually co-exist. The tolerability is a basic element of human dignity, which has to be developed from case to case in a casuistic manner. It is the deed and not the word that should be in the beginning.

**Key words:** Radbruch's formula, argument of non-law, sense of legal thought, tolerability of law, sense of justice, human dignity.

Lovro Šturm

### **Pošteno sojenje in kritika pravosodja**

Prispevek opredeljuje najprej terminologijo obravnavanih pojmov in prikazuje veljavne pravne podlage v slovenskem pravnem redu za kritiko pravosodja. Nato obravnava neodvisnost in nepristranskost sodišč kot ključni sestavini poštenega sojenja. Sledijo opredelitve in stališča iz presoje slovenskih sodišč in iz sodnih primerov ESČP o poštemem, zlasti o (ne)pristranskem sojenju. Posebno mesto ima disciplinsko kaznovanje odvetnikov in sodna praksa ESČP o javni kritiki sodstva v okviru svobode izražanja. Sklepni del opozarja na odprta sporna vprašanja v slovenskem pravnem redu v zvezi z naslovno problematiko.

**Ključne besede:** omejitve kritike sodišč, Evropsko sodišče za človekove pravice, kritika pravosodja, (ne)pristransko sojenje, pošteno sojenje, pravna presoja, sodstvo, svoboda izražanja, varovanje avtoritete in nepristranskosti sodstva, žalitev sodišča, disciplinsko kaznovanje odvetnikov.

Lovro Šturm

### **Fair Trial and Criticism of the Judiciary**

The article initially defines the terminology of the concepts dealt with, and indicates a valid legal basis in the Slovenian legal order for the criticism of the judiciary. It then deals with the independence and impartiality of the courts as a key component of a fair trial. It is followed by the definition and assessment of the standpoints of Slovenian courts and court cases from the ECHR on fair, especially on the (un)biased trial. A special place in the paper has the disciplinary punishment of lawyers and the case law of the ECHR concerning public criticism of the judiciary in the frame of freedom of expression. The concluding part points out the open contentious issues in the Slovenian legal order with regard to the issue of the title.

**Key words:** limits of the criticism of the courts, European Court of the Human Rights, the criticism of the judiciary, (un)biased trial, fair trial, judicial review, justice, freedom of expression, safeguard of the authority and impartiality of justice, contempt of court, the disciplinary punishment of lawyers.

Jan Zobec

### **Pilotne sodbe – Strasbourg kot ustavno sodišče?**

Prispevek najprej obravnava politično-zgodovinske okoliščine, v katerih se je uveljavila ideja pilotne sodbe, ter s tem povezane razloge, ki so ESČP prisilili k temu »odkritju«. Razlogi, ki so zahtevali uvedbo instituta pilotne sodbe, so pravzaprav enaki smislu tega instituta: obvladovanje pripada zadev in pomoč državam pri implementaciji konvencijskih pravic ter s tem učinkovitejše varstvo pravic. V nadaljevanju so prikazani institucionalni razvoj instituta, dejanski (praktičen) potek pilotnega postopka ter nekatera nerešena vprašanja. Prispevek se sklene s kratko analizo vpliva pilotne sodbe na razmerje med ESČP in ustavnimi organi obsojene države pogodbenice, predvsem ustavnim sodiščem (v luči treh slovenskih primerov: »Lukende«, »izbrisanih« in »starih deviznih vlog«) ter s sklepnimi mislimi o dobrih in slabih straneh tega, konvencijsko neurejenega (in s prakso ESČP vsiljenega) instituta.

**Ključne besede:** Evropsko sodišče za človekove pravice, pilotne sodbe, ureničevanje Evropske konvencije o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, zadeva »Lukenda«, »izbrisani«, »stare devizne vloge«.

Jan Zobec

### **Pilot Judgments – Strasbourg as a Constitutional Court?**

The article first discusses the historical political context in which the idea of a pilot judgment is implemented, and the related reasons that have forced the ECHR into this “discovery”. The reasons necessitating the introduction of the institution of pilot judgments have essentially the same meaning as this institute: the management of cases and to assist countries in their implementation of the Convention rights and thus the more effective protection of rights. The article examines the institutional development of the institution, the actual (practical) course of the pilot process and some unresolved issues. The paper concludes with a brief analysis of the impact of pilot judgments on the relationship between the ECHR and the constitutional courts of the contracting parties (in the light of three Slovenian cases: “Lukenda”, “the erased” and “the old foreign-currency savings”), along with final thoughts on the positive and negative sides of this Convention-unregulated (and ECtHR law enforced) institution.

**Key words:** European Court of Human Rights, pilot judgment, execution of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the case of “Lukenda”, “the erased”, “the old foreign-currency savings”.

Ciril Ribičič

## **Ustavna pritožba subsidiarnega tožilca**

Avtor obravnava doktrino Ustavnega sodišča o tem, da subsidiarni in zasebni tožilec nista upravičeni osebi za vložitev ustavne pritožbe in razloge, ki govorijo za in proti tej 15 let stari doktrini. Poznejši razvoj je privedel do tega, da je Ustavno sodišče od nje delno odstopilo v primeru, ko je oseba umrla med preiskavo njenega stanovanja ter na podlagi pritožbe subsidiarnih tožilcev ugotovilo kršitev njenih procesnih pravic. ESČP je to spremembo stališča Ustavnega sodišča pozdravilo v sodbi v zadevi *Matko proti Sloveniji*, vendar je opozorilo, da mora biti preiskava policijskega nasilja, da bi bila učinkovita, taka, da odkrije vzroke in odgovorne za smrt. Poleg tega je ESČP obsodilo Slovenijo v zadevi *Šilih*, potem ko je Ustavno sodišče zavrglo ustavno pritožbo zakoncev *Šilih*, katerih sin je umrl v bolnišnici, češ da gre za neupravičeni osebi za vložitev ustavne pritožbe. Tak razvoj in argumenti, ki so bili zoper doktrino o neupravičeni osebi navedeni v ločenih mnenjih že ob njenem sprejemu, govorijo za to, da bi Ustavno sodišče vnovič preučilo upravičenost omenjene doktrine.

**Ključne besede:** ustavna pritožba, subsidiarni tožilec, zasebni tožilec, prepoved ponovnega sojenja, policijsko nasilje, *Šilih proti Sloveniji*, *Matko proti Sloveniji*.

Ciril Ribičič

### **Constitutional Complaint of the Injured Party Acting as a Prosecutor**

The author discusses a doctrine by the Constitutional Court of the Republic of Slovenia according to which an injured party acting as a prosecutor and a civil claimant do not have standing for filing a constitutional complaint. The arguments for and against such 15-years-old doctrine are presented, as well. The later development led the Constitutional Court to partially recede from the doctrine in the case in which a person died during the search of his apartment and after a constitutional complaint filed by injured parties acting as prosecutors found a violation of their procedural rights. The development was welcomed by the European Court of Human Rights in the case *Matko v. Slovenia*. Simultaneously, however, the Court emphasised that an investigation of police violence can be considered effective only if it finds causes of the victim's death and those responsible for the act. Furthermore, the Court found that Slovenia had violated the Convention in the case *Šilih*, after the Constitutional Court dismissed a constitutional complaint on procedural grounds by parents whose son had died in hospital, saying they did not have standing for filing a constitutional complaint. Such development and arguments against the doctrine stated in dissenting opinions when the doctrine was formed demonstrated a need for the Constitutional Court to once more consider the justification of the doctrine.

**Key words:** constitutional complaint, injured party acting as a prosecutor, civil claimant, *ne-bis-in-idem*, police violence, *Šilih v. Slovenia*, *Matko v. Slovenia*.



Špelca Mežnar

## **Reševanje kolizije med pravicami intelektualne lastnine in drugimi temeljnimi pravicami**

Najvišja sodišča (ESČP, Sodišče EU, Ustavno sodišče RS) se vse pogosteje srečujejo s pravicami intelektualne lastnine kot temeljnimi človekovimi pravicami. Pri tem so zlasti zanimivi spori, v katerih intelektualni lastnini nasproti stoji druga temeljna pravica, na primer svoboda izražanja, svobodna gospodarska pobuda, lastninska pravica, osebne pravice (zasebnost, varstvo osebnih podatkov). Sodišča take kolizije rešujejo z metodo tehtanja. Ni mogoče izključiti, da v posameznih primerih varstvo temeljnih pravic drugih omeji (nadvlada) pravice intelektualne lastnine. Gre za omejitve, ki izhajajo iz prava človekovih pravic in ni nujno vsebovana tudi v zakonskih določbah o vsebinskih omejitvah intelektualne lastnine.

**Ključne besede:** intelektualna lastnina, človekove pravice, temeljne pravice, omejitve, tehtanje pravic.

Špelca Mežnar

## **Striking the Balance between Intellectual Property Rights and Fundamental Rights of Others**

Highest courts (ECtHR, CJEU, constitutional courts) are increasingly encountered by intellectual property rights as fundamental human rights. Cases, in which intellectual property conflicts with other fundamental rights, for example freedom of expression, freedom of economic initiative, the right to property, personal rights (privacy, protection of personal data), are of a particular interest. To resolve the conflicts, courts apply the method of balancing. It is possible that the protection of the fundamental rights of others limits (dominates over) intellectual property rights. Such limitation is based directly upon human rights standards and is not necessarily contained in the statutory provisions on substantive intellectual property restrictions.

**Key words:** intellectual property, human rights, fundamental rights, limitations, balancing fundamental rights.

Igor Kaučič

## **Ustavnoppravna narava zakonodajnega referendumu**

Ustavna ureditev zakonodajnega referendumu je v Sloveniji že nekaj let eno najbolj spornih političnih in strokovnih vprašanj. Sprememba 90. člena Ustave, ki je bila sprejeta leta 2013, je temeljito posegla v institut zakonodajnega referendumu. Nova ustavna ureditev vsebuje tri bistvene sklope sprememb, in sicer spremembe na področju referendumuške iniciative, omejevanja predmeta referendumuškega odločanja in legitimnosti referendumuške odločitve. Po novem lahko zakonodajni referendum zahtevajo samo volivci (ne pa tudi poslanci, Državni svet in Državni zbor), referendum ni več dopusten za nekatere posebej določene zakone (o dopustnosti razpisa referendumu o teh zakonih bo odločal Državni zbor, v sporu med predlagateljem referendumu in Državnim zborom, ki bo zavrnil razpis referendumu, pa bo odločalo Ustavno sodišče), legitimnost referendumuške odločitve pa krepi kvorum zavrnitve (za zavrnitev zakona je potrebna najmanj petina volivcev). Prav tako je bil namesto potrditvenega uveden zavrnitveni model zakonodajnega referendumu.

**Ključne besede:** referendum, zakonodajni referendum, zavrnitveni referendum, ljudska referendumuška iniciativa, prepoved referendumu, referendumuška večina, kvorum.

Igor Kaučič

### **Constitutional nature of legislative referendum**

The constitutional arrangement of legislative referendum has been an issue of dispute among politicians and experts in Slovenia for several years. The amendment of Article 90 of the Constitution adopted in 2013 introduced drastic changes to the institution of the legislative referendum. Three fundamental sets of changes have been adopted, i.e. changes regarding initiatives for referendum; limitations of the subjects decided upon; and regarding legitimacy of the decision of the referendum. According to the amendments, the referendum can only be proposed by voters (and not by the deputies, the National Assembly and the National Council). Secondly, it is inadmissible to call on referendum for certain determined laws (National Assembly decides on permissibility to call the referendum; In case of a dispute between the proposer of referendum and the National Assembly, which rejected to call it, the Constitutional Court will decide on this matter). Thirdly, rejection quorum (at least one fifth of the voters is needed to reject the proposal) was introduced to make the decision even more legitimate. And lastly, a rejective referendum was introduced instead of an approval referendum.

**Key words:** referendum, legislative referendum, rejective referendum, popular initiative for referendum, prohibition of referendum, referendum majority, quorum.

Franc Grad

## **Federalizacija Evropske unije**

Avtor obravnava proces federalizacije Evropske unije, v katerem postaja Unija vse bolj podobna zvezni državi. Pri tem ugotavlja, da Unije ni mogoče uvrstiti niti v kategorijo federacije niti v kategorijo konfederacije, hkrati pa so v njej prisotni tako elementi konfederacije kot tudi elementi federacije. Pravni temelj Unije so namreč mednarodne pogodbe, po drugi strani pa je vse bolj organizirana in vse bolj deluje kot nekakšna zvezna država. Prednost take ureditve je zlasti ohranitev (dela) suverenosti članic in neposrednega vpliva držav članic na temeljne odločitve Unije. Pomanjkljivost take ureditve v primerjavi z zvezno državo je zlasti pomanjkanje transparentnosti pravne ureditve, učinkovitosti delovanja in demokratičnosti ter tudi naraščajoča moč birokracije. Z vidika odnosov med Unijo in članicami pa je pomanjkljivost tudi nejasna razporeditev pristojnosti in precejšnja nestabilnost odnosov znotraj Unije. Njena ustavna ureditev, ki se sicer lahko spreminja le s soglasjem vseh članic, se namreč v resnici spreminja dokaj pogosto, kar lahko bistveno vpliva na položaj držav članic Unije. Avtor ugotavlja, da je tako stanje znosno, ni pa perspektivno, zato se bo morala Unija odločiti, ali se bo vrnila na staro ureditev ali pa se bo spremenila v federacijo.

**Ključne besede:** Evropska unija, konfederacija, federacija, suverenost, učinkovitost, demokracija.

Franc Grad

### **Federalisation of the European Union**

The author deals with the process of the federalisation of the European Union, in which the Union is becoming more and more similar to that of a federal state. In so doing, notes that the Union cannot be classified either in the category of a Federation nor a Confederation, though both elements are present in its constitutional order. Namely, the Union is based on the founding treaties as international treaties while it is organised and increasingly acts as a kind of federal state. The advantage of such arrangements is in particular the preservation of (part of) sovereignty of the Member States and a direct impact on the fundamental decisions of the Member States of the Union. The disadvantage of such arrangements in comparison with the Federal state, is in particular, the lack of transparency of regulation, efficiency of acting and democracy, as well the increasing power of the bureaucracy. From the perspective of the relations between the Union and the Member States, the disadvantage is also that the distribution of powers is unclear, as well as considerable instability of relationships within the Union. Namely, the constitutional order of the Union, though it can be changed only by the consent of all members, in fact has been changed quite often which can have an important impact on the position of Member States. The author notes that such a situation is bearable, but not perspective, therefore, the Union will have to decide whether it will back the old regime, or it will transform itself in the Federation.

**Key words:** European union, confederation, federation, sovereignty, efficiency, democracy.

Nina Betetto

## **Sosporništvo v odškodninskih sporih**

Sodelovanje več oseb v pravdi – sosporništvo, ki je v odškodninskih sporih pogosto, je v tesni odvisnosti od pravne narave materialnopravnega razmerja med strankami. Sosporniki na aktivni strani v odškodninskih sporih so oškodovanci, na pasivni pa povzročitelji škode in odgovorne osebe, ki odgovarjajo namesto oziroma poleg povzročitelja škode. Tožniki so materialni sosporniki, če njihovi zahtevki temeljijo na istem škodnem dogodku ali kršitvi iste pogodbe. Podobno tvorijo toženci procesno skupnost materialnih sospornikov, če škoda, ki so jo povzročili, izvira iz istega dogodka ali kršitve iste pogodbe. Avtorica obravnava vpliv materialnega sosporništva na mednarodno pristojnost slovenskega sodišča, izbirno krajevno pristojnost in vrsto postopka. Analizira razliko med navadnim in enotnim sosporništvom ter opozarja, da v odškodninskih sporih ni nujnega sosporništva ne na aktivni ne na pasivni strani.

**Ključne besede:** sosporništvo, odškodninski spori, materialno sosporništvo, formalno sosporništvo, navadno sosporništvo, enotno sosporništvo, nujno sosporništvo, mednarodna pristojnost, krajevna pristojnost, vrsta postopka, vrednost spornega predmeta.

Nina Betetto

## **Joinder of Parties in Tort Claims**

The union in one lawsuit of multiple parties – joinder of parties, which often occurs in tort disputes, essentially depends on the legal nature of the relationship between parties. While co-plaintiffs in tort actions are injured parties, co-defendants are tortfeasors who committed a wrongful act that injured another or persons who are responsible for the tort claim. The litigants are material co-plaintiffs if they claim a right arising from the same harmful event or breach of the same contract. Similarly, the litigants are material co-defendants if assertions made against them claim a right to relief for damages emerging from the same harmful event or contract. The impact of material joinder of parties on the jurisdiction of Slovenian court, elective territorial jurisdiction and form of procedure is discussed. The author analyses the distinction between the ordinary and uniform joinder of parties and notices that co-litigants in tort actions can never be indispensable parties.

**Key words:** joinder of parties, tort claims, material joinder of parties, formal joinder of parties, ordinary joinder of parties, uniform joinder of parties, compulsory joinder of parties, international jurisdiction, territorial jurisdiction, amount of the dispute.



Aleš Galič

### **Ali se je mogoče izogniti vročanju v tujino ali vsaj obveznosti prevoda?**

Pri ureditvi čezmejnega vročanja varstvo državne suverenosti ni več glavna skrb. V ospredje stopa varstvo človekovih pravic in legitimnih interesov strank, pri čemer je treba ustvariti ustrezno sorazmerje med nasprotujočimi si interesi. Uredba EU o čezmejnem vročanju povečuje jamstva glede jezika pri čezmejnem vročanju. Vprašanje pa je, ali se lahko stranka tem jamstvom vnaprej odpove. Drugi sklop vprašanj, ki jih obravnava prispevek, pa se nanaša na prakso Sodišča Evropske unije, ki je odstopilo od tradicionalnega stališča, da smejo države uveljaviti instrumente bolj ali manj fiktivnih vročitev na njihovem ozemlju, s čimer se lahko izognejo obveznosti vročanja v tujino.

**Ključne besede:** vročanje, pravdni postopek, jezik pravnih dokumentov, fiktivna vročitev.

Aleš Galič

**Is It Possible to Avoid the Need of Serving Judicial Documents Abroad or at Least the Need to Have them Translated?**

Protection of national sovereignty is no longer the major concern in the system of cross-border service of documents. What is gaining on importance is the protection of fundamental rights and legitimate expectations of litigants, whereby proper balance must be struck between the competing values. The EU 1393/2007 Regulation strengthens the guarantees concerning language, the question however is whether the party can waive in advance these guarantees. Another question discussed in this paper concerns the CJEU's departure from the traditional view that states are free to implement various methods, which make service abroad unnecessary.

**Key words:** service of process, civil procedure, language of judicial documents, fictitious service.

Jerca Kramberger Škerl

## **Temeljna procesna jamstva in eksekvatura**

Sodišče Evropske unije (SEU) in Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) vsako v okviru svojih pristojnosti podpirata in spodbujata mednarodno pravosodno sodelovanje v obliki priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb. ESČP je v 21. stoletju razvilo novo in obsežno razlago pravic in obveznosti držav pogodbenic na področju priznavanja in izvrševanja tujih sodnih odločb s civilnopравниhga področja. (Ne)priznanje ali (ne)izvršitev tuje sodne odločbe lahko pomeni kršitev vsebinskih členov EKČP, lahko pa gre (tudi) za kršitev pravice do poštenega sojenja iz prvega odstavka 6. člena EKČP.

EU je v zadnjem desetletju sprejela številne akte, ki zahtevajo samodejno priznavanje in izvrševanje sodb in javnih listin iz drugih držav članic. Ti akti ne vsebujejo pridržka javnega reda ali drugega mehanizma, ki bi državi izvršitve omogočal, da zaradi kršitve procesnih garancij v državi izdaje odločbe zavrne izvršitev take odločbe. Če je zoper državo izvršitev v takem primeru vložena pritožba zoper ESČP, se uporabi t. i. test *Bosphorus*, ki omogoča, da država praviloma ne odgovarja za kršitev 6. člena EKČP.

**Ključne besede:** eksekvatura, priznanje tujih sodnih odločb, izvršitev tujih sodnih odločb, Evropsko sodišče za človekove pravice, Sodišče Evropske unije, Uredba Bruselj I, človekove pravice, procesna jamstva.

Jerca Kramberger Škerl

### **Fundamental Procedural Guarantees and the Exequatur**

The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights (ECtHR) support and enhance, each within the scope of its jurisdiction, the international judicial cooperation in the form of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters. In the 21<sup>st</sup> century the latter developed a broad new interpretation of the rights and obligations of the contracting States in this field. The (non) recognition and (non)enforcement of a foreign judgment can constitute a violation of substantive rights from the ECHR, as also the violation of the right to a fair trial from Article 6(1) of the ECHR.

In the last decade, the EU adopted several regulations requiring an automatic recognition and enforcement of judgments and public instruments from other Member States. These regulations do not provide for the public policy defense, or any other mechanism which would enable the refusal of enforcement of a judgment from another Member State if procedural guarantees have been violated in the procedure of issuing such judgment. If an application is filed against the state of enforcement before the ECtHR, it will apply the so called *Bosphorus* test, so that the responsibility of such state will most often be excluded.

**Keywords:** exequatur, recognition of foreign judgments, enforcement of foreign judgments, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, Brussels I Regulation, human rights, procedural guarantees.

Vesna Rijavec

### **Sistem pravnih sredstev v izvršbi**

V prispevku so pravna sredstva v izvršilnem postopku sistematično razvrščena in ovrednotena, upošteva je njihove poglobitve značilnosti. Največ pozornosti je namenjeno dolžnikovemu ugovoru proti sklepu o izvršbi, ki je tudi jasno razmejen od ugovora proti plačilnemu nalogu v sklepu o izvršbi na podlagi verodostojne listine. Obravnavane so značilnosti ugovora tretjega in pritožbe v izvršbi ter izredna pravna sredstva. To so ugovor po izteku roka, tožba zaradi nedopustnosti izvršbe in zahteva za varstvo zakonitosti. Sistemska predstavitev je kratko dopolnjena s specifičnimi pravnimi sredstvi. To so predlog za vrnitev v prejšnje stanje, zahteva za odpravo nepravilnosti pri opravi izvršbe, tožba za izpodbijanje terjatve v postopku poplačila iz prodane stvari in predlog za nasprotno izvršbo. Teoretično razglabljanje o primernosti sistema je dopolnjeno s stališči sodne prakse in nekaterimi primerjalnopravnimi zgledi.

**Ključne besede:** izvršilni postopek, pravna sredstva, ugovor, pritožba, revizija, zahteva za varstvo zakonitosti, tožba zaradi nedopustnosti izvršbe, zahteva za odpravo nepravilnosti pri opravi izvršbe, predlog za vrnitev v prejšnje stanje nasprotna izvršba.

Vesna Rijavec

## **System of Legal Remedies in Enforcement Procedure**

Legal remedies in civil enforcement procedure are systematically classified and evaluated with regard to their most relevant characteristics. Most attention was paid to the debtor's remedy »opposition«. The clear distinction from the »opposition« against the payment order as a part of the combined enforcement order decree on the grounds of the authentic document has been pointed out. Further, the presentation follows of the »third person's opposition« and the appeal against the enforcement order decree, extraordinary legal remedies, namely the »opposition« in retard, the action for inadmissibility of the enforcement and the petition for protection of legality. The specific legal remedies, such as the motion for reinstatement, the request to eliminate deficiencies in carrying out the enforcement, the action to impugn a claim of a particular participating creditor in the process of payment after the assets were sold, and the motion for counter enforcement have also been considered. Theoretical discussion on the adequacy of the system is supplemented with case law of Slovenian courts and some comparative legal issues.

**Key words:** enforcement procedure, legal remedies, opposition, appeal, revision, petition for protection of legality, action for inadmissibility of the enforcement, reinstatement, request to eliminate deficiencies in carrying out the enforcement, motion for counter enforcement.

Neža Pogorelčnik Vogrinc

### **Obnovitveni razlog iz tretje točke 394. člena ZPP**

Obnova postopka je izredno pravno sredstvo, ki posega v institut pravnomočnosti. Njegovo uveljavljanje je zato močno omejeno, tudi tako, da je obnovo mogoče uveljavljati zgolj iz v zakonu taksativno naštetih razlogov. Eden od teh je tudi situacija, ko je osebna vročitev prve vloge, ki se vroča v postopku, opravljena s fikcijo, ta način vročitve pa je uporabljen zaradi strankine odsotnosti v nepretrganem trajanju več kot šest mesecev. Prispevek predstavlja situacije, ko je mogoča vročitev prve vloge s fikcijo, ter obravnava vprašanje narave in trajanja toženčeve odsotnosti. Vendar pa je obnovo postopka iz tega razloga mogoče predlagati zgolj v subjektivnem roku 30 dni od dneva, ko je bila sodna odločba vročena stranki, oziroma če bi rok začel teči, preden bi odločba postala pravnomočna, odkar je postala pravnomočna, ter v objektivnem roku pet let od pravnomočnosti sodne odločbe. Prispevek problematizira tako določeno okoliščino začetka teka subjektivnega roka, saj so v praksi pogoste situacije, ko se stranka s sodbo (in tako z vročitvijo tožbe in obstojem ter tekom postopka) seznanila šele po poteku 30 dni od pravnomočnosti.

**Ključne besede:** obnova postopka, obnovitveni razlogi, prva vloga v postopku, vročitev s fikcijo, odsotnost stranke, subjektivni rok.

Neža Pogorelčnik Vogrinc

### **Reopening the Proceedings on the Basis of the Article 394(3) of the Slovenian Civil Procedure Act**

Reopening the proceedings is an extraordinary legal remedy which interferes with the finality of court decisions. Such judicial review is therefore limited, also with exhaustive list of possible reasons to reopen the proceedings. One of them determines that the proceedings finally concluded by a judicial decision may be reopened upon a motion by a party if the originating process subject to personal service has been served upon a party in accordance with Article 142 of the Slovenian Civil Procedure Act owing to the party's continuing absence for a period longer than six months. The article deals with situations in which this kind of service is used, with the length and the nature of the absence of the party. Additionally, the motion to reopen the proceedings on the basis of this reason shall be filed within a period of 30 days which shall start running on the day when the decision has been served upon a party or if this is before the decision becomes final, the time period shall start running upon finality of the decision from which no appeal has been taken, or else, upon the service of the decision of the high court (so called subjective time limit). After five years have lapsed since the finality of the decision, the motion to reopen the proceedings on these grounds may no longer be brought (so called objective time limit). The article problematizes such beginning of the subjective time limit, while party often familiarizes itself with the final decision after the 30-day time limit has already expired.

**Key words:** reopening the proceedings, reasons to reopen the proceedings, writing originating process, absence of the party, subjective time limit.



Krešo Puharič

**Primerjalnopravna analiza zasnov, notranja členitev in najpomembnejše vsebinske prvine štirih novejših pravilnikov institucionalnih arbitraž**

Prispevek podaja primerjalnopravno analizo zasnov, notranjo členitev in najpomembnejše vsebinske prvine štirih novejših pravilnikov institucionalnih arbitraž: Arbitražnih pravil CIETAC (2015) iz Pekinga, Dunajskih pravil VIAC, (2013), Zagrebških pravil SAS HGK (2015) in Ljubljanskih arbitražnih pravil (2014). Po uvodu so orisane zasnove, vsebinski sestav ter oblikovne posebnosti v obravnavanih štirih arbitražnih pravilnikih, ki so razvrščene na šest podrazdelkov. V sklepnem delu članka so strnjeno nanizane rešitve, o katerih bi kazalo razmisliti ob morebitni novelaciji Ljubljanskih arbitražnih pravil in Smernic za arbitre, oblikovan pa je tudi načelni predlog možnih usmeritev pri uresničevanju ciljev dela SA pri GZS.

**Ključne besede:** arbitražna pravila, institucionalne arbitraže, arbitražni senat, arbiter posameznik, arbitražni postopek, pospešeni arbitražni postopek, arbiter za nujne primere, začasni ukrepi, arbitražna odločba.

Krešo Puharič

**Comparative Legal Analysis of Concepts, Structure and the Most Important Substantive Elements of the Four Recent Arbitration Rules of Institutional Arbitrations**

The article concludes of comparative legal analysis of concepts, structure and the most important substantive elements of the four recent Arbitration rules of institutional arbitrations. It includes a discussion of The arbitration rules of CIETAC from Beijing (2015), The arbitration rules of the VIAC from Vienna (2013), The arbitration rules SAS HGK from Zagreb (2015) and The arbitration rules from Ljubljana (2014). After the introduction follow the concepts, contents and formal elements of these four Rules of arbitration, which are arranged in six subsections. The concluding part of the article indicates possible solutions which could be taken under consideration by possible amendments to The arbitration rules of Ljubljana and also by further work of Chamber of Commerce and Industry of Slovenia in the field of arbitraion law in Slovenia.

**Key words:** arbitration rules, permanent arbitration institutions, arbitral tribunal, sole arbitrator, arbitral proceedings, expedited arbitral proceedings, emergency arbitration procedure, interim measures, arbitral award.

Marko Ilešič

## **Razmišljanje o neprijaznem odnosu prava EU do arbitraže**

Arbitražna odločba je po pravnih učinkih izenačena s pravnomočno sodbo sodišča. Tudi tuja arbitražna odločba v drugi državi ne učinkuje samodejno, ampak jo je treba priznati po posebnem postopku. V Evropski uniji je v zadnjih desetletjih prišlo do bistvenega olajšanja priznanja sodnih odločb, ki so jih izdala sodišča druge države članice. Po Bruseljski uredbi iz leta 2012 sta priznanje in izvršitev sodb sodišč pravzaprav samodejna. Enak razvoj pa ne velja za priznanje in izvršitev arbitražnih odločb med državami članicami EU. V pravu EU ne najdemo nikakršnih zametkov takih pravil. Bruseljska uredba izrecno izključuje svojo uporabljivost za arbitražo. Drugi primer velike razlike med obravnavanjem nacionalnih sodišč in arbitraž se kaže v sodni praksi, ki arbitraž ne šteje za sodišča, ki imajo pravico ali včasih obveznost, da dobijo od Sodišča EU stališče o veljavnosti prava EU ali o njegovi razlagi. Avtor ugotavlja da je neprijaznost prava EU do približevanju režima arbitraže tistemu državnih sodišč nujna posledica načela medsebojnega (ne)zaupanja.

**Ključne besede:** arbitraža, sodišče, priznavanja tujih arbitražnih odločb, Uredba Bruselj I, vprašanje za predhodno odločanje, načelo medsebojnega zaupanja.

Marko Ilešič

### **A Reflection on the Unfriendly Attitude of EU Law towards Arbitration**

An arbitral award has the legal effects of a final and binding judgement of a court. A foreign arbitral award does not take effect automatically, but must first be recognised and enforced in special proceedings. The European Union has in the recent decades essentially facilitated the recognition of judgments delivered by courts of another Member State. According to the Brussels Regulation of 2012, the recognition and enforcement of judgments of other Member States' courts is practically automatic. However, the same trend does not apply to the recognition and enforcement of arbitral awards between Member States. The EU law does not contain any traces of such rules. The Brussels Regulation explicitly excludes its applicability to arbitration. Another example of major differences between national courts and arbitration is reflected in the case law that denies arbitral tribunals the right (or obligation) to refer to the Court of Justice of the EU a question for a preliminary ruling on the validity or interpretation of EU law. The author notes that the unfriendliness of EU law to the approximation of the arbitration regime to that of national courts is a necessary consequence of the principle of mutual (dis)trust.

**Keywords:** arbitration, recognition of foreign arbitral awards, Brussels I Regulation, reference for a preliminary ruling, principle of mutual trust.

Nina Plavšak

### **Pravne lastnosti in vrste pravic**

Ko želimo opredeliti pravne lastnosti (značilnosti) katerekoli civilne pravice, si moramo odgovoriti zlasti na ta vprašanja:

- Katera upravičenja vključuje pravica, ki jo preučujemo?
- Ali ima pravica značilnost samostojne pravice in ali je pravica prenosljiva?
- Ali ima pravica značilnosti temeljne pravice ali pa je izvedena iz druge, izvorne pravice?

Prispevek obravnava vse vrste pravnih lastnosti pravic, ki so pomembne za odgovore na ta vprašanja.

**Ključne besede:** pravne lastnosti pravic, samostojne pravice, akcesorne pravice, temeljne pravice, izvedene pravice, varovalne stvarne pravice.

Nina Plavšak

## **Legal Characteristics and Types of Rights**

When we want to define the legal properties (characteristics) of any civil rights, we have to refer to these questions, in particular:

- Which entitlements include the right, which we are studying?
- Does the right have the legal characteristic of a stand-alone right and is it transferable?
- Does the right have the legal characteristic of a fundamental right or is it derived from another right?

The article addresses all types of legal characteristics of civil rights that are relevant for the answer to the above questions.

**Key words:** legal characteristics of rights, stand-alone rights, fundamental rights, derived rights, protective proprietary rights.

Miha Juhart

### **Pogodba o medsebojnih razmerjih med etažnimi lastniki**

Pogodba o medsebojnih razmerjih med etažnimi lastniki je obvezen način urejanja medsebojnih razmerij med etažnimi lastniki. Njena sklenitev je obvezna tako po Stvarnopravnem zakoniku (SPZ) kot tudi po Stanovanjskem zakonu (SZ-1). Namen pogodbe je natančnejša ureditev medsebojnih pravnih razmerij med etažnimi lastniki. To pa pride v poštev, če imajo etažni lastniki namen medsebojno razmerje urediti na poseben način. Z zakonom določen način upravljanja etažne lastnine je dispozitivne narave in etažni lastniki se lahko dogovorijo za posebnosti. Zato obveznost sklenitve ni najboljša rešitev. Veli problem je tudi razmejitev med pogodbo in sklepi, ki jih sprejemajo etažni lastniki pri upravljanju etažne lastnine. Zaradi vseh nejasnosti se avtor zavzema za reformo obstoječe ureditve. Pogodba o medsebojnih razmerjih bi se morala opredeliti kot možnost, s katero se lahko v razmerju etažne lastnine določijo posebnosti, ki učinkujejo tudi za pravne naslednike. Drugače pa je pogodba o medsebojnih razmerjih nepotrebna.

**Ključne besede:** etažna lastnina, pogodba o medsebojnih razmerjih med etažnimi lastniki, upravljanje etažne lastnine, omejitve lastninske pravice.

Miha Juhart

### **Contract on Mutual Relations among the Apartments Owners**

Contract on mutual relations among the apartments owner is mandatory way of regulating mutual legal relationships among them. Its conclusion is binding by the Slovenian Property Code (SPZ) as well as under the Housing Act (SZ-1). The purpose of the contract is more precise regulation of mutual legal relations among the owners which is sometimes a need but mostly unnecessary. The owners only need an option how to establish their common understanding about specific interest. Otherwise the statutory rules about the management of the apartment ownership are sufficient. Significant problem is also the relation between the contractual obligations and the decisions taken by the apartment owners, fulfilling their rights from the co-owner relation on the common parts of the building. Because of all the confusions, the author calls for a reform of the existing statutory regulation. Contract on mutual relations should be defined as a discretionary option, which provide the apartment owners a possibility to determine their specifics interests. Otherwise, the contract on mutual relations is unnecessary.

**Key words:** apartment ownership, contract on mutual relations among the apartment owners, management of the apartment ownership, limitation of ownership.



Matija Damjan, Ana Vlahek

### **Kritika slovenske ureditve pravnih posledic razlastitve s hipoteko obremenjene nepremičnine**

Lastninska pravica na nepremičnini se lahko odvzame, če je to nujno za dosego javne koristi. Zakon določa, da v primeru, če je na razlaščeni nepremičnini ustanovljena hipoteka, prevzame razlastitveni upravičenec subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. Prispevek analizira nekatere slabosti te določbe: ni jasno določeno, kdaj pride do prevzema subsidiarne odgovornosti; ni omejena višina subsidiarne odgovornosti; ni določeno, kako se prevzem subsidiarne odgovornosti za zavarovano terjatev upošteva pri odmeri odškodnine za odvzeto nepremičnino. Predlagane so nekatere možnosti boljše ureditve tega vprašanja.

**Ključne besede:** razlastitev, hipoteka, zemljiški dolg, subsidiarna odgovornost, odškodnina, nadomestilo.

Matija Damjan, Ana Vlahek

## **A Critique of Slovenian Regulation of Legal Consequences of Expropriation of Mortgaged Immovables**

Ownership rights on real property may be expropriated in the public interest. The law provides that if the expropriated property is subject to mortgage, the expropriation beneficiary must assume subsidiary liability for the secured claim. The article analyses some of the weaknesses of this provision: the conditions for the assumption of subsidiary liability are not clearly defined; the amount of subsidiary liability is not limited; the law does not set out how the assumption of subsidiary liability is taken into account in calculating compensation for expropriated property. The article attempts to provide an outline for a novel regulation that would enable transparent and fair legal consequences of expropriation in cases of mortgaged immovables.

**Key words:** expropriation, mortgage, land debt, subsidiary liability, damages, compensation.

Damjan Možina

### **Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1**

Prispevek raziskuje pomen odgovornosti delodajalca za škodo zaradi diskriminacije in spolnega ter drugega nadlegovanja in trpinčenja na delovnem mestu, ki jo določa 8. člen Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1). Avtor ugotavlja, da ne gre za novo in samostojno pravno podlago odškodninske odgovornosti, saj ta, vključno z možnostjo denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, obstaja že na podlagi splošnega obligacijskega prava, ki varuje človekovo dostojanstvo, čast in druge osebnostne pravice ter telesno integriteto. Zahteva po učinkoviti, sorazmerni in odvratilni odškodnini, ki prihaja iz prava EU, pomeni predvsem polno povrnitev škode, tako premoženjske kot tudi nepremoženjske. Plačilo polne odškodnine delodajalca praviloma že samo po sebi odvrta od ponovnih kršitev. Morebitne odškodnine, višje od (premoženjske in nepremoženjske) škode, tj. nakdompenzatorne odškodnine, bi lahko bile utemeljene le v primerih, ko bi bilo jasno izkazano, da polna odškodnina ne učinkuje odvratilno, kar bi bilo treba tudi posebej obrazložiti. Člen 8 ZDR-1 ne gre razumeti kot podlage za gole kaznovalne odškodnine. Določba je pomembna za celotno nepogodbeno odškodninsko pravo, saj izrecno opozarja na njegovo preventivno funkcijo.

**Ključne besede:** povrnitev škode, diskriminacija, nadlegovanje in trpinčenje, kompenzacija, satisfakcija, kaznovalne odškodnine, nepremoženjska škoda, preventivna funkcija odškodninskega prava, učinkovitost ukrepov.

Damjan Možina

### **Compensation of Damage Due to Discrimination and Mobbing: Some Thoughts on Article 8 of the Slovenian Employment Relationship Act (ZDR-1)**

The paper analyses the liability of the employer for damage due to discrimination and sexual and other harassment of the employee (mobbing, as prescribed by Article 8 of the Slovenian Employment Relationship Act). The provision is not an independent basis of liability – the latter already exists in the general law of obligations (tort law), protecting the human dignity, honour and other personality rights and physical integrity. The demand that the antidiscrimination-measures (damages) must be effective, adequate and deterrent is to be primarily understood as full compensation of damage, material and non-material. A possible over-compensation could be acknowledged only in cases where full compensation fails to meet this goal. This should also be well substantiated. Article 8 of Employment Relationship Act cannot be understood as grounds for punitive damages. The provision is important for the entire non-contractual law of damages as it expressly points out its preventive function.

**Key words:** damages, recovery of damage, discrimination, harassment, compensation, punitive damages, non-material damage, preventive function of tort law, effective remedy.

Barbara Novak

### **Vprašljivost domneve starševstva na temelju pripoznanja**

Mnoga pravna pravila za določanje starševstva, ki so nastala pred več kot tridesetimi leti, so se leta 2007 v luči prve odločbe slovenskega ustavnega sodišča o določanju starševstva pokazala kot neustrezna. Neustrezna so pravila o objektivnih rokih za izpodbijanje pripoznanega starševstva, ki nedopustno omejujejo pravico zvedeti za svoje starševstvo, saj se ne ozirajo na to, kdaj je posameznik dobil dejansko možnost uveljaviti svoje pravice. Z ustavnega vidika so sporna tudi pravila, ki vpletenim v nekaterih primerih sploh ne dajejo pravice razčiščevanja starševstva ali pa jo dajejo v zelo okrnjenem obsegu. Še prav posebej pomanjkljiva so pravila o naravi izjave o pripoznanju in materinem soglasju k njej. Kot povsem nedodelana in neuporabna pa se ob smiselni uporabi pravil o pripoznanju očetovstva izkažejo pravila o pripoznanju materinstva.

**Ključne besede:** starševstvo, določanje starševstva, izpodbijanje starševstva, pripoznanje očetovstva, domneva očetovstva, korist otroka.

Barbara Novak

### **The Contestable Presumption of Parenthood Based on the Mere Recognition of Paternity**

A number of presently valid legal rules for establishing parenthood, adopted in the course over the last three decades, are in the light of the judgement of the Slovene Constitutional Court of 2007 inappropriate. Inappropriate are the terms of filing the action for challenging the recognition of parenthood which limits the parents' right to find out their parenthood. The terms disregard the time when the parents actually obtain an opportunity to file the suit. Certain aspects of the present regulation hinder the parents the opportunity to determine their parenthood and contain intolerable restrictions. Particularly insufficient are the rules about the nature of recognition of fatherhood and the mother's consent to this recognition. Fully inappropriate are the rules of the recognition of fatherhood when applied also for the recognition of motherhood.

**Key words:** parenthood, establishing parenthood, challenging parenthood, recognition of fatherhood, presumption of fatherhood, interest of the child.

Viktorija Žnidaršič Skubic

### **Ločitev zapuščine**

V sistemu *ipso iure* dedovanja dedič deduje v trenutku uvedbe dedovanja in takrat preidejo nanj vse zapustnikove pravice in obveznosti. V tem trenutku se zapuščina združi z dedičevim premoženjem v eno samo, poslej dedičevo premoženje. Ena od izjem, v katerih do tega ne pride, je uveljavitev instituta ločitve zapuščine. Njegov temeljni namen je zavarovanje pravic zapustnikovih upnikov, saj obstaja nevarnost, da njihove terjatve (zlasti v primerih prezadolženih dedičev) ne bodo poplačane, ker jim bodo pri tem konkurirale terjatve dedičevih upnikov. V prispevku je predstavljena problematika uveljavljanja instituta v sodni praksi, prav tako pa tudi stališča teorije in predlogi ureditve instituta *de lege ferenda*.

**Ključne besede:** zapuščina, ločitev zapuščine, zapustnikovi upniki, upniki separatisti, dedičevi upniki, prezadolženost dediča.

Viktorija Žnidaršič Skubic

## **Separation of Inheritance**

In a *ipso iure* succession system an heir inherits in the moment of introduction of inheritance and at that point all of the deceased's rights and obligations pass to him. In that moment an heritage is unified with a property of an heir into one and only, from now on a heir's property. One of the exceptions in which this does not occur is the enforcement of the institute of separation of inheritance. Its basic aim is a protection of rights of deceased's creditors since there is a fear that their claims (especially in cases of overindebted heirs) will not be repaid because of the existence of claims of heir's creditors. In the article issues of enforcement of the institute in jurisprudence are debated, but also the views of legal theory and propositions for the regulation of the institute *de lege ferenda*.

**Key words:** inheritance, separation of inheritance, deceased's creditors, creditors separatists, heir's creditors, heir's overindebtedness.



Franjo Štiblar

### **Povezava prava in ekonomije**

Pravo pomeni postopek, posamezne znanosti pa mu dajejo vsebino za različna področja urejanja družbenega življenja. Za ekonomsko področje je treba izbrati pravilno paradigmo, ki je znanstveno potrjena v praksi, sicer bo normativna ureditev gospodarstva neučinkovita. Drugače kot pravni zakon namreč znanstveni zakon velja le, če se kontinuirano potrjuje v praksi.

**Ključne besede:** pravni zakon, znanstveni zakon, ekonomija, pravo, ekonomske paradigme.

Franjo Štibčar

### **Law and Economics – A Relation**

Law provides procedures, while specific sciences provide substance for proper regulation of different fields in social life. For economy, appropriate paradigm should be chosen, which is scientifically proved in practical life, or normative regulation will remain inefficient. In difference to »legal« law scientific law holds if and only if it is continuously confirmed in practical life.

**Key words:** »legal« law, scientific law, economics, law, economic paradigms.

Peter Grilc

## **Konkurenčno pravo in harmonizirani pristopi med finančno krizo**

Prispevek se osredotoča na več izbranih vprašanj v zvezi s konkurenčnim pravom in politiko kot tudi z njuno vlogo in funkcijo v obdobju gospodarske krize, pri čemer se politika konkurence uporablja kot krovni izraz za podporo tržni konkurenci in uveljavljanju pravil konkurenčnega prava. Kljub medsebojnim povezavam, ki obstajajo med konkurenčnim pravom in politiko, prispevek posebej ne obravnava ekonomskih vprašanj niti temeljev in ciljev konkurenčnega prava, čeprav je dobro poznavanje tega področja in ekonomike bistvenega pomena za kakršnokoli razpravo o vlogi konkurenčnega prava v času recesije. V zadnjih letih je temu namenjeno veliko pravne literature, ki vključuje članke, razprave in zlasti spletne analize. Analiza je lahko splošna, ko se razpravlja konkurenčnem pravu v obdobju recesije in gospodarske krize, ali pa bolj usmerjena v razpravo o konkurenčnem pravu na področju prizadetih gospodarskih panog, zlasti v bančnem sektorju, in se ukvarja z vsemi področji konkurenčnega prava (omejevanje konkurence, koncentracije, državne pomoči). Prispevek obravnava vprašanja antitrusta, koncentracij in državnih pomoči, pri čemer zaradi prostorskih omejitev ta razprava ne more biti povsem dosledna in celovita, zato se osredotoča na materialno pravo in ne obravnava postopkovnih vprašanj.

**Ključne besede:** konkurenčno pravo, politika konkurence, recesija, finančna kriza, državne pomoči, antitrust, primerjalno pravo, pravo EU, Komisija, koncentracije, Sodišče EU, zgodovinski pregled.

Peter Grilc

## **Competition Law and (Harmonized) Approaches during the Financial Crisis**

This paper focuses on a range of selected issues relating to, as well as the role and function of, competition law and policy in this period of economic crisis, where competition policy is used as an overarching term that refers to support for competition and enforcement of the rules of competition law. Despite the interconnections that exist between competition law and policy, it does not specifically address economic questions, nor the foundations and objectives of competition law, although a firm knowledge of this area and that of economics is essential to any discussion of the role of competition law at a time of recession. Recent years have seen a wealth of legal literature, involving articles, discussions and in particular online analysis. It can be general in scope when discussing competition law during the recession and period of economic crisis, or more oriented towards discussing competition law and the industries affected by the financial crisis, particularly the banking sector, and deals with all areas of competition law (restriction, concentrations, state aid). The paper extends the discussion to antitrust, concentrations and the issue of state aid, but we should state from the outset that space restrictions mean that this discussion cannot be consistent and complete therefore it is focused on substantial law and does not deal with procedural issues.

**Key words:** competition law, competition policy, historical overview, recession, financial crisis, state aids, antitrust, comparative law, EU law.

Jaka Cepec

## **Razvoj postopkov finančne reorganizacije na ozemlju današnje Slovenije**

Članek predstavlja razvoj formalnih postopkov finančne reorganizacije na ozemlju današnje Republike Slovenije, s poudarkom na tistih elementih postopkov, ki jih v teoriji uporabljamo kot merila pri opredeljevanju oziroma ocenjevanju, ali je postopek finančne reorganizacije prijazen do dolžnika ali do upnikov (angl. *creditor friendly* ali *debtor friendly*). Zgodovinsko je razvoj insolvenčnega prava na ozemlju današnje Slovenije mogoče razdeliti na tri obdobja. Prvo obdobje traja od začetkov korporativnega insolvenčnega prava v drugi polovici 19. stoletja do druge svetovne vojne in je povezano s postopnim razvojem insolvenčnega prava najprej pod okriljem Habsburškega (avstro-ogrskega) pravnega sistema in pozneje pod okriljem Kraljevine SHS. Drugo obdobje je obdobje Socialistične federativne republike Jugoslavije, v katerem zasebnih gospodarskih družb bolj ali manj ni bilo, tržno ekonomijo je nadomestilo plansko gospodarstvo in pozneje samoupravljanje. V tem obdobju je bil propad (insolventnost) gospodarske družbe redka in nezaželena motnja v sistemu in insolvenčno pravo je imelo zelo marginalno vlogo. Tretje obdobje razvoja je povezano z nastankom samostojne Republike Slovenije, vnovično uveljavitvijo tržnega gospodarstva in postopnimi reformami insolvenčnega prava v smer modernih ureditev. Čeprav je bilo današnje ozemlje Slovenije, od nastanka korporacijskega insolvenčnega prava v 19. stoletju do danes, torej pod jurisdikcijo številnih različnih držav z zelo različnim pravno-ekonomskim sistemom, so bili postopki finančne reorganizacije tradicionalno vedno dolžniku prijazni. Izrazita sprememba celotnega sistema postopkov finančne reorganizacije se je začela z Zakonom o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) leta 2008 in nadaljevala z vsako novelo omenjenega zakona. Sistem postopkov finančne reorganizacije je tako danes pravzaprav vzorčni model upnikom prijaznega sistema.

**Ključne besede:** insolvenčno pravo, prisilna poravnava, finančna reorganizacija, zgodovinski razvoj.

Jaka Cepec

## **Historical Development of Financial Reorganization Proceedings on the Territory of Today's Slovenia**

The article analyses the historical development of financial reorganization proceedings on the territory of today's Slovenia with an emphasis on the analysis of criteria measuring debtor friendliness or creditor friendliness of the system. The development can be divided into three periods. The first being the development until the World War II in which Austrian legislation had a major role and the development was gradual and in accordance with the general development in Europe. The second period is the time of SFRY and the socialist regime. As private companies more or less did not exist in the socialist regime and market economy was replaced by administratively planned economy and later on with the theory of associated labour and failing companies were a rare and unwanted disorder in the system, insolvency law played a very marginal role. The third period represents the insolvency legislation drafted by the Slovenian legislator after the Independence. Even though, since the occurrence of corporate insolvency law in the middle of 19<sup>th</sup> century, the territory was under the jurisdiction of several countries with very different economic systems, the financial reorganization proceedings were traditionally debtor friendly. The fundamental model started to drastically change with the new Insolvency Act of 2008 and with all the reforms till today, became a role model of a creditor friendly system.

**Key words:** insolvency law, bankruptcy law, financial reorganization, historical development.

Miodrag Đorđević

### **Perspektiva stečajnega izpodbijanja**

Razlogi, zaradi katerih se dolžnik znajde v slabem ekonomsko-finančnem položaju, ki mu ne omogoča poplačila njegovih obveznosti, so zelo različni: lahko gre za neugodne gospodarske razmere ali pa dolžnik preprosto nevestno opravlja gospodarsko dejavnost. Tudi ni izključeno, da je razlog njegovega slabega ekonomskega in finančnega položaja dejstvo, da želi svoje upnike oškodovati oziroma izigrati. Zaradi zavarovanja upnikov pred nevarnostjo plačilne nesposobnosti ali prezadolženosti dolžnika se je razvil stečaj. V okviru stečaja pa se je razvil institut izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj, ki ga je treba zaradi iznajdljivosti in inovativnosti stečajnih dolžnikov stalno nadgrajevati.

**Ključne besede:** slab ekonomsko-finančni položaj, izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika, izpodbijni dejanski stan, neobičajen način izpolnitve obveznosti, dobrovernost tretjih oseb, izpodbijanje že v samem stečajnem postopku in ne šele v posebni izpodbijni pravdi.

Miodrag Đorđević

### **Perspectives of Challenge of Legal Acts in Bankruptcy**

The reasons why the debtor finds himself in a bad economic-financial situation which does not allow the repayment of his liabilities are very different: the economy could be facing the global crisis or the debtor is simply recklessly pursuing an economic activity. One of the reasons for the debtor's bad economic and financial situation could be also his intent to defeat, delay or hinder his creditors. For the protection of creditors against the risk of insolvency or over-indebtedness of the debtor the bankruptcy has been developed. In the context of bankruptcy the avoiding powers have been developed. But due to the ingenuity and innovation of the debtors the avoiding powers need to be constantly upgraded.

**Key words:** bad economic and financial situation, challenging the legal acts of the bankruptcy debtor, statutory definition of a challengeable act, unordinary course of business, third party's good faith, challenging in the very bankruptcy and not only in the special litigation to challenge.



Alan Uzelac

**Je bila ureditev predstečajnega postopka v Republiki Hrvaški skladna z ustavo? *Post festum* analiza več nerešenih postopkovnih in ustavnih problemov**

Med številnimi novimi zakoni v Republiki Hrvaški je v zadnjih letih eden izzval še posebej intenzivne kritike in polemike. Zakon o finančnem poslovanju in predstečajnih poravnava bi moral biti med najmočnejšimi instrumenti, s katerimi je Vlada reševala težave nelikvidnosti in insolventnosti v gospodarstvu. Vendar se je med njegovo uporabo pojavil več odprtih vprašanj, ki so pripeljala do več pobud za presojo njegove ustavnosti. Zaradi oklevanja Ustavnega sodišča Republike Hrvaške pa se je zgodilo, da je bil zakon po nekaj manj kot treh letih razveljavljen s sprejemom novega Stečajnega zakona, ne da bi bilo prej odgovorjeno na številna pomembna vprašanja iz že začelih postopkov. V tem besedilu so obravnavana nekatera od teh vprašanj, predvsem tista, povezana z možno kršitvijo pravice do sojenja pred neodvisnim in nepristranskim sodiščem, z vročanjem prek spletnih strani Finančne agencije ter s pravico do enakosti in drugimi pravicami upnikov, ki sodelujejo v predstečajnem postopku.

**Ključne besede:** predstečajna poravnava, pravica do sojenja pred neodvisnim in nepristranskim sodiščem, varstvo ustavnih pravic.

Alan Uzelac

**Was the Regulation of Pre-bankruptcy Proceedings in the Republic of Croatia in Accordance with the Constitution? A Post-Festum Analysis of Unresolved Procedural and Constitutional Issues**

Among the many new laws in the Republic of Croatia, one law in particular has caused most intense criticism and controversy in the recent years. Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement Act was to be among the most powerful instruments introduced by the government to deal with the problem of illiquidity and insolvency in the economic sector. During its implementation, however, a number of outstanding issues arose, which led to several initiatives for the review of its constitutionality. Due to the reluctance of the Croatian Constitutional Court, however, the law was repealed after less than three years through the adoption of the new Bankruptcy Act, while many important issues from the proceedings already initiated have never been resolved. This article discusses some of these issues, particularly those related to possible violations of the right to trial by an independent and impartial tribunal, to service of process through the website of the Financial Agency and the right to equality, and to other rights of the creditors participating in pre-bankruptcy proceedings.

**Key words:** the pre-bankruptcy settlement, the right to trial by an independent and impartial tribunal, protection of constitutional rights.

Alan Uzelac

**Je li uređenje predstečajnog postupka u Republici Hrvatskoj bilo sukladno s ustavom? *Post festum* analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema**

Među mnogim novim zakonima u Republici Hrvatskoj, jedan je zakon u posljednjim godinama izazivao najintenzivnije kritike i kontroverze. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnim nagodbama trebao je biti među najsnažnijim instrumentima kojima je Vlada rješavala problem nelikvidnosti i insolventnosti u gospodarskom sektoru. Tijekom njegove primjene se, međutim, pojavio niz otvorenih pitanja, koja su dovela i do više inicijativa za preispitivanje njegove ustavnosti. Oklijevanje Ustavnog suda Republike Hrvatske dovelo je, međutim, do toga da je zakon nakon nešto manje od tri godine stavljen izvan snage uslijed donošenja novoga Stečajnog zakona, a da nikada nisu odgovorena mnoga važna pitanja iz pokrenutih postupaka. U ovom se tekstu iznose neka od tih pitanja, prije svega onih vezanih uz moguće povrede prava na suđenje pred nezavisnim i nepristranim tribunalom, dostavu preko web-stranica Financijske agencije te pravo na jednakost i druga prava vjerovnika koji sudjeluju u predstečajnom postupku.

**Ključne riječi:** predstečajna nagodba, pravo na suđenje pred nezavisnim i nepristranim sudom, zaštita ustavnih prava.

Gregor Dugar

### **Pravni položaj pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice v stečajnem postopku**

Klavzula o pridržku lastninske pravice je pogodbeno določilo v prodajni pogodbi, s katero si prodajalec pridrži lastninsko pravico na prodanem blagu, dokler kupec v celoti ne poravna kupnine. Namen pridržka lastninske pravice je, da ima prodajalec prednost pred drugimi kupčevimi upniki, če kupec postane insolventen. Avtor v prispevku obravnava pravni položaj pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice, če se nad eno od pogodbenih strank začne stečajni postopek. Avtor analizira posebej pravni položaj prodajalca in posebej pravni položaj kupca.

**Ključne besede:** pridržek lastninske pravice, vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba, prodajna pogodba, stečajni postopek, pravica do odstopa od pogodbe.

Gregor Dugar

### **Legal Position of Contracting Parties of Retention of Title in Bankruptcy Proceeding**

A retention of title clause is a clause in an agreement whereby a party selling goods seeks to reserve to itself the title in those goods until the buyer pays the whole price for the purchased goods. The purpose for including a retention of title clause is to give the seller of goods priority over secured and unsecured creditors of the buyer, should he become insolvent. The author deals in the article with the legal position of contracting parties of retention of title in case one of the contracting parties goes into bankruptcy. The author analyses separately the legal position of the seller and the legal position of the buyer.

**Keywords:** retention of title, mutually unfulfilled bilateral contract, sales contract, bankruptcy proceeding, right of withdrawal from the contract.