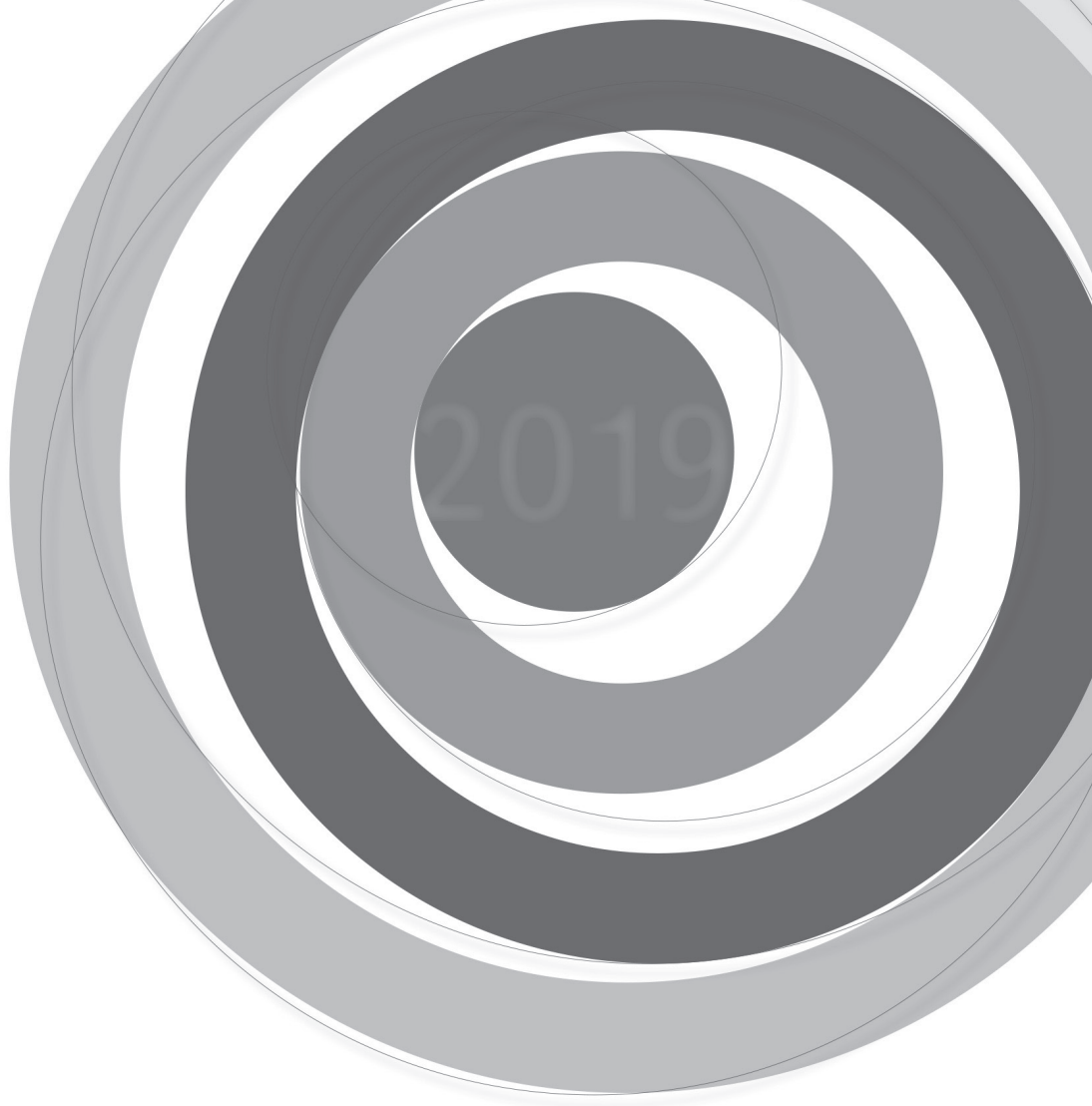




Medijski sponzor





Pravni letopis 2019

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

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založila

LEXPERA d.o.o.

Odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

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

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

Članki v publikaciji so recenzirani.

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

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

Oblikovanje in računalniški prelom: Anja Tavčar

Tisk

Itagraf, d. o. o.
Ljubljana

Naklada

100 izvodov

Cena z DDV

31,00 EUR

Naročila

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

Ljubljana 2019

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. POSEBNI VIDIKI ODGOVORNOSTI PRI UPRAVLJANJU IN NADZIRANJU PODJETJA

- 9 **Pravni položaj upnikov pri uveljavljanju odškodninske odgovornosti organov
vodenja ali nadzora**
Andrej Fatur, Dino Zadnikar
- 33 **Zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora družbe**
Dejan Srše

II. VARSTVO OTROKA PO DRUŽINSKEM ZAKONIKU

- 57 **Odločanje o varstvu in vzgoji otrok**
Vesna Rijavec
- 79 **Odvzem in namestitev otroka v postopku odločanja o varstvu in vzgoji**
Matej Čujovič

III. AVTONOMNA VOZILA: INFORMATIKA, EKONOMIJA, PRAVO IN ZAVAROVANJE

- 95 **Zavarovanje motornih vozil danes in jutri – problematika zavarovanja
avtonomnih vozil**
Jernej Veberič

IV. SREDSTVA ZAVAROVANJA IN DRUGI ZAČASNI UKREPI V CIVILNIH SODNIH POSTOPKIH

- 107 **Zavarovanje dokazov pri uveljavljanju pravic intelektualne lastnine:
praktične izkušnje**
Đorđe Grbović
- 133 **Zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi v (pred)kazenskem postopku
– med kazenskim in civilnim pravom**
Gregor Klun

V. NEUPRAVIČENA OBOGATITEV

- 163 **Obresti in plodovi pri neupravičeni obogatitvi**
Damjan Možina
- 177 **Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino**
Karmen Lutman
- 199 **Neupravičena obogatitev v večosebnih razmerjih**
Karmen Lutman

VI. NOMOTEHNIKA

- 219 **Pravno zavezujoča moč zakona v treh obdobjih novejšje pravne zgodovine Slovenije**
Albin Igličar
- 229 **15 let članstva v Evropski uniji – prehojene (nomotehnične) poti**
Gordana Lalić, Katja Božič
- 239 **Vloga zakonodajno-pravne službe v ustavnem sporu**
Katja Triller Vrtovec
- 261 **Nomotehnika v gospodarski zakonodaji – pogled iz prakse**
Tadeja Zima Jenull

- 277 **VII. POVZETKI/ABSTRACTS**



Pravni letopis 2019

Posebni vidiki odgovornosti pri upravljanju in nadziranju podjetja

I.

ANDREJ FATUR, DINO ZADNIKAR

*Pravni položaj upnikov pri uveljavljanju odškodninske
odgovornosti organov vodenja ali nadzora*

DEJAN SRŠE

*Zavarovanje odgovornosti članov organov
vodenja in nadzora družbe*

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.51-057.177:347.952.8

Pravni položaj upnikov pri uveljavljanju odškodninske odgovornosti organov vodenja ali nadzora

ANDREJ FATUR

Ph.D. (King's College London), LL.M., LL.M.
odvetnik in partner v Odvetniški družbi
Fatur Menard

DINO ZADNIKAR

univerzitetni diplomirani pravnik
odvetniški kandidat v Odvetniški družbi
Fatur Menard

1. Uvodno o odškodninski odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora

Prispevek obravnava odškodninsko odgovornost članov organov vodenja ali nadzora skozi prizmo upnikov. Temeljni Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1)¹ določa tri glavne organe vodenja ali nadzora, to je upravo, upravni odbor in nadzorni svet, pri čemer se relevantne določbe materialnih predpisov o odškodninski odgovornosti nanašajo tudi na izvršne direktorje v enotirnem sistemu upravljanja in poslovanja družb z omejeno odgovornostjo.

Pri obravnavi odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora se uporabljajo splošne določbe Obligacijskega zakonika (OZ)² ter posebne določbe ZGD-1 in Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).³

Odškodninska odgovornost izhaja iz 131. člena OZ, po katerem je tisti, ki drugemu povzroči škodo, to dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde. Navedeno

¹ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17.

² Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 – odl. US, 40/07, 64/16 – odl. US, 20/18.

³ Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10 – ORZFPPIPP21, 26/11, 47/11 – ORZFPPIPP211, 87/11 – ZPUOOD, 23/12 – odl. US, 48/12 – odl. US, 47/13, 100/13, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZDC, 30/18 – ZPPDID, 54/18 – odl. US.

pravilo uzakonja krivdno odgovornost z obrnjenim dokaznim bremenom, čemur sledi tudi korporacijsko pravo. Za odškodninsko odgovornost članov organov vodenja ali nadzora veljajo namreč splošne predpostavke odškodninske obveznosti iz OZ. Poleg obstoja škodnega dejanja (protipravnosti)⁴ in škode⁵ morata biti hkrati podana tudi vzročna zveza med škodnim dejanjem in nastalo škodo⁶ ter odškodninska odgovornost (krivda),⁷ po splošnih pravilih korporacijskega prava pa še logična dodatna predpostavka, to je članstvo v organu vodenja ali nadzora.⁸

Iz sodne prakse⁹ dalje izhaja, da fizična oseba, ki je član organa pravne osebe, za povzročitev škode pri opravljanju svoje funkcije ne more osebno odškodninsko odgovarjati po splošnih predpisih obligacijskega prava, kar pa ne pomeni, da oškodovani upniki nimajo ustreznega odškodninskega varstva neposredno zoper člane organov vodenja ali nadzora družbe na podlagi posebnih materialnopravnih predpisov. Po 148. členu OZ je breme odškodninske odgovornosti izrecno naloženo pravni osebi, v imenu katere je član organa vodenja ali nadzora ravnal,¹⁰ pri čemer pa ima pravna oseba ob nekaterih predpostavkah zoper njega regresni zahtevek.¹¹ Torej za škodo, ki jo organ pravne osebe povzroči tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih funkcij, odgovarja pravna oseba, saj je ravnanje fizične osebe v svojstvu člana organa vodenja ali nadzora obravnavano kot ravnanje same pravne osebe. V tem smislu (odškodninsko) pravo razlikuje med fizično osebo, ki je neposredna povzročiteljica škode, in pravno osebo, v funkciji katere ravna fizična oseba. Glede na navedeno fizična oseba – član organa vodenja ali nadzora – za povzročitev škode pri opravljanju svoje funkcije ne more tretjim osebno odškodninsko odgovarjati na podlagi drugega odstavka 147. člena OZ.¹²

⁴ Protipravno škodljivo ravnanje, storitev ali opustitev, ki jo izvrši član organa vodenja ali nadzora s tem, ko krši svoje dolžnosti, oziroma s tem, ko svoje dolžnosti in pristojnosti ne opravlja s skrbnostjo dobrega strokovnjaka.

⁵ Nastanek nedopustne škode kot posledica kršitve dolžnosti članov organov vodenja ali nadzora oziroma dolžne skrbnosti.

⁶ Med kršitvijo dolžnosti oziroma dolžne skrbnosti in škodo mora obstajati vzročna zveza, ki se presoja po načelih aдекватne vzročnosti.

⁷ Član organa vodenja ali nadzora mora biti kriv, pri čemer se krivda predpostavlja, član organa vodenja ali nadzora pa se lahko razbremeni svoje odgovornosti. Za krivdo zadostuje že lahka malomarnost oziroma nezavestna malomarnost.

⁸ Podgorelec, 2010, str. 978.

⁹ Primerjaj odločbi VS RS II Ips 132/2016 z dne 17. 5. 2018 in II Ips 101/2013 z dne 19. 2. 2015 ter odločbi VSL II Cp 2699/2017 z dne 20. 6. 2018 in I Cp 1186/2015 z dne 2. 9. 2015.

¹⁰ Prvi odstavek 148. člena OZ: »Pravna oseba odgovarja za škodo, ki jo njen organ povzroči tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih funkcij.«

¹¹ Drugi odstavek 148. člena OZ: »Če za posamezni primer zakon ne določa kaj drugega, ima pravna oseba pravico zahtevati povrnitev plačanega zneska od tistega, ki je škodo povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti.«

¹² Odločba VS RS II Ips 132/2016, točka 8.

Osrednjo ureditev odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora je mogoče najti v določbah 263. člena ZGD-1,¹³ pri čemer je tematika urejena še na nekaterih drugih mestih. Omeniti velja določbe ZGD-1, ki urejajo odgovornost zaradi vpliva tretjih, koncernsko pravo in statusno preoblikovanje družb ter določbe ZFPPIPP. Ureditev se uporablja tako za člane uprave delniške družbe (d. d.) kakor za člane nadzornega sveta, za člane upravnega odbora in izvršne direktorje v d. d., če ima družba enotirni sistem upravljanja, ter za poslovodjo in člane nadzornega sveta v družbi z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) (šesti odstavek 515. člena in 514. člen ZGD-1).

Po prvem odstavku 263. člena ZGD-1 so člani organov vodenja ali nadzora pri opravljanju svojih nalog dolžni ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika ter varovati poslovno skrivnost družbe. Določba odraža najpomembnejši komponenti dolžnega ravnanja (obligacije prizadevanja) članov organov vodenja ali nadzora, in sicer (1) načelo zvestobe družbi in (2) višjo stopnjo skrbnosti.

1. Dolžnost zvestobe oziroma lojalnost na splošno pomeni, da morajo biti člani organov vodenja ali nadzora lojalni družbi, pri čemer morajo v vsakem trenutku delovati tako, kot zahtevajo interesi družbe. Na prvi pogled abstraktna dolžnost je konkretizirana z določbami ZGD-1, ki urejajo odpravo nasprotij interesov (38.a člen ZGD-1) in zakonsko prepoved konkurence (41. in 42. člen ZGD-1), ter (po novem) z določbami Zakona o poslovni skrivnosti.¹⁴
2. Ali je ravnanje skladno s standardom vestnega in poštenega gospodarstvenika, presoјamo izključno na podlagi objektivnih meril. Pri tem se vprašamo, kako bi v konkretni situaciji ravnal nekdo, ki vodi podjetje primerljive velikosti, dejavnosti in gospodarskega položaja in ki ima za vodenje podjetja vsa potrebna strokovna znanja in izkušnje, pri čemer se od članov organov vodenja ali nadzora zahteva profesionalna skrbnost.¹⁵ Po večinskem stališču iz pravne teorije in sodne prakse¹⁶ je generalna klavzula iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1 tako merilo za presojo krivde kakor objektivna dolžnost ravnanja. Ne glede na navedeno pa si je mogoče zamisliti situacije, v katerih je prepletenost krivde in protipravnosti (znotraj standarda skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika) zrahljana. Tako lahko član organa vodenja ali nadzora v konkretnem primeru dokazuje in tudi dokaže, da niti posebno skrben član organa vodenja ne bi ravnal drugače, kot je ravnal sam, in da mu ne bi uspelo predvideti protipravnosti. V takšnih primerih je sicer podana protipravnost, krivda pa je lahko tudi izključena.¹⁷

¹³ Primerjaj na primer Mayr, str. 16, in Neffat, str. 87–96.

¹⁴ Uradni list RS, št. 22/19.

¹⁵ Odločba VSM I Cpg 100/2017 z dne 5. 10. 2017, točka 12.

¹⁶ Primerjaj Podgorelec, 2010, str. 978.

¹⁷ Primerjaj Bernard in Bratina, str. 290.

Ne glede na neizpodbitno dejstvo, da imajo člani organov vodenja ali nadzora širok manevrski prostor, brez katerega si ni mogoče zamisliti učinkovitega podjetniškega delovanja, je jasno, da mora biti njihovo ravnanje usmerjeno izključno k interesom družbe in temeljiti na skrbno pripravljenih odločitvenih podlagah ter izoblikovanem občutku odgovornosti. Odločitev o tem, ali je v zvezi s konkretnim ravnanjem ali opustitvijo prišlo do kršitve dolžnosti, je načeloma preprosta le, kadar gre za pravno vezane odločitve.¹⁸ V drugih primerih je skladno s sodno prakso treba uporabiti pravilo oziroma pravni standard podjetniške presoje (ang. *business judgement rule*).¹⁹ Tako je mogoče razlikovati med napačno odločitvijo in kršitvijo dolžne skrbnosti, pri čemer pa je pravilo v praksi bolj kot ne privilegij, na katerega se sklicujejo člani organov vodenja ali nadzora pri sprejemanju podjetniških odločitev, ne pa pravilo za njihovo odločanje.

Glede na navedeno je mogoče zaključiti, da za odškodninsko odgovornost članov organov vodenja ali nadzora veljajo tri temeljna pravila:²⁰

1. strožja stopnja skrbnosti kot pri navadnih delavcih, za katero se domneva ustrezna usposobljenost in obveščenost, pri čemer pa vsaka odločitev še ne pomeni kršitve dolžne skrbnosti (skrbnost dobrega strokovnjaka);
2. gospodarska družba kot upnik lahko poljubno poseže po premoženju katerega koli člana organov vodenja ali nadzora, da bi izterjala svoj odškodninski zahtevek, pri čemer velja, da se odškodninski zahtevek družbe lahko razširi na upnike družbe, če jih družba ne more poplačati (solidarna odškodninska odgovornost);
3. odškodninska odgovornost se domneva – da bi se člani organov vodenja ali nadzora uspešno razbremenili odškodninske odgovornosti, so dolžni dokazati, da so svoje dolžnosti izpolnjevali pošteno in vestno (obrnjeno dokazno breme).

Odškodninska odgovornost članov organa vodenja ali nadzora je torej v svojem bistvu zasnovana kot odškodninska odgovornost v notranjem razmerju,²¹ v katerem člani organov solidarno odgovarjajo za škodo, ki so jo povzročili družbi, razen če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti.²² Vsebinsko skladna je tudi ureditev po četrtem odstavku 28. člena ZFPPIPP – člani posloводства so prosti odškodninske odgovornosti iz tretjega

¹⁸ Na primer kršitev prepovedi in zapovedi iz 34. do 39. člena ZFPPIPP ob nastanku insolventnosti.

¹⁹ Primerjaj odločbo VS RS III Ips 45/2016 z dne 23. 1. 2018 in na primer odločbo VSM I Cpg 42/2019 z dne 21. 2. 2019.

²⁰ Bohinc, Bratina in Podgorelec v: Kocbek, 2014a, str. 74.

²¹ Podgorelec, 2013, str. 763: »Odgovornost po 263. členu ZGD-1 je nesporno koncipirana kot notranja odgovornost – če člani organov vodenja ali nadzora kršijo svoje dolžnosti, odgovarjajo družbi.«

²² Primerjaj odločbi VS RS III Ips 72/2014 z dne 7. 10. 2014 in II Ips 115/2015 z dne 8. 10. 2015, točka 13.

odstavka tega člena,²³ če dokažejo, da so pri izpolnjevanju obveznosti ravnali s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke in stroke upravljanja podjetij.

Pri opisani odškodninski odgovornosti gre torej za posebno odškodninsko odgovornost, ki jo urejajo pravila korporacijskega prava. Izrazita kogentnost ureditve pa že sama po sebi kaže na to, da je odškodninska terjatev iz 263. člena ZGD-1 *sui generis* korporacijska terjatev, pri čemer se splošna (obligacijska) pravila o odškodninski obveznosti uporabljajo subsidiarno, torej le za vprašanja, ki jih ne ureja ZGD-1 kot specialni predpis. Poleg solidarne odgovornosti in obrnjenega dokaznega bremena drugi odstavek 263. člena ZGD-1 ureja koncept zavarovanja odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora (poleg njih pa pogosto še drugih vodilnih oseb in delavcev), s katerim družba varuje tako lastne interese (poplačilo škode) kakor interese članov organov vodenja ali nadzora. Zakonsko določeni okvir odbitne franšize²⁴ poskrbi za zmanjšanje tveganj in občutek osebne odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora pri njihovem delu.

Tretji odstavek 263. člena ZGD-1 obravnava razloge za izključitev odškodninske odgovornosti. Članu organa vodenja ali nadzora tako ni treba povrniti škode, če dejanje, s katerim je bila družbi povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu.²⁵ Odškodninska odgovornost člana posloводства ni izključena, kadar je dejanje odobril nadzorni svet ali upravni odbor, saj za posloводство velja, da posle družbe vodi samostojno. Dalje ZGD-1 določa pogoje, pod katerimi se lahko družba odreče zahtevku ali ga pobota. To lahko stori šele po preteku treh let od nastanka, pri čemer mora s tem soglašati skupščina (in če temu z izjavo, ki se vnese v zapisnik skupščine, ne ugovarja manjšina, ki ima skupno vsaj desetino osnovnega kapitala).

2. Skrbnost in odgovornost z vidika upnikov

Čeprav fizična oseba – član organa vodenja ali nadzora – za povzročitev škode pri opravljanju svoje funkcije ne more tretjim odškodninsko odgovarjati, pa imajo upniki na podlagi specialnih predpisov ZGD-1 in ZFPPIPP neposredno odškodninsko varstvo zoper člane organov vodenja ali nadzora. Člen 263 ZGD-1 ima namreč tudi funkcijo pravnega varstva upnikov.

²³ »Člani posloводства so solidarno odgovorni družbi za škodo, ki nastane zaradi kršitve njihovih obveznosti, določenih v 2. poglavju tega zakona.«

²⁴ Vsaj v višini 10 odstotkov škode, vendar ne več, kot znaša 1,5-kratnik fiksnih letnih prejemkov zavarovancev.

²⁵ V konkretnem primeru si je mogoče zamisliti situacijo, ko mora skladno s tretjo alinejo prvega odstavka 267. člena ZGD-1 uprava uresničevati sklepe, ki jih sprejme skupščina. Posloводство se tako lahko razbremeni odškodninske odgovornosti, če njegovo ravnanje temelji na zakonitem sklepu skupščine (primerjaj prvi stavek tretjega odstavka 263. člena ZGD-1 in splošno pravilo 240. člena OZ). Posloводство družbe pa ne sme izvesti nezakonitega sklepa skupščine, saj sicer družbi odgovarja za škodo, ki ji nastane. Vendar navedeno ne velja na primer pri delitvi (peti odstavek 625. člena ZGD-1), saj bi to pomenilo, da člani organov vodenja ali nadzora prenosne družbe škode ne bi bili dolžni povrniti, če bi imetniki deležev veljavno sprejeli sklep o soglasju za delitev, škoda pa bi nastala zaradi delitve.

Drugače od ureditve, ki velja za delničarje (ti niso aktivno legitimirani za vložitev odškodninskega zahtevka zgolj iz naslova korporacijske odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora),²⁶ zakon širi aktivno legitimacijo za uveljavljanje odškodninskega zahtevka družbe zoper člane organov vodenja ali nadzora na upnike družbe. Odškodninski zahtevek družbe do člana organa vodenja ali nadzora torej lahko, če ga družba ne more poplačati, uveljavlja tudi upnik. Tako upnikom zakonodaja pod določenimi pogoji daje legitimacijo za vložitev odškodninske tožbe, vendar le za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov družbe (ne pa tudi svojih) do članov organov, pri čemer v pravni teoriji in sodni praksi prevladuje stališče, da upniki odškodninski zahtevek uveljavljajo v svojem imenu in za svoj račun (ne pa za račun družbe, kot velja na primer pri *actio pro socio*).²⁷

Pogoj za uspeh upnika pri uveljavljanju odškodninskega zahtevka po četrtem odstavku 263. člena ZGD-1 je, da upnik uspešno zatrjuje in izkaže tako svojo terjatev do družbe kakor odškodninsko terjatev družbe do člana organov vodenja ali nadzora.²⁸ Poudariti je treba, da lahko upniki odškodninski zahtevek družbe uveljavljajo le do višine svoje terjatve.²⁹ Povedano drugače, izterjano odškodnino, ki presega vrednost njihove terjatve, so upniki dolžni prepustiti družbi. Ker lahko upnik do poplačila svoje terjatve pride le v okviru zahtevka za povračilo škode, ki so jo družbi povzročili člani organov vodenja ali nadzora, drugačno stališče ni dopustno (primerjaj 148. člen OZ).

Odškodninski zahtevek, ki ga ima družba do člana organa vodenja ali nadzora, lahko tako pri plačilni nesposobnosti družbe uveljavljajo tudi upniki družbe.³⁰ Zakonodajalec torej prebija splošni režim odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora (kot odgovornosti v notranjem razmerju, tj. do družbe) s tem, ko legitimacijo za uveljavljanje odškodninskega zahtevka, ki ga ima družba, pogojno širi na upnike družbe.

Iz sistema vzporednega uveljavljanja zahtevkov poleg tega izhaja, da imajo pri plačilni nesposobnosti družbe interesi upnikov prednost pred interesi delničarjev. Ustrezno varstvo interesov upnika je dodatno utrjeno z določbo, da na obveznost članov organov vodenja ali nadzora, da povrnejo škodo, ni mogoče vplivati tako, da se družba preprosto odreče zahtevku ali opravi

²⁶ Delničarji so upravičeni do samostojnega odškodninskega zahtevka zoper člane organov vodenja ali nadzora, če člani organov vodenja ali nadzora solidarno odškodninsko odgovarjajo z osebo, ki je s svojim vplivom pripravila člane organov vodenja ali nadzora, prokurista ali poslovnega pooblaščenca do tega, da posluje v škodo družbe ali njenih delničarjev (264. člen ZGD-1).

²⁷ Podgorelec, 2010, str. 978.

²⁸ Neffat, str. 89.

²⁹ Odločba VS RS II Ips 115/2015, točka 14.

³⁰ Primerjaj odločbo VSL I Cp 3369/2014 z dne 11. 3. 2015 ter Bohinc, Bratina in Podgorelec v: Kocbek, 2014a, str. 90 in 91.

pobotanje zahtevkov, prav tako ni mogoče obveznosti izključiti s sklicevanjem, da dejanja članov organov vodenja ali nadzora temeljijo na skupščinskem sklepu.

Peti odstavek 263. člena ZGD-1 dalje ureja uveljavljanje odškodninskega zahtevka upnikov, kadar je nad družbo začel stečajni postopek. V tem primeru se odškodninski zahtevek iz četrtega odstavka 263. člena ZGD-1 uveljavlja za račun vseh upnikov, ki imajo pravico do plačila svojih terjatev v stečajnem postopku nad družbo, tako da mora odgovorna oseba³¹ odškodnino plačati družbi kot stečajnemu dolžniku.³² Aktivno legitimirana za uveljavljanje zahtevka sta:

- stečajni upravitelj (v imenu družbe kot stečajnega dolžnika) in
- vsak upnik, ki je upravičen opravljati procesna dejanja v stečajnem postopku nad družbo³³ (v svojem imenu in za račun družbe kot stečajnega dolžnika).

Skladno z navedenim je upniku omogočeno, da s proaktivnim ravnanjem v konkretni zadevi (in enako kot stečajni upravitelj) vpliva na obseg stečajne mase ter posledično izboljša možnosti za poplačilo svojih terjatev.

3. Odškodninska odgovornost zaradi vpliva tretjih oseb

Poleg članov organov vodenja ali nadzora je odškodninsko odgovorna tudi oseba, ki s svojim vplivom na družbo namenoma pripravi člane uprave ali nadzornega sveta, prokurista ali poslovnega pooblaščenca do tega, da posluje v škodo družbe ali njenih delničarjev (prvi stavek prvega odstavka 264. člena ZGD-1). Kdor torej s svojim vplivom na poslovodstvo ali druge organe ali pooblaščenca družbe povzroči škodljivo odločitev (v sodni praksi je to najpogostejše večinski delničar), je po zakonu odškodninsko odgovoren družbi in njenim delničarjem. Zadnjim mora povrniti nastalo škodo, če so bili oškodovani, ne glede na škodo, ki jim je bila povzročena z oškodovanjem družbe. Odškodninski zahtevek imajo torej iz tega naslova izjemoma tudi delničarji, pri čemer uveljavljajo svoj odškodninski zahtevek (drugi stavek prvega odstavka 264. člena ZGD-1). Poleg članov organov vodenja ali nadzora kot solidarni dolžnik odgovarja še tisti, ki je s škodljivim dejanjem pridobil korist, če je dejanje storil namenoma (prvi stavek drugega odstavka 264. člena ZGD-1). Tudi v tem primeru pa lahko odškodninske zahtevke družbe uveljavljajo njeni upniki, seveda če jih družba ne more poplačati (drugi stavek drugega odstavka 264. člena ZGD-1).

³¹ V petem odstavku 263. člena ZGD-1 je sicer pomotoma uporabljena beseda »dogovorna« namesto »odgovorna«.

³² Glej na primer odločbo VSK Cpg 213/2016 z dne 15. 12. 2016.

³³ Glej 57. člen ZFPPIPP, ki določa, da upnik pridobi upravičenje opravljati procesna dejanja v glavnem postopku zaradi insolventnosti, če v tem postopku pravočasno prijavi svojo terjatev.

4. Pravni položaj upnikov v koncernih

Kot ogrožene skupine subjektov z vidika koncernskega prava je mogoče prepoznati odvisno družbo, njene manjšinske delničarje, ne nazadnje pa tudi upnike.³⁴ Bolj kot v organizacijskem smislu je torej koncernsko pravo pomembno z vidika varovanja pred negativnimi posledicami koncernskega konflikta. Novela ZGD-1I iz leta 2015 je bila prva pomembnejša reforma prava povezanih družb pri nas od leta 1993. Z njo so bili korporacijskopравни instituti urejeni podrobneje, predvsem pa po zgledu nemške ureditve.³⁵ S tem je zakonodajalec sledil trendom globalizacije in koncentraciji gospodarskih subjektov na trgu.

ZGD-1 ureja dva glavna koncepta – dejanski³⁶ in pogodbeni koncern, poleg njiju pa še koncern z razmerjem enakopravnosti (prvi odstavek 530. člena ZGD-1). Pri pogodbenem in dejanskem koncernu gre pravzaprav za razmerje med obvladujočimi in odvisnimi družbami, pri čemer so pri prvem družbe povezane s pogodbo o obvladovanju, pri drugem pa obstajajo ena obvladujoča družba in ena ali več odvisnih družb, povezanih pod enotnim vodstvom obvladujoče družbe, ne da bi bila sklenjena posebna podjetniška pogodba.³⁷ Koncernsko pravo torej varuje (manjšinske delničarje in) upnike pri obeh oblikah koncerna, s pomembno razliko, da je pri dejanskem koncernu varovanje zagotovljeno z nadomestitvijo prikrajšanja z uporabo posebnih koncernskih institutov, pri pogodbenem pa je varovanje vnaprejšnje, to je od trenutka sklenitve pogodbe o obvladovanju.

4.1. Odškodninski zahtevki upnikov

Tretji in četrti odstavek 543. člena ZGD-1, ki sicer spada med določbe o pogodbenem koncernu, urejata uveljavljanje zahtevkov odvisne družbe s strani delničarjev, družbenikov in upnikov, pravne učinke odreka in pobota zahtevkov ter pogoje zanju, zastaranje zahtevkov in uveljavljanje zahtevkov pri stečaju odvisne družbe. Na te določbe se nato navezuje ureditev odgovornosti posloводства in nadzornega sveta odvisne družbe (četrti odstavek 544. člena ZGD-1), dejanskega koncerna (tretji odstavek 547. člena in četrti odstavek 548. člena ZGD-1) ter vključenih družb (prvi odstavek 559. člena ZGD-1).

³⁴ Glej tudi Podgorelec, 2018, str. 1025.

³⁵ Primerjaj Podgorelec, 2015, str. 1120, in Kocbek, str. 933.

³⁶ Dejanski koncern sestavljajo ena obvladujoča in ena ali več odvisnih družb, povezanih pod enotnim vodstvom obvladujoče družbe (prva alineja prvega odstavka 530. člena ZGD-1). V zvezi s tem sta pomembni dve domnevi, to je domneva iz drugega odstavka 530. člena ZGD-1, da je odvisna družba z obvladujočo družbo koncern, ter domneva iz drugega odstavka 529. člena ZGD-1, da je družba v večinski lasti odvisna od družbe, ki ima v njej večinski delež.

³⁷ Glej na primer odločbo VSL I Cpg 818/2017 z dne 7. 6. 2018.

Odškodninske zahtevke odvisne družbe lahko uveljavljajo tudi njeni upniki, vendar pod pogojem, da jih družba ne more poplačati. Velja torej enako kot po splošnem pravilu iz četrtega odstavka 263. člena in drugega odstavka 264. člena ZGD-1, s tem da lahko upniki uveljavljajo zahtevek tudi proti obvladujoči družbi in njenim zastopnikom. Podgorelec piše, da lahko upniki vložijo tožbo v lastnem imenu in (drugače od delničarjev oziroma družbenikov pri *actio pro socio*) za svoj račun, in sicer do višine neplačane terjatve.³⁸ Po prevladujočem stališču pravne teorije gre torej za uveljavljanje lastnih zahtevkov upnikov, ne pa morebiti za uveljavljanje zahtevkov družbe.

Če je odvisna družba v stečajju, uveljavlja zahtevke upnikov stečajni upravitelj (četrty odstavek 543. člena ZGD-1). To pomeni, da z začetkom stečajnega postopka nad odvisno družbo hkrati preneha opisani razlikovalni element, to je pravica upnikov odvisnih družb, da uveljavljajo lastne zahtevke proti obvladujoči družbi, njenim zastopnikom in članom organov odvisne družbe, pri čemer mora odgovorna oseba odškodnino plačati odvisni družbi kot stečajnemu dolžniku. Po mnenju Podgorelca se mora za odškodninske zahtevke po pravilih koncernskega prava analogno uporabiti določba petega odstavka 263. člena ZGD-1, po kateri lahko zahtevek uveljavlja tudi vsak procesno legitimiran upnik v stečajnem postopku (v svojem imenu in za račun odvisne družbe kot stečajnega dolžnika).³⁹

4.2. Varovanje upnikov pri pogodbenem koncernu

Z novelo iz leta 2015 so bile spremenjene oziroma dopolnjene določbe o uveljavljanju zahtevkov proti zastopnikom obvladujoče družbe v pogodbenem koncernu (tretji in četrty odstavek 543. člena), ki se smiselno uporabljajo za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov proti obvladujoči družbi in njenim zakonitim zastopnikom v dejanskem koncernu (tretji odstavek 547. člena).

V tretjem in četrtem odstavku 543. člena ZGD-1 je določeno, da se lahko družba odreče odškodninskemu zahtevku ali ga pobota šele po preteku treh let po nastanku zahtevka, če s tem s posebnim sklepom soglašajo zunanji delničarji in če temu z izjavo, ki se vnese v zapisnik, ne ugovarja manjšina delničarjev, katerih deleži dosegaajo skupno najmanj desetino pri sklepanju zastopanega osnovnega kapitala. Tak odrek zahtevku ali pobot pa nima pravnega učinka nasproti upnikom. Odškodninske zahtevke družbe lahko uveljavlja tudi vsak delničar ali družbenik, vendar sme zahtevati vplačilo le za družbo. Prav tako lahko odškodninske zahtevke družbe uveljavljajo upniki družbe, če jih ta ne more poplačati. Če je zoper družbo začet

³⁸ Podgorelec, 2017, str. 949.

³⁹ Prav tam.

stečajni postopek, uveljavlja pravico (delničarjev ali družbenikov in) upnikov do uveljavljanja zahtevka stečajni upravitelj. Zahtevki iz 543. člena ZGD-1 zastarajo v petih letih.

ZGD-1 dalje določa, da poleg zastopnikov obvladujoče družbe kot solidarni dolžniki jamčijo člani posloводства in nadzornega sveta odvisne družbe, če so poslovali tako, da so kršili svoje dolžnosti. V dvomu, ali so pravilno in skrbno izpolnjevali dolžnosti, morajo to člani posloводства in nadzornega sveta odvisne družbe dokazati (prvi odstavek 544. člena). Odškodninska odgovornost ni izključena niti, če dejanje odobri nadzorni svet (drugi odstavek 544. člena). Članom posloводства ni treba povrniti škode, če škodljivo dejanje temelji na navodilu, ki ga je bilo treba izpolniti po 541. členu (tretji odstavek 544. člena). Navedeno po mnenju Podgorelca ne pomeni, da člani organov odvisne družbe niso dolžni preizkusiti, ali je navodilo obvladujoče družbe protipravno. Če je navodilo protipravno in ga vseeno izpolnijo, člani organov odvisne družbe s tem tvegajo odškodninsko odgovornost na podlagi prvega odstavka 544. člena ZGD-1 (kršitev dolžnosti – zloraba pravice do navodil), in to kljub dejstvu, da drugi odstavek 541. člena izrecno določa, da posloводство odvisne družbe ne sme zavrniti zavezujočega navodila, tudi če po njegovem mnenju ne koristi obvladujoči družbi ali drugim povezanim družbam. Tudi za odgovornost organov odvisne družbe se smiselno uporabljajo določbe tretjega in četrtega odstavka 543. člena ZGD-1.⁴⁰

Interes upnikov v pogodbenem koncernu utegne biti prizadet, če gre v koncernskih razmerjih za posege v osnovni kapital in vezane rezerve. S tega vidika temeljno varovalko upnikov pomeni 542. člen ZGD-1, po katerem mora obvladujoča družba odvisni družbi poravnati vsako letno izgubo, ki je nastala med trajanjem pogodbe, če ta ni poravnana iz drugih rezerv iz dobička, v katere je bil odveden dobiček med trajanjem pogodbe. S to obveznostjo obvladujoče družbe je upnikom zagotovljeno, da se premoženje odvisne družbe od trenutka sklenitve koncernske pogodbe na njihovo škodo v prihodnje ne bo več zmanjšalo zaradi koncernskih posegov obvladujoče družbe. Zagotovitev nadomestil služi kot orodje za preprečevanje izgub, ki bi nastale zaradi prikrajšanja.⁴¹

Poleg tega 551. člen ZGD-1 določa varstvo upnikov pri koncernski pogodbi še z obveznostjo obvladujoče družbe, da upnikom zagotovi zavarovanje za terjatve, ki so nastale pred vpisom prenehanja pogodbe o obvladovanju v sodni register, če to zahtevajo v šestih mesecih od objave vpisa. Po drugem odstavku navedenega člena imajo pravice do zavarovanja samo upniki, ki ob stečaju nimajo pravice do prednostnega poplačila.⁴²

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ Kocbek, str. 933.

⁴² Prav tam.

4.3. Varovanje upnikov pri dejanskem koncernu

Koncernski privilegij pri dejanskem koncernu daje obvladujoči družbi pravico do enotnega vodenja celotnega sistema, vključno z navodili za vodenje poslov odvisne družbe. Obvladujoča družba lahko v dejanskem koncernu uporabi svoj vpliv na odvisno družbo tudi tako, da ta opravi zase škodljiv pravni posel ali da kaj stori ali opusti v svojo škodo, vendar le pod pogojem, da se prikrajšanje nadomesti (prvi odstavek 545. člena ZGD-1).⁴³ Zakon določa, da se prikrajšanje nadomesti bodisi med poslovnim letom bodisi najpozneje ob koncu poslovnega leta, v katerem je bila odvisna družba prikrajšana (drugi odstavek 545. člena). V tem primeru se v korist odvisne osebe s pravnim poslom ustanovi zahtevek za nadomestitev prikrajšanja (t. i. izravnalni zahtevek).

Če ni nadomestitve prikrajšanja, to je če prikrajšanje ni izravnano, obvladujoča družba svojega vpliva (ki ga ima na podlagi kapitala) ne sme uporabiti. Obvladujoči vplivi na odvisno družbo torej kljub škodljivosti niso *per se* protipravni, lahko pa takšni postanejo, če nastalo prikrajšanje ni ustrezno in pravočasno izravnano.

Iz splošnih pravil 263. člena ZGD-1 izhaja obveznost posloводства odvisne družbe, da s potrebno skrbnostjo preveri izravnavo prikrajšanja, preden vanjo privoli.⁴⁴ Dalje, če prikrajšanje ni nadomeščeno (na enega od predvidenih načinov iz drugega odstavka 545. člena), nastane protipravno stanje in s tem odgovornost obvladujoče družbe za vso povzročeno škodo (prvi odstavek 547. člena).⁴⁵ Pri tem ni potrebno, da je ravnanje obvladujoče družbe naklepno (primerjaj prvi odstavek 264. člena), za škodo pa prav tako solidarno odgovarjajo tudi zastopniki obvladujoče družbe, ki so odvisno družbo pripravili do pravnega posla ali drugega dejanja (drugi odstavek 547. člena).⁴⁶ Tretji odstavek 547. člena določa, da se za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov proti obvladujoči družbi in njenim zakonskim zastopnikom smiselno uporabljajo določbe tretjega in četrtega odstavka 543. člena.⁴⁷ S tem je aktivna legitimacija za uveljavljanje odškodninskega zahtevka proti obvladujoči družbi in njenim zakonskim zastop-

⁴³ Zakon ne določa natančno, kdo nadomesti prikrajšanje, prav zagotovo pa lahko to stori obvladujoča družba.

⁴⁴ V prvem odstavku 547. člena je drugače od 263. člena ZGD-1 dodatno urejena odgovornost delničarja, to je obvladujoče družbe.

⁴⁵ Glej na primer odločbo VSL I Cpg 1058/2016 z dne 26. 1. 2018, točka 6.

⁴⁶ V zvezi s tem ZGD-1 določa, da mora obvladujoča družba odvisni družbi povrniti škodo, ki nastane, ker je odvisno družbo pripravila do tega, da je opravila zase škodljiv pravni posel ali da je v svojo škodo kaj storila ali opustila, ne da bi se prikrajšanje dejansko nadomestilo do konca poslovnega leta ali ne da bi se zagotovila pravica do ugodnosti, določenih za nadomestilo.

⁴⁷ Tretji odstavek 547. člena ZGD-1 se napačno sklicuje tudi na neobstoječi peti odstavek 543. člena ZGD-1.

nikom razširjena na upnike, če jih seveda družba ne more poplačati. Glede na neučinkovitost zahtevka po 547. členu⁴⁸ je treba kot pomemben institut omeniti spregled pravne osebnosti.

Med določbami o vodenju in odgovornosti pri dejanskih koncernih je v 548. členu ZGD-1 posebej urejena odgovornost organov odvisne družbe, in sicer članov posloводства in nadzornega sveta odvisne družbe.

Člani posloводства odvisne družbe so odgovorni kot solidarni dolžniki, če škodljivega pravnega posla ali škodljivega dejanja niso navedli v poročilu o odnosih družbe s povezanimi družbami ali če niso navedli, da je bila družba prikrajšana s pravnim poslom ali dejanjem in da prikrajšanje ni bilo nadomeščeno. Če je sporno, ali so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti, morajo to dokazati (prvi odstavek 548. člena). Če so glede škodljivega pravnega posla ali škodljivega dejanja kršili dolžnost, da preverijo poročilo o odnosih s povezanimi družbami in da o ugotovitvah pregleda poročajo skupščini, so kot solidarni dolžniki odgovorni tudi člani nadzornega sveta odvisne družbe (drugi odstavek 548. člena). Prikrajšanja pa ni treba povrniti, če dejanje temelji na zakonitem skupščinskem sklepu (tretji odstavek 548. člena).

Skladno s sodno prakso se določbe o splošni odškodninski odgovornosti zaradi neskrbnega vodenja poslov po 263. členu ZGD-1 in o odgovornosti zaradi opustitve dolžnosti poročanja po 548. členu ZGD-1 dopolnjujejo. Člani posloводства odvisnih družb tako niso odškodninsko odgovorni le na podlagi 548. člena ZGD-1 (zaradi opustitve dolžnosti poročanja o škodljivih poslih), temveč so lahko odgovorni tudi zaradi sklenitve škodljivih pravnih poslov po navodilih obvladujoče družbe,⁴⁹ pri čemer mora biti ocena škodljivosti posla in prikrajšanja opravljena v okviru standarda skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika.⁵⁰ Za povrnitev škode odvisni družbi so tako solidarno odgovorni obvladujoča družba, člani njenega posloводства in člani posloводства odvisne družbe.⁵¹

Četrti odstavek 548. člena ZGD-1 dalje določa, da se za odgovornost članov posloводства in nadzornega sveta smiselno uporabljajo določbe tretjega in četrtega odstavka 543. člena ZGD-1, kar med drugim pomeni, da lahko odškodninske zahtevke odvisne družbe uveljavljajo tudi upniki v svojem imenu in za svoj račun, vendar pod pogojem, da svojih terjatev niso mogli poplačati od družbe.

⁴⁸ Analiza pomanjkljivosti ureditve presega namen tega prispevka, pri čemer avtorja opozarjata predvsem na obstoj pomembnih sistemskih razlik med slovensko in nemško koncernsko ureditvijo (npr. nemožnost seznanitve s poročilom o razmerjih z obvladujočo družbo).

⁴⁹ Odločba VS RS III Ips 52/2018 z dne 13. 11. 2018, točka 12.

⁵⁰ Odločba VSL I Cpg 1058/2016, točka 8.

⁵¹ V jedru odločbe VS RS III Ips 52/2018 dalje piše: »Če posloводство odvisne družbe na pobudo ali po navodilih obvladujoče družbe sklene pravni posel, ki bi bil kot nezakonit prepovedan, krši standard poštenega in vestnega izpolnjevanja dolžnosti in odgovarja po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti.«

5. Odškodninska odgovornost organov vodenja ali nadzora v zvezi s statusnimi preoblikovanji

Glede statusnih preoblikovanj (združitve in delitve družb ter prenos premoženja) je mogoč sklep, da za upnike udeleženih družb pomenijo nastanek novih tveganj. Zakonodaja zato med drugim ureja varovanje interesov upnikov pri statusnih preoblikovanjih. Tem je tako skupno načelo zaščite upnikov,⁵² kar v praksi pomeni, da upniki zaradi materialnega statusnega preoblikovanja ne smejo priti v slabši položaj. Med pravne institute, ki so namenjeni individualnemu varovanju interesov upnikov pred tveganji v zvezi s posameznimi vrstami statusnih preoblikovanj, spada tudi prilagojeni režim odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora. Zakon tako širi odškodninsko odgovornost članov organov vodenja ali nadzora tudi v razmerju do delničarjev in upnikov, vendar pa ZGD-1 odgovornosti do upnikov ne ureja dosledno ter vsaj implicitno razlikuje med združitvami in delitvami.

5.1. Odškodninska odgovornost organov vodenja ali nadzora prevzete družbe

ZGD-1 pri združitvah v razmerju do upnikov v celoti sprejema koncept razširjene oziroma zaostrene odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora. S specialnim pravilom je upnikom prevzete družbe zagotovljeno uveljavljanje lastnih odškodninskih zahtevkov za tisto škodo, ki jo člani organov vodenja ali nadzora povzročijo s kršitvijo dolžnostnih ravnanj v postopku statusnega preoblikovanja.

Temelj odškodninske odgovornosti je določen v 594. členu. Člani organov vodenja ali nadzora prevzete družbe so solidarno odgovorni za škodo, ki jo pripojitev povzroči prevzeti družbi, njenim delničarjem in upnikom prevzete družbe iz 592. člena. Zakon predvideva tudi smiselno uporabo določb drugega odstavka 263. člena o obrnjenem dokaznem bremenu (prvi odstavek 594. člena). Komplementarno je po splošnih pravilih iz 263. člena lahko podana tudi odškodninska odgovornost članov organov vodenja ali nadzora prevzemne družbe v razmerju do delničarjev in upnikov prevzemne družbe.⁵³

Za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov in morebitnih odškodninskih zahtevkov za škodo zaradi pripojitve po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti se šteje, da prevzeta družba obstaja še naprej (drugi odstavek 594. člena).⁵⁴ Zaradi fikcije se člani organov vodenja ali nadzora prevzete družbe torej ne bodo mogli rešiti odgovornosti z ugovorom, da je prevzeta

⁵² Glej na primer pravila, s katerimi se uresničuje načelo ohranjanja vezanega kapitala, in pravila o pravicah upnikov zahtevati dodatno zavarovanje svojih terjatev pri pripojitvi.

⁵³ Plavšak v: Kocbek, 2014b, str. 298–299.

⁵⁴ Prostor, 2018, str. 224.

družba prenehala z izbrisom iz sodnega registra. To zagotovilo pa je za upnika bistveno pri uveljavljanju njegovih zahtevkov do dolžnika oziroma do odgovornih oseb prevzete družbe za neplačane dolgove.⁵⁵

Odškodninski zahtevek prevzete družbe kot del njenega premoženja z vpisom pripojitve v sodni register preide na prevzemno družbo. Po drugem odstavku 594. člena ZGD-1 pa člani posloводства oziroma nadzornega sveta svojih morebitnih terjatev do prevzemne družbe, ki jih pridobijo na podlagi pogodbe o pripojitvi, ne morejo pobotati s terjatvijo prevzemne družbe (njihovo obveznostjo do prevzemne družbe) na podlagi odškodninske odgovornosti za škodo zaradi protipravnih ravnanj pri izvedbi pripojitve.⁵⁶

Zakon še določa, da terjatve na podlagi odškodninske odgovornosti po tem členu zastarajo v petih letih po objavi vpisa pripojitve v register (tretji odstavek 594. člena ZGD-1).

5.2. Odškodninska odgovornost organov vodenja ali nadzora pri delitvah

ZGD-1 v zvezi z delitvijo določa, da člani posloводства in nadzornega sveta prenosne družbe solidarno odgovarjajo za škodo, ki jo delitev povzroči družbam, ki so udeležene pri delitvi, in imetnikom deležev v teh družbah (peti odstavek 625. člena). Zakon torej ne širi izrecno njihove odškodninske odgovornosti tudi nasproti upnikom, določa le, da se za odgovornost članov posloводства in nadzornega sveta smiselno uporabljajo določbe o obrnjenem dokaznem bremenu iz drugega odstavka 263. člena ZGD-1,⁵⁷ za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov pa določbe tretjega odstavka 594. člena⁵⁸ in 595. člena⁵⁹ ZGD-1.

Na nomotehnično nerodno rešitev zakonodajalca v zvezi z režimom odškodninske odgovornosti organov vodenja ali nadzora pri delitvah je v preteklosti opozarjal že Prelič.⁶⁰ Kljub temu je iz komentarja 625. člena ZGD-1 razvidno, da se odgovornost organov vodenja ali nadzora širi v razmerju do upnikov tudi pri delitvi ter da se pri razdelitvi fingira nadaljnji obstoj prenosne družbe.⁶¹

Glede vprašanja odškodninskih zahtevkov je zato treba omeniti situacijo pri razdelitvi, ko prenosna družba zaradi delitve preneha. ZGD-1 v tem primeru ne določa izrecno fikcije pre-

⁵⁵ Glej na primer odločbo VSL IV Cpg 1020/2012 z dne 27. 9. 2012, točka 7.

⁵⁶ Plavšak v: Kocbek, 2014b, str. 300.

⁵⁷ ZGD-1 se sicer sklicuje na določbo drugega odstavka 255. člena ZGD-1.

⁵⁸ Tožbeni zahtevki zastarajo v petih letih po objavi vpisa pripojitve v register.

⁵⁹ Navedeni člen določa procesno sposobnost za sodno uveljavitev odškodninskih zahtevkov in posebnega zastopnika. Glej tudi odločbo VSL I Cpg 1109/2015 z dne 9. 9. 2015.

⁶⁰ V: Kocbek, 2014b, str. 511, 612 in 613.

⁶¹ Prav tam, str. 510 in 511. Primerjaj Prelič, str. 43 in 44.

nosne družbe, kot to velja pri združitvah (primerjaj peti odstavek 625. člena in drugi odstavek 594. člena). Določa le, da se za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov smiselno uporabljajo določbe tretjega (ne pa tudi drugega) odstavka 594. člena in 595. člena. Določba drugega odstavka 636. člena se v zvezi z varstvom upnikov prav tako sklicuje na smiselno uporabo določb 592., 593. in 595. člena, ne pa tudi (drugega odstavka) 594. člena.

Navedeno ne omogoča avtomatičnega sklepa, da se režim odškodninske odgovornosti organov vodenja ali nadzora pri delitvah nanaša tudi na razmerje do njenih upnikov (kot pri združitvah), temveč le v razmerju do družbe in imetnikov deležev. Po mnenju avtorjev bi bilo nujno, da zakonodajalec s sprejetjem novele ZGD-1 odpravi navedene nedoslednosti ter izrecno izenači režima odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora pri združitvah in delitvah.

5.3. Ekskulpacija

Naše pravo razbremenitev odškodninske odgovornosti pri združitvah in pri delitvah ureja enako (primerjaj drugi stavek prvega odstavka 594. člena in drugi stavek petega odstavka 625. člena ZGD-1). Relevantna člena ZGD-1 se sicer sklicujeta na smiselno uporabo samo drugega odstavka 263. člena ZGD-1, ki določa, da za člane organov vodenja ali nadzora velja, da so solidarno odgovorni družbi za škodo, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog, razen če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti. Član organa vodenja ali nadzora je torej dolžan povrniti škodo, tudi če dejanje, s katerim je bila družbi povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu (tretji odstavek 263. člena).

5.4. Uveljavljanje odškodninskih zahtevkov

Glede uveljavljanja odškodninskih zahtevkov veljajo posebna pravila. Ti zahtevki se namreč v skladu s 595. členom ZGD-1 uveljavljajo samo po posebnem zastopniku, in sicer v imenu in za račun vseh upnikov. O njegovi postavitvi v nepravdnem postopku odloča okrožno sodišče, pri čemer določi rok, v katerem se morajo upniki prijaviti posebnemu zastopniku, da bi si tako zagotovili pravico do poplačila iz zneskov, doseženih v postopku (rok ne sme biti krajši od 30 dni, šteto od objave oklica o imenovanju).

V preostalem delu tematika materialnih statusnih preoblikovanj z vidika upnikov presega namen tega prispevka, zato ni podrobneje analizirana.

6. Odškodninska odgovornost v postopkih zaradi insolventnosti

ZFPPIPP v 42. in 43. členu ureja odškodninsko odgovornost posloводства in članov nadzornega sveta v razmerju do upnikov (neposlovna odškodninska odgovornost) v zvezi s kršitvami

njihovih zapovedi in prepovedi oziroma opustitvami, potem ko je družba postala insolventna (ne pa tudi odškodninske odgovornosti za nastanek finančnega položaja insolventnosti družbe).⁶² Ta odškodninska odgovornost torej ne izključuje morebitne odškodninske odgovornosti članov posloводства in nadzornega sveta za nastanek insolventnosti, ker svojih obveznosti poslovoidenja oziroma nadzora nad vodenjem poslov družbe niso opravljali z zahtevano stopnjo skrbnosti.⁶³

Upniki lahko tako v stečajnem postopku uveljavljajo odškodninsko odgovornost članov posloводства (42. člen ZFPPIPP) oziroma članov nadzornega sveta stečajnega dolžnika (43. člen ZFPPIPP) ali odškodninski zahtevek, ki ga ima družba do člana organa vodenja ali nadzora, če ga družba ne more plačati (peti odstavek v povezavi s četrtrim odstavkom 263. člena ZGD-1). Poleg splošnih predpostavk odškodninske odgovornosti mora biti za odškodninsko odgovornost posloводства ali članov nadzornega sveta na podlagi 42. in 43. člena ZFPPIPP izpolnjena dodatna predpostavka, namreč začetek stečajnega postopka nad družbo.⁶⁴

Na pravni podlagi iz 42. in 43. člena ZFPPIPP lahko zahtevek iz naslova neposlovne odškodninske odgovornosti (poleg stečajnega upravitelja v imenu družbe kot stečajnega dolžnika) uveljavlja vsak posamezen procesno legitimiran upnik stečajnega dolžnika, vendar le za račun vseh upnikov, pri čemer se dosojena odškodnina plača družbi kot stečajnemu dolžniku, in ne neposredno v korist posameznega upnika (peti odstavek 44. člena). V zvezi s tem je najpomembneje ugotoviti, ali je upnik v konkretnem stečajnem postopku pridobil procesno legitimacijo upnika (glej 57. člen).

Iz sodne prakse je jasno tudi, da se lahko o odškodninski odgovornosti posloводства in nadzornega sveta odloča že med stečajnim postopkom.⁶⁵ Da z vložitvijo tožbe ni treba čakati do zaključka stečajnega postopka, poleg tega potrjuje določba petega odstavka 44. člena ZFPPIPP, ki ureja način uveljavljanja odškodninskega zahtevka in s katerim je zagotovljena enaka obravnava stečajnih upnikov, ki so oškodovanci, pri odškodninski odgovornosti posloводства po določbah 42. in 43. člena. Odškodninsko tožbo je tako mogoče vložiti takoj po začetku stečajnega postopka. Povedano drugače, o odškodninski odgovornosti se lahko odloča že med stečajnim postopkom (ne pa morebiti šele, ko je v stečajnem postopku znana višina poplačila terjatev stečajnih upnikov iz stečajne mase), saj sodišče glede na stanje ob zaključku glavne obravnave ugotavlja, ali je upnikom nastala škoda. Glede tega je sodišču predvsem pri

⁶² Glej odločbo VSL I Cpg 935/2016 z dne 9. 5. 2018, točka 22, in odločbo VSK Cpg 86/2017 z dne 22. 6. 2017, točka 6.

⁶³ Plavšak, 2017, str. 215.

⁶⁴ Pri tem pa začetek stečajnega postopka temelji na materialnopravni predpostavki, da je dolžnik postal insolvent (14., 33. in 50. člen ZFPPIPP).

⁶⁵ Odločba VS RS III Ips 29/2012 z dne 25. 3. 2014, točka 17.

odločanju o višini škode v pomoč prvi odstavek 44. člena, ki določa omejitev odškodninske odgovornosti.⁶⁶

Po določbah ZFPPIPP je stečajni dolжник ali upnik kot tožnik oproščen plačila takse za pravdni postopek (44.a člen).

ZFPPIPP kot samostojno odškodninsko odgovornost (in ne kot odgovornost za obveznosti družbe) ureja tudi odškodninsko odgovornost članov posloводства in nadzornega sveta izbrisane družbe (glej 2. točko prvega odstavka 442. člena v povezavi z 42. in 43. členom ter prvim do četrtem odstavkom 44. člena).

6.1. Odškodninska odgovornosti članov posloводства družbe po 42. členu ZFPPIPP

Posebna odškodninska odgovornost članov posloводства v razmerju do upnikov, ko člani posloводства ne ravnavo skladno s prisilnimi predpisi, je urejena v 42. členu ZFPPIPP.⁶⁷ Posloводство je upnikom odgovorno za škodo, ki so jo imeli, ker v stečajnem postopku niso dosegli popolnega plačila, če je bil nad družbo začel stečajni postopek in če je posloводство pred začetkom stečajnega postopka kršilo obveznosti enakega obravnavanja upnikov ter analize vzrokov in sprejetja ustreznih ukrepov, ki nastanejo, če družba postane insolventna (prvi odstavek 42. člena).

V okviru odškodninske odgovornosti po 42. členu ZFPPIPP sta kršitev obveznosti posloводства in začetek stečajnega postopka neločljivo povezana. Upniki lahko najpozneje ob začetku stečajnega postopka pričakujejo, da njihove terjatve zaradi insolventnosti družbe in kršitve obveznosti posloводства ne bodo (v celoti) poplačane. Predpostavke odškodninske odgovornosti posloводства v razmerju do upnikov⁶⁸ so torej naslednje:

- dejstvo, da je nad družbo začel stečajni postopek;
- kršitev obveznosti posloводства, ki izraža protipravnost ravnanja – *kršitev obveznosti enakega obravnavanja upnikov* (ravnanje v nasprotju s prepovedmi iz 34. člena ZFPPIPP) ali *kršitev obveznosti analizirati vzroke in opraviti ustrezne ukrepe* (nepravočasna oprava dejanja iz 35. do 39. člena ZFPPIPP);
- vzročna zveza in škoda (izpodbojna domneva).

⁶⁶ Če je jasno, da je višina škode pri majhni družbi vsaj 20.000 EUR, sodišču namreč ni treba ugotavljati morebitnega presežka.

⁶⁷ Za odgovornost posloводства v razmerju do družbe glej 28. člen ZFPPIPP.

⁶⁸ Glej tudi odločbo VSL I Cp 1787/2018 z dne 23. 1. 2019.

6.1.1. Glede dokazovanja

Glede na navedeno mora (stečajni upravitelj ali) upnik, ki uveljavlja odškodninski zahtevek po petem odstavku 44. člena ZFPPIPP, dokazati, da je poslovodstvo kršilo obveznosti ter da je v času, ko je bilo ravnanje opravljeno ali opuščeno, vedelo ali bi lahko vedelo, da je družba postala insolventna (tj. da poslovodstvo ni ravnalo s profesionalno skrbnostjo).⁶⁹

Dokazovanje škode, ki je v vzročni zvezi s protipravnim ravnanjem poslovodstva, je olajšano z izpodbojno domnevo iz drugega odstavka 42. člena ZFPPIPP, ki določa, da razen če poslovodstvo dokaže drugače, velja, da je imel upnik zaradi opustitev ali dejanj poslovodstva škodo, ki je enaka razliki med celotnim zneskom njegove terjatve in zneskom, do katerega je bila ta terjatev plačana v stečajnem postopku. Navedeni člen se smiselno uporablja tudi za vzročno zvezo med dejanji ali opustitvami članov nadzornega sveta in škodo (drugi odstavek 43. člena ZFPPIPP).⁷⁰

Vendar ugotavljanje višine škode, kot jo sicer poznamo v odškodninskem pravu, praviloma ne bo mogoče (npr. ker še ni bilo unovčeno vse premoženje stečajnega dolžnika). Zato zadošča ugotovitev obstoja (višine) škode, kakor se kaže glede na stanje ob zaključku glavne obravnave pred sodiščem prve stopnje. Poleg izpodbojne domneve iz drugega odstavka 42. člena ZFPPIPP natančnejše ugotavljanje višine škode olajšujejo še omejitve odškodninske odgovornosti iz prvega odstavka 44. člena ZFPPIPP in višina samega tožbenega zahtevka.⁷¹

6.1.2. Izpodbijanje od poslovodstva in razbremenitev odgovornosti

Poslovodstvo lahko izpodbija tudi domnevo o vzročni zvezi in škodi s tem, da dokaže, da zaradi očitane kršitve družbi ni nastala škoda ali da je škoda manjša od skupnega zneska domnevane škode (drugi odstavek 42. člena ZFPPIPP). Pri tem je mogoče sklicevanje na neznatnost kršitve, na primer da je bila zamuda pri izvedbi dejanja iz 35. do 39. člena ZFPPIPP le nekajdnevna, da so bila po nastopu insolventnosti opravljena samo manjša plačila oziroma prevzete le manjše obveznosti, ki niso bile nujno potrebne za poslovanje družbe, in podobno.⁷²

Če ima poslovodstvo dva ali več članov, so vsi člani upnikom solidarno odgovorni za škodo (tretji odstavek 42. člena ZFPPIPP). V celoti ali delno so prosti odškodninske odgovornosti za škodo, če dokažejo, da je celotna škoda ali del škode nastal zaradi dogodkov ali ravnanja drugih oseb, ki jih poslovodstvo, čeprav je ravnalo s profesionalno skrbnostjo poslovno fi-

⁶⁹ Protipravnost ravnanja lahko poslovodstvo izpodbije, če dokaže, da v času očitane ravnanja družba še ni bila insolventna ali da ni vedelo in ni moglo vedeti, da je družba postala insolventna (primerjaj 33. člen ZFPPIPP).

⁷⁰ Glej tudi odločbo VS RS III Ips 66/2018 z dne 19. 3. 2019, točka 15.

⁷¹ Glej odločbo VSL I Cpg 935/2016, točka 26, in odločbo VS RS III Ips 29/2012, točka 13.

⁷² Plavšak, 2008, str. 66–68, in odločba VSC Cpg 216/2015 z dne 18. 11. 2015, točka 12.

nančne stroke in stroke upravljanja podjetij, ni moglo niti preprečiti niti odvrniti ali omejiti njihovih škodljivih posledic (generalna oprostilna klavzula; četrty odstavek 42. člena).

Po petem odstavku 42. člena ZFPPIPP je posamezni član posloводства lahko prost odškodninske odgovornosti za škodo, če dokaže enega od naslednjih oprostilnih razlogov, ki so različni glede na položaj in konkretne obveznosti članov posloводства (posebna oprostilna klavzula).⁷³

1. dejanj, določenih v 35. do 39. členu ZFPPIPP, ni mogel opraviti samostojno in:
 - je na seji posloводства predlagal, da se opravijo, vendar so drugi člani posloводства temu nasprotovali, ali
 - član posloводства, ki je bil v notranjem razmerju med člani posloводства odgovoren za finančno poslovanje družbe, ni pravočasno pripravil ustreznih strokovnih podlag ali
2. za kršitev prepovedi iz 34. člena ZFPPIPP ni vedel ali je ni mogel preprečiti, čeprav je ravnal s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke in stroke upravljanja podjetij.

Iz navedenega je jasno, da je na primer pravočasna vložitev predloga za začetek stečajnega postopka nad družbo izrecno določena zakonska obveznost posloводства (glej 38. člen), ne pa tudi dolžnost upnikov, ki v zvezi s tem uživajo le privilegij v obliki procesne legitimacije.⁷⁴ S podatki o poslovanju družbe je namreč najbolj seznanjeno posloводство ter je zato dolžno spremljati in zagotavljati njeno kapitalsko ustreznost (glej 31. člen).

Navedena določba o oprostitvi odgovornosti posameznega člana posloводства se smiselno uporablja tudi pri odločanju o izreku glob za prekrške v skladu s 489.a členom ZFPPIPP.

6.2. Odškodninska odgovornost članov nadzornega sveta po 43. členu ZFPPIPP

Določbe 43. člena ZFPPIPP o odškodninski odgovornosti nadzornega sveta seveda izhajajo iz pristojnosti nadzornega sveta.⁷⁵ Odškodninska odgovornost članov nadzornega sveta je samostojna in ločena od odškodninske odgovornosti posloводства. Nadzorni svet ne vodi poslov gospodarske družbe, temveč je njegova temeljna pristojnost v tem, da nadzoruje vodenje poslov družbe (primerjaj 29. člen ZFPPIPP in 281. člen ZGD-1).

Tudi za solidarno odškodninsko odgovornost članov nadzornega sveta v razmerju do upnikov morajo biti izpolnjene štiri predpostavke, in sicer, da je bil nad družbo začrt stečajni postopek, protipravnost ravnanja, vzročna zveza in škoda. Za dokazovanje predpostavk vzročne zveze in škode se smiselno uporabljajo pravila odškodninske odgovornosti posloводства (drugi odsta-

⁷³ Odločba VSL I Cpg 935/2016, točka 12.

⁷⁴ Prav tam, točka 32.

⁷⁵ Odločba VSK Cpg 129/2016 z dne 23. 9. 2016, točka 8.

vek 43. člena ZFPPIPP), pri čemer je glede protipravnosti treba poudariti, da so člani nadzornega sveta upnikom solidarno odgovorni za škodo, ki so jo imeli, ker v stečajnem postopku niso dosegli polnega plačila, če obstaja vsaj eden od naslednjih položajev protipravnosti:

1. če je poslovodstvo v zadnjih dveh letih pred začetkom stečajnega postopka na podlagi poročila o ukrepih finančnega prestrukturiranja skupščini predlagalo sprejetje sklepa o povečanju osnovnega kapitala z vložki in
 - je nadzorni svet o poročilu o ukrepih finančnega prestrukturiranja dal mnenje (peti odstavek 35. člena ZFPPIPP), v katerem je presodil, da družba ni insolventna in povečanje osnovnega kapitala ni potrebno, ter
 - je skupščina zavrnila sprejetje sklepa o povečanju osnovnega kapitala;
2. če člani nadzornega sveta od poslovodstva niso zahtevali poročil po drugem in četrtem odstavku 272. člena ZGD-1, čeprav bi po pravilih poslovnofinančne stroke ali stroke upravljanja podjetij to morali storiti;
3. če bi člani nadzornega sveta na podlagi letnega poročila ali drugih poročil poslovodstva lahko ugotovili, če bi ravnali s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke in stroke upravljanja podjetij, da je družba postala insolventna, pa niso z ukrepi, ki so v njihovi pristojnosti, zagotovili, da bi poslovodstvo pravočasno opravilo dejanja iz 35. do 39. člena ZFPPIPP, ali preprečili dejanja v nasprotju s prepovedmi iz 34. člena ZFPPIPP.

Tretji odstavek 43. člena ZFPPIPP za razbremenitev odgovornosti članov nadzornega sveta določa smiselno uporabo četrtega in petega odstavka 42. člena ZFPPIPP, pri čemer se ti določbi smiselno uporabljata tudi za oprostitev odgovornosti za prekršek posameznega člana nadzornega sveta iz tretjega odstavka 489.a člena ZFPPIPP.

6.3. Omejitev, izključitev in uveljavitev odškodninske odgovornosti po 44. členu ZFPPIPP

Po drugem odstavku 44. člena ZFPPIPP je odškodninska odgovornost posameznega člana poslovodstva ali nadzornega sveta do upnikov pri majhni malomarnosti omejena na znesek do višine dvakratnega skupnega zneska vseh njegovih prejemkov za opravljanje funkcije člana poslovodstva ali nadzornega sveta v letu, v katerem je bilo izvedeno ali opuščeno dejanje, ki je predpostavka njegove odgovornosti.

ZFPPIPP določa tudi znesek zgornje meje odgovornosti za škodo, za katero upnikom odgovarja posamezen član poslovodstva. Če je dvakratni skupni znesek njegovih prejemkov za opravljanje funkcije manjši od 150.000 EUR pri veliki družbi, 50.000 EUR pri srednji družbi in 20.000 EUR pri majhni družbi ali drugi pravni osebi, se njegova odgovornost omeji na

navedeni znesek (prvi odstavek 44. člena ZFPPIPP). Če je ugotovljena škoda manjša, član posloводства seveda odgovarja do višine ugotovljene škode.⁷⁶

Ne glede na odgovorni subjekt pa se odškodninska odgovornost ne omeji, če je bila škoda povzročena namenoma ali iz hude malomarnosti, pri čemer je dokazno breme za te trditve na strani tožeče stranke (drugi odstavek 44. člena).

Odškodninske odgovornosti s pogodbo ni mogoče izključiti ali je omejiti drugače, kot to določa zakon. Drugačno pogodbeno določilo, ki izključuje ali omejuje odškodninsko odgovornost članov posloводства v nasprotju s prvim in drugim odstavkom 44. člena ZFPPIPP, je torej nično (tretji odstavek 44. člena).

6.4. Uveljavljanje odškodninske odgovornosti po 42. in 43. členu ZFPPIPP

Za stečajni postopek je značilno, da se vsa dejanja, ki so povezana z unovčevanjem premoženja in izterjavo terjatev, opravljajo za račun vseh upnikov, pri čemer se upniki v stečajnem postopku poplačujejo iz razdelitvene mase, ter z uveljavljanjem izpodbojnih in drugih zahtevkov, ki se prav tako uveljavljajo na račun vseh stečajnih upnikov. Peti odstavek 44. člena ZFPPIPP za uveljavljanje odškodninskega zahtevka tako določa smiselno enaka pravila, kot veljajo za uveljavljanje povračilnega zahtevka na podlagi izpodbijanja pravnih dejanj v stečajnem postopku.⁷⁷

Procesno legitimirani upnik je pri tem zgolj to, nosilec procesne legitimacije za sodno uveljavljanje zahtevka, ni pa hkrati materialnopravni upravičenec. Zahtevek mora uveljavljati v svojem imenu, vendar za račun stečajnega dolžnika, kar pomeni, da odgovorni člani posloводства ali nadzorna sveta dosojeni znesek plačajo v dobro stečajne mase.

Drugače velja pri odškodninski odgovornosti članov posloводства ali organa nadzora izbrisane družbe. Izbris družbe iz sodnega registra namreč v skladu s 442. členom ZFPPIPP ne vpliva na pravico upnika izbrisane pravne osebe zahtevati plačilo svoje terjatve do te pravne osebe od osebno odgovornih družbenikov ali od drugih družbenikov na podlagi pravil o spregledu pravne osebnosti in zahtevati plačilo terjatve tudi od članov posloводства oziroma organov nadzora izbrisane družbe po pravilih o njihovi odškodninski odgovornosti, določenih v 42. in 43. členu ZFPPIPP ter prvem do četrtem odstavku 44. člena ZFPPIPP.⁷⁸ Ker se zakon ne sklicuje tudi na smiselno uporabo petega odstavka 44. člena ZFPPIPP, je mogoče sklepati, da

⁷⁶ Odločba VS RS III Ips 66/2018, točki 17 in 18.

⁷⁷ Plavšak, 2017, str. 219.

⁷⁸ Odločba VSL II Cp 2089/2017 z dne 7. 2. 2018, točka 5.

upnik svoje terjatve ni dolžan uveljavljati v dobro izbrisane družbe, temveč jo (lahko) uveljavlja v svojem imenu in za svoj račun.⁷⁹

Če sodišče domnevano škodo oceni previsoko, je treba odgovornim članom posloводства oziroma nadzornega sveta vrniti tisti del plačane odškodnine, ki presega znesek dejanske škode. Upnik lahko namreč v stečajnem postopku na koncu doseže poplačilo svoje terjatve v višjem znesku, kot je ugotovljen v odškodninski pravdi.⁸⁰

Navedena okoliščina pa sodišču ne preprečuje, da odgovorni osebi naloži plačilo odškodnine. Pri plačilu obveznosti na podlagi odškodninske odgovornosti po relevantnih določbah ZFPPIPP pridobi član posloводства ali nadzornega sveta že po samem zakonu regresno pravico, da v stečajnem postopku zahteva povrnitev tistega, kar je (preveč) plačal (šesti do osmi odstavek 44. člena). Odgovorna oseba mora regresno pravico v stečajnem postopku nad dolžnikom uveljavljati s prijavo (pogojne) regresne terjatve v višini zneska odškodnine, katere plačilo se zahteva, in sicer v enem mesecu po vročitvi tožbe, s katero se uveljavlja regresni zahtevek (sedmi odstavek 44. člena). Njegova regresna terjatev se plača ob razdelitvi stečajne mase kot podrejena terjatev drugega vrstnega reda, iz razdelitvene mase, ki ostane po poplačilu vseh prednostnih in navadnih terjatev ter morebitnih podrejenih terjatev (osmi odstavek 44. člena). Navedeni korektiv torej omogoča ugotavljanje odškodninske odgovornosti, čeprav višina škode še ni (v celoti) znana, hkrati pa članom posloводства ali nadzornega sveta omogoča, da ob končni razdelitvi stečajne mase dobijo vrnjeno preplačano odškodnino.⁸¹

7. Sklep

Posamezniki in pravne osebe uresničujemo svoje podjetniške interese z delovanjem v okviru gospodarskih družb. Pri kapitalskih družbah je ena od prevladujočih motivacij za podjetniško delovanje tudi načelo ločenosti premoženja družbenikov oziroma delničarjev od družbe same, kar podjetnikom v kombinaciji s pravilom podjetniške presoje zagotavlja dovolj svobode in poguma za učinkovito delovanje in poslovne odločitve. Pravni okvir mora zato nujno določati tudi korektivna pravila, s katerimi se upnikom, ki z gospodarsko družbo niso v neposrednem korporacijskem razmerju, zagotovi zadostna varnost.

Odgovornost članov organov vodenja ali nadzora je bistvena za razvoj korporativne kulture, kar se kaže tudi v prizadevanjih zakonodajalca in razvoju sodne prakse. Posledice ravnanj in opustitev članov organov vodenja ali nadzora se namreč redno zaznavajo pri izčrpava-

⁷⁹ Odločba VSL I Cp 1787/2018, točka 7. Glej tudi Prostor, 2012, str. 5.

⁸⁰ Plavšak, 2017, str. 220.

⁸¹ Odločba VS RS III Ips 29/2012, točke 14, 15 in 17.

njih gospodarskih družb, fiktivnih poslih, v zvezi s prepovedanimi plačili, škodljivimi navodili in podobno. Poleg samih družb so v spornih situacijah pogosto oškodovani tudi njihovi ekonomski lastniki (delničarji in družbeniki) ter ne nazadnje upniki. V prihodnosti bo zato zanimivo spremljati razvoj doktrine podjetniške presoje skozi sodno prakso, k čemur lahko pomembno prispevajo tudi upniki, ki bi se odločili uveljavljati odškodninske zahtevke zoper člane organov vodenja ali nadzora. Glede na trende nestrpnost pričakujemo razvoj sodne prakse predvsem v zvezi s kršitvami koncernskih pravil in odgovornostjo članov organov vodenja ali nadzora prevzete in prenosne družbe, kjer se odškodninski zahtevki upnikov do pred kratkim niso prav pogosto pojavljali, česar pa verjetno ne moremo trditi za kršitve.

Literatura

- BERNARD, Luka, in BRATINA, Miha. Odškodninska obveznost posloводства po 263. členu ZGD-1 za globo, izrečeno družbi zaradi omejevalnih ravnanj. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 2, str. 290–312.
- KOCBEK, Marijan, in drugi. *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2014.
- KOCBEK, Marijan, in drugi. *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 3. knjiga*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2014.
- KOCBEK, Marijan. Koncepti varovanja odvisnih družb pri dejanskih in pogodbenih koncernih. *Podjetje in delo*, 2017, letn. 43, št. 67, str. 933–948.
- MAYR, Vida. Odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora. *Odvetnik*, 2015, letn. 17, št. 70, str. 16–22.
- NEFFAT, Domen. Odškodninska odgovornost članov organov vodenja ali nadzora v razmerju do upnikov po ZGD-1 in ZFPPIPP. V: Bratina, B., in dr., *Aktualna vprašanja gospodarskega prava*. Ljubljana: Nebra, 2017, str. 87–96.
- PLAVŠAK, Nina. *Komentar Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)*. Ljubljana: Tax-Fin-Lex, 2017.
- PLAVŠAK, Nina. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)*. Ljubljana: GV Založba, 2008.
- PODGORELEC, Peter. Odgovornost uprave obvladujoče družbe za zakonitost poslovanja odvisnih družb. *Podjetje in delo*, 2018, letn. 44, št. 67, str. 1025–1033.
- PODGORELEC, Peter. Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb Vrhovnega sodišča RS. *Podjetje in delo*, 2013, letn. 39, št. 5, str. 763–791.
- PODGORELEC, Peter. Odškodninski zahtevki odvisnih družb in delničarjev zaradi škodljivih navodil in finančnih izčrpanj. *Podjetje in delo*, 2017, letn. 43, št. 67, str. 949–959.

- PODGORELEC, Peter. Podrobnejša pravila varstva upnikov in manjšinskih delničarjev v koncernskem pravu (povezane družbe in podjetniška pogodba). *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 67, str. 1120–1132.
- PODGORELEC, Peter. Splošna odškodninska odgovornost članov organov vodenja ali nadzora delniške družbe po ZGD-1. *Podjetje in delo*, 2010, letn. 36, št. 67, str. 978–986.
- PRELIČ, Saša. Odškodninska odgovornost organov vodenja kapitalske družbe za škodo, nastalo zaradi statusnih preoblikovanj. V: Bratina, B., in dr., *Aktualna vprašanja gospodarskega prava*. Ljubljana: Nebra, 2017, str. 31–63.
- PROSTOR, Jerneja. *Korporacijska kondikcija. Varstvo upnikov kapitalskih družb s pravili o vezanem kapitalu*. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2018.
- PROSTOR, Jerneja. Varstvo upnikov družb, izbranih iz sodnega registra brez likvidacije. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 1, str. 5–18.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.764:347.51-057.177

Zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora družbe

DEJAN SRŠE
magister pravnih znanosti
strokovni direktor v Adriaticu Slovenici,
zavarovalni družbi, d. d.

1. Uvod

Zavarovalna pogodba je pogodba med zavarovalnico in zavarovalcem. Zavarovalnica se zaveže k zavarovalni zaščiti, zavarovalec pa, da ji bo to zaščito plačal. Bistvo zavarovanja je v tem, da se nepredvideni in za vsakogar nepredvidljivi in variabilni izdatki (škoda) preoblikujejo v konstantne stroške (premijo). S tem zavarovanje prispeva k splošni ekonomski varnosti posameznika in družbe kot celote. Zavarovanje ustvarja ekonomsko varnost posameznika, s tem pa stabilnost v družbi.¹

Zavarovalnica zagotavlja zavarovalno zaščito z zavezo, da bo, če bo med trajanjem zavarovalne pogodbe nastopil s pogodbo predviden nevarnostni dogodek, nekaj izplačala (bodisi zavarovancu bodisi nekomu drugemu) ali pa storila kaj drugega. Pogodbeno predvideni nevarnostni dogodek je v zavarovalnem pravu »zavarovalni primer«. Bistvo zavarovalne pogodbe je v riziku, torej v obstoju potencialne nevarnosti, ki ogroža dobrine zavarovanca in ki ob morebitnem uresničenju povzroči nastanek zavarovalnega primera.

Riziku so pri svojem delu izpostavljeni tudi člani organov vodenja in nadzora. Gre za potencialno nevarnost, da bo zaradi funkcij, ki jih opravljajo v družbi, nastala njihova odškodninska obveznost, na podlagi katere bodo morali s svojim osebnim premoženjem poplačati odškodninske zahteve.

Pogodbeni prenos takšnega rizika na zavarovalnico, ki ga prispevek obravnava, je zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora (angl. *directors and officers liability insurance*, na kratko *D&O insurance*).

¹ Jadek Pensa, str. 127.

2. Splošno o riziku

2.1. Odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora

Riziko, povezan s funkcijami, ki jih člani organov vodenja in nadzora izvajajo v družbi, pomeni možnost nastanka njihove odškodninske obveznosti.

Odškodninska obveznost je obveznost stranke, da poravnava škodo, za katero je odgovorna.² Gre torej za obligacijsko razmerje, v katerem je ena stranka zavezana drugi stranki povrniti povzročeno škodo, druga stranka pa je upravičena zahtevati povrnitev. Za obstoj odškodninske odgovornosti morajo biti podane določene predpostavke. V Sloveniji so temelji odškodninskega prava urejeni v Obligacijskem zakoniku (OZ).³

Kot temeljno načelo odškodninskega prava OZ določa načelo *neminem laedere*,⁴ ki je izpeljano v določbah razdelka o povzročitvi škode (neposlovne obveznosti – 131. do 189. člen) in v delu o pravici do povračila škode, ki se uporablja za primere kršitve obveznosti iz pravnih poslov (poslovne obveznosti – 239. do 246. člen).

Iz zgornjega sta razvidni obe obliki odškodninske obveznosti – ta je lahko po svojem izvoru poslovna (pogodbena) ali neposlovna (deliktna). Prva bo nastala zaradi kršitve pogodbe, druga pa zaradi nastanka nekega dejstva.⁵

Pri članih organov vodenja in nadzora, ki delo izvajajo na podlagi korporacijskega razmerja z družbo, ki jo vodijo ali nadzirajo, bo tako relevantna poslovna (pogodbena) odškodninska odgovornost. Ravnanje, zaradi katerega bo odškodninska odgovornost nastala, bo namreč praviloma pomenilo kršitev pogodbenega razmerja, ki ga imajo z družbo.

Člani organov vodenja in nadzora so osebno odškodninsko odgovorni, za škodo, ki jo povzročijo pri svojem delu, pa jamčijo s svojim celotnim premoženjem. Ureditev se uporablja tako pri delniški družbi za člane uprave in nadzornega sveta (pri dvotirnem sistemu upravljanja) oziroma za člane upravnega odbora in izvršne direktorje (pri enotirnem sistemu upravljanja) kakor pri družbi z omejeno odgovornostjo za poslovodjo in člane nadzornega sveta (šesti odstavek 515. člena in 514. člen Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1).⁶

² Cigoj, str. 165.

³ Uradni list RS, št. 83/01.

⁴ Člen 10 OZ: »Vsak je dolžan vzdržati se ravnanja, s katerim bi utegnil drugemu povzročiti škodo.«

⁵ Strohsack, str. 14.

⁶ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17.

Po zakonski opredelitvi in pristojnostih ti organi vodijo družbo in njeno poslovanje ter s tem odločilno vplivajo ne le na njen finančni in premoženjski položaj, temveč tudi na nadaljnji obstoj. Od članov teh organov se zato pričakuje visoka stopnja strokovnosti, skrbnosti in profesionalnosti. Če svojih nalog ne opravljajo skladno s temi zahtevami, je lahko posledica tega njihova odškodninska odgovornost, ki je v primerjavi z ureditvijo odškodninske odgovornosti v OZ vsaj v nekaterih pogledih poostrena.⁷

2.2. Pravni viri ureditve odgovornosti članov organov vodenja in nadzora

Za odškodninsko odgovornost članov organov vodenja in nadzora poleg krovne ureditve odškodninskega prava po OZ velja tudi ureditev po ZGD-1 kot specialnem predpisu (*lex specialis*). Osrednjo ureditev odgovornosti članov organov vodenja in nadzora tako pomeni določba 263. člena ZGD-1, ki ureja vprašanje njihove skrbnosti pri izvajanju nalog in s tem povezano njihovo odškodninsko odgovornost. Takšna ureditev v korporacijskem pravu je prisilna (*ius cogens*) in je ni dopustno spreminjati niti s statutom niti s pogodbo o opravljanju funkcije.

Omenjena določba članom organov vodenja in nadzora nalaga, da morajo pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika ter varovati poslovno skrivnost družbe, pri čemer je njihova odgovornost individualna. Vestnost in pošteno ravnanje se namreč presojata za vsakega posameznega člana organa posebej, in ne za organ kot celoto.⁸

Za člane organov vodenja in nadzora so s tem opredeljena dolžna ravnanja, ki se lahko razdelijo na dolžnost skrbnega ravnanja (angl. *duty of care*, nem. *Sorgfaltpflicht*) in na dolžnost zvestobe (angl. *duty of loyalty*, nem. *Treupflicht*), pri čemer je obveznost članov organov vodenja in nadzora mogoče opredeliti kot oblikacijo prizadevanja, in ne kot oblikacijo rezultata.⁹

Odgovornost po 263. členu ZGD-1 je nesporno koncipirana kot notranja odgovornost: če člani organov vodenja ali nadzora kršijo svoje dolžnosti, odgovarjajo družbi. Družbeniki (delničarji) ali upniki lahko ob določenih predpostavkah uveljavljajo zahtevek družbe, lastnega zahtevka nasproti članom organov družbe pa razen v nekaterih izjemnih primerih načeloma nimajo.¹⁰

Odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora do družbe je solidarna, če je škoda nastala kot posledica kršitve njihovih dolžnosti (drugi odstavek 263. člena ZGD-1).

⁷ Mayr, str. 16.

⁸ Bohinc, Bratina in Podgorelec, v: Kocbek, str. 73.

⁹ Tako tudi sodba in sklep VS RS III Ips 97/2015.

¹⁰ Podgorelec, str. 763.

To pomeni, da lahko oškodovanec (družba) poljubno poseže po premoženju kateregakoli od članov vodenja in nadzora, da bi izterjal svoj odškodninski zahtevek, pri čemer se njihova odškodninska odgovornost domneva. Torej je dokazno breme obrnjeno – da bi se člani organov vodenja in nadzora razbremenili odškodninske odgovornosti, so dolžni dokazati, da so svoje obveznosti izpolnjevali pošteno in vestno, skladno s standardom skrbnosti, ki se od njih zahteva. Članu vodenja ali nadzora ni treba povrniti škode, če dejanje, s katerim je bila družbi povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu, pri čemer pa odgovornost člana posloводства ni izključena, čeprav je nadzorni svet ali upravni odbor dejanje odobril (tretji odstavek 263. člena ZGD-1).

Ob osrednji ureditvi odškodninske odgovornosti članov organov vodenja in nadzora obstajajo še posebne ureditve – tako v ZGD-1 kot v drugih zakonih. V ZGD-1 so tako na primer posebej opredeljene njihova odgovornost pri vodenju obvladujoče družbe (koncernska odgovornost; 543., 544., 547., 548. člen), odgovornost v zvezi s statusnimi preoblikovanji (594., 595., 596. člen) in odgovornost v primeru neupravičeno izplačanih nagrad (šesti odstavek 270. člena).

Odškodninsko odgovornost članov organov vodenja in nadzora pa urejajo še drugi zakoni – na primer Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)¹¹ glede odgovornosti v povezavi z nepravočasno vložitvijo predloga za začetek stečajnega postopka, kršitvijo načela enakega obravnavanja upnikov, neprevzemanjem obveznosti ob nastopu insolventnosti ali drugim ravnanjem, ki ni v skladu s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke; Zakon o prevzemih (ZPre-1)¹² glede prospektne odgovornosti in glede odgovornosti v zvezi z mnenjem posloводства ciljne družbe o prevzemni ponudbi ter Zakon o trgu finančnih instrumentov (ZTFI-1)¹³ glede odgovornosti v zvezi s prospektom.

2.3. Kdo lahko uveljavlja odškodninski zahtevek

Člani organa vodenja ali nadzora so družbi solidarno odgovorni za škodo, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog, razen če dokažejo, da so svoje dolžnosti izpolnjevali pošteno in vestno (drugi odstavek 263. člena ZGD-1). Gre torej za njihovo odškodninsko odgovornost kot »notranjo odgovornost« – prav družba, v kateri izvajajo svojo funkcijo, se bo namreč največkrat pojavila v vlogi »oškodovanca«. Osrednja odškodninska odgovornost, ki jo lahko člani

¹¹ Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C, 30/18 – ZPPDID, 54/18 – odl. US.

¹² Uradni list RS, št. 79/06, 67/07 – ZTFI, 1/08, 68/08, 35/11 – ORZPre75, 55/11 – skl. US, 105/11 – odl. US, 10/12, 22/12 – odl. US, 38/12, 47/13 – ZFPPIPP-E, 56/13, 63/13 – ZS-K, 25/14, 75/15.

¹³ Uradni list RS, št. 77/18.

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

2.4.1. Protipravno ravnanje

Za obstoj odškodninske obveznosti mora biti podana protipravnost ravnanja, ob katerem gre za poseg v pravno varovani interes oškodovanca. Protipravnost ravnanja se lahko manifestira tako z aktivnim ravnanjem (storitvijo) kot s pasivnim (opustitvijo).

Protipravno ravnanje bo tako vsako dejanje ali opustitev, ki pomeni kršitev obveznosti člana organa vodenja ali nadzora. V praksi so to lahko posamezni posli in dejanja, ki jih člani organov vodenja ali nadzora storijo v nasprotju z zakoni, statutom, akti družbe, predpisi ali ustaljeno poslovno prakso, ter po drugi strani lahko tudi opustitve dolžnih ravnanj in s tem kršitve z zakonom predpisanega standarda skrbnosti za njihovo ravnanje (skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika).

2.4.2. Škoda

Za nastanek odškodninske obveznosti mora nastati pravno priznana škoda. V povezavi z odgovornostjo člana organa vodenja ali nadzora bo to praviloma škoda kot zmanjšanje premoženja, to je navadna škoda, in tudi kot preprečitev povečanja premoženja, to je izgubljeni dobiček (132. člen OZ).

Takšne premoženjske škode v družbi ni preprosto dokazati, saj med poslovanjem te ves čas prihaja do prilivov in odlivov, prihodkov in odhodkov ter stroškov, ki vplivajo na trenutno premoženje družbe. Povrnitev škode se ravna po načelu restitucije. Natančnejše premoženjsko stanje družbe se ugotavlja ob koncu poslovnega leta in medletno ob periodičnih obračunih poslovanja. Prav zato vsakega zmanjšanja premoženja družbe ni mogoče šteti za škodo po civilnopravnih predpisih.¹⁴

Na splošno se lahko kot škoda za družbo opredeli tisto zmanjšanje premoženja (ali neustvarjen dobiček), do katerega ne bi prišlo (oziroma bi bil ustvarjen dobiček) ob upoštevanju hipotetičnega oblikovanja in razvoja premoženja družbe ob pravilnem in skrbnem vodenju oziroma nadziranju družbe.¹⁵

2.4.3. Vzročna zveza

Ker pri odškodninski odgovornosti članov organov vodenja in nadzora ne gre za objektivno odgovornost, se vzročna zveza med protipravnim ravnanjem in nedopustno škodo ne domneva, temveč je njen obstoj treba posebej dokazati. V slovenskem pravu se upošteva tako imenovana adekvatna vzročnost, kar pomeni, da člani organov vodenja in nadzora odgovarjajo

¹⁴ Rečnik, str. 60.

¹⁵ Prav tam.

le za tiste škodne posledice, ki običajno nastanejo zaradi pomanjkljivega ali premalo skrbnega opravljanja dolžnosti in pristojnosti v družbi.

2.4.4. *Odgovornost člana organa vodenja in nadzora*

OZ kot pravilo postavlja krivdno (subjektivno) odgovornost, objektivno odgovornost (strožji režim odgovornosti) pa vzpostavlja, če škoda nastane od (nevarne) stvari ali dejavnosti, iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico, ali če kateri od zakonov to odgovornost izrecno predpisuje. OZ kot krivdni obliki določa namen in malomarnost, nobene pa ne definira. Malomarnost se presoja po tem, ali bi druga oseba v enakem položaju ravnala enako.

Pri članih organov vodenja in nadzora je kriterij presoje malomarnosti strožji. Gre za izpolnjevanje obveznosti skladno s predpisanim standardom skrbnosti¹⁶ – skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika, glede katere se domneva ustrezna usposobljenost in obveščenost.

Odškodninska odgovornost člana organa vodenja in nadzora za nastalo škodo se domneva. Torej je dokazno breme obrnjeno, saj mora član organa vodenja ali nadzora, ki se želi razbremeniti odškodninske odgovornosti, dokazati, da je svoje dolžnosti izpolnjeval pošteno in vestno. Če mu tega ne uspe dokazati, se šteje, da je ravnal v nasprotju s predpisanim standardom skrbnosti oziroma da je ravnal malomarno.

Ali je ravnanje v skladu s standardom ravnanja vestnega in poštenega gospodarstvenika, se presoja izključno na podlagi objektivnih meril (t. i. abstraktno merilo presoje). Pri tem je odločilno vprašanje, kako bi v konkretni situaciji ravnal nekdo, ki vodi družbo primerljive velikosti, dejavnosti in tudi gospodarskega položaja ter ki ima za vodenje družbe vse potrebno znanje in izkušnje. Dejansko znanje in izkušnje osebe, katere odgovornost se v konkretnem primeru presoja, niso relevantne, če ne dosegajo zahtevanega standarda, pri čemer se od članov vodenja in nadzora, tudi skladno s sodno prakso, zahteva strožja, to je profesionalna skrbnost ravnanja.¹⁷

Za člane vodenja in nadzora tako velja strožja skrbnost ter odgovornost vestnega in poštenega gospodarstvenika – kot strokovnjaka, poznavalca poslov, ki jih vodi. Gre za strožjo stopnjo skrbnosti, ki se nanaša na usposobljenega in v poslih vodenja večšega človeka – profesionalca.¹⁸

¹⁶ Merila za skrbnost so pomembna predvsem zaradi presoje subjektivega ravnanja z vidika vprašanja krivde in pomenijo pravne standarde, s katerimi se v konkretnih obligacijskih razmerjih presoja ravnanje udeležencev. Uporabljajo se pri presoji krivdnega ravnanja povzročitelja škode – tako se ugotavlja stopnja krivde.

¹⁷ Podgorelec, str. 763.

¹⁸ Kocbek, v: Kocbek, str. 314.

3. Zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora

3.1. Splošno o zavarovanju odgovornosti

Zavarovanje odgovornosti je vrsta premoženjskega zavarovanja, pri katerem zavarovalnica krije odškodninske zahtevke, ki jih tretje osebe uveljavljajo zoper zavarovanca kot povzročitelja oziroma osebo, odgovorno za nastalo škodo.¹⁹

Pri zavarovanju odgovornosti gre lahko le za zavarovanje civilne odškodninske odgovornosti, in ne za zavarovanje katere druge pravne ali nepravne odgovornosti, čeprav utegnejo tudi te voditi do premoženjskih sankcij. Tako imajo lahko premoženjske sankcije na primer tudi kazenska, administrativna in disciplinska odgovornost (na primer plačilo kazni in glob), vendar se zavarovanje lahko nanaša samo na odškodninsko odgovornost. Omejenost zavarovanja na področje odškodninske odgovornosti je povsem logična posledica bistva in ciljev te vrste odgovornosti, v ospredju katere sta predvsem izravnalno in socialno izhodišče za vzpostavitev stanja, kakršno je bilo pred nedopustnim posegom (restitucijska funkcija).²⁰

Pri odškodninski odgovornosti je v ospredju oškodovanec, ki mu pravila odškodninske prava zagotavljajo varstvo njegovega stanja, kot je obstajalo, preden je utrpel škodo. Pri kazenski odgovornosti, kjer kaznovalno funkcijo prevzame država, pa njeno bistvo in cilj nista v restituciji premoženja tretje osebe, temveč je v ospredju sankcioniranje osebnosti storilca ravnanja, ki z vidika kaznovalnih predpisov²¹ velja za nesprejemljivo.

Zavarovanje odgovornosti tako pomeni zaščito pred odškodninsko odgovornostjo zavarovanca kot potencialno odgovorne osebe za nastalo škodo, s čimer je zaščiten njegov premoženjski interes – to je del premoženja, ki bi ga sicer moral porabiti za poplačilo škode, povzročene tretji osebi.²²

Pri tovrstnem zavarovanju zavarovalnica za škodo, nastalo z zavarovalnim primerom, odgovarja le, če je zavarovanec za škodo odgovoren in če oškodovanec zahteva odškodnino.

Oškodovanec ima v skladu z OZ zoper zavarovalnico neposredni zahtevek, *actio directa* (965. člen OZ). Toda zavarovalnica jamči za škodo pod drugačnimi pogoji kakor odgovorna oseba (zavarovanec): obseg odškodninske odgovornosti odgovorne osebe je namreč opredeljen z zakonom (in pogodbo, če gre za pogodbeno odgovornost), zavarovalnica pa jamči le v okviru zavarovalne pogodbe – tako vsebinsko (mogoče so različne omejitve ali izključit-

¹⁹ Zavarovanje odgovornosti opredeljuje 964. člen OZ.

²⁰ Polajnar Pavčnik, str. 1254.

²¹ Na primer ravnanje z znaki kaznivega dejanja v smislu Kazenskega zakonika.

²² Sokal, str. 33.

ve kritja) kot zneskovno (v okviru zavarovalne vsote, ki pomeni največjo mogočo obveznost zavarovalnice).²³

Bistvo zavarovanja odgovornosti je torej zaščita zavarovanca (kot potencialno odgovorne osebe za škodo) pred odškodninskimi zahtevki. Zaščita pri zavarovanjih odgovornosti je lahko različna. Pri uveljavljanju odškodninskega zahtevka, ki je z vidika odškodninskega prava utemeljen, je zaščita zavarovanca ekonomske narave. To pomeni, da zavarovalnica tak zahtevek – ko ugotovi, da obstaja odškodninska odgovornost zavarovanca – v okviru sklenjene zavarovalne pogodbe dejansko poplača tretji osebi namesto zavarovanca. Ko se zoper zavarovanca uveljavlja odškodninski zahtevek, ki z vidika odškodninskega prava ni utemeljen, pa mu zavarovalnica zagotavlja zaščito pravne narave, s tem ko ga pred takim zahtevkom brani (oziroma financira njegovo pravno obrambo), po potrebi tudi pred sodiščem.

Pri zavarovanju odgovornosti gre za sklop več pravnih razmerij med različnimi subjekti, ki se pri tem zavarovanju pojavljajo. Začne se s pogodbenim razmerjem, ki nastane s sklenitvijo zavarovalne pogodbe za zavarovanje odgovornosti med zavarovalcem in zavarovalnico, s katero je dogovorjen obseg zavarovalne zaščite za zavarovanca. Nadaljuje se z odškodninskim razmerjem med zavarovancem in tretjo osebo. To razmerje nastane, ko zavarovanec kot odgovorna oseba oziroma povzročitelj povzroči tretji osebi (oškodovancu) škodo, ki ji jo mora po pravilih odškodninskega prava povrniti. Sklene pa se z razmerjem med tretjo osebo (oškodovancem) in zavarovalnico, ko ta v okviru zavarovalne pogodbe (sklenjene z zavarovalcem) namesto zavarovanca povrne nastalo škodo tej tretji osebi (oškodovancu).

Riziko pri zavarovanju odgovornosti je v osnovi vsota potencialnih nevarnosti, ko bi bilo zaradi odškodninske odgovornosti zavarovanca lahko ogroženo njegovo premoženje, s katerim bi moral poplačati škodo, povzročeno oškodovancu.

Uresničenje rizika je uresničenje nevarnosti in s tem nastanek nevarnostnega dogodka, ki že konkretno ogroža zavarovančevo premoženje. Ali bo nevarnostni dogodek predstavljal zavarovalni primer v smislu zavarovalne pogodbe, pa je odvisno od tega, kako sta zavarovalec in zavarovalnica v zavarovalni pogodbi opredelila obseg zavarovalne zaščite in s tem uredila preslikavo nevarnostnih dogodkov, ki utegnejo botrovati nastanku zavarovančeve odškodninske odgovornosti, v to zavarovalno pogodbo. Le z zavarovalno pogodbo predviden nevarnostni dogodek je namreč zavarovalno upošteven in je lahko zato zavarovalni primer v smislu zavarovalne pogodbe ter tako pomeni zaščito zavarovanca pred odškodninskim zahtevkom.²⁴

²³ Veberič, str. 169.

²⁴ Srše, str. 10–11.

3.2. Pomen zavarovanja odgovornosti članov organov vodenja in nadzora

Riziko nastanka škode zaradi napačnih ravnanj, ki jih člani organov vodenja in nadzora storijo, ko opravljajo svoje funkcije v družbi, se lahko s sklenitvijo pogodbe za zavarovanje njihove odgovornosti prenese na zavarovalnico.

Takšno zavarovanje krije odškodninske zahtevke, ki se uveljavljajo zoper člana organa vodenja ali nadzora (kot »zavarovanca«) na podlagi njegove osebne odškodninske odgovornosti, ki lahko nastane zaradi kršitve dolžne skrbnosti, h kateri je posamezen zavarovanec zavezan pri opravljanju svoje funkcije v družbi na podlagi določb korporativnega prava. Poleg navedenega takšno zavarovanje vsebuje še elemente »zavarovanja pravne zaščite«, saj se kritje stroškov pravnega zastopanja običajno nanaša tudi na druge pravne postopke (ne samo odškodninske) – denimo stroške pravnega zastopanja pri uradnih preiskavah v kazenskih ali upravnih postopkih (vključno s postopki nadzornega organa), sproženih zoper zavarovanca.

Pri zavarovanju članov organov vodenja in nadzora gre za dvojno zaščito – tako članov organov vodenja in nadzora kakor same družbe. Poleg poplačila upravičenih odškodninskih zahtevkov zagotavlja zavarovanje tudi zavarovalno zaščito pred stroški sodnih postopkov ter stroški organiziranja pravne obrambe pred neutemeljenimi in pretiranimi odškodninskimi zahtevki. Člane organov vodenja in nadzora zavarovanje ščiti pred odškodninskimi zahtevki, ki bi sicer lahko izničili njihovo osebno premoženje, sočasno pa je zaščita zagotovljena sami družbi (kot oškodovanki), saj člani organov vodenja in nadzora pogosto ne razpolagajo s tolikšnim premoženjem, da bi lahko v celoti nadomestili škodo družbi kot oškodovanki.

Takšna zavarovalna zaščita tem posameznikom omogoča, da se pri opravljanju svojega poklica čutijo svobodnejše, da so lahko pri delu drznejši in si upajo sprejemati tudi bolj tvegane odločitve. Dejstvo je namreč, da drznejše poslovne odločitve prinašajo večji donos, drži pa tudi obratno.²⁵

3.3. Način sklenitve zavarovanja

Zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora se lahko sklene na dva načina: bodisi kot »korporativno zavarovanje« bodisi kot »individualno zavarovanje«. Ključna razlika med njima je v tem, kdo kot »zavarovalec« sklene z zavarovalnico zavarovalno pogodbo in se ji s tem zaveže plačevati premijo za takšno zavarovalno zaščito.

²⁵ Bratina in dr., str. 22.

3.3.1. Korporativno zavarovanje

Pri korporativnem zavarovanju sklene zavarovalno pogodbo kot zavarovalec družba, zavarovanje pa se nanaša na odgovornost zavarovancev – članov organov vodenja in nadzora v tej družbi.²⁶ Zavarovanci so v tem primeru običajno določeni po funkciji, ki jo imajo v družbi (kot zavarovalcu), in ne poimensko. Zavarovalna pogodba se namreč nanaša tako na zavarovance, ki med trajanjem zavarovalne pogodbe opravljajo to funkcijo, kakor na tiste, ki to funkcijo po sklenitvi zavarovalne pogodbe šele začnejo ali prenehajo opravljati (zavarovanci pri tem zavarovanju so prav tako med trajanjem zavarovalne pogodbe novoimenovani člani organov vodenja in nadzora ter tudi nekdanji).

Kot »zavarovanci« pri tej obliki zavarovanja navadno niso določene le osebe, ki opravljajo funkcijo članov organov vodenja in nadzora v družbi (zavarovalcu), ki to zavarovanje sklene, temveč se za »zavarovance« štejejo tudi osebe na teh funkcijah v odvisnih družbah zavarovalca in vsi drugi zaposleni, ki se zaradi opravljanja funkcije v družbi lahko znajdejo v pravnem postopku (na primer sprožitev uradnega upravnega postopka ali postopka nadzornega organa proti tej osebi).

Takšno korporativno zavarovanje se razlikuje od klasičnega zavarovanja odgovornosti. Korporativno zavarovanje se namreč ne nanaša nujno le na odgovornost zavarovanca do tretje osebe (kar je značilno za druga zavarovanja odgovornosti), temveč so najpogostejši notranji zahtevki – ko družba sama (ki je kot zavarovalec sklenila to zavarovalno pogodbo) zoper zavarovanca (člana organa vodenja ali nadzora) uveljavlja odškodninski zahtevek po isti zavarovalni pogodbi.

Največkrat gre namreč prav za odškodninski zahtevek zaradi škode, ki jo zavarovanci povzročijo družbi (kot zavarovalcu) z napačnimi odločitvami ali opustitvami potrebnega ravnanja pri vodenju poslov oziroma nadzora nad vodenjem poslov. Torej namen korporativnega zavarovanja ni zgolj premoženjska zaščita članov organov vodenja in nadzora (zavarovancev), temveč takšno zavarovanje ob tem ponuja še druge varstvene mehanizme za zavarovanje interesa družbe in v širšem smislu tudi celotnega gospodarstva: zaščito delničarjev in družbe kot celote, ko ta utрпи škodo zaradi nedopustnega ravnanja članov organov oziroma organov; zaščito delničarjev in družbe kot celote, ko bi ta morala plačati škodo iz lastnih sredstev; zaščito vodilnih zaposlenih, da lahko ravnajo bolj samostojno in s pravo mero drznosti; zaščito fizičnih in pravnih subjektov, ki so utrpeli škodo zaradi ravnanja menedžmenta in ta ni

²⁶ Primer takšnega zavarovanja: zavarovalni pogoji zavarovalnice Zurich *Directors and Officers Liability Insurance – Policy wording*.

finančno zmožen povrniti celotne škode; hkrati pa zagotavlja prednost pri iskanju kakovostnega vodstvenega kadra.²⁷

Korporativno zavarovanje je torej prostovoljna oblika zavarovanja, ki ga sklene in financira družba sama, in sicer v korist svojih članov vodenja in nadzora, zato da bi jih zavarovala pred rizikom osebne odgovornosti nasproti njej ali tretjim osebam. Družba tako pravzaprav obvaruje tudi svoje interese – s tem je namreč posredno zaščiten še bilanca družbe. V tem okviru ima pogodba za korporativno zavarovanje tudi elemente »zavarovanja na tuj račun ali na račun tistega, katerega se tiče,« po 929. členu OZ. S tem namreč družba kot »zavarovalec« primarno zavaruje interese članov organov vodenja in nadzora kot zavarovancev, posredno pa je seveda ščiten interes družbe.

3.3.2. Individualno zavarovanje

Pri individualnem zavarovanju zavarovalno pogodbo kot zavarovalec sklene posamezen član organa vodenja ali nadzora izključno za svoj interes, tako da je v takšni zavarovalni pogodbi poimensko opredeljen kot zavarovanec – torej kot oseba, katere odškodninska odgovornost je zavarovana. Pri individualnem zavarovanju se lahko zavarovalna zaščita nanaša na različne funkcije zavarovanca, ki jih ta utegne imeti kot član organa vodenja ali nadzora v eni ali več družbah hkrati, takšno zavarovalno zaščito pa mora kot zavarovalec plačevati zavarovalnici sam.

Drugače od korporativnega zavarovanja gre pri tej obliki za bolj tipično obliko odgovornostnih zavarovanj, saj bo družba, ki je pri tem zavarovanju oškodovana, zahtevek uveljavljala kot »tretja oseba«, v smislu lastne pravice oškodovanca (*actio directa*) po 965. členu OZ.

3.4. Pravna razmerja v zvezi z zavarovanjem

V povezavi z zavarovanjem članov organov vodenja in nadzora prihaja do treh različnih pravnih razmerij.²⁸

3.4.1. Zavarovalno (pogodbeno) razmerje

Razmerje je vzpostavljeno s sklenitvijo pogodbe za zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora, ki jo bodisi družba (pri korporativnem zavarovanju) bodisi posamezen

²⁷ Tako tudi sodna praksa – sklep VS RS II Ips 336/2017 z dne 10. 9. 2018.

²⁸ Za vsa zavarovanja odgovornosti je značilno troje razmerij: zavarovalno (pogodbeno) razmerje, ki nastane med zavarovalnico in zavarovalcem/zavarovancem; odškodninsko odgovornostno razmerje, ki nastane med zavarovancem in tretjo osebo kot oškodovancem, ter kritno razmerje, ki nastane med oškodovancem in zavarovalnico na podlagi zakona. Tako tudi Ivanjko, 2009, str. 270.

član organa vodenja ali nadzora (pri individualnem zavarovanju) kot zavarovalec sklene z zavarovalnico. Z zavarovalno pogodbo se zavarovalnica zaveže, da bo zavarovancu zagotavljala zavarovalno zaščito na način pravne obrambe (oziroma njenega financiranja) pred neupravičenimi in pretiranimi odškodninskimi zahtevki ter poplačilom upravičenih in primernih odškodninskih zahtevkov, zavarovalec pa se zaveže, da ji bo za takšno zavarovalno zaščito plačeval pogodbeno dogovorjeno ceno – zavarovalno premijo.

Če nastane zavarovalni primer, je zavarovanec na podlagi sklenjene zavarovalne pogodbe praviloma dolžan obravnavo zahtevka v celoti prepustiti zavarovalnici.

Z vidika zavarovanca je zavarovalna zaščita pri tovrstnem zavarovanju dvojna: zavarovalnica v okvirih sklenjene zavarovalne pogodbe zagotavlja pravno zaščito, to je obrambo pred neupravičenimi in pretiranimi odškodninskimi zahtevki, ter ekonomsko zaščito, to je poplačilo upravičenih in primernih odškodninskih zahtevkov.

3.4.2. Odškodninsko odgovornostno razmerje

Odškodninsko razmerje se vzpostavi med članom organa vodenja ali nadzora (zavarovancem) kot nosilcem odškodninske obveznosti in oškodovancem (družbo, upniki itd.), ki utrpí škodo, ki bi jo bilo po pravilih korporativnega odškodninskega prava mogoče pripisati zavarovancu kot članu organa vodenja ali nadzora v posamezni družbi.

3.4.3. Kritno razmerje

Na podlagi predhodno vzpostavljenega pogodbenega razmerja glede zavarovalne zaščite zavarovanca se po zakonskih pravilih, ki oškodovancu priznavajo neposredni zahtevek zoper zavarovalnico, pri kateri ima član organa vodenja ali nadzora (kot domnevno odgovorna oseba za nastalo škodo) zavarovano svojo odgovornost, vzpostavi kritno razmerje. Na podlagi tega zavarovalnica v okviru določil iz pogodbenega razmerja, ki se nanaša na njenega zavarovanca (tj. člana organa vodenja ali nadzora kot odgovorne osebe za nastalo škodo), tretji osebi – oškodovancu (družbi, upnikom itd.) neposredno namesto zavarovanca poplača odškodninski zahtevek, ki je po temelju upravičen in po višini primeren.

3.5. Sklopi zavarovalnega kritja pri zavarovanju

Pri zavarovanju odgovornosti članov organov vodenja in nadzora je zavarovalno kritje navadno razdeljeno na tri sklope – na kritje A, B in C.²⁹ Merilo za ločevanje med sklopi je odvisno

²⁹ Glej primere tovrstnih zavarovalnih produktov: zavarovalne pogoje zavarovalnice Zurich *Directors and Officers Liability Insurance – Policy wording*; zavarovalne pogoje zavarovalnice Allianz Insurance plc *Complete Directors & Officers – Policy wording in Allianz Global Corporate & Speciality – Introduction to D&O insurance (Risk briefing)*.

od tega, na koga je odškodninski zahtevek naslovljen in čigavo premoženje je z zavarovanjem zaščiten.

Pri kritju A (angl. *directors & officers liability*) se zaščita nanaša na odškodninske zahtevke, ki se uveljavljajo neposredno od članov organov vodenja in nadzora, pri čemer ni predvideno, da takšen zahtevek povrne družba, oziroma lahko odškodninski zahtevek postavi celo družba (kot oškodovanec). S tem kritjem je zaščiten osebno premoženje člana organa vodenja ali nadzora, ker bi ta moral zahtevek, če bi bil utemeljen, poplačati sam iz svojih sredstev. Pri kritju A ima status »zavarovanca« vsak posamezni član organov vodenja in nadzora, saj je s tem zaščiten njegovo osebno premoženje.

Pri kritju B (angl. *company reimbursement*) se zaščita prav tako nanaša na odškodninske zahtevke, ki se uveljavljajo neposredno od članov organov vodenja in nadzora, vendar je drugače od kritja A s tem kritjem zaščiten premoženje družbe. To kritje se namreč nanaša na primere, ko bi zoper člana organa vodenja ali nadzora zahtevek uveljavljala tretja oseba (ne družba), član organa vodenja ali nadzora pa bi imel z družbo sklenjen dogovor, da bo družba ob upravičenem odškodninskem zahtevku tega poplačala namesto njega iz svojih sredstev. Pri kritju B zavarovalnica v okviru določil zavarovalne pogodbe povrne takšno poplačilo odškodninskega zahtevka tretji osebi, ki ga je družba za svojega člana organa vodenja ali nadzora poplačala iz svojih sredstev namesto njega. Pri kritju B ima status »zavarovanca« družba, saj so s tem zaščiteni sredstva družbe.

Pri kritju C (angl. *entity cover/company securities claims*) se zaščita nanaša na odškodninske zahtevke, ki se uveljavljajo neposredno do družbe. Tako kritje je relevantno predvsem pri javnih delniških družbah, pri katerih so delnice uvrščene na organizirani trg. Kritje C se namreč nanaša izključno na odškodninske zahtevke, ki bi jih iz naslova vrednostnih papirjev uveljavljali njihovi imetniki (delničarji) proti družbi. Pri kritju C ima status »zavarovanca« družba, saj so s tem zaščiteni sredstva družbe.

Individualno zavarovanje se vedno nanaša le na kritje A, korporativno zavarovanje pa se vedno nanaša na kritje A in kritje B, v posameznih primerih tudi na kritje C.³⁰ Prav zato je korporativno zavarovanje z vidika drugih zavarovanj odškodninske odgovornosti zelo posebno, drugačno, saj se pri tem zavarovanju družba lahko pojavlja kar v vseh treh vlogah – kot »zavarovalec«, kot »zavarovanec« in v okviru iste zavarovalne pogodbe celo kot »oškodovanec«.

³⁰ Ker se korporativno zavarovanje, ki ga sklene in plačuje družba, vedno nanaša tudi na kritje A (zaščito osebnega premoženja člana organa vodenja ali nadzora), se po mnenju Finančne uprave RS ta premija z vidika člana organa vodenja ali nadzora upošteva kot njegova »boniteta« v smislu Zakona o dohodnini (ZDoh-2, Uradni list RS, št. 13/11 in nasl.) – glej pojasnili DURS, št. 4210-6628/2011 z dne 25. 5. 2011 in št. 4200-660/2013-3 z dne 8. 1. 2014.

3.6. Nastanek zavarovalnega primera pri zavarovanju

Za zavarovalno pogodbo ni relevanten vsak riziko, temveč je pomemben le tisti, ki je zavarovalno upošteven. Tak je riziko, ki povzroči nastanek s pogodbo opredeljenega in predvidenega nevarnostnega dogodka – nastanek »zavarovalnega primera«.

Za pogodbeni stranki je ob sklepanju zavarovalne pogodbe ključno, kako opredelita »zavarovalni primer« oziroma katerim nevarnostnim dogodkom pripisujeta zavarovalno upoštevnost. V praksi je določitev »zavarovalnega primera« sestavni del zavarovalnega produkta, ki ga ponuja zavarovalnica, in je določen s splošnimi zavarovalnimi pogoji zavarovalnice, ki ob sklenitvi zavarovalne pogodbe postanejo njen sestavni del. V njih zavarovalnica opredeli, kateri nevarnostni dogodki bodo pomenili nastanek »zavarovalnega primera« in tako vzpostavili njeno obveznost za izvedbo zavarovalne zaščite, in kateri ne.

Še posebno pa je pri zavarovanju odgovornosti pomembna opredelitev trenutka, ko zavarovalni primer s časovnega vidika sploh lahko nastane – torej, kdaj se šteje, da je zavarovalni primer nastopil. Pri zavarovanju odgovornosti sta v praksi pogosta predvsem dva načina opredelitve – škodni dogodek (angl. *occurrence basis*), ko se za nastop zavarovalnega primera šteje nastop škodnega dogodka, in zahtevke (angl. *claims-made basis*), ko se za nastop zavarovalnega primera šteje šele uveljavljanje odškodninskega zahtevka.³¹

Pri zavarovanju odgovornosti članov organov vodenja in nadzora je s časovnega vidika nastanek zavarovalnega primera praviloma v vseh tovrstnih zavarovalnih produktih zavarovalnic opredeljen na način »zahtevke«.

Torej ima zavarovalnica v osnovi obveznost zavarovalne zaščite pri takšnem zavarovanju le tedaj, ko sta kumulativno izpolnjena naslednja pogoja: (1) če se odškodninski zahtevke zoper člana organa vodenja ali nadzora uveljavlja med trajanjem zavarovanja in (2) če se odškodninski zahtevke uveljavlja zaradi napačnega ravnanja, ki naj bi ga član organa vodenja ali nadzora v tem času tudi storil.

V ta čas so po dogovoru z zavarovalnico običajno lahko vključena tudi napačna ravnanja, ki jih je član organa vodenja ali nadzora storil v določenem obdobju pred sklenitvijo zavarovalne pogodbe, toda le če zavarovalec za takšno napačno ravnanje ob sklenitvi zavarovalne pogodbe ni vedel ali mogel vedeti.³²

Glede na navedeno tako s prenehanjem zavarovalne pogodbe preneha tudi zavarovalna zaščita in s tem možnost uveljavljanja zahtevkov po takšnem zavarovanju. Po posebnem dogovoru

³¹ Več o sprožilcih zavarovalnega primera pri zavarovanju odgovornosti Viršek, str. 450.

³² Navedeno je skladno z omejitvijo iz drugega in tretjega odstavka 922. člena OZ, ki določa, da je v nasprotnem primeru takšna zavarovalna pogodba nična.

se ta čas za uveljavljanje zahtevkov iz zavarovanja lahko podaljša za določeno obdobje po prenehanju zavarovanja (angl. *extended reporting period, ERP*), tako da nastanek zavarovalnega primera lahko pomeni uveljavljanje odškodninskega zahtevka tudi v tem obdobju, vendar pod pogojem, da gre za zahtevek zaradi napačnega ravnanja, ki ga je član organa vodenja ali nadzora storil med trajanjem zavarovanja – po sklenitvi zavarovalne pogodbe (oziroma dogovorjenem trenutku pred sklenitvijo zavarovalne pogodbe – angl. *retroactive date*).

Poleg časovnega vidika, ki je relevanten za nastanek zavarovalnega primera, so v zavarovalni pogodbi določeni še drugi vidiki odškodninskega zahtevka zoper zavarovanca – tako kvalitativni kot kvantitativni – ki odškodninski zahtevek postavljajo v okvir zavarovalnega kritja (oziroma izven njega).

Kvalitativni vidiki so omejitve, ki so lahko določene v zavarovalni pogodbi in ki onemogočijo nastanek zavarovalnega primera. Gre za tako imenovane izključitve iz zavarovalnega kritja. Posamezni odškodninski zahtevki so namreč iz zavarovalnega kritja izključeni. Navadno gre za zahtevke, ki so za zavarovalnico prevelik riziko, da bi ga bila pripravljena prevzeti v zavarovalno kritje, ali pa bi bilo to celo v nasprotju z javnim redom (na primer zahtevki zaradi nakepnega ravnanja ali osebnega okoriščenja; predhodni zahtevki na podlagi znanih okoliščin).

Kvantitativni vidiki omejitev pa so predvsem omejitve obveznosti zavarovalnice po višini navzgor (v zavarovalni pogodbi določena »zavarovalna vsota« kot najvišji znesek, do katerega zavarovalnica izplača dajatve iz zavarovalne pogodbe) ali omejitve obveznosti zavarovalnice po višini navzdol – v obliki »franšize«, kakor je obravnavana v nadaljevanju.

3.7. Franšiza pri zavarovanju

Franšiza v zavarovalnem pravu pomeni oprostitev zavarovalnice, da plača škodo do določenega zneska, oziroma pravico, da od odškodnine odbije določeni odstotek (odbitna franšiza). Namen franšize je spodbuditi preventivno delovanje zavarovanca. Pri zavarovanju odgovornosti se teorija posebej zavzema za franšizo še zlasti zato, ker lahko prav zaradi nje pri sklenjenem zavarovanju zavarovanec s svojim prizadevanjem in povečano skrbnostjo prispeva k večji previdnosti. Skrb zavarovanca bi bila namreč manjša, če bi zavarovanje pokrivalo vse posledice njegovega ravnanja.³³

Za sklenitev korporativnega zavarovanja je z zakonom predpisana obvezna odbitna franšiza, ki jo mora takšno zavarovanje vsebovati. Skladno z drugim odstavkom 263. člena ZGD-1 mora biti namreč v primeru, da družba sklene zavarovalno pogodbo za zavarovanje članov organov vodenja in nadzora pred riziki iz opravljanja njihove funkcije v družbi (korporativno

³³ Ivanjko, 2019, str. 4.

zavarovanje), določena obvezna odbitna franšiza vsaj v višini 10 odstotkov škode, vendar ne več, kot znaša 1,5-kratnik njihovih fiksnih letnih prejemkov.³⁴

Torej bo zavarovalnica pri korporativnem zavarovanju lahko poplačala največ 90 odstotkov odškodninskega zahtevka, 10 odstotkov pa bo moral poplačati odgovorni član organa vodenja ali nadzora sam, pri čemer sme ta desetina znašati največ 1,5-kratnik njegovih fiksnih letnih prejemkov.

Ne glede na navedeno obvezno odbitno franšizo pri korporativnem zavarovanju pa v praksi že obstajajo ustrezne rešitve. Z vidika posameznega člana organa vodenja ali nadzora določitev odbitne franšize v zavarovanju, ki ga je sklenila družba, zanj pomeni riziko, ki ga lahko s sklenitvijo dodatnega individualnega zavarovanja prav tako prenese na zavarovalnico. Pogoj je seveda, da pri takšnem individualnem zavarovanju član organa vodenja ali nadzora sam nastopa v vlogi zavarovalca in hkrati tudi sam plačuje premijo.³⁵

3.8. Obravnava odškodninskega zahtevka v okviru sklenjenega zavarovanja

Pri sklenjenem zavarovanju odgovornosti članov organov vodenja in nadzora lahko oškodovanec odškodninski zahtevek zoper člana organa vodenja ali nadzora uveljavlja neposredno zoper zavarovalnico, *actio directa* (965. člen OZ). Če oškodovanec uveljavlja zahtevek zoper člana organa vodenja ali nadzora, mora ta skladno s svojo obveznostjo iz zavarovalne pogodbe z odškodninskim zahtevkom seznaniti zavarovalnico in ji zahtevek prepustiti v obravnavo in reševanje.

Ko zavarovalnica prejme takšen odškodninski zahtevek, ga obravnava z vidika sklenjene pogodbe za zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora. Ta obravnava je odvisna od presoje pogodbenega razmerja med zavarovalcem in zavarovalnico ter odškodninskega razmerja med zavarovancem in oškodovancem. Mogoči so trije načini obravnave takšnega

³⁴ Kot je mogoče razbrati iz predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I, 24. 4. 2015, EPA: 475-VII, str. 66), s katerim je bila obvezna franšiza vpeljana, obstajajo v korporacijskem pravu »določeni pomisleki zoper tako obliko zavarovanja, nekateri avtorji ga štejejo celo za nedopustnega in s tem ničnega. Upoštevati je namreč treba, da funkcija odškodninske odgovornosti ni le izravnalna, ampak je tudi preventivna, z omenjenim zavarovanjem pa se v gospodarskem smislu breme osebne odgovornosti tako rekoč v celoti izniči. Takšno zavarovanje je sicer za družbo ekonomsko smotno, saj je pri nekajmilijonski škodi tako rekoč nemogoče, da bi jo družba dobila povrnjeno od povzročitelja. Z njim torej družba ne zavaruje le interesa članov organov vodenja ali nadzora in drugih oseb, vključenih v zavarovanje, ampak tudi svoje lastne interese. S korporacijskopopravnega vidika pa je mogoče pomisleke zoper dopustnost takšnih zavarovanj nevtralizirati tako, da se predpiše obvezna odbitna franšiza v ustrezni višini od zneska nastale škode.« Zakonska določba je prevzeta po nemškem vzoru – glej drugi odstavek § 93 Aktiengesetz (AktG).

³⁵ Več o tem Zupančič, str. 55.

odškodninskega zahtevka, in sicer odklonitev zavarovalne zaščite zavarovancu, odklonitev odškodninskega zahtevka oškodovancu in poplačilo odškodninskega zahtevka oškodovancu.

3.8.1. Odklonitev zavarovalne zaščite zavarovancu

Zavarovalnica zavarovancu odkloni zavarovalno zaščito, če ugotovi, da uveljavljani odškodninski zahtevek ne pomeni nastanka zavarovalnega primera z vidika sklenjene pogodbe za zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora.

Uveljavljani odškodninski zahtevek ne pomeni nastanka zavarovalnega primera, če se uveljavlja izven časovnih okvirov zavarovalnega kritja – če se odškodninski zahtevek nanaša na primer na napačno ravnanje, ki ga je zavarovanec storil, preden je sklenil zavarovalno pogodbo (oz. izven določenega obdobja pred sklenitvijo zavarovalne pogodbe, če je bilo dogovorjeno), ali se uveljavlja po poteku zavarovanja, podaljšan čas za uveljavljanje zahtevka po prenehanju zavarovanja pa ni bil dogovorjen.

Uveljavljani odškodninski zahtevek prav tako ne pomeni zavarovalnega primera, če je po svoji vsebini eksplicitno izključen iz zavarovalnega kritja po sklenjeni zavarovalni pogodbi (na primer odškodninski zahtevek za škodo, ki jo je zavarovanec povzročil namerno).

Če zavarovalni primer ne nastane, obveznost zavarovalnice po nadaljnji obravnavi zahtevka preneha, zato se mora s takšnim odškodninskim zahtevkom spoprijeti član organa vodenja ali nadzora sam.

Če pa uveljavljani odškodninski zahtevek z vidika sklenjene zavarovalne pogodbe pomeni nastanek zavarovalnega primera, nastane tudi obveznost zavarovalnice, da zavarovancu zagotovi dogovorjeno zavarovalno zaščito. Pri zavarovanju odgovornosti članov organov vodenja in nadzora je vrsta zavarovalne zaščite odvisna od presoje odškodninskega zahtevka z vidika obstoja korporativne odškodninske obveznosti člana organa vodenja ali nadzora kot zavarovanca.

3.8.2. Odklonitev odškodninskega zahtevka oškodovancu

Če uveljavljani odškodninski zahtevek pomeni nastanek zavarovalnega primera z vidika sklenjene zavarovalne pogodbe, ga bo zavarovalnica nato obravnavala z vidika njegove utemeljenosti. Če bo na podlagi presoje korporativne odškodninske obveznosti člana organa vodenja ali nadzora ugotovljeno, da te obveznosti ni in da ta zato za odškodninski zahtevek kot zavarovanec ne odgovarja, bo zavarovalnica odškodninski zahtevek odklonila. V tem primeru bo iz zavarovalne pogodbe financirala stroške pravne obrambe zavarovanca pred neupravičnim odškodninskim zahtevkom. Takšna obramba bo zajemala dokazovanje, da je član organa vodenja ali nadzora pri svojih ravnanjih deloval skladno s standardom zahtevane skrbnosti oziroma da ni podan obstoj katere od drugih predpostavk, ki so potrebne za obstoj njegove odškodninske obveznosti.

Pri korporativnem zavarovanju bo v primeru oškodovane družbe (čeprav hkrati nastopa v vlogi zavarovalca kot sklenitelja takšne zavarovalne pogodbe, po kateri zanjo plačuje premijo) zavarovalnica zahtevkov družbi odklonila, če bo dokazano, da odškodninska obveznost člana organa vodenja ali nadzora v povezavi s škodo, ki je družbi nastala, ne obstaja. Gre namreč za zavarovanje odgovornosti zavarovanca, in ne zavarovanje škode, ki jo utрпи oškodovanec. Ugotovitev obstoja odškodninske odgovornosti člana organa vodenja ali nadzora je tako z vidika zavarovanja *sine qua non*, da bo v takšnih primerih zavarovalnica škodo družbi kot oškodovancu tudi poplačala.

3.8.3. Poplačilo odškodninskega zahtevka oškodovancu

Če uveljavljani odškodninski zahtevek pomeni nastanek zavarovalnega primera z vidika sklenjene zavarovalne pogodbe ter se poleg tega ugotovi, da je član organa vodenja ali nadzora ravnal napačno in da je zato nastala njegova odškodninska obveznost, bo zavarovalnica v okvirih sklenjene zavarovalne pogodbe (ob upoštevanju dogovorjene zavarovalne vsote in franšize) takšen odškodninski zahtevek oškodovancu poplačala namesto člana organa vodenja ali nadzora (zavarovanca). S tem bo zaščiteno njegovo osebno premoženje, ki mu ga tako ne bo treba porabljati za poplačilo upravičenega odškodninskega zahtevka, hkrati pa bo ščiten interes oškodovanca, ki mu bo z dajatvijo iz zavarovalne pogodbe poplačana škoda, za katero je odgovoren član organa vodenja ali nadzora.

4. Sklep

Člani organov vodenja in nadzora družbe odgovarjajo družbi z vsem svojim premoženjem, v nekaterih primerih pa za kršitev svojih obveznosti odgovarjajo tudi upnikom ali/in delničarjem oziroma družbenikom. Od članov organov vodenja in nadzora družbe se pričakuje, da delujejo s povečano skrbnostjo (s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika), poostrena pa je tudi njihova odškodninska odgovornost.

Nastanek odškodninske odgovornosti člana organa vodenja ali nadzora je zanj riziko, ki ga je mogoče s sklenitvijo zavarovalne pogodbe proti plačilu premije prenesti na zavarovalnico.

Zavarovalno zaščito za te primere predstavlja zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora. Takšno zavarovanje lahko za svoje člane organov vodenja in nadzora sklene družba (korporativno zavarovanje), lahko pa ga sklene tudi posamezen član organa vodenja ali nadzora (individualno zavarovanje). S sklenitvijo korporativnega zavarovanja družba ne zagotovi zaščite le članom organov vodenja in nadzora, temveč posredno tudi sebi – če bi nastala škoda, za katero bi bile odgovorne osebe, ki družbo vodijo ali nadzirajo.

Zavarovalno zaščito zavarovalnica zagotovi, če uveljavljani odškodninski zahtevek z vidika sklenjene zavarovalne pogodbe pomeni nastanek »zavarovalnega primera«. Ob nastanku zavarovalnega primera pri zavarovanju odgovornosti članov organov vodenja in nadzora je zavarovalna zaščita z njihovega vidika dvojna: pri uveljavljanju odškodninskega zahtevka, ki z vidika korporativnega odškodninskega prava ni utemeljen, zavarovalnica v okviru sklenjene zavarovalne pogodbe financira pravno obrambo člana organa vodenja ali nadzora; če je ugotovljena odškodninska obveznost člana organa vodenja ali nadzora ter s tem utemeljenost uveljavljanega odškodninskega zahtevka, pa zavarovalnica v okvirih zavarovalne pogodbe družbi oziroma drugim oškodovancem poplača odškodninski zahtevek namesto člana organa vodenja ali nadzora.

Literatura

- Allianz Global Corporate & Speciality – Introduction to D&O insurance (Risk briefing)*, <http://www.allianz.si/file/D_O_insurance_Introduction.pdf> (22. 3. 2019).
- BRATINA, Borut, JOVANOVIČ, Dušan, in BRATINA, Miha. Pojem in pomen uzakonitve pravila podjetniške presoje – več kot le kozmetična sprememba. *Pravna praksa*, 2015, letn. 34, št. 9, str. 2–7.
- CIGOJ, Stojan. *Teorija obligacij*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1989.
- Complete Directors & Officers – Policy wording*, <https://www.allianzbroker.co.uk/content/allianzbroker/en_gb/application/content/documents/commercial-products/sme/complete-directors-and-officers/complete-directors-officers-policy-wording/_jcr_content/documentProperties/currentDocument.res/complete-directors-officers-wording_acom4288.pdf> (22. 3. 2019).
- Directors and Officers Liability Insurance – Policy wording*, <<https://www.zurich.com.au/content/dam/au-documents/business-insurance/financial-lines/directors-and-officers/directors-and-officers-liability-policy.pdf>> (22. 3. 2019).
- IVANJKO, Šime. *Zavarovalno pravo*. Maribor: Zavarovalno poslovni inštitut, 2009.
- IVANJKO, Šime. *Zavarovanje odgovornosti članov nadzornih svetov*, <http://www.zdruzenje-ns.si/db/doc/upl/zavarovanje_odgovornosti_clanov_ns_-_ivanjko.pdf> (22. 3. 2019).
- JADEK PENSA, Dunja. Zavarovalna pogodba. V: Plavšak, N. (ur.), *Gospodarske pogodbe, 2. knjiga*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1994, str. 127–168.
- KOCBEK, Marijan (ur.). *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2., dopolnjena izdaja, 2. knjiga*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2014.
- MAYR, Vida. Odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora. *Odvetnik*, 2015, letn. 17, št. 2 (70), 2015, str. 16–22.
- PODGORELEC, Peter. Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb Vrhovnega sodišča RS. *Podjetje in delo*, 2013, letn. 39, št. 5, str. 763–791.

- POLAJNAR PAVČNIK, Ada. Novejši razvoj odškodninske odgovornosti – Funkcija odškodninskega prava in njeno uresničevanje. *Podjetje in delo*, 1999, letn. 25, št. 6-7, str. 1254–1259.
- REČNIK, Maja. Skrbnost in odgovornost članov organov vodenja delniške družbe. *Podjetje in delo*, 2011, letn. 39, št. 1, str. 60–82.
- SOKAL, Vojislav. *Osiguranje od odgovornosti u svetu i kod nas i naši aktuelni zadaci*. Beograd: Zajednica osiguranja imovine i lica »Dunav«, 1981.
- SRŠE, Dejan. Zavarovalni primer pri zavarovanju odgovornosti. *Pravna praksa*, 2004, letn. 23, št. 21, str. 10–11.
- STROHSACK, Boris. *Obligacijska razmerja II, Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti*. Ljubljana: Uradni list RS, 1990.
- VEBERIČ, Jernej. Pogodba o zavarovanju odgovornosti. *Pravni letopis*, 2008, str. 175–185.
- VIRŠEK, Milan. Časovni pogoj za nastanek zavarovalnega primera pri zavarovanju odgovornosti. V: *Zbornik 14. dnevor slovenskega zavarovalništva*, Ljubljana: Slovensko zavarovalno združenje, 2007, str. 450–461.
- ZUPANČIČ, Urška. Zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora ter uvedba obvezne franšize. *Podjetje in delo*, 2016, letn. 42, št. 1, str. 55–80.



Varstvo otroka po Družinskem zakoniku

II.

VESNA RIJAVEC

Odločanje o varstvu in vzgoji otrok

MATEJ ČUJOVIČ

*Odvzem in namestitvev otroka v postopku
odločanja o varstvu in vzgoji*

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.635:347.919.1

Odločanje o varstvu in vzgoji otrok

VESNA RIJAVEC
doktorica pravnih znanosti
redna profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Uvod

Sprejetje Družinskega zakonika (DZ)¹ je odločilno pospešilo tudi zakonodajne aktivnosti pri dotlej »speči« reformi nepravdnih postopkov. V Zakonu o nepravdnem postopku (ZNP-1)² je zato najboljšejša prav ureditev sodnega postopka za razmerja, ki jih na novo ureja DZ. S tem se zaokrožuje enotno obravnavanje celotne družinske situacije pred istim sodiščem po pravilih iste vrste sodnega postopka. DZ vsebuje tudi nekatere procesne določbe, v primeru morebitne kolizije pa je glede procesnih določb ZNP-1 treba šteti za specialnejši zakon. Zakonodajalec je ohranil delitev na prvi in drugi del zakona, to je delitev na splošne določbe in posebne postopke. V drugem delu so postopki za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij obsežno urejeni v X. poglavju. Na začetku tega poglavja so skupne določbe, sledijo posamezni postopki, v 7. oddelku pa so urejeni postopki za varstvo koristi otroka, ki so razdeljeni na pododdelke:

1. varstvo in vzgoja otroka,
2. preživljanje otroka,
3. otrokovi stiki,
4. vprašanja izvrševanja starševske skrbi, ki bistveno vplivajo na otrokov razvoj,
5. ukrepi za varstvo koristi otroka,
6. postavitvev otroka pod skrbništvo,

¹ Uradni list RS, št. 15/17; Državni zbor je DZ sprejel na svoji seji 21. 3. 2017, veljati je začel 15. 4. 2017, uporablja se od 15. 4. 2019.

² Uradni list RS, št. 16/19.

7. namestitev otroka v rejništvo,
8. podelitev starševske skrbi sorodniku,
9. posvojitev otroka in razveljavitev posvojitve otroka.

Tudi za vse postopke iz 7. oddelka so v 94. do 101. členu najprej navedene skupne določbe.

2. Koncept sprememb

Kljub obsežnosti ureditve postopkov v družinskih razmerjih gre pretežno za prenos in prilagoditev določb iz drugih zakonov (Zakon o pravdnem postopku (ZPP) za posebni postopek v zakonskih sporih ter sporih iz razmerij med starši in otroki ali za procesne določbe, Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR) v zadevah, v katerih so odločali Centri za socialno delo (v nadaljevanju CSD)).

3. Pojem varstva in vzgoje

Pod pojmom varstvo in vzgoja primarno razumemo obveznost staršev skrbeti za življenje in zdravje svojih otrok, jih varovati, negovati in vzgajati ter nadzorovati, omogočiti zdravo rast, skladen osebnostni razvoj in usposobitev za samostojno življenje in delo (137. člen DZ). Zato je treba v sodnem postopku določiti, komu je otrok zaupan. Čeprav je zaupan obema staršema, mora sodna odločba vsebovati določitev stalnega prebivališča otroka. V praksi se včasih uporablja tudi izraz dodelitev otroka v varstvo in vzgojo določeni osebi, ki pa ima negativni pomen – kot da bi bil otrok objekt. Zato zakon uporablja izraz »zaupati« otroka v varstvo in vzgojo.

Za varstvo in vzgojo otroka je praviloma najbolje, če ju izvajata oba starša skupaj in sporazumno (135. člen DZ). Če se starša ne moreta sporazumeti o tem, odloči sodišče ne glede na to, ali sta starša poročena ali ne. V sodnem primeru gre za odločanje o tem, pri kom naj bo otrok, ali otroka zaupati enemu ali obema, kdo odloča o vzgoji otroka, kdo skrbi za otrokovo premoženje, in o podobnih vprašanjih.

Varstvo in vzgojo lahko izvaja tudi druga oseba, sorodniki, rejnik ali skrbnik. Odločitev, da se otrok zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi, je ukrep države za varovanje otrokove koristi. ZNP-1 pa je uvedel celo nov postopek za podelitev starševske skrbi sorodniku (119. in 120. člen).

3.1. Skupno starševstvo

DZ spreminja prejšnji koncept skupnega varstva in vzgoje, saj zdaj to možnost določa kot prvo izbiro. Starši se lahko za skupno starševstvo sporazumejo, lahko pa skupno varstvo in

vzgojo določi tudi sodišče v vseh postopkih, v katerih se odloča o varstvu in vzgoji. Pri tem je seveda razumljivo, da nesoglasje staršev o osnovnih izhodiščih za skupno starševstvo onemogoča, da bi sodišče skupno starševstvo sploh določilo.

4. Sodna pristojnost v nepravdnem postopku

V družinskih zadevah smo v preteklosti poznali posebno delitev pristojnosti med sodišči in upravnimi organi (centri za socialno delo) po kriteriju, da so bili CSD pristojni za odločanje o varstvu in vzgoji otrok, ki so se rodili zunaj zakonske zveze, ter v primerih zakonskih otrok, ko se starši o izvrševanju starševske skrbi niso mogli sporazumeti. Z novelo ZZZDR-C je bila diskriminacija otrok odpravljena, iz upravnega postopka pa je bilo v sodni postopek prenesenih precej novih pristojnosti na podlagi usmeritve, da se vse glavne pristojnosti za odločanje o mladoletnikih (vključno z ukrepi) prenesejo na sodišče. Usklajenost koncepta je bila dosežena šele z uveljavitvijo DZ in ZNP-1. Ob tem je bila sprejeta tudi odločitev za enako vrsto postopka, to je nepravdni postopek. Namen je bil zagotoviti, da za odločanje o vsebinsko istovrstnih zadevah zakonodajalec ne bi brez utemeljenega razloga določal različnih postopkov. Primerjavo nudi avstrijska ureditev. Njihov zakon o nepravdnem postopku³ obsežno ureja postopek v družinskih zadevah z vsemi potrebnimi procesnimi pravovarstvenimi jamstvi, vendar v primerjavi s slovenskim omogoča večjo prilagodljivost pravil, ki je v družinskih zadevah potrebna in narekuje tudi obravnavanje po uradni dolžnosti. Nepravdni postopek je v Avstriji prav tako predviden tudi za spore iz družinskopravnih razmerij.

Ista vrsta postopka poleg jasnosti in preglednosti omogoča združitev zadev in enotno obravnavanje vseh spornih vprašanj. Za vsa vprašanja starševske skrbi je zdaj določen nepravdni postopek. Na splošno pa se razlike med postopkoma prav v družinskih zadevah vse bolj zbrisujejo. Poleg tega procesne garancije v nepravdnem postopku niso slabše, še zlasti, ker se subsidiarno uporablja ZPP.

4.1. Stvarna pristojnost

Za odločanje o varstvu in vzgoji otrok je pristojno okrožno sodišče, ki s specializiranimi oddelki zagotavlja potrebno specializacijo. Razdelitev stvarne pristojnosti med okrajnimi in okrožnimi sodišči ureja določba 14. člena DZ. Izpeljavo pa opravi ZNP-1, ki v 10. členu kot pristojno na prvi stopnji določa okrožno sodišče:

- v postopku za pridobitev popolne poslovne sposobnosti otroka, ki je postal roditelj,

³ Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen – Außerstreitgesetz (AußStrG), s katerim je Avstrija izpeljala reformo nepravdnega postopka, je bil objavljen dne 12. 12. 2003 in je začel veljati s 1. 1. 2005.

- v postopku za dovolitev sklenitve zakonske zveze,
- v postopkih v zakonskih sporih,
- v postopkih za ugotovitev in izpodbijanje očetovstva in materinstva,
- v postopkih za varstvo koristi otroka in
- o stanovanjskem varstvu ob razvezi zakonske zveze.

4.2. Krajevna pristojnost

Poleg splošne krajevne pristojnosti je v postopkih za ureditev razmerij med starši in otroki krajevno pristojno tudi sodišče, na območju katerega ima otrok stalno prebivališče. Če ima otrok poleg stalnega prebivališča tudi začasno prebivališče v kakem drugem kraju in se da po okoliščinah domnevati, da bo tam prebival daljši čas, je pristojno tudi sodišče začasnega prebivališča otroka (prvi odstavek 13. člena ZNP-1).

5. Načelo dispozitivnosti in oficialnosti

Postopek odločanja o varstvu in vzgoji otroka se začne na predlog:

- enega ali obeh staršev,
- otrokovega skrbnika,
- otroka, ki je dopolnil 15 let, če je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj,
- centra za socialno delo ali
- po uradni dolžnosti.

5.1. Dispozicije udeležencev v postopku

Sklep na podlagi pripoznave sicer ni predviden, vendar udeleženci praviloma lahko priznajo določena dejstva, ki jih sodišče ne ugotavlja, razen kadar ga k temu zavezujejo določena oficialna pooblastila. V družinskih zadevah velja načelo oficialnosti, zato mora sodišče samo po preiskovalnem načelu ugotavljati vsa pravno odločilna dejstva. Posledica zamude v nepravdnih postopkih ni izdaja formalnega zamudnega sklepa, temveč mora sodišče vselej meritorno odločiti na podlagi gradiva, ki ga posreduje aktivna stranka, ali pa procesno gradivo dopolni samo po uradni dolžnosti.

5.2. Poravnava

Udeleženci se v nepravdnem postopku načelno lahko poravnajo, razen če gre za pravice, s katerimi ne morejo razpolagati. Poravnava ni mogoča v tistih nepravdnih postopkih, v katerih jo

izključuje narava obravnavanega razmerja (3. člen ZNP). Zato je treba v vsakem nepravdnem postopku posebej ugotavljati, ali učinki in predpostavke sodne poravnave ustrezajo njegovi naravi ter v kakšnem obsegu lahko stranke razpolagajo s pravicami, ki so predmet postopka.

V 51. členu ZNP-1 je sodna poravnava izrecno dovoljena v postopkih za odločanje o varstvu in vzgoji otroka, o preživljanju otroka in o otrokovih stikih ter v postopkih za odločanje o vprašanih izvajanja starševske skrbi, ki bistveno vplivajo na otrokov razvoj. V drugih postopkih za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij pa se določbe o sodni poravnavi ne uporabljajo.

Kadar je poravnava dovoljena, lahko udeleženci preventivno predlagajo samo postopek sklenitve sodne poravnave. Drugače kot pri potrditvi sporazuma s sklepom v nepravdnem postopku je tu podan predlog za poravnanli postopek, pri čemer s sodno poravnavo nastane izvršilni naslov. Predhodna rešitev, da je bilo treba sporazum dati v odobritev sodniku, ki je odločil s sklepom v nepravdnem postopku, je bila s procesnega vidika nesistemska, saj je sodna odločitev slonela na poravnavi. Zato ni bilo jasno, kakšna pravna sredstva naj bi bila na voljo proti tovrstnemu sklepu. Tožba za razveljavitev sodne poravnave ni prišla v poštev, ker je sklep sodna odločba, proti kateri je dopustna pritožba. Vprašljivo pa je bilo uveljavljanje vseh pritožbenih razlogov, saj je preizkus sodišča pri potrjevanju sporazuma omejen. Zato je pravilnejša vrnitev na sistemsko ureditev, po kateri udeleženci sklepajo sodne poravnave pri pravicah, o katerih se lahko poravnajo.

5.3. Postopanje po uradni dolžnosti

Sodnik mora pri sklepanju sodne poravnave preprečevati nedovoljena razpolaganja, ki so podana, kadar starši pri sporazumu ne upoštevajo najboljših otrokove koristi. V takem primeru sodnik sklenitve sodne poravnave ne dovoli.

Vprašanje je, ali lahko kar nadaljuje z rednim postopkom ter odloči o varstvu in vzgoji otroka tudi drugače, kot želita starša. Menim, da je pravilen odgovor pritrdilen. Ker v nepravdnih postopkih v predlogu ni obvezno postavljenih zahtevkov, zakon izrecno določa, da sodišče po uradni dolžnosti vodi postopek takoj, ko so izpolnjeni pogoji za to, torej ko izve za okoliščine, da je treba ukrepati v korist otroka. To pa se lahko zgodi tudi v postopku za sklenitev preventivne sodne poravnave, ki je sodišče ne dovoli, pri čemer ni treba čakati na predlog CSD ali drugega upravičenega predlagatelja.⁴ Pridružujem se mnenju Karla Zupančiča, da je sodišče

⁴ Smiselno enako v Zupančič in Novak, str. 30 in 58. Drugače Novak, str. 42 – po njenem mnenju je vloga sodišča v postopku potrjevanja sporazuma staršev, ki ne živijo ali ne bodo več živeli skupaj, enaka kot v postopku sporazumne razveze zakonske zveze, pri čemer sodišče sporazum o varstvu in vzgoji prav tako le sprejme ali zavrne, ni pa pristojno z odločitvijo samo vsebinsko rešiti zadeve.

upravičeno po uradni dolžnosti uvesti celo postopek odločanja o varstvu in vzgoji ter o otrokovih stikih, če izve, da so se starši, ki ne živijo ali ne bodo več živeli skupaj, zunajsodno in neformalno sporazumeli o vprašanjih glede otroka na način, ki ni v otrokovo korist. CSD pa je nato zakoniti udeleženec in poda mnenje.

Čeprav se v civilnih postopkih načelo oficialnosti uveljavi le, kadar ga zakon posebej določa, je v ZNP to načelo generalno predvideno za varstvo oseb, ki niso sposobne same skrbeti za svoje zadeve (drugi odstavek 6. člena ZNP). Sodišče mora po uradni dolžnosti ukreniti vse, da se zavarujejo pravice in pravni interesi otrok in oseb, ki zaradi motnje v duševnem razvoju ali težav v duševnem zdravju ali drugih okoliščin niso sposobne, da bi same skrbele za svoje pravice in interese. Za odločanje o varstvu in vzgoji otroka pa zakon posebej določa, da sodišče postopek lahko začne tudi po uradni dolžnosti (tretji odstavek 102. člena ZNP-1). To pomeni, da tudi ni vezano na predloge udeležencev, kadar mora zavarovati otrokove koristi. Ni potrebna posebna določba, kot jo je vseboval derogirani drugi odstavek 408. člena ZPP, da v sporih o varstvu, vzgoji in preživljanju otrok ter v sporih o stikih otrok s starši in z drugimi osebami sodišče odloča *ultra et extra petitum*. Pri predlogu v nepravdnih postopkih namreč ni obvezno, da bi moral vsebovati postavljene zahteve (23. člen ZNP-1).

Tudi DZ na več mestih odreja, da sodišče po uradni dolžnosti varuje otrokove koristi. Sodišče mora ob razvezi zakonske zveze vselej odločiti tudi o varstvu in vzgoji, o preživljanju in stikih otroka (drugi odstavek 98. člena DZ), torej tudi če ni predloga. Kadar odloča o varstvu in vzgoji samostojno, mora prav tako odločiti o vseh ukrepih za varstvo koristi otrok, torej tudi o preživljanju in stikih otroka (tretji odstavek 138. člena DZ). Drugače kot po derogiranem 422. členu ZPP to velja tudi pri ugotovitvi očetovstva, kjer po novem sodišče odloči tudi o varstvu in vzgoji otroka ter otrokovih stikih, ne le o preživnini, kot je veljalo doslej (90. člen ZNP-1).

Sodišče mora torej sprejeti odločitev o varstvu in vzgoji, ki je otroku najbolj v korist, ne glede na to, kakšen je predlog za odločitev o varstvu in vzgoji v predlogu oziroma ali predloga sploh ni. Sodišče ima pooblastilo, da zaupa otroka v varstvo in vzgojo celo drugi osebi, če starši za to niso primerni. Tako odločitev mora sprejeti, kadar je otrokova korist pri starših ogrožena. Če z njenim zavarovanjem ni mogoče čakati do konca postopka, mora po uradni dolžnosti izdati začasno odredbo. Postopek za izdajo začasnih odredb, s katero je otrok odvzet staršem in nameščen k drugi osebi, v krizni center, rejništvo ali zavod, se namreč lahko začne bodisi na predlog centra za socialno delo bodisi po uradni dolžnosti (tretji odstavek 106. člena ZNP-1).

Odločitev sodišča, da se otrok zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi, pomeni odvzem otroka staršem. Ukrep za varstvo otrokove koristi z enakimi posledicami, kot ga izreče sodišče v sodnem postopku, sme v upravnem postopku izreči CSD v obliki nujnega kratkotrajnega odvzema otroka staršem, če so ti zanemarili otrokovo varstvo in vzgojo ali če je to iz drugih

pomembnih razlogov v otrokovo korist (167. člen DZ). CSD mora v 12 urah po nujnem odvzemu otroka predlagati sodišču izdajo začasne odredbe o odvzemu otroka. O predlogu za izdajo začasne odredbe mora sodišče odločiti takoj, najpozneje pa v 24 urah. DZ je torej vzpostavil razmejitve, da o odvzemu kot trajnejšem ukrepu odloča sodišče, CSD pa ohranja pooblastilo, da v nujnih primerih tudi sam nemudoma sprejme ta ukrep, ki pa ga mora nadgraditi s sodnim varstvom.

Po novem ima sodišče v postopku o varstvu in vzgoji otrok tudi posebne naloge. Po uradni dolžnosti mora na splošno v vsakem postopku za varstvo koristi otroka v sodnih vpisnikih preveriti, ali so bili za varstvo koristi otroka ali drugih družinskih članov že izrečeni ukrepi po DZ, po zakonu, ki ureja naloge in pooblastila policije, po zakonu, ki ureja kazenski postopek, in po zakonu, ki ureja preprečevanje nasilja v družini.

Najsplošnejše uradno pooblastilo sodišču nalaga, da poskrbi tudi za pravilno zastopanje oseb, ki niso sposobne same skrbeti za svoje zadeve. Omenjena dolžnost posebne skrbnosti ne preneha, četudi so te osebe pravilno zastopane in so tisti, ki jih zastopajo, večji prava. Sodišče mora vseeno paziti, da bodo ti zakoniti zastopniki ali pooblaščenca oseb, ki so pod posebnim varstvom zakona, res ukrenili vse potrebno za uresničevanje pravic zastopanih. V nasprotnem primeru mora sprožiti ustrezne postopke.

5.4. Vnaprej izražena volja staršev

V primeru smrti enega ali obeh staršev ali trajnejše nezmožnosti izvajanja starševske skrbi sodišče opravi poizvedbo o obstoju vnaprej izražene volje staršev v evidenci, v kateri se vodijo ti podatki. Gre za izvedbeno določbo, ki nalaga, da samo opravi potrebno poizvedbo o obstoju vnaprej izražene volje staršev po 144. členu DZ. Veljavnost te volje se presoja enako kot veljavnost oporoke v skladu z zakonom, ki ureja dedovanje. Če se vnaprej izraženi volji staršev razlikujeta, o tem, katero voljo upoštevati, presodi sodišče. Vnaprej izraženo voljo staršev upošteva, če ta ni v nasprotju s koristjo otroka.

6. Razpravno in preiskovalno načelo

Ker se postopki za varstvo in vzgojo otrok lahko začnejo po uradni dolžnosti, ima sodišče uradna pooblastila za zbiranje dokaznega gradiva in tu omejitev pravice navajanja novot ne velja (7. člen ZNP-1). Pri takšnih postopkih, ki se lahko začnejo po uradni dolžnosti, to velja tako za prvo stopnjo kot tudi za pritožbo.

V dispozitivnih postopkih pa udeleženci lahko do izdaje odločbe, s katero se konča postopek na prvi stopnji, vselej navajajo nova dejstva in predlagajo nove dokaze, če so v korist oseb, ki niso sposobne skrbeti zase (29. člen ZNP-1). Po 34. členu pa sme pritožnik tudi v pritožbi

brez omejitev navajati nova dejstva in predlagati nove dokaze le, če so v korist oseb, ki niso sposobne same skrbeti zase.

Preiskovalno načelo ne izključuje dolžnosti udeležencev, da tudi sami navedejo vsa dejstva, ki so pomembna za odločitve.

7. Načelo ustnosti in neposrednosti

Sodišče lahko ne glede na omejitve, ki jih določa Zakon o pravdnem postopku, kot dokazno sredstvo uporabi zapis ali zvočni ali zvočno-slikovni posnetek razgovora z otrokom iz drugega sodnega postopka. Uporabi lahko tudi pisno izvedensko mnenje iz drugega sodnega postopka, če oceni, da se le tako lahko pravočasno zavarujejo otrokove koristi ali koristi oseb, ki niso sposobne skrbeti zase (drugi odstavek 48. člena ZNP-1).

8. Načelo kontradiktornosti

Za postopek, ki se vodi po uradni dolžnosti, ZNP-1 prav tako ni predvidel, da bi morale sodišče takoj ob uvedbi postopka izdati sklep o uvedbi in ga vročiti udeležencu. Ob prvem procesnem dejanju proti udeležencu pa mora jasno opredeliti predmet postopka in navesti razlog za uvedbo postopka, če stanje udeleženca omogoča razumeti pomen obvestila. Sodišče je dolžno o postopku obveščati le tiste otroke, ki so sposobni razumeti pomen postopka in posledice odločitve. Obvesti jih o uvedbi postopka in njihovi pravici, da izrazijo svoje mnenje.⁵

8.1. Pravica otroka do zaslišanja

Otrokovo zaslišanje je treba zagotoviti tudi za zadostitev Konvenciji Združenih narodov o otrokovih pravicah.⁶ Države pogodbenice jamčijo otroku, ki je sposoben izoblikovati lastno mnenje, pravico do svobodnega izražanja tega mnenja v vseh zadevah v zvezi z njim, bodisi neposredno bodisi prek zastopnika ali ustreznega organa. Starostna meja pri tem ni postavljena, o tehtnosti izraženih mnenj se presoja v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo (12. člen).

S prenosom odločanja o družinskih zadevah v nepravdni postopek je otrokov položaj še okrepjen, saj mu zakon priznava pravico, da izrazi svoje mnenje v vseh postopkih, v katerih se odloča o varstvu njegovih koristi.

⁵ Prav tako Wedam Lukić.

⁶ Uradni list SFRJ, št. 15/90, in Uradni list RS, št. 35/92.

Pravica do zaslišanja mora biti prilagojena otrokovim psihofizičnim sposobnostim in ne sme biti prehud poseg v njegovo integriteto. Zlasti pri pritegnitvi mlajših otrok je treba v vsakem konkretnem primeru zelo skrbno oceniti, kdaj koristi takšnega zaslišanja upravičujejo vznemirjanje otroka. Sodišče opusti vsako zaslišanje otroka, če oceni, da je to v nasprotju z njegovo koristjo ali da ni pričakovati ustrezno utemeljene izjave, ki bi lahko vplivala na odločitev. V postopku za varstvo koristi otroka kot pravilo pozove CSD, da otroka, ki je sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, na primeren način obvesti o uvedbi postopka in o njegovi pravici, da izrazi svoje mnenje. Razgovor opravi na najprimernejši način glede na vse okoliščine primera na sodišču ali zunaj sodišča s posredovanjem CDS ali drugega ustreznega strokovnjaka. Mnenje je lahko izraženo tudi v razgovoru z zagovornikom otroka, ki je bil otroku dodeljen v skladu z zakonom, ki ureja varuha človekovih pravic (drugi odstavek 96. člen ZNP-1). Za pridobitev otrokovega mnenja zakonodajalec torej ponuja več možnosti. Mogoče pa je sklepati, da je za pridobitev mnenja primarno pristojen CSD.⁷ V literaturi že zasledimo opozorilo, da bi zaradi poudarjene vloge CSD v postopku pridobivanja otrokovega mnenja lahko prišlo do zastojev v postopku, s tem pa do kršitve otrokove pravice do sojenja v razumnem roku in posledično celo do kršitve njegove pravice do družinskega življenja.⁸ Zato morda ni odveč razmišljanje, da je vendarle sodnik tisti, ki naj se, če je to le mogoče, sam pogovori z otrokom. S tem se uveljavi tudi načelo neposrednosti pri sojenju, ki je pomembna varovalka pravilnosti odločanja.

Ob razgovoru in ves čas v postopku je lahko navzoča oseba, ki ji otrok zaupa in jo sam izbere. Ta oseba mu lahko pomaga izraziti njegovo mnenje. Zaupnik je oseba, h kateri se otrok zateče, ko starši odpovedo. Ta oseba torej ni eden od staršev, saj se to pojmovno izključuje, niti ni oseba, ki jo otroku kot zaupnika izbere eden od staršev. Položaj zaupnika ima lahko le oseba, ki jo otrok spontano izbere sam, to je lahko brat ali sestra, drug sorodnik, učitelj, zdravnica. Zaradi varstva koristi otroka je sodišču dana tudi možnost, da prepove navzočnost »zaupne osebe«, če oceni, da ne gre za osebo, ki ji otrok zaupa in jo je sam izbral, ali da bi bilo sodelovanje te osebe v postopku v nasprotju s koristjo otroka.

Kadar je to potrebno, sodišče poskrbi tudi za strokovno pomoč otroku, ki vključuje psihosocialno podporo otroku, pogovore o njegovih željah, počutju in mnenju, seznanjanje otroka s postopki in dejavnostmi na njemu primeren način, iskanje najbolj primerne rešitve skupaj z otrokom ter spremljanje otroka pred organi in institucijami, ki odločajo o njegovih pravicah in koristih.

⁷ Peti odstavek 96. člena ZNP-1: CSD mora v roku, ki ga določi sodišče in ne sme biti krajši od 30 dni, sodišču poslati mnenje, da otrok ni sposoben razumeti pomena postopka in posledic odločitve, ali zapisnik o tem, da je bil otrok poučen o uvedbi postopka in pravici, da izrazi svoje mnenje, in otrokovo mnenje, če ga je izrazil.

⁸ Smiselno enako glej Wedam Lukić.

Čeprav ne more biti dvoma, da je izražanje mnenja otrokova pravica in ne dolžnost, so starši sklicujoč se na načelo kontradiktornosti v praksi velikokrat vztrajali, da mora otrok povedati svoje mnenje in da mora to storiti na obravnavi pred obema staršema. Toda otroku ni treba izraziti svojega mnenja, če tega ne želi. Če pa mnenje želi izraziti, to vselej stori v neformalnem razgovoru, kar je zdaj določeno v 96. členu ZNP-1, in vselej brez prisotnosti staršev.

8.2. Kraj zaslišanja otroka

Sodišče odloči tudi o možnosti, da otrok svoje mnenje izrazi bodisi na CSD bodisi na sodišču ali kje drugje.

Pravica do zaslišanja otroka se zagotavlja tudi z zaslišanjem zakonitega zastopnika. Med dolžnosti vsakega procesnega zastopnika spada dolžnost poskrbeti, da sodišču predstavi pravo voljo zastopanega, zlasti otroka, ki jo mora na primeren način ugotoviti s pogovori z otrokom in njegovimi sorodniki.⁹

8.3. Zagovornik

Pobudo za imenovanje zagovornika (tretji odstavek 25.a člena ZVarCP)¹⁰ lahko varuhu človekovih pravic poda vsakdo (starši, drugi posamezniki, institucija idr.), ki meni, da otrok ne more uresničiti pravice, da v postopku ali zadevi, v kateri je udeležen, izrazi svoje mnenje. Pobudo varuhu lahko poda tudi otrok sam. Zagovornik ni otrokov zakoniti zastopnik.

8.4. Izločitev otrokove izpovedbe

Zaradi varstva koristi otroka lahko sodišče odloči, da se staršem ne dovoli, da bi se seznanili z vsebino razgovora z otrokom, vendar mora v tem primeru dele izjav, na katere je oprlo svojo odločitev, povzeti v obrazložitvi odločbe. Ker je s tem omejena pravica staršev do seznanitve s celotnim procesnim gradivom že v postopku na prvi stopnji, bi morale sodišče to določbo razlagati restriktivno in staršem omejiti pravico, da se seznanijo z vsebino otrokove izjave, samo če bi imelo razkritje otrokovega mnenja zanj škodljive posledice. Pri tem mora pravico staršem omejiti le toliko, kolikor je to nujno za varstvo otrokovih pravic.¹¹

⁹ Iz nemške sodne prakse: sklep OLG München, 16 WF 1696/99, z dne 11. 2. 2000, objavljeno v Fam RZ, I. 49, št. 9/2002, str. 563.

¹⁰ Zakon o varuhu človekovih pravic, Uradni list RS, št. 71/93, ZVarCP – UPB2, 69/17.

¹¹ Prav tako Wedam Lukić.

9. Načelo tajnosti

V postopkih za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij sodišče tudi po novem odloča po obravnavi na naroku. Javnost pa je v teh postopkih zaradi varstva osebnosti prizadetih oseb izključena že po samem zakonu (43. člen ZNP-1).

10. Načelo največje otrokove koristi

Po Ustavi uživajo otroci posebno varstvo in skrb. Človekove pravice in temeljne svoboščine uživajo v skladu s svojo starostjo in zrelostjo (56. člen). To načelo narekuje zaščito otrokove koristi po uradni dolžnosti v vseh postopkih.¹²

11. Hitrost postopka

V ZNP-1 ni več določbe, da so postopki za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij nujni. Okrožna sodišča na družinskih oddelkih odločajo o celotnem obsegu prenesenih zadev in vseh ni mogoče obravnavati kot nujne. Kljub temu pa nekatere zadeve zahtevajo nujno obravnavo. To so postopki za izdajo začasnih odredb, izvršilne zadeve v zvezi z vzgojo in varstvom otrok ter preživitvinskimi obveznostmi, ki izhajajo iz zakona, in nepravdne zadeve po Zakonu o duševnem zdravju (ZDZdr).¹³

12. Visečnost postopka

Pravda začne teči z vročitvijo tožbe toženi stranki, za tek nepravdnega postopka pa trenutek vročitve nasprotnemu udeležencu ali edinemu udeležencu ni ustrezen.

Pri dispozitivnih postopkih, drugače kot prej, veljavni 3. člen ZNP-1 jasno določa, da nepravdni postopek začne teči že s trenutkom, ko sodišče prejme predlog za začetek postopka. Po subsidiarni uporabi ZPP se tudi oddaja predloga priporočeno na pošto šteje za prejem predloga (drugi odstavek 112. člena ZPP – oddajna teorija).

Pri oficialnih postopkih ni zadostna določba, da sodišče postopek začne, ko so podani pogoji za začetek postopka po uradni dolžnosti. Zato ZNP-1 začetek veže na prvo procesno dejanje, in ne na trenutek vročitve morebitnega sklepa o uvedbi uradnega postopka udeležencem. Zakonodajalec sicer ne pove, katero prvo procesno dejanje je mišljeno. V uradnih postopkih

¹² Več o koristi otroka: Kraljić 2019b, str. 72, 73; Kraljić 2019a, str. 1–15; Novak, str. 69–71.

¹³ Uradni list RS, št. 77/08 in nasl.

tudi ni predpisano, da bi sodišče moralo o uvedbi postopka izdati sklep, zato je primerno, da bi se za prvo procesno dejanje štel vpis zadeve v sodni vpisnik na podlagi obvestila o podanih pogojih za uvedbo uradnega postopka. Predlagatelj zakona je kot mogoči primer prvega procesnega dejanja sodišča navedel obvestilo udeležencem o začetku postopka, sklep o začasni odredbi ipd. Tudi to ni povsem sistemsko, saj posebnega obvestila o uradnem postopku zakon prav tako ne predvideva. Vpis zadeve pa je sicer tehnično, vendar povsem preverljivo procesno opravilo. Če bo sodišče dobilo informacijo, iz katere bo moglo razbrati razloge za začetek postopka, bo s poizvedbami lahko zbralo dodatne informacije z namenom, da ugotovi, ali so izpolnjeni pogoji za začetek postopka po uradni dolžnosti. Ko bo na to vprašanje odgovorilo pritrdilno, bo glede na vsebino postopka na primeren način obvestilo udeležence o uvedbi postopka po uradni dolžnosti. Navedeno bo na primer lahko storilo v pojasnilnem dopisu, ki ga bo vročilo udeležencem skupaj z vabilom na narok. O uvedbi postopka po uradni dolžnosti udeležencev ni treba obveščati s posebnim sklepom.

Če se je postopek začel na predlog upravičene osebe, vendar je predlog nato umaknila, se v primeru uradnega nadaljevanja postopka šteje, da je začel teči, ko je predlog prispel k sodišču.

13. Predlog

Posebno prednost in prilagodljivost konkretnemu razvoju spornega obravnavanega razmerja pomeni odstop od strogo formalne koncepcije zahtevka v tožbi. V nepravdnem postopku namreč predlog z natančnim zahtevkom ni potreben, čeprav naj vsebuje opis razmerja oziroma stanje, o katerem naj sodišče odloči, dejstva, ki so pomembna za odločitev, dokaze za te navedbe, druge podatke, ki jih mora imeti vsaka vloga, in identifikacijske podatke udeležencev, kot jih Zakon o pravnem postopku določa za tožbo. Ne glede na kakovost predlogov mora nato sklep v izreku vsebovati povsem jasno opredelitev pravice ali obveznosti.

Če predlog vloži neupravičena oseba, ga sodišče zavrže. Če ob tem ugotovi, da so podani pogoji za ukrepanje po uradni dolžnosti, postopek nadaljuje samo (24. člen ZNP-1).

14. Svetovanje kot procesna predpostavka

Predlagatelj postopka o varstvu in vzgoji se mora po DZ (203. člen) pred začetkom postopka udeležiti predhodnega svetovanja pri CSD in mora predlogu priložiti zapisnik o opravljenem predhodnem svetovanju. Če se predhodnega svetovanja ni udeležil, sodišče predlog zavrže. Postopek pa nadaljuje po uradni dolžnosti, če so za to izpolnjeni pogoji (94. člen ZNP-1).

15. Odgovor na predlog

Po subsidiarni uporabi ZPP se kontradiktornost vzpostavi tudi z vročitvijo predloga nasprotnemu udeležencu v odgovor. Vendar posledic zamude z odgovorom ni, ker v nepravdnih postopkih ni predviden zamudni sklep. Kljub temu sodišče pred razpisom naroka počaka na odgovor. Z namenom dodatne pospešitve postopkov je v ZNP-1 za odgovor predviden krajši rok kot v ZPP. Rok za odgovor na predlog za začetek postopka je 30 dni, razen če varstvo koristi oseb iz drugega odstavka 6. člena tega zakona utemeljuje določitev krajšega roka, ki pa ne sme biti krajši od 15 dni (drugi odstavek 50. člena ZNP-1). Sodišče razpiše pripravljalni narok šele, če po prejemu odgovora na predlog oceni, da bi bilo to glede na okoliščine primerno. Menim, da bi bila še boljša rešitev, če bi lahko sodnik imel diskrecijsko pravico, da bi v izjemnih primerih ta rok še skrajšal in celo sprejel navedbe nasprotnega udeleženca na naroku. Pretirano hitenje sicer ne sme iti v škodo varstva pravic, vendar je včasih, na primer v čezmejnih razmerjih, smotno postopek izpeljati v času omejene prisotnosti vseh udeležencev v kraju sodnega odločanja. Hitrost postopanja pa je pogosto varovalka otrokovih pravic.

16. Udeleženci

16.1. Poimenovanje

Po uveljavitvi ZNP se za subjekte v nepravdnem postopku – drugače kot za stranke v pravnem postopku – skoraj na vseh področjih uporablja izraz »udeleženci«. ZNP-1 to poimenovanje ohranja in ga razširi tudi na postopke v družinskih zadevah, v katerih se udeležba (prav tako kot v drugih nepravdnih postopkih) določa na podlagi formalnega in materialnega kriterija.

16.2. Otrok – subjekt v postopku

Otrok je oseba, ki še ni dopolnila 18 let, razen če je že prej pridobila popolno poslovno sposobnost (5. člen DZ, enako tretji odstavek 6. člena ZNP-1). Opredelitev otroka je povzeta po Konvenciji Združenih narodov o otrokovih pravicah, ki v 1. členu določa, da je otrok človeško bitje, mlajše od 18 let, razen če zakon, ki se uporablja za otroka, določa, da se polnoletnost doseže že prej. Izjemoma je pojem otroka razširjen na polnoletnega otroka, ker tudi odločanje o preživljanju »polnoletnega otroka«, dokler obstaja dolžnost preživljanja, spada v postopek za varstvo koristi otroka (92. člen ZNP-1).

Otrok je v vseh nepravdnih postopkih, v katerih se odloča o njegovih pravicah, udeleženec takega postopka tudi v primerih, ko ni formalni udeleženec, ker ni naveden kot predlagatelj ali nasprotna stranka. Je pa oseba, glede katere se vodi postopek. Formalni udeleženec je tisti,

ki mu zakon daje legitimacijo za uvedbo postopka. Udeleženec po materialnem kriteriju je v nepravdnih postopkih vselej oseba, glede katere se vodi postopek, oseba, na katero se sodna odločba neposredno nanaša, ter oseba, katere pravni interes utegne biti s sodno odločbo prizadet (prvi odstavek 21. člena ZNP-1). Materialni udeleženci lahko sami ves čas postopka prijavijo svojo udeležbo za opravo procesnih dejanj, za katera izkažejo pravni interes. Tudi če sodišče izve za osebe, katerih pravni interes utegne biti s sodno odločbo prizadet, te osebe obvesti o postopku, da lahko prijavijo svojo udeležbo (22. člen ZNP-1). V posameznih postopkih je celo v DZ posebej predvideno, da lahko otrok nastopa tudi kot eden izmed mogočih predlagateljev.¹⁴ V pravi gre drugače kot v nepravdnem postopku za procesno legitimacijo, ki je posledica zatrjevanja, da je nekdo stranka, kar je povsem ločeno od materialnopravnega pojma stranke. V prejšnji ureditvi je moral zakon zato staršema izrecno podeliti procesno legitimacijo tudi za uveljavljanje otrokovih pravic (vzgoja, varstvo in stiki; 105. in 106. člen ZZZDR). V razveznem postopku otrok namreč ni naveden kot predlagatelj niti kot nasprotni udeleženec, vendar zdaj ni dvoma, da je materialni udeleženec v povezanem postopku o varstvu, vzgoji, preživljanju in stikih.

Čeprav lahko sodišče o varstvu in vzgoji odloča tudi v samostojnem postopku in kot predlagatelj nastopa eden od staršev ali CSD, je otrok udeleženec, ker se odloča o njem. Med mogočimi predlagatelji je naveden tudi otrokov skrbnik, ki pa je vseeno le zastopnik otroka, saj ne ravna v svojem imenu in za svoj račun (prvi odstavek 102. člena ZNP-1). Drugačen je položaj CSD, ki je zakoniti udeleženec, saj mu zakon daje upravičenje za uvedbo postopka v javnem interesu. Predlagatelj je lahko tudi otrok sam, če je dopolnil 15 let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj.

Otrok je materialni udeleženec v postopku, ki se vodi o njegovih pravicah po uradni dolžnosti.¹⁵

16.3. Procesna sposobnost otroka

ZNP-1 med splošnimi določbami za postopke za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij vsebuje tudi določbo o posebni procesni sposobnosti otroka z dopolnjenim 15. letom starosti (drugi odstavek 45. člena), ki ni povsem vezana na poslovno sposobnost. Otrokovega samostojnega nastopanja v starosti od 15 do 18 let namreč zakon ne omejuje samo na posle, ki pomembneje ne vplivajo na njegovo nadaljnje življenje, temveč ima otrok pravico, da v celoti samostojno nastopa v postopku, če izjavi, da ga sam prevzema. V takem primeru zakoniti

¹⁴ DZ otrokovo pravico do samostojne vložitve predloga predvideva na primer v postopku za odločitev o ukrepu za varstvo koristi otroka, ki se lahko začne na predlog otroka, starega nad 15 let.

¹⁵ Končina Peternel, str. 99.

zastopnik nima več pooblastila za zastopanje (tretji odstavek 45. člena ZNP-1). Sodišče mora tako otroku, ki je dopolnil 15 let ter je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, kot udeležencu v vseh postopkih za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij omogočiti, da samostojno opravlja procesna dejanja. Še posebej pa ZNP-1 pri postopkih za varstvo koristi otrok določa, da mora sodišče otroku, ki je v postopku izrazil svoje mnenje, vročiti odločbo, proti kateri ima pravico vložiti pritožbo (šesti odstavek 96. člena ZNP-1).

Otroke, mlajše od 15 let, kot udeležence zastopajo zakoniti zastopniki, ki opravljajo procesna dejanja, vendar pa imajo otroci kot udeleženci samostojno pravico do zaslišanja, če so jo sposobni izvrševati. Zakon namreč za vse postopke za varstvo otrokovih koristi določa, da se otrok s pomočjo CSD na primeren način obvesti o uvedbi tovrstnega postopka in da se mu omogoči izraziti mnenje (96. člen ZNP-1).

16.4. Udeležba CSD

CSD je v postopku o varstvu in vzgoji otrok zakoniti udeleženec, kadar je predlagatelj, in tudi, kadar ni. Procesna dejanja opravlja po strokovnem delavcu, ki ga za to pooblasti direktor (prvi odstavek 46. člena ZNP-1). Novost je določba, da lahko sodišče zaradi varovanja koristi oseb pozove Državno odvetništvo Republike Slovenije, naj prevzame zastopanje CSD, če je potrebno zastopanje po odvetniku ali drugi osebi, ki je opravila pravniški državni izpit (drugi odstavek 46. člena ZNP-1). Glede na to, da so naloge CSD predvsem strokovnosvetovalne in da ima v postopku vlogo pomočnika sodišča, bodo primeri, ko bi sodišče pozvalo Državno odvetništvo Republike Slovenije, relativno redki.

Če CSD ni predlagatelj postopka za varstvo koristi otroka, sodišče zahteva njegovo mnenje glede koristi otroka (98. člen ZNP-1). Kot predlagatelj pa svoje mnenje posreduje kot navedbe udeleženca. V postopkih za varstvo koristi otroka sodišče pridobi mnenje CSD glede koristi otroka, razen če je bil predlog sodne poravnave pripravljen v okviru predhodnega svetovanja pri CSD in iz zapisnika izhaja, da je predlog v korist otroka (98. člen ZNP-1).

Pomembna naloga CSD je tudi, da v postopku za varstvo koristi otroka otroku omogoča uveljavljati pravico do izražanja mnenja in da sodišču podaja strokovne ocene. Tako mora CSD predlogu, da naj sodišče otroka namesti v rejništvo k sorodniku ali drugi osebi, ki nima dovoljenja za izvajanje rejniške dejavnosti in ni otrokov sorodnik, priložiti svojo oceno o primernosti sorodnika oziroma druge osebe in oceno, da je tovrstna oblika rejništva v otrokovo korist (drugi odstavek 117. člena ZNP-1).

Kot predlagatelj ima CSD glede možnosti informiranja v zadevi s pregledovanjem spisa privilegiran položaj v primerjavi z drugimi predlagatelji postopka, ki jim sodišče lahko prepove pregledovati in prepisovati dele spisa, ki vsebujejo podatke o premoženjskem stanju osebe, o

kateri se vodi postopek postavitve pod skrbništvo (60. člen ZNP-1). Privilegirani položaj se pokaže tudi pri možnosti vlaganja pravnih sredstev. V skladu s prvim odstavkom 33. člena ZNP-1 se smejo zoper sklep, izdan na prvi stopnji, pritožiti vsi udeleženci, če zakon ne določa drugače. V postopku za podelitev popolne poslovne sposobnosti otroku, ki je roditelj, se sme CSD pritožiti vedno, preostali udeleženci pa ne (74. člen ZNP-1). V primerjavi z drugimi udeleženci se CSD lahko pritoži tako zoper ugodilni kot zavrnilni sklep o podelitvi popolne poslovne sposobnosti otroku, ki je postal roditelj, medtem ko se starši in skrbnik ne morejo pritožiti zoper zavrnilni sklep (74. člen ZNP-1).

Postavlja se tudi vprašanje, kako naj ob tem opredelimo mnenja in ocene, ki jih CSD daje v postopku, ter kakšna je njihova narava. Nedvomno niso izvedenska mnenja. Mnenje predlagatelja je na prvi pogled spornejše, ker mu nasproti stoji nasprotni udeleženec. Po drugi strani pa se CSD tudi takrat, ko se postopek začne po iniciativi ali predlogu koga drugega, lahko vključi s popolnoma enakim stališčem. V postopku je pomembno, s kom se bolj poistoveti in kateremu stališču nasprotuje.

Mnenje je lahko izraženo v zaslišanju CSD kot udeleženca. Ureditve dokaza z zaslišanjem stranke iz ZPP se ne more neposredno preslikati v nepravdni postopek, ker na vrednotenje tega dokaza vpliva obstoj spora dveh strank z izrazito nasprotujočimi si interesi. V nepravdnem postopku pa imamo tudi udeležence, ki imajo enake interese. CSD ne zastopa niti ene niti druge strani oziroma se ne pridruži niti eni niti drugi stranki. Njegov položaj je podoben položaju intervenienta v javnem interesu. V družinskih postopkih izrecno sledi cilju največje otrokove koristi. Izjavi CSD dajemo večjo dokazno vrednost, če jo poda strokovno usposobljeni – izvedeni udeleženec, po analogiji z izvedeno pričo. Dokaz z zaslišanjem CSD je torej specifičen dokaz z zaslišanjem udeleženca, kot velja za izvedeno pričo. Nemški Zakon o postopku v družinskih in nepravdnih zadevah (Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG), v katerem so skupaj urejeni vsi družinski postopki, prav tako za varstvo koristi otroka določa sodelovanje organa za mladinske zadeve (Jugendamt), ki je precej podoben našemu CSD. Ne določa pa, da bi ta urad imel položaj udeleženca, temveč predvideva le njegovo zaslišanje (162. člen FamFG).

ZNP-1 v 108. členu glede postopka za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otrok določa, da se navedbe CSD v predlogu, mnenju in drugih pisanjih ter zaslišanje strokovnega delavca CSD štejejo kot izpovedbe oseb, ki imajo o teh dejstvih posebno strokovno znanje. Člen 108 bi moral veljati za vse primere, saj tudi drugje položaj CSD ni drugačen. Najbližja je ureditev glede tako imenovane izvedene priče. To daje navedbam CSD posebno težo. Načeloma velja, da tudi če kot priča nastopa oseba, ki ima strokovno znanje prav s tistega področja, ki je povezano z dejstvi, o katerih naj bi izpovedala, bo njena dokazna funkcija omejena le na dejstva, ki jih je priča zaznavala. Prednost izvedene priče je v tem, da ne le zaznava dejstva (kot laične priče), temveč tudi razume relevantne pojme. Razlika med izvedeno pričo in izvedencem pa

je v tem, da priča sodniku posreduje svoje védenje o dejstvih, izvedenec pa strokovno znanje. Navedbe predstavnika CSD je v dokazovanju načeloma mogoče obravnavati kot posebej pomembne dokaze, saj ne temeljijo zgolj na slepi zaznavi, temveč tudi na pojmovni zaznavi dejstev. Praviloma bodo za odločanje v družinskih nepravdnih postopkih zadoščale že te zaznave. Samo v dokazno zelo zapletenih primerih je smotno, da sodišče imenuje posebnega izvedenca. Čeprav ZNP-1 stališča predstavnikov CSD obravnava kot stališča izvedene priče le v 108. členu, pa ni razloga, da bi strokovnim delavcem CSD takšen položaj odrekli v drugih nepravdnih postopkih. Izjave centra za socialno delo v mnenju in drugih pisanjih ter zaslišanje strokovnega delavca centra za socialno delo je mogoče na splošno šteti za izpovedbe osebe, ki ima o relevantnih dejstvih posebno strokovno znanje.¹⁶

Določba prvega odstavka 98. člena ZNP-1 ne pove, kdaj naj sodišče v postopku za varstvo otrokovih pravic CSD pozove k pripravi mnenja. V večini primerov bo najprimerneje, da mnenje zahteva po prejemu odgovora nasprotnega udeleženca na predlog. Lahko pa ga zahteva tudi takoj po začetku postopka, če oceni, da je določeno ukrepanje nujno.

Izdelava kvalitetnega mnenja za sodišče od CSD praviloma terja, da opravi najmanj dva razgovora s starši in po potrebi še razgovor z drugimi osebami, obenem pa mora opraviti tudi razgovor z otrokom, zato je za izdelavo mnenja določen rok 60 dni.¹⁷

Po načelu kontradiktornosti sodišče z mnenjem centra za socialno delo seznani udeležence postopka, če jih ni že CSD sam.

17. Mediacija

Mediacija je zelo primeren način za reševanje sporov v družinskih razmerjih. Tako strokovnjak centra za socialno delo kot mediator pa imata dolžnost, da pri oblikovanju predloga za sklenitev dogovora skrbita za uveljavitev koristi otrok.

18. Dokazovanje

Tudi v nepravdnem postopku sodišče izvaja dokaze, vendar na manj formaliziran način kot v pravdnem postopku, saj jih lahko izvede tudi brez dokaznega sklepa (četrti odstavek 28. člena ZNP-1).¹⁸

¹⁶ Glej Rijavec, Keresteš.

¹⁷ Predlog ZNP-1, 26. 10. 2018, EVA: 2018-2030-0023, str. 181.

¹⁸ Glej Rijavec, Ekart.

Splošna ureditev po ZPP tudi ne velja za dokaze po uradni dolžnosti. ZPP namreč v četrtem odstavku 153. člena ureja le izvajanje dokazov po uradni dolžnosti v zvezi z uporabo 3. člena ZPP. ZNP-1 širše določa, da mora sodišče zaradi varstva koristi oseb, ki same niso sposobne varovati svojih pravic in pravnih interesov, izvesti dokaz z izvedencem po uradni dolžnosti. ZNP-1 kot ZPP zdaj določa, da se stroški, ki nastanejo z izvedbo dokaza z izvedencem ali cenilcem ali drugega dokaza, za katerega je treba plačati predujem, založijo iz sredstev iz posebne proračunske postavke pri Vrhovnem sodišču Republike Slovenije, namenjene tovrstnim plačilom za potrebe vseh sodišč. Določba ureja stroškovni vidik določbe drugega odstavka 6. člena ZNP-1, da mora sodišče po uradni dolžnosti ukreniti vse za varstvo oseb, ki niso sposobne skrbeti zase. Navedena določba je potrebna kot pravna podlaga, da se bodo stroški ukrepanja sodišča po uradni dolžnosti lahko izplačali iz proračuna.

Ne glede na določbe ZPP sodišče v nepravdnem postopku uporabi dokaz, ki je bil že izveden v kakem drugem sodnem postopku, če gre za dokaz, ki se v postopku izvede zaradi varstva koristi oseb iz drugega odstavka 6. člena.

18.1. Izvedenec

Za vsa vprašanja, pri katerih ZNP-1 v zvezi z izvedenci ne vsebuje posebnih določb, je treba smiselno uporabiti določila ZPP (prim. 42. člen ZNP-1).

Nekatera pravila znanosti in stroke so sicer lahko del splošne izobrazbe ali pa ima sodnik poleg pravnega še druga posebej pridobljena strokovna znanja, vendar naj se v dvomu sodnik raje obrne na izvedenca.¹⁹ Sodnik, ki ima zaradi specializacije potrebna psihološka znanja in znanja s področja socialnega dela v družinskih zadevah, ne potrebuje izvedenca, če njegovo znanje zadostuje za razumevanje pravil druge stroke, vendar mora s strankami razpravljati glede uporabe strokovnih pravil, sicer jim vzame možnost izjave o teh vprašanjih.

19. Odločbe in pravna sredstva

V nepravdnih postopkih tudi v spornih razmerjih med zakonci ter med starši in otroki sodišče za meritorno odločitev uporabi sklep namesto sodbe. S tem ohranimo doslednost pri odločanju o vseh družinskih zadevah po enotnem postopku. V nepravdnih postopkih je uveljavljena odločba sklep, ki pa se po sami strukturi in vsebini ne razlikuje bistveno od sodbe. Ima enake sestavine kot sodba in tudi izrek mora biti jasna določitev zapovedanega sodnega varstva. Datjavni sklep mora biti primeren za izvršbo. Sklepi, zoper katere je dopustna posebna pritožba, sklepi, s katerimi se postopek konča, in sklepi sodišča druge stopnje morajo biti obrazloženi.

¹⁹ Triva, Belajec, Dika, str. 437.

V postopkih za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij se upravni enoti zaradi vpisa v matični register, sodišču zaradi vpisa zaznambe v zemljiško knjigo ali drugim organom ali organizacijam zaradi vpisa v javno knjigo ali evidenco pošlje prepis sklepa, ki ne vsebuje obrazložitve. Sklep brez obrazložitve zadostuje tudi za uveljavljanje pravic v drugih postopkih (53. člen ZNP-1).

Derogiran je drugi odstavek 419. člena ZPP, ki je omogočal, da sodišče na predlog stranke izda prepis sodbe o razvezi zakonske zveze, ki ne vsebuje obrazložitve.

Pritožba zadrži izvršitev sklepa, če zakon ne določa drugače ali če sodišče ne odloči drugače.

Po izrecni odločitvi sodišča pritožba ne zadrži izvršitve sklepa, če obstaja nevarnost, da bi zaradi odložitve izvršitve nastala znatna škoda, ali če je to potrebno zaradi varstva oseb iz drugega odstavka 6. člena ZNP-1. V tem zakonu je ta možnost širše ponujena zlasti pri odločanju o otrocih; mogoča je določitev varščine, če bi zaradi izvršitve nastala nevarnost za varstvo pravic oseb iz drugega odstavka 6. člena tega zakona ali če je to potrebno za varstvo javnega interesa.

20. Izredna pravna sredstva

Velika sprememba je nova možnost, da je revizija v nepravdnih postopkih načelno mogoča kot dopuščena revizija. Udeleženci jo lahko vložijo zoper sklep sodišča druge stopnje, s katerim je bil nepravdni postopek pravnomočno končan, in sicer pod pogoji iz 367.a člena ZPP in po postopku po ZPP (37. člen ZNP-1).

Zahteva za varstvo zakonitosti v postopkih po uradni dolžnosti nima samo ugotovitvenega učinka (38. člen ZNP-1), temveč tudi kasatorični in reformatorični učinek.²⁰

Obnova postopka proti sklepu za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij, s katerim je postopek pravnomočno končan, ni dovoljena, razen če zakon določa drugače (54. člen ZNP-1).

V postopkih za ugotovitev in izpodbijanje očetovstva je obnova dovoljena (91. člen ZNP-1).

21. Stroški postopka

Vsak udeleženec trpi svoje stroške, razen če zakon določa drugače. Skupne stroške porazdeli med udeležence sodišče. Stroške postopka, ki je izključno v interesu nekaterih udeležencev, trpijo ti udeleženci. Pravico do povračila stroškov postopka ima udeleženec le, kadar zakon določa, da trpi stroške eden od udeležencev ali nekateri od udeležencev. Krivdno načelo velja.

²⁰ Čujović, str. 89.

22. Sklep

ZNP-1 v kombinaciji z DZ obsežno ureja postopke v družinskih razmerjih, med katere spadajo tudi postopki za varstvo otrokovih koristi, vključno s postopkom za varstvo in vzgojo otrok. Med temeljnimi načeli je pomembno postaviti v ospredje načelo oficialnosti. Sodnik s svojo aktivnostjo pripomore k izboljšanju otrokovega položaja, čeprav ga zastopajo starši, ki praviloma dobro skrbijo za njegove interese. Predlog ne vsebuje nujno postavljenih zahtevkov, sodnik pa mora o otrokovih pravicah odločati tudi brez predloga in v nasprotju s predlogom. O varstvu in vzgoji po uradni dolžnosti odloči tudi v postopku ugotavljanja očetovstva. Ureditvev otrokove udeležbe se ni spremenila. V vseh postopkih, v katerih se odloča o njegovih pravicah, je otrok udeleženec, ki ga zastopa zakoniti zastopnik. Otrok sam pa ima pravico izraziti mnenje. Otrok, ki je dopolnil 15 let, ima posebno procesno sposobnost, da lahko samostojno nastopa v postopku, čeprav njegova procesna dejanja pomembneje vplivajo na njegovo nadaljnje življenje in samostojno nastopanje presega omejeno poslovno sposobnost 15-letnika. V prenovljenem položaju CSD namesto odločanja opravlja pretežno strokovnosvetovalne naloge. Čeprav je procesni položaj CSD v postopku sporen, saj zavzema vmesni položaj med pričo in izvedencem, pa bi se sodišča morala v večini primerov izogibati nepotrebnemu postavljanju izvedencev, ki podražijo postopke in podaljšujejo njihov tek. Predstavniki CSD namreč pri izpovedbi svojih ugotovitev o dejstvih podajajo pojmovno izoblikovana strokovna opažanja, ki sama po sebi v večini primerov pomenijo zadostno dokazno podlago za odločanje, zato mora biti postavitvev izvedenca zgolj izjema. Ureditvev vseh postopkov glede otrok na enem mestu je pomembna prednost. Velika novost je tudi možnost dopuščene revizije brez izjem. Zahteva za varstvo zakonitosti je prav tako mogoča proti pravnomočnim sklepom. Če Vrhovno sodišče v uradnem postopku spozna, da je zahteva utemeljena, lahko poseže v izpodbijano odločbo.

Literatura

- NOVAK, Barbara. *Družinsko pravo*. Ljubljana: Uradni list RS, 2014.
- WEDAM LUKIČ, Dragica. Pravica udeležencev do izjave v nepravdnih postopkih v družinskih zadevah. *Podjetje in delo*, 2019, št. 6-7, str. 1012-1021.
- ZUPANČIČ, Karel, NOVAK, Barbara. *Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Zbirka predpisov*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2005.
- ČUJOVIČ, Matej. Ureditvev nepravdnih postopkov in uporaba ZNP. *Pravosodni bilten*, 2019, št. 1.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Postopki za varstvo koristi otroka in vloga otroka v teh postopkih. *Pravosodni bilten*, 2019, št. 1.
- KRALJIČ, Suzana. Die Reflexion des Kindesinteresses in der neuen slowenischen Rechtsprechung. V: Kraljič, S., Ünver, Y. (ur.), *Compendium of contemporary legal issues*. 1st ed. Maribor: Univerzitetna založba Maribor, 2019a.

- KRALJIĆ, Suzana. *Družinski zakonik s komentarjem*. Maribor: Poslovna založba MB, 2019b.
- TRIVA, Siniša, BELAJEC, Velimer, DIKA, Mihajlo. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 1986.
- RIJAVEC, Vesna, EKART, Andrej. *Zakon o nepravdnem postopku z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: Uradni list RS, 2009.
- RIJAVEC, Vesna, KERESTEŠ, Tomaž. Razmerje med subjekti v družinskih nepravdnih postopkih (problematika centrov za socialno delo, izvedencev in drugih oseb, ki varujejo otrokove koristi). *Podjetje in delo*, 2019, št. 1, str. 999–1011.

Odvzem in namestitvev otroka v postopku odločanja o varstvu in vzgoji

MATEJ ČUJOVIČ
*univerzitetni diplomirani pravnik
višji sodnik, Višje sodišče v Ljubljani*

1. Uvod

Odvzem otroka staršem in posledična namestitvev drugam je eden najbolj radikalnih ukrepov države, ki nepovratno zareže v družinska razmerja in praviloma pusti trajne posledice, čeprav matična družinska celica ni združena le kratek čas. Njihovega izrekanja se moramo zato, kot sodniki radi rečemo v žargonu, lotiti »s tresočo roko«. Kljub temu se sodnik ne sme niti za hip pomišljati, da ukrepa ne bi izrekel, kadar ugotovi ali (seveda z ustreznim dokaznim standardom) sumi, da sta otrok oziroma njegova največja korist kakorkoli ogrožena. Prvič zato, ker je otrokova največja korist temeljno vodilo Družinskega zakonika in postulat družinskega prava nasploh, zato jo je treba vselej, pa čeprav na škodo otrokovih staršev, postaviti na prvo mesto in otroka, če to terjajo okoliščine, zavarovati tudi z odvzemom lastnim staršem. In drugič, ker odvzem otroka, pa naj bo otrok odvzet z začasno odredbo ali s končno odločbo sodišča, nikoli ni nepovraten ukrep. V skrajnem primeru je sicer lahko izrečen kot ukrep trajnejšega značaja, vendar je, kot po novem večina ukrepov za varstvo otrokove koristi, časovno omejen (konkretno na največ tri leta). V tem času si mora država (zlasti prek centra za socialno delo, ki spremlja izvajanje ukrepa) prizadevati, da se čim prej odpravijo vzroki, zaradi katerih je bil ukrep izrečen, in da se matična družina v kar najkrajšem času spet združi. Namen odvzema otroka in posledične namestitve torej ni v razbijanju obstoječih družin, temveč v njihovi začasni razdružitvi, da bi se medtem vsak od njenih članov ustrezno okrepil ter bi po združitvi družina lahko živela bolj kakovostno.

2. Odvzem in namestitvev otroka pred uveljavitvijo Družinskega zakonika

Po Zakonu o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)¹ je bil za izrekanje ukrepa odvzema otroka staršem in posledično namestitvev drugam pristojen center za socialno delo. Ta je lahko ukrep izrekel, če so starši zanemarili otrokovo vzgojo in varstvo ali če je bilo to iz drugih pomembnih razlogov v otrokovo korist (prvi odstavek 120. člena ZZZDR). Potem ko je otroka odvzel, ga je lahko zaupal v vzgojo in varstvo drugi osebi ali ga namestil v zavod² (prvi odstavek 120. člena ZZZDR). Možnosti, da bi otroka namestil v rejništvo,³ ZZZDR v okviru zakonske opredelitve tega ukrepa ni omenjal. Za namestitvev v rejništvo kot posledico izrečenega ukrepa⁴ je (ker je šlo prav tako za odločanje iz njegove pristojnosti) center za socialno delo uporabil prvi odstavek 157. člena ZZZDR, ki je omogočal oddajo otroka v rejništvo, med drugim če je bil otrokov telesni ali duševni razvoj ogrožen v okolju, v katerem živi⁵ (prvi odstavek 157. člena ZZZDR).⁶ Kadar je to terjala otrokova korist, je center za socialno delo torej lahko otroka odvzel staršem in ga namestil k drugi osebi, v rejništvo ali v zavod. V zadevah je odločil z upravno odločbo po končanem posebnem ugotovitvenem postopku po

¹ Uradni list SRS, št. 15/76, ter spremembe in dopolnitve.

² Namestitvev v zavod po 121. členu ZZZDR je bil edini ukrep, ki je bil časovno omejen, in sicer je lahko trajal najdlje tri leta. Na podlagi mnenja zavoda je center za socialno delo ukrep izjemoma lahko podaljšal, vendar v okviru zakonskih omejitev. Po osemnajstem letu je smel otrok ostati v zavodu, če je v to privolil.

³ Namen rejništva je, da država otroku, ki iz različnih razlogov ne more živeti pri starših, zagotovi nadomestno družinsko varstvo. Tako otroku omogoči zdravo rast, vzgojo, izobraževanje, skladen osebnostni razvoj in usposobitev za samostojno življenje ter delo. Z rejništvom država otroku torej zagotavlja izkušnjo funkcioniranja družine, ki je ne more pridobiti v drugih oblikah institucionalnega varstva. Rejnik zato nase prevzame skrb za varovanje otroka, za njegovo zdravje, negovanje in oskrbovanje, za njegovo vsakodnevno, redno vzgojo, izobraževanje in usposobitev za samostojno življenje (Čujović v: Novak, 2019, str. 763 in 764).

⁴ Rejništvo nastane z dvema aktoma: z odločbo pristojnega organa, ki vsebuje izrek, da se otrok odda v rejništvo, in s pogodbo, ki jo po pravnomočnosti sodne odločbe z rejnikom sklene center za socialno delo. Primerjaj Zupančič, str. 133, točka 278. Pravice in obveznosti rejnika izhajajo iz določb Zakona o izvajanju rejniške dejavnosti (ZIRD, Uradni list RS, št. 110/02, ter spremembe in dopolnitve), konkretno pa jih opredeljuje pogodba, ki jo center za socialno delo sklene z rejnikom.

⁵ Primerjaj pravno podlago v sodbi Vrhovnega sodišča RS I Up 196/2001 z dne 2. 12. 2004 in sklepu Višjega sodišča v Celju Cp 577/2015 z dne 22. 10. 2015 (9. točka obrazložitve).

⁶ ZZZDR je v 157. členu urejal štiri materialnopravne podlage za oddajo otroka v rejništvo, ki so imeli različne zakonske dejanske stane: trije primeri oddaje so bili urejeni v prvem odstavku (otrok, ki nima družine; otrok, ki iz različnih razlogov ne more živeti pri starših; in otrok, čigar telesni in duševni razvoj je ogrožen v okolju, v katerem živi), četrti primer pa v drugem odstavku (otrok, ki potrebuje usposabljanje v skladu s posebnimi predpisi (otroci z motnjami v telesnem in duševnem razvoju)). V 158. členu je ZZZDR za te štiri primere določal dve procesni situaciji – ko so starši oziroma roditelj, pri katerem otrok živi, soglašali z oddajo otroka v rejništvo (prvi odstavek) ali ko je šlo za odvzem otroka brez privolitve staršev (drugi odstavek).

Zakonu o splošnem upravnem postopku (ZUP).⁷ V okviru tega postopka je bilo zagotovljeno tudi sodno varstvo.⁸

Za odločanje o zaupanju otrok v vzgojo in varstvo, kadar starša nista živela skupaj ali sta se odločila, da ne bosta več živela skupaj, ter se nista sporazumela o vzgoji in varstvu skupnih otrok, je bilo pristojno sodišče (tretji odstavek 105. člena ZZZDR). To je lahko odločilo, da so vsi otroci pri enem ali pri drugem od staršev ali da so nekateri pri enem, drugi pri drugem. Hkrati je ZZZDR sodišču omogočal, da je otroka po uradni dolžnosti zaupalo v vzgojo in varstvo drugi osebi (tretji odstavek 105. člena ZZZDR). Kdaj se je lahko odločilo in uporabilo pooblastilo za odločanje po uradni dolžnosti iz 105. člena, ZZZDR ni opredeljeval niti ni navedjal, da lahko sodišče v takem primeru smiselno uporabi 120. člen ZZZDR.⁹ Zakon prav tako ni omenjal možnosti, da sodišče otroka namesti v zavod ali rejništvo. Ker je bila pristojnost za namestitev otroka v rejništvo ali zavod zunaj sodne pristojnosti in po 120. členu ZZZDR pridržana centru za socialno delo, je lahko sodišče odločilo le o tem, da se otrok namesti k drugi osebi. V sodni praksi so sodišča odločila, da se otrok namesti k drugi osebi, nato pa so se, če je šlo za rejnika, uporabili predpisi o rejništvu.¹⁰ Torej je bil *de facto* otrok lahko nameščen v rejništvo tudi na podlagi sodne odločbe.¹¹ Po drugi strani obstoj rejništva, kamor je bil otrok nameščen na podlagi odločbe centra za socialno delo, ni izključeval pristojnosti sodišča.¹²

Različne možnosti namestitve otroka v rejništvo so v pravni sistem vnašale negotovost, ki jo je krepila dvotirnost sodnega odločanja. Sodišče je o vzgoji in varstvu otroka namreč odločalo bodisi v pravnem bodisi v nepravdnem postopku, odvisno od tega, kako je bil sprožen postopek. Kadar predmet odločanja ni bila sočasno razveza zakonske zveze in je šlo za odločanje o sporazumnem predlogu med partnerjema, so sodišča odločala v nepravdnem postopku, v drugih primerih (in to je bilo v praksi pravilo) pa v pravnem.¹³ Ker so lahko po ZZZDR starši otroka oddali v rejništvo tudi na lastno pobudo in brez postopka pred centrom za socialno delo (176. člen ZZZDR), sporazumni predlog o namestitvi otroka v rejništvo po zakonu ni bil izključen.

⁷ Uradni list RS, št. 80/99, ter spremembe in dopolnitve.

⁸ Primerjaj sklep Višjega sodišča v Mariboru III Cp 2085/2006 z dne 25. 10. 2006.

⁹ Sodišča so črpala iz otrokove največje koristi. Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 4263/2005 z dne 11. 5. 2005, kjer je sodišče zapisalo, da lahko tudi po uradni dolžnosti odloči, da se otroci zaupajo tretji osebi, če ugotovi, da je to nujno zaradi varstva koristi otrok, ker »starša sama (zaradi bolezni) ne moreta ali pa nočeta ustrezno zavarovati koristi svojih otrok«.

¹⁰ Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 3434/2015 z dne 14. 1. 2015.

¹¹ Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 975/2008 z dne 13. 11. 2008. Od uveljavitve DZ mora sodišče, če se odloči za namestitev otroka v rejništvo, najprej izreči ukrep odvzema otroka staršem (174. člen DZ).

¹² Primerjaj sklep Višjega sodišča v Celju Cp 542/2013 z dne 5. 9. 2013.

¹³ ZZZDR je izrecno določal, da o družinskih zadevah sodišče odloča v pravnem postopku, če z zakonom ni določeno, da odloča v nepravdnem postopku (drugi odstavek 10.a člena ZZZDR).

3. Časovna uporaba predpisov

Družinski zakonik¹⁴ je razveljavil ZZZDR (303. člen DZ), zato bi moral v prehodnih določbah urediti predvsem pravila o uporabi materialnopravnih določb v že začetih sodnih in upravnih postopkih. Vendar zakonodajalec pri ureditvi tega prehoda ni bil dosleden ali pa vsaj ne dovolj jasen.

DZ kot izhodišče določa, da se sodni postopki, ki so bili uvedeni pred začetkom uporabe DZ, dokončajo po določbah ZZZDR (prvi odstavek 290. člena DZ). Določba ni povsem jasna zato, ker govori o »postopkih«, ki so bili »uvedeni« in »se dokončajo«, a hkrati napotuje na uporabo ZZZDR, ki postopkovnih pravil sploh ni vseboval. Možni sta dve razlagi.

Prva možnost je, da zakonodajalec s prehodnimi določbami materialnega predpisa po logiki stvari ni urejal prehoda na novo procesno ureditev (Zakon o nepravdnem postopku (ZNP-1)¹⁵ sicer časovno sovпада, a je predmet prehodnih določb novega procesnega zakona),¹⁶ zato je treba vse postopke, pri katerih je bila najpozneje 14. 4. 2019 pri sodišču vložena tožba po določbah Zakona o pravnem postopku (ZPP)¹⁷ ali vložen predlog oziroma začet postopek po uradni dolžnosti po določbah Zakona o nepravdnem postopku (ZNP),¹⁸ vsebinsko dokončati po določbah ZZZDR. Ta razlaga bi bila sicer v skladu z načelno prepovedjo retroaktivne veljavnosti materialnopravnih predpisov, vendar družinsko pravno področje ni običajno materialnopravno področje (kakršni sta na npr. pogodbeno ali odškodninsko), ki bi bilo časovno determinirano s preteklostjo; družinska razmerja sodišče ureja za v bodoče in v največjo korist otroka. Poleg tega se ta razlaga izkaže za vprašljivo ob trku z drugimi prehodnimi določbami.

¹⁴ Uradni list RS, št. 15/17, ter spremembe in dopolnitve.

¹⁵ Uradni list RS, št. 16/19.

¹⁶ ZNP-1 je začel veljati istega dne, ko se je začel polno uporabljati DZ (15. 4. 2019). ZNP-1 razveljavlja ZNP (223. člen ZNP-1), in ker ukinja dvotirnost sodnega odločanja v družinskih postopkih, tudi tiste določbe ZPP, ki se na te postopke nanašajo (222. člen ZNP-1). Prehod na nova postopkovna pravila je zakonodajalec oblikoval z mislijo na prehodne določbe DZ, zato podobno ureja uporabo dosedanjih pravil v že začetih postopkih. Tisti postopki, ki so bili začeti pri pristojnih sodiščih pred uveljavitvijo ZNP-1, se dokončajo po prej veljavnih procesnih pravilih (prvi odstavek 216. člena ZNP-1). Če se po uveljavitvi ZNP-1 sodna odločba prvostopenjskega sodišča v sodnem postopku razveljavi in se mu zadeva vrne v novo odločanje, se postopek nadaljuje po ZNP-1 (drugi odstavek 216. člena ZNP-1). V zadevah, kjer je bil za odločanje po ZZZDR pristojen center za socialno delo, vendar je bila po uveljavitvi DZ njegova odločba razveljavljena in se uporabljajo določbe DZ, se v novem postopku, ki poteka pred sodiščem, prav tako uporablja ZNP-1 (tretji odstavek 216. člena ZNP-1). Ker je bil DZ sprejet, ko je še veljala dvotirna ureditev pred sodišči, govori tako o tožbi (pravnem postopku) kot o predlogu (nepravdni postopek). Ker pa se v vseh postopkih, o katerih se odloča po DZ, uporablja ZNP-1 in je pravdni postopek izključen, ZNP-1 določa še, da se do uskladitve DZ v vseh tistih določbah, ki se nanašajo na tožbo, ta šteje za predlog v nepravdnem postopku (217. člen ZNP-1).

¹⁷ Uradni list RS, št. 26/99, in spremembe.

¹⁸ Uradni list SRS, št. 30/86, in spremembe.

DZ namreč nekaterih institutov ne pozna več (npr. odvzema poslovne sposobnosti, podaljšanja roditeljske pravice in ne nazadnje za ta prispevek še posebno aktualnega zaupanja otroka v vzgojo in varstvo tretji osebi znotraj postopka za vzgojo in varstvo) ali pa omogoča nove institute (prav tako za ta prispevek posebej aktualno možnost, da sodišče otroka zaupa v vzgojo in varstvo obema staršema, tj. »skupno starševstvo«, brez njunega soglasja). Za te primere je zakonodajalec v prehodni določbi 294. člena DZ pojasnil, kakšne učinke imajo od začetka uporabe DZ odločbe, ki sta jih center za socialno delo oziroma sodišče izdala po ZZZDR še pred začetkom uporabe DZ (prvi odstavek 305. člena DZ) in so postale pravnomočne. DZ pa ne vsebuje prehodne določbe, ki bi predpisovala, kakšne učinke imajo od začetka uporabe DZ odločbe, ki naj bi jih sodišče izdalo po začetku uporabe DZ, upoštevaje vsebinske določbe ZZZDR. To govori v prid druge možnosti razlage.

Ta, druga možnost razlage 290. člena DZ je taka, da je treba določbo razumeti le v smislu prenosa pristojnosti za odločanje s centrov za socialno delo na sodišča, torej v procesnem smislu, medtem ko se vsebinsko v vseh postopkih, ki niso zaključeni do 15. 4. 2019, uporabljajo določbe DZ. To pomeni, da centri za socialno delo tudi po 15. 4. 2019 odločijo v vseh tistih zadevah, ki jih do uveljavitve DZ niso zaključili, čeprav po uveljavitvi DZ niso več pristojni, ne pa tudi, da sodišče v že odprtih sodnih postopkih ne bi smelo uporabiti novih ukrepov oziroma samo prevesti opuščenih ukrepov v nove (npr. odvzem poslovne sposobnosti in podaljšanje roditeljske pravice v skrbništvo, zaupanje otroka tretji osebi v ukrep odvzema otroka in ustrezna namestitev drugam). Ta razlaga je vsekakor bolj pragmatična in z vidika čimprejšnje izenačitve otrok in staršev ter njihovih (ustavnopravnih) pravic tudi pravičnejša. Da je zakonodajalec stremel k čimprejšnji izenačitvi, izhaja iz drugega odstavka 290. člena DZ: če je bila po začetku uporabe DZ v postopku izdana odločba, ki jo je nato višje ali vrhovno sodišče v pritožbenem oziroma revizijskem postopku razveljavilo, se v ponovljenem sojenju uporabijo določbe DZ, tudi vsebinske. Ta razlaga skupaj z 294. členom DZ odpravlja tudi dilemo, ki je prva razlaga ne rešuje: v sodnih postopkih, ki niso pravnomočno zaključeni do 15. 4. 2019, sodišče uporabi DZ in izreče nove institute oziroma ukrepe, zato ni potrebe po prehodni določbi, ki bi predpisovala učinke teh odločb. In končno, razlaga je skladna tudi s prehodno določbo 291. člena DZ, ki ureja postopke v zadevah, glede katerih je spremenjena stvarna pristojnost (tj. prenesena s centrov za socialno delo na sodišča), in zakonske učinke odločb centrov za socialno delo. DZ tudi za postopke, ki so bili bodisi na predlog bodisi po uradni dolžnosti centra za socialno delo začeti najpozneje 14. 4. 2019, določa, da se pred istim centrom zaključijo, in to po določbah ZZZDR. Vendar za te odločbe centra za socialno delo DZ¹⁹ (v nasprotju s sodnimi odločbami, ki postanejo pravnomočne po 15. 4. 2019) predpisuje

¹⁹ Zakonske učinke odločb centra za socialno delo, ki so postale pravnomočne *pred* uveljavitvijo DZ, pa ureja 294. člen DZ. Ker ukrepi za varstvo otrokovih koristi po ZZZDR praviloma niso bili časovno omejeni, določba 294. člena DZ skrajšuje njihovo trajanje. V vseh primerih, v katerih je odločba, ki jo je o ukrepih za varstvo otrokove

tudi učinke: zanje začne obdobje trajanja ukrepa, ki je kot najdaljše določeno pri posameznem ukrepu po DZ, teči z dnem pravnomočnosti, razen če je bilo z odločbo centra za socialno delo določeno krajše obdobje trajanja (drugi odstavek 291. člena DZ). Če je bila odločba centra za socialno delo po začetku uporabe DZ odpravljena ali razveljavljena,²⁰ se postopek nadaljuje pred pristojnim sodiščem in po določbah DZ. Ureditev zakonskih učinkov odločb CSD (291. člen DZ), uporaba DZ v sodnih postopkih po pritožbeni oziroma revizijski razveljavitvi (drugi odstavek 290. člena DZ) ter odsotnost prehodne določbe za tiste sodne odločbe v sodnih postopkih, ki so bili začeti pred 15. 4. 2019, a dotlej nezaključeni, vodi v prepričljivo razlago, da sodišče ne izreče preživetega ukrepa oziroma instituta, temveč uporabi določbe DZ. Nesporno je namreč zakonodajalec sledil cilju, da se postopki čim prej poenotijo ter se preide na novo ureditev. Odgovor na vprašanje, ali je taka razlaga vselej pravilna in v vseh primerih ustavno skladna, bo morala podati sodna praksa.

4. Odločanje o vzgoji in varstvu po Družinskem zakoniku

Vzgoja in varstvo sta dva od ključnih elementov starševske skrbi.²¹ Kadar oziroma dokler starši živijo skupaj, sta skupna vzgoja in varstvo skupnega otroka nekaj naravnega, samo po sebi umevnega. Vendar je odločitev staršev, v kakšni življenjski skupnosti (če sploh) bodo živeli, osebna in svobodna. Če življenjske skupnosti ne vzpostavijo ali pa jo in se pozneje razidejo, je v otrokovo korist, da o vzgoji in varstvu sklenejo sporazum, zato jih DZ napotuje k njegovi sklenitvi. Če ob predlogu za sklenitev sodne poravnave na podlagi sporazuma sodišče oceni, da ta ni v otrokovo korist, oziroma podredno, kadar starša ne zmoreta skleniti sporazuma, o vzgoji in varstvu odloči samo. Velja načelno izhodišče, da je otroku v korist, da vzgoja in varstvo potekata tako, kot da bi bila življenjska skupnost staršev (še) vzpostavljena, zato sta skupna vzgoja in varstvo²² osnovna, prvenstvena rešitev (138. člen

koristi izdal center za socialno delo, postala pravnomočna, se šteje, da od 15. 4. 2019 teče čas, ki je za posamezen ukrep predpisan kot najdaljši čas trajanja po DZ (Čujović v: Novak, 2019, str. 901).

²⁰ Odločba je lahko odpravljena ali razveljavljena v pritožbenem postopku, v katerem odloča ministrstvo, pristojno za družino, ali v sodnem postopku, ki sledi upravnemu.

²¹ Starši morajo skrbeti za otrokovo življenje, zdravje, vzgojo, varstvo, nego, nadzor nad njim, izobraževanje, zastopanje, preživljanje in upravljanje otrokovega premoženja. Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) opozarja, da razsežnost starševske vzgoje, določena v 5. členu Konvencije o otrokovih pravicah (KOP), ni cilj sam po sebi, temveč vselej služi koristi otroka, kar izhaja iz samega besedila in duha KOP, kajti z vzgojo širi poslanstvo varstva otroka proti vsem oblikam nasilja, posegov, telesnega in duševnega grdega ravnanja, kar zajema tudi spolno nasilje (19. člen KOP) in dolžnost pripraviti ga »na prevzem odgovornosti v življenju in svobodni družbi« (točka d prvega odstavka 29. člena KOP). Glej odločitev ESČP A. R. in L. R. proti Švici, št. pritožbe 22338/15, z dne 19. 12. 2017, 41. točka obrazložitve.

²² Zakonodajalec se ob tem ni odločil, da bi predpisal načine/oblike, po katerih naj starši izvajajo skupna varstvo in vzgojo, temveč jo prepušča vsakokratni odločitvi staršev ali sodišča glede na optimalno prilagoditev vsakokratnim zmognostim in željam staršev, s tem pa tudi koristim posameznega otroka.

DZ).²³ Otroka sme sodišče zaupati v vzgojo in varstvo samo enemu od staršev le takrat, ko bi skupna vzgoja in varstvo otroka ogrožala. Toda taka odločitev ne pomeni odvzema ali omejitve starševske skrbi drugega od staršev. Vanjo je sicer poseženo, vendar gre le za predrugачenje načina njenega izvajanja, medtem ko pravice in dolžnosti, ki iz nje izvirajo, ostanejo nespremenjene.²⁴ Tistemu od staršev, ki mu je otrok zaupan v vzgojo in varstvo, je prepuščeno zgolj odločanje o dnevnih vprašanjih²⁵ oziroma o vprašanjih, ki ne vplivajo bistveno na otrokov razvoj²⁶ (drugi odstavek 151. člena DZ). Po sami stvari zvezano z zaupanjem otroka v vzgojo in varstvo enemu od staršev pa je to, da imata (praviloma) enako stalno prebivališče in da se pošiljke za otroka vročajo na naslov tistega od staršev, pri katerem je otrok (139. člen DZ).

Država bdi nad koristjo otrok, zato DZ sodišču omogoča, da vselej sočasno in po uradni dolžnosti²⁷ odloči tudi o vseh ukrepih za varstvo koristi otrok (drugi odstavek 106. člena ZNP-1).²⁸ Kadar sodišče otroka ne more zaupati staršem, ker je pri njih ogrožen (prvi odstavek 157. člena DZ), ga lahko namesti k drugi osebi, v rejništvo ali v zavod (174. člen DZ).²⁹

²³ Razlaga, da mora pri nesoglasju med starši sodišče otroka zaupati v vzgojo in varstvo le enemu, je v bistvu utemeljitev, da je treba v takem primeru starševsko pravico in starševstvo pustiti le še enemu od staršev, kar ni v skladu z Ustavo. Tako Novak v: Novak (2017a), str. 130.

²⁴ Kadar se starši samostojno odločijo za skupno vzgojo in varstvo ali je z odločbo sodišča otrok zaupan staršem v skupno vzgojo in varstvo, je odločitev o stikih vsebovana v razporeditvi časa, ki ga otrok preživlja z vsakim od staršev. Ko je otrok pri enem od staršev, ta polno izvaja starševsko skrb, kar vključuje vzgojo in varstvo ter uresničevanje pravice do stika.

²⁵ Gre za povsem običajne odločitve: kdo bo peljal otroka v šolo in po pouku domov, kdo ga bo peljal k zobozdravniku in tako naprej. Glej Novak (2017b), str. 197. Isto obliko skrbi ima tudi rejnik, ki do otroka sicer nima nobene pravice ali dolžnosti, ki bi izvirala iz starševske skrbi.

²⁶ Zaupanje otroka v vzgojo in varstvo enemu od staršev temu ne daje pravice, da odloča, ali bo drugi od staršev (torej ta, ki ima z otrokom urejene stike) z otrokom lahko šel na počitnice niti kam bo odšel, pod pogojem, da je spoštovan časovni okvir sodne ureditve stikov. Sodna intervencija glede odhoda otrok na počitnice ali potovanje bo praviloma zato odveč. Vprašanje, ali gre eden od staršev z otrokom lahko na oddih in kam, je lahko predmet odločanja o vprašanju izvajanja starševske skrbi po 151. členu DZ v povezavi s 104. členom ZNP-1 le izjemoma, kadar obstajajo posebne okoliščine. Višje sodišče je presodilo, da se med take primere uvršča vprašanje, ali lahko otrok odpotuje z enim od staršev v državo tretjega sveta, ki po uradno dostopnih podatkih Ministrstva za zunanje zadeve ni povsem varna. Glej sklep Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 1608/2019 z dne 17. 9. 2019.

²⁷ O ukrepih lahko sodišče odloči tudi na predlog enega od staršev, otroka, ki je dopolnil 15 let, če je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, skrbnika otroka, centra za socialno delo ali državnega tožilca (prvi odstavek 106. člena ZNP-1). O ukrepih za varstvo otrokove koristi se lahko odloča sočasno s postopkom o varstvu in vzgoji ter določitvi stikov in preživitve – primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 1373/2019 z dne 22. 7. 2019.

²⁸ Sodišče lahko po uradni dolžnosti začne tudi postopek za odločanje o varstvu in vzgoji otroka, preživljanju otroka in otrokovih stikih (tretji odstavek 102. člena ZNP-1).

²⁹ Določba šestega odstavka 151. člena DZ in načelno pravno mnenje Vrhovnega sodišča RS z občne seje VSS z dne 21.–22. 12. 1983 (Poročilo VSS 2/83, str. 32) se nanašata le na položaj, ko eden od staršev ni več živ ali ni znan,

Če je izrečen ta ali katerikoli drug od ukrepov za zaščito koristi otroka iz 7. poglavja DZ, mora sodišče upoštevati določbe 153. do 182. člena DZ.

5. Ukrepi za varstvo otrokove koristi po DZ

Pravila o starševski skrbi v odnosu do otrokovih pravic oblikujejo okvir, ki določa ustrezno vzgojo in varstvo. Kadar se starši iz kateregakoli razloga ne vedejo skladno z zahtevami DZ ali pri vzgoji in varstvu ne dosegajo vsaj minimalnih rezultatov, ki jih posamična otrokova korist zahteva, se mora država odzvati in jo zaščititi. Izrekanje ukrepov za zaščito otroka je zato lahko le posledica neustreznega izvajanja ali neizvajanja vzgoje in varstva, ne pa kaznovanja staršev zaradi pretekle vzgoje in varstva.³⁰

Starši imajo prednost, da varujejo otrokove pravice in koristi pred vsemi drugimi, zato se domneva, da ravnajo v korist otroka. Kdor trdi nasprotno, mora to izkazati. Če mu to uspe, je ogroženost otroka izkazana, in tedaj se država, ki je podredno odgovorna za otrokovo korist, sme in mora vmešati v družinska razmerja (157. člen DZ), vendar lahko poseže le toliko, kolikor je nujno, da otroka zaščiti. Sodišče mora upoštevati dve omejitvi. Prva je, da izreče tak ukrep, ki starše čim manj omejuje pri izvajanju starševske skrbi. Druga je zapoved, da se izreče ukrep, s katerim se otrok staršem ne odvzame. Toda obe sodišče vezeta le, če ne nasprotujeta varovanju otrokove koristi (t. i. načelo najmilejšega posega, ki je uzakonjeno v 156. členu DZ).³¹

DZ je pristojnost za odločanje o ukrepih za varstvo koristi otroka prenesel na sodišča in jih s tem povezal v enoten sistem. Izrekanje ukrepov za varstvo otrokove koristi pomeni izdajanje sodnih odločb v sodnem postopku (155. člen DZ). V grobem jih lahko razdelimo na začasne odredbe in ukrepe trajnejšega značaja. Začasno odredbo sodišče izda takrat, ko je verjetno izkazano, da je otrok ogrožen (161. člen DZ), pri čemer lahko, upoštevajoč okoliščine primera, na predlog ali po uradni dolžnosti izda tudi začasno odredbo, ki v prvem odstavku 162. člena DZ ni izrecno predvidena.³² Ukrepov trajnejšega značaja je šest: omejitev starševske skrbi, odločitev o zdravniškem pregledu ali zdravljenju, omejitev ali odvzem pravice do stikov, odvzem otroka staršem, namestitvev otroka v zavod ter odvzem starševske skrbi. Vsi ti ukrepi se nanašajo na varstvo osebnih in premoženjskih koristi otroka ter o vseh lahko sodišče odloči,

če mu je odvzeta starševska skrb ali če mu je odvzeta poslovna sposobnost. Tako Višje sodišče v Ljubljani v odločbi IV Cp 1304/2017 z dne 8. 9. 2017.

³⁰ Primerjaj razloge v sklepu Vrhovnega sodišča RS II Ips 161/2013 z dne 11. 7. 2013.

³¹ Zakonodajalec je odločanje o izbiri ukrepa določil stopničasto zato, da bo čim manj poseženo v pravico do družinskega življenja, vendar je hkrati določil pogoj, da mora vsak ukrep poseči vsaj toliko, da se ustrezno zavaruje otrokova korist. S tem je otrokove pravice jasno postavil pred pravice staršev (Čujović v: Novak, 2019, str. 485).

³² Tako tudi Končina Peternel v: Zupančič (2009), str. 259.

ko odloča o vzgoji in varstvu. V praksi bo sodišče verjetno najpogosteje uporabilo ukrep omejitve starševske skrbi po 171. členu DZ (prek omejitve posameznega upravičenja, ki izvira iz starševske skrbi, bo zaščitilo bodisi otrokovo premoženje, kadar bo zaznalo neustrezno razpolaganje z njim, bodisi otrokovo osebnost, npr. s prepovedjo prešolanja otroka ali prepovedjo pretiranega vpisovanja otroka v prostočasne aktivnosti) ali ukrep za omejitev ali odvzem pravice do stikov po 173. členu DZ (sodišče mora v postopku odločanja o vzgoji in varstvu urediti tudi stike med otrokom in tistim od staršev, ki mu otrok ni zaupan v vzgojo in varstvo – če bi sodišče v postopku ugotovilo, da stiki otroku niso v korist, jih mora omejiti ali celo odvzeti). Ni izključeno, da bi sodišče v postopku odločanja o vzgoji in varstvu izreklo ukrep odvzema starševske skrbi, vendar bodo kljub temu v praksi verjetno pogostejši primeri, ko bo sodišče zaznalo, da je treba za zaščito otrokove koristi otroka odvzeti iz matičnega okolja, to je, ga odvzeti staršem in ga začasno namestiti drugam.³³

6. Odvzem otroka po DZ

Odvzem otroka staršem in namestitev, ki sledi odvzemu, se lahko po DZ zgodita na tri načine, ne glede na to, ali sodišče odloča o ukrepih za varstvo otrokove koristi ločeno ali v postopku, ki poteka zaradi zaupanja otroka v vzgojo in varstvo (93. člen ZNP-1). Prva možnost odvzema otroka je v rokah centra za socialno delo, za drugi dve je pristojno sodišče.

Nujni odvzem otroka je dejanje, ki ga za zaščito otrokove koristi izvede center za socialno delo (167. člen DZ). Namenjen je hitri zaščiti otroka v primerih, v katerih se zaradi varstva otrokovih pravic in koristi ne sme odlašati.³⁴ Gre za akutne položaje, ki se lahko zgodijo kadarkoli; ker so razvezni postopki nemalokrat čustveno zelo obremenjujoči, ni izključeno, da ravno v tem obdobju pride do situacije, ko je treba otroka urgentno umakniti iz matičnega okolja.³⁵ Center za socialno delo se odloči na podlagi verjetno izkazanih dejstev, da je otrok hudo ogrožen in da njegovih koristi ni mogoče zavarovati drugače kot s takojšnjim odvzemom otroka

³³ DZ ne pozna več namestitve v rejništvo v soglasju s starši, zato sodišče otroka staršem najprej odvzame oziroma namesti v rejništvo proti njihovi volji. Izjemi sta dve. Sodišče lahko otroka namesti v rejništvo, če nima družine (npr. starši umrejo ali mati novorojenčka zapusti in izgine, očetovstvo pa ni urejeno) ali ko otrok iz različnih razlogov ne more živeti pri starših. Razlogi so lahko pri starših (npr. huda bolezen, daljše okrevanje po operaciji, prestajanje zaporne kazni) ali na strani otroka (posebnosti v njegovem razvoju, vedenjske posebnosti ipd.) (Čujović v: Novak, 2019, str. 767 in 768). Za te primere rejništva je na podlagi prvega odstavka 116. člena ZNP-1 predpisan poseben postopek v 116.–118. členu ZNP-1.

³⁴ V drugih primerih, ko gre le za sum ogroženosti in povzročanja škode, center za socialno delo otroka zaščiti s podajo predloga za izdajo začasne odredbe na sodišče (Križnik, str. 24).

³⁵ Na primer med starši se vname besedni prepir, ki se stopnjuje v hudo fizično nasilje, otrok je priča, ko oče mater pretepe tako brutalno, da je ta hospitalizirana.

staršem.³⁶ V teh primerih izvede nujni odvzem³⁷ in otroka namesti k drugi osebi, v krizni center, rejništvo ali zavod, ne da bi sodišče o tem izdalo kakršnokoli sodno odločbo. Center za socialno delo mora pri odločanju, kam otroka namestiti, izhajati iz njegove koristi. Glede na specifičnost položaja,³⁸ ki terja hipno zaščito otrokove koristi, je najverjetnejša namestitev v krizni center, k zaupanja vrednemu sorodniku³⁹ ali v zavod, če to zahtevajo otrokove težave. Ker gre v teh primerih za povsem svojevrstno situacijo, se odvzem otroka opravi neodvisno od sodnega postopka. Vendar mora center za socialno delo obvestiti sodišče najkasneje v roku 12 ur po odvzemu in predlagati, da sodišče izda začasno odredbo o odvzemu otroka.⁴⁰ Sodišče mora, ker gre za sodno kontrolo nad dejanjem centra za socialno delo, ne glede na morebiten sodni postopek, ki ga vodi, preveriti, ali je imel center podlago za poseg v ustavne pravice staršev. Če je bil poseg utemeljen in je podana visoka ogroženost otroka, sodišče izda začasno odredbo z enako vsebino (tj. odvzem otroka in ustrezna namestitve), sicer predlog centra za socialno delo zavrne.⁴¹ Ni pa ovire, da bi sodišče ob tem po uradni dolžnosti izdalo drugo začasno odredbo, s katero bi ustrezno zaščitilo otroka.

Pri izdaji začasne odredbe o vzgoji in varstvu, kadar je partnerska zveza otrokovih staršev razpadla, sodišče izhaja iz 138. člena DZ.⁴² Razpad starševske zveze sam po sebi otroka praviloma ne ogroža, lahko pa sodišče med postopkom⁴³ ugotovi, da je verjetno izkazana tolikšna ogroženost otroka, da ga je treba še pred zaključkom razveznega postopka umakniti iz matičnega okolja. Razlogi so lahko hud konflikt med partnerjema, ki ga nista zmožna razreševati, ne da bi bil vanj vpleten otrok (npr. čustveno izsiljevanje, vzajemno ščuvanje proti bivšemu partnerju, vpletanje otroka v razreševanje sporov), očitna neprimernost obeh od staršev za vzgojo in varstvo (oboestranska odvisnost, nasilje ipd.) ali posebne okoliščine na strani otroka (zlasti njegove psihofizične posebnosti, za katere sodišče oceni, da jim starši niso kos oziroma

³⁶ To so primeri, ko je treba otroka zaščititi denimo pred nezadovoljivo skrbjo staršev, ki ogroža otrokovo življenje, ali zaradi nasilja v družini oziroma zaradi zanemarjanja otroka.

³⁷ Pri tem ne ravna po pravilih nepravdnega oziroma pravnega niti upravnega postopka. Vse potrebne postopkovne določbe, ki se nanašajo na to dejanje, določata 167. in 168. člen DZ (Čujović v: Novak, 2019, str. 551).

³⁸ Ker gre za res posebne primere ogroženosti otroka, ni izključeno, da otrok ne bo nameščen, ker bo hospitaliziran. Primerjaj dejansko stanje v zadevi Višjega sodišča v Ljubljani IV Cp 1309/2017, sklep z dne 15. 6. 2017.

³⁹ Križnik, str. 24.

⁴⁰ Ko sodišče prejme predlog centra socialno delo za izdajo začasne odredbe, začne zanj teči še rok 24 ur. Če center zamudi 12-urni rok za vložitev predloga za začasno odredbo na sodišče ali če sodišče zamudi 24-urni rok za izdajo začasne odredbe, nujni odvzem otroka, ki ga je center izvedel po 167. členu DZ, izgubi učinek. V takem primeru mora center za socialno delo otroka takoj vrniti (k) staršem (Čujović v: Novak, 2019, str. 554).

⁴¹ ZNP-1 v drugem stavku tretjega odstavka 106. člena določa: »Postopek za izdajo začasne odredbe po izvedenem nujnem odvzemu otroka se lahko začne le na predlog centra za socialno delo.«

⁴² Začasne odredbe za varstvo koristi otrok se pod pogoji, ki jih določa DZ, izdajo po postopku, ki ga določa zakon, ki ureja zavarovanje (100. člen ZNP-1).

⁴³ DZ omogoča tudi izdajo začasne odredbe pred postopkom (166. člen DZ).

da ne znajo zadovoljiti otrokovih koristi glede na njegove posebnosti). Pri izdaji take začasne odredbe, ki jo sodišče lahko izda le na predlog centra za socialno delo ali po uradni dolžnosti (tretji odstavek 106. člena ZNP-1), sodišče tudi imenuje drugo osebo, krizni center, rejnika ali zavod, kamor namesti otroka (drugi odstavek 162. člen DZ). Otroka sodišče ne sme namestiti k nobeni osebi ali v institucijo v nasprotju z njegovo koristjo.

Tretja možnost za odvzem otroka staršem ob odločanju o vzgoji in varstvu je odločitev sodišča za končni ukrep odvzema otroka in posledična namestitev k drugi osebi, v rejništvo ali v zavod (174. člen DZ).⁴⁴ Sodišče ga izreče na predlog⁴⁵ ali po uradni dolžnosti,⁴⁶ če v postopku za vzgojo in varstvo ugotovi, da ni mogoča nobena od oblik vzgoje in varstva iz prvega odstavka 138. člena DZ, ker bi bil otrok v vsakem primeru ogrožen in ga je treba iz družinskega okolja umakniti (prvi odstavek 157. člena DZ). Kakšna mora biti konkretna ogroženost, da se sodišče odloči za izbiro tega ukrepa, je dejansko vprašanje. Preventivni namen ukrepa je povezan s sledenjem otrokovi koristi, z njegovim zdravim razvojem v najširšem smislu. Na splošno lahko rečemo, da je odvzem otroka staršem utemeljen, kadar sodišče ugotovi, da mu starši ne zagotavljajo pogojev za normalen fizični⁴⁷ in psihični razvoj.⁴⁸ Takšni so primeri, ko starši zanemarijajo njegovo vzgojo in varstvo, ga izpostavljajo nevarnosti, ne zaščitijo pred drugim od staršev ali pred tretjimi osebami ali so drugače neodgovorni. Otroka je treba iz domačega okolja umakniti tudi, če družinsko okolje zanj pomeni duševno obremenitev.⁴⁹ Pri tem ni treba,

⁴⁴ Pogoj za izrek tega ukrepa so realne, ne zgolj hipotetične možnosti, da se bo otrok v družino lahko vrnil in da bodo starši lahko prevzeli skrb za njegovo vzgojo in varstvo. Nova ureditev ukrepa odvzema otroka staršem od sodišča zahteva, da presodi, kakšne možnosti imajo starši, da bi v roku, ki ga določi sodišče, lahko znova prevzeli polno izvajanje vzgoje in varstva svojega otroka. Če sodišče že ob prvem odločanju teh možnosti ne najde, mora zaradi varstva otrokove koristi takoj izbrati strožji ukrep. Če pa realne možnosti na strani staršev za tolikšno izboljšanje kvalitete njihovega starševstva, da bodo lahko po izteku ukrepa samostojno izvajali vzgojo in varstvo, obstajajo, otrokova korist zahteva, da sodišče otroka staršem odvzame le začasno in ga za določeni čas namesti drugam. Novost, ki jo poleg tega vsebinskega pogoja pri izreku tega ukrepa prinaša DZ, je izrecna časovna omejenost tega ukrepa (Čujović v: Novak, 2019, str. 575 in 576).

⁴⁵ Drugače, kot je določena predlagalna sposobnost začasne odredbe (tretji odstavek 106. člena ZNP-1), lahko predlog za ukrep trajnejšega značaja (tj. za končno vsebinsko odločitev v postopku) poda eden od staršev, otrok, ki je dopolnil 15 let, če je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, otrokov skrbnik, center za socialno delo ali državni tožilec. Le namestitev otroka v zavod lahko predlaga izključno center za socialno delo (prvi odstavek 106. člena ZNP-1).

⁴⁶ ZNP-1 v 108. členu določa, da je center za socialno delo udeleženec postopka tudi, kadar ni predlagatelj postopka. Navedbe centra za socialno delo v predlogu, mnenju in drugih pisanjih ter zaslišanje strokovnega delavca centra za socialno delo se štejejo za izpovedbe osebe, ki ima o teh dejstvih posebno strokovno znanje.

⁴⁷ Otrok mora imeti osnovno oskrbo, ki zajema ustrezno prehrano, ustrezno garderobo, ustrezne higienske pogoje, tako osebne kot stanovanjske, poskrbljeno mora biti za njegovo zdravje ter šolanje in za zadovoljevanje njegovih osnovnih psihosocialnih potreb. Tako sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 196/2001 z dne 2. 12. 2004.

⁴⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 1139/2005 z dne 16. 11. 2005.

⁴⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS X Ips 477/2004 z dne 3. 4. 2008.

da gre za razloge, ki izvirajo od staršev, za njihovo krivdno ravnanje ali opustitev (pasivnost). Zadošča, da je otrokov razvoj pri starših ogrožen sam po sebi.⁵⁰

Pri izreku ukrepa po 174. členu DZ mora sodišče v odločbi zapisati, kam otroka namesti. Primarno ga namesti k drugi osebi⁵¹ ali v rejništvo,⁵² v zavod pa le,⁵³ če so podane posebne okoliščine pri otroku (prvi odstavek 175. člena DZ).⁵⁴ Ker gre za ukrep trajnejšega značaja, namestitve v krizni center ob izreku tega ukrepa ni predvidena (primerjaj drugi odstavek 162. in prvi odstavek 167. člena DZ). Sodišče mora v odločbi drugo osebo, rejnika ali zavod, kamor otroka namesti, tudi izrecno imenovati. Pri imenovanju se opre na predlog oziroma na mnenje centra za socialno delo.⁵⁵ Sodišče mora po uradni dolžnosti preveriti, ali je namestitev otroku v korist z vidika, h komu ali kam ga namešča, pri tem pa si lahko pomaga z merili, ki so določena za skrbnika oziroma za rejnika. To velja tudi, če je rejnik otrokov sorodnik.⁵⁶ Sodišče ima po zakonu možnost, da staršev ne seznani s tem, kam je bil otrok nameščen (111. člen ZNP-1). Če se odloči za to možnost, potem tisti od staršev, ki mu je odreklo možnost, da ve, kam bo otrok nameščen, prav tako nima pravice do vpogleda v tiste

⁵⁰ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1084/2017-9 z dne 11. 7. 2017.

⁵¹ Kadar je predlagana druga oseba otrokov sorodnik, mora sodišče natančno preveriti, ali bo ukrep po 174. členu DZ lahko učinkovit, če bo otrok sočasno zaupan v vzgojo in varstvo sorodnikom otroka, ki so hkrati sorodniki staršev ali enega od njiju. Pri namestitvi k drugi osebi se glede njenih obveznosti in nadzora nadnjo smiselno uporabljajo določbe ZIRD (prvi odstavek 174. člena in četrti odstavek 176. člena DZ).

⁵² Pri izbiri rejnika je glavno vodilo otrokova korist, ki jo predstavljajo zlasti posluh za posebnosti konkretnega otroka oziroma njegovo oškodovanost, nastalo med bivanjem v družini, razumevanje razlogov, ki so v tem primeru pripeljali do rejništva, posebnosti starševskih kapacitet staršev otroka, ki je nameščen v rejništvo, sposobnost rejnikov za sodelovanje s centrom za socialno delo in z otrokovimi starši, predvsem pri odpravljanju vzrokov, ki so pripeljali do rejništva.

⁵³ Pri izbiri zavoda mora sodišče upoštevati tudi pogoje iz 175. člena DZ, saj otroka, če posebne okoliščine iz prvega odstavka tega člena niso izpolnjene, v zavod ni mogoče namestiti. Zavodska namestitve mora ustrezati posebnostim otroka, med več možnostmi pa je treba izbrati tisti zavod, ki lahko otroku najbolj pomaga glede na njegove psihosocialne težave. Ker sodišče strokovnega znanja o tem, kje bo za otroka najbolj poskrbljeno, nima, mora o tem pridobiti vsaj mnenje centra za socialno delo.

⁵⁴ DZ v 175. členu ne določa, da sodišče otroka staršem odvzame in ga nato namesti v zavod. To pomeni, da do namestitve otroka v zavod po tej določbi pride s soglasjem staršem. Ukrep oddaje otroka v zavod je edini ukrep po DZ, ki je mogoč s soglasjem staršev. Če soglasja ni, otrok v družini pa je ogrožen, sodišče odloči o odvzemu po 174. členu DZ, pri čemer upošteva tudi posebnosti namestitve v zavod, ki jih določa 175. člen DZ.

⁵⁵ Center za socialno delo razpolaga s seznamom rejnikov, ki so pri ministrstvu, pristojnem za družino, vpisani v evidenco dovoljenj (15. člen ZIRD) oziroma register rejnikov, ki rejništvo opravljajo kot poklic (19. člen ZIRD).

⁵⁶ Natančno preverjanje otrokove koristi je potrebno zlasti zato, ker ZIRD določa, da sorodniku iz 7. člena ZIRD ni treba kandidirati za izvajanje rejniške dejavnosti po določbah tega zakona, temveč ministrstvo izda otrokovemu sorodniku dovoljenje le na podlagi njegove vloge iz drugega odstavka 8. člena ZIRD ter pisne in obrazložene ugotovitve otrokovega centra za socialno delo, da je tovrstna oblika rejništva v otrokovo korist, in ga vpiše v evidenco izdanih dovoljenj (prvi in drugi odstavek 14. člena ZIRD).

vloge, listine in dele spisa sodišča in centra za socialno delo, iz katerih je razvidno, kam bo otrok nameščen (četrty odstavek 111. člena ZNP-1).

7. Pravne posledice odvzema otroka in njegove namestitve za otrokove starše

Starševska upravičenja, ki izvirajo iz starševske skrbi, z odvzemom in namestitvijo praviloma ostanejo neokrnjena (drugi odstavek 174. člena DZ), razen tistih, ki so že po naravi stvari prešla na osebo, s katero otrok živi, ali na institucijo, v katero je nameščen. Staršem je odvzeta skrb za otrokov razvoj, varovanje, oskrbovanje in vzgojo otroka, po drugi strani jim je pridržana pravica, da dajo soglasje za najpomembnejše vzgojne ukrepe, upravičenje, da upravljajo otrokovo premoženje in da zastopajo otroka v premoženjskih zadevah. Vendar se lahko sodišče odloči za odvzem posameznih upravičenj, ki izvirajo iz starševske skrbi (171. člen DZ). V takem primeru mora v tem obsegu otroku postaviti skrbnika (četrty odstavek 171. člena DZ). DZ pa izrecno predvideva, da sodišče ob odvzemu otroka in namestitvi hkrati odloči o preživninski obveznosti enega ali obeh od staršev skladno z določbami o obveznosti preživljanja med starši in otroki (peti odstavek 174. člena DZ).⁵⁷ DZ sodišču omogoča še, da ob odvzemu otroka staršem tudi enemu ali obema od staršev omeji ali odvzame pravico do stikov (tretji odstavek 174. člena DZ). Ker se s stiki zagotavlja predvsem otrokova korist (prvi odstavek 141. člen DZ), ne smejo biti določeni v takem obsegu, da odvzem otroka ne bo učinkovit. Po drugi strani mora biti obseg stikov tolikšen, da se ohrani čustvena vez med starši in otrokom, kar bo omogočilo rehabilitacijo družine ob izteku časa, za katerega je bil ukrep odvzema otroka izrečen. Med trajanjem ukrepa center za socialno delo v okviru svojih pristojnosti po Zakonu o socialnem varstvu (ZSV)⁵⁸ in DZ staršem zagotavlja pomoč, podporo in jim svetuje udeležbo v različnih programih svetovanja in zdravljenja odvisnosti. Tako imajo starši možnost, da odpravijo razloge, iz katerih niso ustrezno skrbeli za otrokovo vzgojo in varstvo, ter da okoliščine toliko izboljšajo, da lahko znova prevzamejo skrb za otroka.

8. Sklep

Tako kot vsi ukrepi za varstvo otrokove koristi sta odvzem otroka staršem in posledična namestitev drugam namenjena izključno varovanju otrokove koristi. Če je treba otrokovo korist zaščititi, se mora država odzvati, in to ne glede na to, ali med otrokovimi starši poteka kak

⁵⁷ O preživljanju sodišče odloči skladno s 184. členom DZ, na katerega se peti odstavek 174. člena DZ izrecno sklicuje.

⁵⁸ Uradni list RS, št. 54/92, ter spremembe in dopolnitve.

postopek. V tujini (npr. na Hrvaškem) otroka iz matične družinske celice izločijo takoj, ko v razveznem postopku ugotovijo, da je postal sredstvo medsebojnega obračunavanja. Tako je otrok najboljše zaščiten, matična družina pa na dolgi rok lahko le pridobi. Tudi DZ vzpostavlja številna varovala (načelo najmilejšega ukrepa, čas trajanja ukrepa itd.), da je matična družina razdružena le, dokler ogroženost otroka, ki je bila razlog za izrek ukrepa, ne izzveni, zato se sodišča ne bi smela obotavljati, da otroka umaknejo iz ogrožajočega okolja, pa čeprav le za kratek čas.

Literatura

- KRIŽNIK, Alenka. Začasna odločba o odvzemu otroka. *Pravna praksa*, 2016, letn. 35, št. 29-30, str. 23–24.
- NOVAK, Barbara. *Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017a.
- NOVAK, Barbara. *Družinsko pravo, 2., spremenjena in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017b.
- NOVAK, Barbara (ur.). *Komentar Družinskega zakonika*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2019.
- ZUPANČIČ, Karel. *Oris družinskega prava*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1993.
- ZUPANČIČ, Karel (ur.). *Reforma družinskega prava – predlog novih predpisov s komentarjem, 2., spremenjena in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2009.



Avtonomna vozila:
informatika, ekonomija,
pravo in zavarovanje

III.

JERNEJ VEBERČ

*Zavarovanje motornih vozil danes in jutri –
problematika zavarovanja avtonomnih vozil*

Zavarovanje motornih vozil danes in jutri – problematika zavarovanja avtonomnih vozil

JERNEJ VEBERČ
univerzitetni diplomirani pravnik
direktor službe za zavarovalno pravo,
Zavarovalnica Triglav, d. d.

1. Uvod

Pri zavarovanju vozil je krog zavarovalne ponudbe bolj ali manj sklenjen. Zavaruje se lahko vozilo samo (vozilo kot predmet zavarovanja) – tako imenovano kasko zavarovanje, zavaruje pa se lahko tudi njegova uporaba. Tu so najpogostejša asistenčna zavarovanja, zavarovanja pravne pomoči in nezgodna zavarovanja oseb v vozilu – voznika in potnikov. Minimalni standard zavarovanosti je zavarovanje avtomobilske odgovornosti, ki je obvezno.¹ To pomeni, da uporaba (registriranega) motornega vozila v prometu ni dovoljena, če lastnik ni prej sklenil zavarovanja avtomobilske odgovornosti.

Zakon o zavarovalništvu (ZZavar-1)² naštetu zavarovanja razvršča v različne zavarovalne vrste, tako da zavarovanja na prvi pogled nimajo kaj dosti skupnega: gre za nezgodno zavarovanje, zavarovanje kopenskih motornih vozil, zavarovanje odgovornosti pri uporabi vozil, zavarovanje stroškov postopka, zavarovanje pomoči.³ Vsa ta zavarovanja pa imajo isti predmet oziroma njihovo kritje se nanaša na uporabo istega predmeta, zato jih obravnavamo združeno.

To so tradicionalni zavarovalni »produkti«, ki so se v zadnjih letih le malo vsebinsko spremenjali in dopolnjevali. Korenitejših sprememb ne moremo pričakovati niti v bodoče. Bolj kot z

¹ Glej na primer ponudbo avtomobilskih zavarovanj pri Zavarovalnici Triglav na spletni strani <www.triglav.si/zavarovanja/posamezniki/avtomobilska_zavarovanja> (1. 4. 2019). Podobno ponudbo imajo druge slovenske in tuje zavarovalnice; razlike se zlasti nanašajo na ceno zavarovanj (višino zavarovalne premije) in kakovost zavarovalnih storitev.

² Uradni list RS, št. 93/15, 9/19.

³ Zavarovalne vrste so navedene v drugem odstavku 7. člena ZZavar-1. Naštete so zavarovalne vrste iz 1., 3., 10., 17. in 18. točke drugega odstavka 7. člena ZZavar-1.

vsebinsko zavarovanj se zavarovalnice ukvarjajo z razvojem trženjskih pristopov – poenostavljeno povedano, z vprašanjem, kako se zavarovalcu približati na daljavo s pametnimi digitalnimi napravami in kako slediti njegovemu življenjskemu slogu. V Sloveniji je bilo v letu 2017 le 0,76 odstotka avtomobilskih zavarovanj sklenjenih po spletu,⁴ kar ponuja veliko možnosti za izboljšanje.

2. Vpliv razvoja avtomobilizma na zavarovanje

Zavarovalna kritja komercialnih zavarovalnic so odvisna od nevarnosti za škodo, ki se lahko pripeti premoženju ali osebam. Če obstaja stvarna (realna) nevarnost, da iz kakenga razloga nastane škoda, zavarovalnice v tržnih razmerah prej ali slej oblikujejo produkt, ki zavarovancu ponuja zaščito pred pretečo nevarnostjo.⁵ Predvidevam, da bodo v uvodu naštetih produkti našli mesto tudi v avtomobilski prihodnosti.

Razvoj avtomobilske industrije je hiter, vozne lastnosti in varnost vozil se nenehno izboljšujejo. Nemogoče pa si je predstavljati, da bi iznašli vozilo, ki bi bilo popolnoma neranljivo in hkrati neškodljivo. Ker nakup vozila za večino pomeni velik strošek, kupec (fizična ali pravna oseba) pri nakupu vozila ravna razumno in se tudi vpraša, ali bi se lahko vozilu kaj zgodilo. Ker obstaja možnost, da se vozilo poškoduje, imamo na voljo kasko zavarovanje. Sodobni varnostni sistemi v vozilu resda zmanjšujejo verjetnost, da se vozilo poškoduje. Po drugi strani pa ti varnostni sistemi niso poceni. Njihovo poškodovanje povzroči dodatne stroške zamenjave celotnih sklopov. Zaradi razvoja se torej škodna nevarnost zmanjšuje, višina potencialne škode pa se povečuje. Škodno tveganje je dejansko in znatno, kar osmišlja kasko zavarovanje. Poleg nevarnosti v prometu vozilu pretijo tudi druge nevarnosti, na primer naravne nesreče, vandalizem, kraja, ki jih prav tako krije kasko zavarovanje kot dodatno kritje za doplačilo premije.

Podobno je pri poškodovanju oseb v vozilu, tako potnikov kot voznika. Tudi če bi vloga voznika z avtonomnimi vozili izumrla, bi nevarnost za potnike obstajala še naprej. Zanesljivo se bo zmanjševala verjetnost poškodovanja, vendar bodo najkakovostnejše zdravstvene storitve čedalje dražje, in vprašljivo je, koliko bodo krite z raznimi oblikami zdravstvenega zavarovanja. Smiselnost nezgodnega zavarovanja oseb v vozilu torej ne bo izginila.

⁴ Več o tem v publikaciji Slovenskega zavarovalnega združenja *Zavarovanja motornih vozil 2018*: <<http://zmv.zav-zdruzenje.si/index.html#firstSection>> (1. 4. 2019).

⁵ Le redke nevarnosti po splošnem prepričanju veljajo za nezavarovaljive. Med te izjeme spadajo vojne nevarnosti in terorizem.

Asistenčna zavarovanja⁶ imajo v sodobnem hitrem načinu življenja vse večji pomen in pričakujemo lahko njihov nadaljnji razvoj. Pokrivajo vrzel med klasičnim škodnim zavarovanjem, ki zavarovancu pokrije navadno škodo,⁷ in vsemi sitnostmi, ki jih ima zaradi škodnega primera. Ni pomembno le to, da zavarovanje na primer omogoča brezplačno popravilo poškodovanega vozila, temveč imetnik vozila pričakuje celovito storitev, ki bi zmanjšala preglavice ob škodnem primeru: pomoč na cesti, vleko pokvarjenega ali poškodovanega vozila do mehanične delavnice, dostavo goriva, nadomestno vozilo, zasilno nastanitev potnikov in podobno. Gre za storitve, ki jih poleg zavarovalnic organizirajo in izvajajo različni profesionalni ponudniki, vključno s prodajalci vozil.

Ne nazadnje, dokler bo vozilo upravljal voznik, ki je človek z vsemi dobrimi in slabimi človeškimi lastnostmi – s svobodno voljo, nebrzdán, zmotljiv – se bodo dogajale kršitve prometnih predpisov. Voznik bo tako kdaj pa kdaj potreboval pravno pomoč v uradnih postopkih, ki bodo sproženi zoper njega. To pomoč mu bo zagotavljalo tudi zavarovanje pravne zaščite, ki mu bo krilo nekatere stroške pravne pomoči.⁸

3. Zavarovanje proizvajalčeve odgovornosti

Zavarovanje proizvajalčeve odgovornosti krije škodo, ki nastane oškodovancu zaradi napake na izdelku, ki ga je zavarovanec dal v promet. To zavarovanje ščiti interese proizvajalcev; to je gospodarskih subjektov, ki dajejo v promet izdelke ali opravljajo storitve v zvezi s temi izdelki.⁹ Zavarovalna zaščita je zanje izredno pomembna, saj je odškodninska odgovornost proizvajalca zelo stroga – objektivna, tako z vidika 155. člena Obligacijskega zakonika (OZ)¹⁰ kot z vidika 7. člena Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot).¹¹ Za odgovornost za škodo zado-

⁶ To so t. i. zavarovanja pomoči. »Zavarovanje pomoči je zavarovanje, ki krije pomoč osebam, ki zaidejo v težave na potovanju oziroma v drugih primerih odsotnosti od njihovega doma oziroma stalnega prebivališča« – 18. točka drugega odstavka 7. člena ZZavar-1.

⁷ Navadna škoda je zmanjšanje premoženja – glej 132. člen OZ.

⁸ ZZavar-1 v 17. točki drugega odstavka 7. člena določa: »Zavarovanje stroškov postopka je zavarovanje, ki krije stroške odvetnikov in druge stroške postopka.«

⁹ Takšno je kritje po splošnih pogojih za zavarovanje proizvajalčeve odgovornosti Zavarovalnice Triglav: <www.triglav.si/zavarovanja/podjetja/odgovornostna_zavarovanja/zavarovanje_proizvajalceve_odgovornosti_za_izdelke> (1. 4. 2019).

¹⁰ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US, 20/18.

¹¹ Uradni list RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 117/04 – skl. US, 46/06 – odl. US, 114/06 – ZUE, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14, 19/15, 55/17 – ZKotT, 31/18. ZVPot sicer določa zanimivo izjemo, ko predpisuje, da mora oškodovanec dokazati tudi vzročno zvezo med napako in škodo, saj se vzročna zveza pri objektivni odgovornosti praviloma domneva.

stuje, da njegov proizvod z napako obstaja in da je ta proizvod kupcu ali tretji osebi povzročil osebno ali premoženjsko škodo, ne glede na krivdo proizvajalca.¹²

Čeprav proizvajalci motornih vozil ogromno pozornost namenjajo brezhibni izdelavi vozil, ob množičnosti svetovnega prometa vendarle niso redki primeri, ko se na cesti znajde vozilo, ki zaradi kakšne pomanjkljivosti pomeni nevarnost za voznika in druge udeležence v prometu. Voznik za takšno pomanjkljivost verjetno sploh ne ve in vozilo normalno uporablja – dokler se ne zgodi nesreča.

Predpostavimo, da je izključni vzrok za nesrečo neustrezno vozilo (na primer odpoved zavor), za kar voznik prej ni vedel. Za trenutek pustimo ob strani voznikovo (krivdno) odškodninsko odgovornost proti drugemu vozniku in (objektivno) proti tretjim osebam, ki jo določajo pravila odškodninskega prava in o čemer bom spregovoril v nadaljevanju. V namišljenem primeru bi voznik (za svoje telesne poškodbe) in drugi oškodovanci naperili odškodninske zahteve proti proizvajalcu vozila, tega pa bi ščitila zavarovalnica iz naslova zavarovanja proizvajalčeve odgovornosti. Če bi imeli oškodovanci sklenjeno kakšno svoje premoženjsko zavarovanje, bi njihovo škodo v prvi vrsti poravnala njihova zavarovalnica, ki bi nato uveljavljala povračilo od proizvajalca vozila ali njegove odgovornostne zavarovalnice na podlagi 963. člena OZ. Proizvajalec vozila oziroma njegova odgovornostna zavarovalnica, ki bi škodo povrnila, pa bi lahko nadalje uveljavljala povračilo od proizvajalca neustreznega sestavnega dela (na primer zavor) po pravilih odškodninskega prava.

Zavarovanje proizvajalčeve odgovornosti je torej pomemben del zavarovalne ponudbe pravnim osebam. Ob globalni prepletenosti proizvodnih verig pri različnih izdelkih, kot je to pri vozilih, se ta pomembnost še povečuje. To zavarovanje namreč ščiti tudi male dobavitelje sestavnih delov nasproti velikim korporacijam, ki so odjemalci njihovih izdelkov.

4. Zavarovanje avtomobilske odgovornosti

Zgoraj navedeni primer neustreznih zavor temelji na izmišljeni teoretični predpostavki, da odgovornost voznika (kot imetnika) neustreznega vozila ne obstaja, ker za to ni pravne podlage. Resnični pravni okvir je seveda drugačen. Voznik je odškodninsko odgovoren drugemu vozniku na podlagi pravil o krivdni odgovornosti (prvi in drugi odstavek 154. člena OZ). Preostalim udeležencem v prometni nesreči pa imetnik vozila odgovarja objektivno kot imetnik nevarne stvari (149. in 150. člen OZ). Civilnopravnim posledicam svoje odgovornosti se voznik izogne s sklenitvijo zavarovanja avtomobilske odgovornosti. Kot določa 15. člen Zakona o obveznih zavarovanjih v prometu (ZOZP),¹³ je s tem zavarovanjem podano kritje za škodo,

¹² Grilc v: Plavšak, Juhart in dr., str. 894.

¹³ Uradni list RS, št. 93/07 – uradno prečiščeno besedilo, 40/12 – ZUJF, 4/16, 33/16 – PZ-F, 41/17 – PZ-G, 72/18.

ki jo z uporabo vozila povzroči tretjim osebam¹⁴ zaradi smrti, telesne poškodbe, prizadetega zdravja uničenja in poškodovanja stvari.

Zavarovanje avtomobilske odgovornosti je obvezno zavarovanje. Z obveznostjo sklenitve zakonodajalec ščiti zavarovanca,¹⁵ kar je značilno za vsako odgovornostno zavarovanje.¹⁶ Zavarovanec je odgovorna oseba, komu je povzročil škodo. Po načelu *neminem laedere*¹⁷ in izpeljanih pravilih odškodninskega prava (131. člen OZ in nasl.) mora to škodo povrniti, zato se njegovo premoženje zmanjša. Zavarovanje odgovornosti to zmanjšanje prepreči, saj odškodnino namesto njega plača zavarovalnica. Zavarovanje avtomobilske odgovornosti pa varuje tudi oškodovanca.¹⁸ Odškodnino lahko dokaj preprosto uveljavi neposredno od zavarovalnice (glej 965. člen OZ); zahtevka mu ni treba naslavljaliti na povzročitelja škode, ki se mu morda izmika, ne prizna odgovornosti ali finančno ni sposoben poravnati škode. To je za pravno varnost oškodovancev v prometu zelo pomembno. Zavarovalna zaščita zavarovancev in oškodovancev pozitivno vpliva na pravno varnost in razvoj prometa kot gospodarske dejavnosti ter lahko bistveno olajša naš vsakdan.¹⁹

5. Odškodninska odgovornost voznika in imetnika vozila

Pravila ZOZP in OZ torej (med drugim) ščitijo oškodovanca, tako da ob prometni nesreči čim lažje prejme odškodnino. Oškodovanca ne zanima, čigavo je vozilo; ali je last voznika, izposojeno ali ukradeno. Ne zanima ga, kdo je proizvajalec, uvoznik in prodajalec vozila. Zanj je bistveno le, da dokaže vse predpostavke odškodninske odgovornosti. Poenostavljeno povedano – če je oškodovanec tretja oseba,²⁰ mora dokazati (le), da je neko konkretno vozilo trčilo vanj in ga poškodovalo.

Čeprav je pri vsakem zavarovanju odgovornosti pomembno, kdo je zavarovanec, torej *čigava* odgovornost je krita, se pri zavarovanju odgovornosti v prometu osredotočamo predvsem na zavarovani predmet – ali je konkretno vozilo zavarovano. Ni pomembno, kdo je imetnik vozila, kdo je voznik in ali je to ista oseba. Za oškodovanca je bistveno, da je zavarovana odgo-

¹⁴ Izraz »tretje osebe« v ZOZP ni ustrezen; zajema vse osebe, ki niso istovetne z zavarovancem. Sam uporabljam izraz »tretje osebe« za oškodovance, ki niso upravljalci motornih vozil in se zanje ne uporablja prvi odstavek 154. člena OZ, pač pa pravila o objektivni odgovornosti. V četrtem odstavku 154. člena jih OZ imenuje »drugi«.

¹⁵ Ristin v: Ristin, Korbar in Simoniti, str. 105.

¹⁶ To velja tudi sicer za vsako premoženjsko zavarovanje.

¹⁷ Lat. 'nikomur škodovati'; načelo prepovedi povzročanja škode – primerjaj 10. člen OZ.

¹⁸ Ristin v: Ristin, Korbar in Simoniti, str. 107.

¹⁹ Več o tem Veberič, str. 1434.

²⁰ Torej ni voznik motornega vozila in se prvi odstavek 154. člena OZ ne uporablja.

vornost (vsakokratnega imetnika) glede vozila, s katerim je povzročena škoda. Zato se v zavarovalnem žargonu napačno uporablja izraz, da je zavarovano vozilo, namesto da je zavarovan voznik oziroma imetnik tega vozila.

Pojmovanje imetništva vozila in njegove odgovornosti proti tretjim osebam temelji na naši stoletni predstavi, da je imetnik tisti, ki vozilo (kot nevarno stvar) upravlja. Če se z vozilom povzroči škoda tretji osebi, s prstom pokažemo na voznika kot imetnika vozila. Identifikacija odgovorne osebe ni težavna, vsaj ne v razmerju do neposrednega oškodovanca. Vprašanje pa je, ali lahko takšna predstava vzdrži pri avtonomnem vozilu, ki ga »nekdanji« voznik sploh ne bo več upravljal. Voznikova vloga bo popolnoma pasivna, podobna vlogi potnika; sédel bo v vozilo, vnesel ciljne koordinate in čakal na prihod na cilj. Vmes pa počel različne reči, ki niso povezane z upravljanjem vozila. Podobno kot v taksiju, s tem da se bo vozilo upravljalo samo.

Če bi v takšnem položaju vozilo povzročilo škodo tretji osebi, s kakšno utemeljitvijo bi naslovili odškodninski očitek na »potnika«, ali če je potnikov več, na katerega? Imetništvo vozila v tem primeru pridobi popolnoma drugačen prizvok. Pravna teorija in praksa bosta poiskali odgovor na vprašanje, kdo je imetnik vozila v različnih položajih: pri kratkoročni izposoji, pri deljenju vozila (*car-sharing*), sopotništvu (*car-pooling*) in pri drugih oblikah skupne uporabe vozil. Če pa pogledamo z vidika oškodovanca in njegove pravne varnosti, mu poti do odškodnine ne smemo oteževati. Preprosto rešitev vidim v tem, da se zakonska obveznost sklenitve zavarovanja ne veže več na lastnika vozila, temveč na vozilo – neodvisno od odgovornosti lastnika. Če nekoliko šaljivo poenostavim, bi bil ključen popravek dveh besed v zakonu. Sedanje besedilo 15. člena ZOZP se glasi: »Lastnik vozila mora skleniti pogodbo o zavarovanju odgovornosti za škodo, ki jo z uporabo vozila povzroči tretjim osebam [...]« (poudaril J. V.), pri čemer je mišljeno, da škodo povzroči lastnik vozila z njegovo uporabo. Če bi ta stavek spremenili v: »Lastnik vozila mora skleniti pogodbo o zavarovanju *odgovornosti* za škodo, ki jo z uporabo vozila povzroči tretjim osebam«, naenkrat ne bi bilo več pomembno, kdo (če sploh) upravlja vozilo, temveč le to, da je vozilo v uporabi.

S tem bi bila podana podlaga za zavarovanje, ki ne bi bilo več nujno povezano z odgovornostjo lastnika oziroma imetnika vozila ali njegovega voznika. Krita bi bila škoda, ki jo je (kot objektivno dejstvo) povzročilo vozilo. To pa seveda ne bi preprečevalo nadaljnjih postopkov ugotavljanja odgovornosti različnih déležnikov. Le v prvi fazi bi omogočilo odškodovanje tretje osebe. Ohranili bi lahko pogoj, ki obstaja že danes, da se oškodovančevo upravičenje zmanjša, kolikor je sam prispeval k nastanku ali višine škode (drugi in tretji odstavek 153. člena OZ).

Druga možnost je nasprotna od opisane – da bi (obvezno) zavarovanje krilo vso škodo, ki nastane osebam v lastnem vozilu, ne glede na odgovornost imetnika vozila, kdorkoli že je (t. i. *no-fault* zavarovanje). Pri kombinaciji z avtomobilskim kasko zavarovanjem bi pokrili vso škodo v svojem vozilu, zavarovanje odgovornosti drugega vozila pa bi postalo nepomembno.

Nadaljnji razvoj vozil v smeri k avtonomnosti zahteva tudi bistvene prilagoditve infrastrukture, od cestišč do omrežij za prenos podatkov. Razvoj vozil torej terja skladen razvoj drugih dejavnosti, razvijala pa se bodo tudi zavarovanja, ki ščitijo interese teh dejavnosti, na primer montažno in gradbeno zavarovanje, strojelomno zavarovanje, požarno zavarovanje. Posebej

bo pomembna zaščita pred kibernetskimi nevarnostmi in tudi za to v Sloveniji že najdemo ustrezno zavarovanje.²¹

Danes lahko zavarovalničarji na podlagi izkušenj dobro predvidijo, koliko nesreč se bo zgodilo v nekem prihodnjem obdobju in kolikšna bo škoda. Posamezen dogodek pa je naključen in nepovezan z drugimi. Toda z avtomatizacijo prometa ter širjenjem in prepletanjem kibernetskega prostora posamičen škodni dogodek postane povezljiv z drugimi. Ena škoda lahko vpliva na drugo (učinek domin, učinek metulja). Vozila bodo komunicirala s cesto in med seboj. Tveganje bo postalo bistveno bolj sistematično.

Če bi popolna avtomatizacija vožnje izkoreninila prometne nesreče, bi odmrlo tudi odškodninsko pravo v prometu, prav tako vsa zavarovanja, ki so namenjena blažitvi posledic prometnih nesreč. Obratno sorazmerno pa bi se razvijale druge dejavnosti in temu bi sledila globalna zavarovalna industrija. Vendar ni bojazni, svetovni prevozni sistem nikoli ne bo tako popoln, da ne bo obstajalo realno škodno tveganje, tveganje za velike škode. Torej bo potrebno še zavarovanje za ta tveganja. In dokler bo človek sedel v vozilu, bo moral biti zavarovan tudi sam. Pa če bo vozilo upravljal ali ne.

8. Svobodna volja – pravica kršiti pravila?

Sedanji varnostni pripomočki v vozilih, ki so splošno razširjeni, so vsi namenjeni popravili človeških nezavednih in nehotenih napak, na primer sistemi proti drsenju vozila, zaviranje v sili, ohranitev smeri vožnje, čitalec prometne signalizacije, aktivni tempomat. Takšni sistemi se nam zdijo brez izjeme dobronamerni, saj lahko preprečijo ali zmanjšajo škodne posledice, ki bi sicer nastale zaradi napak ali kršitev voznika. Vplivajo na škodno statistiko, ne posegajo pa v osnovna pravila odgovornosti za škodo.

Drugače je z varnostnimi sistemi, ki bi preprečevali voznikove zavestne (namerne) kršitve prometnih pravil (na primer preprečitev vožnje na prekratki razdalji, preprečitev prehitre vožnje). Vzpostavitev takšnih sistemov (brez možnosti izklopa) ni le vprašanje varnosti, temveč je zlasti pomembno etično vprašanje, saj preprečujejo ravnanje človeka po svobodni volji. Menim, da bo proces vpeljeve teh sistemov trajal bistveno dlje (morda več desetletij), kot bi bilo tehnološko potrebno. Dokler pa ne bodo vpeljani, vsa vozila ne bodo samovozna. Pomemben krog posameznikov bo še naprej zavestno kršil prometne predpise. Prav ti bodo na cesti naj-nevarnejši. In prav ti bodo še naprej potrebovali zavarovanje avtomobilske odgovornosti.

²¹ Glej na primer <www.triglav.si/zavarovanja/podjetja/zavarovanje_kibernetske_zascite> (1. 4. 2019).

Literatura

- PLAVŠAK, Nina, in JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, splošni del, 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- RISTIN, Gordana, KORBAR, Tjaša, in SIMONITI, Sergej. *Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (ZOZP) s komentarjem*. Ljubljana: Slovensko zavarovalno združenje, GIZ, 2008.
- VEBERIČ, Jernej. Zavarovanje odgovornosti v prometu – za zaščito potnikov in prevoznikov. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 6/7, str. 1432–1448.



Sredstva zavarovanja in drugi začasni ukrepi v civilnih sodnih postopkih

IV.

ĐORĐE GRBOVIĆ

*Zavarovanje dokazov pri uveljavljanju pravic
intelektualne lastnine: praktične izkušnje*

GREGOR KLUN

*Zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske
koristi v (pred)kazenskem postopku – med kazenskim
in civilnim pravom*

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.94:347.77/.78

Zavarovanje dokazov pri uveljavljanju pravic intelektualne lastnine: praktične izkušnje

DORĐE GRBOVIĆ
univerzitetni diplomirani pravnik
okrožni sodnik, Oddelek za gospodarsko
sodstvo Okrožnega sodišča v Ljubljani

1. Uvod

Zavarovanje dokazov služi, kot pove latinsko ime tega procesnoppravnega instituta (*probatio ad perpetuam rei memoriam*), ohranitvi spomina na dejansko stanje, ki utegne biti pomembno za napovedujočo se ali že začeto pravdo, obstaja pa bojazen, da bo do faze dokaznega postopka v tej pravdi zbledel. Zavarovanje dokazov, ki ga obravnavam v tem prispevku, ni tisto klasično in razmeroma krotko iz Zakona o pravnem postopku (ZPP).¹ Je njegova veliko silovitejša različica. O primerljivem britanskem institutu je bilo rečeno, da je *nuclear weapon*, atomska bomba njihovega prava.² Naš institut je vsaj v eni razsežnosti še ostrejši, toda medtem ko je tisti iz Združenega kraljestva pred več kot 40 leti nastal kot invencija sodne prakse, se hitro razvijal, nato zašel v eksces ter bil naposled uzakonjen v obrzdani in dozoreli obliki, je naš

¹ To je urejeno v 19. poglavju ZPP. Predhodnik ZPP je institut urejal dobesedno enako, le zaslišanje strank je bilo zaradi nezanesljivosti izključeno, ker naj bi bil za ovrednotenje tega dokaza nenadomestljiv osebni vtis razpravljajočega sodišča na glavni obravnavi in naj torej ne bi zadostovalo zgolj branje zapisnika o zaslišanju kot pri dokazovanju po zaprosenem sodišču (prim. prvi odstavek 217. člena in 259. člen ZPP; Poznič, str. 681).

² Britanski institut ni samo primerljiv, temveč je našemu naravnost soroden in zato lahko še tem bolj utemeljeno pomaga pri njegovi pravni razlagi. Eksplozivna prispodoba se je sicer uveljavila, potem ko jo je navrgel sodnik Donaldson v sodbi angleškega Court of Appeal z dne 21. 4. 1982 v zadevi *Bank Mellat proti M. E. Nikpourju*. Poudariti je hotel, da mora vsak predlagatelj, ki zahteva izdajo enostranske (*ex parte*) začasne odredbe, pred sodiščem že od začetka nastopiti karseda odkrito in ne sme zmolčati niti okoliščin, ki mu morda niso v prid (ugovorov nasprotne stranke, ki jih lahko predvidi), pri zelo invazivnih posegih (v primeru pod tedanjo presojo je šlo za drugo od »nuklearnih orožij«: za blokado računov, imenovano *Mareva injunction*) pa je *a minori ad maius* še poudarjeno tako. V našem pravu zavarovanja z začasno odredbo po mojem velja isto načelo, izpeljano iz načel resnicoljubnosti in poštenja iz 9. člena ZPP.

večino svoje dve tretjini krajše življenjske dobe obstajal samo na papirju. Ta dotlej le papirnati tiger je prvič ugriznil šele lani. Ta prispevek je poročilo o tem.

V tej posebni različici je bilo to zavarovanje uzakonjeno pred trinajstimi leti, sočasno in enako, z novelama Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP) ter Zakona o industrijski lastnini (ZIL-1),³ sprejetima zaradi prenosa še dve leti starejše Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/48/ES z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine (v nadaljevanju: Direktiva o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine). Prej sta ZASP in ZIL-1 zavarovanje dokazov sicer poznala, vendar sta določala subsidiarno smiselno uporabo ZPP. Poslej vsebujeta enako napotilo na uporabo Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ) o začasnih odredbah – zaradi tega pa je vse drugače. Od tod izvira velika moč, ki predlagatelju tega zavarovanja obeta veliko učinkovitejše sodno varstvo, ki pa nosi s seboj nevarnost močno čezmerne poseganja v prav tako ustavno zajamčene pravice nasprotne stranke. Značilnost tega področja je zato nenehno iskanje ravnovesja.

Kontrast ostrejšega nasproti milejšemu se v širšem idejnem okviru kaže tudi glede na zasnovano ZPP in na njeno uveljavljeno dojemanje med nami, njegovimi praktiki. Znano pravilo iz prvega odstavka 262. člena ZPP, da niso dovoljeni nobeni prisilni ukrepi zoper stranko, ki se ne pusti *zaslišati*, je intuitivno sprejemljivo in se zdi, da ga ni težko upravičiti. Temelji prej na priznavanju osebne avtonomije (vsaj kadar gre za fizično osebo; pri pravnih je lahko dosti drugače)⁴ kot pa na kazenskopravnem privilegiju zoper samoobtožbo.⁵ Toda pri nas naj

³ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP-C), Uradni list RS, št. 17/06, ter Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o industrijski lastnini (ZIL-1C), Uradni list RS, št. 20/06. Glej 1. člen vsake od novel.

⁴ Prim. izrek sodbe Sodišča Evropskih skupnosti (kot se je tedaj imenovalo) z dne 10. 11. 1993, C-60/92, *Otto BV proti Postbank NV*: »Pravo Skupnosti ne zavezuje nacionalnega sodišča, da pri preverjanju zahteve za predčasno zaslišanje prič pred začetkom pravnega postopka uporabi načelo, da podjetje [šlo je za vodstvene delavce Postbank] ni dolžno odgovarjati na vprašanja, če bi odgovor vseboval priznanje kršitve pravil konkurence« (neuradni prevod zgodovinske sodne prakse SES, ki ga je pripravila Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, dostopen na <<http://www.pisrs.si/Pis.web/zgodovinskaSodnaPraksaRezultati?letoOd=1990&letoDo=1999>>; moj poudarek). Prim. še: »Sodišče je [...] že razsodilo, da niti primerjalna analiza nacionalnih zakonodaj niti 6. člen Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin [...] kot tudi ne 14. člen Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah [...] ne omogočajo sklepa, da obstaja splošno načelo prava Skupnosti, ki pravnim osebam daje pravico, da ne pričajo zoper sebe v primeru kršitev na gospodarskem področju, zlasti na področju konkurence« (11. točka obrazložitve; moj poudarek). In še: »[O]mejitev [...] obveznosti podjetja, da odgovarja na vprašanja, ki jo je Sodišče v sodbi *Orkem proti Komisiji* izpeljalo iz načela spoštovanja pravic obrambe [v vertikalnem razmerju oblasti do posameznika], ne more biti prenesena na nacionalni pravdni postopek, ki vključuje uporabo 85. in 86. člena Pogodbe, ki se nanašata izključno na zasebne odnose med posamezniki« (17. točka obrazložitve; moj poudarek).

⁵ Navedeno pravilo ni isto kot ta privilegij. Pri tem privilegiju gre po zadnji alineji 29. člena Ustave Republike Slovenije izrecno za kazensko procesno jamstvo. Nekritično presajanje spoznanj in rešitev iz kazenskega v civilno procesno pravo je napaka. Galič to pojasnjuje v člankih *Razkritje dokazov in Disclosure* ter strnjeno v Uvodnih pojasnilih, str. 34–35. V *Disclosure* so v opombi 9 navedeni pravni viri, ki kažejo, da je privilegij prvotno meril samo na to, da obdolženec ne mora izpovedovati (se pravi: pričati, ustno odgovarjati na vprašanja) zoper samega sebe.

bi tradicionalno veljalo kar splošno načelo, ki ni samo širše od navedenega pravila, temveč je nekaj bistveno več in kvalitativno drugega: nihče naj nikdar ne bi moral »svojemu nasprotniku položiti orožja v roke«⁶ (*nemo tenetur armare adversarium contra se*). Kolikor takšno načelo sploh obstaja, že po samem ZPP ne velja absolutno. Včasih – namesto da bi nevoljno stranko silili, da bodisi z zaslišanjem bodisi z drugimi dokazili, s katerimi razpolaga morda le ona, pomaga ugotoviti, kaj se je pravno relevantnega zgodilo («materialno resnico») – se sprejme, da je dejansko stanje pač takšno, kot trdi nasprotna stranka, in se izhaja iz tega.⁷ Prisila je torej posredna. Toda v nekaterih primerih stranki to ne bo kaj dosti pomagalo. Zoper njo se bo lahko obrnil (morda preveč) dobro uveljavljeni (morda pa samo v nekaterih robnih primerih pretirano formalistično razumljeni) sistem povezanosti dokazne ponudbe z zatrjevanimi dejstvi, v skladu s katerim naj bi med drugim stranka, ki se sklicuje na listino in trdi, da je ta pri njenem pravdnem nasprotniku, morala zatrjevati dejstva, ki naj se tako dokažejo, in podatke, ki listino individualizirajo.⁸ Kaj pa, kadar nima več kot samo dobrih razlogov za verjetje, da je neka kategorija dokazov (listin, oglednih predmetov ipd.), ki utemeljujejo njen zahtevek, pri njenem nasprotniku, sama pa ni zmožna individualizirati posameznih dokazil?⁹ Po do konca prignani logiki navedenega sistema povezanosti stranko nemožnost substanciranja dokazov vodi v neuspeh.

Proti takšnemu preveč premočrtnemu sklepanju v situacijah, v katerih (skrbna) stranka ni mogla izvedeti, kar naj bi morala zatrjevati, se je zavzel M. Dolenc,¹⁰ pod čigar vplivom se je v sodni praksi Vrhovnega sodišča uveljavil bolj niansiran pristop.¹¹ Vzporedno s tem se je sorodni idejni tok – ki zanika obstoj pravice stranke, da bi bila kadarkoli lahko vir informacij, ki so v pomoč njeni pravdni nasprotnici – vgrajeval v evropsko zakonodajo s področij intelektu-

Zaključek tega članka je: »[I]n the context of documents disclosure in civil procedures, the privilege against self incrimination is legitimately applicable insofar as it relates to a party exposing itself to the risk of being prosecuted for a criminal offence. It is, however, an entirely different question whether this privilege should also apply if a party would, by disclosing evidence unfavourable to itself, merely risk losing the civil case at hand. [...] [T]he traditional, absolute application of the *nemo tenetur edere contra se* principle in civil litigation must be rejected« (str. 120, brez reprodukcije opomb, moj poudarek).

⁶ Galič, Razkritje. V tem in v delih, navedenih v prejšnji opombi, je avtor obstoj takšnega načela prepričljivo izpodbil.

⁷ Glej drugi odstavek 262. člena in peti odstavek 227. člena, kjer prisila ni neposredna, temveč se zoper nevoljno stranko izpeljujejo neugodni dejanski zaključki.

⁸ Prim. Juhart, str. 265 in 374.

⁹ Pripomniti velja, da se v opisani situaciji samo vase seseda razmejevanje med navedbami in dokazi, ki je temeljno za naš pravdni postopek. Temeljno je, ker izostri in fiksira, kaj natanko je predmet spora, s čimer se prepreči, da bi procesni subjekti govorili drug mimo drugega in streljali v premične tarče.

¹⁰ V člankih Informativni dokaz v pravdnem postopku in O vlogi informativnega dokaza v pravdnem postopku.

¹¹ Npr. revizijske odločbe III Ips 130/2009 z dne 29. 5. 2012, II Ips 163/2012 z dne 17. 1. 2013 in VIII Ips 160/2017 z dne 5. 9. 2017.

alne lastnine in varstva konkurence¹² ter smo ga skozi sprejeli v nacionalno zakonodajo. Ta proces se ni omejil na noveliranje ZASP in ZIL-1¹³ ter Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOMK-1),¹⁴ temveč je nekaj sprememb zaneslo tudi v ZPP.^{15, 16} Ti tektonski premiki v sodni praksi niso povzročili nobenega potresa.^{17, 18}

Del tega idejnega toka je zavarovanje dokazov po 171. členu ZASP in 124. členu ZIL-1. Zasnovano je korenito drugače od opisane tradicionalne koncepcije. Nasprotnika te vrste zavarovanja dokazov je mogoče prisiliti k razkritju dokazov o njegovi kršitvi pravice intelektualne lastnine, nad katerimi ima edini nadzor. Če je predlogu ugodeno, mora predlagatelj zavarovanja dokazov spustiti v svojo zasebnost, tipično v svoje poslovne prostore, ki uživajo ustavno varstvo različnih stopenj intenzivnosti,¹⁹ in morda celo k sebi domov. Pri njem predla-

¹² Pomembna je Direktiva 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije.

¹³ Poleg tu obravnavanih členov gre zlasti še za člene 172 (dolžnost obveščanja) in 173 ZASP (predložitev dokazov) ter 122a in 124b ZIL-1 (z identičnima naslovoma kot v ZASP).

¹⁴ Prim. 62.a člen ZPOMK-1 in nasl.

¹⁵ Npr. v prvem odstavku 227. člena ZPP, ki se, prenovljen z novelo, uveljavlja septembra 2017, glasi: »Če se ena stranka sklicuje na listino in trdi, da je ta pri drugi stranki, lahko sodišče na predlog stranke zahteva od druge stranke, naj listino predloži, in ji za to določi rok. Tak predlog mora vsebovati: označbo *ali vrsto* listine, navedbo dejstva, ki se bo z listino dokazovalo, *kolikor mogoče natančen opis vsebine* listine in navedbo dejstev, na podlagi katerih je mogoče sklepati, da je listina pri drugi stranki« (moj poudarek). Sprememba je prišla na pobudo odvetniške družbe, ki je predlagala, da se namesto označbe listine v dokaznem predlogu »navede le njena vrsta« (Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (ZPP-E), Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije z dne 5. 12. 2016, str. 76).

¹⁶ Z izboljšanimi možnostmi razkritja se na nasprotni strani večja pomen varstva upravičenih interesov zavezanca za razkritje, od katerih je v komercialnem kontekstu najpomembnejše varstvo poslovnih skrivnosti. Prim. 219.b člen ZPP in 62.č člen ZPOMK-1, ki ravno tako spadata k zadnjim spremembam naše zakonodaje in sta (komplementarni) del navedenega idejnega toka.

¹⁷ Izjemi sta sodbi Višjega sodišča v Ljubljani, specializiranega za intelektualno lastnino, V Cpg 1681/2015 z dne 13. 7. 2016 in – neobjavljena – V Cpg 1615/2014 z dne 20. 4. 2016.

¹⁸ Zanimiva je nemška izkušnja, kot jo ob usodi – za svoj čas preveč naprednega – dela Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses opisuje P. Gotwald: »As a masterpiece of German procedural doctrine I would like to present to you the 1976 habilitation thesis of my esteemed colleague, Rolf Stürner. This monograph is a good example that *comparative law may help to develop new ideas for your own national law, but[!] that even excellent ideas are not adopted if they are not in line with national legal culture, with respect to the ideas of the majority of judges, lawyers and so on of a particular country*« (moj poudarek). Skozi več desetletij sodstvo zaradi oklepanja načela *nemo tenetur armare adversarium contra se* ni zmoglo posvojiti Stürnerjeve ideje, da v nemškem procesnem pravu že obstaja obveznost stranke, da nasprotni stranki razkrije informacije pod izključno lastno kontrolo. In niti pozneje, ob prenosu Direktive o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine, zakonodajalec ni izrabil priložnosti, da uzakoni splošno obveznost razkritja v pravdnem postopku, temveč jo je parcialno uredil v zakonih o intelektualni lastnini.

¹⁹ »Tudi pravna oseba, ki je umetna tvorba pravnega reda, uživa ustavno varovano pravico do zasebnosti, ki jo sicer Ustava kot človekovo pravico zagotavlja fizičnim osebam.« Iz evidenčnega stavka precedenčno pomembne odločbe

gatelj lahko pridobi – tudi tako, da jih tam sploh prvič odkrije, ker zanje prej ni vedel – dokaze o obstoju in o obsegu kršitve.²⁰ Ali bo prisila neposredna ali posredna (toda tudi v zadnjem primeru velika in izrazita, tj. ne zgolj z izpeljevanjem neugodnih dejanskih domnev pri ocenjevanju dokazov v poznejši pravdi, marveč z izrekanjem in prisilnim izvrševanjem denarnih kazni *ex offi*o), je odvisno od tega, ali je pri izvedbi zavarovanja nepogrešljivo sodelovanje nasprotnika zavarovanja (npr. da z vnosom gesel omogoči pregled svojih računalnikov; gre za razlikovanje med nadomestnimi in nenadomestnimi dejanji). Tolikšna invazivnost se more stvarno utemeljiti s tem, da so pravice intelektualne lastnine ekonomsko in z vidika družbenega napredka izredno pomembne, v pravnem smislu pa je zanje značilno, da so absolutne in da je njihov predmet idealen, netelesen (gre torej sočasno za »duhovno« in za »lastnino«) ter v sodobnosti še celo v svojih materializiranih oblikah neredko digitalen (torej spet neoprijemljiv in fluiden). Zaradi vsenavzočnosti je pravico intelektualne lastnine mogoče povsod kršiti, v zdaj obravnavanem okviru pa je pomembno, da kršitev za imetnika pogosto ni zlahka spoznatna (zgodi se za zaprtimi vrati). Brez pomoči, ki mu jo daje to posebno zavarovanje, bi pravica velikokrat obstaja)la samo na papirju.

Ne v dosti drugačnem smislu je, kot že omenjeno, samo na papirju obstaja)l tudi sam naš iz evropskega prava uvoženi, nato pa več kot desetletje neuporabljeni institut zavarovanja dokazov po 171. členu ZASP in 124. členu ZIL-1. Višjestopenjske sodne prakse o njem ni nobene. Od kolegov z oddelka²¹ vem za peščico zadev, v katerih so dovolili zavarovanje dokazov v zvezi z intelektualno lastnino, toda ta zavarovanja se niso izvajala po pravilih za začasne odredbe. Nekooperativnemu nasprotniku zavarovanja so kvečjemu grozile nezanesljive, nejasne in šibke negativne domneve o obstoju dejstev v morebitni bodoči pravdi, v kateri bi trpela

Ustavnega sodišča U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013, kjer je vpeljeno in razloženo razlikovanje različnih »krogov« ter »prostorske« in »komunikacijske« zasebnosti pravnih oseb.

²⁰ Glej še M. M. Walter in D. Goebel v Walter in Lewinski, str. 1253: »Considering the purpose of Article 7 [Direktive o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine], which considerably differs from that of Article 6 [ta se namreč nanaša na obveznost uvedbe edicijske dolžnosti nasprotne stranke v nacionalnih pravnih redih, pri tem pa je v drugih jezikovnih različicah te direktive dosti bolj kot v slovenski opazna razlika, da mora po 6. členu stranka *specificirati, precizirati oz. označiti* dokaze v posesti nasprotne stranke, medtem ko se po 7. členu lahko zavarujejo – kar je evidentno širše – vsi *relevantni* dokazi] the applicant, of course, must present (sufficient) evidence that his or her intellectual property right has been infringed or is about to be infringed. However, *the applicant may not be able to specify precisely what pieces of evidence might be found in the possession of the alleged infringer or any other person involved and where such objects are to be found. It is rather the very target of the provision to allow the infringed party to look for and even 'fish' for all relevant material* under the supervision of a search order rendered by the judicial authority on the condition that his rights are or are about to be infringed. Furthermore, the question appears to be academic since, generally, the infringer will be able to describe the material to be searched for, at least along general lines.« Avtorja omenita tudi nasprotna stališča, vendar je njuno pravkar citirano stališče po mojem pravilno. Kar je z vidika našega sistema povezanosti dokazne ponudbe z dejstvi osupljivo, je lakonična zadnja poved.

²¹ Zaradi generalne delegacije sodniki tega oddelka edini v državi sodimo v gospodarskih sporih s področja intelektualne lastnine.

verodostojnost njegovega zanikanja obstoja in obsega kršitve ter obsega njegove obogatitve z njo, ki bi jih v tej pravdi zatrjeval tožnik – ni pa grozila veliko močnejša prisilna izvršba.

Pač pa sem se lani srečal s prvim predlogom, ki je izrecno temeljil na 171. členu ZASP, in mu po spoznanju, da izpolnjuje zakonske pogoje, ugodil. Iz tiste zadeve črpam večino snovi za ta prispevek in jo predstavljam (očiščeno vsega, po čemer bi se dalo prepoznati stranki; prav mogoče je, da je zavarovanje dokazov vodilo do tega, da se poravnata, kar jima po mojem mora biti dopuščeno, da storita stran od oči javnosti) skupaj z nekaterimi vprašanji, ki so se mi ob njej odpirala. Kakor poznavanje neke dejavnosti zgolj po opisu ne more nadomestiti izkušenj ukvarjanja s to dejavnostjo, je za dobro razumevanje vsakega pravnega instituta ob njegovih formalnopravnih podlagah in teoretskih stališčih (angl. *law in books*) treba poznati še prakso njihovega izvajanja (angl. *law in action*).²² Kljub izrazitemu neskladju v našem pravu (ena zadeva na trinajst let – v Združenem kraljestvu in Franciji so jih našli tudi do petsto oz. šeststo na leto!²³) je zato upravičen tako končni dostavek v naslovu tega prispevka kot njegova metoda, da to pravo obravnava skozi za zdaj skromne praktične izkušnje. Te so tudi kot takšne pomembne, saj se je bilo treba zaradi neuhajene poti ozirati po slabše vidnih in bolj oddaljenih orientirjih (po zgledih iz drugih pravnih vej v našem pravu²⁴ in iz tujih pravnih redov), bogastvo premisleka, ki ga je sprožilo to pomanjkanje, pa bi se izgubilo in na njem ne bi bilo mogoče ničesar graditi ali se izogniti kakšni pasti in stranpoti. Pravne tehnike, da se institut pravilno uporabi (da je učinkovit, da pa se ne sprevrže v zlorabo in čezmerno nasilje), so zahtevne. Evropsko pravo se prepleta z nacionalnim (to je tudi treba razlagati lojalno s prvim) in zakonsko z ustavnim. In tudi pravo začasnih odredb, od katerega je institut vitalno odvisen, je zahtevno (po svoji naravi terja fleksibilnost, ki pa se v premalo večjih ali izkušenih rokah lahko zapravi) in v njem še marsikaj ni do konca razrešeno.

²² Za strnjen povzetek ameriškega pravnega realizma glej Pavčnik, str. 476–477.

²³ Prvi podatek je iz sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) z dne 30. 3. 1989 v zadevi *Chappell proti Združenemu kraljestvu*, v kateri je to sodišče presojalo poseben primer uporabe primerljivega instituta *Anton Piller order*: »It appears that some 500 such orders were made each year between 1975 and 1980, but the current figure has dropped to between 50 and 100« (iz 13. točke obrazložitve). Za Francijo so glede primerljive *saisie-contrefaçon* podatki takšni: »600 saisies-contrefaçon autorisées chaque année par le Tribunal de grande instance de Paris« (to pariško prvostopenjsko sodišče je v primeru nekaterih pravic intelektualne lastnine edino pristojno odločati o tem ukrepu za vso državo) oz. »3 ou 4 saisies-contrefaçon par jour en France« (Véron).

²⁴ Prim. spodaj navedeno upravnosodno zadevo zoper odločitev organa, pristojnega za varstvo konkurence, o kaznovanju nekooperativnega preiskovanja pri nenapovedani preiskavi njegovih poslovnih prostorov (angl. *darwin raid*).

2. Anton Piller order

Ukrepe za zavarovanje dokazov ureja Direktiva o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine v 7. členu. Ta pravna snov je v glavnem prešla v 171. člen ZASP in 124. člen ZIL-1.^{25, 26} Zgled evropskemu zakonodajalcu je bil – ob francoski *saisie-contrefaçon*²⁷ – na začetku tega prispevka omenjeni britanski ukrep (»jedrska bomba«).²⁸ Ker je s tem izkazana ne le njegova podobnost, temveč njegovo sorodstvo z našim ukrepom zavarovanja dokazov po ZASP in ZIL-1; ker so se že v zadevi, po kateri je bil ta ukrep poimenovan (*Anton Piller K.G. proti Manufacturing Processes Ltd ter P. Wallaceu in A. H. S. Bakerju* iz sodbe Court of Appeal z dne 8. 12. 1975²⁹), zelo jasno začrtali problemi in teme, ki so neposredno relevantni za uporabo zavarovanja dokazov po ZASP in ZIL-1; ker sem se po tej zadevi zgledoval že v neki starejši zadevi zavarovanja dokazov, izvedeni še na podlagi splošne ureditve v ZPP (ki je bila zato svojevrstna predhodnica naše prve zadeve zavarovanja dokazov po ZASP in je z njo imela nekatere očitne stične točke, prva je bila svojevrstna prednica druge, britanska zadeva pa je

²⁵ Ni bil npr. prenesen peti odstavek 7. člena, ki državam članicam prepušča, ali bodo sprejele »ukrepe za varstvo identitete prič«. V tem razdelku v glavnem besedilu povzemam angleško zadevo, v kateri so pomembno vlogo odigrali »žvižgači«. Dasi se v njej ni razpravljalo o potrebi po njihovi anonimnosti, pripominjam, da sem v svoji praksi že naletel na primere, da se je zaostrilo vprašanje, ali je dopustno prikriti identiteto (domnevnih) avtorjev pisnih izjav, ki so v sporu zamenjali pripadnost, bali pa naj bi se bili retaliacije. K sreči je naše načelo proste presoje dokazov dovolj gibko, da pri tej presoji omogoča upoštevanje vseh značilnosti posameznega primera.

²⁶ Čeprav v ta člena ZASP in ZIL-1 ni prešlo (ali pa ne jasno in nedvoumno) pravilo iz prvega odstavka 7. člena, da zavarovanje dokazov lahko vključuje tudi »fizični zaseg blaga, ki je predmet kršitve, in v ustreznih primerih materiala in opreme, ki se uporablja za proizvodnjo in/ali distribucijo tega blaga«, je to po mojem že zajeto z našim splošnim režimom začasnih odredb.

²⁷ Institut je v Code de la propriété intellectuelle urejen razdrobljeno, pri vsaki pravici intelektualne lastnine posebej. O tem in težnjah po poenotenju glej Romet.

²⁸ O tem zgledovanju tudi Walter in Goebel, str. 1247: V predlogu Komisije o direktivi Evropskega parlamenta in Sveta o ukrepih in postopkih za zagotovitev uveljavljanja pravic intelektualne lastnine z dne 30. 1. 2003 (dokument je najlažje najti pod št. CELEX 52003PC0046) je pojasnjeno, da je navedeni *order* zelo pomemben v britanski praksi (vendar zelo obremenilen in kompleksen), francoska *saisie-contrefaçon* pa zelo učinkovita, medtem ko je bilo stanje drugod naslednje: »In Italy, the seizure and description of the articles in question are also provided for by law. In Germany, the legal possibilities for acquiring evidence are not very strong. They are limited to obtaining evidence from the statements of witnesses, from the evidence of experts and inspections, and do not extend to documents and the hearing of the parties. Unlike the other Member States, search warrants issued without the other party being heard are not available in civil procedure in Austria, Denmark and Sweden« (str. 14, moj poudarek). Zgledovanje evropskega zakonodajalca pri britanskem institutu dokazujeta tudi Strowel in Hanley, str. 114–115.

²⁹ Sodba, sestavljena iz glavne sodbe sodnika Denninga ter pritrdilnih sodb sodnikov Ormroda in Shawa, je dostopna na portalu www.bailii.org in vredna branja od začetka do konca.

bila prednica obeh); zlasti pa, ker sem se po angleškem pravu zgledoval pri prvem zavarovanju dokazov po ZASP, je primerno ta britanski institut širše predstaviti.^{30, 31}

Ukrep je lahko zaživel zaradi pripravljenosti sodišč (zaradi posrečenega srečanja podobno mislečih in podobno naprednih osebnosti v danem zgodovinskem trenutku), da sprejmejo domislek odvetništva.³² V navedeni zadevi je obstajalo razmerje trgovskega zastopanja med nemško družbo Anton Piller KG³³ in angleško družbo Manufacturing Processes Ltd (zgoraj sta ob tej navedena njena direktorja). Prva je bila proizvajalka elektronske opreme, druga pa je njene naprave prodajala v Angliji – bila pa je tudi v skrivnih stikih z nemškimi konkurentkami svoje naročiteljice ter jim je razkrivala njene avtorskopravno varovane načrte in poslovne skrivnosti o delovanju opreme. Prizadeta družba je to izvedela od dveh vodilnih delavcev svoje angleške zastopnice, ki ju je dogajanje tako ogorčilo, da sta o njem pripotovala povedat vodstvu v Nemčijo. Besede teh, danes bi rekli žvižgačev (angl. *whistleblowers*) je podkrepila korespondenca, ki je razkrila dogovarjanje Pillerjeve nemške konkurentke in direktorja družbe Manufacturing Processes, da bo prva drugi poslala svojega delavca, kakor hitro slednja prejme najnovejšo Pillerjevo napravo, da jo bo lažje prekopirati.

Družba Anton Piller je na prvi stopnji uspela s predlogom za začasno odredbo s prepovedjo, da bi družba Manufacturing Processes še naprej kršila njene avtorske pravice, izrabljala njene poslovne skrivnosti in posnemala njene naprave. Vendar pa prvostopenjski sodnik ni ugodil

³⁰ Pri nas ga je sicer prvič predstavila E. Drobež v članku Zavarovanje, skupaj z zgoraj omenjeno zgodnejšo zadevo zavarovanja dokazov na podlagi ZPP. Tudi v njej sem sam sodil in takrat sem se zato, da bi verjetno oškodovani predlagateljici zavarovanja dokazov omogočil, da v omejujočih okvirih klasične zasnove ZPP doseže karseda učinkovito pravno varstvo, prvič zatekel k neposrednemu zgledovanju po tem britanskem institutu (v navedenem članku glej razdelek Opis zavarovanja dokazov v konkretnem primeru pred gospodarskim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani). V vzratnem pogledu se tista zadeva kaže kot zapravljena priložnost za uporabo posebnega zavarovanja dokazov po 171. členu ZASP. Čeprav je zadeva spadala na področje nelojalne konkurence, so bili podatki, ki so bili v tistem primeru odtujeni predlagateljici, strukturirani kot baza podatkov. Pri tem pravice izdelovalcev podatkovnih baz po ZASP spadajo k avtorski sorodnim pravicam, eden od pogojev, da sodišče dovoli zavarovanje dokazov po ZASP, pa je, da upravičenec izkaže, da je imetnik pravice »iz tega zakona« (1. točka prvega odstavka 171. člena ZASP). To je bilo torej v primeru navedene predlagateljice izpolnjeno.

³¹ Razmeroma zlahka dostopen našemu bralcu je tudi zelo kakovosten prikaz instituta v zgoraj v opombi 23 navedeni sodbi *Chappell*, kjer je v 10.–24. točki obrazložitve izčrpno pojasnjen na splošno, brez vpletanja posebnosti zadeve pod tedanje presojo ESČP. Za dobro zaokrožen prikaz gl. tudi Strowel in Hanley, str. 106–113.

³² Zakonska podlaga za takšno inoviranje je bila široka določba, da sme High Court izdajatičasne odredbe. Gre za prvostopenjsko sodišče za najpomembnejše zadeve. Tedaj je spadalo k Supreme Court of Judicature, česar pa ni prav mešati z najvišjo sodno instanco, saj preden je bilo razmeroma pred kratkim (leta 2009) ustanovljeno Supreme Court of the United Kingdom, vrhovno sodišče Združenega kraljestva, je bila najvišja instanca lordska zbornica. Da se navedeno ne bi zamešalo, spadata poslej High Court in Court of Appeal v strukturi sodišč k *senior courts*. High Court je, skratka, večkrat podprlo, nato pa v navedeni zadevi tudi prvič pritožbeno sodišče, zamisel, ki jo je predlagal sijajni (»ingenious«) odvetnik (pozneje znani sodnik in še pozneje profesor) Hugh Laddie. Laskava ocena prihaja od avtorja vodilne sodbe v navedeni pritožbeni sodbi (Denning, str. 123).

³³ Zastopal jo je H. Laddie.

nadaljnjemu predlogu, da bi angleški zastopniki naložili še to, da svoji nemški naročiteljici dovoli vstopiti v svoje poslovne prostore, kjer bi lahko pregledala in odnesla ali preslikala morebitno relevantno dokumentacijo. To je zavrnil iz bojazni, da bi utegnila »odredba, kakršna se zahteva, postati sredstvo zatiranja, zlasti kadar bi se predlagatelj velikega slovesa in globokega žepa spravil na malega človeka, ki naj bi na podlagi dokazov, zbranih samo z ene strani, kršil predlagateljeve pravice«.

Pritožbeno sodišče je te pomisleke imelo za tehtne, vendar je prvostopenjsko sodbo nazadnje spremenilo in ugodilo tudi temu predlogu. Najprej je poudarilo osnovno značilnost odredbe: ta ni pomenila dovoljenja za hišno preiskavo in se na njeni podlagi v prostore nasprotne stranke ni smelo vdreti. Za vstop je bilo nujno njeno privoljenje, prisila pa je posredna. Če namreč nasprotna stranka privoljenje odreče, tvega, da si nakoplje *contempt of court*, kaznivo oviranje sodišča, sankcionirano z denarno kaznijo ali zaporom. Posredni pritisk dalje izvira še iz implicitnega sporočila nasprotni stranki o oceni sodišča, da bi na podlagi gradiva, ki ga je prezentiral predlagatelj, pravzaprav morala dati privoljenje, in da če ga ne bo, bo to verjetno vodilo do zanjo neugodnih dejanskih zaključkov v bodoči pravdi.

Sloviti Denning, avtor glavne oziroma vodilne sodbe, je poudaril, da je takšna odredba dopustna samo izjemoma, kadar je nujno, da je predlagatelju omogočen dostop, da bi se moglo v sporu pravično razsoditi, saj če bi bila nasprotna stranka posvarjena, bi obstajala resna nevarnost, da se ključni dokazi uničijo ali skrijejo, s čimer bi se spodkopali cilji sojenja (»[W]hen [...] there is a grave danger that [...] the ends of justice be defeated«). Vstop tudi ne bi smel resno škodovati nasprotni stranki.³⁴

Bolj znani (včasih se povzemajo samo v tej skrajšani obliki³⁵) so razlogi, kot jih je strnil sodnik Ormrod v pritrdilni sodbi (ker pa se je v vsem strinjal z vodilno sodbo, njegov seznam ni izčrpen: dodati mu je treba maloprej povedano – (a) nepogrešljivost ukrepa, oziroma kot je sam ponovil, »when there is no alternative way«, ter (b) neobstoj resne škode za premoženje ali za obrambo nasprotne stranke): (c) obstajati mora že na prvi pogled izredno močna utemeljenost predlagateljevega materialnopravnega zahtevka; (č) predlagatelju mora nastajati ali groziti resna škoda; (d) obstajati mora jasen dokaz, da nasprotna stranka poseduje obremenilne listine ali stvari, in resna možnost, da bi bile te lahko uničene, če bi se predlog prej kontradiktorno pretresel.

Pomembne so še nadaljnje varovalke (tudi te so navedene v Denningovi sodbi). Pri izvrševanju odredbe na kraju samem mora biti predlagatelj (e) posebej obziren,³⁶ k čemur spada,

³⁴ V tem je mogoče videti zametek potrebe po varstvu poslovnih skrivnosti nasprotne stranke.

³⁵ Prim. Strowel in Hanley, str. 110.

³⁶ Značilna reakcija v podjetju nasprotne stranke je namreč takšna: »A company director recently told us of his surprise and confusion when a competitor's solicitor arrived on his doorstep, a court order in hand and another

da ga mora zastopati (f) odvetnik, ki je »officer of the Court«. ³⁷ Nasprotni stranki je treba (g) omogočiti, da dojame odredbo in da se o njej (h) posvetuje s svojim odvetnikom. Če hoče (i) doseči razveljavitev odredbe, to pravico ima. Možnost ima, kot rečeno, odreči dostop, kar mora predlagatelj sprejeti in se obrniti nazaj na sodišče.

Odredba je bila dovoljena tudi ob predpostavki, da se je predlagatelj (j) zavezal povrniti nasprotni stranki vso morebitno škodo, kar je ob upoštevanju, da je iz tujine, moral (k) podkrepiti še z varščino 10.000 funtov.

Pomembno pa je, da je (l) odvetnik moral podati poročilo sodišču o izvajanju ukrepa, ter zanimivo in značilno, kako se je vse izteklo. Nasprotna stranka je dostop v svoje prostore dopustila; ponujene možnosti, da pokliče odvetnika, ni izkoristila; eden od direktorjev je bil na poti v tujini, pomembno dokumentacijo je imel s seboj; po vrnitvi se je posvetoval z odvetnikom, predlagatelj pa je izrazil bojazen, da so to dokumentacijo sicer dobili na vpogled, da pa je bila redigirana. Sicer pa so ob izvedbi ukrepa na kraju samem našli in obdržali nekaj relevantne dokumentacije – ukrep je bil uspešen.

Vseh trinajst elementov, ki sem jih označil s črkami (a)–(l) (v sodbi sicer niso bili tako razčlenjeni), je bilo bolj ali manj izrazito navzočih in pravno pomembnih tudi v zadevi, ki je predstavljena v nadaljevanju, izkušnja njenega izvrševanja pa se tudi delno sklada s pravkar povzeto.

Sodniki, ki so pomagali pri nastanku novega pravnega instituta, so si ga zamislili za skrajno izjemne, redke primere. ³⁸ Pričakovanje se ni v celoti uresničilo; v nemajhni meri se je uresničila uvodoma citirana bojazen prvostopenjskega sodnika. To je treba na kratko povzeti.

solicitor and accountant in tow. The solicitor told the company director that he had the right to search the premises, and to remove certain documents and merchandise. The director did not know how he should react in these circumstances. Could the group start taking photos and opening boxes before the director had obtained legal advice? Should he freely hand over all the company's documents, or did he have a right to protect material he thought was confidential? Could the solicitor take any merchandise that was in the building? Could he take material that belonged to another associated company?» (Shepherdson). Enako kot to poročilo iz Avstralije je v Združenem kraljestvu: »Service of an ex parte order coupled with a demand for immediate entry into premises is likely to produce strong emotional reactions; shock, anger, confusion, a sense of violation and powerlessness are common recollections, even when orders are served by sensitive and tactful solicitors« (Dockray in Laddie, str. 603).

³⁷ Takrat pri tem še ni šlo za to, da bi bilo sodišče postavljalo nevtralnega odvetnika, pač pa za opomin, da odvetnik ni dolžan brezpogojne in nekritične lojalnosti stranki (ni njena »najeta pest«), marveč deluje tudi v javnem interesu (česar odmev najdemo v naši ustavni določbi, da je odvetništvo del pravosodja). Pozneje je postala zakonska zahteva, da predlagatelj poleg svojega angažira (in plača) še neodvisnega odvetnika, izkušenega pri izvrševanju te odredbe, da poskrbi za njeno vročitev, da njene pogoje, učinke in varovalke razumljivo pojasni ter da bedi nad njenim izvrševanjem. Glej pravila 7.2, 7.4 in 7.6 Rules and Practice Directions iz leta 1998, sprejetih na podlagi Civil Procedure Act iz leta 1997. To je prispevalo k zvišanju stroškov ukrepa in k zmanjšanju njegove popularnosti v praksi. Prim. Strowel in Hanley, str. 112.

³⁸ Denning: »We are prepared, therefore, to sanction its continuance [tj. dopustiti nadaljevanje prakse, vzpostavljene že na prvi, tokrat pa prvič preizkušene na pritožbeni stopnji], but only in an extreme case where there is grave danger

Glede kritik uporabe tega instituta, ki je zašla v eksces, ni boljšega vodnika, kot je odvetnik Hugh Laddie, ki se mu pripisuje iznajdba instituta. V članku s pomenljivim naslovom *Piller Problems* sta s soavtorjem³⁹ pojasnila, da se je odredba iz izjeme sprevrgla v pravilo in da se neredko predlaga taktično, zaradi pritiska na nasprotnika.⁴⁰ V pozabo je utočilo, da naj bi se te odredbe izdajale skrajno izjemoma, da jih je treba izvrševati pazljivo ter »omogočiti nasprotni stranki sleherno možnost, da se zaščiti, in ji dovoliti, da si prizadeva za razveljavitev odredbe, za katero verjame, da ni bila utemeljeno pridobljena«.⁴¹

Ker gre tu za povzetek, povzemam samo še nekaj med seboj nepovezanih poudarkov, ki so lahko aktualni za našo prakso. Pričakovanje, da bodo odvetniki predlagatelja zavarovanja, ki jih je izbral, najel in plačal, ščitili interese nasprotne stranke (prim. f zgoraj), se je izkazalo za preveč optimistično. Ti so se bili namreč v konfliktu interesov, ki je po naravi vgrajen v to varovalko, že ob snovanju predloga prepričali, da je nasprotna stranka falot (*»a rogue«*), ki si preiskavo zasluži.⁴² K temu je po mojem vendarle treba dodati, da čeprav gre res za šibko varovalko, je treba v bran sodiščem, ki so iznašla *Anton Piller order*, pogledati širše. Court of Appeal je tedaj iskal sleherno možnost varstva nasprotnika zavarovanja, še tako slabotno, da odtehta najhujše prikrajšanje od vseh: da se zoper nekoga zelo ostro ukrepa, še preden ta o tem lahko karkoli reče.

of property being smuggled away or of vital evidence being destroyed« (moj poudarek). Ormrod: »Such Orders, therefore, *will rarely be made*, and only when there is no alternative way of ensuring that justice is done to the applicant« (moj poudarek). Shaw (kar sledi, je celotna sodba člana senata): »I agree with both Judgments. The overriding consideration in the exercise of this salutary jurisdiction is that it is to be *resorted to only in circumstances where the normal processes of the law would be rendered nugatory if some immediate and effective measure was not available*. And, when such an Order is made, the party who has procured the Court to make it must act with prudence and caution in pursuance of it« (moj poudarek).

³⁹ Dockray in Laddie. *Piller problems* je očitno besedna igra z imenom stranke: *problems (that) pile up*.

⁴⁰ »The execution of an order may cause severe, sometimes irreparable, physical disruption to a defendant's business or daily life: the process may take hours to complete. Files may be ransacked, trade disrupted and staff frightened and demoralised. An order may positively demand physical disruption as where the seizure of filing cabinets, equipment and trading stock is ordered or when computer records are required to be copied. *It would be naive to believe that this is never one of the motives behind an order*« (Dockray in Laddie, str. 603, moj poudarek). To me močno spominja na našo prakso predhodnih odredb, ki jih je iz pozabe prebudila nedomišljena zakonodajna intervencija, poslabšala pa nepazljivost sodišč pri razlikovanju prerokanih plačilnih nalogov, izdanih le na podlagi (včasih zgolj zatrjevanega) obstoja verodostojne listine, od kakovostno drugačnih neizvršljivih sodb, ki so bile vendar izdane po izvedenem dokaznem in kontradiktornem postopku. Po intervenciji Ustavnega sodišča z odločbo U-I-148/13-15 z dne 10. 7. 2014 (ki po mojem ni bila nujna, saj bi sodišča z ustrezno ustavnoskladno interpretacijo zakona lahko preprečila eksces) se je na predhodne odredbe spet lahko pozabilo. Njihova kratkotrajna popularnost je izvirala iz velikega pritiska, ki ga je bilo mogoče, tipično z blokado računov, zelo zgodaj v pravdi izvajati na toženca, nemalokrat popolnoma neutemeljeno.

⁴¹ Dockray in Laddie, str. 604.

⁴² Prav tam, str. 606 in 608.

Tudi za nas je daleč od trivialnega vprašanje, »who exactly may consent to entry/search/seizure«, ⁴³ se pravi, kdo pravzaprav lahko privoli v preiskavo (čeprav to pri nas ni pravno odločilno, se vprašanje lahko tudi pri nas vsiljuje in moti pri pravilnem pravnem zaključevanju – več o tem v nadaljevanju). Problema ni, kadar se odredba izrecno nanaša na osebo, ki ima v izključni posesti vse relevantne prostore. Toda ali velja enako, kadar se naleti na detentorje, tipično na različne vrste delavcev? Lahko kar vsi dovolijo vstop v prostore, preiskovanje in preslikovanje dokumentacije ter jemanje vzorcev, ki so delodajalčeva last? Bo denimo vajenec, ki skrbi za prodajalno, medtem ko je poslovođa na kosilu, smel dovoliti preiskavo prodajalne ali poklicati odvetnika? ⁴⁴ Tudi če je problem logično do konca zaostren po konceptiji *orderja*, ki je zgrajen na nujnosti soglasja stranke za vstop v njene prostore (če je tako, kako je mogoče, da soglasje da detentor?), pri nas pa je to drugače, problem niti v naših razmerah nikakor ni teoretski (čeprav je po mojem navidezen – glej nadaljevanje). Zavrnitev pogosto nepogrešljivega preiskovančevega sodelovanja namreč vodi v strogo denarno kaznovanje (tako v Združenem kraljestvu kot pri nas).

Najbolj ilustrativni, temeljito pretresen in pomemben primer tega pri nas je – do konca vendarle nikdar raziskano – dogajanje 11. 8. 2011 v kritičnem času med 9.05 ter 10.45 v zadevi *POP TV proti Uradu za varstvo konkurence*. Je bilo tako, kot izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča G 10/2012 z dne 26. 11. 2013, s katero je bila potrjena kazen 105.000 evrov za nesodelovanje gospodarske družbe pri preiskavi njenih poslovnih prostorov, ki jo je opravil Urad Republike Slovenije za varstvo konkurence, kot se je tedaj imenoval? Ali pa je bila preiskovanka dovolj kooperativna, preiskovalci pa nespretni, kot je sama smiselno (in po mojem vsaj na prvi pogled sprenevedavo) zatrjevala in je to povzelo ESČP v sodbi z dne 23. 10. 2018 v zadevi *Produkcija Plus, storitveno podjetje, d. o. o. proti Sloveniji*? Ključni moment sodelovanja ali njegove odklonitve je po mojem na moč primerljiv z britanskim institutom in presoja Vrhovnega sodišča o tem momentu – pod predpostavko, da je bilo dejansko stanje takšno, kot je opisano v zgoraj navedeni sodbi in o katerem je ESČP ugotovilo, da ga navedena družba ni imela dovolj možnosti izpodbijati ⁴⁵ – pravilna in neposredno relevantna tudi v kontekstu zavarovanja dokazov po ZASP in ZIL-1.

⁴³ Dockray in Laddie, str. 610.

⁴⁴ Prav tam.

⁴⁵ Ključno mesto v sodbi ESČP je: »Med drugim je [družba pritožnica] trdila, da so uslužbenci [Urada za varstvo konkurence] lahko pričeli s preiskavo takoj po prihodu v prostore in da so družbo pritožnico prosili le, da jim zagotovi osebo, ki bi ji lahko vročili sklep in odredbo. Tega po mnenju ESČP ni mogoče obravnavati kot izključno pravno vprašanje« (iz 56. točke obrazložitve; v spletni bazi Hudoc je povezava na neuradni slovenski prevod sodbe, od koder je ta citat), medtem pa je v sodbi Vrhovnega sodišča rečeno: »Pomembno je le, da pooblaščen osebe toženke niso mogle takoj pričeti z zavarovanjem dokazov« (iz 12. točke obrazložitve). Odločilno dejstvo oviranja preiskave je bilo torej sporno, in čeprav citirane (pri)tožničine navedbe zvenijo kot sprenevedanje, bi jih bilo moralo sodišče preveriti v dokaznem postopku, ki pa ga ni bilo.

Končno je v zvezi s privilegijem zoper samoobtožbo, ki se na načine, ki si jih pravdni sodnik vseh ne more zlahka vnaprej zamisliti, lahko vpleta v pravdni postopek, zanimivo omeniti misel iz neke angleške sodbe: »[Pooblaščenec se je] večšče in utemeljeno zabaval nad domnevno pokvarjenostjo svojih strank. Bolj ko je namreč kriminalno njihovo domnevno ravnanje, večjo pravico imajo do zaščite pred samoobtožbo.« Ta privilegij torej, paradokсно, *Anton Piller order* spodkoplje, kadar je najbolj potreben.⁴⁶

Naj ta meander o angleškem pravu sklenem z mislijo (tudi v svarilo pri uporabi ZASP in ZIL-1, ki sta od angleškega instituta silovitejša v tem, da omogočata prisilno izvršbo brez (suspenzivnega) ugovora), da *Anton Piller order* po svoji zasnovi ne zagotavlja vstopa v prostore nasprotne stranke, saj je odvisen od privoljenja.⁴⁷ Zaradi spleta okoliščin se lahko zgodi, da niso navzoče osebe, ki so privoljenje upravičene dati ali odreči, ter se učinek presenečenja zapravi in ukrep izjalovi. Ta odredba je, skratka, izraz prizadevanja, naj materialnopravna pravica ne ostane nezaščitená samo zato, ker so dokazi o njeni verjetni kršitvi pod oblastjo kršitelja, ni pa zagotovilo, da se bo to samodejno in za vsako ceno zgodilo. V kakšnem primeru so lahko (predvidljivi) interesi nasprotne stranke previsoka cena.

3. Zavarovanje dokazov, izvedeno poleti 2018 po pravilih ZASP

3.1. Predlog

Julija 2018 je velika mednarodna družba s sedežem zunaj Evropske unije Okrožnemu sodišču v Ljubljani predlagala, naj brez poprejšnjega obvestila dovoli in opravi ogled poslovnih prostorov nasprotne stranke, zlasti njenih računalnikov, saj naj bi bila ta stranka predlagateljčin računalniški program, namenjen strojniškim simulacijam, analizam in konstruiranju, v svojem visokotehnološkem proizvodnem procesu uporabljala v dosti večjem obsegu, kot pa naj bi ji bile to dovoljevale licenčne pogodbe s predlagateljico (uporabljala naj bi bila različice in module programa, za katere naj bi ne bila imela sklenjenih licenčnih pogodb, in na večjem številu računalnikov, kot pa naj bi ji bile to dovoljevale te pogodbe). Ogled, ki ga je predlagateljica⁴⁸ detajlirala bolj (kje v informacijskem sistemu nasprotne stranke je treba iskati in natanko kaj), kot je tu treba povzeti, naj bi sodišče opravilo ob pomoči sodnega izvedenca računalništva. Ta naj bi se še pred ogledom podrobneje seznanil s tehničnimi značilnostmi predlagateljčinih

⁴⁶ Dockray in Laddie, str. 613–614.

⁴⁷ Prav tam, str. 611.

⁴⁸ O predlagateljici in o nasprotni stranki govorim zato, ker je poimenovanje strank iz ZIZ tu izrazito neustrezno. Pri izvršbi (in to na podlagi izvršilnega naslova; dosti manj pri izvršbi na podlagi verodostojne listine) je prav reči upnik in dolžnik, pri zavarovanju z začasno odredbo pa ne. Od zakonske terminologije zavestno odstopam. Ohranjanje ravnesja med strankama, še zlasti kadar se izda začasna odredba *ex parte* in *inaudita altera parte*, je pomembno, tudi če samo simbolno in zaradi videza.

programov pri njenem posebej imenovanem strokovnjaku iz tujine. Bistven del predloga je bil še ta, da se pod grožnjo 50.000 evrov denarne kazni nasprotni stranki zapove, da omogoči dostop do svojih prostorov in računalnikov z vnosom uporabniških imen in gesel.

Zatrjevana kršitve je predlagateljica izkazovala s lastnim internim poročilom, izdelanim z varnostnim mehanizmom, vgrajenim v program, ki naj bi ga nasprotna stranka uporabljala. Šlo je za nekakšen program v programu, ki naj bi zmozel zaznati uporabnikove kršitve in naj bi bil o njih smel v skladu z licenčno pogodbo predlagateljici posredovati podatke. Zaznal naj bi jih bil tudi pri nasprotni stranki, o čemer je predlagateljica predložila sodišču navedeno poročilo in zgoščenko s »surovimi« podatki, na podlagi katerih je bilo poročilo pripravljeno.

Končno je predlagateljica imenovala tudi izvršitelja, ki naj bi nasprotni stranki tik pred ogle-dom vročil sklep o zavarovanju. Dejanska posebnost te zadeve (in nemajhna komplikacija, ki se je napovedovala že iz predloga, glej nadaljevanje) je bila ta, da poslovni in proizvodni prostori, v katerih naj bi se opravil ogled, niso bili na poslovnem naslovu nasprotne stranke, vpisanem v register, kjer se sicer po zakonu opravi vročitev gospodarski družbi (z zemljevida sem se zaradi organizacije izvedbe ogleda prepričal, kje sta oba kraja in da sta 10–20 km narazen).

3.2. Predhodna presoja in prvi sklep sodišča

Senzibiliziranemu s predznanjem (teoretskim in praktičnim, obakrat omejenim, vendar tudi kot takim dragocenim⁴⁹) o *Anton Piller orderju*, mi je opisani predlog na mah odprl kopico vprašanj. Evidentna je bila njegova velika invazivnost, vključno s hudo pravno posledico za nasprotno stranko, če se predlaganemu zavarovanju ne podredi. Ob neobstoju vodil v sodni praksi je bilo jasno, da bo treba nekatere rešitve sproti iznajti, toda z upoštevanjem pravkar navedene narave ukrepa. Še preden bi dovolil zavarovanje, ki je bilo po moji preliminarni presoji utemeljeno, sem si prizadeval poskrbeti, kolikor je bilo mogoče, za varstvo predvidljivih interesov nasprotne stranke – ker ji pač ni bilo mogoče vnaprej dati besede.

Takoj po prejemu predloga sem se obrnil na strokovnjaka za računalništvo s seznama sodnih izvedencev. Ne da bi mu bil razkril identiteto strank, me je zanimalo, ali zmore izvesti predlagani ogled ter koliko bi ta stal in trajal. Prosil sem ga, da se v primeru založitve stroškov, kot jih je predvidel, osebno oglasi pri meni, da potrdi ali ovrže mojo laično oceno (ki mu je vnaprej nisem razkril), da je predlagateljčino interno poročilo o kršitvah nasprotne stranke verodostojno.

Reševanju tega in drugih zaznanih problemov sem namenil »prvi sklep«, in šele če bi se izpolnili v njem določeni pogoji, sem bil pripravljen z nadaljnjim sklepom dovoliti zavarovanje. Poleg zahteve za položitev 3000 evrov predujma za izvedenčeve stroške (in 100 evrov za

⁴⁹ Britanski institut sem poznal iz navedene Denningove knjige, tamkajšnja stališča, ustrezno prilagojena, pa sem tudi že poskušal uveljaviti v zadevi s področja nelojalne konkurence, omenjeni v opombi 30.

vročevalčeve) sem predlagateljici razložil (to in vsa druga sporočila iz obrazložitve tega sklepa so bila enako namenjena nasprotni stranki za stadij, ko se bo vzpostavila kontradiktornost): »[S]odišče [...] bo izvedencu, preden dovoli predlagani ogled, naložilo, naj oceni, ali dokazili o kršitvi nasprotne stranke, ki ju je sodišču izročila predlagateljica (»poročilo [...] in datoteka na zgoščenki«), *prima facie* izkazuje kršitev. V primeru pritrdilnega odgovora bo zavarovanje dokazov dovolilo[, sicer pa] s sklepom zavrnilo. Tako je zaradi velike invazivnosti posega in zaradi izvora/nastanka navedenih dokazil izključno v predlagateljičinem podjetju po sedanjí oceni sodišča videti primerno.« Izvedenec je nato po pregledu navedenega poročila in podatkov na zgoščenki pri meni v kabinetu ocenil, da bi si poročilo in podatke s tolikšno stopnjo podrobnosti »kdo le stežka izmislil«.

S tem prvim sklepom sem podprl izvedenčevo zamisel, da se ogleda udeleži tudi predlagateljčin strokovnjak, na katerega naj bi se po njenem predlogu izvedenec pred ogledom obrnil. Komunikacija na daljavo bi po izvedenčevem mnenju ogled podaljšala z manj kot enega na nekaj dni, kar je bilo po moji presoji znatno, čemur se je bilo treba izogniti.

Še nadaljnji namen tega prvega sklepa je bil torej poskrbeti za ustrezno koordinacijo vseh procesnih udeležencev: predlagateljičinih pooblaščenecv, sodnega izvedenca, predlagateljičinega strokovnjaka, izvršitelja, sodnika. Na tej točki sem bil tudi že sam pri sebi sklenil, da če bodo vsi pogoji iz tega prvega sklepa uresničeni, se bom ogleda – tako zaradi varstva nasprotne stranke kot zaradi zagotovitve učinkovitosti ukrepa – udeležil osebno. Po moji tedanji presoji ne bi bilo pošteno in ustrezno, da bi svoje naloge prenašal ali na predlagateljčine pooblaščenke (ki o morebitnih konfliktnih situacijah in zlasti o morebitni nepodreditvi nasprotne stranke odrejenemu ukrepu ne bi mogli poročati drugače kot vsaj objektivno pristransko), ali na izvršitelja (ker je bilo treba nasprotno stranko siliti k nenadomestni dopustitvi dostopa do svojega informacijskega sistema, izvršitelj ni mogel imeti druge vloge kot vloge vročevalca, po drugi strani pa glede na novost ukrepa z njim ni mogel imeti izkušenj), ali na izvedenca (ta je moral svojo pozornost hraniti za strokovne zadolžitve, zaradi katerih je bil pritegnjen v postopek). Predlagateljici sem zato sporočil svoje neposredne kontaktne podatke in odsotnost med poletnim dopustom ter vse mogoče termine ogleda poleti in jeseni.

Prav tako sem jo pozval, naj sporoči imena in mobilne številke svojih pooblaščenecv, za katere želi, da so navzoči ob ogledu. Zahtevana identifikacija teh oseb je imela poleg predvidene potrebe po koordinaciji še nadaljnji cilj. Pomembna bi lahko postala v poznejših fazah postopka »zaradi morebitne omejitve dostopa do določenih podatkov na podlagi morebitnega sklepa o varstvu poslovnih skrivnosti po 219.b členu ZPP«. Omejitev razkritja takšnih podatkov na konkretne posameznike sicer ni izrecno navedena med (po mojem primeroma, ne pa izčrpno naštetimi) ukrepi iz drugega odstavka navedenega člena ZPP. Izrecno je določena v točki c šestega odstavka 62.a člena ZPOmK-1, ki veliko bolj razčlenjeno ureja isto pravno materijo za konkurenčnopravne odškodninske pravde, sicer pa je to omejitev mogoče prepričljivo iz-

peljati iz določbe četrtega odstavka 295. člena ZPP, da sodnik na obravnavi, katere javnost je izključena, navzoče opozori, da morajo ohraniti kot skrivnost, kar bodo izvedeli. V tisti zgodni fazi postopka ni bilo dobro predvidljivo, ali bo ogled razkril kakšne poslovne skrivnosti in ali se bo nasprotna stranka nanje sklicevala. Šlo je torej za ukrep na zalogo, in čeprav nisem pričakoval, da se bo vprašanje zaostrilo (saj stranki nista bili konkurentki; prva je izdelovala računalniške programe, ki jih je druga uporabljala v svoji visokotehnološki proizvodnji), je bilo tudi to svojevrstna varovalka.

Zelo pomembna varovalka za nasprotno stranko – in sočasno preizkusni kamen predlagateljčine resnosti – je bila naslednja. Kot se je pred angleškim sodiščem morala nemška družba Anton Piller ob upoštevanju, da je prihajala iz tujine (»overseas«), zavezati ne le k temu, da bo nasprotnici, povrnila vso škodo (angl. *undertaking as to damages*), če se zavarovanje izkaže za neutemeljeno,⁵⁰ temveč je morala to podkrepiti še z varščino (»a bond for £10,000«), je bilo podobno rešitev naravno iskati tudi pri nas. Spomniti je treba, da je imela predlagateljica sedež zunaj Evropske unije, in če bi slovensko podjetje trpelo kakšno škodo, bi se lahko nenadoma srečalo z velikimi praktičnimi ovirami pri uveljavitvi njenega povračila, saj bi ga bilo, sledeč univerzalnemu pravilu o jurisdikciji *actor sequitur forum rei*, prisiljeno iskati daleč v tujini (dobesedno onstran morja).

Zato je predlagateljica po prvem sklepu morala »v 15 dneh zagotovi[ti] 10.000 evrov varščine bodisi tako, da znesek nakaže na zgoraj naveden račun [sodišča], bodisi tako [ocenjeval sem namreč, da je predlagateljici iz daljne tujine vendarle treba zagotoviti tudi nekaj fleksibilnosti], da za ta znesek priskrbi bančno garancijo na prvi poziv za primer neutemeljenega zavarovanja dokazov (kot pogoj za izplačilo garancije se določi pravnomočni sklep tega sodišča z ugotovitvijo o neutemeljenem zavarovanju dokazov^[51])«. Ta zdravorazumski ukrep pa je zahteval dokaj zavito utemeljitev:

»Po petem odstavku 171. člena ZASP se v postopku zavarovanja dokazov po tem členu tega zakona subsidiarno uporabljajo določbe [...] ZIZ, in to 'smiselno'. V ZIZ pa je v drugem odstavku 275. člena (člena z naslovom Varščina kot pogoj za začasno odredbo) določeno: 'Sodišče lahko na dolžnikov predlog glede na okoliščine primera določi kot pogoj za izdajo začasne odredbe, da upnik položi varščino, tudi če je upnik izkazal verjeten obstoj terjatve in nevarnosti.' Od tod se vidi, da je v sistemu zavarovanja z začasno odredbo po ZIZ za varščino kot pogoj za začasno odredbo potreben tudi ustrezen predlog nasprotnika zava-

⁵⁰ To je pri nas že vgrajeno v 279. člen ZIZ, ki določa predlagateljevo objektivno odgovornost za škodo nasprotnne stranke.

⁵¹ Odločil sem se torej, da sem v tem primeru takšen sklep pripravljen izdati, čeprav ga ZIZ jasno ne predvideva (morda bi bilo treba iskati analogno rešitev z ureditvijo prenehanja začasne odredbe iz 278. člena ZIZ). Z določitvijo garancije kot alternative pologu sem želel nekoliko priti nasproti predlagateljici, to pa je terjalo razmislek, kakšen pogoj za izplačilo garancije je razumen.

rovanja. Ker je v postopku zavarovanja z začasno odredbo po ZIZ sodišču prepuščeno, ali naj zagotovi vnaprejšnjo ali le naknadno kontradiktornost, utegne nasprotnik zavarovanja predlagati varščino, še preden je odločeno o predlagateljevem predlogu za izdajo začasne odredbe. Ker pa v zadevnem primeru predlagateljica predlaga *ex parte* ukrep, je tak predlog nasprotne stranke pojmovno izključen. In vendar je takšna varščina po oceni sodišča glede na invazivnost predlaganega posega (in glede na velikost predlagane kazni za nespoštovanje sklepa o zavarovanju dokazov) potrebna. Po oceni sodišča je torej na podlagi petega odstavka 171. člena ZASP v tamkajšnjem pomenu 'smiselno', da se maloprej citirani drugi odstavek 275. člena ZIZ uporabi tudi v odsotnosti predloga nasprotne stranke. Prav takšno razumevanje po oceni sodišča narekuje tudi načelo lojalne razlage [...] Direktive [...] o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine. Brez pravkar razložene interpretacije sodišča pa po njegovi oceni ne bi bilo zagotovljeno, kar izhaja iz drugega odstavka 7. člena te direktive, ki se glasi: 'Države članice zagotovijo, da je lahko pogoj za ukrepe za zavarovanje dokazov, da vlagatelj predloži ustrezno varščino ali enakovredno zavarovanje, namenjeno zagotavljanju nadomestila za povzročeno škodo, ki jo utрпи toženec, kot je predvideno v odstavku 4.'«

Končno se mi je že pri snovanju tega prvega sklepa odpiralo vprašanje, ki ga nisem prezrl, vendar ga nisem hotel vnaprej načenjati. Nanašalo se je na omenjeni varnostni mehanizem, za katerega je predlagateljica trdila, da je del njene licenčne pogodbe z nasprotno stranko, ki naj bi bil prvi smel sporočati podatke o kršitvah druge. To namreč angažira ustavno civilno procesno pravo. Skladno z njim ima stranka načelno pravico do izvedbe vseh dokazov, ki jih predlaga. Pravica seveda ni neomejena; obstaja razmeroma omejen nabor razlogov, da sodišče dokaza ne izvede, in med izredno redko uporabljene, toda v naši civilnopравни sodni praksi vendarle ne nepoznane razloge spadajo nedopustno pridobljeni dokazi.⁵² Ker pa v teh primerih ne gre za da ali ne, temveč je treba v njih poiskati ustrezno ravnovesje med konkurirajočimi pravicami strank («praktično konkordanco»), sem vprašanje odložil za čas, ko se bo vzpostavila kontradiktornost. Da je predlagateljica neupravičeno »vohunila«, bi bil lahko eden od očitnih razlogov, s katerimi bi nasprotna stranka lahko utemeljevala ugovor (ugovor, in ne kar takoj pritožbe⁵³) zoper sklep o zavarovanju dokazov. Ker ga nazadnje ni vložila, se vprašanje ni niti začelo razreševati. S tem povezano nadaljnje odprto vprašanje je, ali je v takšnih primerih – to je pri nevložitvi ugovora in pritožbe – šele v pravdi zoper dokaze, pridobljene s predpravnim zavarovanjem, dovoljeno prvič načenjati vprašanje dopustnosti izvedbe dokaza, ker naj bi bil pridobljen s kršitvijo človekovih pravic. Sam bi rekel, da ne.

⁵² O tem pri nas temeljno Galič, Ustavno, str. 283 in nasl. (o dopustnih razlogih za neizvedbo dokaza glej na str. 287–288, o nedopustno pridobljenih dokazih pa na str. 289–290).

⁵³ Ker se smiselno uporablja ZIZ, je pravno sredstvo ugovor. Nasprotna stranka mora tudi sicer imeti možnost izjave, pa čeprav šele *ex post facto*, že na prvi stopnji, tj. še preden bo na drugi stopnji uresničevala slovensko endemično ustavno pravico do pritožbe. Uspešen ugovor bi po mojem vodil k razveljavitvi sklepa o zavarovanju dokazov in do pravnega izničenja vseh njegovih rezultatov, tudi če je bil vmes izvršen.

3.3. Sklep o zavarovanju dokazov

Zavarovanje sem v vsem predlaganem obsegu dovolil, ker so bili izpolnjeni pogoji iz pravkar povzetega sklepa in seveda pogoji iz ZASP. Pri teh se zdaj ni treba zamujati. Predlagateljica je izkazala, da je imetnica avtorske pravice na zadevnem računalniškem programu, da je nasprotna stranka njeno pravico kršila in da dokazov v zvezi s to kršitvijo pozneje ne bo mogoče izvesti, saj je nezakonite kopije mogoče hitro in brez sledu izbrisati (1.–3. točka prvega odstavka in drugi odstavek 171. člena ZASP).

Pač pa je treba povzeti obrazložitev sklepa o zavarovanju dokazov o »izvršilnem sredstvu«. Z njim se namreč zagotovi dejanska učinkovitost. Ker se po petem odstavku 171. člena ZASP smiselno in subsidiarno uporablja režim ZIZ za začasne odredbe, je v splošnem pomembno, da se sme skladno s prvim odstavkom 273. člena ZIZ izdati vsaka odredba, s katero je mogoče doseči namen zavarovanja, za konkretni primer pa je bilo pomembno to, da je dopustitev dostopa do elektronskih naprav po vsebini tako imenovano nenadomestno dejanje, oziroma kot se zakon izraža v 226. členu ZIZ, »dejanje, ki ga more opraviti le [nasprotna stranka]«.

Po prvem odstavku 226. člena ZIZ sodišče določi primeren rok za prostovoljno izpolnitev. Tedaj sem ocenjeval, da ga je najustrezneje opredeliti z besedno zvezo »brez slehernega odlašanja«. Ta *ad hoc* pravni standard je po eni strani izražal urgentnost, puščal pa je (že s tem, da gre za pravni standard) nekaj potrebnega prostora za morebitno *post hoc* presojo. Vsakršno odlašanje bi namreč lahko vodilo do izjalovitve odrejenega ukrepa, po drugi strani pa bi bila lahko presoja konkretne (ne)kooperativnosti odvisna od detajlov in nians, na primer od trenutne (ne)navzočnosti *ključnih oseb*⁵⁴ nasprotne stranke ob vročitvi sklepa o zavarovanju oziroma ob začetku izvajanja zavarovanja⁵⁵ ter od njihove manjše ali večje pripravljenosti in zmožnosti, da omogočijo ogled in dostop do njenih elektronskih naprav – česar oblik se vnaprej ne da natančno predvideti.⁵⁶ Ker je nasprotni stranki za nekooperativnost grozila visoka kazen,⁵⁷ si

⁵⁴ Te niso nujno ravno zakoniti zastopniki ali vodilni delavci gospodarske družbe. Gre za osebe iz njenega podjetja, ki znorejo dejansko zagotoviti uspešno izvedbo zavarovanja. Pri pregledu računalnikov lahko to morda zagotovijo samo delavci, ki uporabljajo posamezen računalnik (ker samo oni poznajo vstopna gesla). Morda ima družba sistemskega administratorja ali pa za to nemara skrbi pogodbeni sodelavec.

⁵⁵ To dvojje je nujno razločevati. Glej razdelek 3.3.

⁵⁶ Prim. sodbo Ustavnega sodišča G 10/2012 z dne 26. 11. 2013 in z njo povezano sodbo ESČP z dne 23. 10. 2018 v zadevi *Produkcija Plus, d. o. o. proti Sloveniji*.

⁵⁷ Primerno je bilo že v tistem sklepu (zavoljo nasprotne stranke za stadij, ko se bo seznanila s sklepom in njegovimi razlogi) in zdaj znova spomniti, da je Ustavno sodišče že zdavnaj potrdilo ustavno skladnost ureditve »v 226. členu ZIZ, ki omogoča tudi izrekanje zelo visokih kazni«, saj: »Iz zahteve po učinkovitosti pravice do sodnega varstva [...] izhaja, da mora ZIZ preprečiti, da bi se dolžniku bolj splačalo plačevati kazni po 226. členu ZIZ kot izpolniti obveznost« (iz 14. točke obrazložitve odločbe U-I-339/98 z dne 14. 10. 1998).

je bilo torej vendarle treba zagotoviti nekaj fleksibilnosti pri morebitni bodoči presoji, ali je nasprotna stranka odredbo spoštovala.⁵⁸

Še nadaljnja zaščita interesov nasprotnice zavarovanja se je nanašala na njegovo trajanje. Ker je 171. člen ZASP posledica implementacije 7. člena Direktive o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine, je bilo nacionalno pravo treba razlagati lojalno z evropskim, navedeni 7. člen pa med drugim določa: »Države članice zagotovijo, da se ukrepi za zavarovanje dokazov na zahtevo toženca preklicajo ali drugače prenehajo veljati [...] če vlagatelj ne sproži [pravde] v roku, ki ga določi sodni organ, ki odreja ukrepe, kadar to dovoljuje zakonodaja države članice ali, če take odločitve ni, v roku, ki ne presega 20 delovnih dni ali 31 koledarskih dni, kar je pozneje.« Uporaba teh kratkih rokov ni bila smiselna.⁵⁹ Poleg tega slovensko pravo vsebuje režim prenehanja začasnih odredb, ki ga je bilo mogoče (bolj) smiselno uporabiti. Po drugem odstavku 277. člena ZIZ namreč sodišče, kadar izda začasno odredbo pred vložitvijo tožbe, določi predlagatelju rok za vložitev tožbe. Daljši rok, kot je citirani, je ponujal možnost rešitve spora, ki ne bi morala vključevati sodišča, k čemur bi stranki sicer silil prekratek rok. Zato je bila del izreka tudi točka: »Če v treh mesecih, odkar prejme izvedenčev dokončen izvid in mnenje, predlagateljica ne vloži tožbe zaradi kršitve pravic, na katere se nanaša ta sklep, izvid in mnenje, pridobljena v tem postopku izgubita svojo (procesno)pravno veljavo.«

Komu se bo morda zdelo, da ta inovacija nima zadostnega kritja v zakonodaji, premislek pa je bil naslednji. Sodnik v predpravnem zavarovanju dokazov bi bil le po naključju isti kot v poznejši pravdi in stališča prvega k ničemur ne morejo trdno zavezati drugega. In vendar je zaradi možnosti, da si bosta edina, navedeno pomenilo pritisk na predlagateljico in s tem varovalo za nasprotnico. Bistvo je vsekakor bilo, naj prva nima možnosti druge dolgo držati v negotovosti, kaj namerava z izsledki zavarovanja.

⁵⁸ Pomembna stališča, še posebej ob podnormiranosti ZIZ, vsebuje sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 3925/2007 z dne 27. 2. 2008. V sedanjem kontekstu je pomembna obrazložitev: »Pred izdajo [...] sklepa [o izvršitvi denarne kazni] mora sodišče preveriti upnikove trditve, da dolжник ravna v nasprotju s svojo obveznostjo, ki mu jo nalaga začasna odredba. Upnik mora navesti dejstva in dokaze, na podlagi katerih bo mogoče ugotoviti, da dolжник krši svojo obveznost. Sama trditev upnika še ne more zadoščati za odločitev, kot jo je z izpodbijanim sklepom sprejelo sodišče prve stopnje. Šele potem, ko [a] upnik utemelji izvršitev že izrečene denarne kazni in ko [b] o takem upnikovem predlogu poda svoje navedbe tudi dolжник, lahko sodišče o izvršitvi kazni sploh odloča.« Podnormiran je torej postopek ugotavljanja kršitve, navedeni sklep pa to rešuje. V tem okviru je pomembna še prilagodljiva določba 29.a člena ZIZ, da sodišče opravi narok tudi, »kadar je po njegovem mnenju to smotno«.

⁵⁹ Ti roki so verjetno že sicer namenjeni zavarovanju dokazov, ki lahko zajema tudi »fizični zaseg blaga, ki je predmet kršitve, in v ustreznih primerih materiala in opreme«. Ta del prvega odstavka 7. člena pri nas, kot omenjeno, ni implementiran v 171. členu ZASP, temveč je že od prej del splošnega režima začasnih odredb. Da je to tudi del 7. člena, je najbrž posledica zgledovanja evropskega zakonodajalca pri francoski *saisie-contrefaçon*. Kljub razdrobljenosti ureditve instituta v Code de la propriété intellectuelle se jasno razlikujeta »la description de la contrefaçon« (zapisniški opis kršitve) od »la saisie réelle (d'échantillons ou du stock contrefaisant)« (zaseg kršečih vzorcev ali zalog). Glej Romet.

3.4. »Pripravljalni« narok in ogled ter (ne)sodelovanje nasprotne stranke in zahteva po navzočnosti prič

Na dan ogleda sem razpisal narok na sodišču, namenjen zadnjim pripravam.⁶⁰ Navzočim je bilo pojasnjeno, da je vloga predlagateljčinega strokovnjaka na ogledu pomagati sodnemu izvedencu, na lastno pobudo pa naj ničesar ne ukrene, in da je to pomembno tudi zaradi videza, saj sam pomaga stranki, medtem ko je sodni izvedenec (nepristranski) pomočnik (nepristranskega) sodišča.

Nadalje se je zelo pomembnega – za ta institut ključnega – skupka problemov, o katerem si v tedanji naglici nisem zmozel do konca izoblikovati stališč, dotaknil moj načrt, da bi izvršitelj kot vročevalec poskušal opraviti vročitev sklepa o zavarovanju nasprotni stranki na njenem registrskem naslovu (s spletnega programa Google Maps se je videlo, da gre za družinsko hišo, po vsej verjetnosti »lastnika« nasprotne stranke), medtem ko bi se sočasno na naslovu, kjer naj bi ogled potekal (sodeč po Google Maps so bili tam poslovni in proizvodni prostori nasprotne stranke), sestali predlagateljčina pooblaščenca, oba računalniška strokovnjaka in sodnik s sodnim zapisnikarjem. Težava, ki sem se jo na ta način namenil reševati, je izvirala iz mojega tedanjega prepričanja, da je zakonsko zahtevo, da je pisanja gospodarskim družbam vročajo na naslovu, ki je vpisan v register (tretji odstavek 139. člen ZPP), nujno uskladiti s tem, da se zavarovanje začne izvajati brez odlašanja (če bi bil sklep vročen v roke nekomu, na kogar bi se naletelo na registrskem naslovu,⁶¹ bi ta lahko razkril, da je sodišče na poti na ogled poslovnih in proizvodnih prostorov, kar bi lahko močno skvarilo odrejeni ukrep). Nazadnje pravilno vabljenega izvršitelja na narok sploh ni bilo (čez poletje je zaprl pisarno). V soglasju s predlagateljico sem sklenil, da se ogled kljub temu ne odloži, temveč se vročitev sklepa in ogled poskušata opraviti zgolj na naslovu poslovnih in proizvodnih prostorov nasprotne stranke. Tam smo nazadnje našli direktorja, ki je v ogled privolil, nasprotna stranka pa je tudi sicer zgledno sodelovala. Tako se eden od ključnih problemov uporabe tega instituta, s katerim sem si vse od prejema predloga dalje dosti belil glavo, ni aktualiziral oziroma v polni meri razvil. Temu je zato tu treba nameniti nekaj prostora.

Že brez komplikacij z več naslovi je videti, da je splošni problem ta, da trenutek, ko je vročitev opravljena po ZPP (celo če gre za vročitev v roke, in ne za fikcijo vročitve), ni isti kot trenutek, ko naslovnik nenadomestne sodelovalne obveznosti dojame, kaj se od njega zahteva in kaj mu grozi, če se po zahtevi ne bo ravnal. ZPP določa, komu se za pravno osebo opravi vročitev –

⁶⁰ Seveda ni šlo za pripravljalni narok v smislu 279.c člena ZPP. Podlaga zanj je bil prej 29.a člen ZIZ.

⁶¹ Mar je lastnikov družinski član »oseba, ki je pooblaščenca za sprejem pošte«, »delavec, ki je v pisarni oziroma v poslovnem prostoru ali na sedežu«, če že ni »zakoniti zastopnik ali prokurist«, ki jih na registrskem naslovu gospodarske družbe pričakuje ZPP v prvem odstavku 133. člena? Vprašanje je seveda retorično, indicira pa anomalijo oz. neadekvatnost bodisi zakonodaje bodisi tukaj predstavljenih stališč.

toda kdo je tisti, čigar zavedanje *se bo njej pripisalo* v tem smislu, da je zanjo nastala obveznost sodelovanja,⁶² in čigar nesodelovanje bo vodilo k *njenemu* denarnemu kaznovanju?

Z distance je jasneje, da je problem nujnosti zagotavljanja sočasnosti vročitve sklepa o zavarovanju dokazov z vzpostavitev sodelovalne obveznosti nasprotni stranke po tem sklepu le navidezen. Usoda tega dvojega namreč ne mora biti neločljivo povezana.⁶³ Kot je bilo že večkrat rečeno, se pri tej vrsti zavarovanja dokazov subsidiarno in smiselno uporablja režim začasnih odredb, pri njih pa se, spet subsidiarno in smiselno, uporabljajo pravila o izvršbi (prim. 239. člen ZIZ). Zanj velja, da se začne izvajati pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi (prim. prvi odstavek 46. člena ZIZ), pri čemer se sklep o izvršbi takoj po izdaji vroča njegovim »izvrševalcem« (banki, izvršitelju, zemljiškoknjižnemu sodišču itd.), ki seveda ne odlašajo z izvršilnimi dejanji, dokler sklep ni vročen tudi dolžniku (prim. tretji odstavek 45. člena ZIZ). Tipično tako na primer banka takoj blokira sredstva na dolžnikovih računih (prim. prvi odstavek 138. in prvi odstavek 141. ter prvi odstavek 145. člena ZIZ). Vredno je omeniti, da je pri izvršbi na premoženje skladno z opisano ureditvijo določeno, da če se dolžniku pred ru-bežem ne da vročiti sklepa o izvršbi (kar zakon sicer šteje za najbolj tipičen potek te izvršbe), »mu ga izvršitelj vroči [pač] pozneje« (prim. prvi in drugi odstavek 82. člena ZIZ). Dosledno je torej, da se tudi izvršba nenadomestnega dejanja po 226. členu ZIZ začne takoj, neoziraje se na trenutek vročitve sklepa o zavarovanju.

Kar pa zadeva vprašanje, kdo je tisti, čigar zavedanje se bo pripisalo pravni osebi, da je zanjo nastala obveznost sodelovanja, in čigar morebitno nesodelovanje bo vodilo k njenemu denar-nemu kaznovanju, je primerno najprej izpeljati miselni preizkus z odgovorom, ki bi komu morda prvi prišel na misel: direktor. Toda ta odgovor se isti hip izkaže za evidentno napačne-ga. Mar naj zavarovanje dokazov propade, če je direktor v trenutku ogleda odsoten in nedo-segljiv? In *ad absurdum*, kaj, če velja skupno zastopstvo, mar naj bi tedaj morali biti navzoči vsi skupni zastopniki, da bi zavarovanje dokazov veljalo? Mogoče si je po drugi strani zamisliti, da je direktor navzoč, da je voljan sodelovati in da tudi da navodila v tem smislu prisotnim delavcem – vendar je odsoten delavec, ki edini pozna geslo računalnika, ki naj bi ga bilo treba po sklepu sodišča pregledati. V takšnem primeru gospodarska oseba kot naslovljenka sodelo-valne obveznosti ne bi mogla biti kaznovana za nesodelovanje (*impossibillum nulla obligatio*).

Bistveno je zato to, kar je v kontekstu drugega, toda v tem primerljivega pravnega instituta navedlo Vrhovno sodišče v sodbi G 10/2012: »Sklicevanje na odsotnost pooblaščenih oseb

⁶² Na tej točki bi se misel lahko speljala k vprašanju, ki jih sicer v drugem kontekstu zgledno predstavlja Zupančič glede vednosti pravne osebe, toda to bi bila v zdaj obravnavanem okviru napaka.

⁶³ Čeprav ZPOmK-1 v primerljivi situaciji to izrecno združuje v drugem odstavku 28. člena, ki določa: »Odredbo za preiskavo agencija vroči osebno podjetju, zoper katero naj se izvede preiskava, na začetku opravljanja preiskave.« Morda je bilo prav to združevanje vzrok zapletov v zgoraj navedeni zadevi POP TV (prim. 17. in 18. točko sodbe Vrhovnega sodišča G 10/2012).

[nasprotne stranke] ni utemeljeno. Za vstop in pregled [njih] prostorov [...] ter pregledovanje nje[n]ih poslovnih knjig, pogodb, listin, poslovne korespondence, poslovne evidence in drugih podatkov ni bila potrebna nobena [njena]odobritev [...]. Zato tudi ni bilo potrebe, da bi se čakalo na osebo, ki bi imela taka pooblastila. Odsotnost take osebe potemtaka ne more pomeniti opravičila za nesodelovanje s pooblaščenimi osebami« (iz 13. točke obrazložitve). Sklep sodišča o zavarovanju dokazov na podlagi zakona dovoljuje ogled, s čimer – če že ne postane obveznost vsakogar, ki je v podjetju nasprotne stranke zmožen omogočiti ogled, da to tudi stori – zagotovo takšno sodelovanje dovoljuje. Še več, spodbuja ga s tem, da se bo nesodelovanje teh oseb pripisalo nasprotni stranki in pomenilo njeno nesodelovanje. Kriterij presoje je naslednji: »Pomembno je ravnanje pravne osebe z objektivnega vidika in ne gledanje s subjektivnega vidika posameznih zaposlenih ali celo nezaposlenih oseb pri [nasprotni stranki]. Ali so posamezni delavci [nasprotne stranke] razumeli, za kakšen postopek pravzaprav gre, in kako ravnati v nastali situaciji (sklicevanje na njihovo laičnost), ne more biti odločilno za presojo ravnanja [nasprotne stranke]« (iz 15. točke obrazložitve, *mutatis mutandis*).

V celoti pritrujem prvi citirani povedi. Glede druge pa želim dodati, da je treba pri ogledu pri stranki, ki je pravna oseba, fizičnim osebam, na katere se ob prihodu na kraj ogleda naleti – bodisi da so tam edine na voljo, na primer receptorji in vratarji (bistveno je, da spadajo k podjetju stranke, tudi če so morda zgolj njeni pogodbeni sodelavci, kot so zdaj že vsepovsod varnostniki), bodisi da so *prima facie* za to najprimernejše (zaželeno je seveda takoj priti v stik s poslovodji) – jasno predočiti:

- a) da je sodišče izdalo sklep, ki prišedšim dovoljuje pregled prostorov in/ali dokumentacije in/ali naprav pravne osebe;
- b) da je to treba brez slehernega odlašanja zagotoviti, neoziraje se na morebitno nenavzočnost ali nerazpoložljivost vodilnih delavcev ali zakonitih zastopnikov,⁶⁴ s katerimi naj sicer v podjetju čim prej stopijo v stik;⁶⁵
- c) da ob nesodelovanju pravni osebi grozi visoka denarna kazen.⁶⁶

⁶⁴ Napačno bi bilo odlašati s takojšno izvedbo ukrepa zaradi čakanja, da na kraj ogleda pride kakšen vodstveni delavec ali direktor – in tudi z dajanjem na voljo kratkega roka, da bi si nasprotna stranka priskrbel, če to želi in do česar ima vsekakor pravico, navzočnost in pomoč odvetnika.

⁶⁵ To je pomembno tudi zaradi zakonske zahteve iz prvega odstavka 50. člena ZIZ, citirane v nadaljevanju, da mora zakoniti zastopnik pravne osebe, kadar se izvršba opravlja v njenih prostorih, takoj določiti osebo, ki bo navzoča pri izvršilnih dejanjih.

⁶⁶ Najpriročajša je takojšnja blokada računov v višini zagrožene kazni. Tako začeta izvršba po uradni dolžnosti se po nevrožitvi ali po neuspehu ugovora in pritožbe dokonča s prenosom blokiranih denarnih sredstev v korist proračuna sodišča. Ta izvršba se po uradni dolžnosti začne, takoj ko je izveden takšen ali bistveno podoben postopek, kot je opisan v sklepu Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 3925/2007 (glej opombo 58).

Zaradi kompletnosti je treba povedati, da pri *nadomestnem* dejanju, to je tistem, ki ga namesto zavezanca lahko opravi tudi kdo drug in ki zato ne zahteva zavezančevega sodelovanja (npr. ogled zaklenjenega skladišča, v katero naj bi bil njegov imetnik verjetno spravil »piratske« pakete računalniških programov ali »ponarejene« obleko, obutev ali zdravila ipd., kršeč predlagateljevo znamko ali patent), seveda ni nujna nikogaršnja navzočnost iz zavezančevega podjetja, da bi bilo zavarovanje dokazov zakonito (tako terminologijo je vpeljala Uredba Sveta (ES) št. 3295/94 z dne 22. decembra 1994 o ukrepih za prepoved sprostitev ponarejenega in piratskega blaga v prosti promet izvoz, ponoven izvoz ali za uvedbo odložnega postopka). Ob odsotnosti vsakogar ali ob nevoljnosti navzočih se sme v zaprte prostore tudi vdreti: »Kadar je treba opraviti izvršilno dejanje v zaklenjenem prostoru, pa dolжник ni navzoč ali prostora noče odpreti, ga na podlagi odredbe sodišča nasilno odpre izvršitelj ali njegov namestnik osebno v navzočnosti dveh polnoletnih občanov« (tretji odstavek 49. člena ZIZ).

To določbo je bilo primerno citirati tudi zato, ker opozarja na nadaljnjo zakonsko zahtevo, ki se kaj lahko prezre: potrebo po navzočnosti »dveh polnoletnih občanov«. Gospodarsko (okrožno) sodišče, katerega vsa neposredna izkušnja z izvršbo (ki sicer spada v pristojnost okrajnih sodišč) temelji na zavarovanju z začasnimi (in nekoč še s predhodnimi⁶⁷) odredbami, ki jih praktično nikoli ni treba izvrševati v zaprtih prostorih pravne osebe, bo mimogrede prezrlo, da je prav temu posebej namenjen 50. člen ZIZ (»Izvršba v prostoru pravne osebe«): »[1] Kadar se opravlja izvršba v prostoru pravne osebe, zahteva izvršitelj pred pričetkom izvršilnih dejanj od zakonitega zastopnika te pravne osebe, da takoj določi osebo, ki bo navzoča pri dejanjih. [2] Če zakonitega zastopnika ni v prostorih pravne osebe ali če ne določi osebe, ki bo navzoča, opravi izvršitelj dejanja v navzočnosti dveh polnoletnih občanov.« Skrbna priprava na zavarovanje dokazov po ZASP in ZIL-1 bi torej morala upoštevati tudi ta člen.⁶⁸

4. Namesto sklepa: še več odprtih vprašanj

O zaključku opisane zadeve je dovolj povzeti, da je izvedenec po ogledu pripravil mnenje, glede katerega sem strankama sporočil svojo oceno, da je temeljito, strokovno in jasno, sami pa nanj nista imeli pripomb. Z iztekom roka za pripombe je bil postopek končan. V njem se je med drugim pokazalo, da predlagateljica s programom za zaznavanje kršitev na daljavo ni bila

⁶⁷ Prim. opombo 40.

⁶⁸ Teoretiki izvršilnega prava pojasnjujejo, da je smisel navzočnosti dveh polnoletnih občanov zagotavljanje javne kontrole in obzirnosti pri izvrševanju tega dejanja (Starović, str. 239), vendar je njuna funkcija očitno tudi ta, da bosta pozneje lahko pričli (prim. Dika, str. 368, ki opozarja na javnopravno obveznost, da mora vsakdo, ki je povabljen za pričo, na povabilo priti, in če ni z zakonom drugače določeno, tudi pričati). Morda je najprimerneje za ta namen angažirati strokovna sodelavca, saj je njuno navzočnost razmeroma lahko zagotoviti tako za ogled kot za morebitno poznejše zaslišanje, kako je potekal, povrhu pa bosta izvedeni pričli v tem smislu, da bosta dogajanje razumela dosti bolje od povprečnega polnoletnega občana.

povsem natančno ugotovila obsega kršitve, saj nekateri primeri uporabe niso pomenili kršitve njene avtorske pravice, medtem ko so bile odkrite prvotno nezaznane kršitve. Ta izid – da se je dejansko stanje, ki je bilo sprva delno poznano in mestoma le v obrisih indicirano, precizno ugotovilo – je v mojih očeh ukrep dodatno upravičil. Sicer pa zgoraj predstavljene rešitve niso bile preizkušene s pravnimi sredstvi (kot rečeno, ni bil vložen niti ugovor), da bi bile lahko robustnejše. In tudi mimo tega odprtih in zahtevnih vprašanj ostaja še veliko. Za zaključek bom nakazal samo smeri, v katere ta vprašanja lahko gredo.

Opustitev maloprej omenjene zahteve po navzočnosti dveh prič je v izvršbi nepravilnost pri njenem izvajanju, ki ima lahko disciplinske posledice za izvršitelja (prim. tretji odstavek 52. člena ZIZ), na veljavnost izvršilnih dejanj pa ne vpliva. V kontekstu zavarovanja dokazov pa bi morda lahko šlo za dosti pomembnejšo opustitev, z veliko bolj dramatičnimi posledicami za glavne procesne subjekte (kot je pač dramatična vsaka ekskluzija dokazov). Pod predpostavko, da je zgoraj citirane določbe 49. in 50. člena ZIZ res nujno uporabiti tudi pri zavarovanju dokazov po ZASP in ZIL-1 (če je to po petem odstavku 171. člena ZASP oz. petem odstavku 124. člena ZIL-1 »smiselno«) in bi se primerilo, da ni bilo poskrbljeno za navzočnost prič, bi šlo lahko nemara celo za takšno (absolutno bistveno) kršitev, da zavarovanje dokazov (o dejansko ugotovljeni kršitvi) ne bi veljalo (kar bi bila svojevrstna ekskluzija dokazov).

Dalje, ni izključeno, da se bo slovensko sodišče kdaj srečalo z vprašanji iz okvira »prostega pretoka dokazov«, na primer z naslednjim, ki je že »oplazilo« Sodišče EU: še preden je to lahko odločilo o predhodnem vprašanju genovskega sodišča ali je londonsko sodišče utemeljeno zavrnilo njegovo zaprosilo po uredbi o pravni pomoči pri dokazovanju,⁶⁹ naj se v poslovnih prostorih gospodarske družbe v Angliji izvede opis kršitve (ital. *la descrizione*) po Codice della Proprietà Industriale (CPI), ki je italijanska različica v tem prispevku obravnavanega zavarovanja dokazov, je bil predlog za sprejetje predhodne odločbe umaknjen in postopek ustavljen (*Alessandro Tedesco proti Tomasoni Fittings Srl in RWO Marine Equipment Ltd*, C-175/06, sklep predsednika senata z dne 27. 9. 2007). Na srečo je še prej prepričljive sklepne predloge podala generalna pravobranilka J. Kokott. Med drugim je poudarila, da je 7. člen Direktive o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine s tem, da je k zavarovanju dokazov uvrstil tudi zaseg blaga, ki je predmet kršitve, in še nekatere podobne ukrepe, z institutom zavarovanja dokazov »ponesrečeno pomeša[l]« začasne odredbe (84. točka sklepnih predlogov).⁷⁰ Po njeni presoji je presojana *descrizione* po konkretni vsebini spadala na področje sodelovanja med sodišči držav članic pri pridobivanju dokazov⁷¹ in bi jo bilo zato angleško sodišče moralo izvesti. Slovensko

⁶⁹ Uredba Sveta (ES) št. 1206/2001 z dne 28. maja 2001 o sodelovanju med sodišči držav članic pri pridobivanju dokazov v civilnih ali gospodarskih zadevah.

⁷⁰ Na enaki premisi temeljita opombi 26 in 59.

⁷¹ Dandanašnji 129. člen CPI, ki je prenovljena različica glede na tisto iz sklepnih predlogov, že po naslovu razkriva dvojnost (*descrizione e sequestro*), ki je lastna tudi francoski *saisie-contrefaçon*, da preseže zavarovanje dokazov, kadar

sodišče bi po mojem moralo v okoliščinah konkretnega primera presoditi, ali so zaprosilu za zavarovanje dokazov »primešane« začasne odredbe, saj je to pravna materija druge uredbe iz okvira evropskega civilnega procesnega prava, Uredbe Bruselj I.⁷² Začasno odredbo bi tedaj od slovenskega sodišča lahko zahtevala stranka, ne pa sodišče iz druge države članice. Zavarovanje dokazov bi se izvedlo po slovenskem pravu, ne pa po pravu druge države članice (vendar bi moralo biti to pravo povsod po Evropi že sicer harmonizirano na podlagi 7. člena Direktive o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine).⁷³

Kršitev intelektualne lastnine je lahko tudi kaznivo dejanje.⁷⁴ Posebno obravnavo bi si zato zaslužila tema koordinacije kazenskopravne hišne preiskave in zavarovanja dokazov po ZA-SP in ZIL-1. S tem bi bilo očitno mogoče ubiti dve muhi na en mah, za kar pa bi bila nujna skrbna priprava (ki bi vključevala tudi študij privilegija zoper samoobtožbo). Civilnopravni ukrep bi na primer kot dodatno varovalko lahko določil, da se izvede neposredno po kazenskopravnem.⁷⁵

Ta prispevek je (reflektiran) pogled v delavnico prvostopenjskega sodnika, ki naj bi zlasti bodočemu praktiku ponudil nekatere rešitve in smeri iskanja odgovorov na odprta vprašanja za čas, ko bo papirnati tiger iz uvoda naslednjič prekinil svojo hibernacijo.

Literatura

- DAMJAN, Matija. Nejasen obseg kazenskopravnega varstva znakov razlikovanja. *Podjetje in delo*, 2018, letn. 44, št. 2, str. 296–316.
- DENNING, Alfred. *The Due Process of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DIKA, Mihajlo. *Građansko ovršno pravo, I. knjiga*. Zagreb: Narodne novine, 2007.
- DOCKRAY, Martin, in LADDIE, Hugh. Piller Problems. *The Law Quarterly Review*, 1990, letn. 106, št. 4, str. 601–620.
- DROBEŽ, Eneja. Zavarovanje dokazov pri kršitvah pravic intelektualne lastnine. *Pravna praksa*, 2016, letn. 35, št. 41–42, str. II–VIII.

ne gre samo za zaseg vzorcev, temveč vseh predmetov kršitve, in tedaj služi že preprečitvi kršitve oz. odpravljanju njenih posledic (Ghiretti, str. 1349–1350). Zadnje presega okvire pravne pomoči med državami EU na področju dokazovanja.

⁷² 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.

⁷³ O tem sklopu vprašanj Nuyts, str. 368–369.

⁷⁴ Več o tem Damjan ter Šepec in Damjan.

⁷⁵ Glej zadevo *Chappell* (op. 23), stališča prvo- in drugostopenjskega sodnika, povzeta v točkah 43(e) in 45(d) sodbe ESČP ter presojo ESČP v točki 63 in nasl. obrazložitev.

- DOLENC, Mile. Informativni dokaz v pravnem postopku. *Pravna praksa*, 2010, letn. 29, št. 31–32, str. 8–10.
- DOLENC, Mile. O vlogi informativnega dokaza v pravnem postopku. *Podjetje in delo*, 2011, letn. 37, št. 6–7, str. 1467–1475.
- GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GALIČ, Aleš. Razkritje dokazov med privilegijem zoper samoobtožbo in vsebinsko pravičnostjo. *Podjetje in delo*, 2011, letn. 37, št. 6–7, str. 1456–1466.
- GALIČ, Aleš. Disclosure of Documents in Private Antitrust Enforcement Litigation. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2015, letn. 12, št. 8, str. 99–126.
- GALIČ, Aleš. Uvodna pojasnila k spremembam zakona, v: *Zakon o pravnem postopku (ZPP)*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.
- GHIRETTI, Fabio, v: Vanzetti, Adriano (ur.): *Codice della Proprietà Industriale*. Milano: Giuffrè, 2013.
- GOTTWALD, Peter. *Rolf Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976. Dostopno na: <www.mpi.lu/news-and-events/iapl-mpi-summer-school/2014/> (3. 9. 2019).
- JUHART, Jože. *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*. Ljubljana: Univerzitetna založba Ljubljana, 1961.
- NUYTS, Arnaud, v: Dickinson, Andrew, in Lein, Eva (ur.): *The Brussels I Regulation Recast*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1997.
- POZNIĆ, Borivoje. *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 2009.
- ROMET, Isabelle. La saisie-contrefaçon, unité et diversité: Neuf propositions pour harmoniser la saisie-contrefaçon. *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2004, št. 4, str. 29–38.
- SHEPHERDSON, Verity. *Who's knocking on my door? How to handle an Anton Piller order*. Dostopno na <www.findlaw.com.au/articles/748/whos-knocking-on-my-door-how-to-handle-an-anton-pi.aspx> (23. 9. 2019).
- STAROVIĆ, Borivoj. *Komentar Zakona o izvršnom postupku*. Beograd: Intermex 2007.
- STROWEL, Alain, in HANLEY, Vicky. The Anton Piller Case and Its Legacy: In Search of a Balance in Civil Search. V: Heath, C., in Sanders, A. K. (ur.), *Landmark Intellectual Property Cases and their Legacy: IEEM International Intellectual Property Conferences*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- ŠEPEC, Miha, in DAMJAN, Matija. Kazenskopravno varstvo avtorske materialne pravice v Republiki Sloveniji. *Podjetje in delo*, 2017, letn. 43, št. 8, str. 1459–1481.
- VÉRON, Pierre. *La saisie-contrefaçon*. Predavanje 9. 12. 2005 na Société de législation comparée, Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises, Pariz. Dostopno na: <web.archive.org/web/20130928011507/http://www.veron.com/publications/Colloques/Saisie_contrefacon.pdf?card=594> (3. 9. 2019).
- WALTER, Michael M., in LEWINSKI, Silke v. (ur.). *European Copyright Law, A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2013.
- ZUPANČIČ, Luka. Vedenje pravne osebe. *Pravna praksa*, 2012, letn. 31, št. 24–25, str. 22–24.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.91/.95:343.1:368

Zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi v (pred)kazenskem postopku – med kazenskim in civilnim pravom

GREGOR KLUN
magister pravnih znanosti
okrožni sodnik, Okrožno sodišče
v Ljubljani

1. Uvod

Ureditev zavarovanja v Zakonu o kazenskem postopku (ZKP)¹ je razpeta med civilnim in kazenskim pravom. Predmet tega zavarovanja so lahko terjatve z obeh pravnih področij (premoženjskopravni zahtevki in odvzem premoženjske koristi), ki so tesno povezane s kaznivim dejanjem kot glavno temo (pred)kazenskega postopka. Kljub različni podlagi teh dveh vrst terjatev so pravila ZKP za njuno zavarovanje smiselno enaka in se pretežno zgledujejo po civilnem zavarovanju. Osrednji namen omenjenih terjatev namreč ni kaznoven, temveč civilnopraven, saj so usmerjene v vzpostavitev stanja pred kaznivim dejanjem.

Pri odločanju v konkretnih zadevah se zato pogosto prepletajo instituti civilnega in kazenskega prava, kar povzroča številne dileme. V prispevku poskušam osvetliti nekatere od teh dilem in ponuditi izhodišča za njihovo reševanje. Pri tem se omejujem na zavarovanje premoženjskopravnih zahtevkov in odvzema premoženjske koristi v predkazenskem postopku.

2. Narava začasnega zavarovanja v (pred)kazenskem postopku

2.1. Začasno zavarovanje kot omejevalni ukrep

Izhodišče za razpravo o začasnem zavarovanju je njegova oblastna oziroma omejevalna narava. Ustavno sodišče je začasno zavarovanje po ZKP uvrstilo med tako imenovane stvarne

¹ Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US, 66/17 – ORZKP153,154 in 22/19.

omejevalne ukrepe, ki pomenijo omejitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin pred izrekom obsodilne sodbe.² Pojasnilo je, da so zaradi pomembnih funkcij kazenskega prava in kazenskega postopka (med drugim zaradi učinkovitosti prisilnih ukrepov, ki bi sledili morebitni obsodilni sodbi) takšni posegi v pravice obdolženca in izjemoma tudi tretjih oseb dopustni, če so pravila glede vsebinskih pogojev in procesov odločanja dovolj določna ter zagotavljajo sorazmernost med ciljem ukrepa in pravico, ki jo ukrep omejuje. Začasno zavarovanje mora izpolnjevati takšne zakonske pogoje, vselej pa je podvrženo tudi testu dopustnosti posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine, ki poleg ugotovitve ustavno dopustnega cilja vključuje še strogi test sorazmernosti (nujnost, primernost in sorazmernost v ožjem smislu).

2.2. Zavarovana terjatev (odvzem PK in PPZ)

Naravo zavarovanja (so)določa zavarovana terjatev, ki je po ZKP bodisi odvzem premoženjske koristi (PK) bodisi premoženjskopравни zahtevek (PPZ). Podrobnejša analiza omenjenih vrst terjatev presega okvir tega prispevka, zato bo poudarek le na njunih temeljnih značilnostih, ki so pomembne za nadaljnjo razpravo o ureditvi začasnega zavarovanja po ZKP. Čeprav je odvzem PK kazenskopravna, PPZ pa civilnopravna terjatev, sta oba usmerjena k vzpostavitvi stanja pred kaznivim dejanjem, saj izhajata iz splošnega načela, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, ki jo je pridobil protipravno.³ Teorija opozarja, da imata instituta skupno (materialno in procesno) zasnovo in da pri odločanju o teh terjatvah ne gre za odločanje o kazenski zadevi (*causa criminalis*), temveč o vprašanju, ki spada tudi v okvir civilnega prava.⁴ Povezanost s kaznivim dejanjem vseeno obstaja, saj je odvzem PK mogoč samo ob obsodilni sodbi, uveljavitev PPZ pa le, če je nastal zaradi kaznivega dejanja. Podobnost teh dveh vrst terjatev je načrtno upošteval tudi zakonodajalec, ki je za njuno zavarovanje v (pred)kazenskem postopku predvidel smiselno uporabo istih pravil.

Kadar se terjatvi prekrivata, ima prednost PPZ, odvzem PK pa je subsidiarne narave (tretji odstavek 499. člena ZKP in 76. člen Kazenskega zakonika – KZ-1⁵). Izhodišče, da v taki koliziji javnega in zasebnega interesa prevlada zasebni, je logično in skladno z usmeritvami evropske zakonodaje.⁶ Teorija pa opozarja na pomanjkljivosti pri izpeljavi tega izhodišča v

² Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-296/02 z dne 20. 5. 2004.

³ Bavcon in Šelih, str. 387; Gorkič, str. 584.

⁴ Gorkič, str. 586.

⁵ Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16 in 27/17.

⁶ Direktiva 2012/29/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2012 o določitvi minimalnih standardov na področju pravic, podpore in zaščite žrtev kaznivih dejanj ter o nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2001/220/PNZ.

veljavni zakonodaji ter se zavzema za uvedbo primarnega in obligatornega odvzema PK, iz katerega bi se nato prednostno poplačal oškodovanec.⁷

3. Pravna podlaga zavarovanja v predkazenskem postopku

3.1. Materialno in procesno pravo

Pravna podlaga začasnega zavarovanja v (pred)kazenskem postopku je razpršena med več materialnih in procesnih predpisov. Ustava Republike Slovenije (URS) ne ureja neposredno začasnega zavarovanja, temveč merila, ki jim mora zadostiti zakonska ureditev tega ukrepa. Glede tega je treba upoštevati obvezne odločbe Ustavnega sodišča, posebej tiste, ki se neposredno nanašajo na zavarovanje po ZKP.⁸ Sicer pa pravotvorna dejstva v zvezi s terjatvijo odvzema PK določa KZ-1, podlaga PPZ pa se presoja po pravilih civilnega prava. Katera preostala dejstva utemeljujejo začasno zavarovanje omenjenih terjatev, določata ZKP ter Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ),⁹ ki urejata tudi postopek zavarovanja. Zavarovanje z evropskim elementom je urejeno v Zakonu o sodelovanju v kazenskih zadevah z državami članicami Evropske unije (ZSKZDČEU-1),¹⁰ zakonsko ureditev pa dopolnjujejo podzakonski akti (npr. Uredba o postopku upravljanja z zaseženimi predmeti, premoženjem in varščinami).¹¹

Iskanje ustrezne pravne podlage med kopico navedenih pravnih virov je v konkretnih primerih težavno, saj ZKP zavarovanje ureja skopo in napotuje na smiselno uporabo ZIZ, s tem pa odpira nekatera zahtevna vprašanja (zlasti to, ali so v ZKP urejeni položaji obravnavani celovito oziroma drugače kot v ZIZ, ali je ureditev ZIZ primerna za smiselno uporabo in kaj je vsebina smiselne uporabe). Raznovrstnost in številčnost pravnih položajev pri zavarovanju terjatev ter njihovo urejanje v različnih predpisih zahtevajo podrobnejšo in kritično presojo, ki jo poskušam orisati v nadaljevanju.

3.2. Smiselna uporaba zakonov

Zakonodajalec se je pri urejanju zavarovanja v (pred)kazenskem postopku pretežno oprl na določbe ZIZ o začasnih odredbah, ki se smiselno uporabljajo za zavarovanje odvzema PK, če

⁷ Verdel Kokol, oddelek 4.

⁸ Glej predvsem odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-296/02 z dne 20. 5. 2004, Up-6/14 z dne 5. 3. 2015 in Up-564/16 z dne 9. 5. 2019.

⁹ 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, 76/15 – odl. US, 11/18 in 53/19 – odl. US.

¹⁰ Uradni list RS, št. 48/13, 37/15 in 22/18.

¹¹ Uradni list RS, št. 22/02, 110/02 – ZDT-B, 8/07, 48/07 in 102/12.

ZKP ne določa drugače (502.d člen ZKP), ureditev zavarovanja odvzema PK pa smiselno velja tudi za zavarovanje PPZ (drugi odstavek 109. člena ZKP). Ureditev je na prvi pogled nekoliko nejasna, saj je v isto poglavje kot 502.d člen ZKP umeščen 507. člen, ki ob odsotnosti drugačnih določb tega poglavja napotuje na smiselno uporabo drugih določb ZKP. Določbi istega poglavja ZKP torej napotujeta na različni ureditvi ob pogoju, da ta zakon ne določa drugače. S sistematično razlago je sicer mogoče priti do zaključka, da je za postopek zavarovanja specialnejše napotilo na pravila ZIZ, ki so zato subsidiarna le v razmerju do določb ZKP o zavarovanju odvzema PK (torej 502.–502.e člena ZKP), in ne morda tudi v razmerju do drugih določb ZKP. K takšni rešitvi prav tako privedeta zgodovinska in teleološka razlaga, saj je bilo obravnavano napotilo iz 502.d člena ZKP sprva nepogojno (»V postopku za začasno zavarovanje [...] se smiselno uporabljajo določbe [ZIZ]«), namen novele ZKP-K¹², ki je smiselno uporabo ZIZ vezala na dodaten pogoj (»Če s tem zakonom ni drugače določeno«), pa je bil razširitev smiselne uporabe ZIZ.¹³

Domet te razširitve prav tako zahteva ustrezno razlago. ZKP v 502.d členu namreč napotuje na smiselno uporabo določb ZIZ »o začasnih odredbah«, kar pa ne pomeni le uporabe 25. poglavja ZIZ, ki ureja materialnopravno in procesno podlago odločanja o začasnih odredbah. Pred ZKP-K je ta določba vsebovala napotilo na izrecno navedene člene ZIZ, kar po mnenju zakonodajalca in teorije ni zadoščalo, saj je treba za postopek zavarovanja odvzema PK uporabljati še druge (tudi temeljne in uvodne) določbe ZIZ, sklicevanje na ureditev začasnih odredb pa zagotavlja celovito podrejeno in smiselno uporabo postopka zavarovanja in izvršbe.¹⁴ Začasne odredbe so namreč (poleg zastavne pravice in predhodnih odredb) sredstvo zavarovanja (240. člen ZIZ) in kot take urejene v tretjem delu ZIZ (»Zavarovanje«), ki v uvodni določbi napotuje na smiselno uporabo določb o izvršbi (239. člen ZIZ). V postopku (izvršbe in) zavarovanja pa se smiselno uporabljajo še določbe Zakona o pravdnem postopku (ZPP),¹⁵ če v ZIZ ali drugem zakonu ni določeno drugače (15. člen ZIZ). Takšno ureditev narekuje precej pravnih praznin v 25. poglavju ZIZ in nepopolnost določb o izvršilnem postopku.¹⁶

Ob navedenih tezah in skopi ureditvi zavarovanja v ZKP je treba najprej osvetliti pomen smiselne uporabe zakonov. Gre za zakonsko ali pravno analogijo, ki je v tem primeru vgra-

¹² Uradni list RS, št. 91/11.

¹³ Predlog ZKP-K, Poročevalec DZ z dne 3. 6. 2011, str. 83. Glej tudi Jenull, str. 23.

¹⁴ Glej opombo 13.

¹⁵ 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, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17 in 16/19 – ZNP-1.

¹⁶ Pogorelnik Vogrinc, str. 135. Avtorica na istem mestu poudarja močno (procesno in vsebinsko) povezanost instituta začasnih odredb s pravdnim postopkom.

jena v pravni sistem kot urejevalno načelo, s katerim zakonodajalec enako pravno vrednoti tista razmerja, ki so izrecno urejenim v bistvenem podobna, in pomembno pravnotehnično sredstvo, ki ga pravodajalec zavestno uporablja in z njegovo pomočjo po poti sklepanja od podobnega na podobno (*argumentum a simili ad simile*) ureja družbena razmerja, ki jih že vnaprej predvideva in označuje kot pravno upoštevana.¹⁷ Zapoved smiselne uporabe tako pomeni, da se za položaj, ki ni izrecno urejen, po volji zakonodajalca uporabijo pravila, ki urejajo drug položaj, če sta si primerjana položaja v bistvenem podobna, in *a contrario*, če si položaja nista v bistvenem podobna; pravnega pravila, ki ureja določen položaj, ni mogoče uporabiti za drug (neurejen) položaj, saj takšna uporaba pravila ne bi bila smiselna.¹⁸ Sicer pa analogija ni edini razlagalni argument, saj so v procesnem pravu dopustna (nujna) tudi druga splošna pravila razlage formalnih pravnih virov.

Za smiselno uporabo pravila, na katero napotuje primarni zakon, je treba najprej ugotoviti, ali zakon položaj ureja oziroma ali ga ureja drugače kot ureditev, na katero napotuje. Že ta korak je pogosto težaven, saj drugačnost ureditve ni nujno izrecno ali jasno izražena. Posebej problematično je, kadar ZKP ureja le posamezna pravila v okviru določenega instituta zavarovanja, ki ga ZIZ ureja podrobneje. Ali to pomeni, da je ureditev ZKP v tem delu drugačna in se zato ZIZ ne uporabi? Pri iskanju odgovora si lahko pomagamo s primerjavo obeh ureditev konkretnega položaja, uporabo ustreznih metod razlage in ovrednotenjem (praktičnih) posledic rešitve.

Ob ugotovitvi, da ZKP posameznega položaja ne ureja (drugače), se je treba vprašati, ali je položaj, urejen v ZIZ, dovolj pravno podoben tistemu, za katerega naj (smiselno) velja. Položaja sta si pravno podobna samo, če se ujemata v lastnostih, ki so *ratio legis* za pravno urejanje družbenih razmerij, ali imata skupni vrednostni temelj.¹⁹ Ob ustrezni podobnosti pa je nato treba ugotoviti še razlike med položajema, ki zahtevajo oziroma usmerjajo ustrezno (smiselno) prilagoditev uporabljenega pravila.

Po drugi strani obstajajo primeri, v katerih smiselna uporaba ni mogoča. To se zgodi, če se primerjana položaja v bistvenih lastnostih ne ujemata, pa tudi kadar ureditve za konkretni položaj ni mogoče najti ne v primarni ne v podrejeni procesni ureditvi. V takšnih primerih je treba uporabiti pravila za zapolnjevanje pravnih praznin.²⁰

¹⁷ Pavčnik, M., 1991, str. 149. Glej tudi Pavčnik, M., 1999, str. 378 in 379.

¹⁸ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-949/12 z dne 10. 10. 2013.

¹⁹ Pavčnik, M., 1991, str. 145.

²⁰ Podrobneje o pravnih prazninah Pavčnik, M., 1999, str. 258–276.

4. Pogoji zavarovanja

4.1. Pogoji glede zavarovane terjatve

4.1.1. Odvzem PK

Osnovni pogoj začasnega zavarovanja je obstoj ali verjeten nastanek zavarovane terjatve. Ta pogoj je za zavarovanje v (pred)kazenskem postopku dopolnjen z zahtevo, da je zavarovana terjatev ustrezno povezana s kaznivim dejanjem. Takšna povezanost je terjatvi odvzema PK inherentna, saj brez nje po materialnem pravu (KZ-1) ne more nastati, za razliko od terjatev civilnega prava, ki praviloma niso odvisne od kaznivega dejanja. Povezavo s kaznivim dejanjem kot pogoj zavarovanja ZKP izrecno definira le za terjatev odvzema PK, ki mora priti v poštev v kazenskem postopku (prvi odstavek 502. člena ZKP). V predkazenskem postopku pa je tako zavarovanje dopustno, če so podani utemeljeni razlogi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, s katerim ali zaradi katerega je bila pridobljena PK, ali da je bila PK pridobljena za drugega ali nanj prenesena (drugi odstavek 502. člena ZKP). Gre za procesno določbo, ki določa (le) dokazni standard, ne pa tudi materialnopravnih pogojev obstoja terjatve (odvzema PK), ki so v celoti urejeni v KZ-1.

KZ-1 določa, da nihče ne more obdržati PK, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (prvi odstavek 74. člena KZ-1). Prejemniku koristi se odvzame tista konkretna PK, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem, če pa mu je ni mogoče odvzeti, se mu odvzame premoženje, ki ustreza premoženjski koristi, ali naloži plačilo tej koristi ustreznega denarnega zneska (prvi in drugi odstavek 75. člena KZ-1). Odvzem PK je torej praviloma mogoče zavarovati tudi s premoženjem, ki ne izvira iz kaznivega dejanja.²¹ PK, pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, se lahko odvzame tudi tistim, na katere je bila prenesena brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti, če so vedeli ali bi bili mogli vedeti, da je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (tretji odstavek 75. člena KZ-1). Če je premoženjsko korist pridobilo več oseb skupaj, se vsaki odvzame delež, ki ga je pridobila; če se ta delež ne more natančneje ugotoviti, ga določi sodišče ob upoštevanju vseh okoliščin zadeve (peti odstavek 75. člena KZ-1). Po navedenih določbah se odvzame tudi premoženje, ki ga storilec ali druge osebe, ki se jim premoženje odvzame, uporabljajo v svojo izključno ali pretežno korist s privolitvijo oseb, ki jim premoženje pripada, če so te osebe vedele ali bi bile mogle vedeti, da je premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem ali zaradi njega ali da je z njim bilo pripravljeno, storjeno ali prikrito kaznivo dejanje ali da je bilo pridobljeno z namenom, da se uporabi za kaznivo dejanje.

²¹ Primerjaj Jenull, str. 14.

Z zavarovano terjatvijo je prav tako povezano vprašanje pasivne legitimacije (zoper koga se zavarovanje odredi). Tudi ta povezava je pri odvzemu PK neizogibna, saj je zavarovanje te terjatve (drugače od PPZ) mogoče le zoper osebo, ki se ji korist lahko odvzame po koncu kazenskega postopka. ZKP določa, da je zavarovanje mogoče odrediti zoper osumljenca oziroma obdolženca, zoper prejemnika premoženjske koristi ali zoper druge osebe, na katere je prenesena, če se jim lahko odvzame po določbah KZ-1 (tretji odstavek 502. člena ZKP). Omenjena določba je nepotrebna in nerodno zapisana, saj ni jasno, ali navezovanje na KZ-1 glede dopustnosti odvzema velja za vse navedene kategorije oseb ali le za zadnjo. Jezikovni okvir določbe namreč omogoča razlago, da je zavarovanje dopustno zoper vsako od naštetih kategorij, pri čemer je možnost odvzema po KZ-1 pogoj pri zadnji. Takšna razlaga (ki odreditev zavarovanja dopušča tudi zoper obdolženca, ki koristi ni prejel) ni pravilna. Materialna podlaga odvzema PK je v celoti (vključno s pasivno legitimacijo) vsebovana v KZ-1, ki določa, da se PK vzame le njenemu prejemniku (to pa je lahko storilec ali kdo drug; 75. člen KZ-1), nikakor pa ne osebi, ki PK ni prejela. Če storilec s kaznivim dejanjem pridobi premoženjsko korist drugemu, se ta korist ne odvzema storilcu, temveč samo drugemu prejemniku.²² Enako je treba razumeti tretji odstavek 502. člena ZKP: zavarovanje se lahko odredi zoper več oseb, če in kolikor je vsaka od njih prejela PK. S tem je povezano še pravilo, da odvzema PK več zavezancem (npr. sotorilcem, ki so korist pridobili) ni dopustno naložiti solidarno.²³ Zato je treba za vsakega od zavezancev izkazati, koliko PK je pridobil. Ob pogojih iz petega odstavka 75. člena KZ-1 in 501. člena ZKP se lahko višina koristi izjemoma ugotavlja po prostem preudarku.²⁴

4.1.2. PPZ

Materialnopravna podlaga pravnih zahtevkov je v pravilih civilnega prava, po katerih terjatve praviloma niso odvisne od povezanosti s kaznivim dejanjem. Ista pravila določajo tudi stvarno (aktivno in pasivno) legitimacijo teh terjatev, ki se načeloma uveljavljajo v pravnem postopku. Če pa želi upravičenec takšen zahtevek uveljavljati v kazenskem postopku, mora biti terjatev s tem postopkom ustrezno povezana: PPZ mora nastati zaradi kaznivega dejanja in ne sme preveč zavleči kazenskega postopka (prvi odstavek 100. člena ZKP), glasi pa se lahko le na povrnitev škode, vrnitev stvari ali razveljavitev pravnega posla (drugi odstavek 100. člena ZKP).

²² Glej Bele, str. 523 (stališče avtorja se nanaša na določbo 96. člena tedaj veljavnega KZ, ki je v bistvenem identična določbi 75. člena zdaj veljavnega KZ-1).

²³ Horvat, str. 1058. Glej tudi sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 281/2005 z dne 26. 10. 2006 in I Ips 149/2009 z dne 7. 5. 2009.

²⁴ V sodni praksi je sprejet neto princip ugotavljanja PK. Za več o tem in o ugotavljanju deležev koristi, ki jo je pridobilo več oseb, glej Ambrož. O načinu ugotavljanja PK glej tudi Verdel Kokol, oddelek 2.2.1.

Dodaten pogoj zavarovanja PPZ je, da ga mora upravičenec že uveljavljati, to pa lahko stori le zoper obdolženca oziroma osumljenca. Če ima kakšno terjatev zoper drugo osebo (ker je zaradi kaznivega dejanja prišla do premoženjske koristi ali so pri njej stvari, pridobljene s kaznivim dejanjem), je v kazenskem postopku zoper to osebo ne more uveljavljati, lahko pa jo kljub temu zavaruje (111. člen ZKP). Takšno zavarovanje lahko traja največ do sodbe sodišča prve stopnje (drugi odstavek 111. člena ZKP). ZKP sicer zavarovanje PPZ zoper tretjo osebo izrecno omenja le za fazo kazenskega postopka,²⁵ vendar je ob ustrezni (teleološki, zgodovinski in sistematični) razlagi mogoče šteti, da se takšno zavarovanje lahko uveljavlja tudi v predkazenskem postopku. Prav tako je vprašanje, ali je zavarovanje zoper tretjo osebo zakonodajalec načrtno omejil le na vrnitveni ali kondikcijski zahtevek, ki sta edina omenjena v prvem odstavku 111. člena ZKP, ali pa gre samo za nedoslednost, saj so s kaznivimi dejanji lahko povezane še druge civilnopravne (predvsem odškodninske) terjatve upravičenca zoper tretje osebe (odgovornost za drugega, odgovornost za delavce ipd.).

Pasivna legitimacija in drugi elementi materialnopravne podlage PPZ se presojujejo po civilnem pravu, zato posamezni deli 502. člena ZKP, ki se nanašajo na premoženjsko korist oziroma njen odvzem, niso uporabljivi ali jih je treba smiselno uporabiti tako, da se ustrezno povežejo s konkretno civilnopravno terjatvijo. To pomeni, da mora opis očitane kaznivega dejanja iz obtožnega akta ali predloga zavarovanja vsebovati tudi nekatera dejstva, ki so z vidika civilnopravne terjatve sklepčna oziroma tvorijo konkretni dejanski stan (dejansko podlago) PPZ. V opisu dejanja morajo biti navedene vsaj okoliščine o povezavi PPZ s kaznivim dejanjem (»nastal zaradi«), preostala dejstvena podlaga PPZ pa je lahko vsebovana v obrazložitvi. Vse te navedbe morajo biti seveda ustrezno dokazno podprte in takšne, da njihova obravnava ne bo preveč zavlekla postopka (prvi odstavek 100. člena ZKP).

Zavarovanju PPZ je treba smiselno prilagoditi tudi tretji odstavek 502. člena ZKP; upravičenec lahko svoj zahtevek zavaruje zoper obdolženca (za povrnitev škode, vrnitev stvari ali razveljavitve pravnega posla) ali zoper drugo osebo (za vrnitev stvari ali neupravičene obogatitve). Če je zavezanec PPZ več, je položaj drugačen kot pri odvzemu PK, saj pravila civilnega prava (ob določenih pogojih) utemeljujejo tudi solidarno odgovornost.

Smiselna uporaba ureditve o začasnem zavarovanju odvzema PK (drugi odstavek 109. člena ZKP) tako pokaže, da so pogoji za zavarovanje PPZ po ZKP naslednji: (1) da je podana ustrezna verjetnost storitve kaznivega dejanja (utemeljen sum v kazenskem postopku ali utemeljeni razlogi za sum v predkazenskem postopku), (2) da je zaradi tega kaznivega dejanja po pravilih civilnega prava nastal PPZ zoper obdolženca ali zoper drugo osebo, (3) da upravičenec tak PPZ že/še uveljavlja (razen če gre za zavarovanje PPZ zoper drugo osebo – tak PPZ lahko upravičenec zavaruje, čeprav ga ne (more) uveljavlja(ti)) in načeloma tudi da (4) obravnava PPZ ne bo preveč zavlekla kazenskega postopka.

²⁵ Jenull, str. 29.

4.2. Nevarnost

ZKP zavarovanje odvzema PK poleg verjetnega obstoja ali nastanka te terjatve povezuje še z nevarnostjo, da bi obdolženec ali osumljenec razpolagal s PK tako, da bi jo uporabil za nadaljnjo kriminalno dejavnost oziroma da bi onemogočil ali precej otežil njen odvzem po končanem kazenskem postopku (npr. s skrivanjem, odtujitvijo in uničenjem). Obdolženec lahko tako ravna sam ali po drugih osebah (prvi odstavek 502. člena ZKP).

Pogoj nevarnosti je v besedilu ZKP prilagojen odvzemu PK, smiselno pa se uporablja tudi za zavarovanje PPZ. Smiselno razumevanje nevarnosti vsaj v tem obsegu ni zahtevno, saj gre po vsebini za nevarnost uveljavitve zavarovane terjatve po vzoru ZIZ, ki ji je alternativno dodana nevarnost uporabe koristi za nadaljnjo kriminalno dejavnost. Težava lahko nastopi pri natančnejši presoji nevarnosti, saj so določbe ZIZ v tem delu podrobnejše od tistih v ZKP in se poleg tega razlikujejo glede na naravo (denarno ali nedenarno) zavarovane terjatve. Zato se je treba vprašati, ali je zakonodajalec želel z ZKP zavarovanje v tem delu urediti drugače kot v ZIZ. Prepričljiv odgovor, da ni tako, izhaja iz geneze 502.d člena ZKP. Ta določba je bila v ZKP dodana z novelo ZKP-G,²⁶ ki je sočasno v 502. člen ZKP (med drugim) vnesla pogoj nevarnosti. Da zakonodajalec tega pogoja ni želel urediti drugače kakor v ZIZ, potrjuje tedanje besedilo 502.d člena ZKP, ki je napotovalo na izrecno določene člene ZIZ, ki poleg drugega urejajo dokazovanje nevarnosti (drugi, tretji in četrti odstavek 270. člena ter drugi in tretji odstavek 272. člena ZIZ). Omenjeno napotilo iz 502.d člena ZIZ je bilo z novelo ZKP-K nato le še razširjeno, zato se tudi navedene določbe ZIZ o nevarnosti smiselno uporabljajo še naprej, in sicer za zavarovanje odvzema PK in PPZ, v zvezi s tem pa je smiselno uporabljiva tudi sodna praksa civilnih sodišč.

4.3. Sorazmernost

Ker je zavarovanje po ZKP omejevalni ukrep oziroma oblastni poseg v človekove pravice in temeljne svoboščine (iz 33., 34. in 50. člena URS), mora sodišče ob odločanju o zavarovanju presoditi tudi, ali gre za čezmeren poseg. Ta presoja pomeni uporabo tako imenovanega strogega testa sorazmernosti za konkretni primer zavarovanja in zajema presojo: (1) ali je konkreten poseg sploh nujen (potreben) za doseg zavarovanega cilja; (2) ali je konkreten poseg primeren za doseg zasledovanega cilja in (3) ali je teža posledic konkretnega posega v prizadeto človekovo pravico sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale.²⁷ Konkretno zavarovanje bo navedeni test prestalo le, če bo izpolnilo vse tri zahteve.

²⁶ Uradni list RS, št. 101/05.

²⁷ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-296/02 z dne 20. 5. 2004, 24.–26. točka obrazložitve.

Ustavno sodišče poudarja, da načelo sorazmernosti ne zavezuje le zakonodajalca, temveč tudi sodišče, ki mora zato pri razlagi in uporabi zakonskih določb v vsakem konkretnem primeru skrbno pretehtati, ali je zaradi varstva javne koristi ali pravic drugih dopustno poseči v določeno pravico in v kakšnem obsegu.²⁸ Predlagani način zavarovanja je primeren in nujen, če odpravlja nevarnost za poznejšo uveljavitev zavarovane terjatve (PPZ ali odvzem PK) ali nevarnost uporabe koristi za nadaljnjo kriminalno dejavnost. Sledi še presoja sorazmernosti v ožjem smislu, ki se (poleg ustrezne verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje) nanaša tudi na časovne in stvarne omejitve zavarovanja. Zadnje izraža zahteva, da mora zavarovanje po višini ustrezati ocenjeni vrednosti zavarovane terjatve, saj je glede na cilj ukrepa nedopustno zavarovati več, kot bo pozneje dopustno odvzeti oziroma naložiti v plačilo.

Takšna presoja predpostavlja vsaj ugotovitev obstoja in vrednotenje konkretnega premoženja, ki naj bo predmet zavarovanja, pogosto pa bodo odločilne še druge okoliščine v zvezi s tem premoženjem oziroma njegovim imetnikom (kdo premoženje uporablja in za kakšen namen, pomen zavarovanega premoženja za imetnika, njegovo siceršnje premoženjsko stanje, vpliv zavarovanja na uporabo premoženja ipd.). Začasno zavarovanje po ZKP lahko namreč pomeni tudi poseg v pravice do dostojanstva (34. člen URS), do socialne varnosti (prvi odstavek 50. člena URS) in do varstva družine (53. člen URS). Ustavno sodišče je presodilo, da navedene pravice same po sebi sicer ne preprečujejo odvzema celotne protipravno pridobljene PK, tudi če bi šlo za edino premoženje prizadete osebe in je od tega odvisno njeno preživljanje. Vendar navedeno ne velja za čas pred pravnomočnim zaključkom kazenskega postopka, ko še velja domneva nedolžnosti (27. člen URS), saj v tej fazi začasno zavarovanje ni neomejeno glede na premoženjsko stanje prizadete osebe in ne sme čezmerno ogrožati preživljanja prizadete osebe in oseb, ki jih je ta dolžna preživljati.²⁹ Smiselno so zato uporabljive tudi določbe ZIZ o omejitvah izvršbe.

5. Postopek zavarovanja

5.1. Načela postopka zavarovanja

Pravna načela so pomemben usmerjevalec razumevanja in razlage zakonskih določb ter so za zavarovanje po ZKP glede na skopost zakonske ureditve in (večkratna) napotila na smiselno uporabo ureditve iz drugih postopkov še posebej pomembna. Nekaj načel je mogoče razbrati že iz ureditve ZKP, druga pa je treba iskati in jih (smiselno) uporabiti na podlagi določb ZIZ.

²⁸ Glej na primer odločbi Ustavnega sodišča RS Up-6/14 z dne 5. 3. 2015 in Up-128/03 z dne 27. 1. 2005.

²⁹ Sodišče mora zato ugotoviti, ali ima posameznik potrebna sredstva in možnosti za preživljanje (sebe in oseb, ki jih je dolžan preživljati). Glej odločbe Ustavnega sodišča RS Up-527/01 in Up-184/02 z dne 1. 10. 2002 ter Up-6/14 z dne 5. 3. 2015.

Pri zadnjih je treba upoštevati naravo primarnega postopka zavarovanja, naravo podrejene ureditve³⁰ in v zvezi s tem še naravo postopka, ki mu zavarovanje služi, torej postopka za (dokončno) uveljavitev zavarovane terjatve. Ta postopek je glede na zavarovano terjatev pravdni oziroma adhezijski postopek (100.–111. člen ZKP) ali pa postopek odvzema PK (498.–501. in 503.–507. člen ZKP). Tako je posredno pomembna tudi narava kazenskega postopka, ki ima po ZKP poleg kontradiktornih elementov še vedno elemente nekdanjega inkvizitornega postopka (t. i. mešani tip kontinentalnega kazenskega postopka).³¹ To poglavje je omejeno na nekaj pomembnejših načel, ki so lahko (smiselno) uporabljiva v postopkih zavarovanja po ZKP.

5.1.1. Domneva nedolžnosti?

Eno temeljnih vprašanj za razpravo o začasnih zavarovanjih po ZKP je, ali (oziroma v kolikšnem obsegu) domneva nedolžnosti velja v postopkih zavarovanja po ZKP. Domneva nedolžnosti je namreč s svojo načelno prepovedjo represivnega posega v položaj posameznika do obsodilne sodbe eden bistvenih usmerjevalcev kazenskega procesnega prava, ima pa tudi druge, specifične kazenske procesnopravne funkcije.³² Zdi se, da je na to vprašanje odgovorilo že Ustavno sodišče, ki je nosilna stališča v zadevi U-I-296/02 oprlo prav na domnevo nedolžnosti in iz nje izpeljalo tožilčevo trditveno in dokazno breme pri zavarovanju zahtevka po ZKP. V teoriji je zaslediti tudi kompleksnejšo obravnavo domneve nedolžnosti v zvezi z odvzemom PK, ki uporabljivost te domneve povezuje z obsegom opisa očitane kaznivega dejanja.³³ Iz tamkajšnje analize različnih položajev je mogoče povzeti razumno stališče, da je domet domneve nedolžnosti, ki je vezana na odločanje o krivdi, odvisen od opisa kaznivega dejanja: če ta opis vsebuje dejstva, ki hkrati utemeljujejo terjatev odvzema PK, domneva nedolžnosti velja tudi zanje.³⁴ Ta vidik, ki se sicer izrecno nanaša (le) na postopek odločanja o odvzemu PK (in ne na zavarovanje te terjatve), je mestoma mogoče uporabiti tudi za zavarovanje po ZKP.

5.1.2. Načelo dispozitivnosti (in načelo oficialnosti)

Z načelom oficialnosti v postopku zavarovanja po ZKP je že davno opravilo Ustavno sodišče, ki je z odločbo U-I-296/02 med drugim razveljavilo ureditev, da sodišče zavarovanje odredi po uradni dolžnosti, in sicer zaradi neskladja takšne ureditve z zahtevo po nepristranskosti

³⁰ Primerjaj Pogorelnik Vogrinc, str. 142. Avtorica ugotavlja, da je postopek izdaje začasnih odredb kljub formalni umeščenosti v ZIZ in vsebini 239. člena ZIZ bolj podoben pravnemu postopku, saj mora sodišče v obeh primerih ugotavljati dejstva, izvajati dokaze in sprejeti meritorno odločitev (drugače od izvršilnega postopka).

³¹ Horvat, str. 42.

³² Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-296/02 z dne 20. 5. 2004, 13. točka obrazložitve.

³³ Gorkič, str. 575–601.

³⁴ Povzetek stališča je poenostavljen; glej podrobneje Gorkič, str. 580–584 in nasl.

sodnika (prvi odstavek 23. člena URS) in domnevo nedolžnosti (27. člen URS) oziroma iz nje izpeljano zahtevo, da trditveno in dokazno breme nosi tožilec. Navedeni odločbi je sledila novela ZKP-G, ki je za postopek odreditve zavarovanja uzakonila načelo dispozitivnosti: sodišče zavarovanja ne sme odrediti po uradni dolžnosti, temveč le na predlog upravičenca, ki je za zavarovanje odvzema PK državni tožilec (prvi odstavek 502. člena ZKP), za zavarovanje PPZ pa civilnopravni upravičenec (prvi odstavek 109. člena ZKP). Tudi o podaljšanju ali spremembi zavarovanja lahko sodišče odloči le na predlog, pri čemer je kot upravičeni predlagatelj poleg državnega tožilca določen še osumljenec oziroma obdolženec ali oseba, zoper katero je bilo zavarovanje odrejeno (prvi in drugi odstavek 502.c člena ZKP).³⁵ Zakon oficialna pooblastila (delno) ohranja pri odpravi zavarovanja, saj lahko sodišče tako ravna na predlog udeležencev in tudi po uradni dolžnosti, če poteče rok ali če tožilec zavrže ovadbo oziroma izjavi, da ne bo začel pregona ali da od njega odstopa (tretji odstavek 502.c člena ZKP).

Načelo dispozitivnosti ne pomeni le odvisnosti (začetka, poteka in zaključka) postopka od volje strank, temveč tudi vezanost sodišča na zahtevek strank (predlog za zavarovanje). Vezanost na predlog je striktna: ker sodišče ne sme odločiti *ultra petitem*, je na predlog za zavarovanje vezano tako glede stvarnega kakor časovnega obsega zavarovanja.³⁶ Takšno stališče teorije dosledno upošteva (obvezna!) stališča Ustavnega sodišča, zato je prepričljivejše od stališč, ki zagovarjajo manjšo vezanost oziroma večji obseg uradne dolžnosti sodišča.³⁷

5.1.3. Razpravno načelo (in preiskovalno načelo)

Razpravno in preiskovalno načelo se nanašata na vprašanje, kdo zbira procesno gradivo za odločitev oziroma na katero gradivo lahko sodišče opre svojo odločbo. Tako kot načelo dispozitivnosti je v pravnem postopku in postopku zavarovanja poudarjeno tudi razpravno načelo,³⁸ ki predložitev gradiva nalaga strankam. S trditvenim bremenom je povezano pravilo o dokaznem bremenu, ki ga nosi tisti, ki nekaj trdi, in ne oni, ki zanika.³⁹ Povezanost trditvenega in dokaznega bremena je uveljavljena tudi v kazenskem procesnem pravu, zlasti z domnevo nedolžnosti, enakim varstvom pravic in obtožnim (akuzatornim) načelom (npr. 22. in 27. člen URS, 3., 16. in 19. člen ZKP).⁴⁰ Postavlja pa se vprašanje, kako to pravilo konkretizirati v postopkih zavarovanja po ZKP, predvsem glede terjatve odvzema PK.

³⁵ Dosledneje bi bilo, če bi bile navedene osebe upravičene predlagati spremembo zavarovanja, njegovo podaljšanje pa le tožilec oziroma civilnopravni upravičenec.

³⁶ Bošnjak, str. 17.

³⁷ Primerjaj Jenull, str. 24–25. Avtor uradno dolžnost sodišča izvaja predvsem iz določb 499. in 507. člena ZKP, ki bosta obravnavani v nadaljevanju.

³⁸ Pogorelčnik Vogrinc, str. 136–137.

³⁹ Zobec v: Ude in Galič, str. 384.

⁴⁰ Glej na primer Horvat, str. 21–22, 41–44, 49.

S trditvenim in dokaznim bremenom je v postopku začasnega zavarovanja po ZKP povezana predvsem zahteva, da mora biti predlog (odreditve, podaljšanja, spremembe ali odprave) zavarovanja obrazložen. Ta zahteva je sicer izrecno navedena le v zvezi s podaljšanjem in spremembo zavarovanja, kar pa je očitno treba pripisati zakonodajalčevi nedoslednosti, saj nasprotna namera ali različna obravnava odreditve in podaljšanja oziroma spremembe zavarovanja v tem pogledu ne bi bila razumna in iz obrazložitve predloga ZKP-G niti ni razvidna.⁴¹ Trditvenega in dokaznega bremena določbe ZKP o postopku zavarovanja ne urejajo podrobneje, zato se je treba ozreti po ureditvi zavarovanja v ZIZ, kjer prevladuje razpravno načelo, dokazno breme glede izpolnjenosti pogojev zavarovanja pa nosi predlagatelj.⁴²

Vprašanje, kdo nosi trditveno in dokazno breme v postopku zavarovanja po ZKP, je v domači teoriji sporno. Bošnjak meni, da je sodišče pri odločanju o začasnem zavarovanju striktno vezano na predlog tožilca, in sicer v vseh razsežnostih te vezanosti. Kot navaja, mora tožilec v predlogu med drugim: (1) z ustrezno stopnjo verjetnosti izkazati, da je bilo storjeno kaznivo dejanje in je iz njega oseba, zoper katero naj se začasno zavarovanje odredi, pridobila premoženjsko korist; (2) z ustrezno stopnjo verjetnosti izkazati, da obstaja nevarnost, da bo uveljavitev zahtevka za odvzem PK onemogočena ali precej otežena; (3) navesti premoženje, ki naj služi za zavarovanje, in v zvezi s tem navesti in izkazati, da to premoženje bodisi izvira iz kaznivega dejanja bodisi je njegov ekvivalent; (4) navesti, koliko časa naj traja ukrep. Če tožilec izpolnjenosti pogojev ne zatrjuje ustrezno, mora sodišče njegov predlog zavrniti in izpolnjenosti pogojev ne sme preverjati po uradni dolžnosti.⁴³

Po nasprotnem stališču teorije se PK v kazenskem postopku ugotavlja po uradni dolžnosti; sodišče in drugi organi morajo med postopkom zbirati dokaze in raziskovati okoliščine, ki so pomembne za ugotovitev PK (prvi in drugi odstavek 499. člena ZKP), takšna ureditev pa se smiselno uporablja tudi za predkazenski in preiskovalni postopek (tretji odstavek 507. člena ZKP), zato odvzemanje premoženjske koristi (po vložitvi predloga in razen podaljševanja trajanja zavarovanja) ohranja značilnosti uradnega, in ne akuzatornega postopka.⁴⁴ Tudi ta del teorije pa priznava, da je obrazložitev tožilskega predloga glede na poudarjeno kontradiktornost nujna, še posebno pri zavarovanju v predkazenskem postopku.⁴⁵

Novejša teorija določbo 499. člena ZKP kritizira in zagovarja stališče, da obtožno načelo velja tudi za odvzem PK, zato mora državni tožilec postaviti zahtevo za odvzem in zatrjevati iz-

⁴¹ Predlog ZKP-G, Poročevalec DZ, št. 55/2005 z dne 22. 7. 2005, str. 12–13 in 24–25.

⁴² Pogorelčnik Vogrinc, str. 137; Šipec in dr., str. 44 (navedeni deli se sklicujeta tudi na sodno prakso); Rijavec, str. 267.

⁴³ Bošnjak, str. 16–17.

⁴⁴ Jenull, str. 18.

⁴⁵ Prav tam.

polnjenost vsebinskih predpostavk za izrek odvzema.⁴⁶ To stališče ponuja samostojno utemeljitev za vsako od obeh kategorij dejstev, ki lahko tvorita podlago za odvzem. Po eni strani je temelj odvzema PK obdolženčeva krivda, o kateri sme sodišče odločati le na podlagi obtožbe upravičenega tožilca, zato glede dejstev iz opisa kaznivega dejanja velja obtožno načelo tudi za odločanje o odvzemu PK. Nekoliko drugače se uporaba obtožnega načela utemeljuje za morebitna dejstva, ki so sicer pomembna za odvzem PK, vendar jih opis očitanege dejanja ne vsebuje (npr. prenos in višina PK). Evropsko sodišče za človekove pravice namreč odločanje o odvzemu PK šteje za odločanje o kazenski obtožbi (*criminal charge*), zato morajo biti pri tovrstnem odločanju izpolnjena minimalna jamstva poštenega postopka, med drugim kontradiktornost (adversarnost) postopka, sodišče pa mora zagotavljati videz nepristranskosti.⁴⁷

Glede na navedene razloge je poudarjena veljava (dispozitivnega in) razpravnega načela v postopku zavarovanja po ZKP (tako v zvezi s PPZ kot z odvzemom PK) bližje ustavnim in konvencijskim jamstvom, ki omejujejo posege v človekove pravice in temeljne svoboščine, hkrati pa dosledneje izpolnjuje zahteve, ki jih je glede začasnega zavarovanja v (pred)kazenskem postopku izrecno postavilo Ustavno sodišče. Razlogi, ki jih je pri tem navedlo, dodatno utemeljujejo že pojasnjeno stališče, da ureditev 499. in 507. člena ZKP o oficialnem ugotavljanju PK v (pred)kazenskem postopku za odločanje o zavarovanju ni upoštevana. Argument v prid adversarnosti postopka zavarovanja je tudi njegova sumarnost, ki zahteva odločanje na podlagi hitre in primerne ugotovitve dejanskega stanja. Postopek odreditve zavarovanja je ne nazadnje primerljiv s postopki za odreditev drugih nujnih posegov v predkazenskem postopku (hišna preiskava, prikriti preiskovalni ukrepi ipd.), v katerih sodišče presoja le predložene dokaze upravičenega predlagatelja in ob njihovi nezadostnosti ne izvaja dokazov po uradni dolžnosti, temveč predlog zavrne. Tako se položaj šibkeje štranke, ki v postopku (še) ne sodeluje, vsaj deloma uravnoteži s položajem predlagatelja.

5.1.4. Dokazni standard(i)

Z dokaznim bremenom so povezani dokazni standardi. Dokazni standard je stopnja zanesljivosti, s katero mora biti dokazana dejstvena podlaga sodne odločbe.⁴⁸ Na splošno velja, da je za vsebinsko odločitev potrebno prepričanje, dokazni standard pa je znižan v postopkih zavarovanja, ki zahtevajo hitro odločanje. V sodnih postopkih je dokazni standard praviloma enak glede vseh dejstev, ki utemeljujejo uporabo posamezne (materialnopravne) norme,⁴⁹ za-

⁴⁶ Gorkič, str. 588–589.

⁴⁷ Prav tam, str. 588.

⁴⁸ Primerjaj Pavčnik, T., str. 1408.

⁴⁹ Tudi ZIZ za vsa dejstva, ki utemeljujejo izdajo (materialnopravnega) sklepa o začasni odredbi, določa enak dokazni standard (verjetnost).

kon pa lahko za nekatera dejstva določa drugače. S tega vidika je začasno zavarovanje po ZKP posebno, saj je na eni strani povezano s kaznivim dejanjem, ki mora biti izkazano z zahtevano stopnjo verjetnosti glede na fazo postopka (od utemeljenih razlogov za sum v predkazenskem postopku prek utemeljenega suma med kazenskim postopkom do prepričanja ob obsodilni sodbi), po drugi strani pa ga osmišljata hitrost in sumarnost odločanja, ki utemeljuje nižji dokazni standard.

Za razpravo o dokaznem standardu v postopku začasnega zavarovanja po ZKP se zato zdi primerno vsaj v izhodišču opreti na stališče teorije, ki pravno odločilna dejstva za (dokončen) odvzem PK deli glede na njihovo povezanost z odločanjem o krivdi oziroma vključenost v opis očitane kaznivega dejanja: (1) za dokazovanje dejstev iz opisa dejanja velja dokazni standard za dokazovanje kaznivega dejanja, (2) za preostala dejstva pa civilnopravni dokazni standard.⁵⁰ Takšno razlikovanje ob smiselni uporabi tudi za primere začasnega zavarovanja (tako PPZ kot odvzema PK) ustrezno upošteva zahtevano povezanost terjatve s kaznivim dejanjem in hkrati omogoča hitro odločanje, saj dopušča prožnost dokaznega standarda tudi glede vseh tistih (za zavarovanje odločilnih) dejstev, ki niso nujno povezana z obdolženčevo krivdo.

Navedenega pristopa kljub temu ni mogoče enostavno preslikati v postopek zavarovanja. Besedilo ZKP sicer dopušča različno dokazno obravnavo za zavarovanje pomembnih dejstev, vendar ne (le) na podlagi njihove vključenosti v opis kaznivega dejanja. Kot je bilo omenjeno, je namreč pravno pomembna dejstva za začasno zavarovanje terjatev v (pred)kazenskem postopku mogoče v grobem deliti tudi glede na to, ali se nanašajo na (1) zavarovano terjatev ali na (2) nevarnost njene bodoče uveljavitve. Zdi se, da ZKP pri določitvi dokaznega standarda ponuja prav ta razlikovalni temelj, saj kot pogoj za odreditev začasnega zavarovanja v predkazenskem postopku določa standard utemeljenih razlogov za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, s katerim ali zaradi katerega je bila pridobljena premoženjska korist, ali da je bila taka korist pridobljena za drugega ali nanj prenesena (drugi odstavek 502. člena ZKP). Iz citirane določbe je mogoče razbrati, da se navedeni dokazni standard nanaša na celoten temelj in višino zavarovane terjatve (odvzema PK), torej ne le na (1) kaznivo dejanje, temveč tudi na (2) posledično pridobitev PK (v ustrezni višini) za storilca ali drugega oziroma na (3) njen prenos na drugega. Smiselno enako stališče je mogoče razbrati tudi iz sodne prakse.⁵¹ Enotno

⁵⁰ Gorkič, str. 580 in nasl. Avtor za prva dejstva omenja standard prepričanja, za druga pa (nižji) standard pretežne verjetnosti. Če naj bo stališče navedenega avtorja, ki ga zagovarja za primere (dokončnega) odvzema PK, (smiselno) uporabljivo tudi za postopek zavarovanja, je treba oba omenjena dokazna standarda znižati oziroma prilagoditi fazi postopka in (začasni) naravi zavarovanja.

⁵¹ Glej sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Kp 8522/2013 z dne 20. 10. 2015, v katerem je sodišče utemeljenost suma (šlo je za zavarovanje med kazenskim postopkom) izrecno povežalo z vsemi elementi temelja zavarovane terjatve (odvzema PK), pa tudi z višino PK.

dokazno obravnavanje vseh dejstev, ki se nanašajo na zavarovano terjatev, pozna tudi ZIZ, ki pa – v tem delu drugače kot ZKP – za ta dejstva določa standard verjetnosti.

ZKP ne določa izrecno dokaznega standarda glede dejstev, ki utemeljujejo (pravno) sklepanje o obstoju nevarnosti, da bo uveljavitev terjatve po koncu kazenskega postopka onemogočena ali precej otežena. Merila za ugotavljanje odločilnih dejstev v zvezi z nevarnostjo je zato treba iskati s smiselno uporabo ZIZ (502.d člen ZKP). Od tu dalje sta vsaj dve poti. ZIZ za vse pogoje začasnega zavarovanja določa isti dokazni standard, zato bi lahko bila na prvi pogled smiselna takšna uporaba omenjenega pravila, ki bi tudi pogoj nevarnosti v (pred)kazenskem postopku povezovala z istim standardom, ki ga ZKP določa za dejstva v zvezi z zavarovano terjatvijo (utemeljeni razlogi za sum ali utemeljen sum). Vendar se zdi prepričljivejša nasprotna razlaga, saj ZKP (drugače kakor ZIZ) dokazni standard določa le za izrecno navedena dejstva, ki utemeljujejo zavarovano terjatev, nevarnosti v tej povezavi pa ne omenja.⁵² Ker je smisel pogoja nevarnosti za zavarovanje po ZKP enak kot v zavarovanju po ZIZ, je za dejstva v zvezi z nevarnostjo tudi v (pred)kazenskem postopku primeren civilnopravni dokazni standard verjetnosti.

Opisane razloge je mogoče strniti v tezo, da sta pri zavarovanju terjatev po ZKP vsaj na abstraktni ravni določena različna dokazna standarda za dejstva v zvezi z zavarovano terjatvijo (odvzem PK ali PPZ) na eni strani in za dejstva v zvezi z nevarnostjo uveljavitve te terjatve na drugi. Prva morajo biti izkazana z enakim standardom, ki ga ZKP v posamezni fazi postopka določa za izkazovanje kaznivega dejanja (utemeljeni razlogi za sum ali utemeljen sum), druga pa z verjetnostjo, ki jo za zavarovanje zahteva ZIZ.

Praktična izpeljava opisanih stališč zahteva primerjavo navedenih dokaznih standardov. V civilnem pravu so uveljavljeni standardi verjetnosti, pretežne verjetnosti in prepričanja, kazensko procesno pravo pa pozna sum, razloge za sum, utemeljene razloge za sum, utemeljen sum in prepričanje. Vsebina teh standardov z zakonom ni opredeljena, temveč jo poskušata določati teorija in sodna praksa. V civilnem procesnem pravu je verjetno izkazano dejstvo, za katero je več argumentov »za« kakor »proti«, tak položaj pa pokriva ves prostor med nadpolovično verjetnostjo in prepričanjem.⁵³ Kazensko procesno pravo podobno opisuje utemeljen sum, in sicer kot visoko stopnjo artikulirane, konkretne in specifične verjetnosti, da je določena oseba storila kaznivo dejanje; utemeljen sum je podan, če je stopnja verjetnosti, da je ta oseba storila kaznivo dejanje, večja od verjetnosti, da ga ni storila. Utemeljeni razlogi za sum

⁵² Enako je razvidno iz sodne odločbe, navedene v prejšnji opombi. Sodišče, ki je pogoje zavarovanja taksativno našlo, je pri pogojih v zvezi z zavarovano terjatvijo dosledno upoštevalo tudi zahtevani dokazni standard (utemeljen sum), ki pa ga je v zvezi z nevarnostjo izpustilo.

⁵³ Primerjaj Zobec v: Ude in Galič, str. 332. Glej tudi Pavčnik, T., oddelek 3.

so za stopnjo nižji standard, ki je uvrščen med utemeljen sum in razloge za sum. V teoriji in praksi je sprejeta razlaga, ki utemeljene razloge za sum približuje utemeljenemu sumu.⁵⁴

Dokazne standarde lahko med seboj primerjamo s kvantitativnega ali kvalitativnega vidika. Prvi vidik izraža stališče, da sta miselna pot in dokazni postopek ugotavljanja dejstev pri nižjem standardu enaka kot pri višjem, le da nižjo stopnjo verjetnosti sodnik doseže prej.⁵⁵ Vendar se jasna kvantitativna razmejitev zdi težko dosegljiva prav pri dokaznih standardih začasnega zavarovanja po ZKP (utemeljeni razlogi za sum ali utemeljen sum in verjetnost). Drugačen pristop izraža v civilnem procesnem pravu vse bolj uveljavljeno stališče, da se verjetnost (izkazanost) od gotovosti (dokazanosti) razlikuje predvsem po kvaliteti oziroma metodi spoznavanja: dokazanost ne pomeni nujno boljše kakovosti spoznanja (vsebina), temveč drugačen oziroma kakovostnejši način spoznavanja (kriterij); za dokazanost morajo biti izpolnjene stroge proceduralne metode, za izkazanost pa zadoščajo neformalne in poenostavljene metode, ki bi jih lahko izrazili s standardom »hiter in primeren način«.⁵⁶ Prepričljiv sklep, da gre v resnici za izčrpanost dokazne ponudbe,⁵⁷ je posebej primeren za uporabo v kazenskem procesnem pravu, ki ponuja pester nabor položajev z različnimi dokaznimi standardi. Tem bolj ali manj ustrezajo različne stopnje izčrpanosti razpoložljivih dokazov, dokazne ponudbe in (s tem povezanega) varstva pravice do izjave. Višanje dokaznega standarda med (pred) kazenskim postopkom namreč zahteva čedalje več preverjanja informacij, dodatnega zbiranja dokazov in (praviloma od utemeljenega suma dalje) tudi zagotavljanja pravice do izjave, prepričanje pa se lahko doseže le po vsestransko kontradiktornem in poštenem postopku. Več ko je v dokaznem gradivu preverjenih informacij, ki nakazujejo neki zaključek, višji je lahko doseženi dokazni standard, še posebej če se o zbranih dokazih lahko izjavi tudi osumljenec oziroma prizadeta oseba.

Utemeljeni razlogi za sum, utemeljen sum in verjetnost so torej s kvantitativnega vidika podobni, pri čemer je prvi standard (nekoliko) pod preostalima, ki pomenita nadpolovično verjetnost. Predvsem zanj je primerna trditev, da uporaba dveh različnih izrazov še ne utemeljuje sklepa, da gre za različna dokazna standarda.⁵⁸ Navedenih standardov po drugi strani niti kvalitativni vidik ne zmore (občutno) razločiti. Postopek zavarovanja je namreč tako po ZIZ kot po ZKP sumaren postopek, v katerem sodnik ne opravlja dokazne ocene v pravem pomenu besede, saj ni zavezan povsem slediti siceršnjim strogim postopkovnim pravilom za ugotavljanje dejstev in predvsem ni zavezan izčrpati dokazne ponudbe, prizadeti osebi pa je

⁵⁴ Več o dokaznih standardih v kazenskem procesnem pravu Šugman Stubbs in Gorkič, str. 101–112.

⁵⁵ Pogorelčnik Vogrinc, str. 14.

⁵⁶ Zobec v: Ude in Galič, str. 332–333.

⁵⁷ Pavčnik, T., str. 1415.

⁵⁸ Prav tam, str. 1411.

v obeh primerih zagotovljena enaka (naknadna) kontradiktornost. Ker so si torej dokazni standardi zavarovanja zelo podobni tako s kvantitativnega kakor s kvalitativnega vidika, bodo v posameznih primerih lahko odločilne (težko izrazljive) nianse. Zato so bolj kot ime dokaznega standarda pomembna merila oziroma postopek njegovega ugotavljanja, v katerem se ne smeta spregledati narava posega in usodnost posledic odločitve za predlagatelja in prizadeto osebo,⁵⁹ utemeljitev tovrstne presoje pa mora biti razvidna iz obrazložitve sodne odločbe.

5.2. Vsebina sklepa o zavarovanju

Začasno zavarovanje se odredi s sklepom, ki ga v predkazenskem postopku in med preiskavo izda preiskovalni sodnik, po vložitvi obtožnice pa predsednik senata (zunaj glavne obravnave) oziroma na glavni obravnavi senat (prvi odstavek 502.a člena ZKP). V prvem odstavku 502.c člena ZKP je določena (minimalna) vsebina sklepa, ki mora vsebovati (1) navedbo premoženja, ki je predmet zavarovanja, (2) način zavarovanja (prvi odstavek 271. člena, prvi odstavek 272. člena in prvi odstavek 273. člena ZIZ), (3) rok trajanja ukrepa in (4) obrazložitev. V izreku je treba upoštevati tudi 17. člen Uredbe o postopku upravljanja z zaseženimi predmeti, premoženjem in varščinami, ki določa, da (5) sodišče ob zavarovanju denarnih sredstev odredi, da se ta sredstva nakažejo na poseben (pod)račun Republike Slovenije.

Zadnjenavedena določba je nekoliko problematična, saj na ravni podzakonskega prava izvirno ureja položaj, ki spominja na regulacijsko začasno odredbo, zavarovanju pa daje (strožjo) naravo »začasnega odvzema«. S tem so povezani tudi praktični problemi. Kadar stanje na transakcijskem računu prizadete osebe ne zadošča za odrejeno zavarovanje, se dogaja, da banka razpoložljiva sredstva prenese na podračun Republike Slovenije, izpraznjen transakcijski račun prizadete osebe pa nato zapre. S tem onemogoči, da bi se nanj v prihodnosti stekla morebitna nova sredstva, ki bi lahko služila za zavarovanje, nastanejo pa tudi težave s podaljševanjem zavarovanja in vrnitvijo sredstev ob njegovi odpravi.

5.3. Odreditev zavarovanja in ugovorni postopek

Postopek zavarovanja po ZKP v začetni fazi ni kontradiktoren zaradi nujnosti in učinka presenečenja za prizadeto osebo, ki se z zavarovanjem ne sme seznaniti, vse dokler ni izvršeno. Temu so namenjena predvsem pravila o vročanju. Sklep o zavrnitvi predloga sodišče vroča le tožilcu, ki ima pravico do pritožbe, in tako ohrani element presenečenja, če bi zavarovanje odredilo pritožbeno sodišče (četrti odstavek 502.a člena ZKP). Iz istega razloga se pritožba tožilca ne sme vročati v odgovor; enako rešitev je mogoče razbrati iz smiselno uporabljive določbe četrtega odstavka 9. člena ZIZ.

⁵⁹ Primerjaj Zobec v: Ude in Galič, str. 334.

Če sodišče odredi zavarovanje, sklep pošlje v izvršitev ustreznemu organu ali osebi in ga vroči predlagatelju, preostalim udeležencem (osumljencu oziroma obdolžencu, prejemniku premoženjske koristi in drugim osebam, na katere je bila korist prenesena, če se jim lahko odvzame po določbah KZ-1) pa šele hkrati z njegovo izvršitvijo ali po izvršitvi, vendar brez nepotrebne odlašanja (drugi odstavek 502.a člena ZKP). Tem osebam je po vzoru ZIZ omogočena naknadna kontradiktornost, saj se lahko izjavijo šele v (nesuspenzivnem) ugovoru, ki ga lahko vložijo zoper sklep o zavarovanju v osmih dneh od vročitve, zoper sklep sodišča o ugovoru pa imajo nato še pravico do (nesuspenzivne) pritožbe (peti in deveti odstavek 502.a člena ZKP).

ZKP torej sodišču ne dopušča, da bi pred odločitvijo o zavarovanju vročilo predlog nasprotni stranki ali celo opravilo narok,⁶⁰ temveč mora pogoje za odreditev zavarovanja presoditi samo na podlagi predloga (*ex parte*). S to rešitvijo se ustrezno upošteva namen zavarovanja, ki je predvsem v hitri preprečitvi nevarnosti iz prvega odstavka 502. člena ZKP. Logična protiutež (vsaj v izhodišču) boljšega procesnega položaja predlagatelja zavarovanja pa je zahteva, naj ga bremeni ustrezno trditveno in dokazno breme. Če mu predlagatelj ne bo zadostil, bo sodišče predlog zavrnilo, ne da bi izvajalo dodatna procesna dejanja, sicer pa bo odredilo zavarovanje s sklepom, zoper katerega lahko prizadeta oseba ugovarja. Da je taka (naknadna) kontradiktornost v postopku z začasnimi odredbami skladna z URS, v teoriji in sodni praksi ni sporno in se utemeljuje s posebno naravo začasne odredbe kot sredstva zavarovanja, ki svoj namen doseže le ob hitri izdaji in brez vnaprejšnjega opozorila nasprotni stranki, ki se lahko izjavi šele naknadno.⁶¹ Zaradi pravice do (naknadne) izjave ZKP določa, da se lahko osumljenec in oseba, zoper katero je zavarovanje odrejeno, seznanita z vsemi spisi zadeve (tretji odstavek 502.a člena ZKP). Vendar je učinkovitost pravice do izjave prizadete osebe odvisna predvsem od vsebine predloga za začasno zavarovanje, ki bi se zato moral tej osebi vročiti hkrati s sklepom, kot to določa drugi odstavek 45. člena ZIZ, ki se smiselno uporablja tudi za zavarovanje po ZKP (v zvezi z 239. členom ZIZ in 502.d členom ZKP).

ZKP vsebuje nekaj izrecnih določb o ugovornem postopku. Vlagatelj ugovora lahko predlaga, da sodišče opravi narok. Sodišče ugovor vroči preostalim udeležencem in jim določi rok za odgovor, o naroku pa odloči glede na okoliščine primera, upoštevajoč navedbe v ugovoru. Če sodišče ne razpiše naroka, o ugovoru odloči na podlagi predloženih listin in drugega predloženega gradiva. Vlagatelju ugovora in preostalim udeležencem je treba omogočiti, da se izjavijo o predlaganih in odrejenih ukrepih, da podajo stališča, navedbe in predloge o vseh vprašanih začasnega zavarovanja. Ko se udeleženci izjavijo o vseh vprašanih in se izvedejo dokazi, če so potrebni za odločitev o ugovoru, sodišče s sklepom odloči o ugovoru, ki ga ob

⁶⁰ To se sicer dogaja v sodni praksi zavarovanja po ZIZ, kar teorija kritizira (Pogorelnik Vogrinc, str. 218–221).

⁶¹ Glej na primer Galič, str. 254–255, in Pogorelnik Vogrinc, str. 213–217, ter citirano sodno prakso.

smiselni uporabi 375. člena ZKP zavrže,⁶² sicer pa ga zavrne ali mu ugotdi in razveljavi oziroma spremeni sklep o odreditvi začasnega zavarovanja. V sklepu o ugovoru mora med drugim obrazložiti svojo odločitev o naroku (peti do deveti odstavek 502.a člena ZKP).

S pravkar povzetimi določbami ZKP ne ureja vseh vprašanj ugovornega postopka, zato je treba presoditi smiselnost uporabe dodatnih določb ZIZ, ki se nanašajo na ugovor dolžnika.⁶³ Med drugim bo uporabljiva predvsem določba, da o ugovoru odloča sodišče, ki je izpodbijani sklep izdalo (nedejektivnost oziroma remonstrativnost ugovora; 54. člen ZIZ). Z omenjenimi načeli zavarovanja je prav tako skladna zahteva, da mora vlagatelj ugovora navesti dejstva in dokaze, ki ga utemeljujejo (obrazloženost ugovora; drugi odstavek 53. člena ZIZ), kar velja tudi za predlagatelja, ki mora substancirati odgovor na ugovor (tretji odstavek 58. člena ZIZ). Dokončna izpeljava teh pravil, ki temelji na načelu afirmativne litiskontestacije (ZIZ določa, da se neprerekanе ugovorne navedbe štejejo za resnične), je z naravo kazenskega postopka manj združljiva.⁶⁴ Kljub temu lahko do podobnih rezultatov v postopku zavarovanja po ZKP vodi že dosledna uporaba pravil o trditvenem in dokaznem bremenu. Ugovorni postopek je namreč namenjen naknadni zagotovitvi kontradiktornosti, ne pa prerazporeditvi izhodiščne trditvenega in dokaznega bremena, ki ostane na strani predlagatelja.⁶⁵ Sodišče, ki je ob odreditvi zavarovanja presodilo, da je predlagatelj svoje breme izpolnil, v to odločitev na podlagi neobrazloženega in dokazno nepodprtega ugovora ne more (ne sme) poseči. In obratno, če ugovor ponuja konkretna (predvsem nova) dejstva in dokaze, se mora predlagatelj nanje ustrezno odzvati, sicer tvega oceno sodišča, da odreditev zavarovanja ni utemeljena. Prav tako ni videti ovir za smiselno uporabo določb ZIZ o ugovoru tretjega (64.–66. člen ZIZ).⁶⁶

ZKP izrecno določa, da sodišče v ugovornem postopku o naroku odloči glede na okoliščine primera in ugovorne navedbe, zato ni izključeno, da ga bo opravilo, tudi če predlagatelj na ugovor ne odgovori. Vsekakor pa narok za odločitev o ugovoru ne po ZIZ ne po ZKP ni obligatorjen. Poudariti velja, da sodišče tako kot o odreditvi zavarovanja tudi o ugovoru odloči na podlagi enakega dokaznega standarda, pri čemer upošteva še v ugovornem postopku zbrano procesno gradivo. Smiselno enako kakor pri postopku za izdajo začasnih odredb (na podlagi ZIZ) tudi postopek za začasno zavarovanje zahtevka za odvzem PK (na podlagi ZKP) odlo-

⁶² Člen 375 ZKP se nanaša na postopek s pritožbo zoper sodbo sodišča prve stopnje in sodniku prve stopnje omogoča njeno zavrženje, če je prepozna (389. člen ZKP) ali nepopolna (390. člen ZKP).

⁶³ Drugače Jenull, str. 23. Avtor meni, da glede na posebno ureditev pravnih sredstev (v zavarovanju po ZKP, op. p.) ne pride v poštev uporaba določb (ZIZ, op. p.) o ugovoru dolžnika, dopušča pa smiselno uporabo določb ZIZ o ugovoru tretjega. Glede tega stališča je treba opozoriti, da je bilo sprejeto še pred novelo ZKP-K, ki je razširila smiselno uporabo ZIZ.

⁶⁴ Na posledico, da se neprerekanе ugovorne navedbe štejejo za resnične, mora biti upnik opozorjen (57. člen ZIZ).

⁶⁵ Primerjaj tudi sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 751/2006 z dne 28. 1. 2009.

⁶⁶ Tako tudi Jenull, str. 23.

čilno opredeljuje njegova nujnost. Posebnost obeh postopkov je zaradi njune urgentnosti ne le ta, da zadošča nižji dokazni standard, ampak v povezavi s tem tudi ta, da sodišče zavestno ne izčrpa vseh razpoložljivih spoznavnih možnosti.⁶⁷ Temu pravilno sledi sodna praksa, ki se je o navedenem vprašanju oblikovala na podlagi smiselno enakih določb ZIZ v postopku zavarovanja z začasnimi odredbami. Tako kot ob odreditvi zavarovanja tudi ob obravnavanju ugovora zoper sklep o zavarovanju namreč sodišče (še) ne opravi celostne dokazne ocene, zato praviloma ne izvaja dokazov, temveč na podlagi gradiva v spisu odloči, ali so navedbe, ki utemnjujejo zavarovanje, izkazane z zadostno stopnjo verjetnosti.⁶⁸ Ko se z ugovorom izpodbija izpolnjenost dokaznega standarda (z navajanjem dokazov, ki naj bi ga izpodbili), ni stvar sodišča, da izvaja dokaze v zvezi z obstojem kaznivega dejanja oziroma opravlja dokazno oceno teh dejstev v smislu sojenja; naloga sodišča tedaj ni soditi o dejstvih, temveč presojati izpolnjenost dokaznega standarda.⁶⁹ Sodišče lahko torej odloči o ugovoru brez naroka, če oceni, da izvedba dokazov na naroku ne bi ovrgla že doseženega dokaznega standarda.⁷⁰

ZKP izrecno ureja vsebino izreka sklepa o ugovoru, obrazložitev pa zahteva le glede odločitve o opravi naroka. Vprašanja obrazloženosti tega sklepa ne ureja niti ZIZ. Kljub temu je jasno, da mora biti sklep obrazložen, saj imajo udeleženci zoper ta sklep pravico do pritožbe. Obrazložitev sklepa o ugovoru mora odražati opravljeni preizkus, ta pa je odvisen od ugovornih razlogov. Pritrditi gre stališču, da sodišče preveri le utemeljenost ugovornih razlogov, ne preverja pa znova že ob odreditvi zavarovanja ugotovljenih pogojev, ki jih vlagatelj ugovora ne izpodbija.⁷¹ Glede pritožbenega postopka zoper sklep o ugovoru je treba opozoriti še na smiselno uporabo četrtega odstavka 9. člena ZIZ, ki sodišču nalaga, da tako pritožbo vroči v odgovor nasprotni stranki.

5.4. Udeleženci

Pri obravnavi vprašanja, zoper koga se zavarovanje po ZKP lahko odredi, je bilo opozorjeno, da ZKP nekoliko nejasno našteva več kategorij oseb in da je odreditev zavarovanja zoper vsako osebo vselej odvisna od možnosti, da bo tej osebi PK odvzeta glede na določbe KZ-1 (tretji odstavek 502. člena ZKP). Dodatne težave povzroča opredelitev udeležencev postop-

⁶⁷ Primerjaj Pavčnik, T., str. 1412.

⁶⁸ Glej na primer sklepa Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1740/2009 z dne 3. 6. 2009 in II Cpg 122/2000 z dne 17. 2. 2000.

⁶⁹ Bošnjak, str. 17.

⁷⁰ Na tem mestu velja opozoriti na sodno prakso, ki tako imenovano predhodno dokazno oceno, ki je načeloma prepovedana, v nekaterih položajih dopušča tudi v kazenskem postopku (primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS I Ips 1639/2010 z dne 9. 1. 2014), kar bi moralo veljati *a fortiori* v postopkih oziroma njihovih fazah, ki ne zahtevajo celostne dokazne ocene oziroma zahtevajo nižji dokazni standard.

⁷¹ Pogorelčnik Vogrinc, str. 298–299.

ka zavarovanja, ki so po izrecni določbi drugega odstavka 502.a člena ZKP (poleg tožilca) še osumljenec oziroma obdolženec in oseba, zoper katero je zavarovanje odrejeno. Večkrat ponovljen zapis kategorij udeležencev, povezanih z veznikom »in«, napeljuje na sklepanje, da lastnost udeleženca pridobi tudi (tisti) osumljenec, ki PK ni pridobil oziroma v položaj katerega izrek sklepa o zavarovanju ne posega. Takšna formulacija ni logična in povzroča nemalo težav, ki v kombinaciji z določbami o vročanju po ZKP hromijo postopek po odreditvi zavarovanja, še posebej ko naj bi PK pridobila tretja oseba zaradi kaznivega dejanja več domnevnih sosterilcev, saj je treba vsem vročiti sklep o zavarovanju in nato še morebitni ugovor, sklep o ugovoru in predlog o podaljšanju ali spremembi začasnega zavarovanja. Preden bodo v takšnem položaju izpolnjeni pogoji ZKP za odločanje o ugovoru ali predlogu za spremembo zavarovanja, bo lahko preteklo ogromno časa.

Ni jasno, ali obravnavani zapis odraža resnično zakonodajalčevo voljo ali gre le za nedoslednost, ki jo je mogoče odpraviti z razlago. Določbe o udeležencih so bile v ZKP vključene z novelo ZKP-G, s katero se je zakonodajalec odzval na odločbo Ustavnega sodišča U-I-296/02. Vendar je iz te razvidno, da bi ustavnim procesnim jamstvom iz 22., 23. in 29. člena URS zadostila že ureditev, ki bi (naknadno) kontradiktornost zagotovila tisti osebi, zoper katero se ukrep uporabi, to pa ni osumljenec oziroma obdolženec, ki si PK ni pridobil in v čigar položaj ukrep iz izreka sklepa o zavarovanju ne posega. Zato se zdi utemeljeno sklepanje, da odločanje o odvzemu PK (še manj pa začasno zavarovanje te terjatve) za tako osebo ne pomeni odločanja o obtožbi v smislu URS in Evropske konvencije o človekovih pravicah. Glede na navedeno bi bilo obravnavano določbo primerneje razlagati tako, da je udeleženec postopka zavarovanja (le) tisti, na čigar premoženje se nanaša izrek sklepa o začasnem zavarovanju. Takšno razlago na več mestih podpira obrazložitev predloga ZKP-G, v kateri so udeleženci na pasivni strani povezani z besedico »ali« (»obdolžencu ali osebi, zoper katero je zavarovanje odrejeno«; poudarek dodan).⁷² Omogočanje pravice do izjave drugim (z ukrepom neprizadetim) osebam bi namreč zaradi zgoraj navedenih težav pri vročanju lahko izvotlilo (isto) pravico prav tistim (prizadetim) osebam, na katere je opozorilo Ustavno sodišče.

5.5. Trajanje zavarovanja (podaljšanje, sprememba, odprava)

Določbe o trajanju zavarovanja so izraz zahteve po sorazmernosti ukrepa. Rok trajanja ukrepa je obvezna sestavina sklepa o odreditvi zavarovanja, sodišče pa ga določi upoštevaje fazo kazenskega postopka, vrsto, naravo in težo kaznivega dejanja, zapletenost zadeve, pa tudi obseg in pomen premoženja, ki je predmet začasnega zavarovanja (drugi odstavek 502.b člena ZKP). Pri tem se mora gibati znotraj časovnih okvirov, ki jih zakon določa glede na fazo

⁷² Predlog ZKP-G, Poročevalec DZ, št. 55/2005 z dne 22. 7. 2005, str. 13, 24 in 25.

postopka in so bili nekoliko spremenjeni z novelo ZKP-N.⁷³ V predkazenskem postopku in po izdaji sklepa o uvedbi preiskave lahko začasno zavarovanje traja šest mesecev, po vložitvi obtožnice (do izvršitve sodbe) pa eno leto. Trajanje zavarovanja se lahko podaljšuje v enakih obdobjih, pri čemer skupno trajanje začasnega zavarovanja pred uvedbo preiskave oziroma pred vložitvijo neposredne obtožnice ne sme biti daljše od enega leta, v preiskavi pa od dveh let. Po vložitvi obtožnice do izreka sodbe sodišča prve stopnje skupno trajanje začasnega zavarovanja ne sme presegati treh let. Do izvršitve pravnomočne sodne odločbe o odvzemu PK sme začasno zavarovanje skupno trajati največ deset let (tretji, četrti in peti odstavek 502.b člena ZKP).

Čeprav ZKP pri zavarovanju napotuje le na določbe ZIZ o začasnih odredbah, bi bilo za zavarovanje denarnih terjatev v obdobju od izdaje sodbe smiselno uporabiti določbe ZIZ o predhodnih odredbah, ki ponujajo močnejše varstvo in ravno zato izključujejočasne odredbe. ZIZ namreč v 269. členu onemogoča začasno odredbo, če so izpolnjeni pogoji za predhodno odredbo,⁷⁴ s katero se da doseči enak namen, pri tem pa izrecno omenja 257. člen ZIZ, ki je zato smiselno uporabljiv za zavarovanje po ZKP. Sodbo, izdano v kazenskem postopku, v povezavi s predhodno odredbo omenja tudi 258. člen ZIZ.

Prepričljivo je stališče teorije, da se trajanje zavarovanja ne računa od dneva odreditve, temveč izvršitve, saj ima sklep o zavarovanju naravo sklepa o izvršbi (268. člen ZIZ v zvezi s 502.d členom ZKP), ki učinkuje od začetka izvrševanja.⁷⁵ Kljub temu v praksi prevladujejo predlogi, naj sodišče zavarovanje odredi za določeno obdobje »od odreditve« oziroma »od izdaje sklepa«, sodišče pa je na predlog vezano. Kadar se zavarovanje nanaša na premoženje na domačih tleh, razlike praktično ni, saj se sklep praviloma izvrši na dan izdaje. Razlika pa se pokaže, če se zavarovanje opravlja v tujini, saj so ta opravila povezana s postopki mednarodne pravne pomoči, ki so (vsaj z vidika kratkih rokov zavarovanja) zamudni in ne omogočajo takojšnje izvršitve sklepa. Dogaja se tudi, da je isto premoženje že predmet zavarovanja v drugi državi (pogosto zaradi istega historičnega dogodka, predvsem v zvezi z goljufijami in pranjem denarja), zato je izvršitev zavarovanja naših sodišč odložena za obdobje, v katerem se lahko roki zavarovanja, če tečejo »od odreditve«, že iztečejo.

O podaljšanju zavarovanja sodišče odloči ob upoštevanju istih meril kot pri odreditvi (502. člen ZKP), postopek za podaljšanje zavarovanja pa mora biti kontradiktoren, saj je zavarovanje že

⁷³ Uradni list RS, št. 22/19.

⁷⁴ Ti pogoji onemogočajo le odreditevčasne odredbe, ne utemeljujejo pa prenehanjačasne odredbe, ki je že bila pravnomočno odrejena. Glej Pogorelecnik Vogrinc, str. 264.

⁷⁵ Jenull, str. 22.

izvršeno in učinek presenečenja ni več potreben.⁷⁶ Obrazložen predlog tožilca za podaljšanje zavarovanja mora zato sodišče še pred odločitvijo poslati preostalim udeležencem, da se o njem izjavijo, in jim določiti primeren rok za odgovor (prvi odstavek 502. člena ZKP). Da bi bila njihova pravica do izjave učinkovita, bi moral zakon določati rok za vložitev predloga za podaljšanje zavarovanja. Takšne določbe ZKP ne vsebuje, ZIZ pa predlog podaljšanja omejuje le z iztekom časa, za katerega je bila odredba izdana (četrti odstavek 277. člena ZIZ). Težav s takšno ureditvijo v civilnem procesnem pravu praviloma ni, saj je trajanje začasnih odredb po ZIZ pogosto opredeljeno opisno (in ne datumsko kot po ZKP). Zato se lahko predvsem pri začasnem zavarovanju po ZKP zgodi, da je predlog vložen tako pozno, da se udeleženci do poteka roka zavarovanja o njem ne morejo učinkovito izjaviti (bodisi je rok za odgovor prekratek bodisi jim pisanja v kratkem času niti ni mogoče pravilno vročiti),⁷⁷ odločitev pred potekom roka za odgovor pa bi zato pomenila kršitev pravice do izjave.

Takšno sklepanje utemeljujejo stališča Ustavnega sodišča, ki ob presoji omejevalnih ukrepov v kazenskem postopku vztrajno poudarja pomen pravice do izjave. Nazadnje je to storilo v odločbah Up-441/16 z dne 24. 1. 2019 in Up-564/16 z dne 9. 5. 2019. V obeh je zapisalo, da napaka tožilstva oziroma (pre)pozno podan predlog za podaljšanje omejevalnega ukrepa ne more biti razlog, ki bi utemeljeval poseg v (obdolženčevo) pravico do izjave v postopku.

Ustrezneje bi zato bilo, da bi bila vložitev predloga omejena do določenega trenutka pred iztekom zavarovanja, kar bi omogočalo pravico do izjave in nato še pravočasno odločitev o predlogu, tako kot je to določeno na primer za postopek podaljševanja pripora (drugi odstavek 205. člena ZKP).⁷⁸ Ker oziroma dokler take ureditve ni, bodo položaji v postopku podaljševanja začasnega zavarovanja negotovi. Negotovost se lahko vsaj delno omili z vročanjem predloga udeležencu po vročevalcu, pa tudi s takšno določitvijo roka za odgovor (prvi odstavek 502.c člena ZKP), da se udeleženec lahko izjavi do določene ure določenega dne oziroma da bo sodišče upoštevalo le odgovor, ki ga bo do tedaj prejelo, in tako dalje. Vendar niti take rešitve ob siceršnjih določbah ZKP o vročanju ne bodo vselej učinkovite. Žal zakonodajalec tovrstnih dilem doslej ni zaznal ali jih vsaj ni odpravil. Še več, enake težave pri podaljševanju omejevalnih ukrepov je s spreminjanjem zakonodaje celo povzročil tam, kjer jih prej ni bilo.⁷⁹

⁷⁶ Izjema bo zgoraj omenjeni primer, ko že odrejeno zavarovanje v (začetnem) roku trajanja še ni bilo izvršeno. V takšnem položaju še vedno obstajajo vsi razlogi za omejitev pravice prizadete osebe do izjave.

⁷⁷ Lahko se zgodi, da predlog, ki je bil vložen »pravočasno« oziroma med trajanjem ukrepa (četrti odstavek 277. člena ZIZ), sodišče prejme po izteku ukrepa.

⁷⁸ Ni nepomembno, da je vročanje udeležencem postopka zavarovanja lahko zelo težavno, medtem ko težav z vročanjem predloga za podaljšanje pripora ni (obdolženec je v priporu, zastopa pa ga zagovornik).

⁷⁹ Smiselno enak problem se pojavlja v zvezi s postopkom podaljševanja policijske prepovedi približevanja po Zakonu o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol; Uradni list RS, št. 15/13, 23/15 – popr., 10/17, 46/19 – odl. US in 47/19), ki po noveli ZNPPol-A (Uradni list RS, št. 10/17) ne pozna več omejitev, da je podaljšanje ukrepa mogoče predlagati najpozneje tri dni pred njegovim iztekom. Problematiko je prepoznalo tudi Ustavno sodišče RS,

Kontradiktoren postopek ZKP določa tudi v zvezi s predlogom udeležencev za določitev novega načina zavarovanja, ki se prav tako presoja po merilih iz 502. člena ZKP. Če ga sodišče odredi, hkrati razveljavi prejšnji sklep o zavarovanju, razveljavitev pa se izvrši šele po izvršitvi novega načina zavarovanja (drugi odstavek 502.c člena ZKP). To pomeni, da lahko nekaj časa obstaja »dvojno« zavarovanje.

Odpravo začasnega zavarovanja ZKP ureja nekoliko drugače kot ZIZ. Sodišče ga odpravi na predlog udeležencev, po uradni dolžnosti pa le zaradi poteka roka ali če državni tožilec zavrže ovadbo oziroma izjavi, da ne bo začel pregona ali da od njega odstopa. Če sodišče meni, da začasno zavarovanje ni več potrebno, državnega tožilca pozove, da se o tem v določenem roku izjavi. Če državni tožilec tega ne stori ali če odpravi začasnega zavarovanja ne nasprotuje, sodišče začasno zavarovanje odpravi (tretji in četrti odstavek 502.c člena ZKP). Ta določba ni jasna, saj napeljuje na sklepanje, da sodišče zavarovanja ne more odpraviti, če temu nasprotuje tožilec. Ker bi bila takšna rešitev ob siceršnji ureditvi zavarovanja nerazumljiva in ker take zakonodajalčeve namere ni mogoče razbrati iz predloga ZKP-G, lahko sklepamo, da gre za nedosleden zapis pravila, s katerim se želi le poudariti tožilčeva pravica do izjave.

5.6. (Ne)uravnoteženost položajev (502.e člen ZKP)

Končno gre opozoriti na določbo 502.e člena ZKP, ki zahteva, da sodišče o odreditvi, spremembi in odpravi zavarovanja odvzema PK po uradni dolžnosti obvesti pristojni davčni organ s prepisom svoje odločbe, davčni organ pa lahko nato sodišču sporoči, da v zvezi z zavarovanim premoženjem načrtuje uvedbo postopka iz svoje pristojnosti. Če sodišče prejme takšno obvestilo, v odločbi o spremembi ali odpravi začasnega zavarovanja odredi, da organ, pristojen za izvršitev zavarovanja, tega ne sme spremeniti ali odpraviti pred prejemom pisnega obvestila sodišča, da je potekel en mesec od vročitve odločbe o spremembi ali odpravi zavarovanja pristojnemu davčnemu organu.

Navedena določba je sporna iz več razlogov. Najprej ni jasna, ker položaj ob odpravi zavarovanja ureja perpleksno: če je sodišče zavarovanje že odpravilo s sklepom in je njegov prepis tudi poslalo davčnemu organu, tega sklepa ne more pozneje dopolnjevati (ne z vsebino iz drugega odstavka 502.e člena ZKP ne kako drugače). Očitno gre le za način odprave začasnega zavarovanja, ki ne spada v izrek sklepa o odpravi,⁸⁰ temveč je predmet naknadne odredbe sodišča. Predvsem pa se zdi, da obravnavana določba, s katero naj bi se (očitno tudi v

ki je s sklepom Up-26/19, U-I-227/19 z dne 19. 9. 2019 začelo postopek za oceno skladnosti ZNPPol z Ustavo. V postopku obravnavanja ustavne pritožbe se je namreč zastavilo vprašanje, ali ZNPPol vsebuje protiustavno pravno praznino, ker kršitelju ne omogoča izjave v postopku sodnega odločanja o ukrepu prepovedi približevanja po 60. in 61. členu ZNPPol.

⁸⁰ Tako tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Kp 13636/2016 z dne 12. 7. 2018.

povezavi s postopkoma obdavčitve nenapovedanih dohodkov po Zakonu o davčnem postopku – ZDavP-2⁸¹ in odvzema premoženja nezakonitega izvora po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora – ZOPNI⁸²) varovali finančni interesi države, čezmerno posega v položaj osebe, zoper katero je zavarovanje odrejeno. Za občutno obdobje namreč preprečuje izvršitev sklepa o odpravi zavarovanja, in sicer ne glede na razlog odprave, kar je v izrazitem nasprotju z načelom uravnoteženega varstva interesov upnika in dolžnika, ki preveva institut zavarovanja terjatev. Tako kot po ZIZ bi namreč tudi po ZKP moralo veljati, da vsi sklepi v postopku zavarovanja začnejo veljati in se izvršijo takoj; nesuspendivnost pravnih sredstev velja tako v korist kakor v škodo upnika.⁸³ Začasno zavarovanje po ZKP je omejevalni ukrep, zato morajo zakonska pravila zagotavljati ravnovesje med človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami na eni strani ter sledenjem ciljev kazenskega postopka na drugi strani. Takšno ravnovesje obravnavana določba ruši mimo interesov kazenskega postopka (varuje namreč druge finančne interese države), ne da bi za to obstajal (očiteno) stvarno utemeljen razlog, poleg tega pa se poseg zdi nesorazmeren. Davčnemu organu je namreč dopuščeno, da čeprav je bil že (morda pred več leti) obveščen o odreditvi in o podaljšanjih zavarovanja, šele po obvestilu o odpravi zavarovanja (koliko časa ima, ZKP niti ne določa) napove, da *načrtuje* uvedbo postopka iz svoje pristojnosti, in si že s tem zagotovi dejansko podaljšanje zavarovanja za dodaten mesec dni. Tako lahko ravna tudi ne glede na razloge v sklepu o odpravi zavarovanja, s katerimi sodišče, ki je zavarovanje odredilo, utemeljuje svojo presojo, da podlage za zavarovanje ni (več).

6. Sklep

Veljavna zakonska ureditev in kompleksnost zavarovanja terjatev v (pred)kazenskem postopku povzročata številne dileme in sporne pravne položaje. Izhodišče njihovega prepoznavanja in reševanja je zavedanje o ustavnopravnem pomenu tega omejevalnega ukrepa in njegovi naravi, ki je povezana tako s kazenskim kot s civilnim pravom. Pri uporabi in razlagi pravil zavarovanja je zato treba upoštevati predvsem značilnosti zavarovane terjatve, njeno povezavo s kaznivim dejanjem, odločanjem o krivdi in fazo (pred)kazenskega postopka, v zvezi s tem pa tudi potrebo po ustreznem uravnoteženju pravnih položajev in varstvu drugih pravic udeležencev postopka. Rezultat razlage v konkretnem primeru je treba vselej ovrednotiti še z vidika njenih praktičnih posledic, ki morajo zadostiti zakonskim in ustavnim jamstvom.

⁸¹ Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 32/12, 94/12, 101/13 – ZDavNepr, 111/13, 22/14 – odl. US, 25/14 – ZFU, 40/14 – ZIN-B, 90/14, 91/15, 63/16, 69/17, 13/18 – ZJF-H in 36/19.

⁸² Uradni list RS, št. 91/11, 25/14 in 53/18 – odl. US.

⁸³ Glej Pogorelecnik Vogrinc, str. 291.

Literatura

- AMBROŽ, Matjaž. Odvzem protipravne premoženjske koristi. *Odvetnik*, 2015, letn. 17, št. 70, str. 30–32.
- BAVCON, Ljubo, in ŠELIH, Alenka. *Kazensko pravo: Splošni del*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1999.
- BELE, Ivan. *Kazenski zakonik s komentarjem: Splošni del*. Ljubljana: GV Založba, 2001.
- BOŠNJAK, Marko. Začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi. *Pravna praksa*, 2005, letn. 24, št. 7, str. 16–18.
- GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GORKIČ, Primož. Dokazovanje v postopku odločanja o odvzemu premoženjske koristi in premoženja. *Pravnik*, 2014, letn. 69, št. 9–10, str. 575–601.
- HORVAT, Štefan. *Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- JENULL, Hinko. Zavarovanje premoženjskih ukrepov v kazenskem postopku. *Pravosodni bilten*, 2010, letn. 31, št. 3, str. 7–34.
- PAVČNIK, Marijan. *Argumentacija v pravu*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1991.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1999.
- PAVČNIK, Tomaž. Dokazni standardi. *Podjetje in delo*, 2012, letn. 38, št. 6–7, str. 1407–1416.
- POGORELČNIK VOGRINC, Neža. *Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2015.
- RIJAVEC, Vesna. *Civilno izvršilno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- ŠIPEC, Miha, in dr. *Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, postopkih pred delovnimi in socialnimi sodišči, upravnimi sodišči, ustavnim sodiščem ter v upravnem postopku*. Ljubljana: GV Založba, 2001.
- ŠUGMAN STUBBS, Katja, in GORKIČ, Primož. *Dokazovanje v kazenskem postopku*. Ljubljana: GV Založba, 2011.
- VERDEL KOKOL, Vanja. Nekatere dileme odvzema protipravne premoženjske koristi s poudarkom na gospodarskih kaznivih dejanjih. *Podjetje in delo*, 2017, letn. 43, št. 5, str. 746–776.
- UDE, Lojze, in GALIČ, Aleš (ur.). *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, GV Založba, 2006.



Pravni letopis 2019

Neupravičena obogatitev

V.

DAMJAN MOŽINA

Obresti in plodovi pri neupravičeni obogatitvi

KARMEN LUTMAN

Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino

KARMEN LUTMAN

Neupravičena obogatitev v večosebnih razmerjih

*Izvirni znanstveni članek
UDK 347.4/.5(497.4)*

Obresti in plodovi pri neupravičeni obogatitvi

DAMJAN MOŽINA
*doktor pravnih znanosti
redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

Dolžnost vračila tistega, za kar je bil nekdo obogaten brez pravne podlage – oziroma je ta pozneje odpadla –, poleg vračila predmeta obogatitve zajema tudi vračilo naravnih in civilnih plodov.¹

Naravni plodovi, denimo jajce, ki ga znese kokoš, ali jabolka, ki jih rodi jablana, so razmeroma redki. Pogostejši so civilni plodovi, kot denimo najemnina, kadar je bil predmet neupravičene obogatitve, na primer nepremičnina, oddan v najem, ali licenčnina, kadar je predmet neupravičene obogatitve pravica intelektualne lastnine, ki jo obogatena stranka gospodarsko izkorišča. Kadar je predmet obogatitve vsota denarja, so civilni plod obresti.

V prispevku so predstavljena nekatera vprašanja, ki se zastavljajo v zvezi z obrestmi in plodovi pri neupravičeni obogatitvi, ter podani možni odgovori nanje.

2. Člen 193 OZ: postrožena odgovornost nepoštenega prejemnika

Po osnovnem pravilu glede vračanja plodov in obresti v 193. členu OZ (214. členu ZOR)² mora »nepošteni pridobitelj« vrniti plodove in plačati zamudne obresti od dneva pridobitve,

¹ Lutman, 2018, str. 319, v tem smislu razlikuje »primarno korist«, tj. predmet neupravičene obogatitve oziroma premoženje, ki je brez podlage prešlo v premoženje obogatene stranke in ga mora ta vrniti, od »sekundarnih koristi«, kamor se štejejo koristi, ki jih je obogatena stranka dosegla s primarno koristjo, tako da jo je uporabljala, pridobila od nje plodove, dobiček, obresti ipd.

² Obligacijski zakonik (OZ), Uradni list RS, št. 83/01, 40/07, 64/16; Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR), Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99, 83/01, 30/02 in 87/02.

medtem ko je »nepošteni pridobitelj« dolžan vrniti plodove in plačati zamudne obresti od dneva pridobitve.

Pravilo predvideva postroženo odgovornost za tistega pridobitelja, ki se zaveda, da predmeta obogatitve ne sme obdržati. Kot je veljalo že v rimskem pravu, zakon nepoštenega pridobitelja obravnava podobno kot tatu (*condictio furtiva*).³ Povrniti mora vse plodove, vključno s tistimi, ki jih ni pobral, ter tistimi, ki jih je pobral in vmes porabil. Pravilo o plodovih se večinoma prekriva z ureditvijo iz prvega in drugega odstavka 95. člena SPZ,⁴ ki ureja pravni položaj nedobrovernega posestnika v razmerju do lastnika v okviru varstva lastninske pravice.

Če je predmet obogatitve vsota denarja, mora plačati zamudne obresti za celotno obdobje, ko je denar imel. Zamudne obresti imajo dvojno funkcijo: upniku pomenijo povrnitev škode zaradi nemožnosti uporabe lastnega kapitala, »kazenski pribitek«, ki ga tudi vsebujejo, pa je namenjen spodbudi dolžniku, da vrne glavnico (glej 2. člen ZPOMZO-1⁵).

Zakon postavlja domnevo, da pridobiteljeva »poštenost« traja vse do trenutka »vložitve tožbe«. Ta rešitev ni najboljša. Najprej zato, ker vložitev tožbe še ne pomeni, da je tožena stranka z njo tudi seznanjena; merodajna bi bila lahko kvečjemu vročitev tožbe. Po drugi strani je zahtevek mogoče uveljaviti tudi zunajsodno; sklicevanje na tožbo je zato zavajajoče. Upnik mora imeti možnost dokaza, da je dolžnik postal nedobroveren tudi drugače oziroma prej.⁶

Sodna praksa je plačilo zamudnih obresti naložila denimo v primeru darilne pogodbe, pri kateri je darovalec obdarjenki izročil večjo vsoto denarja, v zameno pa pričakoval njeno ljubezen in skupno življenje.⁷ To pričakovanje je pomenilo odločilni nagib in prešlo v kavzo. Ker se ni uresničilo, je darilna pogodba zaradi odpada kavze prenehala veljati. Sodišče je ugotovilo, da je obdarjenka do darovalca gojila negativna čustva in znanstvo z njim vzdrževala, ker je imela od tega korist, zato jo je štelo za nepošteno prejemnico.

3. Ali mora plodove in obresti povrniti tudi pošteni pridobitelj?

Člen 193 OZ (214. člen ZOR) se bere tako, kot da obveznost vrnitve plodov in plačila obresti velja le za nepoštenega pridobitelja, medtem ko pridobitelju, ki je glede upravičenja do predmeta obogatitve v dobri veri, ni treba vračati plodov in plačevati obresti. Vendar to ne drži.

³ Schäfer v: Schmoeckel, Rückert, Zimmermann, par. 812–822, r. št. 188, str. 2687.

⁴ Stvarnopravni zakonik (SPZ), Uradni list RS, št. 87/02 in nasl.

⁵ Zakon o predpisani obrestni meri zamudnih obresti (ZPOMZO-1), Uradni list RS, št. 56/03 in nasl.

⁶ Tako tudi na primer sodba VSL I Cpg 123/2018 z dne 10. 1. 2019, točka 27.

⁷ Sodba VS RS II Ips 854/2006 z dne 18. 6. 2009.

Da mora tudi pošteni pridobitelj povrniti plodove in obresti, izhaja že iz osnovne usmeritve o pravu neupravičene obogatitve: kdor je bil obogaten brez pravne podlage, mora premoženje oziroma korist vrniti ne glede na to svojo dobro ali slabo vero.⁸ Prejetega ne sme obdržati, ker za to nima pravne podlage. Če je denimo nepremičnina, ki je predmet neupravičene obogatitve, oddana v najem, in pridobitelj dobiva najemnino, ni nobenega razloga, da bi prežete zneske lahko obdržal, tudi če je v dobri veri.

Poleg tega tudi 198. člen OZ (»uporaba tuje stvari v svojo korist«) jasno določa, da je korist od uporabe tuje stvari treba nadomestiti ne glede na dobro vero pridobitelja. Enako moramo obravnavati plodove in obresti, saj gre za povsem primerljive oziroma enake položaje. Določbe obligacijskega prava moramo razlagati tako, da tvorijo (čim bolj) celovit in notranje usklajen sistem. Korekturo dolžnosti nadomestitve dosežene koristi pa pomeni ugovor odpada obogatitve, ki je na voljo le dobroverni stranki.⁹

4. Konkretna ali abstraktna korist?

Naslednje vprašanje je, ali se za obogatitev, ki jo je treba povrniti, šteje že sama možnost pridobivanja plodov, obresti in drugih koristi ali pa obogatitev pomenijo le tisti plodovi in koristi, ki jih je obogatena stranka dejansko (konkretno) pridobila. Z drugimi besedami: ali je pridobljena korist že v abstraktni možnosti uporabe predmeta obogatitve ali šele v dejanski koristi, tj. konkretno pridobljeni koristi, ki jo je seveda treba tudi izkazati?

Tak dokaz je za prikrajšano stranko lahko zahteven, saj ni samoumevno, da ima vpogled v to, kako pridobitelj uporablja stvar. Stališče o abstraktni možnosti pa ne olajšuje dela le tožeči stranki, ampak tudi sodišču, saj se mu ni treba ukvarjati z dokazovanjem konkretne koristi.

Z izhodišča osnovnega pravila obogatitvenega prava – povrniti tisto, za kar je bila stranka obogatena brez pravne podlage – je kot temeljno usmeritev treba sprejeti stališče o konkretni koristi. Le tisti plodovi oziroma koristi, s katerimi se je pridobitelj v resnici okoristil, pomenijo neupravičeno obogatitev. Če bi na splošno šteli, da mora pridobitelj povrniti plodove in koristi že na podlagi abstraktni možnosti njihove pridobitve, bi mu s tem naložili povrnitev tudi v primerih, ko plodov oziroma koristi v resnici sploh ne bi pridobil. Do dobrovernega pridobitelja, ki ni računal, da bo moral koristi nekoč povrniti, in je v skladu s tem tudi ravnal, bi bila nadomestitev koristi, ki jih ni pridobil, prestroga.

⁸ Tako tudi Cigoj, 214. člen, str. 837, in Lutman, 2018, str. 324.

⁹ O ugovoru odpada obogatitve glej na primer sodbi VSL I Cp 231672015 z dne 25. 11. 2015 in VSL II Cp 2088/2017 z dne 13. 12. 2017 ter Možina, Vsebinska in obseg obogatitvenega zahtevka, v: Možina, 2017, str. 159–165.

Drugače velja za nepoštenega pridobitelja: zaradi njegove slabe vere pravni red nima težav s pravilom, da mu povrnitev naloži že na podlagi abstraktne možnosti pridobivanja plodov in obresti oziroma drugih koristi, zato mora povrniti vse plodove in koristi, vključno s tistimi, ki jih ni pridobil (postrožena odgovornost).

Stališče o konkretni koristi kot osnovnem pravilu ima tudi izjeme, ki jih narekujejo posebne okoliščine. Če je predmet obogatitve denimo denar, obogatena stranka pa specializirana finančna ustanova, kakršna je banka, se domneva, da je pri tem dosegla najmanj neki povprečni dobiček v višini obresti, ki jih običajno doseže, ne zdi pretirana. Tako je na primer nemška sodna praksa izoblikovala (izpodbojno) domnevo, da je v nekaterih položajih na podlagi življenjskih izkušenj mogoče upravičeno pričakovati pridobitev določenih gospodarskih koristi: če se predmet obogatitve uporablja v podjetju (torej z namenom pridobivanja dobička na trgu), če je obogatena stranka banka, če so predmet obogatitve vrednostni papirji, ki prinašajo dividende, in podobno, se domneva pridobitev »običajnih obresti«.¹⁰ Če je pridobitelj banka, nemška sodišča domnevajo, da je pridobila korist v višini referenčne obrestne mere, povečane za 5 odstotkov.¹¹ Kadar pridobitelj z denarjem, za katerega je bil neupravičeno obogaten, poravnava svoje (obrestovane) dolgov, sodišča štejejo, da je pridobil tolikšno korist, kot je prihranil obresti, ki bi jih sicer moral plačevati.¹² V takih primerih je domneva pridobivanja določenih koristi utemeljena (in s tem približevanje abstraktnemu pristopu), njen učinek pa je v olajšanju dokaznega bremena prikrajšani stranki. Podobno velja v avstrijskem in švicarskem pravu.¹³ Domnevo je seveda mogoče izpodbiti s dokazom, da je konkretna korist večja ali manjša.

Karmen Lutman navaja, da mora tudi dobroverni pridobitelj plačati znesek dejansko doseženih koristi, pri čemer velja (izpodbojna) domneva, da je dosegel korist po 4-odstotni letni obrestni meri, ki je določena za dolžnike denarnih terjatev (par. 1000 ABGB¹⁴). Drugačna rešitev, tj. načeloma abstraktni pristop, velja za zahtevke na povrnitev koristi od uporabe na podlagi prenehanja vzajemnih pogodb, ki bodo obravnavani v nadaljevanju.

5. *Commodum ex re* ali *commodum ex negotiatione*?

Naslednje vprašanje, povezano s pridobivanjem plodov in koristi, je, ali mora pridobitelj vrniti le korist, ki sama po sebi izhaja iz predmeta obogatitve (*commodum ex re*), ali tudi korist, ki jo

¹⁰ Glej pregled sodne prakse pri Wendehorst v: Bamberger idr., par. 818, r. št. 13, ter Sprau v: Palandt idr., par. 818, r. št. 11.

¹¹ Glej na primer odločbo BGH XI ZR 17/06 z dne 24. 4. 2007 (obj. v NJW 2007, str. 2401).

¹² Glej na primer odločbo BGH IX ZR 22/97 z dne 19. 3. 1998 (obj. v NJW 1998, str. 2592).

¹³ Lutman, 2018, str. 341.

¹⁴ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

je sicer pridobil s pomočjo predmeta obogatitve, ampak je pretežno rezultat njegovega znanja, dobrih poslovnih odločitev, naporov ali siceršnjih individualnih značilnosti (*commodum ex negotiatione*). Pisci poudarjajo, da je ureditev v 193. členu OZ izhodiščno namenjena le povrnitvi objektivnih koristi, ki same po sebi izhajajo iz predmeta obogatitve – pri stvareh, oddanih v najem, denimo v obliki povprečne tržne najemnine –, ne pa tudi tistih koristi, ki so rezultat posebnih naporov, odločitev oziroma vložka pridobitelja, čeprav utegne biti razmejitev v praksi težavna.¹⁵ Celo slaboverni pridobitelj mora nadomestiti le korist, ki sama izhaja iz predmeta obogatitve, ne pa tudi tiste koristi, ki jo je pridobil s svojimi odločitvami, znanjem ipd.¹⁶

Pridobitelj, ki mora povrniti koristi, ima tudi pravico do povrnitve stroškov, ki so potrebni za ohranitev stvari, pri čemer je obseg povrnitve odvisen od njegove dobro- oziroma slabovernosti (194. člen OZ).

6. Drugačna pravila za vrnitvene zahtevke po prenehanju vzajemnih pogodb

V osnovnem položaju neupravičene obogatitve je ena stranka obogatitveni upnik, druga pa obogatitveni dolžnik, ki mora povrniti denimo obogatitev, ki izhaja iz plačila nedolga ali uporabe tuje stvari.

Položaj po prenehanju vzajemnih pogodb, v katerem sta obe stranki že opravili določena izpolnitvena ravnanja, nato pa je ena od njiju zaradi kršitve druge stranke od pogodbe odstopila (razdor), je od osnovnega položaja bistveno drugačen: tu sta namreč obe stranki hkrati obogatitveni upnici in dolžnici. Prišlo je torej do dveh premikov premoženja, obogatitvene zahtevke pa imata obe stranki. Za ponazoritev si lahko predstavljamo, da se pogodba o prodaji avtomobila leto dni po izročitvi razdre, na primer zaradi pravne napake. Prodajalec mora vrniti kupnino, kupec pa avtomobil; poleg tega mora prodajalec povrniti še obresti od kupnine, kupec pa nadomestiti korist, ki jo je dosegel z enoletno uporabo avtomobila.

To seveda velja le za razdor pogodb, ki učinkuje *ex tunc*, torej razdor pogodb z enkratno izpolnitvijo, ne pa tudi za pogodbe s trajajočimi ali ponavljajočimi se izpolnitvami, pri katerih razdor načeloma deluje le za naprej, torej *ex nunc*.¹⁷ Tedaj se izpolnitve, ki so bile opravljene brez ugovorov in plačane – oziroma obveznost plačila zanje še obstaja –, ne vračajo. V primeru pogodb z enkratno izpolnitvijo želi pravni red stranke postaviti v položaj *que ante contractum*.¹⁸

¹⁵ Prav tam, str. 330; Cigoj, komentar 214. člena, str. 834 in 837.

¹⁶ Cigoj, str. 837.

¹⁷ To izhaja iz določb 111. člena OZ (*ex tunc*) ter 108. člena OZ (načeloma učinek *ex nunc*, samo izjemoma, kadar ima le celotna izpolnitev smisel za stranko, *ex tunc*). Več Možina, 2011, str. 57 in nasl.

¹⁸ Hellwege v: Zimmermann, Jansen, člen 9:306, r. št. 13.

Razdor pogodbe v tem primeru pomeni, da je naknadno odpadla pravna podlaga, torej položaj, ki ga pokriva pravo neupravičene obogatitve v tretjem odstavku 190. člena OZ. Vendar pa posebnosti položaja po prenehanju pogodb zahtevajo posebna pravila (*lex specialis*). Splošna pravila obogatitvenega prava se uporabijo le glede vprašanj, ki s posebnimi pravili niso posebej urejena, na primer glede povrnitve stroškov. Da je zakonodajalec položaj po prenehanju vzajemne pogodbe razumel v smislu neupravičene obogatitve, med drugim izhaja iz prvega odstavka 116. člena OZ; po tej določbi stranka v primeru, ko je do trenutka nastopa nemožnosti izpolnitve obveznosti nasprotna stranke, za katero ne odgovarja nobena stranka (pri tem pa ni nobenih razlogov, da bi se drugi položaji prenehanja pogodbe zaradi neizpolnitve obravnavali drugače), že izpolnila svojo obveznost oziroma njen del, lahko »zahteva vrnitev po pravilih o vračanju tistega, kar je bilo neupravičeno pridobljeno«.

Prva dilema v zvezi v vzajemnimi vrnitvenimi zahtevki, ki je pri osnovnem »obogatitvenem« položaju ni, je, kako obravnavati položaj, ko ena stranka predmeta pogodbe iz nekega razloga ne more vrniti oziroma ga ne more vrniti v enakem stanju. Preneseno na primer: če kupcu tretja oseba ukrade avtomobil, se postavi vprašanje, ali mora prodajalec kupnino kljub temu vrniti.¹⁹ Zelo nenavadno bi bilo, če bi se kupec lahko skliceval na odpad obogatitve, sam pa bi od prodajalca lahko zahteval vrnitev kupnine. Gre torej za problem alokacije rizika naknadnega uničenja oziroma poslabšanja predmeta pogodbe, ki je v literaturi znan.²⁰ Povejmo le, da ga naše pravo ureja v tretjem odstavku 111. člena OZ, po katerem se tedaj, kadar vračata obe stranki, za vzajemno vračanje uporabljajo pravila »dvostranskih« (vzajemnih) pogodb. Razmerje vzajemnosti (sinalagme) se torej ohranja kljub prenehanju pogodbe. Sklic na vzajemne pogodbe pomeni uporabo določbe o jamstvu za stvarne napake (100. člen OZ), določb o ugovoru neizpolnitve (101. člen OZ) oziroma ogroženosti (102. člen OZ) ter pravil o nemožnosti izpolnitve (116. in 117. člen OZ). Uporaba slednjih bi načeloma pomenila, da je usoda nasprotna vrnitvene obveznosti odvisna od tega, ali in če, katera od strank je odgovorna za nemožnost. S takšnimi primeri se sodna praksa po dostopnih podatkih še ni ukvarjala, z njimi pa je povezana vrsta praktičnih in doktrinarnih vprašanj. Poleg tega je treba upoštevati, da zakon problem alokacije rizika naknadnega poslabšanja v primeru razdora pogodbe zaradi stvarne napake ureja drugače: kupec lahko v skladu s 475. členom OZ pogodbo razdre (»odstopi«) le, če stvar lahko vrne v bistveno enakem stanju, ob tem pa so predvidene številne izjeme (zlasti naključno uničenje, uničenje ali poslabšanje zaradi stvarne napake ali redne rabe).

¹⁹ Če je bil avtomobil zavarovan (kasko), lahko zahtevek nasproti zavarovalnici kot nadomestni *commodum* (argument iz 331. člena OZ) stopi na mesto vrnitvenega zahtevka.

²⁰ Glej na primer Hellwege v: Zimmermann, Jansen, člen 9:306, r. št. 13. V rimskem pravu so si pomagali s fikcijo *mortuus redhibetur*: kupec sužnja, ki je imel napako, je lahko v smislu odstopa od pogodbe uporabil *actio redhibitoria*. Če je suženj vmes umrl, je kupec vseeno lahko vložil tožbo; vrniti je moral mrtvega sužnja, za katerega je veljala fikcija, da je živ. Več Zimmermann, 1996, str. 330 in nasl. Glej tudi Lutman, 2015, str. 1537.

Dobra oziroma slaba vera strank se pri prenehanju pogodbe zaradi razdora (»odstopa«) upošteva drugače kot pri osnovnem »obogatitvenem« položaju. Predvsem je treba imeti pred očmi, da se pri odgovoru na vprašanje odgovornosti strank za kršitev pogodbe v prvi vrsti upošteva pogodbeni odškodninski odgovornost.

Naslednja dilema je povezana z vrednotenjem vzajemnih zahtevkov v zvezi z obrestmi, plodovi oziroma koristmi od uporabe. Zelo nenavadno bi bilo, če bi v zgornjem primeru kupec za enoletno uporabo avtomobila moral plačati bistveno drugačno vsoto kot prodajalec za uporabo denarja v istem obdobju. V času nakupa je bil predmet pogodbe v očeh obeh pogodbenih strank vreden toliko, kot sta se dogovorili. Prav tako ne more biti sprejemljivo, da bi bila ena stranka dolžna nadomestiti abstraktno možnost uporabe, druga pa le konkretno, z uporabo pridobljeno korist. Pisci utemeljeno poudarjajo, da je za obe stranki treba uporabiti enaka merila.²¹ Abstraktni pristop se zdi tu primernejši.

Pravzaprav bi se, vsaj načeloma, morala zahtevke za plačilo koristi od uporabe stvari in zahtevke za plačilo koristi od uporabe kupnine – vsaj v izhodiščnem položaju – pobotati. V tem smislu so nekatere novejšje pravne ureditve določbo o povrnitvi koristi od uporabe celo opustile.²² Poleg ideje pobotanja so bile nosilni razlog tudi težave z določanjem vrednosti koristi.²³ Avstrijska sodna praksa denimo domneva, da se v primeru prenehanja vzajemnih pogodb kondicijski zahtevki obeh (dobrovernih) strank načeloma pobotajo; v novejšem času sodišča to širijo tudi na primer, ko sta obe stranki slaboverni.²⁴

Kot rečeno, prodajalec mora v primeru prenehanja pogodbe zaradi razdora v skladu s petim odstavkom 111. člena OZ plačati »obresti« za čas od prejema kupnine. Tu je treba pojasniti historiat določbe. ZOR je v sicer identični določbi petega odstavka 132. člena določal povrnitev »zamudnih obresti« od prejema izplačila. V tem delu je ZOR sledil osnutku zakona, Konstantinovičevi Skici,²⁵ ki je v petem odstavku 102. člena določala, da mora stranka, ki vrača denar, plačati »zakonske obresti« od dneva prejema plačila. Vse kaže, da se je Mihailo Konstantinović zgledoval po ureditvi iz 78. in 81. člena Haaške konvencije o enotnem pravu prodajne pogodbe (ULIS, predhodnice CISG). Ta je v 83. členu definirala obrestno mero zamudnih obresti kot uradno diskontno stopnjo v deželi sedeža prodajalca, povečano za 1 od-

²¹ Lutman, 2018, str. 323.

²² To velja na primer za Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe, glej Zimmermann, 2011, str. 563, 582, in Huber v: Vogenauer idr., 2015, člen 7.3.6, r. št. 22–24.

²³ Prav tam.

²⁴ Glej Rummel v: Rummel idr., par. 1437, r. št. 9, str. 478, ter Lurger v: Kletečka, Schauer, par. 1437, r. št. 9, ki za prvo trditev (oboje stranska dobra vera) navaja odločbe OGH 7 Ob 672/86 (obj. v SZ 60/6), 2 Ob 601/94 (obj. v RdW 1995, 177), Ob 231/98a (obj. v SZ 71/162); za drugo (oboje stranska slaba vera) pa odločbo OGH 7 Ob 669/87 (obj. v JBl. 1988, 250) in druge.

²⁵ Konstantinović, 1969.

stotek. Skica je obrestno mero »zakonskih« obresti, tj. zamudnih obresti, sicer v 223. členu določala v višini 6 odstotkov, če v posameznem primeru ni določeno drugače. Za primer, da sta se stranki dogovorili za obresti (pogodbene obresti), ne pa tudi za obrestno mero, je Skica v drugem odstavku 319. člena prav tako določala 6-odstotno obrestno mero. Danes veljavni 84. člen CISG, ki v primeru prenehanja mednarodne gospodarske prodajne pogodbe določa, da mora (poleg kupca, ki vrača blago s koristmi od uporabe) prodajalec vrniti kupnino z obrestmi od dneva prejema, obrestne mere ne določa več. Na diplomatski konferenci na Dunaju – tudi zaradi odklonilnega odnosa nekaterih držav do obrestovanja – glede vprašanja obrestne mere ni bil dosežen kompromis. V sodni in arbitražni praksi je glede obrestne mere mogoče najti različne odločitve. Po večinskem stališču namen obrestne mere ni povrnitev škode, temveč nadomestitev koristi od uporabe denarja. Ker je prodajalec lahko uporabljal denar v državi svojega sedeža, je s tem prihranil obresti, ki bi jih sicer moral plačati za odplačno pridobitev take vsote.²⁶ Če se stranki nista dogovorili za obrestno mero, ki naj se uporabi v tem primeru, velja običajna obrestna mera v kraju sedeža prodajalca. Obresti pa se dolgujejo že v primeru možnosti uporabe denarja, torej abstraktno, kar je motivirano s praktičnimi potrebami mednarodne trgovine.²⁷

Slovenski zakonodajalec je ob sprejetju OZ iz petega odstavka 111. člena črtal besedo »zamudne«. Sprememba je seveda utemeljena, saj prejemnika denarne izpolnitve v vzajemni pogodbi po eni strani ne moremo kar pavšalno izenačiti s položajem dolžnika v zamudi oziroma mu pripisati slabovernosti. Zamudnih obresti, ki vsebujejo pavšalno povrnitev škode ter kazenski dodatek, v tem položaju ni primerno naložiti, saj ne gre za zamudo. V zvezi s tem je bilo problematično tudi razmerje z nasprotnim zahtevkom za povrnitev koristi od uporabe, ki – četudi štejemo, da se korist povrne abstraktno – »kazenskega dodatka« ne vsebuje. Povrnejo se torej obresti, ki odražajo korist od denarja (obogatitvene obresti), pri tem pa je treba upoštevati tudi uravnoteženost z nasprotnim zahtevkom na povrnitev koristi od uporabe. Če stranka na poziv nasprotne stranke ne plača, pade v zamudo, odtelej pa tečejo zamudne obresti.

Tudi drugi načini prenehanja oziroma neveljavnosti pogodb – ničnost, uspešno izpodbijanje, odstop (v smislu zakonske ali pogodbene pravice) – učinkujejo *ex tunc*. OZ določa, da morata stranki druga drugi vrniti, kar sta prejeli na podlagi neveljavne pogodbe (87. in 96. člen OZ), določb o obrestih, plodovih oziroma koristi od uporabe pa ne vsebuje.²⁸ Zastavlja se vprašanje, ali bi v odsotnosti posebnih ureditev veljalo analogno uporabljati 111. člen OZ. Ker gre za vzajemne vrnitvene zahtevke strank, se zdi odgovor pritrdilen.

²⁶ Fountoulakis v: Schlechtriem idr., 2019, art. 84, r. št. 17.

²⁷ Prav tam.

²⁸ Posebna določba vsebuje možnost zavrnitve vrnitvenega zahtevka v primeru, kadar sta stranki s pogodbo skušali doseči nemoralen namen (*condictio ob turpem causam*).

Glede posledic uveljavitve pravice do odstopa obstaja nekaj posebnih določb v ZVPot. Tudi po tem zakonu velja, da morata stranki v primeru potrošnikovega odstopa druga drugi vrniti, kar sta na podlagi pogodbe prejeli. Peti odstavek 43.d člena ZVPot po zgledu tretjega odstavka 13. člena Direktive 2011/83/EU o pravicah potrošnikov²⁹ določa, da podjetje lahko zadrži vračilo prejetega denarja, dokler potrošnik ne vrne blaga. Ugovor neizpolnitve kaže, da se vzajemna povezanost (sinalagma) obveznosti strank tako kot po razdoru ohrani tudi po odstopu od pogodbe. V skladu s sodno prakso Sodišča EU potrošniku v primeru odstopa načeloma ni treba plačati nadomestila za korist od uporabe do trenutka odstopa.³⁰

7. Posebnosti pogodb o odplačnem prenosu rabe stvari, pravic ali denarja

Doslej smo obravnavali primere, v katerih je bil predmet obogatitve stvar ali pravica (primarni predmet obogatitve), ob tem pa je moral pridobitelj vračati sekundarne koristi (plodovi, obresti oziroma korist od uporabe). Razen pri opravičenih izjemah, pri katerih je mogoče na podlagi življenjskih izkušenj zanesljivo sklepati o določeni pridobljeni koristi, zgolj abstraktna možnost uporabe za povrnitev ne zadošča.

Položaj pa je drugačen, če gre za pogodbo, katere namen ni bil odplačni prenos stvari ali pravice, ampak odplačni prenos rabe, kot na primer pri najemni ali posojilni pogodbi. Tu je bila odplačna raba primarni predmet obogatitve. Če denimo nekdo sklene pogodbo o najemu stanovanja ali avtomobila, vendar se pozneje izkaže, da je taka pogodba nična, se zastavi vprašanje, ali je bil pridobitelj obogaten že s tem, ko je imel možnost uporabe stvari.³¹ Tu se stališče o abstraktni možnosti uporabe ne zdi tako problematično. Pridobitelj je vendarle sprejel odločitev o tem, da si uporabo stvari oziroma pravice zagotovi na trgu, in je seveda pričakoval, da bo to tudi plačal. Njegovo morebitno sklicevanje, da stanovanja ali avtomobila v resnici ni uporabljal in ni prejel koristi od uporabe, bi bilo v tem smislu v nasprotju z njegovo odločitvijo o sklenitvi pogodbe o odplačni rabi (*venire contra factum proprium*). Izjema bi lahko veljala za primer, da razlog neveljavnosti pogodbe vpliva na odločitev o uporabi.³² Tudi če bi na primer

²⁹ Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304, 22. 11. 2011.

³⁰ Sodba Sodišča EU v zadevi C-489/07, Pia Messner, z dne 3. 9. 2009.

³¹ V nemški teoriji nekateri menijo, da je tudi pri tem relevantna le dejansko pridobljena korist, glej na primer Schwab v: Geier idr., par. 818, r. št. 20 in nasl., ali Wendehorst, v Bamberger idr., par. 818, r. št. 31. Po mnenju drugih pa zadošča že abstraktna možnost uporabe, tako na primer Lorenz, v Horn idr. par. 818, r. št. 13. Fervers, Gsell, str. 3607, kot odločilno merilo predlagata upoštevanje avtonomne odločitve pridobitelja o uporabi.

³² Fervers, Gsell, str. 3607, 3608.

dokazal, da je bil v času trajanja najema v bolnišnici, bi lahko rekli, da bi bil tveganju, da ju ne bo mogel uporabljati, izpostavljen v vsakem primeru, tudi če bi z zavedanjem o ničnosti konkretne pogodbe sklenil pogodbo z drugimi ponudniki.³³ Na neki način bi lahko šteli, da je pridobitelj s tem, ko je imel možnost uporabe, vendar brez veljavne podlage zanjo (neveljavna pogodba), prihranil stroške, ki bi jih za tako možnost uporabe sicer moral plačati na trgu.

V nemškem pravu denimo dobroverni najemnik oziroma zakupnik v tem primeru ne glede na dejansko uporabo nadomesti vrednost dosežene koristi, pri čemer je odločilna cena, za katero je mogoče v primerljivih okoliščinah običajno uporabljati predmet pogodbe; zgornja meja je načeloma dogovorjena najemnina oziroma zakupnina.³⁴ Enako velja za uporabo tuje pravice intelektualne lastnine (običajna licenčnina).³⁵ Izhodišče BGH glede posojilne pogodbe je sicer stališče o dejansko pridobljenih koristih, a vzpostavlja domnevo, da je pridobitelj, če je posojilo črpal, pridobil koristi, ki jih je po življenjski izkušnji utemeljeno pričakovati, tj. običajne obresti na trgu.³⁶ Po drugi strani pa BGH pridobitelju, ki je vedel, da bo koristi od uporabe moral povrniti (postrožena odgovornost nedobrovernega pridobitelja), nalaga višje obresti, tj. 5 odstotkov nad temeljno obrestno mero.³⁷

BGH je obravnaval primer, ko je stranka sicer učinkovito odpovedala pogodbo o dostopu do interneta, vendar ji ponudnik internetnega priključka še nekaj mesecev ni odklopil.³⁸ V tem času je internetni priključek uporabljala le občasno. Sodišče je presodilo, da mora za to obdobje plačati dejansko uporabo, kar je ocenilo na 25 odstotkov plačila (cene).

Ne glede na to, ali upoštevamo že abstraktno možnost uporabe ali zahtevamo pridobljeno korist, je pri posojilnih in najemnih pogodbah utemeljena domneva, da je pridobitelj s tem, ko je kredit črpal, pridobil korist v višini običajne tržne cene, ki bi jo moral pod primerljivimi modalitetami plačati za rabo stvari, denarja oziroma pravice. V slovenskem pravu bi oporo za izračun takšne cene v potrošniških kreditnih pogodbah lahko pomenila povprečna efektivna obrestna mera (26. člen ZPotK-2³⁹), ki jo dvakrat na leto objavi Banka Slovenije, vendar so objavljeni le podatki za razmeroma majhne vsote in ročnosti kreditov. Uporabni so tudi

³³ Prav tam.

³⁴ S. Lorenz v: Horn idr., par. 818, r. št. 13, Wendehorst v: Bamberger idr., par. 818, r. št. 31, Sprau v: Palandt, par. 818, r. št. 23.

³⁵ Glej Sprau v: Palandt, par. 818, r. št. 23.

³⁶ Odločbi BGH VIII ZR 245/61BGH z dne 18. 4. 1962 (obj. v NJW 1962, str. 1148) in XI ZR 79/97BGH z dne 12. 5. 1998 (obj. v NJW 1998, str. 2529).

³⁷ O tem kritično Fervers, Gsell, str. 3607, 3609, ki se zavzemata, da pridobitelj tudi v tem primeru plača običajne tržne obresti.

³⁸ Odločba BGH III ZR 231/12 z dne 7. 3. 2013 (obj. v NJW 2013, str. 2021).

³⁹ Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-2), Uradni list RS, št. 77/16.

podatki o povprečnih stroških stanovanjskih kreditov, tako za primer fiksne kot variabilne obrestne mere, ki jih objavlja Zveza potrošnikov Slovenije.⁴⁰

Še korak dlje gre ZPotK-2 pri primeru potrošnikovega odstopa od kreditne pogodbe: v tretjem odstavku 18. člena po zgledu tretjega odstavka 14. člena Direktive 2008/48/ES o potrošniških kreditih za primer nadomestitve koristi v primeru potrošnikovega odstopa od kreditne pogodbe določa, da mora potrošnik plačati obresti od dneva črpanja glavnice do njenega vračila, obresti pa se izračunajo na podlagi dogovorjene kreditne obrestne mere. Zakon torej šteje, da je pogodbeno določena obrestna mera najboljši kazalnik koristi uporabe denarja – čeprav pogodbe ni več.

8. Obogatitvene obresti

Obrestna mera obogatitvenih obresti za dobrovernega pridobitelja iz 193. člena OZ v zakonu ni neposredno določena. Določitev obrestne mere, ki odraža korist, pridobljeno z uporabo denarja, je prepuščena sodišču.

Da se upniku olajša dokazno breme glede konkretno pridobljene koristi, se lahko vzpostavi domneva (na primer v obliki obrestne mere), stranki pa lahko dokazujeta, da je konkretna korist višja ali nižja. Spomniti velja, da se restitucijska obveznost ne razteza na koristi, pridobljene z dobrimi odločitvami, posebnimi znanji (ipd.), in načeloma vključuje le *commodum ex re*.

Najprej naj odgovorimo na vprašanje, ali je primerna uporaba dispozitivne določbe o obrestni meri iz drugega odstavka 382. člena OZ. Ta za primer, da sta se stranki v pogodbi dogovorili za obresti, ne pa za obrestno mero, določa 6-odstotno letno obrestno mero. Domneva o pridobitvi tolikšne koristi se zdi glede na razmere na finančnih trgih v zadnjih letih zelo visoka. Uporaba enotne obrestne mere za vsa razmerja je problematična, saj je domneva o koristih denimo bistveno različna, če gre za gospodarska (B2B) ali negospodarska (B2C, C2C) pravna razmerja. Poleg tega fiksna obrestna mera ne odraža bistvenih nihanj v cenah denarja in s tem tudi v vrednostih uporabe denarja skozi čas. Boljša možnost se zato zdi uporaba spremenljive obrestne mere. Tu se ponuja denimo referenčna obrestna mera ECB iz 2. člena ZPOMZO-2 (tako imenovana vodilna obrestna mera), a je treba opozoriti, da ta obrestna mera poleg tržne cene denarja v medbančnem poslovanju vsebuje oziroma odraža tudi ekonomskopolitične usmeritve Evropske centralne banke (na primer izbrani način reševanja gospodarske krize). Ker ta obrestna mera že nekaj let znaša 0 odstotkov, cene na kreditnem trgu pa še zdaleč niso enake nič, verjetno ni najboljši kazalnik koristi od denarja (v smislu prihranka). Enako je pri referenčnih merah LIBOR (London Interbank Offered Rate) in EURIBOR (Euro

⁴⁰ Glej https://www.zps.si/index.php?option=com_osebnefinance&view=primkredita (20. 11. 2019).

Interbank Offered Rate), ki odražata ceno denarja na medbančni ravni in imata že nekaj časa negativne vrednosti: razlika glede na povprečne efektivne obrestne mere na trgu kreditov je precejšnja. Poleg tega ni odveč pripomba, da je bil LIBOR v preteklosti že predmet resnih manipulacij.⁴¹

Kot primerna obrestna mera obogatitvenih obresti se predlaga denimo kombinacija ene od referenčnih obrestnih mer (na primer vodilne obrestne mere ECB) ter dodatka, ki odseva razliko med diskontno obrestno mero centralne banke in dejanskimi stroški kreditov (na primer od 2 do 4 odstotne točke).⁴²

Naslednji problem, ki ga velja upoštevati, je zniževanje realne vrednosti denarja (inflacija). Tu je lahko podlaga temeljna obrestna mera (TOM), ki se računa na podlagi cen življenjskih potrebščin in jo redno objavlja Banka Slovenija.⁴³ To pa je že povsem drug vsebinski sklop, ki presega okvire tega prispevka.

Literatura

- BAMBERGER, Heinz Georg, ROTH, Herbert, HAU, Wolfgang, POSECK, Roman (ur.). Beck OK BGB. 49. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- CIGOJ, Stojan. Komentar obligacijskih razmerij. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1984.
- FERVERS, Matthias, GSELL, Beate. Bereicherungsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen. Neue Juristische Wochenschrift, 2013, str. 3607–3611.
- GEIER, Reinhard (ur.), in drugi. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2017.
- GELZER, Claudius. Verzugs-, Schadens- und Bereicherungszins. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010.
- HORN, Norbert, LORENZ, Stephan (ur.). J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Berlin: Sellier-de Gruyter, 2007.
- KLETEČKA, Andreas, SCHAUER, Martin (ur.), in drugi. ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Dunaj: Manz, 2010.
- KONSTANTINOVIĆ, Mihailo. Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima. Beograd: Pravni fakultet, 1969.
- LUTMAN, Karmen. Neupravičena obogatitev v primerjalnem in slovenskem pravu. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2018.

⁴¹ Glej na primer Pestana de Vasconcelos, str. 220.

⁴² Gelzer, str. 194.

⁴³ Glej <https://www.bsi.si/statistika/obrestne-mere/temeljna-in-zamudna-obrestna-mera> (20. 11. 2019).

- LUTMAN, Karmen. Odpad obogatitve pri prenehanju vzajemnih pogodb. Podjetje in delo, 2015, št. 8.
- MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. Pravni letopis, 2011.
- MOŽINA, Damjan (ur.) in drugi. Razsežnosti zasebnega prava: Liber Amicorum Ada Polajnar Pavčnik. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2017.
- PALANDT, Otto (ur.) in drugi. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- PESTANA DE VASCONCELOS, Miguel. A manipulação dos indexantes bancários e a quebra de confiança no sistema financeiro. O caso da LIBOR: the fall of »world's most important number«. V: A. Messa, P. de Tarso Domingues (ur.), Governança, compliance e corrupção. Coimbra: Almedina, 2019.
- RUMMEL, Peter (ur.), in drugi. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 3. izdaja. Dunaj: Manz, 2002–2007.
- SCHLECHTRIEM, Peter, SCHWENZER, Ingeborg, SCHROETER, Ulrich (ur.), in drugi. Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 7. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- SCHMOECKEL, Mathias, RÜCKERT, Joachim, ZIMMERMANN, Reinhard (ur.), in drugi. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- VOGENAUER, Stefan (ur.), in drugi. Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC). 2. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations. Oxford: Oxford University Press, 1996, cop. 1990.
- ZIMMERMANN, Reinhard. The Unwinding of failed contracts in the UNIDROIT principles 2010. Uniform Law Review, 2011, let. 16, št. 3.
- ZIMMERMANN, Reinhard, JANSEN, Nils (ur.). Commentaries on European Contract Laws. Oxford, New York: Oxford University Press, 2018.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.2:347.426.6

Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino

KARMEN LUTMAN
doktorica pravnih znanosti, LL.M. (Berlin)
asistentka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Zahtevki v zvezi s povrnitvijo vlaganj v tujo nepremičnino so med najpogostejšimi spori s področja neupravičene obogatitve v slovenski sodni praksi. Vzrok zanje je največkrat razpad različnih oblik življenjskih skupnosti, v katerih je eden od članov vlagal v nepremičnino drugega. V Sloveniji se stanovanjsko vprašanje pogosto rešuje tako, da se par vseli v nepremičnino, ki pripada staršem enega od partnerjev, ter vanjo vlaga sredstva in delo. Če taka zveza razpade in se vlagatelj izseli, ima na voljo restitucijski zahtevek za povrnitev vlaganj. Po stališču nekaterih piscev in sodne prakse pa ni upravičen zahtevati povrnitve vrednosti tistega, kar je vložil, temveč le povrnitev tiste vrednosti, za katero se je zaradi vlaganj povečala vrednost nepremičnine.¹ Kot je po večini razumljeno, naj bi bilo le takšno stališče skladno z obogatitvenim načelom.²

Pravila o povračilu izdatkov, ki so bili porabljeni v tujo korist, med katere spadajo tudi zahtevki za povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino, niso enotna. Določbe o povračilu stroškov najdemo v pravu neupravičene obogatitve, poslovodstvu brez naročila ter v pogodbenem in stvarnem pravu. Prispevek obravnava nekaj odprtih vprašanj, ki se nanašajo na povračilo stroškov v našem pravnem redu, pri čemer se osredotoča na razmerje med pravili neupravičene obogatitve in pravili stvarnega prava ter na zahtevke za povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino.

¹ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 332, pri tem pa se sklicuje na sodbo VS RS II Ips 125/2011 z dne 8. 12. 2011.

² Tako na primer Vrhovno sodišče v sodbah II Ips 97/2016 z dne 11. 8. 2016, točka 17, in II Ips 125/2011, točka 8.

2. Zahtevek za povrnitev stroškov ter iskanje ustreznega ravnotežja med interesi upnika in dolžnika

O izdatkih v tujo korist govorimo takrat, kadar kdo svoja sredstva vложи v premočno ali nepremočno premoženje drugega. Praviloma gre za opravljanje različnih storitev ali plačilo denarnega zneska v tujo korist. Nagibi za tovrstno ravnanje so različni. Tako lahko ravna tisti, ki zmotno misli, da vlaga v svoje premoženje, na primer kupec nepremičnine, ki začne njeno obnovo, pozneje pa se izkaže, da kupoprodajna pogodba ni veljavna in je lastnik nepremičnine prodajalec. Vlaganja so lahko opravljena tudi v pričakovanju bodoče protidajatve ali protistoritve, do katerih pa potem ne pride. Vlagatelj denimo pričakuje, da bo premoženje, v katerega vlaga, pripadlo njemu ali da ga bo lahko sam izkoriščal. V praksi so pogosti primeri vlaganj znotraj različnih oblik življenjskih skupnosti, kjer eden od članov vlaga v nepremičnino drugega ali njegovih staršev, po razpadu take skupnosti pa se mora izseliti in zahteva povrnitev vlaganj. Izdatki v tujo korist so lahko opravljeni tudi z darilnim namenom (v tem primeru je restitucijski zahtevek izključen) ali za pridobitev koristi drugemu v smislu posloводства brez naročila.

Kot rečeno, pri nas ni enotne ureditve povrnitve izdatkov, ki so bili opravljeni v tujo korist. Pravila so urejena razpršeno, v okviru določb o neupravičeni obogatitvi (194. člen Obligacijskega zakonika – OZ),³ posloводства brez naročila (202. in 203. člen OZ), pogodbenega prava (npr. 581. člen OZ o povrnitvi izdatkov pri posodbeni pogodbi, 589. člen OZ o povrnitvi izdatkov pri najemni in zakupni pogodbi, 98. člen Stanovanjskega zakona – SZ-1⁴ o povrnitvi stroškov najemniku stanovanja) in stvarnega prava (95. in 96. člen OZ o povrnitvi stroškov v razmerju med dobrovernim lastniškim oz. nedobrovernim posestnikom in lastnikom, 263. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ⁵ o nadomestilu o prenehanju stavbne pravice). Podobno je v tujih pravnih redih.⁶ Kljub izhodiščno primerljivim položajem se pravila vračanja med seboj razlikujejo. Medtem ko so nekatera bolj naklonjena vlagatelju, druga ščitijo predvsem interes tistega, v čigar korist so bila sredstva porabljena.

Na eni strani se z zahtevki za povrnitev vlaganj oziroma izdatkov v tujo korist varuje interes vlagatelja, da se mu povrnejo sredstva, ki jih je vložil v tuje premoženje. Na drugi strani pa restitucijska obveznost izvira iz splošne prepovedi neupravičene obogatitve, po kateri se ne sme nihče brez veljavnega pravnega temelja okoristiti na račun drugega (prvi odstavek

³ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁴ Uradni list RS, št. 69/03, 18/04 – ZVKSES, 47/06 – ZEN, 45/08 – ZVEtL, 57/08, 62/10 – ZUPJS, 56/11 – odl. US, 87/11, 40/12 – ZUJF, 14/17 – odl. US in 27/17.

⁵ Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

⁶ Glej podrobneje Schlechtriem, str. 1–79.

190. člena OZ). Kdor se je s tujimi vlaganji neupravičeno okoristil, mora vrednost dosežene koristi povrniti.

Zahtevek za povrnitev izdatkov na neki način posega v avtonomijo lastnika, da svobodno odloča o tem, ali in kako bo vlagal v svoje premoženje. Če vlaganja niso bila opravljena skupaj z njim ali vanje ni privolil, ga takšen zahtevek sili v financiranje tujih ekonomskih odločitev. Če mu naložimo povrnitev izdatkov, ki jih je opravil nekdo drug, mu naložimo plačilo nečesa, za kar se morda sam ne bi odločil ali kar bi, če bi se, izvedel drugače ali celo z nižjimi stroški. Če so bili izdatki objektivno koristni, še ni rečeno, da so koristni tudi zanj.⁷ Tudi če je izdatek koristen za imetnika premoženja, se ta morda zanj zaradi skromnih dohodkov ne bi odločil.⁸ Kadar so izdatki veliki, ga lahko restitucijska obveznost celo prisili v prodajo premoženja, če za njihovo poplačilo nima zadostnih likvidnih sredstev.⁹

Vsako vlaganje v tuje premoženje je do določene mere »vsiljeno«,¹⁰ tudi če je imetnik zanj vedel in z njim soglašal, saj morda ni računal, da bo pozneje zavezan stroške takega vlaganja povrniti. Pravila restitucije morajo stremeti k temu, da najdejo ustrezno ravnotežje med interesom upnika, da se mu izdatki kolikor mogoče povrnejo, in interesom dolžnika, da prosto odloča o vlaganjih v lastno premoženje. Priporočljivo je, da so restitucijska pravila tako fleksibilna, da dopuščajo upoštevanje okoliščin konkretnega primera, zlasti dobro oziroma slabo vero ene in druge stranke (ta sicer za temelj povračilnega zahtevka ni relevantna), privolitev lastnika v vlaganje ter naravo izdatkov. Zaslediti je tudi stališče, da je treba upoštevati še okoliščino, s kakšnim namenom je ravnal prikrajšani.¹¹ Če je vlagal zato, da pridobi korist za drugega (poslovodstvo brez naročila), naj bi bil zaščiten bolj, kot če ravna z namenom pridobiti korist sebi (neupravičena obogatitev).¹²

Pri obsegu restitucijske obveznosti je torej treba upoštevati več kriterijev. V izhodišču je pomembna narava opravljenih potroškov. Tako v slovenskem pravu kakor primerjalnopravno gledano se izdatki praviloma vrednotijo glede na to, ali so bili nujni, koristni ali luksuzni (*impensae necessariae, utiles in voluptuosae oz. voluptuariae*).¹³ Povrnitev izdatkov v tujo korist se v nemškem pravu povezuje s pojmom vsiljene obogatitve (nem. *aufgedrängte Bereicherung*).¹⁴ Značilnost obogatitvenih zahtevkov pri vsiljeni obogatitvi je, da restitucijska obveznost ob-

⁷ Hartmann, str. 275, r. št. 681; Restatement of the law, third, Restitution and unjust enrichment, str. 19 in 111.

⁸ Restatement of the law, third, Restitution and unjust enrichment, str. 112; Kull, str. 369 in nasl.

⁹ Verse, str. 2 in nasl.

¹⁰ Več o institutu vsiljene obogatitve Možina, str. 158. Glej tudi Reuter in Martinek (2016), str. 259.

¹¹ Reuter in Martinek (1983), str. 548.

¹² Prav tam.

¹³ Schlechtriem, str. 2; Verse, str. 13 in nasl.

¹⁴ Loewenheim, str. 120 in nasl.; Reuter in Martinek (2016), str. 259.

staja le, če je izdatek koristen tudi za obogatene (subjektivna vrednost obogatitve).¹⁵ Kot tipičen primer vsiljene obogatitve se pogosto omenja položaj, ko kdo (pomotoma) prebarva sosedovo ograjo, kar pa za tega nima nobene vrednosti, ker jo je nameraval podreti.¹⁶ Podoben je primer, ko kdo v zmotnem prepričanju, da je lastnik nepremičnine, na njej postavi lopo, medtem ko je pravi lastnik na njej nameraval zgraditi stanovanjsko hišo.¹⁷ Problem vsiljene obogatitve nemško pravo rešuje s pravilom o odpadu obogatitve iz tretjega odstavka par. 818 civilnega zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), saj lahko v okviru te določbe toženec med drugim ugovarja, da konkretni predmet zanj nima nobene vrednosti.¹⁸ Izhodišče tako nemškega kot slovenskega prava neupravičene obogatitve je objektivno vrednotenje dosežene koristi; izjema velja le za vsiljene obogatitve, kjer se korist vrednoti subjektivno.¹⁹ Vseeno pa je lastnik zavezan vrniti toliko, kolikor ima od vlaganj dejansko doseženih koristi (npr. višjo najemnino, ki jo je dosegel z oddajo izboljšane nepremičnine v najem).²⁰ Institut vsiljene obogatitve poznata tudi francosko in italijansko pravo.²¹ Po stališču italijanske sodne prakse obogatitev ni vsiljena (it. *arricchimento imposto*), če je lastnik z vlaganji soglašal.²²

Drug pomemben kriterij je dobrovernost vlagatelja. V slabi veri je, kdor ve oziroma bi moral ali mogel vedeti, da ni upravičen do vlaganj, zaradi česar je pri poznejšem zahtevku za povrnitev izdatkov deležen manjšega varstva. Pomemben kriterij pri določanju obsega restitucije je tudi okoliščina, ali je imetnik premoženja za vlaganja vedel in z njimi soglašal oziroma jih celo naročil ali pa so bila ta opravljena brez njegove vednosti.²³

Obstaja več različnih konceptov povrnitve stroškov – pravni red se lahko ozira k vlagatelju in je njegov cilj povrnitev stroškov, ki jih je ta opravil v tujo korist (takšen koncept se zdi bližje deliktneemu odškodninskemu pravu), ali pa se osredotoča na imetnika premoženja in skrbi za odvzem neupravičeno pridobljene koristi (koncept neupravičene obogatitve). Vrednost vloženih sredstev namreč ni nujno enaka doseženi koristi na strani imetnika premoženja. Da bodo restitucijska pravila našla ustrezno ravnotežje med interesi obeh strank, je treba ustrezno

¹⁵ Loewenheim, str. 121.

¹⁶ Tako tudi Možina, str. 158. Podobno Cigoj (1984), str. 801, ki navaja primer, ko je bila prebarvana stvar, za katero se je njen imetnik odločil, da jo bo zaradi iztrošenosti zavrgel. Pri tem pojasnjuje, da mora korist obstajati z relativnega gledišča – glede na okoliščine osebe, ki se šteje za okoriščeno.

¹⁷ Looschelders, str. 400, r. št. 1113.

¹⁸ Prav tam.

¹⁹ Loewenheim, str. 121.

²⁰ Prav tam.

²¹ Schlechtriem, str. 16, r. št. 28, in str. 22, r. št. 36.

²² Prav tam, str. 26, r. št. 44.

²³ Prav tam.

združevati oba koncepta, pri tem pa upoštevati naravo opravljenih potroškov, (ne)dobrovernost vlagatelja ter okoliščino, ali je imetnik premoženja z vlaganji soglašal.

3. Povrnitev vlaganj – pravila vračanja

Zahtevki za povrnitev vlaganj oziroma izdatkov v tujo korist so, kot že rečeno, v naši zakonodaji urejeni na različnih mestih. V določbah o neupravičeni obogatitvi je splošni verzijski zahtevek zaradi uporabe stvari v tujo korist urejen v 196. členu OZ. Določba ne vsebuje pravil vračanja, temveč določa le, da mora obogateni stvar vrniti, če to ni mogoče, pa nadomestiti njeno vrednost. Pravila o povrnitvi stroškov so v okviru neupravičene obogatitve urejena v 194. členu OZ. Čeprav zakonska ureditev neupravičene obogatitve izhaja iz enotnega koncepta pravil vračanja, je zaslediti stališče, da se določba 194. člena nanaša predvsem na kondikcije.²⁴ Tak primer je, kadar se vrača stvar ali nepremičnina, ki je bila na podlagi izpolnitvenega ravnanja neupravičeno izročena drugemu, ta pa je vanjo vlagal. V skladu s 194. členom OZ ima pošteno pridobitelj pravico do povračila potrebnih in koristnih stroškov, nepošteni pa potrebnih in koristnih, pri čemer je do zadnjih upravičen le do zneska, ki pomeni povečanje vrednosti ob vrnitvi.

Posebej so urejeni primeri vlaganj v tujo nepremičnino, in sicer z 48. členom SPZ, kjer gre za vlaganja, ki so bila opravljena s soglasjem lastnika. Poleg stvarnopravne reparacije (možnost nastanka solastnine po dogovoru obeh strank) zakon predvideva, da lahko vlagatelj od lastnika nepremičnine zahteva tisto, za kar je bil ta obogaten. Po stališču sodne prakse vlagatelj ne more zahtevati vrednosti vlaganj, temveč le toliko, za kolikor je zaradi opravljenih vlaganj nepremičnina več vredna.²⁵ Povrnitev stroškov je v SPZ urejena posebej v razmerju med posestnikom in lastnikom, ko lastnik z reivindikacijo zahteva vrnitev svoje stvari (95. in 96. člen). Po teh pravilih je dobroverni lastniški posestnik upravičen do povrnitve potrebnih, koristnih in luksuznih stroškov, zadnjih dveh le toliko, kolikor se je vrednost stvari povečala. Nedobroverni posestnik ima pravico do povračila le tistih potrebnih stroškov, ki bi jih imel tudi lastnik, če bi bila stvar pri njem, koristnih pa samo, če so koristni za lastnika. Do povračila luksuznih stroškov ni upravičen, ima pa na voljo *ius tollendi*. SPZ posebej ureja vprašanja obogatitve pri prenehanju stavbne pravice (263. člen) in določa, da mora lastnik nepremičnine imetniku stavbne pravice ob prenehanju plačati dogovorjeno nadomestilo, ki ne sme biti manjše od polovice povečanja tržne vrednosti nepremičnine.

²⁴ Polajnar Pavčnik v: Juhart in Plavšak, str. 56.

²⁵ Glej na primer sodbi VS RS II Ips 125/2011 z dne 8. 12. 2011 in II Ips 97/2016 z dne 11. 8. 2016, sklep in sodbo VSL II Cp 1714/2013 z dne 12. 3. 2014 ter sodbi VSL II Cp 879/2012 z dne 19. 12. 2012 in I Cp 2184/2009 z dne 21. 10. 2009.

Tudi pravila pogodbenega prava vsebujejo nekatere določbe o povračilu stroškov. To so dispoziitivne določbe, ki se uporabijo, če se stranki s pogodbo ne dogovorita drugače. Tako je denimo najemnik/zakupnik upravičen do povračila stroškov za vzdrževanje stvari (drugi odstavek 589. člena OZ), izposojevalec pa lahko zahteva povrnitev izrednih stroškov po pravilih o poslovodstvu brez naročila, medtem ko sam nosi redne stroške vzdrževanja stvari (581. člen OZ). Najemnik stanovanja po SZ-1 ima ves čas trajanja najema pravico zahtevati povrnitev stroškov za vzdrževanje stanovanja in skupnih delov, ob izselitvi pa je upravičen do povrnitve neamortiziranega dela koristnih in potrebnih vlaganj v stanovanje, ki jih je opravil v soglasju z lastnikom, če se z njim ne dogovori drugače (98. člen in tretja alineja 100. člena).

Po pravilih o poslovodstvu brez naročila ima poslovodja pravico do povrnitve potrebnih in koristnih izdatkov (202. člen OZ), in sicer neodvisno od tega, ali je imel dolžnik od tega kakšno korist. Tudi če je dosežena korist večja od izdatkov, je zahtevek omejen do višine dejansko porabljenih sredstev.²⁶ Glede drugih izdatkov ima poslovodja na voljo *ius tollendi*, lahko pa tisti, v čigar posle se je vmešal, te dodatke obdrži, če zanje povrne sedanjo vrednost, vendar največ do zneska dejanskih izdatkov (203. člen OZ).

3.1. Neupravičena obogatitev: povrnitev stroškov in konkurenca s pravili SPZ

V zvezi s povračilom stroškov v okviru prava neupravičene obogatitve se pojavlja več dilem. Prva je, ali se za kondikcije²⁷ in verzije²⁸ uporabljajo enaka pravila vračanja, če pride do izdatkov v tujo korist. Ali se denimo za kupca, ki je kupil stanovanje in vanj vlagal, pozneje pa se izkaže, da kupoprodajna pogodba ni veljavna, uporabljajo enaka ali drugačna pravila kot za tistega, ki je sredstva vlagal v nepremičnino svojega partnerja ali njegovih staršev, pozneje pa je zveza razpadla in se je iz stanovanja izselil.

Druga dilema se nanaša na razmerje med pravili o stroških 194. člena OZ iz neupravičene obogatitve ter pravili o stroških 95. in 96. člena SPZ, ki veljajo za razmerja med lastnikom in posestnikom. Če je obogateni hkrati lastnik stvari, prikrajšani pa njen (so)posestnik, si različni ureditvi povrnitve stroškov konkurirata.

²⁶ Reuter in Martinek (1983), str. 544.

²⁷ Kondikcije so obogatitveni zahtevki, pri katerih do obogatitve pride zaradi izpolnitve nedolgovane obveznosti, ki izvira iz pravnega posla, zakona ali odločbe državnega organa. Kondikijske zahtevke je mogoče uvrstiti v več skupin: zahtevki, pri katerih že od začetka ni veljavnega pravnega temelja (*condictio indebiti*), zahtevki, pri katerih pravni temelj pozneje odpade (*condictio causa finita*), zahtevki zaradi neuresničene podlage (*condictio causa data causa non secuta*) in zahtevki zaradi nedopustnega ali nemoralnega prejema koristi (*condictio ob turpem vel iniustam causam*).

²⁸ Verzije so obogatitveni zahtevki, pri katerih pride do obogatitve drugače kot z izpolnitvenim ravnanjem. Neupravičena obogatitev lahko nastopi zaradi ravnanja prikrajšanega, obogatenega, tretje osebe ali naključnega dogodka. Med verzijske zahtevke spadajo zlasti obogatitveni zahtevki, kjer do neupravičene obogatitve pride zaradi (nedopustnega) posega v tujo pravno sfero, potroškov v tujo korist ali izpolnitvijo tuje obveznosti.

3.1.1. Enaka pravila vračanja za kondikcije in verzije?

Pravna podlaga za splošni verzijski zahtevek zaradi potroškov v tujo korist je 196. člen OZ (uporaba stvari v tujo korist).²⁹ Po tej določbi mora tisti, v čigar korist je nekdo uporabil svojo ali tujo stvar in ni pogojev za uporabo pravila o poslovodstvu brez naročila, to stvar vrniti, če pa to ni mogoče, nadomestiti njeno vrednost. Čeprav določba izrecno govori le o uporabi stvari v tujo korist, se razlaga širše, tako da zajema tudi opravo dela v tujo korist.³⁰ To je splošni verzijski zahtevek, kjer do obogatitve pride zaradi ravnanja prikrajšanega, in ne gre za izpolnitev tuje obveznosti iz 197. člena OZ, ki je primerjalnopravno gledano običajno poseben tip verzije.³¹ V germanskih pravnih redih se je za to skupino zahtevkov uveljavil termin *Verwendungskondiktion*, *Impensenkondiktion* oziroma *Verwendungsanspruch*.³² V francoskem pravu primere rešujejo s teorijo potroškov (fr. *théorie des impenses*), ki jo je sodna praksa razvila na podlagi posameznih določb v Code civil in je v tesni povezavi s splošno obogatitveno klavzulo.³³ Modelna zakonika Osnutek skupnega referenčnega okvira (Draft Common Frame of Reference – DCFR) in Načela evropskega prava neupravičene obogatitve (Principles of European law: Unjustified enrichment – PEL Unj. Enr.) to skupino verzijskih zahtevkov uvrščata med *improvement of another's assets*.³⁴

Čeprav je določbo 196. člena OZ mogoče razumeti kot splošno določbo za vse verzije, pri katerih do obogatitve pride zaradi ravnanja prikrajšanega, se v praksi uporablja le redko.³⁵ Prav zato je težko z gotovostjo trditi, katera pravila vračanja bi se v tem primeru sploh uporabila. Razlog je najbrž v tem, da je zahtevek za povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino, ki je najpo-

²⁹ Določba je bila najprej v Zakonu o obligacijskih razmerjih (ZOR, Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 – odl. US, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP in 87/02 – SPZ) in pozneje v OZ prevzeta iz § 1041 Občnega državlanskega zakonika (uporaba stvari v korist drugega).

³⁰ Tako tudi Cigoj (1984), str. 844; Polajnar Pavčnik v: Juhart in Plavšak, str. 56.

³¹ Tudi Cigoj je uporabo stvari v tujo korist iz 217. člena ZOR (196. člen OZ) razumel široko – kot dejanje prikrajšanega v tujo korist, ki je lahko bodisi uporaba stvari (npr. uporaba svojega vozila za prevoz živali k veterinarju, pa se pozneje izkaže, da žival ni njegova) bodisi vložitev dela v tujo korist brez poslovnega namena (npr. vlaganje v tujo nepremičnino). K temu zahtevku je uvrščal še pomešanje ali zmešanje, do katerega pride z ravnanjem prikrajšanega, ter zahtevek zaradi nujnih in koristnih investicij in rekonstrukcije hiše z vednostjo in brez nasprotovanja lastnika. Več o tem Cigoj (1984), str. 843–845.

³² V nemškem in švicarskem pravu ga izpeljujejo iz generalne klavzule (v Nemčiji § 812 I 1 alt. 2 BGB kot obogatitev, ki je nastala »na drug način«, v Švici 62. člen obligacijskega zakonika, Obligationenrecht – OR), v avstrijskem pa gre za določbo § 1041 splošnega civilnega zakonika (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) (splošni verzijski zahtevek).

³³ Schlechtriem, str. 5, r. št. 15.

³⁴ Alineja d čl. VII. – 4:101 DCFR in 4:101 PEL Unj. Enr.

³⁵ Podobno ugotavljajo v nemškem pravu, kjer ima splošni zahtevek zaradi potroška v tujo korist (nem. *Verwendungskondiktion*) zaradi številnih specialnih določb o povrnitvi potroškov obrobno funkcijo. Pravila poslovodstva brez naročila in pravila lastniško-posesniškega razmerja imajo namreč prednost, zato se za povrnitev stroškov uporabijo ta specialna pravila. Glej Looschelders, str. 396, r. št. 1097 in 1098.

gostejši primer tovrstne verzije v praksi, urejen ločeno v 48. členu SPZ. V primerih iz prvega odstavka 48. člena SPZ, v katerih sodna praksa uporablja restitucijska pravila neupravičene obogatitve, se sodišča sklicujejo zgolj na splošno pravilo vračanja iz 190. člena OZ (povrnitev vrednosti dosežene koristi) in ne na določbo o povračilu stroškov iz 194. člena OZ, čeprav gre prav tako za pravilo neupravičene obogatitve.³⁶ Vse kaže na to, da sodna praksa sledi omenjenemu stališču, da se 194. člen OZ uporablja le za kondikcije.³⁷

V praksi se restitucijski zahtevki zaradi vlaganj vrednotijo različno – zahtevek kupca, ki je vlagal v nepremičnino, se presoja po merilu potrebnih in koristnih stroškov iz 194. člena OZ,³⁸ medtem ko za vlagatelja pri »verzijskih zahtevkih« (po 48. členu SPZ oz. 79. členu Družinskega zakonika – DZ³⁹ v povezavi z 48. členom SPZ) velja, da lahko zahteva največ toliko, kolikor je nepremičnina zaradi opravljenih vlaganj več vredna, kar teorija in sodna praksa utemeljujeta s sklicevanjem na obogatitveno načelo in splošno pravilo 190. člena OZ.

Ni videti razloga za drugačno obravnavo pravil vračanja pri kondikcijah ali verzijah. Obogatitvene zahtevke družijo okoliščina, da je prišlo do obogatitve brez pravnega temelja, pri čemer v zakonu ni podlage za različno razlago pravil vračanja glede na to, ali je obogatitev nastala v zvezi z izpolnitvenim ravnanjem (kondikcija) ali drugače (verzija). Dokler izhajamo iz enotnega koncepta neupravičene obogatitve, je treba pravila vračanja razlagati enotno, sicer bi bilo treba kondikcije in verzije urediti v ločenih oddelkih z ločenimi pravili vračanja, kot velja denimo v francoskem in italijanskem pravu.

Ne nazadnje tudi vlaganje kupca v nepremičnino na podlagi neveljavne kupoprodajne pogodbe ni nastalo v zvezi z izpolnitvijo kakšne obveznosti, zato je njegov zahtevek za povrnitev vlaganj prav tako »verzijski« in ne gre za kondikcijo. Pa vendar se v takem primeru uporabi določba 194. člena OZ o povrnitvi stroškov, in sicer kot nasprotni zahtevek zoper prodajalčev zahtevek za vrnitev stvari, ki je sicer kondikcijske narave. Po drugi strani je vlaganje zakonca v nepremičnino drugega zakonca in poznejši zahtevek za povrnitev vlaganj mogoče razumeti kot kondikcijo zaradi neuresničenega namena (*condictio causa data causa non secuta*), saj je vlagal z namenom trajnega skupnega življenja, ki se nato ni uresničil. Prav zato ni videti razloga za razlikovanje med verzijami in kondikcijami glede povračila stroškov; v vseh primerih uporabe stvari v tujo korist oziroma vlaganj v tuje premoženje bi bilo treba uporabiti pravilo o povrnitvi stroškov iz 194. člena OZ.

³⁶ Na primer Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 97/2016 z dne 11. 8. 2016, sklepu II Ips 78/2014 z dne 19. 11. 2015 ter sodbi in sklepu II Ips 45/2013 z dne 2. 4. 2015. Glej tudi Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 332.

³⁷ Polajnar Pavčnik v: Juhart in Plavšak, str. 56.

³⁸ Glej na primer sodbo in sklep VSL I Cp 383/2016 z dne 3. 8. 2016, kjer je sodišče vlaganja kupca zaradi neveljavnosti kupoprodajne pogodbe vrednotilo skozi prizmo potrebnih, koristnih in luksuznih stroškov (sicer določb o stroških iz 94. in 95. člena SPZ).

³⁹ Uradni list RS, št. 15/17 in nasl.

3.1.2. Razmerje med pravili o stroških v OZ in SPZ

Če je obogateni hkrati lastnik nepremičnine, vlagatelj pa je bil njen (so)posestnik, se dalje zastavlja vprašanje konkurence med povračilom stroškov po določbah o neupravičeni obogatitvi (194. člen OZ) ter določbah stvarnega prava, ki veljajo za razmerje med lastnikom in posestnikom (95. in 96. člen SPZ).

V slovenskem pravu na splošno velja, da lahko tožnik svoj zahtevek iz tožbe opre na različne pravne podlage, vendar pa ima specialnejša načelno prednost. Sodišča so denimo zapisala, da ima zahtevek iz neupravičene obogatitve subsidiarno naravo in se uporabi šele, ko ni mogoče upoštevati nobene specialnejše materialnopravne podlage.⁴⁰ Tudi v primerjalnem pravu se pravo neupravičene obogatitve pogosto označuje za varnostno mrežo, ki pride v poštev, če ni podlage niti v deliktu niti v pogodbi.⁴¹

Glede razmerja med splošno ureditvijo vračanja po 194. členu OZ ter 95. in 96. členu SPZ Vrenčur navaja, da se določbi SPZ ne uporabljata za noben položaj neupravičene obogatitve po tem zakonu,⁴² saj pri nobenem prejšnji lastnik ne pridobi pravice zahtevati vrnitve stvari, temveč lahko zahteva le plačilo nadomestila za doseženo korist.⁴³ Tako se po njegovem mnenju določbi uporabljata le za položaje neupravičene obogatitve, ki jih ureja OZ, ter kot poznejši in specialnejši predpis izključujeta po vsebini drugačna pravila OZ, kar velja tudi za povračilo stroškov.⁴⁴ Gotovo gre pritrditi stališču, da je ureditev povračila stroškov po SPZ specialnejša, saj se nanaša na razmerja neupravičene obogatitve med lastnikom in posestnikom. Vendar pa je ne smemo razlagati preširoko, temveč tako, da se uporabi le za lastniško-posestniška razmerja pri vindikacijskem položaju, medtem ko se za zahtevke, ki temeljijo na splošnih zahtevkih iz neupravičene obogatitve, za katere ni treba dokazovati lastninske pravice oziroma posesti (aktivno legitimiran je prikrajšani, pasivno legitimiran pa obogateni), še vedno uporablja ureditev povračila stroškov po 194. členu OZ. Tako se ni mogoče strinjati s stališčem, da se pravila o stroških iz 95. in 96. člena SPZ uporabljajo za vse položaje neupravičene obogatitve v OZ in da molče derogirajo ureditev povrnitve stroškov iz 194. člena OZ, saj bi širjenje uporabe SPZ zunaj njegovega področja in posledična derogacija določb OZ brez

⁴⁰ Tako Višje sodišče v Mariboru *obiter dictum* v sklepu I Cpg 129/2016 z dne 12. 5. 2016 (sodišče odloči, da ima zakonska subrogacija prednost pred verzijским zahtevkom), podobno tudi Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 145/2010 z dne 20. 6. 2013 (kondikcijski zahtevek je mogoč le takrat, kadar ne more konkurirati z drugo tožbo, zlasti odškodninsko ali pogodbeno), drugače pa Višje sodišče v Ljubljani v sodbi II Cpg 1049/2016 z dne 28. 9. 2016 (vrnitveni in odškodninski zahtevek se ne izključujeta in se lahko uveljavljata kumulativno).

⁴¹ Lętowska, str. 3.

⁴² Položaji neupravičene obogatitve po SPZ so: vlaganje v tujo nepremičnino (48. člen), prenehanje stavbne pravice (263. člen) in spojitev (55. člen) ter izdelava nove nepremičnine (57. člen).

⁴³ Vrenčur, str. 99.

⁴⁴ Prav tam.

izrecnega določila v zakonu nasprotovala načelu pravne varnosti in predvidljivosti. Tudi v tujih pravnih redih (denimo v italijanskem in španskem) v primeru, ko se za povrnitev izdatkov v pravu neupravičene obogatitve uporabljajo pravila, ki veljajo za razmerje med lastnikom in posestnikom, zakonska ureditev izrecno napotuje na ta pravila (2040. in 2033. člen italijanskega civilnega zakonika, Codice civile, oziroma 1898. člena španskega Código civil).

Menim, da bi bilo ureditev smiselno razlagati tako, da se pri vindikacijskem zahtevku uporabijo pravila vračanja v SPZ, pri obogatitvenem pa pravila iz OZ. Če bi se zahtevek uveljavljal po obeh pravnih podlagah (če bi se torej stranka ob vindikacijskem zahtevku sklicevala še na vrnitveni zahtevek po neupravičeni obogatitvi v OZ), se strinjam s stališčem, da je vindikacijski zahtevek specialnejši in se tako uporabijo pravila, ki veljajo za razmerje med lastnikom in posestnikom. Pri neveljavnih pogodbah pa se zdi ustrežnejša rešitev, da se za vračanje izpolnitev in preostalih koristi vedno uporabijo enotna pravila neupravičene obogatitve, ne glede na to, ali je predmet pogodbene izpolnitve stvar, nepremičnina, denarni znesek ali storitev. Primerjalni trendi kažejo, da se pri neveljavnih pogodbah, kjer so pravila lastniško-posestniškega razmerja izključena, vse bolj uveljavljajo posebna pravila za vračanje.⁴⁵

Sodna praksa konkurenco med restitucijskimi pravili iz OZ in SPZ rešuje neenotno. Višje sodišče v Ljubljani je v zadevi I Cp 383/2016 (odločba z dne 3. 8. 2016), kjer je tožnica zahtevala povrnitev vlaganj, ki jih je opravila na kupljeni nepremičnini, prodajna pogodba pa je bila pozneje razveljavljena, sprejelo stališče, da gre za položaj neupravičene obogatitve zaradi učinkov stvarnega prava, zato je uporabilo pravila iz 95. in 96. člena SPZ. Ta naj bi namreč kot poznejša in specialnejša izključila uporabo določbe 194. člena OZ o povrnitvi stroškov.⁴⁶ Tako je višje sodišče prvostopenjskemu naložilo, naj v ponovljenem postopku ugotovi, ali so bili zatrjevani stroški, ki jih je imela tožnica z obnovo hodnika in kuhinje, potrebni, koristni ali luksuzni v smislu 95. in 96. člena SPZ (točka 14 obrazložitve).

S to razlago se ni mogoče strinjati, saj gre v konkretnem primeru za nasprotni zahtevek stranke za povrnitev stroškov na stvari, ki jo je dolžna vrniti, ker je bila vzajemna pogodba razvezana, ne pa za stvarnopravno reparacijo. Določba 111. člena OZ, ki ureja učinke razvezanih pogodb, je v tem primeru specialnejša podlaga od SPZ. Uporaba stvarnopravnih pravil zato ni na mestu. Resda 111. člen OZ ne določa pravil o stroških pri razvezi pogodb, vendar se v takih primerih smiselno uporabijo splošna pravila o stroških v zvezi s predmetom neupravičene obogatitve,⁴⁷ to je 194. člen OZ, saj gre za zahtevke zaradi odpadle pravne podlage, in ne vindikacijski zahtevek, ki bi zahteval uporabo določb SPZ.

⁴⁵ Tako velja v reformnem predlogu nove ureditve švicarskega obligacijskega prava OR 2020 (glej Huguenin, Hilty in Purtschert v: Huguenin in Hilty, r. št. 59 in nasl.; več o tem Meier, str. 27).

⁴⁶ Podobno je Višje sodišče v Ljubljani v odločbi I Cp 1631/2017 z dne 10. 1. 2018 (neveljavna kupoprodajna pogodba) štelo, da je glede obveznosti plačila uporabnine SPZ *lex specialis*.

⁴⁷ Tako tudi Juhart v: Juhart in Plavšak, str. 590.

Tako je ravnalo tudi Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 1261/2008 (sodba z dne 1. 6. 2009): v zelo podobnem primeru zahtevka za povrnitev vlaganj v nepremičnino zaradi razvezane kupoprodajne pogodbe je odločilo, da je treba uporabiti pravila o stroških iz ZOR, in ne stvarnopravnih reparacij po (tedaj veljavnem) Zakonu o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR).⁴⁸ Pritrdilo je stališču nižjih sodišč, *da imata toženca po razvezi pogodbe pravico uveljavljati reparacijske zahteve na podlagi določb ZOR*, saj je splošno pravilo o posledicah razvezane pogodbe vsebovano v 132. členu ZOR (111. člen OZ), sicer pa se upoštevajo splošna pravila o kondikcijah zaradi odpadle pravne podlage, vključno s pravili o stroških iz 215. člena ZOR (194. člen OZ). Pri tem je pojasnilo, *da je bila razlog, iz katerega sta toženca zahtevala povrnitev stroškov, ki sta jih imela z nepremičninami, odpadla pravna podlaga, stvarnopravne reparacije pa izvirajo iz lastnikovega zahtevka za vrnitev stvari* (točka 7 obrazložitve).

V prihodnje bi bilo smiselno pravila o stroških v OZ in SPZ, ki so že zdaj precej podobna, poenotiti, tako da ne bi bilo dileme, katera pravila uporabiti v konkretnem primeru.⁴⁹

3.2. Vlaganje v tujo nepremičnino (48. člen SPZ)

3.2.1. Večvrednost nepremičnine kot merilo restitucijske obveznosti

Določba 48. člena SPZ ureja položaj neupravičene obogatitve, ki nastane kot posledica vlaganj v tujo nepremičnino. Ker zahtevkov nastane zaradi ravnanja prikrajšanega – vlaganja v tujo nepremičnino – spada v skupino zahtevkov zaradi potroškov v tujo korist (splošna podlaga je 196. člen OZ). Po prvem odstavku tega člena *tisti (graditelj), ki s soglasjem lastnika nepremičnine postavi, prizida ali izboljša zgradbo, na nepremičnini ne pridobi lastninske pravice, lahko pa od lastnika nepremičnine zahteva tisto, za kar je bil ta obogaten*. Gre za določbo, ki kot posledico učinkov načela povezanosti zemljišča in objekta (*superficies solo cedit*) graditelju podeljuje obogatitveni zahtevek nasproti lastniku, in sicer *za toliko, kolikor je bil ta zaradi vlaganj obogaten*. V praksi gre najpogosteje za vlaganja sredstev in dela zakonskih ali zunajzakonskih partnerjev v hišo, ki pripada enemu od njiju ali staršem enega od partnerjev. Če zveza razpade, partner, ki se izseli, od lastnika običajno zahteva povrnitev vlaganj.⁵⁰ Drug pogost primer so vlaganja oseb, ki imajo na tuji nepremičnini obligacijsko ali stvarno pravico do uporabe (najemnik, zakupnik ipd.).⁵¹

⁴⁸ Uradni list SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90, Uradni list RS, št. 4/91 in 87/02 – SPZ.

⁴⁹ Tako so denimo storili v Franciji (že pred reformo Code civil leta 2016), Italiji in na Nizozemskem. Več o tem Meier, str. 27.

⁵⁰ Glej na primer sodbi VS RS II Ips 225/2015 z dne 15. 9. 2016 in II Ips 269/2014 z dne 10. 3. 2016, sklep VS RS II Ips 64/2015 z dne 27. 8. 2015 in sodbo VS RS II Ips 125/2011 z dne 8. 12. 2011.

⁵¹ Glej na primer sodbo VS RS III Ips 59/2015 z dne 25. 10. 2016, sklepa VS RS II Ips 326/2014 z dne 2. 6. 2016 in II Ips 78/2014 z dne 19. 11. 2015 ter sodbo in sklep VS RS II Ips 45/2013 z dne 2. 4. 2015.

Teorija opredeljuje zahtevek iz 48. člena SPZ kot verzijski zahtevek.⁵² Vendar je lahko vlaganje v tujo nepremičnino tudi podlaga za obogatitveni zahtevek kondikcijske narave, če je denimo vlagatelj tako ravnal z nekim namenom, ki se ni uresničil, pri čemer ta namen ni iztožljiv (tako na primer v pričakovanju dedovanja ali možnosti bodočega izkoriščanja nepremičnine), kar je poseben tip kondikcije (*condictio causa data causa non secuta*).⁵³

Pri vlaganjih enega partnerja (zakonca ali zunajzakonska partnerja) v nepremičnino drugega partnerja, ki je njegovo posebno premoženje, sodna praksa za njihovo povrnitev uporablja določbe Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR)⁵⁴ oziroma zdaj 79. člen DZ.⁵⁵ Zakonca se lahko o obstoju in višini terjatve zaradi opravljenih vlaganj sporazumeta, sicer pa DZ napotuje na uporabo pravil stvarnega prava, torej 48. člen SPZ. Ta se uporablja tudi za povrnitev vlaganj v razmerju do tretjih oseb.

Iz dikcije 48. člena SPZ, po katerem lahko vlagatelj zahteva *tisto, za kar je bil lastnik obogaten*, ter splošnega pravila 190. člena OZ, ki govori o *nadomestitvi vrednosti dosežene koristi*, teorija in sodna praksa izpeljujeta obogatitveno načelo tako, da lahko vlagatelj zahteva le toliko, za kolikor je lastnik obogaten, to je povečano tržno vrednost nepremičnine.⁵⁶ Upnik mora torej tožiti na povrnitev večvrednosti nepremičnine, in ne vrednosti vloženih sredstev, saj naj bi sicer sledili vrnitvenemu načelu.⁵⁷ Na drugi strani naj bi bil zahtevek po višini omejen z vrednostjo vlaganj, saj naj se vlagatelju povrne le vrednost vlaganj, če se vrednost nepremičnine poveča za več, kot so znašala vlaganja.⁵⁸ Tako stališče se je pri nas najverjetneje uveljavilo po vzoru francoskega *double plafond*, skladno s katerim je restitucijska obveznost omejena z obeh strani – na eni strani z obogatitvijo, na drugi pa s prikrajšanjem.⁵⁹

⁵² Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 333.

⁵³ Tako so vlaganja v nepremičnino zakoncev (ali staršev partnerja) obravnavana v avstrijskem pravu. Glej Schoditsch, str. 393.

⁵⁴ Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVI.

⁵⁵ Sodbi VS RS II Ips 225/2015 z dne 15. 9. 2016 in II Ips 64/2015 z dne 27. 8. 2015. Glej tudi Končina Peternel, str. 33.

⁵⁶ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 332. Tako tudi sodna praksa – na primer sodba VSRS II Ips 97/2016 z dne 11. 8. 2016, točka 17, ter sodba in sklep VSL I Cp 1673/2017 z dne 29. 11. 2017, točka 14. Iz sodne prakse je razvidno, da je relevantna večvrednost nepremičnine na dan zadnje glavne obravnave (sodba VSRS II Ips 249/2009 z dne 16. 7. 2009).

⁵⁷ Tako na primer Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 125/2011 z dne 8. 12. 2011.

⁵⁸ Sklep VS RS II Ips 64/2015 z dne 27. 8. 2015, točka 11 obrazložitve.

⁵⁹ Schlechtriem, str. 370.

3.2.2. Metoda tržnih primerjav, stroškovna metoda in obogatitveno načelo

Po sodni praksi je treba pri zahtevkih zaradi povrnitve vlaganj v tujo nepremičnino uporabiti metodo tržnih primerjav, s katero se ugotavlja večvrednost nepremičnine, saj naj bi se ta skladala z obogatitvenim načelom. Kot pojasnjujejo sodišča, bi z uporabo stroškovne metode, s katero se ocenjuje vrednost nadomestnih stroškov istovrstne adaptacije (z upoštevanjem amortizacije), sledili vrnitvenemu načelu, ki pa ni uveljavljen princip v našem pravu neupravičene obogatitve.⁶⁰

Oglejmo si, ali to stališče res drži. Najprej je treba natančno pojasniti pomen »vrnitvenega« in »obogatitvenega« načela.

Po določbi prvega odstavka 190. člena OZ mora tisti, ki je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, prejetu vrniti, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti vrednost dosežene koristi. Izhodišče restitucijske obveznosti je vrnitev prejetega v naravi, torej vrnitveno načelo. Po tem načelu je prikrajšani od obogatenega upravičen zahtevati tisto, kar je ta prejel brez pravne podlage. Če vrnitev v naravi ni mogoča – in pri vlaganjih v tujo nepremičnino praviloma ni – mora dolжник *nadomestiti vrednost dosežene koristi*. Na podlagi tega pravila pisci pri nas zaključujejo, da mora obogateni povrniti vrednost »obogatitve«, kar naj bi izhajalo iz obogatitvenega načela.⁶¹ Ta se razlaga kot načelo, po katerem mora (dobroverni) okoriščenec vrniti le korist, ki jo še ima. Taka razlaga velja tudi v sodni praksi.⁶² Primerjalnopravno gledano pa pojma obogatitveno načelo v taki obliki ni zaslediti. V nemškem in švicarskem pravu je v ospredju restitucije tisto, kar je dolжник prejel (nem. *das Erlangte*), in ne obogatev (nem. *Bereicherung*).⁶³ To pomeni, da se zahtevek iz neupravičene obogatitve glasi na vrnitev tistega, kar je dolжник prejel, obogatitveno načelo v smislu presoje celotnega premoženjskega položaja prejemnika koristi pa se upošteva le na ugovor. Gre za ugovor odpada obogatitve (nem. *Wegfall der Bereicherung*, ang. *change of position defence*), ki ga poznata tudi angleško in ameriško pravo, s katerim toženec uveljavlja, da je njegova obogatev manjša od prejete koristi (zlasti zaradi naknadnih sprememb prejete koristi). Ugovor odpada obogatitve je izjema za zaščito interesov dobrovernega prejemnika, trditveno in dokazno breme glede njegovih predpostavk pa je v celoti na dolžniku. Preneseno v terminologijo, ki se uporablja pri nas, primerjalno gledano

⁶⁰ Glej na primer sodbo in sklep VSL I Cp 1003/2016 z dne 6. 7. 2016.

⁶¹ Cigoj (2003), str. 259; Polajnar Pavčnik v: Juhart in Plavšak, str. 47; Vrenčur, str. 83; Galič, str. 7. S primerjalnopravnega vidika o tem načelu zlasti Cigoj (1984), str. 810, ki navaja, da sta se v tujini uveljavili dve teoriji, teorija o vračanju ter teorija o obogatitvi, in dodaja, da se teorija o obogatitvi uporablja v nemškem, švicarskem, madžarskem, češkoslovaškem in francoskem pravu. O uporabi obogatitvenega načela pri ničnih (in razveljavljenih) pogodbah glej Dolenc, str. 21–23; Lutman.

⁶² Glej na primer sklep VS RS II Ips 15/2016 z dne 16. 11. 2017, sodbo VS RS II Ips 321/2015 z dne 13. 7. 2017, sodbo VSL I Cp 1137/2017 z dne 25. 5. 2017 in sklep VSL I Cp 2316/2015 z dne 25. 11. 2015.

⁶³ Schwab v: Habersack in dr., § 818, r. št. 127.

velja, da je izhodišče vrnitveno načelo, medtem ko do uporabe obogatitvenega načela pride zgolj na (utemeljen in izkazan) ugovor odpada obogatitve dobrovernega prejemnika.

Pri vlaganjih v tujo nepremičnino je prejemnik neupravičeno okoriščen, ker je prejel izboljšano ali ohranjeno nepremičnino, pri čemer je stroške za njeno ohranitev oziroma izboljšavo nosil vlagatelj. Zahtevek je tudi v tem primeru vsekakor lahko usmerjen v vrnitev tistega, kar je bilo dano. Navsezadnje lahko na obogatitev gledamo kot na prihranek lastnih sredstev:⁶⁴ lastnik nepremičnine – ki je z vlaganji soglašal in jih delno opravil sam – je v bistvu obogaten za stroške, ki bi jih imel, če bi želel (v celoti sam) izvesti vlaganja, kakršna so bila opravljena. Seveda je pri tem treba upoštevati, da se je vrednost vlaganj sčasoma zmanjšala, zaradi česar bo upravičen zahtevati le vrednost opravljenih vlaganj, od katere je odštel strošek amortizacije.

Dalje se moramo vprašati, ali obstaja kakšen utemeljen razlog, iz katerega bi bilo treba zahtevek graditelja vrednotiti po drugačnih pravilih kot zahtevek stranke v podobnih primerih, kjer se restitucijski zahtevek presoja skozi prizmo stroškov. Tako lahko denimo kupec nepremičnine, če je vanjo vlagal, nato pa se je izkazalo, da kupoprodajna pogodba ni veljavna, povrnitev vlaganj zahteva po 194. členu OZ, skladno s katerim je upravičen do povračila potrebnih in koristnih stroškov, pri čemer je obseg restitucijske obveznosti odvisen od njegove dobre oziroma slabe vere. Gre za določbo prava neupravičene obogatitve, pri čemer ob zakonsko enotno urejenih pravilih vračanja ni videti razloga za različno obravnavo obogatitvenih zahtevkov. Tudi vlaganja posestnika v razmerju do lastnika, ko ta zahteva vrnitev stvari z vindikacijsko tožbo, se presojajo skozi prizmo potrebnih, koristnih in luksuznih stroškov po določbah 95. in 96. člena SPZ. Podobno ima najemnik ob izselitvi iz stanovanja po 98. členu SZ-1 pravico do povrnitve neamortiziranega dela koristnih in potrebnih vlaganj, ki jih je opravil v soglasju z lastnikom. Da je stališče, po katerem je najemnik upravičen do povrnitve vloženega, od katerega se odšteje strošek amortizacije, ki pomeni vrednostno izrabo vloženih sredstev v obdobju od njihove vložitve do vrnitve nepremičnine, skladno z »obogatitvenim načelom«, je pojasnilo tudi Vrhovno sodišče v odločbi II Ips 45/2013 z dne 2. 4. 2015 (točka 12 obrazložitve). Temu je sledilo Višje sodišče v Ljubljani v sodbi II Cp 1702/2016 z dne 29. 6. 2016, ko je obravnavalo zahtevek za povrnitev vlaganj, ki jih je tožeča stranka kot najemnica opravila v poslovni prostor, in šlo, da zahtevek za povrnitev vlaganj temelji na obogatitvenem načelu ter da »obogatitev pomeni neamortizirano vrednost vlaganj oziroma vrednost vlaganj, zmanjšanih za amortizacijo« (točka 8 obrazložitve). Za različna stališča glede stroškovne metode, ki naj bi enkrat sledila vrnitvenemu načelu, drugič pa bila v skladu z obogatitvenim načelom, ni videti utemeljenega razloga.

Tudi praktični razlogi govorijo v prid stroškovni metodi. Prikrajšanemu graditelju je praviloma znano le, koliko so znašala njegova vlaganja, medtem ko je povečanje vrednosti nepremič-

⁶⁴ Tako tudi Možina, str. 153; Cigoj (1984), str. 800.

nine oziroma druge spremembe v dolžnikovem premoženju v zaznavni sferi dolžnika. Zato z vidika pravične porazdelitve dokaznega bremena ni ustrezno, da bi moral vlagatelj zatrjevati in dokazovati, za koliko se je zaradi njegovih vlaganj povečala vrednost dolžnikovega premoženja. Za ugotavljanje večvrednosti nepremičnine je treba v postopek pritegniti izvedenca gradbene ali ekonomske stroke, kar bistveno podraži in podaljša postopek. Nobenega razloga ni, da bi tožeči stranki v vsakem primeru nalagali pritegnitev izvedenca.

Poleg tega so spremembe v tržni vrednosti nepremičnin bistveno odvisne od okoliščin, ki nimajo zveze z vlaganji, zlasti od ponudbe in povpraševanja. Tako so na primer nepremičnine v Ljubljani vredne bistveno več kot nepremičnine drugje v Sloveniji oziroma njihove cene rastejo hitreje. Če od opravljenih vlaganj preteče več let, lahko torej zgolj merodajnost tržne vrednosti v času vrnitve pomeni, da utegne imeti zahtevek za povrnitev enakih vlaganj v različnih delih Slovenije različen obseg.

Predvsem pa je vprašljivo, s kolikšno stopnjo gotovosti (če sploh) je mogoče ugotoviti, ali in koliko so k povečanju vrednosti prispevala ravno opravljena vlaganja. Tudi izvedenci pojasnjujejo, da so v praksi metode za ugotavljanje povečanja vrednosti nepremičnine (zlasti pri manjših vlaganjih) nezanesljive in temeljijo na pavšalnih ocenah (povečanje vrednosti nepremičnine za 20–50 odstotkov stroškov vlaganj, pri čemer ocene praviloma temeljijo na 30 odstotkih).

Poleg tega se korist od opravljenih vlaganj ne odraža nujno v povečanju tržne vrednosti nepremičnine. Tako velja zlasti za nujne stroške, med katere spadajo stroški vzdrževanja, ki ne pomenijo vlaganj v vitalne dele nepremičnine in ne zvišujejo tržne vrednosti nepremičnine (npr. beljenje sten, brušenje parketa). V takem primeru je za vrednotenje koristi primerna le stroškovna metoda.

Vrednotenje restitucijske obveznosti glede na povečanje tržne vrednosti nepremičnine niti ne dopušča subjektivnega vrednotenja vlaganj, to je vrednotenja koristnosti izdatkov za konkretnega lastnika. Vsako vlaganje v tuje premoženje je, kot že rečeno, delno »vsiljeno«,⁶⁵ tudi če je imetnik za vlaganje vedel in z njim soglašal, saj morda ni računal, da bo pozneje zavezan stroške takih vlaganj povrniti. Pravila restitucije morajo tako, upoštevajoč okoliščine primera, dopustiti tudi možnost ugovora lastnika nepremičnine, da opravljena vlaganja zanj konkretno nimajo nobene vrednosti (subjektivno vrednotenje koristi). Iz sodne prakse je razvidno, da so sodišča tak ugovor že dopustila, zlasti ko vlaganja niso bila koristna tudi z objektivnega vidika. Tako je na primer Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 68/2015 (sklep z dne 23. 4. 2015) dopustilo ugovor tožene stranke, da vlaganja v nepremičnino zanjo nimajo nobene koristi, saj objekta ni mogoče legalizirati. Podobno je Višje sodišče v Ljubljani v zadevi I Cp 689/2017 (sklep z dne

⁶⁵ V nemškem pravu se govori o »vsiljeni obogatitvi« (nem. *aufgedrängte Bereicherung*). Več o institutu vsiljene obogatitve Možina, str. 158. Glej tudi Reuter in Martinek (2016), str. 259.

7. 6. 2017), kjer je prišlo do razveze gradbene pogodbe, dopustilo ugovor tožene stranke, da nekatera od opravljenih del zaradi napak zanjo nimajo nobene koristi (točka 8 obrazložitve).

Zaradi vsega navedenega menim, da stališče, v skladu s katerim je merilo obsega povrnitve vlaganj v tujo nepremičnino edino tržna večvrednost nepremičnine v času vrnitve, ni najboljše. Veliko primernejši se mi zdi pristop, po katerem velja domneva obogatitve v višini dejanskih izdatkov (koncept prihranjenih stroškov) z upoštevanjem pravil o nujnih, koristnih in luksuznih stroških ter možnostjo uveljavljanja ugovora odpada obogatitve. Če torej vlagatelj v tujo nepremičnino ni imel položaja lastniškega posestnika, kar izključuje uporabo določb 95. in 96. člena SPZ, naj se za vrednotenje vlaganj uporabijo določbe o stroških iz 194. člena OZ. Tako bo dobroverni vlagatelj upravičen do povračila (neamortizirane vrednosti) potrebnih in koristnih stroškov, nedobroverni pa le do vrednosti koristnih, če pomenijo povečanje vrednosti ob vrnitvi. Navedeni člen ne omenja luksuznih stroškov, ga je pa po mojem mnenju (s ciljem poenotenja ureditve povračila stroškov *de lege ferenda*) treba razlagati v skladu s 95. in 96. členom SPZ, tako da ima vlagatelj *ius tollendi*, če pa stvari ni mogoče ločiti, lahko dobroverni zahteva toliko, za kolikor se je vrednost stvari zaradi njih povečala. Kadar obogateni z vlaganji ni soglašal (vsiljena obogatitev), je treba dopustiti ugovor, da opravljeni stroški zanj nimajo nobene koristi. To pomeni, da bo vlagatelj zadostil trditvenemu in dokaznemu bremenu s sklicevanjem na objektivno nujnost in koristnost stroškov, pri čemer se bo subjektivno vrednotenje koristi upoštevalo na toženčev ugovor.

Glede višine nadomestila stroškov naj bo dobroverni vlagatelj upravičen do povrnitve stroškov v znesku dejansko opravljenih vlaganj, pri čemer lastnik ni dolžan plačati več, kot znaša njihova običajna oziroma tržna cena. Ne bi bilo namreč ustrezno, če bi lahko vlagatelj posledice svojih slabih ekonomskih odločitev prevalil na drugega.⁶⁶ V nekaterih okoliščinah, ko bi kazalo vlagatelju zagotoviti manjše varstvo pri zaščiti njegovih interesov, pa je smiselno lastniku dopustiti ugovor, da bi vlaganja sam opravil z nižjimi stroški (zlasti če za vlaganja ni vedel ali je bil vlagatelj nedobroveren).⁶⁷

Tudi v francoskem in belgijskem pravu se vlaganja v tuje premoženje vrednotijo skozi prizmo stroškov, z uporabo teorije o izdatkih (fr. *théorie des impenses*). Kadar gre za nujne stroške, je obogateni dolžan prikrajšanemu povrniti njihovo vrednost ne glede na to, ali je od njih ostala kakšna korist.⁶⁸ Za nujne stroške se uporabi vrnitveno načelo brez možnosti skliceva-

⁶⁶ Tako velja tudi v švicarskem pravu, glej Hartmann, str. 280.

⁶⁷ Tako denimo velja v švicarskem pravu za nedobrovernega kupca, ki je vlagal v stvar, pozneje pa je bila kupoprodajna pogodba razveljavljena. Glej Hartmann, str. 280.

⁶⁸ Schlechtriem, str. 15, r. št. 26.

nja na ugovor odpada obogatitve.⁶⁹ Koristni potroški se povrnejo le v višini obstoječe koristi, pri čemer se v primerih vsiljene obogatitve uporablja merilo subjektivne koristi.⁷⁰ Podobno velja v italijanskem pravu, ki pa sicer povrnitev stroške ne obravnava tako enotno kot francosko pravo.⁷¹ Nizozemsko pravo pri vlaganjih v tuje premoženje izhaja iz pravila, da je treba povrniti dejansko vrednost nujnih, koristnih in luksuznih stroškov (vrnitveno načelo), pri čemer lahko sodišče restitucijsko obveznost zniža, če okoliščine primera kažejo, da bi povrnitev celotnih stroškov materiala in dela (oziroma drugih izdatkov, povezanih z vlaganjem) neupravičeno privilegirala upnika v razmerju do dolžnika.⁷² Pri tem se na primer upošteva okoliščina, da je vlagatelj stvar ali nepremičnino, v katero je vlagal, dalj časa sam uporabljal, kar je lahko tudi razlog za izključitev restitucijskega zahtevka. Nizozemska ureditev je v izhodišču torej precej naklonjena vlagatelju, vendar dopušča prožne rešitve z upoštevanjem okoliščin konkretnega primera, če bi te narekovale večjo zaščito dolžnikovih interesov. V nemškem pravu, ki nima enotnega koncepta povrnitve stroškov in kjer je ureditev precej razpršena,⁷³ za povrnitev vlaganj najemnika velja merilo povečane vrednosti nepremičnine,⁷⁴ do zahtevkov za povrnitev vlaganj, ki so bila opravljena v nepremičnino partnerjevih staršev, pa so zelo zadržani. Tak obogatitveni zahtevek je praviloma izključen, saj naj bi vlagatelj ravnal v svojem interesu in sam nosil riziko prenehanja zakonske zveze ali partnerske skupnosti, zaradi česar naj bi se (molče) odpovedal možnosti poznejšega uveljavljanja povrnitve vloženih sredstev od lastnika.⁷⁵

3.2.3. *Ali je povrnitev vlaganj mogoče zahtevati tudi od najemnika*

Glede zahtevkov zaradi vlaganj v tujo nepremičnino se dalje zastavlja vprašanje, ali je povrnitev vlaganj mogoče zahtevati tudi od tistega, ki ima na nepremičnini obligacijsko ali stvarno-pravno upravičenje do njene uporabe (npr. najemnik). Če ima ta sklenjeno najemno pogodbo za daljši ali nedoločen čas oziroma ima na stanovanju dosmrtno služnost stanovanja, bo pra-

⁶⁹ Splošnega ugovora odpada obogatitve francosko pravo pravzaprav ne pozna, drugače od denimo nemškega, švicarskega in angleškega prava (Schlechtriem, str. 15, r. št. 26).

⁷⁰ Schlechtriem, str. 15 in 16.

⁷¹ Prav tam, str. 19–26.

⁷² Prav tam, str. 76, r. št. 135.

⁷³ Prav tam, str. 36 in nasl.

⁷⁴ Povrnitev vlaganj je v nemškem pravu mogoča le pri predčasnem prenehanju najemne pogodbe. Več o tem: Emmerich, str. 49–54; Eckert, str. 768–769.

⁷⁵ Schwab v: Habersack in dr., § 812, r. št. 522–525. Izjemoma naj bi povrnitev vlaganj lahko zahteval takrat, kadar lastnik predčasno zahteva izpraznitev nepremičnine (po analogiji s predčasnim prenehanjem najemne pogodbe).

viloma sam užival koristi od opravljenih vlaganj. Avstrijska sodna praksa je odgovornost za povrnitev koristi od vlaganj v nekaterih primerih razširila na najemnika.⁷⁶

Tako je avstrijsko vrhovno sodišče pred kratkim odločilo v primeru življenjskih partnerjev, ki sta skupaj vlagala v lovsko kočo, v kateri sta živela kot najemnika (sodba OGH 1 Ob 173/15w z dne 24. 11. 2015). Ob razpadu življenjske skupnosti se je tožnica izselila in od bivšega partnerja zahtevala povrnitev vlaganj (od skupno 250.000 EUR stroškov je sama prispevala 35.000 EUR za gradbeni material). Vrhovno sodišče je v konkretnem primeru priznalo pasivno legitimacijo toženca, ki je ostal v nepremičnini tudi po izselitvi tožnice. Pri tem je upoštevalo dejstvo, da je bil toženec upravičen do najema vse do svoje smrti in da se je v najemni pogodbi odpovedal pravici zahtevati povrnitev vlaganj od lastnika, s čimer tožnica ni bila seznajena.

Ob tem se zastavlja vprašanje, katera merila naj se uporabijo za povrnitev vlaganj, če je zahtevek usmerjen zoper najemnika. Pravni položaj najemnika se namreč od lastnikovega razlikuje tudi po tem, da najemnik nima pravice do razpolaganja s stvarjo, temveč je upravičen le do njene rabe.⁷⁷ Metoda večvrednosti nepremičnin je za tovrstne primere še toliko manj ustrezna, saj ne odraža obogatitve na strani najemnika. Avstrijsko vrhovno sodišče je v zgoraj navedenem primeru pojasnilo, da morajo nižja sodišča pri izračunu nadomestila upoštevati zlasti življenjsko dobo investicij in okoliščino, da je tožnica vlaganja med petletnim bivanjem v lovski koči tudi izkoriščala (točka 4 obrazložitve sodbe).

Ker je v pravu neupravičene obogatitve vrnitveni zahtevek usmerjen zoper tistega, ki je neupravičeno obogaten na račun drugega, tudi pri nas načeloma ni ovir za to, da bi vlagatelj zahteval povrnitev vlaganj od najemnika ali drugega, ki ima nepremičnino v posesti na podlagi druge obligacijske ali stvarne pravice, če lahko dokaže, da je ta obogaten na račun vlaganj. Ker gre za zahtevek iz neupravičene obogatitve, se bodo za vračanje uporabila restitucijska pravila neupravičene obogatitve, torej določbe 190. do 198. člena OZ, praviloma 194. člen o stroških. Če gre za najem stanovanja oziroma stanovanjske stavbe, je treba pravila razlagati skladno z določbami SZ-1, po katerem je stroške vzdrževanja vsekakor dolžan nositi lastnik stanovanja (gre za potrebne stroške po 194. členu OZ). Lahko pa bi vlagatelj od najemnika zahteval povrnitev neamortiziranega dela koristnih stroškov. Koristni stroški so po stališču avstrijske sodne prakse denimo zgraditev savne, fitnesa ali bazena v stanovanju oziroma stanovanjski stavbi.⁷⁸

⁷⁶ Schoditsch, str. 394 in nasl.

⁷⁷ Avstrijsko pravo razlikuje med koristjo od uporabe (nem. *Gebrauchsvorteil*) in koristjo v substanci stvari (nem. *Substanzvorteil*).

⁷⁸ Schoditsch, str. 394 in nasl.

Vendar je treba tovrstne zahteve obravnavati zadržano. Gotovo vlaganj ni mogoče zahtevati od najemnika, ki se je v stanovanje vselil na novo, to je po izselitvi vlagatelja, in ki je svojo ekonomsko odločitev o sklenitvi najemne pogodbe sprejel na podlagi dogovora o višini najemnine, pri čemer zagotovo ni računal, da bo moral kriti še stroške že opravljenih investicij. V takem primeru menim, da ima vlagatelj zgolj zahtevek zoper lastnika, ta pa bo na račun opravljenih izboljšav najverjetneje ustrezno zvišal najemnino. Če pa je najemnik živel (in morda celo vlagal) skupaj z vlagateljem in ga najemna pogodba upravičuje do nadaljnjega, daljšega ali celo doživljenjskega najema, se njegov položaj zelo približa lastniškemu. Vlagatelj namreč nima zahtevka za povrnitev vlaganj do lastnika vse do tedaj, dokler se najemnik ne izseli iz stanovanja (tako 98. člen SZ-1),⁷⁹ zato se zdi pravično, da mu v takih primerih dopustimo zahtevek zoper najemnika, ki je ostal v stanovanju (v praksi gre praviloma za razvezanega zakonca, partnerja ali družinskega člana). Pri tem je treba upoštevati življenjsko dobo opravljenih investicij – če je ta daljša od (predvidenega) trajanja najemne pogodbe, bo najemnik zavezan le do povračila sorazmernega dela investicije, medtem ko bo preostali del bremenil lastnika (pod pogojem, da je bila investicija opravljena v soglasju z njim in tudi ni drugače dogovorjeno z najemno pogodbo). Bi pa kazalo najemniku priznati ugovor, da njemu opravljena investicija ne prinaša nobene koristi, s čimer bi bil restitucijske obveznosti razbremenjen.⁸⁰

4. Sklep

Pravila o povrnitvi stroškov, ki so bili opravljeni v tujo korist, so pri nas urejena razpršeno, v okviru prava neupravičene obogatitve, posloводства brez naročila, pogodbenega in stvarnega prava. Kljub izhodiščno podobnim položajem se pravila vračanja med seboj razlikujejo. Nekatera bolj varujejo interes upnika, da se mu povrne čim več vloženih sredstev, druga pa se nagibajo k zaščiti dolžnika pred prisilnim financiranjem tujih ekonomskih odločitev. Tradicionalno naj bi se ureditev povračila stroškov v pravu neupravičene obogatitve, kjer upnik vlaga za pridobitev koristi sebi, osredotočala na izčrpanje koristi na strani obogatene, medtem ko pri poslovodu brez naročila, kjer poslovodja ravna v tujo korist, povrnitev stroškov ni odvisna od dejanske obogatitve na strani dolžnika in je osredotočena na povrnitev opravljenih izdatkov.

⁷⁹ Tudi v nemškem pravu velja, da če eden od partnerjev ostane v stanovanju ali hiši, v katero so bila opravljena vlaganja, vlagatelj ne more zahtevati povrnitve vlaganj od lastnika. Glej na primer *Freiherr von Proff*, str. 1482 (ki se pri tem sklicuje na sodno prakso nemškega vrhovnega sodišča, BGH, NJW 2015, str. 1523, r. št. 21).

⁸⁰ V praksi se sicer zastavlja vprašanje, kako bi sodišče, ki bi se oprlo na navedene trditve o subjektivni koristi, v prihodnje zagotovilo, da ne bo zlorab (npr. da bi toženec nato savno, bazen ali fitnes uporabljal). Take ugovore je zato treba obravnavati restriktivno, še zlasti če je k vlaganjem prispeval tudi najemnik, ki je ostal v nepremičnini.

Glede povrnitve stroškov v okviru prava neupravičene obogatitve bi kazalo v prihodnje 194. člen OZ uporabljati tako za kondikcijske kot verzijske zahtevke, saj zakonska ureditev neupravičene obogatitve izhaja iz enotnih pravil vračanja. Enako velja za vrnitvene zahtevke zaradi prenehanja dvostranskih pogodb (194. člen v povezavi s 111. členom OZ). Meja med kondikcijskimi in verzijskimi zahtevki je namreč včasih zabrisana – denimo pri vlaganjih zakonca v nepremičnino drugega zakonca ali njegovih staršev, kjer ne gre nujno za verzijski zahtevek, temveč ga lahko obravnavamo tudi kot *condictio causa data causa non secuta*.

Čeprav na splošno velja, da ima specialnejša pravna podlaga prednost pred splošnejšo in da so zahtevki iz neupravičene obogatitve subsidiarni, se ni mogoče strinjati s stališčem, da določbe o povračilu stroškov, ki veljajo v razmerju med lastnikom in posestnikom (95. in 96. člen SPZ), molče derogirajo določbo neupravičene obogatitve o povračilu stroškov (194. člen OZ). Določbe SPZ se torej uporabljajo za povrnitev stroškov pri vindikacijskem položaju (ko lastnik zahteva izročitev stvari na podlagi reivindikacije), medtem ko se določba neupravičene obogatitve uporablja takrat, ko so postavljeni obogatitveni zahtevki ali vrnitveni zahtevki zaradi prenehanja dvostranske pogodbe, kjer sočasna uporaba stvarnopравnih pravil za stranko, ki vrača stvar, ter obligacijskopравnih pravil za stranko, ki vrača denar, ne bi bila ustrezna.

Povrnitev vlaganj v tujo nepremično spada v skupino obogatitvenih zahtevkov zaradi stroškov ali uporabe stvari v tujo korist. Po veljavnem stališču vlagatelj ne more zahtevati povrnitve stroškov vlaganj, temveč le toliko, kolikor je zaradi opravljenih vlaganj narasla tržna vrednost nepremičnine. Vendar se ni mogoče strinjati z argumentom, da je le taka razlaga skladna z obogatitvenim načelom, ki je v veljavi pri nas. Tudi prihranitev lastnega premoženja je namreč obogatitev in posledično je stroškovna metoda ob njeni pravilni razlagi prav tako skladna z obogatitvenim načelom. Tudi drugi razlogi, predstavljeni v prispevku, potrjujejo, da stališče, po katerem je merilo obsega povrnitve vlaganj v tujo nepremičnino edino tržna večvrednost nepremičnine v času vrnitve, ni najboljša.

V avstrijskem pravu je sodna praksa v nekaterih okoliščinah že priznala tudi zahtevek za povrnitev vlaganj zoper najemnika. Če je najemnik vlagateljev partner, ki je v nepremičnini ostal po razpadu skupnosti in ima nepremičnino v najemu daljši čas, tako da se njegov položaj precej približa lastniškemu, vlagatelj pa povrnitve vlaganj ne more zahtevati od lastnika, ni videti ovir za to, da zahtevka ne bi mogel usmeriti zoper najemnika.

Literatura

- AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law, Third, Restitution and Unjust Enrichment*. 2011.
- CIGOJ, Stojan. *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1984.
- CIGOJ, Stojan. *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2003.
- DOLENC, Mile. Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov). *Pravni letopis*, 2011, str. 19–32.
- ECKERT, Hans-Georg. Ausgleich werterhöhender Mieterinvestitionen bei vorzeitigem Vertragsende. *NZM*, 2009, str. 768–769.
- EMMERICH, Volker. Die Verwendungen des Mieters. *NZM*, 1998, str. 49–54.
- GALIČ, Aleš. Kdaj je mogoče prejeto obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR). *Odvetnik*, 2003, letn. 5, št. 4, str. 6–8.
- HABERSACK, Mathias, in drugi *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 6: Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*. 7. izdaja. München: C. H. Beck, 2017.
- HARTMANN, Stephan. *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen*. Zürich, Basel, Ženeva: Schulthess, 2005.
- HUGUENIN, Claire, in HILTY, Reto M. (ur.). *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*. Zürich: Schulthess, 2013.
- JUHART, Miha, in PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, in VRENČUR, Renato. *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2016.
- KONČINA PETERNEL, Mateja. Analiza novejših sodnih praks – skupno premoženje zakoncev. *Odvetnik*, 2017, letn. 18, št. 2, str. 32–35.
- KULL, Andrew. Mistaken improvements and the restitution calculus. V: Johnston, D., in Zimmermann, R. (ur.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, str. 369–383.
- LEŹTOWSKA, Ewa. Unjust Enrichment in Eastern European Countries. V: Von Caemmerer, E., in Schlechtriem, P. (ur.), *International Encyclopedia of Comparative Law, Restitution/Unjust Enrichment and Negotiorum gestio, Vol. 10*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- LOEWENHEIM, Ulrich. *Bereicherungsrecht*. 3. izdaja. München: C. H. Beck, 2007.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht, Besonderer Teil*. München: Verlag Franz Vahlen, 2014.
- LUTMAN, Karmen. Odpad obogatitve pri prenehanju vzajemnih pogodb. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 8, str. 1537–1563.
- MEIER, Sonja. Unwinding Failed Contracts: New European Developments. *The Edinburgh Law Review*, 2017, letn. 21, št. 1, str. 1–29.

- MOŽINA, Damjan. Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka. V: Možina, D. (ur.), *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2017, str. 143–167.
- REUTER, Dieter, in MARTINEK, Michael. *Ungerechtfertigte Bereicherung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983.
- REUTER, Dieter, in MARTINEK, Michael. *Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band 2*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- SCHODITSCH, Thomas. Zur bereicherungsrechtlichen Haftung bei Auflösung der Lebensgemeinschaft. *Österreichische Juristenzeitung*, 2017, letn. 56, št. 9, str. 393–398.
- VERSE, Dirk A. *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – Eine kritische Betrachtung aus historisch-rechtvergleichender Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- VRENČUR, Renato. Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti. *Zbornik 2. dnevo stvarnega in zemljiškopravnega prava*, 2010, str. 81–100.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.23:347.451.9

Neupravičena obogatitev v večosebnih razmerjih

KARMEN LUTMAN
doktorica pravnih znanosti, LL.M. (Berlin)
asistentka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

V skladu s splošnim načelom neupravičene obogatitve mora tisti, ki je bil brez veljavnega pravnega temelja obogaten na škodo drugega, prejeti vrniti oziroma nadomestiti vrednost dosežene koristi (prvi odstavek 190. člena Obligacijskega zakonika – OZ¹). Povračilni zahtevek je usmerjen zoper dolžnika, ki se je neupravičeno obogatil na upnikov račun. Tako sta osebi, med katerima je neposredno prišlo do neutemeljenega premika premoženja, praviloma tudi stranki obogatitvenega zahtevka. Če je denimo kupec na podlagi neveljavne kupoprodajne pogodbe prodajalcu izročil denar, prodajalec pa njemu blago, bodo zahtevki iz neupravičene obogatitve nastali neposredno med njima.

Pravila prava neupravičene obogatitve postanejo kompleksnejša, kadar do prenosa premoženja pride v večstranskih razmerjih, torej razmerjih, v katerih je – posredno ali neposredno – udeleženi več oseb. Seveda gre tu le za osebe, ki v pravnih razmerjih nastopajo samostojno in v svojem imenu.² Tipični položaji tristranskih obogatitvenih razmerij nastanejo v zvezi s cesijo, asignacijo, poroštvom, zastopanjem, pogodbo v korist tretjega in plačilom tujega dolga. Če v takšnih razmerjih pride do nekega prenosa premoženja in se kasneje izkaže, da zanj ni veljavnega pravnega temelja, se zastavi vprašanje, od koga je prikrajšani izpolnitelj upravičen zahtevati vrnitev izpolnjenega. Z drugimi besedami, pojavi se vprašanje, ali obstaja obogatitveni zahtevek le med strankama, med katerima je prišlo do neposrednega prenosa pre-

¹ Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

² Oseb, ki nastopajo v tujem imenu, kot na primer nesamostojni izpolnitveni pomočniki (npr. neposredni zastopniki, sli, posestni upravičenci), ne štejemo za stranke večstranskega obogatitvenega razmerja. Glej Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 166.

moženja, ali pa je zahtevek mogoč tudi zoper (posredno) obogateno tretjo osebo. Nadaljnja vprašanja se nanašajo na medsebojni odnos zahtevkov proti različnim osebam.

Tako v domači³ kot v tuji literaturi⁴ najdemo stališče, da gre za eno zapletenejših vprašanj prava neupravičene obogatitve, zaradi česar se njegovi obravnavi številni pravni redi izogibajo ali ga urejajo le zelo na splošno.⁵

Namen prispevka je predstaviti temeljne dileme, ki se odpirajo pri določanju upnika in dolžnika pri obogatitvenih zahtevkih v večstranskih razmerjih, ter predlagati pristop k njihovem reševanju v tipičnih tristranskih razmerjih, kot so asignacija, cesija, pogodba v korist tretjega, poroštvo, prevzem dolga, pristop k dolgu in prevzem izpolnitve.

2. Splošno o obogatitvenih zahtevkih v večstranskih razmerjih

2.1. Oris problema

Restitucijska obveznost iz neupravičene obogatitve je usmerjena v povrnitev koristi, ki jih je obogateni pridobil na škodo drugega. Iz zakonskega znaka »na škodo drugega« (prvi odstavek 190. člena OZ) teorija in sodna praksa izpeljujeta predpostavko prikrajšanja, katere namen pa ni v kvalitativnem ali kvantitativnem vrednotenju škode v smislu odškodninskega prava. Medtem ko za prikrajšanje zadošča že sam poseg v upnikovo pravno sfero, je namen te predpostavke le v določitvi upnika, ki je aktivno legitimiran za obogatitveni zahtevek.

V večosebnih pravnih razmerjih težava pogosto nastane na drugi strani – pri določitvi naslovnika zahtevka, saj se je lahko, posredno ali neposredno, na upnikov račun obogatilo več oseb. V izhodišču velja, da naj bo obogatitveni zahtevek usmerjen le zoper tistega, ki je bil s prenosom premoženja neposredno obogaten. S tem naj bi se preprečilo, da bi se upnik zahtevku zoper pravega dolžnika izognil tako, da bi povračilo zahteval od bolj oddaljenih prejemnikov, za katere je mogoče tako ali drugače sklepati, da so tudi okoriščeni na upnikov račun.⁶ Tako denimo stranka, ki je na podlagi veljavne pogodbe opravila izpolnitev v korist tretje osebe, sama pa od sopogodbjenika ni prejela nasprotne izpolnitve, izpolnitvenega zahtevka ne more nadomestiti z zahtevkom iz neupravičene obogatitve zoper tretjo osebo.⁷ Tudi če pogodba

³ Dolenc, str. 26; Juhart, str. 105, r. št. 3.

⁴ Visser (2002), str. 526; Zimmermann, du Plessis, str. 31; Whitty, str. 200; Schlechtriem, str. 321, r. št. 769.

⁵ Tako ugotavlja tudi Juhart, str. 105. Za primerjalnopravni pregled pristopov k reševanju tristranskih obogatitvenih razmerij glej Visser, str. 985 in 986.

⁶ Birks, str. 493.

⁷ Tako tudi VS RS v sodbi II Ips 4/2015 z dne 26. 5. 2016.

preneha, ima kondikcijski zahtevek zoper sopogodbenika načelno prednost pred verzijским zahtevkom zoper tretjo osebo.⁸

V nekaterih primerih pa je obogatitveni zahtevek zoper »tretjega« vendarle mogoč. Ker je težko oblikovati splošno pravilo, ki bi ustrezalo vsem položajem večstranskih razmerij, so se v najbolj tipičnih primerih razvila posamezna pravila, ki bodo predstavljena v nadaljevanju. Do vprašanj neupravičene obogatitve v tristranskih razmerjih v praksi pogosto prihaja pri bančnih nakazilih, denimo če nepooblaščen oseba banki odredi nakazilo določenega zneska z računa domnevnega pooblastitelja na tuj račun. Če imetnik računa kasneje ugovarja, da ni dal pooblastila za nakazilo kupnine, se zastavlja vprašanje, ali lahko banka od prejemnika nakazila zahteva vračilo plačanega zneska, tudi če je ta do njega upravičen, ker mu ga je imetnik računa dolgoval.⁹ Do vprašanj legitimacije za obogatitvene zahtevke prihaja tudi pri zmotnih preplačilih ali dvojnih nakazilih od banke. Primeri postanejo kompleksnejši, če so prejemniki z izročeno stvarjo, nepremičnino ali denarjem vmes že (odplačno ali neodplačno) razpolagali. Zastavlja se vprašanje, kdaj, če sploh, je v takih primerih mogoče z zahtevkom iz neupravičene obogatitve slediti posrednim prejemnikom koristi, kar je v angleškem pravu poimenovano kot »tracing«.¹⁰

Pravni redi so tradicionalno zadržani do dopustitve obogatitvenih zahtevkov proti tretjim osebam. To je posledica načela relativnosti obligacijskih razmerij, v skladu s katerim zaveze iz obligacijskih razmerij učinkujejo le med strankama konkretnega razmerja (*inter partes*), medtem ko so učinki zoper tretje osebe dopuščeni le izjemoma. Značilnosti sodobnega gospodarstva, kot so delitev dela, anonimnost poslovnega prometa in tipizirani množični posli, prav tako zahtevajo omejitve pri uveljavljanju restitucijskih zahtevkov zoper tretje osebe.¹¹ Tudi z vidika varstva pravnega prometa je potrebno, da se (dobroverni) tretji načeloma lahko zanese na veljavnost in dokončnost svoje pridobitve.¹² Tako denimo kupcu ni treba skrbeti, da bi prodajalčev dobavitelj zoper njega usmeril izpolnitveni ali restitucijski zahtevek.¹³ Eden od razlogov za tako ureditev je tudi načelo enakega obravnavanja upnikov v primeru dolžnikove insolventnosti. Če bi denimo lahko dobavitelj zahteval vračilo svoje izpolnitve neposredno od kupca, bi se s tem izognil tveganju nesolventnosti prodajalca in bi bil v razmerju do preostalih prodajalčevih upnikov postavljen v boljši položaj.¹⁴

⁸ Dannemann, str. 149.

⁹ Glej Looschelders, str. 414, r. št. 1153, ki pojasnjuje, da je povračilni zahtevek zoper prodajalca v takem primeru po nemškem pravu mogoč.

¹⁰ Glej Visser, str. 985.

¹¹ König, str. 1579.

¹² Schlechtriem, str. 321, r. št. 768.

¹³ König, str. 1579.

¹⁴ Prav tam.

Na tem mestu velja omeniti tudi to, da imajo specialnejši zahtevki iz tristranskih razmerjih, kot so denimo pravila o cesiji, asignaciji in subrogaciji, načelno prednost pred zahtevki iz neupravičene obogatitve. Če denimo nekdo plača tuj dolg in so izpolnjeni pogoji za subrogacijo, na izpolnitelja preide upnikova terjatev po pravilih subrogacije. V takem primeru bi kazalo izključiti možnost sklicevanja na obogatitveni zahtevek iz naslova plačila tujega dolga, ki je urejen v 197. členu OZ. Glede na to, da se lahko rok za zastaranje terjatve, ki je bila s subrogacijo prenesena na novega upnika, razlikuje od petletnega zastaralnega roka za zahtevek iz neupravičene obogatitve, bi bila pravila o zastaranju praktično izvotljena, če bi lahko po zastaranju terjatve upnik od dolžnika zahteval izročitev koristi po pravilih o neupravičeni obogatitvi.¹⁵ Pri tem je treba poudariti, da je situacija drugačna kot pri razmerju med odškodninskim in obogatitvenim zahtevkom, pri katerem po izrecnem pravilu 189. člena OZ ni ovir za to, da oškodovanec po zastaranju odškodninskega zahtevka ne bi mogel uveljavljati zahtevka iz neupravičene obogatitve. Odškodninski in obogatitveni zahtevek sta namreč po učinkih namenjena povsem drugemu cilju,¹⁶ zato uveljavljanje obogatitvenega zahtevka po zastaranju odškodninskega ne izniči njegovega namena (ne gre za *fraus legis* – obid zakona).¹⁷ Drugače pa velja za razmerje med neupravičeno obogatitvijo in subrogacijo, saj imata isti cilj – prenos koristi, ki jih je dolžnik dosegel tako, da je bil sam razbremenjen plačila dolga. Prav zato bi dopustitev zahtevka iz neupravičene obogatitve po zastaranju terjatve, ki je po pravilih subrogacije prešla na izpolnitelja, nasprotovala učinkom pravnega reda.

Podobno je odločilo Vrhovno sodišče RS v zadevi III Ips 80/2015 z dne 9. 5. 2017 (točki 14 in 15 obrazložitve): kadar v razmerju med podizvajalcem in naročnikom niso izpolnjeni pogoji za neposredni zahtevek podizvajalca po 631. členu OZ, neposrednega plačila od naročnika ni mogoče (subsidiarno) zahtevati na podlagi neupravičene obogatitve; razlog za tako odločitev je bil v navedenem primeru sicer v tem, da je za naročnikovo obogatitev obstajal veljaven pravni temelj (gradbena in podizvajalska pogodba).

2.2. Primerjalnopravni pogled

Primerjalnopravni pregled kaže, da v pravnih redih ni enotnega koncepta za določitev upnika in dolžnika v večosebnih obogatitvenih razmerjih.¹⁸ Francosko pravo k reševanju tovrstnih

¹⁵ Tako je na primer v sodbi VSL II Cpg 342/2015 z dne 8. 7. 2015 sodišče štelo, da je treba terjatve tožeče stranke obravnavati kot občasne terjatve, za katere velja triletni zastaralni rok, in pri tem uporabiti pravila o subrogaciji (tč. 14–16 obrazložitve sodbe).

¹⁶ Odškodninski zahtevek je usmerjen v povrnitev škode na strani oškodovanca, obogatitveni pa v odvzem neupravičenih koristi na strani obogateneega.

¹⁷ Glej tudi Nicholas, str. 2043.

¹⁸ Tako ugotavlja tudi Visser, str. 985.

vprašanj pristopa s precejšnjo mero fleksibilnosti, upoštevajoč okoliščine konkretnega primera, sklicujoč se na splošno obogatitveno klavzulo (1303. člen Code civil), ki jo je sodna praksa v zadevi *Boudier* utemeljila na primeru tristranskega obogatitvenega razmerja.¹⁹ V francoskem pravu so sicer dopustitvi obogatitvenega zahtevka zoper tretje osebe (posredne prejemnike koristi) naklonjeni predvsem v primeru insolventnosti neposrednega prejemnika koristi.²⁰ Sicer pa pisci opozarjajo, da kazuistični pristop, po katerem je določitev strank obogatitvenega zahtevka odvisna od okoliščin posameznega primera, brez vnaprej določenih jasnih pravil, z vidika pravne varnosti in predvidljivosti ni ravno dobrodošel.²¹

Drugačen pristop je ubralo nemško pravo, ki je razvilo podrobna pravila znotraj konkretnih tipov večstranskih razmerij.²² Gre za aprioristično metodo, ki teži k vnaprejšnji vzpostavitvi splošnih pravil za reševanje posameznega tipa večstranskega obligacijskega razmerja, kar spodbuja pravno varnost in predvidljivost. Čeprav je z njihovo uporabo mogoče rešiti marsikatero večstransko obogatitveno razmerje, so izjemno kompleksna in zato nepriljubljena.²³ Tudi v nemškem pravu se poudarja, da je v izhodišču treba upoštevati okoliščine konkretnega primera in pri uporabi pravil skrbeti za enako obravnavo bistveno podobnih primerov.²⁴ Tako se za neurejene primere tristranskih obogatitvenih razmerij smiselno uporabljajo pravila urejenih primerov, če so si položaji v bistvenem podobni.²⁵ Pri tem je nemško pravo oblikovalo smernice, ki naj jih sodišča upoštevajo pri iskanju rešitev v konkretnih primerih. V skladu z njimi velja: (1) vsaka pogodbeni stranka naj obdrži ugovore, ki jih ima iz razmerja do druge pogodbene stranke, katerega temelj je odpadel; (2) pogodbeno stranko naj se varuje pred ugovori, ki jih ima njen sopogodbениk iz razmerja do tretjih oseb; (3) treba je stremeti k pravični porazdelitvi procesnega bremena in tveganja insolventnosti, zaradi česar naj ima pogodbeni

¹⁹ Sodba francoskega kasacijskega sodišča v zadevi *Julien Patureau proti Boudier* z dne 15. 6. 1892. V tem primeru je zakupnik za zakupljeno nepremičnino naročil gnojilo in z njim pognojil zemljo. Pred žetvijo je bilo zakupno razmerje razvezano, zaradi česar so koristi od pognojene zemlje pripadle lastniku nepremičnine. Ker je zakupnik ostal brez premoženja, prodajalcu ni mogel plačati dolgovane kupnine za gnoj, zato se je s svojim zahtevkom za plačilo kupnine obrnil na lastnika nepremičnine (ta naj bi bil namreč obogaten). Kasacijsko sodišče je v okviru *actio de in rem verso* (ki se je kasneje razvila v splošno obogatitveno klavzulo) priznalo zahtevek prodajalca zoper obogatene lastnika, z obrazložitvijo, da zakupnik, ki ga je sodišče obravnavalo kot posrednika, gnojila ni bil sposoben plačati, prav tako pa med njim in lastnikom nepremičnine ni obstajalo pravno razmerje, ki bi lastnika nepremičnine upravičevalo do tega, da bi obdržal koristi od gnojila. Več glej Wilburg, str. 78 in nasl.

²⁰ Več glej Nicholas, str. 2045.

²¹ Visser, str. 985.

²² Tako na primer König, str. 1577.

²³ Auer, str. 479.

²⁴ Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 168.

²⁵ Prav tam, r. št. 172.

stranka v čim večji meri opravlja le s tisto stranko, s katero je stopila v pogodbeno razmerje.²⁶ Tako kot v francoskem tudi v nemškem pravu velja načelo subsidiarnosti, po katerem ima kondikcijski zahtevek prednost pred verzijskim. To pomeni, da obogatitveni zahtevek zoper tretjo osebo ni mogoč, če ima upnik zoper sopogodbenika kondikcijski zahtevek. Pri tem ima v nemškem pravu pomembno vlogo opredelitev pojma izpolnitveno ravnanje, ki je eden ključnih elementov za obstoj kondikcije.²⁷

K apriorističnemu pristopu reševanja večstranskih obogatitvenih razmerij teži tudi slovensko pravo. Pri tem se delno približa modelu reševanja večstranskih obogatitvenih razmerij, kot je značilen za nemško pravo. Kljub temu pa so vnaprej določena le pravila za najbolj tipične primere tristranskih obogatitvenih razmerij, kot so cesija, asignacija, zastopanje in pogodba v korist tretjega,²⁸ pri čemer se v drugih primerih uporablja kazuistična metoda oziroma metoda analogije z urejenimi primeri. V slovenski teoriji so se z vprašanji tristranskih obogatitvenih razmerij ukvarjali predvsem Cigoj, Juhart in Dolenc,²⁹ medtem ko je sodna praksa glede tovrstnih vprašanj skopa.

3. Posamezni primeri tristranskih obogatitvenih razmerij

3.1. Izpolnitvena veriga

O verigi izpolnitev govorimo takrat, kadar izpolnitvenemu ravnanju med dvema osebama sledijo nadaljnje izpolnitve, ki so s prvo na neki način povezane. Za tak primer gre, če kupec naroči pri prodajalcu neko blago, ki ga ta z namenom prodaje pridobi od proizvajalca. Najprej pride do izpolnitve med proizvajalcem in prodajalcem, nato pa še med prodajalcem in kupcem. Gre za dve ločeni izpolnitveni ravnanji, zato velja, da obstaja kondikcija le v tistem razmerju, ki je obremenjeno z napako.³⁰ To pravilo velja tudi, če sta neveljavni obe izpolnitvi, tako da nastanejo obogatitveni zahtevki le med strankami posameznih izpolnitvenih razmerij – prodajalec ima kondikcijski zahtevek le do kupca, proizvajalec pa do prodajalca, pri čemer

²⁶ Gre za načela, ki jih je v svoji razpravi o tristranskih obogatitvenih razmerjih razvil Canaris (str. 802 in 803), uporabljajo pa se še danes (glej npr. Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 170).

²⁷ Visser je nemški koncept reševanja tristranskih razmerij primerjal z iskanjem srebrnih metkov – srebrni metek naj bi bila izpolnitev, in ko je izstreljen, daje jasen odgovor, med katerima osebama tristranskega razmerja obstaja kondikcijski zahtevek. Glej Visser (2002), str. 527.

²⁸ Glej Juhart, str. 105–120. V svojem članku Juhart analizira vprašanja cesije, asignacije in pogodbe v korist tretjega. Podobno izhaja tudi iz del Cigoja in Dolenca. Cigoj (2003, str. 264 in 265) pri obravnavi večstranskih obogatitvenih razmerij analizira cesijo, asignacijo in zastopniško razmerje, Dolenc pa cesijo in nakazilo (str. 26–30).

²⁹ Glej prejšnjo opombo.

³⁰ Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 174.

neposredna kondikcija proizvajalca zoper kupca ni mogoča.³¹ Tako velja, da vsaka stranka nosi tveganje insolventnosti svojega sopogodbena, saj ga je praviloma tudi sama izbrala, hkrati pa lahko vsaka od njiju uveljavlja le ugovore iz njunega razmerja in se ne more sklicevati na ugovore, ki jih ima zoper tretjega.³²

Pri izpolnitveni verigi ne gre za tristransko obogatitveno razmerje, pri katerem bi bili subjekti med seboj povezani na način trikotniškega razmerja, temveč za dve dvostranski razmerji.³³ Vendar pa lahko vmesni člen v verigi svoj kondikcijski zahtevek namesto izpolnitve kadarkoli odstopi svojemu upniku,³⁴ ki tako pridobi obogatitveni zahtevek do tretjega.³⁵ Glede na to, da je v slovenskem pravu uveljavljeno načelo kavzalnosti, bo v primeru, ko je predmet izpolnitvene verige določena stvar in so vsa vmesna razpolaganja neveljavna, lastnik upravičen do tega, da izročitev stvari zahteva od tretjega z vindikacijsko tožbo. Ta možnost je sicer delno omejena s pravili o pridobitvi lastninske pravice na premočninah od nelastnika (*a non domino*, 64. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ³⁶), na nepremičninah pa z načelom zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ in prvi odstavek 8. člena Zakona o zemljiški knjigi – ZZK-1³⁷).

V nemškem pravu je izjema od načelne prepovedi kondikcije pri izpolnitvenih verigah do tretjega predvidena za primer, ko prejemnik izpolnitve prejeta neodplačno odsvoji naprej. V takem primeru lahko po izrecni določbi par. 822 nemškega Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) izpolnitelj zahteva vrnitev predmeta neposredno od tretjega (*Durchgriffskondition*), če je kondikcijska obveznost tistega, ki je s stvarjo razpolagal, izključena. To se praviloma zgodi zaradi odpada obogatitve, saj je, kot rečeno, razpolagatelj prejeti predmet neodplačno odsvojil tretjemu in od prejetega nima nobene nadomestne koristi. Upnik bo torej kondikcijski zahtevek lahko usmeril zoper tretjega pod pogojem, če je prejemnik, ki je prejeta neodplačno odsvojil naprej tretjemu, to prejel brez pravnega temelja, sam pa od neodplačne odsvojitve ni prihranil ničesar in je zato njegova restitucijska obveznost izključena po pravilu o odpadu obogatitve.³⁸

Slovensko pravo podobne določbe ne pozna. Velja namreč, da (zaradi načela kavzalnosti) ostane lastnik prvotni izpolnitelj in lahko zahteva vrnitev predmeta od tretjega z vindikacijsko tožbo. To je mogoče, če dobroverni tretji ni varovan s specialnimi pravili. Pri premočninah

³¹ Prav tam, r. št. 176.

³² Looschelders, str. 410, r. št. 1144.

³³ Prav tam, str. 30.

³⁴ Gre za odstop terjatve namesto izpolnitve, skladno s prvim odstavkom 425. člena OZ.

³⁵ V tem primeru gre za »kondikcijo kondikcije«. Looschelders, str. 411, r. št. 1144.

³⁶ Uradni list RS, št. 87/2002 in nasl.

³⁷ Uradni list RS, št. 58/2003 in nasl.

³⁸ Lorenz v: Staudinger, § 818, r. št. 5 in nasl.

sicer pridobitev lastninske pravice *a non domino* z neodplačnimi pravnimi posli ni mogoča,³⁹ medtem ko pri nepremičninah na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo ni izključena.⁴⁰ Zlasti pri nepremičninah se torej zastavlja vprašanje, ali bi bila mogoča direktna kondikcija zoper dobrovernega tretjega, ki je nepremičnino prejel neodplačno in je na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo na njej pridobil lastninsko pravico. Če sledimo stališču, da so z načelom zaupanja v zemljiško knjigo varovani tudi tisti prejemniki, ki so nepremičnino pridobili z neodplačnim pravnim poslom, bi v imenu konsistentne razlage kazalo slediti pravilu, po katerem kondikcijski zahtevek zoper dobrovernega tretjega tudi v takih primerih ni mogoč. V nasprotnem primeru bi bilo pravilo o pridobitvi lastninske pravice na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo v takih okoliščinah izvotljeno. Nekateri pisci pa izražajo pomisleke zoper stališče, da je z načelom zaupanja v zemljiško knjigo varovan tudi pridobitelj, ki je nepremičnino prejel neodplačno.⁴¹ Pri neodplačnih pravnih poslih namreč pridobitelj (upoštevajoč premoženjske razmere) ne pride v slabši položaj, če ne postane lastnik nepremičnine, na podlagi česar avstrijska sodna praksa daje prednost interesom resničnega lastnika pred interesi neodplačnega pridobitelja.⁴² V takem primeru bi bila zoper neodplačnega pridobitelja mogoča tako vindikacijski kot obogatitveni zahtevek.

V praksi je veriga izpolnitvenih ravnanj pogosto skrajšana tako, da izpolnitelj, praviloma po naročilu svojega sopogodbnika, izpolnitveno ravnanje opravi neposredno tretjemu – tako denimo A po naročilu B izpolni neposredno končnemu naročniku C. S tem B izpolni svojo obveznost, ki jo ima v razmerju do sopogodbnika A. V praksi je pogost primer, ko proizvajalec po naročilu prodajalca proizvod dobavi neposredno končnemu naročniku. Tudi v tem primeru obstajata dve izpolnitveni ravnanji, kot da bi šlo za izpolnitveno verigo, zahtevki iz neupravičene obogatitve pa zato obstajajo le znotraj obravnavanih razmerij.⁴³ To pomeni, da ima C obogatitveni zahtevek zoper B, B pa zoper A.

³⁹ Po izrecni dikciji prvega odstavka 64. člena SPZ se zahteva, da je tretji pridobil stvar na podlagi odplačnega pravnega posla.

⁴⁰ Glej npr. sklep VSK I Cp 1187/2005 z dne 6. 3. 2007.

⁴¹ Ščernjavič, str. 19; Vlahek, str. 122. Ščernjavič se pri tem sprašuje, ali je z vidika načela enakosti ustrezno, da so posledice za resnično lastninsko pravico enake v primeru neodplačnih in odplačnih pravnoposlovnih razpolaganj, saj pri neodplačnih pravnih poslih pridobitelj ne pride v slabši položaj, če ne postane lastnik. Vlahek opozarja na vprašanje, zakaj bi bila dobroverna pridobitev na nepremičninskem področju bolj varovana od pridobitve na premičninskem. Pri tem še pojasnjuje, da je različnost ureditve odvisna od tega, kaj načelo zaupanja v zemljiško knjigo dejansko varuje: promet, v okviru katerega pride tudi do pretoka denarnih sredstev, ali zgolj promet, ki poteka na podlagi načela zaupanja.

⁴² Vlahek, str. 122.

⁴³ Looschelders, str. 411, r. št. 1146 in 1147; Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 172.

3.2. Asignacija

Nakazilo ali asignacija je eno najpogostejših tristranskih razmerij, pri katerih prihaja do vprašanj neupravičene obogatitve. Z nakazilom nakazovalec (asignant – A) pooblasti nakazanca (asignata – B), da na njegov račun izpolni nekaj določeni tretji osebi – prejemniku nakazila (asignatarju – C), tega pa pooblašča, da sprejme to izpolnitev (1035. člen OZ). Pri asignaciji se zastavlja vprašanje, kdo in zoper koga lahko vloži obogatitveni zahtevek v primeru neveljavnosti kritnega ali valutnega razmerja ali celo obeh. V tristranskem razmerju asignacije obstaja pravno razmerje le med asignatom (B) in asignantom (A) – kritno razmerje; ter med asignatarjem (C) in asignantom (A) – valutno razmerje; medtem ko je razmerje med asignatom (B) in asignatarjem (C) zgolj dejanske narave.⁴⁴

V izhodišču velja pravilo, da obogatitveni zahtevek nastane le v tistem razmerju, ki je obremenjeno z napako.⁴⁵ To je v skladu s splošnim pravilom, po katerem naj ima pogodbeni stranka v čim večji meri opravlja le s tisto stranko, s katero je stopila v pogodbeno razmerje. Če torej kritno razmerje ne obstaja ali je neveljavno, asignant (B) pa je že opravil nakazilo asignatarju (C), se lahko asignant (B) z obogatitvenim zahtevkom obrne le zoper asignanta (A). Zahtevek torej obstaja le med strankama kritnega razmerja.⁴⁶ Tako izhaja tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča RS v zadevi II Ips 4/2015 z dne 26. 5. 2016, v kateri je kupec po naročilu prodajalca kupnino plačal tretjemu. Podlaga za to je bil dolg prodajalca do tretje osebe. Ker kasneje prodajalec ni izpolnil svoje pogodbene obveznosti do kupca, je bila pogodba razdrta. Sodišče je zavrnilo kupčev zahtevek za vračilo kupnine od tretje osebe in poudarilo, da je kupec s plačilom tretji osebi pravzaprav izpolnil prodajalcu in ima zato obogatitveni (kondikcijski) zahtevek le zoper njega.⁴⁷ Ker je bilo z napako obremenjeno kritno razmerje, tj. razmerje med kupcem in prodajalcem, je med njima nastal tudi obogatitveni zahtevek. Tako odločitev podpira tudi okoliščina, da je tretji prejel izpolnitev na podlagi veljavnega pravnega temelja, ki izvira iz valutnega razmerja, zaradi česar njegova obogatitev ni neupravičena. Podobno je Vrhovno sodišče RS odločilo tudi v zadevi III Ips 75/2014 z dne 25. 11. 2015, v kateri je banka na podlagi sklepa o izvršbi upnici nakazala dolgovani znesek s transakcijskega računa dolžnice, ki je bila njena komitentka, vendar je bila v zmoti glede obstoja dolžničinega kritja na njenem računu. Sodišče je poudarilo, da je z napako obremenjeno kavzalno razmerje, torej razmerje med dolžnico

⁴⁴ Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 180.

⁴⁵ Looschelders, str. 413, r. št. 1150; Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 187; za slovensko pravo tako tudi Dolenc, str. 27. Temu stališču sledi tudi sodna praksa (glej npr. sodbo VS RS III Ips 75/2014 z dne 25. 11. 2015, r. št. 10).

⁴⁶ Cigoj (2003), str. 264; Juhart, str. 117; Dolenc, str. 27. Tako velja tudi v nemškem pravu, glej npr. Lorenz v: Staudinger, § 812, r. št. 50.

⁴⁷ Tč. 9 navedene sodbe.

in banko, zato le v tem razmerju pride do neupravičene obogatitve.⁴⁸ Posledično ima banka obogatitveni zahtevek zoper dolžnico.

Podobno velja tudi, če napaka obstaja v valutnem razmerju in je bilo nakazilo že izvedeno; v tem primeru se zoper asignatarja (C), ki je od asignata (B) neutemeljeno prejel določeno korist, lahko obrne le asignant (A).⁴⁹ Kadar sta z napako obremenjeni obe razmerji, tako kritno kot valutno, nakazilo pa je bilo že izvedeno, obogatitveni zahtevki praviloma obstajajo le znotraj posameznih razmerij (kritnega in valutnega), kar pomeni, da lahko asignant (A) zahtevek iz neupravičene obogatitve naperi zoper asignatarja (C), asignat (B) pa le zoper asignanta (A).⁵⁰

Izjemo je mogoče priznati v primeru, ko je kritno razmerje neveljavno, valutno razmerje pa temelji na neodplačnem pravnem poslu. V tem primeru se nemško pravo prav tako sklicuje na določbo § 822 BGB, ki ureja primer neodplačnega prenosa koristi s prejemnika na tretjo osebo, in dopušča neposredni zahtevek asignata (B) zoper asignatarja (C).⁵¹ Dodatna predpostavka za neposredni zahtevek je, da je obogatitveni zahtevek zoper asignanta (A) zaradi odpada obogatitve izključen. Velja torej enako pravilo kot pri izpolnitveni verigi. Da je v takih primerih mogoč neposredni zahtevek zoper asignatarja (C), velja tudi v slovenskem pravu.⁵² Prikrajšani sicer zaradi odpada obogatitve pri asignantu (A) ne bi mogel doseči restitucije, argument za tako stališče pa je tudi, da naj prejemnik pri neodplačnih razpolaganjih ne bo deležen pravnega varstva.⁵³

Direktni zahtevek asignata (B) zoper asignatarja (C) obstaja tudi takrat, kadar za izpolnitveno ravnanje asignata ni bilo veljavnega naročila s strani asignanta (A). V praksi gre pogosto za primere, ko banka zmotno nakaže denar napačnemu prejemniku ali pride do dvojnega plačila oziroma drugačnega preplačila. V tem primeru ima banka neposredni restitucijski zahtevek zoper prejemnika (C).⁵⁴ Drugače pa velja, kadar imetnik računa banki po nesreči posreduje napačno številko prejemnikovega računa in je nakazilo opravljeno neupravičeni tretji osebi.⁵⁵

⁴⁸ Glej tč. 10 navedene sodbe.

⁴⁹ Cigoj (2003), str. 264; Dolenc, str. 27; Lorenz v: Staudinger, § 812, r. št. 50.

⁵⁰ Loewenheim, str. 33.

⁵¹ Lorenz v: Staudinger, § 812, r. št. 50.

⁵² Juhart, str. 117.

⁵³ Schwab v: Säcker in dr., § 822, r. št. 1. Tudi Cigoj, ki je zavzel enako stališče, pojasnjuje, da je iz pravnopolitičnih razlogov solvensu treba priznati kondikcijski zahtevek proti obdarjencu. Da tako stališče našemu pravnemu redu ni tuje, Cigoj utemeljuje s sklicevanjem na ureditev izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj, pri kateri je izpodbijni zahtevek zoper pridobitelja v primeru neodplačnega razpolaganja v vsakem primeru mogoč, ne glede na to, ali je pridobitelj vedel za izpodbijnost ali ne (tretji odstavek 259. člena OZ). Glej Cigoj (2003), str. 265.

⁵⁴ Lorenz v: Staudinger, § 812, r. št. 51.

⁵⁵ Looschelders, str. 417, r. št. 1155.

V tem primeru je direktni zahtevek banke zoper prejemnika nakazila izključen in se banka s (pogodbenim) zahtevkom za povračilo stroškov lahko obrne na imetnika računa, saj je bilo nakazilo opravljeno na podlagi veljavnega naročila. Ima pa imetnik računa kondicijski zahtevek zoper prejemnika nakazila.⁵⁶

Pravilno pa je postopalo Višje sodišče v Ljubljani v zadevi I Cp 748/2017 z dne 26. 7. 2017, ko obravnavane situacije ni štelo za tristransko razmerje. V navedenem primeru je banka na transakcijski račun toženke izplačala znesek iz kreditne pogodbe, ki jo je v njenem imenu sklenil njen sin, pri čemer za tako ravnanje ni imel pooblastila in je ponaredil podpis na tej pogodbi. Toženkin sin je nato še isti dan po nakazilu denar prenakazal na svoj račun. Sodišče je štelo, da zoper toženko ni mogoče uveljavljati niti izpolnitvenega niti obogatitvenega zahtevka, ker ni bila stranka kreditne pogodbe, prav tako pa od navedenega zneska ni bila neupravičeno obogatena. V tem primeru bi bil mogoč le zahtevek zoper toženkinega sina.

3.3. Pogodba v korist tretjega

Po analogiji z asignacijo tudi pri pogodbah v korist tretjega velja, da obogatitveni zahtevek nastane v tistem razmerju, ki je obremenjeno z napako. Če do napake pride v kritnem razmerju, tj. razmerju med promitentom in promisarjem, se promitent z restitucijskim zahtevkom praviloma lahko obrne le na promitenta in ne na beneficiaryja.⁵⁷ Izjema velja v primeru, ko je valutno razmerje, tj. razmerje med promitentom in beneficiaryjem, neodplačne narave; v takih situacijah se lahko promisar z restitucijskim zahtevkom obrne tudi na beneficiaryja.⁵⁸ Enako velja, kadar pride v razmerju med promisarjem in beneficiaryjem do preplačila ali dvojnega plačila; v takem primeru lahko, tako kot pri asignaciji, promisar preplačilo zahteva neposredno od beneficiaryja.⁵⁹

3.4. Cesija

3.4.1. Obogatitveni zahtevki med cedentom in cesionarjem

Odstop terjatve ali cesija je pogodba, s katero upnik, cedent, prenese svojo terjatev na novega upnika, cesionarja. Čeprav terjatev načeloma preide že s trenutkom sklenitve pogodbe o cesiji, pridobi cesija polni učinek šele, ko je o njej obveščen odstopljeni dolжник, cessus. Od tega trenutka naprej namreč lahko veljavno izpolni le novemu upniku, cesionarju.

⁵⁶ Prav tam.

⁵⁷ König, str. 1587; Juhart, str. 116.

⁵⁸ Juhart, str. 116.

⁵⁹ König, str. 1587.

Do položaja neupravičene obogatitve med cedentom in cesionarjem najpogosteje pride, kadar cessus izpolni cesionarju, kasneje pa se izkaže, da za cesijo ne obstaja veljaven pravni temelj ali pa je ta kasneje odpadel.⁶⁰ V tem primeru ima cedent obogatitveni zahtevek zoper cesionarja, ki se je neupravičeno obogatil na njegov račun.

Mogoča je tudi obrnjena situacija, in sicer da je cesionar neupravičeno obogaten na cedentov račun. Do takega položaja pride, če cessus ni bil obveščen o odstopu terjatve in je veljavno izpolnil cedentu. V takem primeru je neupravičeno obogaten cedent, prikrajšan pa cesionar, ki bi moral prejeti izpolnitev,⁶¹ zato se cesionarju prizna obogatitveni zahtevek zoper cedenta.⁶²

3.4.2. Cessusov obogatitveni zahtevek

Mogoča pa je tudi situacija, ko je neupravičeno prikrajšan cessus, in sicer če je po tem, ko je bil o odstopu obveščen, obveznost že izpolnil cesionarju, vendar je bil bodisi odstop terjatve med cedentom in cesionarjem neveljaven bodisi odstopljena terjatev ne obstaja. V tem primeru se zastavlja vprašanje, ali lahko cessus zahtevek iz neupravičene obogatitve naperi zoper cedenta ali cesionarja. V slovenski teoriji se je s tem vprašanjem ukvarjal Juhart, ki je opozoril tudi na različna stališča v nemškem pravu.⁶³

Relativno nesporna je situacija, kadar pride do neupravičene obogatitve zaradi neveljavnega odstopa terjatve, cessus pa je že izpolnil cesionarju. V takem primeru lahko vračilo plačanega zahteva neposredno od cesionarja.⁶⁴ Pogosto gre za situacije preplačila, in sicer če je bila terjatev odstopljena v nižjem znesku, kot znaša cessusov dolg, cessus pa je zato cesionarju plačal več, kot mu je bil dolžan na podlagi odstopljene terjatve. V takem primeru ima cessus v razmerju do cesionarja obogatitveni zahtevek za vračilo preveč plačanega zneska.⁶⁵

Drug sklop primerov se nanaša na položaje, ko odstopljena terjatev ne obstaja, cessus pa je izpolnil cesionarju. Mnenja v nemškem pravu glede naslovnika zahtevka v takih primerih so še danes deljena.⁶⁶ Po večinskem stališču teorije je za cessusov zahtevek pasivno legitimiran cedent.⁶⁷ Pri tem poudarjajo pomen analogije s pogodbo v korist tretjega in asignacijo ter

⁶⁰ Juhart, str. 108. Tako tudi Wendehorst v: Bamberger (ur.) in dr., § 812, r. št. 244.

⁶¹ Cigoj (2003), str. 264; Juhart, str. 108.

⁶² Juhart, str. 109.

⁶³ Prav tam, str. 109–115.

⁶⁴ Reuter, Martinek, str. 148.

⁶⁵ Prav tam.

⁶⁶ Za pregled različnih stališč glej Reuter, Martinek, str. 149–154.

⁶⁷ Izjema naj bi veljala le za zakonito cesijo in odstop terjatve na podlagi sodne odločbe, pri katerih naj bi bil za zahtevek pasivno legitimiran cesionar.

se sklicujejo na načelo, da se s cesijo položaj odstopljenega dolžnika ne sme poslabšati.⁶⁸ Na drugi strani kritiki opozarjajo, da bi bilo to načelo dosledno spoštovano le, če bi imel cessus še subsidiarni zahtevek zoper cesionarja.⁶⁹ Zagovorniki nasprotnega stališča, po katerem ima cessus zahtevek zoper cesionarja, opozarjajo na to, da stopi v primeru, ko odstopljena terjatev ne obstaja, cesionar na mesto cedenta in da tako sploh ne gre za tristransko razmerje, temveč za dvostransko razmerje, v katerem je cesionar prejemnik izpolnitve in tudi dolžnik obogatitvenega zahtevka.⁷⁰ To stališče je pred kratkim podprl tudi Reuter, ki poudarja, da je v vseh primerih neveljavnega odstopa terjatve za zahtevek pasivno legitimiran cesionar.⁷¹ Pri tem pojasnjuje, da je cesijo zmotno obravnavati po analognih pravilih asignacije, saj cessus s plačilom cesionarju ne namerava izpolniti tuje obveznosti, kot je to pri asignaciji. Interesi strank so zato drugačni kot pri asignaciji, zaradi česar cesija potrebuje drugačno obravnavo. V nemški teoriji se je oblikovalo tudi tretje stališče, po katerem je v nekaterih primerih za zahtevek pasivno legitimiran cedent, v drugih pa cesionar.⁷² Sodna praksa je sprva dopuščala le zahtevke zoper cesionarja, novejša odločbe Zveznega vrhovnega sodišča pa dajejo prednost pasivni legitimaciji cedenta.⁷³

Juhart se je v našem pravu zavzel za rešitev, po kateri je za obogatitveni zahtevek cessusa pasivno legitimiran cesionar.⁷⁴ Pri tem sicer dodaja, da je v primeru, ko je valutno razmerje neodplačne narave, s cessusovo izpolnitvijo okoriščen cedent, pri neodplačni cesiji pa cesionar; vendar kazuistični pristop, po katerem bi bila pasivna legitimacija odvisna od odplačnosti valutnega razmerja, z vidika pravne varnosti po njegovem mnenju ni sprejemljiv. Pravila o cesiji namreč ne zahtevajo cessusovega sodelovanja, zato ne bi bilo ustrezno pričakovati, da bi ta vedel, ali je razmerje med cedentom in cesionarjem odplačne narave, od česar je namreč odvisna odločitev, ali je zahtevek za povrnitev neupravičeno pridobljene koristi naperil zoper pravo osebo.⁷⁵ Tudi v nemškem pravu, v katerem je pri asignaciji in pogodbi v korist tretjega pasivna legitimacija odvisna od (ne)odplačnosti valutnega razmerja, podobnega razlogovanja pri cesiji ni zaslediti. Na splošno je mogoče ugotoviti, da gre z vidika prava neupravičene obogatitve pri situaciji, ko cessus izpolni obveznost, ki naj bi izhajala iz odstopljene terjatve, vendar ta ne obstoji, za situacijo izpolnitve neobstoječe obveznosti. Tako se pridružujem Juhartovemu stališču, da je dopustno cessusu priznati zahtevek zoper cesionarja. Če pa je cesionar za od-

⁶⁸ Juhart, str. 109.

⁶⁹ Prav tam.

⁷⁰ Loewenheim, str. 54.

⁷¹ Reuter, Martinek, str. 158 in 159.

⁷² Podrobneje glej Reuter, Martinek, str. 149.

⁷³ Tako na primer BGH v sodbi IVb ZR 102/87 z dne 2. 11. 1988 in sodbi XII ZR 253/91 z dne 10. 3. 1993.

⁷⁴ Juhart, str. 114.

⁷⁵ Prav tam, str. 113.

stopljeno neobstoječo terjatev cedentu moral kaj plačati, ima na voljo kondikcijski zahtevek zoper njega. Cedent namreč odgovarja cesionarju za prodajo neobstoječe terjatve (423. člen OZ).

Drugače od cesije pri subrogaciji upnik izpolnitelju ne odgovarja niti za obstoj niti za izterljivost prenesene terjatve ob izpolnitvi. Tudi v teh primerih se lahko zgodi, da izpolnitelj plača v zmotnem prepričanju, da dolžnikova obveznost obstaja, kasneje pa se izkaže, da je pravna podlaga te obveznosti neveljavna. Po izrecni določbi 279. člena OZ kljub okoliščini, da upnik ne odgovarja za obstoj in izterljivost terjatve ob izpolnitvi, ni izključena uporaba pravil o neupravičeni obogatitvi. Če je torej izpolnitelj plačal neobstoječ dolg, se bo s kondikcijskim zahtevkom lahko obrnil neposredno na upnika.⁷⁶ Glede na to, da pri določbah o subrogaciji niso predvidena druga specialnejša pravila, se za položaje neupravičene obogatitve smiselno uporabljajo pravila o takih položajih pri cesiji.

3.5. Poroštvo

Do položajev neupravičene obogatitve v tristranskih razmerjih prihaja tudi pri akcesornih zavarovanjih, kot sta na primer poroštvo in zastava. Kadar porok izpolni upniku, poroštvena pogodba (tj. pogodba med porokom in upnikom) pa je neveljavna, lahko porok zahteva vrnitev izpolnjenega neposredno od upnika.⁷⁷ V tem primeru je namreč z napako obremenjeno prav razmerje med porokom in upnikom, zaradi česar je po pravilu, da kondikcijski zahtevek nastane v tistem razmerju, ki je obremenjeno z napako, taka rešitev logična. Obogatitveni zahtevek zoper upnika ima porok tudi, kadar se izkaže, da terjatev do dolžnika sploh ne obstaja (posledično ne obstaja niti porokova obveznost), porok pa je že plačal upniku.⁷⁸ Gre za kondikcijski zahtevek zaradi plačila nedolga. Po načelu akcesornosti je namreč upnik tisti, ki nosi riziko, da se v primeru neveljavne terjatve z restitucijskim zahtevkom nanj ne obrne le dolžnik, temveč tudi porok, saj je privolil v to, da se poleg dolžnika zaveže tudi porok.⁷⁹

Posebno pravilo je v 1032. členu OZ predvideno za primer, ko porok brez dolžnikove vednosti plača upnikovo terjatev, ta pa je pozneje na dolžnikovo zahtevo razveljavljena ali ugasne s pobotom. V tem primeru sme porok zahtevati vrnitev plačanega samo od upnika in nima zahtevka zoper dolžnika (1032. člen OZ). Ne šteje se namreč, da je plačal kot porok, kar je negativna posledica dejstva, da dolžnika o izpolnitvi ni predhodno obvestil. V nasprotnem

⁷⁶ Tako tudi Juhart v: Juhart, Plavšak (2003), 279. člen OZ, str. 280.

⁷⁷ Reuter, Martinek, str. 160.

⁷⁸ Tako tudi Kranjc v: Juhart, Plavšak (2004), 1032. člen OZ, str. 1073.

⁷⁹ Prav tam.

primeru bi ga dolžnik lahko opozoril na to, da bo terjatev odpadla.⁸⁰ Cigoj pojasnjuje, da se določba uporablja za primere, ko terjatev ob plačilu še obstaja, vendar naknadno odpade, vzrok za možnost, da terjatev odpade, pa je obstajal že ob plačilu.⁸¹

Kadar porok poravna upnikovo terjatev, preide ta terjatev nanj z vsemi stranskimi pravicami in jamstvi za njeno izpolnitev (1018. člen OZ). Gre za zakonito subrogacijo, zaradi česar so pravila o neupravičeni obogatitvi izključena. Zahtevek poroka zoper dolžnika zastara v roku, ki je predviden za zastaranje prenesene terjatve, pri čemer je morebitno uveljavljanje obogatitvenega zahtevka po poteku tega zastaralnega roka izključeno. Kadar imamo položaj solidarnega poročstva, porok pa v celoti plača zapadlo terjatev, ima v skladu s 1033. členom OZ regresni zahtevek zoper preostale poroke za povrnitev dela, ki odpade na posameznega poroka. Regresni zahtevek zoper solidarne dolžnike izhaja že iz splošnega pravila prvega odstavka 404. člena OZ, pri čemer pa ni povsem jasno, v kolikšni meri se zanj uporabijo pravila neupravičene obogatitve, kar je v praksi relevantno zlasti z vidika zastaranja.⁸²

3.6. Prevzem dolga, pristop k dolgu in prevzem izpolnitve

S prevzemom dolga, ki je pogodba med dolžnikom in prevzemnikom, se prevzemnik zaveže, da bo v razmerju do upnika stopil na mesto dolžnika (prvi odstavek 429. člena OZ). Prevzem dolga učinkuje, če upnik vanj privoli, in ima za posledico spremembo osebe dolžnika. Tudi tu prihaja do položajev neupravičene obogatitve. Če prevzemnik izpolni terjatev, ki ne obstaja, ima kondikcijski zahtevek zoper upnika.⁸³ Položaj pa je drugačen, če je prevzemnik izpolnil, vendar se izkaže, da je pogodba o prevzemu dolga neveljavna. V tem primeru se lahko prevzemnik z obogatitvenim zahtevkom obrne le na dolžnika in zahteva, da mu povrne korist, ki jo je imel zaradi tega, ker je bil razbremenjen svoje obveznosti.⁸⁴ Gre za obogatitveni zahtevek zaradi plačila tujega dolga.

Drugače od prevzema dolga pa pri pristopu k dolgu stari dolžnik ne postane prost svoje obveznosti (432. člen OZ). S pogodbo, ki jo skleneta upnik in pristopnik, se namreč slednji zaveže, da bo izpolnil dolžnikovo obveznost, pri čemer po pristopu k dolgu upniku odgovarja poleg dolžnika. Od poročstva se razlikuje v tem, da pristopnik nima regresnega zahtevka zo-

⁸⁰ Cigoj (1986), str. 2670.

⁸¹ Prav tam, str. 2671.

⁸² Večina pravnih redov izpeljuje regresni zahtevek neposredno iz položaja solidarnih dolžnikov, pri čemer v tem okviru ureja posamezna pravila regresnih zahtevkov (tako na primer tudi modelna zakonika PECL in DCFR). Drugače pa je denimo v Angliji, kjer je regresni zahtevek podrejen pravu neupravičene obogatitve. Več glej Meier, Gesamtschuld, v: Basedow in dr., str. 701 in 702.

⁸³ Tako tudi Schwab v: Säcker in dr., § 812, r. št. 202.

⁸⁴ Prav tam, r. št. 204.

per dolžnika, če izpolni terjatev, saj je njegovo razmerje do dolžnika odvisno od morebitne pogodbe, ki jo je sklenil z njim.⁸⁵ V takem primeru so zahtevki za povrnitev plačanega pogodbene narave in ne gre za vprašanja regresa oziroma neupravičene obogatitve. Kadar pride do položaja, ko se po izpolnitvi terjatve izkaže, da ta ne obstaja ali pa je bil pristop k dolgu neveljaven, so pravila smiselno enaka kot pri pristopu k dolgu. V tem primeru ima pristopnik kondikcijski zahtevek zoper upnika.⁸⁶ Pri neveljavnosti prevzema dolga je z napako obremenjeno razmerje med upnikom in pristopnikom, zaradi česar ima pristopnik neposredni zahtevek zoper upnika.

Podobno velja pri prevzemu izpolnitve, pri katerem se tretji dolžniku zaveže, da bo izpolnil njegovo obveznost do upnika (434. člen OZ). Če dolg ne obstaja, ima prevzemnik kondikcijski zahtevek zoper upnika, če pa je neveljaven dogovor o prevzemu izpolnitve, se lahko prevzemnik z zahtevkom obrne le na dolžnika.⁸⁷

4. Zaključek

Pravo neupravičene obogatitve temelji na načelu izravnalne pravičnosti in stremi k vzpostavitvi stanja, ki je obstajalo pred neupravičenim premikom premoženja (*restitutio in integrum*). Položaji neupravičene obogatitve nastajajo tudi v večstranskih razmerjih, kjer lahko neupravičen prenos premoženja vodi do tega, da je na upnikov račun, posredno ali neposredno, obogatenih več oseb. Zaradi načela relativnosti obligacijskih razmerij je obogatitveni zahtevek izhodiščno dopuščen le zoper tistega, čigar obveznost je bila z upnikovim ravnanjem izpolnjena. Če je torej kupec po prodajalčevem naročilu znesek kupnine plačal tretjemu, kasneje pa se je izkazalo, da je prodajna pogodba neveljavna, bo lahko vrátilo plačanega zahteval le od prodajalca. S plačilom je namreč izpolnil svojo obveznost do prodajalca. To je odraz pravila, po katerem ima kondikcijski zahtevek zoper pogodbeno stranko prednost pred verzijskim zahtevkom zoper tretjo osebo. Tako v večosebnih razmerjih obogatitveni zahtevek praviloma obstaja le v tistem razmerju, ki je obremenjeno z napako. V tem pravilu se zrcali temeljno načelo, po katerem naj ima pogodbeni stranka v čim večji meri opravlja le s tistim, s katerim je stopila v pogodbeno razmerje. S tem tudi vsaka stranka nosi stečajni riziko pogodbene stranke iz svojega kavzalnega razmerja.⁸⁸

⁸⁵ Cigoj (1984), str. 1311.

⁸⁶ Prav tam, r. št. 205.

⁸⁷ Lorenz v: Staudinger, § 812, r. št. 45.

⁸⁸ Dolenc, str. 27.

Literatura

- AUER, Marietta. Neuanfang beim Bereicherungsausgleich in Dreipersonenverhältnissen. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2016, str. 479–493.
- BAMBERGER, Heinz Georg, in dr. (ur.). *BeckOK BGB*. 45. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2017.
- BASEDOW, Jürgen, HOPT, Klaus J., ZIMMERMANN, Reinhard. *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- BIRKS, Peter. 'At the expense of the claimant': direct and indirect enrichment in English law. V: Johnston, D., Zimmermann, R. (ur.), *Unjustified Enrichment, Key Issues in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, str. 493–525.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis. V: *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973, str. 799–865.
- CIGOJ, Stojan. *Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, 2. knjiga. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1984.
- CIGOJ, Stojan. *Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, 4. knjiga. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1986.
- CIGOJ, Stojan. *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2003.
- DANNEMANN, Gerhard. *The German law of unjustified enrichment and restitution, A Comparative Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DOLENC, Mile. Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov). *Pravni letopis*, 2011, str. 19–32.
- JUHART, Miha. Kondikcijski zahtevki pri cesiji in nekaterih drugih večosebnih razmerjih. *Zbornik znanstvenih razprav*, letn. LII, 1992, str. 105–120.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 2. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- KÖNIG, Detlef. Ungerechtfertigte Bereicherung. V: *Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. 2. Köln: Bundesanzeiger, 1981.
- LOEWENHEIM, Ulrich. *Bereicherungsrecht*. 3. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2007.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht, Besonderer Teil*. München: Verlag Franz Vahlen, 2014.
- NICHOLAS, Barry. Unjust enrichment and subsidiarity. V: *Scintillae iuris; studi in memoria di Gino Gorla*. Milano: Giuffrè, 1994, str. 2037–2046.
- REUTER, Dieter, MARTINEK, Michael. *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2. Teilband. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- SÄCKER, Franz Jürgen, in dr. (ur.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB)*, Bd. 6. 7. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2017.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *Schuldrecht Besonderer Teil*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

- STAUDINGER, Julius von. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, §§ 812–822. Berlin: Sellier de Gruyter, 2007.
- ŠČERNJAVIČ, Iztok. O nekaterih dilemah načela zaupanja v zemljiško knjigo in o učinkih overjenega zemljiškoknjžnega dovolila. *Odvetnik*, št. 80, april 2017, str. 16–24.
- VISSER, Daniel. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. V: Reimann, M., Zimmermann, R. (ur.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, str. 962–993.
- VLAHEK, Ana. Odprta vprašanja načela zaupanja v zemljiško knjigo. *Izbrane teme civilnega prava II*, 2007, str. 111–129.
- WHITTY, Niall R. Indirect enrichment in Scots law, Part I. *The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1994, str. 200–282.
- WILBURG, Walter. *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*. Gradec: Leuschner & Lubensky, 1934.
- ZIMMERMANN, Reinhard, DU PLESSIS, Jacques. Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review*, 1994, str. 14–43.



Pravni letopis 2019

Nomotehnika

VI.

ALBIN IGLIČAR

*Pravno zavezujoča moč zakona v treh obdobjih
novejše pravne zgodovine Slovenije*

GORDANA LALIĆ, KATJA BOŽIČ

*15 let članstva v Evropski uniji – prehojene
(nomotehnične) poti*

KATJA TRILLER VRTOVEC

*Vloga zakonodajno-pravne službe
ob ustavnem sporu*

TADEJA ZIMA JENULL

*Nomotehnika v gospodarski zakonodaji –
pogled iz prakse*

Pregledni znanstveni članek
UDK 340.132(497.4)(091)

Pravno zavezujoča moč zakona v treh obdobjih novejšje pravne zgodovine Slovenije

ALBIN IGLIČAR
doktor pravnih znanosti
zaslužni profesor Pravne fakultete
Univerze v Ljubljani

1. Nastanek zakona

Za pravni sistem in pravno državo je pomembno, kdaj zakon nastane – postane eksistenten – in kdaj pridobi zavezujočo pravno moč. Na doktrinarno in praktično vprašanje, kdaj nastane in kdaj pridobi zavezujočo pravno moč, v zadnjih treh obdobjih slovenske pravne zgodovine (Kraljevina Srbov, Hrvatov in Slovencev oziroma Jugoslavija, FLRJ oziroma SFRJ, Republika Slovenija) ni bilo enako odgovorjeno. Različnim razlagam so botrovale tako politično-socialne okoliščine kot terminološke odločitve. Sicer je ves čas nesporno, da zakon nastane po končanem zakonodajnem postopku in njegovi razglasitvi ter po objavi zakona v uradnem listu, različno pa je bil v različnih obdobjih poimenovan trenutek nastanka zakona.

Po končanem zakonodajnem postopku v parlamentu namreč zakon še ne nastane. Prvi nadaljnji pogoj za nastanek zakona je njegova razglasitev, drugi pogoj pa je njegova objava v uradnem glasilu. Zato je Ustavno sodišče Republike Slovenije v sklepu Up-328/01 z dne 16. oktobra 2001 vzpostavilo pojem zakonodajnega postopka v širšem smislu, ki tako poleg postopka sprejemanja zakona v Državnem zboru zajema tudi akt razglasitve in objave zakona.

Razglasitev zakona je sicer izrazit zgodovinski ostanek razmer v predmoderni družbi, ko je državnemu poglavarju šla pravica dajati zakone podanikom (absolutna monarhija) oziroma je kot sozakonodajalec podeljeval sankcijo zakonu, ki ga je sprejel parlament (ustavna monarhija). Šele v moderni državi republikanske oblike se je uveljavila vrednota, da zakone dokončno sprejema izvoljeno predstavniško telo oziroma parlament. Vendar se je ob tem v številnih republikah ohranila pristojnost predsednika države, da razglašča zakone, pogosto v povezavi z njegovo pravico vlaganja veta na zakon, ki ga je sprejelo predstavniško telo.

Čeprav v slovenski ureditvi uvodni akt k zakonu, s katerim šef države sporoči državljanom, da je bil v ustavno predvidenem organu in po predvidenem postopku sprejet nov zakon, ni

določen v ustavi ali kakšnem zakonu, se je v dosedanji praksi uveljavil kot ukaz o razglasitvi zakona.

Razglasitev ali promulgacija zakona je danes v Sloveniji akt ritualne narave. Po Ustavi RS je razglasitev zakona formalna pristojnost, saj na usodo zakona predsednik države nima vpliva. Pravzaprav ima za razglasitev na voljo samo en dan, saj mora počakati sedem dni, če bi morda Državni svet na zakon vložil veto. Če ta tega ne stori, mora predsednik države osmi dan po sprejetju zakona v Državnem zboru zakon razglasiti. Ob tem je razglasitev zakona v teoriji večinsko razumljena kot predsednikova dolžnost,¹ ki naj bi izhajala iz 107. člena Ustave RS (»Predsednik republike [...] razglaša zakone«), čeprav najdemo tudi drugačna stališča.² Slovenski predsednik države nima na voljo veta, da bi zahteval, naj zakonodajalec o zakonu še enkrat odloča (suspensivni veto), ali da bi začel postopek za presojo ustavnosti zakona pred ustavnim sodiščem (ustavni veto). Z razglasitvijo (promulgacijo) predsednik zgolj ugotovi, da je zakon nastal.³

V tem smislu je tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije v odločitvi U-I-104/01-17 z dne 14. junija 2001 zapisalo, »da sta razglasitev in objava zakona pravno relevantni dejanji, ki sledita sprejemu zakona in sta nujni pogoj za uveljavitev zakona [...]. Promulgacija je akt, s katerim se ugotavlja, da je zakon s sodelovanjem vseh po ustavi določenih udeležencev nastal; gre za ugotovitev, da je zakon sprejel po predpisanem postopku pristojni subjekt, da je zakon res nastal in da obstoji. Objava (publikacija) pa je dejanje, s katerim postane zakon navzven spoznaven in je kot pogoj za uveljavitev zakona potrebna zato, da imajo naslovljenci zakona možnost seznaniti se z zakonom in njegovo vsebino, preden dobi obvezno moč in jih zavezuje.«

Zakon torej dobi svojo eksistenco oziroma nastane, ko je razglašen in objavljen v ustavno predvidenem uradnem glasilu. Z objavo zakona je zakonodajni postopek končan. V razglašeni in objavljeni zakonu ni mogoče več ničesar spreminjati, pravni predpis je nastal. Zakon je postal del pravnega reda, tako da od te točke naprej prevladujoča klasična teorija uporablja pojem začetek veljavnosti.⁴

2. »Veljavnost« in »obvezna moč« zakona v Kraljevini SHS in Kraljevini Jugoslaviji

Po razlaganju tradicionalne oziroma starejše teorije, torej z razglasitvijo in objavo, zakon dobi tudi veljavnost, ne pa še obvezujoče pravne moči (drugi odstavki 80. člena Vidovdanske

¹ Pitamic, str. 253; Grad in dr., str. 568.

² Zagorc, str. 463; Kerševan, str. 359; Olaj, str. 27.

³ Na primer odločba Ustavnega sodišča U-I-104/01: »Promulgacija je akt, s katerim se ugotavlja [...], da je zakon res nastal in da obstoji.«

⁴ Nem. *Geltungsbeginn*, prim. Vonkitch, str. 36.

ustave).⁵ Ta nastopi šele s potekom vakacijske dobe. Takrat zakon dobi obvezno pravno moč, začne vezati pravne subjekte in so izpolnjeni pogoji za njegovo uporabo v praksi.

V tem smislu sta Vidovdanska ustava (1921)⁶ in Ustava Kraljevine Jugoslavije (1931)⁷ uporabljali pravno frazo »zakon dobija obveznu snagu«, kar je bilo v slovenski različici teh ustav zapisano kot »zakon dobi obvezno moč«. To se sklada tudi z nemško sintagmo »in Kraft treten – Das Gesetz tritt in Kraft«⁸ ali angleško »to come into force«.

V obdobju kraljevine je teorija trenutek nastanka zakona poimenovala veljavnost zakona. V tem smislu je prof. dr. Kušej zapisal, da »je treba ločiti pojem veljave eksistence pravnega pravila od pojma njegove učinkovitosti, obvezne moči. Veljava se računa po dnevu razglasitve pravnega pravila, obvezna moč po posebno določenem dnevu [...], ki pa v primeru vakacijske dobe nastopi šele z dnem njenega poteka.«⁹ S trenutkom nastanka (sprejetje v parlamentu, razglasitev in objava) oziroma veljavnosti zakona torej tudi šele začne teči vakacijski rok. Po poteku tega roka pa postane zakon pravno zavezujoč za vse pravne subjekte.

V moderni državi in po ustaljenem pojmovanju pravne teorije je torej predviden še čas, ki mora preteči od objave predpisa do trenutka, ko predpis dobi obvezno pravno moč, tj. vakacijski rok (*vacatio legis*). Obdobje je namenjeno temu, da se pravni naslovljenci seznani z vsebino novega predpisa, upravni organi pa v tem času sprejmejo morebitne podzakonske splošne akte, ki so potrebni za izvajanje predpisa v praksi, in izpeljejo druge organizacijske priprave v zvezi z novo pravno ureditvijo.¹⁰

Zato je tudi Pitamic v svoji Državi iz leta 1927 zapisal: »Ker pa ni mogoče, da se vsi seznani z vsebino zakona že v trenutku njegove razglasitve ali publikacije ali obnarodovanja (t. j. dajanje narodu na znanje), je navadno določen še rok po razglasitvi, ki mora preteči, da postane zakon splošno obvezen (*vacatio legis*).«¹¹ Torej po poteku vakacijskega roka postane zakon

⁵ Prim. Kušej, str. 123: »Zakon kot izraz državne volje torej velja, čim je pravilno razglašen in od te veljave je treba strogo ločiti njegovo učinkovanje, njegovo obvezno moč, t. j. uporabljanje državne oblasti po njegovih predpisih.«

⁶ Drugi odstavek 80. člena.

⁷ 66. člen: »[...] Zakon dobi obvezno moč 15 dni po razglasitvi v Službenih novinah [...].«

⁸ Npr. drugi odstavek § 82 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949): »Jedes Gesetz und jede Rechtsverordnung soll den Tag des Inkrafttretens bestimmen.«

⁹ Prim. Kušej, str. 123: »Zakon kot izraz državne volje torej velja, čim je pravilno razglašen in od te veljave je treba strogo ločiti njegovo učinkovanje, njegovo obvezno moč, t. j. uporabljanje državne oblasti po njegovih predpisih.«

¹⁰ Enako opredeljuje smisel in namen vakacijskega roka na primer Pavčnik, str. 206: »V tem roku [...], dolžnost pristojnih upravnih organov pa je, izdati ustrezne izvedbene predpise in opraviti druga organizacijska dela in priprave, ki so potrebni za to, da je splošni pravni akt mogoče udejanjati.«

¹¹ Pitamic, str. 253.

splošno obvezen, prej pa je (samo) veljaven. Ta veljavnost, pravi Pitamic, »se kaže v tem, da so zakonodavni organi [...] po takem zakonu vezani«.¹²

Veljavni zakon razen državnih organov še ne zavezuje drugih naslovljencev pri vedenju in ravnanju oziroma pri uresničevanju svojih pravic in dolžnosti. Za vse pravne subjekte dobi zakon pravno obvezno moč oziroma postane zakon pravno zavezujoč s potekom vakacijske dobe. Od tedaj dalje velja tudi domneva,¹³ da se je vsakdo lahko seznanil s sprejetimi zakoni, tako da se na njihovo nepoznavanje nihče ne more sklicevati oziroma nepoznavanje zakona nikogar ne opravičuje v primeru kršitev zakona.¹⁴ Razhajanje med »pravom v knjigah« (*law in books*) ter »pravom v življenju« (*law in life*) je potem samo še posledica ekonomskih, socialnih in kulturnih pogojev ter okoliščin, ki povzročajo razlike med normo in dejanskim ravnanjem ljudi in njihovih organizacij pri dejanskem uporabljanju zakona.

3. V FLRJ in SFRJ »obvezna moč« namesto »veljavnost« – ena beseda za dva pojma

Po drugi svetovni vojni je srbohrvaški izraz *zakon stupa na snagu*¹⁵ nespremenjeno uporabljen v srbohrvaškem besedilu zvezne ustave. V slovenski različici Ustave Federativne ljudske republike Jugoslavije (1946) pa ni bila uporabljena dotakratna tradicionalna fraza *zakon dobi obvezno moč*, temveč je bila ta vsebina ubesedena kot *zakon dobi veljavo*.¹⁶ Tudi v nadaljnjih jugoslovanskih ustavah iz let 1963 in 1974 je v srbohrvaškem besedilu vedno uporabljena sintagma *stupaju na snagu*, slovensko besedilo pa za to vsebino uporabi izraz *začnejo veljati*. Ta slovenska formulacija je bila nato uporabljena tudi v vseh ustavah Slovenije kot federalne enote Jugoslavije.¹⁷

Izraz veljavnost je torej v slovenščini dobil drugačen pomen, kot ga je imel prvotno. V prejšnjem obdobju je bil ta izraz vezan na trenutek nastanka zakona (sprejetje, razglasitev in ob-

¹² Prav tam, str. 252.

¹³ Pravzaprav gre za fikcijo.

¹⁴ Izrek rimskega prava *Ignorantia iuris nocet* ali tudi *Ignorantia legis nominem exusat*, z dopustno izjemo pravne zmote v kazenskem pravu, kot je določena na primer v prvem odstavku 31. člena Kazenskega zakonika (KZ-1 UPB2, Uradni list RS, št. 50/12, 54/15, 6/16, 38/16, 27/17): »Storilec kaznivenga dejanja, ki iz upravičenih razlogov ni vedel, da je to dejanje v nasprotju s pravom, ni kriv.«

¹⁵ Ustava FNRJ (1946), 66. člen: »Zakon stupa na snagu osmog dana po objavljivanju u Službenom listu FNRJ, ako samim zakonom nije drukčije određeno.«

¹⁶ Ustava FLRJ (1946), 66. člen: »Zakon dobi veljavo osmi dan po objavi v Uradnem listu FLRJ, če v samem zakonu ni drugače določeno.«

¹⁷ Npr. Ustava LR Slovenije (1947), 62. člen: »Zakon dobi veljavo osmi dan po objavi v Uradnem listu LRS, če v samem zakonu ni drugače določeno.«

java), zdaj pa označuje trenutek, ko zakon dobi zavezujočo pravno moč. Nanaša se torej na čas po poteku vakacijskega roka. Posebno poimenovanje za trenutek nastanka zakona je zato izginilo oziroma je bilo izgubljeno s prevodom.

Če smo torej za nastanek zakona prej imeli izraz »zakon začne veljati«, za začetek njegove zavezujoče pravne moči pa izraz »zakon dobi obvezno moč« (torej dve besedni oznaki za dve časovni točki), ima zdaj slovenščina za različni časovni točki oziroma različna trenutka samo en izraz, namreč »zakon začne veljati«. Torej je bila ista besedna zveza uporabljena za različna dejanska dogodka. To pa je osiromašilo (pravno) izrazoslovje in zmanjšalo jasnost pravne terminologije.

To se morda ne bi zgodilo, če bi že pri zvezni jugoslovanski ustavi iz leta 1946 obstajala komisija, sestavljena iz jezikoslovcev in pravnikov ter politikov (članov zakonodajnega telesa), kakor je bila potem oblikovana po Ustavi SFRJ leta 1963.

Prevajanje pravnih besedil je izredno občutljivo. Poteka lahko znotraj istega pravnega sistema v primeru večnacionalnih političnih povezav ali med različnimi pravnimi sistemi. Pri tem kaže slediti usmeritvi, »da bi prevajalec poleg odličnega znanja obeh jezikov (tistega, iz katerega prevaja, in tistega, v katerega prevaja) poznal vsaj osnove pravnega področja, na katerega se prevod nanaša«. ¹⁸ Zato je tesno sodelovanje med prevajalci in pravniki pri opredeljevanju pravnih izrazov več kot nujno. Terminološki dogovori, ki jih večinsko priznava stroka, morajo biti prevajalcem osnovno vodilo njihovega dela. Na to opozarja tudi naslednje stališče: »Nevarnost, ki obstaja, če pravna besedila prevajajo nepravniki, je, da pri oblikovanju termina ni izhodišče prepoznavanje pojma, ki mu sledi poimenovanje, ampak je poimenovanje samo prevod tujejezičnega termina.« ¹⁹ Ob tem kaže upoštevati še pomen jezika za narodovo samobitnost in njegovo kulturo. ²⁰ Za prevod pravnega besedila je torej ob znanju jezikov nujno tudi pravno znanje, da ne pride v pravnih dokumentih do nejasnosti in netočnosti.

4. »Veljavnost« in »uporaba« zakona v Republiki Sloveniji

Navedeno izenačevanje pravno zavezujoče moči zakona z veljavnostjo se nadaljuje v Ustavi Republike Slovenije (1991). To zlitje dveh vsebin v en pojem ni bilo problematično, dokler se ni v slovenski zakonodajni praksi ob določi, kdaj zakon začne veljati, pojavila pravna fraza »Ta zakon se začne uporabljati«. Očitno življenje vse bolj zahteva vrnitev posebnega termina

¹⁸ Jakulin, str. 209.

¹⁹ Fajfar, str. 305.

²⁰ Npr. stališče, da je jezik »temeljna povezava med pravom in družbo in najbolj viden odraz pravne kulture«, Kranjc, str. 342.

oziroma poimenovanja trenutka, ko zakon nastane, in za poimenovanje trenutka, ko dobi zavezujočo pravno moč za vse pravne subjekte.

Zadrego, ki nastane, ker nam tudi zdaj v Republiki Sloveniji izraz veljavnost zakona pomeni tako njegov nastanek kakor začetek njegove zavezujoče pravne moči,²¹ rešuje zakonodajna praksa na primer s končno določbo: »Ta zakon začne veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporabljati pa se začne šest mesecev po njegovi uveljavitvi.«²² Ob taki formulaciji torej zakona, ki velja, ne uporabljamo, uporabljamo pa zakon, ki ne velja več, saj ga je prejšnji zakon s posebno določbo razveljavil.²³

To pravzaprav pomeni, da se fraza »zakon se začne uporabljati« izkoristi za nekdanjo formulacijo »zakon dobi obvezno moč«, ki je bila izgubljena z neustreznim prevodom v slovenščino.

Razlikovanje med začetkom veljave po ustavno razumljeni formulaciji²⁴ in začetkom uporabe zakona sicer odsvetujejo tako Resolucija o normativni dejavnosti (2009)²⁵ kot Nomotehnične smernice,²⁶ toda objektivni tokovi zakonodajnih procesov vse bolj potekajo v to smer.

Navedena zakonodajna praksa v pravni sistem vnaša zmedo. Pravni sistem bi moral delovati kot homeostatski družbeni mehanizem, ki zagotavlja jasnost in nedvoumnost pri vzpostavljanju družbenih odnosov ter predvidljivost in preglednost v delovanju državnih institucij. Zakonodajno delovanje naj bi bilo pri dopolnjevanju pravnega sistema utemeljeno z racionalnostjo, legitimnostjo in koherentnostjo.²⁷ Koherentnost narekuje notranjo skladnost splošnega pravnega akta in tudi skladnost pravnih aktov med seboj. Zakonodajalec mora upoštevati pravni sistem kot celoto in slediti načelom skladnosti ter zagotavljati jasen pomen in smisel pravnih institutov.²⁸

V družbenem življenju uporabljajo naslovljenci (adresati) zakon v pravnih razmerjih pri sklepanju pravnih poslov in pri številnih drugih vidikih svojega vedenja in ravnanja, prav tako sodišča in drugi državni organi pri svojem delu. Seveda lahko ti subjekti uporabljajo le veljavne zakone. Po drugi strani pa ni prav, da pravni subjekti veljavnih zakonov ne bi uporabljali.

²¹ Prim. Pravni terminološki slovar, str. 383: »veljavnost zakona – dejstvo, da ima zakon pravno zavezujočo moč«.

²² Člen 112 Zakona o državnem odvetništvu (ZDOdv), Uradni list RS, št. 23/17.

²³ Prvi odstavek 11. člena Zakona o državnem odvetništvu (ZDOdv), Uradni list RS, št. 23/17.

²⁴ Ustava Republike Slovenije, prvi odstavek 154. člena: »Predpisi morajo biti objavljeni, preden začno veljati. Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno.«

²⁵ Resolucija o normativni dejavnosti pri načelu poenostavitve navaja, da temu načelu nasprotuje »odlaganje začetka uporabe že veljavnega predpisa«.

²⁶ Nomotehnične smernice, str. 55: »Izjemoma je treba začetek veljavnosti in uporabe novega predpisa medsebojno ločiti, tako da se določi začetek uporabe predpisa na določen čas po njegovi uveljavitvi.«

²⁷ Prim. Štajnpihler, str. 92.

²⁸ Več o načelu skladnosti pri zakonodajnem odločanju Wintgens, str. 37.

Neuporabljanje veljavnih zakonov je v nasprotju s predvidljivostjo družbenega življenja in pravno varnostjo kot izpeljankama pravne vrednote, ki jo prepoznamo v načelu pravne države. Zato je zakonska zapoved neuporabe veljavnega zakona v nasprotju z načeloma ustavnosti in zakonitosti ter zagotavljanjem resnosti pravnega sistema. Zakonodajalec je vezan na pravne standarde, ki jih zajema ustava.²⁹ Njihovo neupoštevanje privede do nekonsistentnosti, do nasprotij in protislovnosti. To se dogaja, ko na primer zakon x razveljavi zakon y, sočasno pa zakon x odloži svoje izvajanje oziroma uporabo in določi uporabo zakona y.

V vsakdanji praksi v vseh pravnih sistemih prihaja do razkoraka med veljavnim pravnim pravilom in njegovo uporabo v praksi. To neskladje med normativnim (veljavnost) in stvarnim (uporaba) je posledica številnih objektivnih in subjektivnih okoliščin, ki se jim ni mogoče popolnoma izogniti oziroma jih ni mogoče nikdar v celoti predvideti. Nikakor pa ni treba, da bi ga hote vzpostavljali sam zakonodajalec. Ta mora težiti k čim večji stopnji učinkovitosti (efektivnosti) zakona. Življenje bo potem samo navrglo bolj ali manj velike ovire pri izvajanju oziroma uporabljanju zakona v praksi. Slabše uporabljanje predpisa v fizično otipljivi stvarnosti pogojujejo ekonomske, socialne, interesne in kulturne razmere v nekem družbenem okolju. To so objektivna dejstva, ki jih mora zakonodajalec čim bolj upoštevati, vendar cilj zakonodajalca nikakor ne sme biti časovno zamikanje uporabe predpisa, ki že velja.

Veljavnost splošnih pravnih aktov je izrazito pravni pojem, ki zagotavlja pravno varnost, ko določa, kdaj imajo splošni pravni akti naravo pozitivnega (postavljenega, veljavnega) prava. Uporaba pravnih aktov je pojem, ki pojasnjuje, koliko se predpis izvaja v dejanskih družbenih odnosih, v kolikšnem delu pa ostaja le mrtva črka na papirju. Zadnje ugotavljamo s preprostim življenjskim izkustvom in tudi z empiričnimi sociološko-pravnimi raziskavami. Zakonska določba, ki postavlja različna datuma za začetek veljavnosti in začetek uporabe predpisa, negira smisel in namen vakacijskega roka.

5. Pogled naprej

Opisani trendi v slovenski zakonodajni praksi vse bolj nakazujejo potrebo po drugačni teoretični razlagi vakacijskega roka ali po spremembi ustavne določbe o začetku delovanja zakona.

Čas od nastanka zakona do njegovega splošnega učinkovanja je v pravni stroki oziroma znano poimenovan s pravnotehničnim terminom *vacatio legis*.³⁰ Kot že omenjeno, je to obdobje namenjeno seznanitvi pravnih naslovljencev z vsebino novega predpisa in tudi upravnim

²⁹ Štajnpihler, str. 81.

³⁰ Pavčnik, str. 296: »Rok, ki preteče od objave do trenutka, ko splošni pravni akt začne veljati [...] se imenuje *vacatio legis*«; Igličar, Štajnpihler Božič, str. 467: »Po preteku tega roka zakon začne veljati oziroma dobi obvezno pravno moč.«

organom, da v tem obdobju sprejmejo morebitne podzakonske splošne akte, ki so potrebni za izvajanje predpisa v praksi, in izpeljejo druge organizacijske priprave v zvezi z novo pravno ureditvijo.

Za državne organe sicer Resolucija o normativni dejavnosti navaja, da je treba »ob predlogu zakona pripraviti tudi osnutke podzakonskih predpisov«, vendar se to v praksi večinoma ne dogaja. Ker pa po Nomotehničnih smernicah ob izdaji predpisa za izvrševanje zakona ta mora že veljati,³¹ si je izvršilna državna oblast zamislila še časovno točko, izraženo s frazo »zakon se začne uporabljati«, ki potem pravzaprav podaljša vakacijsko dobo od začetka veljavnosti do začetka uporabe zakona. Vakacijska doba se tedaj ne izteče z začetkom veljavnosti zakona (kot določa ustava), ampak z začetkom uporabe zakona.

Posledica tega je drugačno pojasnjevanje vakacijske dobe. Če sledimo besedilu Ustave RS, vakacijsko dobo opredeljujemo kot čas od objave do začetka veljave zakona, vendar bo treba – kadar zakon še posebej določi začetek svoje uporabe – to obdobje razumeti kot čas od objave do začetka uporabe zakona.

Druga možnost seveda je, da bi ustava uvedla frazo »zakon dobi obvezno moč«³² namesto sedanje formulacije »zakon začne veljati«. Če torej zdaj Ustava RS v 154. členu pravi: »Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno«, naj bi se po spremembi ta določba glasila: »Predpis dobi obvezno moč petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno.« To pomeni, da bi, tako kot je to razlagala pravna teorija med svetovnima vojnama, zakon začel veljati in bi postal del pravnega sistema s končanjem zakonodajnega postopka oziroma z dnem objave. Nato bi nastopilo obdobje, ko sicer že nastali (veljavni) zakon še ne bi imel obvezujoče pravne moči (*vacatio legis*). Po izteku tega obdobja pa bi zakon »dobil obvezujočo pravno moč« in s tem možnost za splošno uporabo. V tem primeru ne bi bil potreben nikakršen časovni odlog med veljavnostjo in začetkom uporabe zakona.

Literatura

- ACCETTO, Matej, in dr. (ur.). *Pravni terminološki slovar*. Ljubljana: Založba ZRC SAZU, 2018.
- FAJFAR, Tanja. Težave in rešitve pri oblikovanju slovenske terminologije v Evropski uniji. V: Jemec Tomazin, M., Škrubej, K., in Strban, G. (ur.), *Med jasnostjo in nedoločenoostjo*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba), 2019, str. 303–326.
- GRAD, Franc, KAUČIČ, Igor, in ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2016.

³¹ Nomotehnične smernice, str. 116.

³² Npr. 49. člen avstrijske ustave (Bundes-Verfassungsgesetz): »Die Bundesgesetze [...] sind vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Ihre verbindende Kraft beginnt, wenn [...]« (angl. *entry into force*).

- IGLIČAR, Albin. Nosilna vprašanja zakonodajne dejavnosti. V: Štajnpihler, T., Igličar, A., in Pavčnik, M. (ur.), *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2016, str. 9–20.
- IGLIČAR, Albin, in ŠTAJNPIHLER BOŽIČ, Tilen. *Pogledi sociologije prava*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba), 2018.
- JAKULIN, Vid. Pravo, jezik in prevajanje kazenskopравnih besedil. V: Jemec Tomazin, M., Škrubej, K., in Strban, G. (ur.), *Med jasnostjo in nedoločenostjo*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba), 2019, str. 191–210.
- KERŠEVAN, Erik. Promulgacija zakona s strani predsednika republike. V: Kaučič, I. (ur.), *Ustavni položaj predsednika republike*. Maribor: Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, 2016, str. 347–363.
- KRANJC, Janez. Nekaj misli o pouku tuje pravne terminologije ter razumevanju in prevajanju tujejezičnih pravnih besedil. V: Jemec Tomazin, M., Škrubej, K., in Strban, G. (ur.), *Med jasnostjo in nedoločenostjo*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba), 2019, str. 329–344.
- KUŠEJ, Gorazd. Časovna veljavnost pravnih pravil in »vacatio legis«. *Slovenski pravnik*, 1944, letn. 58, št. 7–12, str. 113–125.
- MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 82, Band 3. München: Verlag C. H. Beck, 1994.
- MILIČIĆ, Vjekoslav. *Opća teorija prava i države*. Zagreb: samozal., 2008.
- Nomotehnične smernice*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2008.
- OLAJ, Anton. Ravnanje predsednika republike po »svoji vesti« pri razglašanju zakonov. *Dignitas*, 2018, št. 77/78, str. 271–289.
- Österreichische Bundesverfassungsgesetze*. Dunaj: Bundespressdienst, 1995.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava*. Ljubljana: GV Založba, 2015.
- PITAMIC, Leonid. *Država* (ponatis knjige iz leta 1927). Ljubljana: GV Založba, 2009.
- ŠTAJNPIHLER, Tilen. Vloga koherentnosti v zakonodajni dejavnosti. V: Štajnpihler, T., Igličar, A., in Pavčnik, M. (ur.), *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2016, str. 81–95.
- VONKILCH, Andreas. *Das Intertemporale Privatrecht, Forschungen aus Staat und Recht*. Dunaj, New York: Springer, 1999.
- WINTGENS, Luc. Zakonoslovje. *Revus*, 2011, št. 15, str. 15–41.
- ZAGORC, Saša. Akti predsednika republike. V: Kaučič, I. (ur.), *Ustavni položaj predsednika republike*. Maribor: Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, 2016, str. 457–478.

Strokovni članek
UDK 340.134:061.1EU

15 let članstva v Evropski uniji – prehojene (nomotehnične) poti

GORDANA LALIĆ
doktorica pravnih znanosti
Služba Vlade Republike Slovenije
za zakonodajo

KATJA BOŽIČ
magistrica pravnih znanosti
Služba Vlade Republike Slovenije
za zakonodajo

1. O čem, če sploh, govoriti

Petnajst let je relativno kratka doba, v življenju države neznatna, v življenju posameznika petina, šestina njegovega življenja. Odvisno od obdobja, v katerega teh petnajst let pade, tudi z izrazito različnimi učinki.

Paziti je treba, kaj si želimo, ker je že tako, da to tudi dobimo. Evropska unija je bila težko pričakovana. Ob 60-odstotni udeležbi je za pristop k Evropski uniji glasovalo skoraj 90 odstotkov volivcev. Doseženemu cilju – pristopu k Evropski uniji 1. maja 2004 – so v tako imenovanem zlatem obdobju slovenske politike, ki je trajalo do globalne finančne in gospodarske krize leta 2008, sledile nadgradnje v obliki prevzema evra (1. januar 2007), vstopa v schengensko območje (21. december 2007) in predsedovanja Evropski uniji (prva polovica leta 2008) kot prva nova država članica. Vse od takrat je čutiti, kot da živimo krizo pomanjkanja pravih zunanjepolitičnih ciljev.

Morda je čas tik pred volitvami v Evropski parlament primeren, da se ozremo in premislimo, kako močno vpliva Evropska unija (EU) na našo zakonodajo, z njo pa tudi na naša življenja. Brez sprememb meja je Slovenija s pristopom k EU postala večja. Štiri svobode – prosti pretok ljudi, storitev, blaga in kapitala – so ponudile odlične priložnosti in možnosti ter občutno razširile naša obzorja. Brezmejnost, varnost in nabor možnosti (samo)uresničitve. EU je priložnost tudi za majhno državo, da postane del velike razprave.

Drugače od petnajstletnika, ki si lahko privoščijo napake, neumnosti in spodrsrljaje, država članica EU nima na voljo obdobja, v katerem bi ji bilo karkoli oproščeno. Še več, preden to posta-

ne, mora že ravnati v skladu s pravili EU, ne da bi imela zagotovilo, da bo v resnici v dogledni prihodnosti uživala status članice.

Prenos zakonodaje EU v nacionalni pravni red in njegovo prilagajanje ne pomeni prepisovanja zakonodaje EU, saj se je naloge treba lotiti vsebinsko. Prvotni analizi, katere podlaga je dobro poznavanje predpisov (nacionalnih in predpisov EU) in njihovo vsebinsko razumevanje, sledi priprava predpisa, pri kateri je potrebno nomotehnično znanje, sprejetje predpisa in nič manj pomembna faza – izvajanje sprejetega predpisa.

Obveznost držav članic, da delujejo v skladu s pravom EU in uskladijo svoje predpise z njim, bodisi glede prenosa direktiv bodisi glede dolžnosti spoštovanja prava EU, ki se neposredno uporablja, je absolutna. Težnja znotraj EU ni, da bi bila zakonodaja vseh držav članic povsem enaka, temveč le, da se odpravijo tiste razlike, ki onemogočajo ali ovirajo doseg katerega od ciljev, kakor so zapisani v primarni zakonodaji EU.

Sodišče EU je že davno odločilo, da je primarno pravo EU, države članice pa to udejanjajo na vseh ravneh nacionalne ureditve, tudi v ustavi.¹

Danes so stvari videti preproste – spremljaš zakonodajo EU, pravočasno in pravilno se nanjo odzivaš, sodeluješ pri njenem sprejemanju. In vendar ni vse tako samodejno, še manj je bilo pred petnajstimi leti. Prej tavanje v temi, ki je – na našo srečo – vendarle vodilo v pravo smer.

Proces prevajanja in redakcije *acquis communautaire* ter proces usklajevanja nacionalne zakonodaje z zakonodajo EU sta potekala vzporedno. Od krampa in lopate do današnjega Pravno-informacijskega sistema Republike Slovenije, od prevajanja posamezne direktive, ne da bi vedeli, kam točno jo umestiti in kako jo razumeti, do prevajanja v sklopih in kronološko. Od številnih napak do njihovega skupnega iskanja in odpravljanja s hkratnim širjenjem kroga ljudi, ki so imeli vpogled v posamezno fazo prevoda ali redakcije, do besedila, ki je slovenska različica izvirnega. Od izmišljanja novih izrazov do njihovega ponotranjenja, gradnje baz in prevodov, ki so še danes v rabi.

Opravljen je bilo kolosalno delo, katerega avtorji in dosežki so pozabljeni in nimajo imen. Nanje se s prstom pokaže le takrat, ko se znova in znova iščejo krivci za različno poimenovanje strukturnih enot pravnih aktov EU, drugačno sklicevanje, drugačno navajanje členov, tuje zveneče izrazje. Pravna varnost je ogrožena, so nam očitali. Nepoznavanje nomotehnike,

¹ Sodba Flaminio Costa proti E.N.E.L, 6/64: »Prenos pravic in obveznosti iz notranjega pravnega reda v pravni red Skupnosti, ki so ga izvedle države v skladu z določbami Pogodbe, prinaša tudi dokončno omejitev njihovih suverenih pravic, nad katero ne more prevladati poznejši enostranski akt, ki ni združljiv s konceptom Skupnosti.«

Sodba Fratelli Variola S.p.A. proti Amministrazione Italiana delle Finanze, 34/73: »Neposredna uporaba Uredbe pomeni, da sta njen začetek veljavnosti in njena uporaba neodvisna od kakršnih koli ukrepov za prenos v nacionalno pravo. Države članice so dolžne, da v skladu z obveznostmi, ki izhajajo iz pogodb in ki so jih prevzele z ratifikacijo, ne ovirajo neposredne uporabe, ki je lastna uredbam in drugim pravilom prava Unije.«

so nas grajali. Suverenost, so se pridušali. In vendar se vse, kar s(m)o takrat naredili, uporablja še danes.

Skozi čas so se dogajale spremembe, ne hipne in ne vse hkrati. Spreminjali so se:

- Ustava (3.a, 47., 68. člen): prenos izvrševanja dela suverenih pravic, izročitev državljanov Republike Slovenije, lastninska pravica na nepremičninah,
- Zakon o državni upravi (74. člen): predpisi ministrov za izvrševanje pravnih aktov Evropske unije, naznanilo,
- Zakon o Vladi Republike Slovenije (21. člen): predpisi vlade za izvrševanje pravnih aktov Evropske unije,
- Zakon o prekrških (3. člen): določanje prekrškov in sankcij za kršitev določb pravnih aktov EU, ki se v Republiki Sloveniji uporabljajo neposredno (učinkovite, sorazmerne in odvračilne).

Zaključenemu procesu priprave slovenske jezikovne različice zakonodaje EU je sledil proces prevajanja pomembnejše sodne prakse Sodišča EU. Izbranih 869 sodb v slovenskem jeziku je dostopnih na straneh naše službe. Ne gre le za zanimivo branje; gre za obvezno čtivo, ki vodi k razumevanju odnosa nacionalno pravo–pravo EU, torej k tistemu, kar je nujno potrebno za pripravo boljše zakonodaje.

Decembra bo minilo deset let od uveljavitve Lizbonske pogodbe. Z okrepljeno udeležbo in varstvom državljanov, novo institucionalno ureditvijo ter spremenjenimi postopki odločanja naj bi dosegli večjo učinkovitost in preglednost ter tako zagotovili višjo raven parlamentarnega nadzora in demokratične odgovornosti. Lizbonska pogodba določa tri temeljna načela, in sicer demokratično enakost, predstavniško demokracijo in participativno demokracijo.

Pogodba o Evropski uniji v 50. členu prvič določa uradni postopek, ki ga uporabijo države, če želijo v skladu s svojimi ustavnimi zahtevami zapustiti EU (izstop).

Glede pravnih aktov, o katerih več v nadaljevanju, je bilo treba na nacionalni ravni pripraviti ustrezne pravne okvire za odziv nanje in njihovo delitev na zakonodajne in nezakonodajne ter na uvedbo novih vrst – delegiranih in izvedbenih.

In če se vrnemo na začetek in zdaj: hkrati z volitvami v Evropski parlament se je iztekel petletni institucionalni in zakonodajni cikel. Evropske volitve prinesejo nova politična razmerja v Evropskem parlamentu in nove voditelje institucij EU, ki izvajajo novo strateško agendo. Njene temeljne prioritete so voditelji držav članic EU že zasnovali na neformalnem vrhu 9. maja 2019 v Sibiu, potrdili pa so jo na junijskem zasedanju Evropskega sveta.

Že nekaj let je ena glavnih prioritet EU krepitev boljše zakonodaje, ki naj izpolnjuje svoj namen, je preprosta za izvajanje, zagotavlja varnost in predvidljivost. Cilj so razumna in realistična pravila, ki se pravilno izvajajo in izvršujejo po vsej EU.

Medinstitucionalni sporazum med Evropskim parlamentom, Svetom Evropske unije in Evropsko komisijo o boljši pripravi zakonodaje,² ki velja od aprila 2016, je okrepil dialog med tremi institucijami in v zakonodajno aktivnost EU vnesel več transparentnosti, boljše načrtovanje in jasnejše postavljanje zakonodajnih prioritet. Na njegovi podlagi je bila decembra 2017 sprejeta deklaracija predsednikov institucij EU, ki opredeljuje prioritete EU na zakonodajnem področju za čas do volitev v Evropski parlament maja 2019: krepitev varnosti, reforma migracijske politike, razvoj socialne dimenzije EU, zgraditev digitalnega enotnega trga, oblikovanje ambiciozne energetske unije in podnebne politike EU ter okrepitev demokratične legitimnosti EU.

Zavezanost k boljši pripravi zakonodaje temelji na ocenah učinka in Programu Evropske komisije za ustreznost in uspešnost predpisov (REFIT – Commission's Regulatory Fitness and Performance Programme).

2. Nomotehnične smernice

Vse povedano se odraža tudi v nomotehničnih pravilih. Ob izdaji prvih smernic o prenosu zakonodaje EU v nacionalno zakonodajo ni bilo besed, obstajala pa so navodila službe, kako na ustrezen način zagotoviti izvajanje in prenos zakonodaje EU v notranji pravni red. Leta 2008 so navodila v razširjeni obliki dobila svoje mesto v smernicah, s tretjo, dopolnjeno izdajo Nomotehničnih smernic³ pa so napotki še obsežnejši in podrobnejši, da bi bilo delo vsem, ki sodelujejo pri pripravi predpisov, dodatno olajšano.

V drugem delu Nomotehničnih smernic, ki je v celoti namenjen posebnostim pri izvajanju in prenašanju pravnih aktov EU v pravni red Republike Slovenije, ne gre toliko za popolne novosti kot za zapis vsega tistega, kar je zlasti posledica posodobitev in novosti glede na pravni red EU po uveljavitvi Lizbonske pogodbe ter je bilo bodisi problematizirano bodisi večinoma že dogovorjeno na delovni ravni v okviru konkretnega dela v desetih letih od prejšnje izdaje. Dopolnitve tega dela so torej nabor vsega tistega, kar se je zdelo pomembno in koristno tistim, ki smo aktivno vključeni v postopek priprave predpisov, s katerimi se prenaša ali izvaja pravni red EU. Nekatera sveža priporočila bi se lahko tistim, ki nimajo konkretnega opravka s prenašanjem ali izvajanjem pravnih aktov EU, zdela mestoma dlakocepska, brezpredmetna ali celo odveč, drugim pa bodo morda na novo zapisani pristopi skupaj z ogrođjem iz prejšnje izdaje vendarle pomenili kako drobno koristno rešitev ali namig za nekatere probleme, ki imajo skupni imenovalc v približevanju prava EU in nacionalnega prava.

² Medinstitucionalni sporazum med Evropskim parlamentom, Svetom Evropske unije in Evropsko komisijo o boljši pripravi zakonodaje.

³ Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo.

Dejstvo je, da je »pravo EU« že 15 let »naše« pravo in da ga sooblikujejo ne le ljudje, zaposleni v institucijah EU, ampak v znatni meri tudi strokovnjaki naše države. Prav tako so »institucije EU« že 15 let »naše« institucije, sodna praksa Sodišča EU pa je že 15 let skupaj s pravnim redom EU pomemben vir za sojenje »naših« sodišč. Republika Slovenija je kot država članica aktivno udeležena v postopku priprave pravnih aktov EU, ki jih sicer sprejemajo institucije EU; te pri delu vodijo njihova nomotehnična pravila, zlasti:

- Skupna praktična navodila Evropskega parlamenta, Sveta in Komisije za osebe, vključene v pripravo pravnih aktov Evropske unije,
- Medinstitucionalni slogovni priročnik in
- Medinstitucionalni sporazum o boljši pripravi zakonodaje.

Nomotehnika kot skupek pravil, ki pomagajo pri pripravi predpisov, mora vse to upoštevati, če želi biti učinkovita in koristna tudi pri pripravi predpisov, ki prenašajo ali izvajajo pravne akte EU, kar glede na mestoma drugačna pravila priprave slednjih včasih pomeni iskanje presečnih množic, drugič utemeljevanje trmastih posebnosti.

Drugi del Nomotehničnih smernic je tudi posledica specifičnega načina sprejemanja odločitev v EU, ki zahteva aktivno vlogo normodajalcev držav članic pri pripravi nacionalnih predpisov (ob prenašanju in izvajanju pravnih aktov EU) v okviru nacionalnih nomotehničnih pravil. Nakazani so bistveni poudarki razmerja med nacionalnim pravnim redom in pravnim redom EU z vidika teorije in deloma sodne prakse, posebej pa so poudarjene nekatere posebnosti, ki jih glede na drugačen ustroj pravnega reda EU z vidika nacionalne nomotehnike obravnavamo nekoliko drugače.

V skrbi za čim jasnejšo in poenoteno ureditev različnih nomotehničnih pristopov so v tem delu Nomotehničnih smernic pripravljena priporočila z dodanimi primeri, ki naj bi olajšali pripravo predpisov oziroma pomagali pri razreševanju morebitnih dilem. V nadaljevanju je nakazanih le nekaj vsebinskih poudarkov in novosti iz nove izdaje, ki zaradi svoje večplastnosti marsikdaj terjajo poseben razmislek, vsekakor pa jih je treba brati in razumeti glede na širše sobesedilo Nomotehničnih smernic.

2.1. Pravni akti EU po Lizbonski pogodbi

Okvirno se delijo na zakonodajne in nezakonodajne akte, zadnji pa so glede na vsebino razdeljeni na delegirane in izvedbene. Z uvedbo izvedbenih in delegiranih pravnih aktov EU se je dodatno zameglila razlika med pravnim aktom EU, ki je vsebinsko nov, in tistim, ki posega v veljavne pravne akte EU. Izvedbeni in delegirani pravni akti EU naj bi urejali točno določeno vsebino, vendar pa pogosto, zlasti kar zadeva izvedbene pravne akte EU, več kot le nebitveno spreminjajo oziroma dopolnjujejo zakonodajni akt. Kot zadnjo spremembo osnovnega akta

EU jih v okviru citata v nacionalnem predpisu navajamo, če so po vsebini sprememba. Sicer jih navajamo kot tiste pravne akte EU, ki jih izvajamo ali prenašamo samostojno, zlasti pa se zanesemo na podatke spletišča EUR-Lex.

Pri navajanju njihovih skrajšanih naslovov se vedno navaja tudi vrsta pravnega akta (npr. Uredba 2345/2003/ES, Delegirana uredba 2018/306/EU, Direktiva 2004/23/ES, Izvedbeni sklep 2017/784/EU).

2.2. Za lažje iskanje ...

V Nomotehničnih smernicah je bistveno razširjena vsebina glede iskanja konkretnih pravnih aktov EU. Pri prenašanju in izvajanju pravnih aktov EU je namreč pomembno vedeti, katero besedilo v teh postopkih uporabimo za izhodiščno. Edino veljavno je besedilo, ki je objavljeno v Uradnem listu EU, po spletu pa do njega najlažje dostopamo na spletišču EUR-Lex, kjer je kot njegov glavni vsebinski vir dostopna tudi spletna različica dnevne izdaje Uradnega lista EU.

2.3. Prečiščena besedila, kodifikacija, prenovitev

Dodano je posebno poglavje o pripravi prečiščenega besedila, kodifikaciji in prenovitvi kot instrumentih, ki so na voljo za pripravo čim bolj učinkovite in enostavne zakonodaje, zlasti kadar je ta večkrat ali korenito spremenjena.

2.4. Napake in popravki pravnih aktov EU

Očitno nasprotje med posameznimi jezikovnimi različicami oziroma usklajevanje neskladnosti je treba odpravljati ob upoštevanju popolne enakovrednosti in načelne verodostojnosti vseh jezikovnih različic. Za odpravo očitno napačnega poimenovanja v besedilu pravnega akta EU je nujen popravek, če je to v interesu pravne varnosti. Za sprejetje končne odločitve o pravilni razlagi pa je vsekakor pristojno Sodišče EU, zlasti kadar gre tudi za opredelitev pravilne vsebine uporabljenega pojma.

V času do morebitne spremembe besedila pravnega akta EU velja različica, kakršna je bila objavljena v Uradnem listu EU, pri čemer pa je treba sporno določbo razlagati glede na namen in splošno sistematiko ureditve, katere del je. Zaradi enotne uporabe in enotne razlage prava EU se namreč posamezna jezikovna različica ne sme presojati ločeno, temveč ob upoštevanju njenega namena, ciljev, ki naj bi jih dosegla, in zlasti ob upoštevanju vseh drugih jezikovnih različic.

Pravni akt EU velja, tudi če vsebuje napake, vendar se, če je z razlago mogoče identificirati napako in posledično pravi pomen, ne uporabi v napačni obliki, temveč v pravilni verziji. Splošna dolžnost spoštovati pravo EU vsebuje tudi obveznost neuporabe tistih določb pravnega akta EU (in posledično nacionalnega predpisa, ki takšen akt izvaja ali prenaša), ki bi lahko ovirale enotno uporabo prava EU.

2.5. Določanje sankcij pri izvajanju uredb EU

Z uredbo vlade se lahko določijo prekrški in sankcije zanje tudi za kršitve določb pravnih aktov EU, ki se uporabljajo neposredno (Zakon o prekrških). Z vidika hierarhije predpisov se tako izenačujeta zakon in uredba vlade. Ta določa prekrške in sankcije za kršitve določb pravnih aktov EU, ki se uporabljajo neposredno. Pri tem se uporabljajo instituti, ki so z Zakonom o prekrških sicer rezervirani za zakon (npr. predpisovanje globe v večkratniku ali odstotku, globa v odstotku od letnega prometa in določitev globe za najhujše prekrške v višini trikratnika, obvezen odvzem predmetov in način izvršitve odvzema predmetov, odmera sankcije pod mejo, ki je predpisana, določitev pooblastila za izrekanje globe, ki je višja od najnižje predpisane).

2.6. Določbe, ki jih ne prenašamo in ne izvajamo

Dodano je poglavje o delih pravnih aktov EU, ki jih zaradi njihove narave in vsebine ne prenašamo in ne izvajamo. To so zlasti uvodne izjave, določbe o pristojnosti in delovanju institucij EU, določbe, naslovljene na države članice, ter določbe pravnih aktov EU, ki so naslovljene na posamezne (druge) države članice.

2.7. Naslovi pravnih aktov EU – »dodatki«

V nacionalnih predpisih se naslovi pravnih aktov EU navajajo tako, kot so zapisani v slovenskem besedilu pravnega akta EU, objavljenem v Uradnem listu EU.

Pod naslovom pravnega akta EU so zapisane različne informacije; pri njihovem navajanju v nacionalnih predpisih se:

- dodajo navedbe »kodificirano besedilo«, »kodificirana različica«, »prenovitev«,
- izpustita navedbi »Besedilo velja za EGP«, »notificirano pod dokumentarno številko ...«.

Če je bilo v pravni akt EU, ki se izvaja oziroma prenaša, vsebinsko poseženo (spremembe, dopolnitve, odstopanja), navedek v 1. členu vsebuje tudi besedilo »zadnjič spremenjena z« (v ustreznem spolu in sklonu) in navedbo naslova zadnjega predpisa, kakor je bil objavljen v Uradnem listu EU, čemur v oklepaju sledijo vsi podatki o objavi.

Zadnja sprememba pravnega akta EU je lahko tudi popravek – pri njegovem navajanju izpustimo naslov, saj ta vsebuje naslov pravnega akta EU, ki ga popravlja: za besedilom »zadnjič popravljena s Popravkom« (v ustreznem spolu in sklonu) v oklepaju navedemo le vrsto in številko Uradnega lista EU, v katerem je bil objavljen, ter datum in stran objave.

Če je zadnji poseg pravni akt EU, ki med drugim določa razveljavitev, pa ta še ne učinkuje, je treba v vmesnem času ta pravni akt EU navesti kot zadnji poseg: besedilo »razveljavljena z« (v ustreznem spolu in sklonu) in navedbo naslova zadnjega predpisa, kakor je bil objavljen v Uradnem listu EU, čemur v oklepaju sledijo vsi podatki o objavi.

2.8. »Terminološki most«

Različni pravni akti EU z istega področja za poimenovanje iste vsebine včasih uporabljajo različne izraze. Razlogi za to so zelo različni: napaka, časovna komponenta (pravni akti EU so sprejeti v daljšem obdobju, vsak naslednji pa prejšnjemu izrazoslovju ne sledi dosledno), razvoj strokovnega področja, nedogovorjeno izrazoslovje posamezne stroke in tako dalje. Če lahko na podlagi primerjave jezikovnih različic pravnih aktov EU ugotovimo, da gre za isti izraz, ki pa ima v slovenskih besedilih več pojavnih oblik, lahko v nacionalnem predpisu, s katerim pravne akte EU prenašamo ali izvajamo, tako »nedoslednost« rešimo s tako imenovanim terminološkim mostom. V uvodnih določbah nacionalnega predpisa naštejemo nabor različnih izrazov, uporabljenih v zadevnih pravnih aktih EU, in jasno navedemo, da je vse treba razumeti kot točno določen izraz.

2.9. Posebno sklicevanje na pravne akte EU zaradi različnih strukturnih enot

Pravni akti EU imajo nekatere strukturne enote in upoštevajo nekatera načela, ki jih pri pripravi nacionalnih predpisov ne poznamo. Osnovno vodilo pri pripravi vseh nacionalnih predpisov je uporaba načel nacionalne nomotehnike.

Kar zadeva sklicevanje, velja sklicevanje od manjšega k večjemu, kar je v nacionalnih predpisih, ki prenašajo (oz. izvajajo) pravne akte EU, pomembno zlasti pri uporabi sklica kot tehnike prenosa (oz. izvedbe) (npr. namesto »iz člena 13(4)(c)(ii)« se sklicujemo »iz točke (ii) pod (c) četrtega odstavka 13. člena«).

V sklicu se ohrani poimenovanje naslednjih struktur: členi, odstavki, pododstavki, točke, izjema pa je »alineja«, na katero se v nacionalnih predpisih sklicujemo kot na »alinejo«. Na drugi strani pa se pri sklicevanju način sklicevanja prilagodi nacionalni nomotehniki: »1. člen« (in ne »člen 1«), »prvi odstavek« (in ne »odstavek (1)«), »1. točka« (in ne »točka 1«), pri čemer je izjema na primer »točka (a)«, kjer se pri sklicevanju ohrani tudi oznaka strukture iz pravnih aktov EU, torej zapis v oklepajih (»(a)«).

2.10. Drseče in togo sklicevanje

Med nacionalnimi predpisi in nacionalnimi predpisi, ki prenašajo direktive in izvajajo uredbe, so razlike tudi glede načina sklicevanja. V nacionalnih predpisih je togo sklicevanje na (konkretne) predpise izjema in se praviloma uporablja le v pravni podlagi in prehodnih določbah, drseče sklicevanje pa je pravilo (»pravilnik, ki ureja ...«; »predpis, ki ureja ...«). V nacionalnih predpisih, ki prenašajo direktive in izvajajo uredbe, pa je togo sklicevanje na (konkretne) direktive in uredbe v materialnih določbah način prenosa ali izvajanja, medtem ko je drseče sklicevanje izjema (npr. »uredba EU, ki ureja ...«; »pravni akt EU, ki ureja ...«) in ga praviloma ne uporabljamo za direktive, saj te prenašamo vsebinsko in le redko z neposrednim sklicem.

2.11. Naznanilo

Kadar sta uveljavitev ali začetek uporabe nacionalnega predpisa ali njegovega dela odvisna od uveljavitve ali začetka uporabe pravnega akta EU, ki učinkuje neposredno, se naslovniki nacionalnega predpisa o taki informaciji seznani s posebnim aktom pristojnega ministra – naznanilom, ki se objavi v uradnem listu.

Gre za posledico dopolnitve 74. člena Zakona o državni upravi (Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o državni upravi (Uradni list RS, št. 51/16)) zaradi določitve ustrezne pravne podlage za izdajo aktov ministra, s katerimi je treba na podlagi nacionalnih predpisov (zakona, uredbe) seznanimi javnost s pravnim dejstvom, ob nastanku katerega se pojavijo pravne posledice. Pri prenosu ali izvedbi pravnih aktov EU namreč včasih ni mogoče določiti začetka veljavnosti ali uporabe nacionalnega predpisa, saj je ta odvisen od sprejetja posamezne odločitve institucije EU, na primer Evropske komisije. Za objavo take informacije ni primerno izdati ali sprejeti nobenega od predpisov, ki jih je pred dopolnitvijo določal 74. člen Zakona o državni upravi. Objava informacije namreč le naznani nastanek dejstva, ki prinaša pravne posledice, pri čemer to dejstvo ne nastane iz oblasti in volje ministra. Naznanilo je torej nov akt ministra, ki ni predpis in se uporablja le za objavo informacije, s katero mora minister na podlagi obveznosti, naložene z nacionalnim predpisom, seznanimi javnost.

3. O čem še naprej govoriti?

Načini prenosa in izvedbe pravnih aktov EU z nacionalnimi predpisi po petnajstih letih še vedno nenehno nihajo med teorijo in prakso, predvsem pa je spet in spet neizogibno razumevanje hkratnega sobivanja normativnih nacionalne ravni in ravni EU. Želja po popolnosti in samozadostnosti nacionalnega predpisa (princip »vse na enem mestu«) je že dolgo (najmanj petnajst let) daleč od realnosti. Norma vsekakor ostaja norma s svojo zapovedovalno (oziroma prepovedovalno) naravo, v pomoč naslovnikom predpisa pa se lahko ob predpisih pripravijo

ustrezna navodila, priročniki in podobni nenormativni pripomočki. Tudi v teh razmerjih je edina stalnica stalno spreminjanje – tako institucionalnega ustroja kot arhitekture in z njo narave posameznih pravnih aktov EU (»unifikacijska« narava direktiv, »harmonizacijska« narava uredb).

Izjemno število »normativnih potreb« pomeni hkrati izjemno število različnih pripravljavcev predpisov na ravni EU in na ravni držav članic ter s tem na obeh ravneh tudi nove in nove pristope pri pripravi predpisov. Nomotehnika pri prenašanju in izvajanju pravnih aktov EU zato ostaja živ pripomoček, ki glede na stalno spreminjanje številnih spremenljivk spet in spet išče »presečne množice« ter utemeljuje »trmaste posebnosti« ob srečevanjih dveh pravnih redov – nacionalnega in pravnega reda EU.

Literatura

Medinstitucionalni sporazum med Evropskim parlamentom, Svetom Evropske unije in Evropsko komisijo o boljši pripravi zakonodaje. UL L št. 123 z dne 12. 5. 2016, str. 1. Dostopno na: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/sl/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL&from=sl>> (10. 10. 2019).

Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo. *Nomotehnične smernice.* Ljubljana: Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, 2018. Dostopno na: <https://www.gov.si/assets/vladne-sluzbe/SVZ/f50d0f6d15/Nomotehnicne_smernice-2018.pdf> (10. 10. 2019).

Sodba Flaminio Costa proti E.N.E.L, zadeva 6/64. Dostopno na: <<http://www.pisrs.si/Pis.web/zgodovinskaSodnaPraksaRezultati?letoOd=1955&letoDo=1969>> (10. 10. 2019).

Sodba Fratelli Variola S.p.A. proti Amministrazione Italiana delle Finanze, zadeva 34/73. Dostopno na: <<http://www.pisrs.si/Pis.web/zgodovinskaSodnaPraksaRezultati?letoOd=1970&letoDo=1979>> (10. 10. 2019).

Pregledni znanstveni članek
UDK 342.52:342:565.2

Vloga zakonodajno-pravne službe v ustavnem sporu

KATJA TRILLER VRTOVEC
doktorica pravnih znanosti
sekretarka v Zakonodajno-pravni
službi Državnega zbora in docentka za
področje javna uprava in upravno pravo
na Evropski pravni fakulteti
Nove univerze

1. Uvod

Zakonodajno-pravna služba (ZPS) je služba Državnega zbora Republike Slovenije, katere primarna naloga je sodelovati pri sprejemanju zakonov v zakonodajnem postopku, sekundarna pa pripravljati vsebinske podlage za odgovore Državnega zbora v ustavnih sporih. Drugače od obveznih odločb Ustavnega sodišča, ki so jih dolžni spoštovati in izvrševati vsi državni organi,¹ mnenja ZPS niso zavezujoča. Toda kljub neobstoju argumenta moči ali pa prav zato mnenje ZPS z močjo argumentov običajno spodbudi predlagatelja, da v zakonodajnem postopku k predlogu zakona vloži amandmaje oziroma dopolni svojo obrazložitev, s katerimi predlog zakona uskladi z mnenjem ZPS. Poleg tega v ustavnem sporu mnenje ZPS pojasni, katere cilje je pri sprejemanju izpodbijanega zakona poskušal doseči zakonodajalec, in s tem prispeva h kvalitetnejši vsebinski ustavnosodni presoji. Izjemoma pa se v praksi pojavljata dve situaciji, ko so argumenti iz mnenj ZPS na preizkušnji. V razmerju do politike je moč argumentov ZPS preizkušana, ko se na njena mnenja sklicujejo pobudniki in predlagatelji v ustavnih sporih, če pri sprejemanju izpodbijanega zakona politični argumenti ostanejo neusklajeni s strokovnimi argumenti ZPS. V razmerju do Ustavnega sodišča je moč argumentov ZPS na preizkušnji, ko Ustavno sodišče kljub vzpostavitvi kontradiktornega postopka abstraktne ustavne presoje in pridobitvi mnenja ZPS ustavni spor čedalje pogosteje zaključuje s procesnimi sklepi. Zato v prispevku poskušam raziskati, kateri mehanizmi bi bili v navedenih dveh primerih najprimernejši za zagotovitev optimalne izkoriščenosti zmogljivosti ZPS in s tem za krepitev njenega prispevka k utrjevanju pravne države.

¹ Tretji odstavek 1. člena Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS), Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, v povezavi z odločbo US RS U-I-114/11 z dne 9. 6. 2011.

2. Naloge ZPS v zakonodajnem postopku

V zakonodajnem postopku ZPS daje mnenja o skladnosti predlogov zakonov, drugih aktov in amandmajev z ustavo in pravnim sistemom ter o zakonodajno-tehničnih vidikih predlogov.² Pred drugo obravnavo predloga zakona na matičnem delovnem telesu ZPS daje pisna mnenja.³ Pri obravnavi na seji Državnega zbora mora ZPS na poziv predsedujočega Državnemu zboru podati tudi ustna pravna mnenja, če ta oceni, da je treba pravno vprašanje razrešiti na sami seji Državnega zbora.⁴ Po končani drugi obravnavi pa mora ZPS na lastno pobudo, brez izrecnega poziva preveriti, ali so posamezne določbe predloga zakona po sprejetju amandmajev v drugi obravnavi neskladne z ustavo, na to opozoriti Državni zbor in predlagati rešitve.⁵ Delovne naloge, ki obsegajo preučevanje, ali je predlog zakona skladen z Ustavo, in opozarjanje na morebitne neskladnosti z Ustavo, za predstavnike ZPS izhajajo iz pogodbe o zaposlitvi,⁶ zato slednji nimajo pravice odkloniti sodelovanja v razpravi ali se ne opredeliti do kakega pravnega vprašanja na seji Državnega zbora oziroma njegovega delovnega telesa.⁷ Sodelovanje v razpravi oziroma opredeljevanje pa predstavniki ZPS lahko odklonijo, če gre za politična, nazorska in podobna vprašanja, ki ne spadajo v opis njihovih delovnih nalog.⁸

V rednem in skrajšanem zakonodajnem postopku je rok za pripravo mnenja ZPS štirinajst dni pred sejo matičnega delovnega telesa.⁹ Dnevni red seje delovnega telesa se sestavi skladno s terminskim programom,¹⁰ ki določa dneve, ko se bodo posamezne zadeve predvidoma obravnavale na sejah delovnih teles.¹¹ Ker se terminski program določa le za en mesec

² Prvi odstavek 27. člena Poslovnika Državnega zbora (PoDZ-1), Uradni list RS, št. 92/07 – uradno prečiščeno besedilo, 105/10, 80/13 in 38/17.

³ Glej prvi odstavek 27. člena PoDZ-1.

⁴ Peti odstavek 66. člena PoDZ-1.

⁵ Glej četrty odstavek 137. člena PoDZ-1.

⁶ Glej tretjo alinejo prvega odstavka 31. člena Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1), Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US in 22/19 – ZPosS.

⁷ Odklonitev teh delovnih nalog bi namreč za predstavnike ZPS, ki so javni uslužbenci, lahko pomenila kršenje obveznosti iz delovnega razmerja, ki je eden izmed razlogov za redno odpoved pogodbe o zaposlitvi (3. točka prvega odstavka 89. člena ZDR-1). V tem se predstavniki ZPS razlikujejo od poslancev, ki so funkcionarji zakonodajne veje oblasti in za katere delovnopravne sankcije niso predvidene.

⁸ Glej prvi in drugi odstavek 41. člena Ustave in primerjaj s Pravilnikom o notranji organizaciji in sistemizaciji delovnih mest v službah državnega zbora, sprejetim na podlagi Odloka o notranji organizaciji, delovnih mestih in nazivih v službah državnega zbora (Uradni list RS, št. 50/04, 32/08 in 31/17 – OdNODMN).

⁹ Prvi odstavek 48. člena PoDZ-1.

¹⁰ Glej 50. člen PoDZ-1.

¹¹ Glej drugi odstavek 23. člena PoDZ-1.

vnaprej,¹² ima torej ZPS običajno na voljo približno teden ali dva za pripravo mnenj k predlogom zakonov. V nujnem zakonodajnem postopku poslovniški roki ne veljajo,¹³ zato je čas za pripravo mnenja lahko še bistveno krajši.

V zakonodajnem postopku in v postopku ustavnega spora v fazi priprave mnenja se naloge ZPS nanašajo na razmerje do poslancev, ki kot člani matičnega delovnega telesa obravnavajo mnenje ZPS.¹⁴ Kljub temu pa mnenja ZPS za poslance, ki sestavljajo Državni zbor,¹⁵ niso zavezujoča, saj Ustava poslanca pri opravljanju funkcije nosilcev zakonodajne oblasti prepoveduje vezanost na kakršnakoli navodila.¹⁶ Poslanci lahko poslanski mandat izvajajo v skladu z ustavo, zakonom in Poslovníkom državnega zbora (PoDZ-1)¹⁷ tudi brez upoštevanja strokovnih mnenj ZPS.

Poleg ZPS presojo skladnosti predlogov zakonov z Ustavo opravlja tudi Služba Vlade za zakonodajo (SVZ), vendar pa se njuno delo razlikuje v več vidikih. ZPS ima podlago za presojo skladnosti predlogov zakonov z Ustavo v PoDZ-1, ki ga Državni zbor sprejme z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev¹⁸ in ki določa, da se mnenja objavijo na spletnih straneh Državnega zbora.¹⁹ SVZ ima podlago za presojo skladnosti vladnih predlogov zakonov z Ustavo v Odloku o organizaciji in delovnem področju Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo,²⁰ ki ga na podlagi Zakona o Vladi Republike Slovenije (ZVRS) sprejme Vlada²¹ in kjer ni zahtevana javnost njenega dela.²² Zaradi poslovniške podlage za delovanje in načela javnosti dela je torej strokovnost in neodvisnost delovanja od izvršilne veje oblasti (tj. Vlade

¹² Prvi odstavek 23. člena PoDZ-1 sicer določa, da kolegij Državnega zbora sprejme terminski program za obdobje najmanj dveh mesecev, vendar to vključuje tudi okvirni terminski program, ki ne vsebuje zadev, ki bodo obravnavane na sejah.

¹³ Drugi odstavek 144. člena PoDZ-1.

¹⁴ V fazi priprave odgovora Državnega zbora v postopku ustavnega spora pa se naloge ZPS nanašajo na razmerje do Državnega zbora kot državnega organa, ki ga predstavlja njegov predsednik. Glej 7. člen PoDZ-1.

¹⁵ Prvi odstavek 80. člena Ustave.

¹⁶ Drugi odstavek 3. člena in prvi odstavek 82. člena Ustave.

¹⁷ Člen 2 Zakona o poslancih (ZPos), Uradni list RS, št. 112/05 – uradno prečiščeno besedilo, 109/08, 39/11 in 48/12.

¹⁸ Glej 27. člen PoDZ-1 in 94. člen Ustave.

¹⁹ Glej drugi odstavek 100. člena PoDZ-1.

²⁰ Uradni list RS, št. 139/06 in 95/11.

²¹ Glej prvi odstavek 25. člena ZVRS, Uradni list RS, št. 24/05 – uradno prečiščeno besedilo, 109/08, 38/10 – ZUKN, 8/12, 21/13, 47/13 – ZDU-1G, 65/14 in 55/17.

²² Pogorelec (str. 27 in 28) meni, da so mnenja SVZ nekakšna »spalnica Vlade«, vendar naj bi bila »na nesrečo« tudi ta mnenja informacija javnega značaja, kar naj bi službo postavljalo v zelo neprijeten položaj. Zato se *de lege ferenda* zavzema, da bi bila uvrščena med izjeme v 6. členu Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ), Uradni list RS, št. 51/06 – uradno prečiščeno besedilo, 117/06 – ZDavP-2, 23/14, 50/14, 19/15 – odl. US, 102/15 in 7/18.

kot glavnega predlagatelja predlogov zakonov)²³ in od politike (tj. koalicijskih in opozicijskih poslanskih skupin v Državnem zboru) v obstoječi ureditvi zagotovljena le ZPS, kar izrecno določa tudi Predlog Zakona o državnem zboru (Predlog ZDZ).²⁴

3. Naloge ZPS v ustavnem sporu

Po PoDZ-1 je priprava strokovnih vsebinskih podlag za odgovor Državnega zbora zaupana ZPS, pri čemer se njene naloge v ustavnem sporu po vsebini razlikujejo od nalog, ki so v ustavnem sporu naložene Vladi, in od nalog, ki so ZPS naložene v zakonodajnem postopku.

Drugače od vladnih naloge ZPS v ustavnem sporu ne zajemajo pojasnjevanja, kako se izpodbijani zakonski ukrepi, ki izvajajo sprejeto politiko države, uresničujejo v praksi. Za odgovor na to vprašanje predsednik Državnega zbora v ustavnem sporu zaprosi Vlado, ki poda mnenje z vidika izvršilne veje oblasti.

Naloge ZPS v ustavnem sporu se razlikujejo tudi od njenih nalog v zakonodajnem postopku, čeprav je zgornja premisa silogističnega sklepanja za ZPS v obeh primerih enaka.²⁵ Medtem ko je ZPS v zakonodajnem postopku zadolžena za vnaprejšnjo (*ex ante*), celovito in hitro presojo skladnosti predlogov zakonov z Ustavo, je v ustavnem sporu zadolžena za naknadno (*ex post*), parcialno in bolj poglobljeno presojo skladnosti zakonov z Ustavo. V ustavnem sporu je presoja ustavne skladnosti namreč omejena na izpodbijane člene.²⁶ Ker je rok za odgovor Državnega zbora navadno 60 dni in se lahko tudi podaljša, pa se lahko ZPS presoji ustavne skladnosti po potrebi tudi bolj posveti, kakor se ji lahko v zakonodajnem postopku.

Naloge ZPS v zakonodajnem postopku in v ustavnem sporu se razlikujejo tudi glede vprašanja, v čigavem imenu ZPS nastopa pri opravljanju svojih nalog. V zakonodajnem postopku nastopa v lastnem imenu strokovno samostojne in neodvisne službe, katere mnenja so poslov-

²³ Glej Kurent, str. 187.

²⁴ Glej drugi odstavek 13. člena Zakona o Državnem zboru (ZDZ), Uradni list RS, št. 66/19, ki ZPS opredeljuje kot samostojno in neodvisno službo Državnega zbora. Kljub temu je Pogorelec (str. 27 in 28) v dvomih, ali v večstrankarskem sistemu ZPS res lahko deluje povsem neodvisno od Vlade in poslanskih skupin. Zato *de lege ferenda* predlaga rešitev, da naj ZPS ne bi pregledovala ustavne skladnosti vladnih predlogov zakonov, ker jih je že pregledala SVZ. Menim, da je predlagana rešitev nelogična ter z vidika zagotavljanja neodvisnosti in javnosti dela bistveno slabša od obstoječe, saj že avtor v nadaljevanju članka ugotavlja, da se v primerih, ko pride mnenje ZPS ali ko zakon pade na Ustavnem sodišču, SVZ ne bi smela izgovarjati, da je »nekaj zavestno zamolčala, ker je skušala biti lojalna Vladi«.

²⁵ V ustavnosodni presoji je silogistično sklepanje sestavljeno iz ustavne zgornje premise (abstraktni dejanski stan), pod katero podredimo zakonsko spodnjo premiso (konkretni dejanski stan), in iz njiju izpeljemo sklep, ali je izpodbijana zakonska določba skladna s presojano ustavno določbo. Glej podrobneje Pavčnik, str. 325 in 326.

²⁶ Prvi odstavek 24.b člena ZUstS.

niško obvezna, saj se brez njih zakonodajni postopek ne more nadaljevati.²⁷ V ustavnem sporu pa ZPS nastopa v imenu predsednika Državnega zbora, ki mu zagotavlja strokovno podporo pri varstvu procesnih pravic Državnega zbora kot stranke v ustavnem sporu,²⁸ kjer skladnost izpodbijanega zakona z Ustavo ocenjuje drug samostojni in neodvisni državni organ.²⁹

Najpomembnejša razlika pri presoji ustavne skladnosti v zakonodajnem postopku in ustavnem sporu pa se nanaša na drugačno pravno naravo spodnje premise ustavnosodne presoje.³⁰ V zakonodajnem postopku ZPS namreč presoja skladnost neobvezujočih predlogov zakonov z Ustavo, v ustavnem sporu pa ustavno skladnost zakonov, ki imajo obvezno veljavo. Ker v zakonodajnem postopku ZPS presoja ustavno skladnost predloga zakona, je njegovo morebitno protiustavnost, na kar ZPS opozori v svojem mnenju, navadno mogoče popraviti z amandmaji. Temeljna pristojnost zakonodajalca je namreč, da zagotovi spoštovanje Ustave, tako da obstoječi predpis, če po zakonodajalčevi presoji ni skladen z Ustavo, kadarkoli ustrezno spremeni oziroma dopolni.³¹ Po presoji Ustavnega sodišča zakonodajni organ namreč nima pravice izbrati, ali naj sam spremeni oziroma dopolni zakon, ki ga šteje za neskladnega z Ustavo, ali naj namesto tega pri Ustavnem sodišču vloži zahtevo za oceno njegove ustavnosti.³² Zakonodajalec torej nima pravice izbirati med *ex ante* in *ex post* ustavno presojo, saj v primerih, ki jih more zakonodajalec avtonomno rešiti sam, Ustavno sodišče meni, da ni potrebe za njegovo intervencijo.³³ Kadar pa se v ustavnem sporu ugotovi protiustavnost izpodbijanega zakona, jo Ustavno sodišče odpravi tako, da zakon v celoti ali delno razveljavi.³⁴ Kadar razveljavitev ni mogoča, mora novo, ustavno skladno ureditev na podlagi odločbe o ugotovitvi protiustavnosti spet sprejeti zakonodajalec sam.³⁵

Vprašanje, ali je spodnja premisa ustavne presoje pravno zavezujoča, pomembno vpliva tudi na samo presojo, saj v zakonodajnem postopku ZPS poskuša odgovoriti na vprašanje, ali

²⁷ V skladu z 48. členom PoDZ-1 seje delovnega telesa ne more biti, če sklicu seje ni priloženo mnenje ZPS.

²⁸ Glej 265. in 266. člen PoDZ-1.

²⁹ Drugi odstavek 1. člena ZUstS Ustavno sodišče v razmerju do drugih državnih organov opredeljuje kot samostojen in neodvisen državni organ.

³⁰ V ustavnem sporu je spodnja premisa pravnega silogizma izpodbijana zakonska določba. Primerjaj odločbo US RS Up-652/16 z dne 21. 1. 2019.

³¹ Ustavno sodišče se sklicuje na podobno stališče Franca Testena (v: Šturm, str. 1138 in 1139), ki v zvezi s tem govori o pravovarstveni potrebi kot temeljni procesni predpostavki zahteve za oceno ustavnosti.

³² Glej sklep US RS U-I-249/14 z dne 1. 12. 2016, v katerem je šlo za neformalno skupino poslank in poslancev, ki je po številčnosti presegala absolutno večino zakonodajnega telesa, zato je Ustavno sodišče tudi nanjo apliciralo omejitev, da ni upravičena vložiti zahteve za oceno ustavnosti predpisov, ki jih sprejme sama (drugi odstavek 23.a člena ZUstS).

³³ Glej sklep US RS U-I-249/14 z dne 1. 12. 2016.

³⁴ Prvi odstavek 161. člena Ustave v povezavi s prvo alinejo prvega odstavka 160. člena Ustave.

³⁵ Drugi odstavek 48. člena ZUstS. Glej sklep US RS U-I-115/11.

je ustavno skladna tipična razlaga predlagane neobvezujoče zakonske določbe, v ustavnem sporu pa poskuša odgovoriti na vprašanje, ali je ustavno skladna vsaj ena od mogočih razlag zavezujoče izpodbijane zakonske določbe. ZPS pri svojem delu namreč izhaja iz dejstva, da je posploševanje bistven del zakonodajne pristojnosti.³⁶ Zato na morebitno protiustavnost predlaganih zakonskih določb opozarja takrat, kadar gre za tipične primere razlage in uporabe zakona. Zlasti pri obsežnih sistemskih predlogih zakonov ali nujnih zakonodajnih postopkih je namreč neživljenjsko pričakovati, da bo ZPS preigrala vse mogoče primere uporabe predlaganih zakonskih določb in se opredelila do vseh.

Torej je v primerih, ko se ustavni spor nanaša na zakonsko določbo, pri kateri je ZPS ustavno spornost tipične razlage oziroma uporabe izpostavila že v zakonodajnem postopku, vendar je predlagatelj zakona ni ustrezno amandmiral ali dodatno pojasnil, mnenje ZPS v ustavnem sporu le nadgradnja povzetka njenega mnenja iz zakonodajnega postopka in morebitnih argumentov iz drugega zakonodajnega gradiva (npr. magnetogrami seje matičnega delovnega telesa in Državnega zbora). Kadar pa se ustavni spor nanaša na manj tipično razlago oziroma uporabo zakonske določbe, do katere se ZPS v zakonodajnem postopku ni opredeljevala, bo ZPS mnenje o ustavni skladnosti izpodbijane zakonske določbe podala šele naknadno v postopku ustavnega spora.

4. Postopek sprejemanja odgovora Državnega zbora v ustavnem sporu

Če se pred Ustavnim sodiščem izpodbija zakon, ima Državni zbor v ustavnem sporu vlogo nasprotnega udeleženca, ki mu je zagotovljena pravica do izjave.³⁷ Ustavno sodišče mu namreč v postopku preizkusa pobude ali pozneje v pripravljalnem postopku pošlje zahtevo oziroma pobudo in sklep o sprejetju pobude v obravnavo. Pri tem mu določi tudi primeren rok za odgovor ali dopolnitev odgovora, če je bil ta že dan v postopku preizkusa pobude.³⁸ Predsednik Državnega zbora zahtevo oziroma pobudo ali sklep pošlje v mnenje ZPS in Vladi, ki mnenje poda z vidika izvršilne veje oblasti.³⁹ Ko ZPS in Vlada pripravita mnenji, predsednik matičnega delovnega telesa skliče sejo, na kateri se zahteva oziroma pobuda obravnava.⁴⁰ ZPS po seji na podlagi mnenja matičnega delovnega telesa pripravi odgovor.⁴¹ Ko predsednik Državnega zbora določi še predstavnika Državnega zbora v postopku pred Ustavnim sodiščem, mu pošlje odgovor.⁴²

³⁶ Glej sklep US RS U-I-115/11.

³⁷ Prvi odstavek 28. člena ZUstS.

³⁸ Četrty odstavek 26. člena in prvi odstavek 28. člena ZUstS.

³⁹ Prvi odstavek 265. člena PoDZ-1.

⁴⁰ Drugi odstavek 265. člena PoDZ-1.

⁴¹ Prvi odstavek 266. člena PoDZ-1.

⁴² Drugi odstavek 266. člena PoDZ-1.

Praviloma postopek sprejemanja odgovora Državnega zbora v ustavnem sporu poteka brez zapletov. Izjemoma pa se zgodi, da sprejetje odgovora preprečijo okoliščine, na katere ZPS nima vpliva. Najpogostejša primera tovrstnih zapletov sta, da Vlada ne predloži mnenja ali da matično delovno telo mnenja ZPS ne sprejme.

Najpogostejše sprejetje odgovora Državnega zbora prepreči okoliščina, da Vlada matičnemu delovnemu telesu ne pošlje svojega mnenja. Mnenje Vlade je namreč pogoj za to, da predsednik matičnega delovnega telesa skliče sejo. Statistični podatki iz VII. mandata Državnega zbora (obdobje od 1. avgusta 2014 do 22. junija 2018) kažejo, da Vlada ni odgovorila v enajstih odstotkih zadev, ki so bile poslane v odgovor Državnemu zboru. Kot primer iz VII. mandata lahko navedemo zahtevo Višjega sodišča v Ljubljani za oceno ustavnosti ureditve prehodnih odredb v stečajnem postopku iz Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).⁴³ Iz obrazložitve odločbe je razvidno, da Državni zbor na navedbe v zahtevi ni odgovoril niti ni svojih stališč o navedbah v zahtevi predložila Vlada.⁴⁴ Ustavno sodišče je presodilo, da izpodbijana ureditev ni v neskladju z Ustavo.⁴⁵

V VI. mandatu (obdobje od 16. decembra 2011 do 1. avgusta 2014) lahko najdemo tudi zahtevo Državnega sveta za oceno ustavnosti zakonov, ki jih je v ponovnem odločanju na podlagi odločilnega veta Državnega sveta potrdil takrat že razpuščen Državni zbor.⁴⁶ V navedeni zadevi je bila seja Odbora za pravosodje, javno upravo in lokalno samoupravo sklicana le na podlagi mnenja ZPS in dopisa Vlade, v katerem je ta pojasnila, da se do zahteve ne bo opredelila, zato sta ZPS in sekretariat Državnega zbora Odboru predlagala, naj obravnavo zadeve na seji začne na podlagi samega dopisa.⁴⁷

V VI. mandatu v dveh zadevah matično delovno telo ni potrdilo mnenja ZPS. V zahtevi in pobudi za oceno ustavnosti Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ)⁴⁸ so Banka Slovenije in posamezne banke predlagale začasno zadržanje izpodbijanih določb. ZPS je pripravila mnenje, da ni izkazano, da so težko popravljive škodljive posledice zaradi izvajanja izpodbijanih določb večje od škodljivih posledic, ki bi nastale zaradi njihovega neizvajanja.⁴⁹ Odbor za notranje zadeve, javno upravo in lokalno samoupravo mnenja ZPS ni

⁴³ Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo in 10/15 – popr.

⁴⁴ Glej odločbo US RS U-I-220/14, U-I-161/14, U-I-21/15, U-I-30/15, U-I-59/15 z dne 12. 11. 2015.

⁴⁵ Glej 1. točko izreka odločbe US RS U-I-220/14, U-I-161/14, U-I-21/15, U-I-30/15, U-I-59/15.

⁴⁶ Glej odločbo US RS U-I-23/12 z dne 5. 4. 2012.

⁴⁷ Glej dopis Vlade Odboru za pravosodje, javno upravo in lokalno samoupravo št. 713-01/12-3/10 z dne 28. 3. 2012, <<https://imss.dz-rs.si/imis/0149ae1fb2dcbce8ae8.pdf>> (1. 10. 2019)

⁴⁸ Uradni list RS, št. 51/06 – uradno prečiščeno besedilo, 117/06 – ZDavP-2, 23/14, 50/14, 19/15 – odl. US, 102/15 in 7/18.

⁴⁹ Glej magnetogram 5. nujne seje Odbora za notranje zadeve, javno upravo in lokalno samoupravo z dne 2. 10. 2014.

sprejel,⁵⁰ s predlogom za začasno zadržanje pa se je v svojem mnenju strinjala Vlada. Ustavno sodišče je do svoje končne odločitve zadržalo izvajanje izpodbijanih določb ZDIJZ.⁵¹

5. Namen odgovora Državnega zbora v ustavnem sporu

Odgovor v ustavnem sporu za Državni zbor je sočasno njegova dolžnost in pravica. Po eni strani se z odgovorom Državnega zbora izpolnjuje pojasnjevalna dolžnost do Ustavnega sodišča, ki mu morajo državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil na njegovo zahtevo dajati podatke, spise in listine na vpogled, sodišča pa tudi pravno pomoč.⁵² V ZUstS je pravica sodnika poročevalca Ustavnega sodišča zbrati podatke in pojasnila, ki so potrebni za odločitev, ali naj Ustavno sodišče začne postopek, posebej poudarjena v postopku preizkusa pobude.⁵³ Na splošno pa je pojasnjevalna dolžnost Državnega zbora urejena v PoDZ-1 z načelom javnosti njegovega dela.⁵⁴ Državni zbor obvešča javnost o svojem delu ter o odločitvah in stališčih glede zadev, ki jih obravnava.⁵⁵ Predlogi aktov in druga gradiva, ki jih obravnava, se objavijo na spletnih straneh Državnega zbora. Izjema je dopuščena, kadar gradivo vsebuje tajne ali druge podatke, ki so varovani na podlagi zakona ali drugega predpisa.⁵⁶ Seje Državnega zbora in delovnih teles so javne.⁵⁷ Izvirniki zakonov in vse gradivo, ki so ga obravnavali Državni zbor ali njegova delovna telesa, se hranijo v njegovem arhivu. Tam se hranijo tudi dobesečni zapisi (zvočni zapisi in njihov prepisi) sej Državnega zbora in njegovih delovnih teles ter drugo gradivo, za katero tako določi predsednik Državnega zbora ali predsednik delovnega telesa.⁵⁸ Zvočni zapisi sej se hranijo najmanj štiri leta. O arhiviranju in rokih hranjenja gradiva in zvočnih zapisov izda natančnejša navodila generalni sekretar.⁵⁹

Po drugi strani odgovor zagotavlja Državnemu zboru pravico do izjave v ustavnem sporu. V preteklosti Državni zbor te pravice večkrat ni uporabil. Kriterij, ali je Državni zbor odgovoril na zahtevo oziroma pobudo, namreč ne vpliva na presojo Ustavnega sodišča, ali je zakon skladen z Ustavo.

⁵⁰ Glej Poročilo Odbora za notranje zadeve, javno upravo in lokalno samoupravo št. 010-01/14-0023/0006 z dne 2. 10. 2014, <<https://www.dz-rs.si/wps/myportal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=VII&type=pmagdt&xuid=D3EF8C3D55A9DC06C1257D65002F3745>> (1. 10. 2019).

⁵¹ Glej sklep US RS U-I-201/14, U-I-202/14 z dne 2. 10. 2014.

⁵² Glej 5. člen ZUstS.

⁵³ Prvi odstavek 26. člena ZUstS.

⁵⁴ Glej 5. člen PoDZ-1.

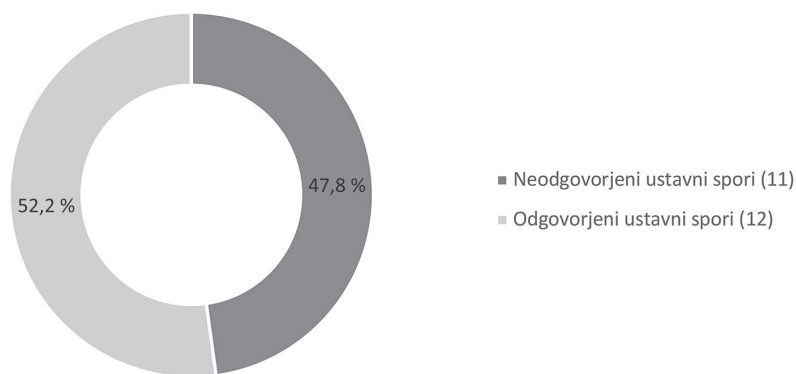
⁵⁵ Prvi odstavek 100. člena PoDZ-1.

⁵⁶ Drugi odstavek 100. člena PoDZ-1.

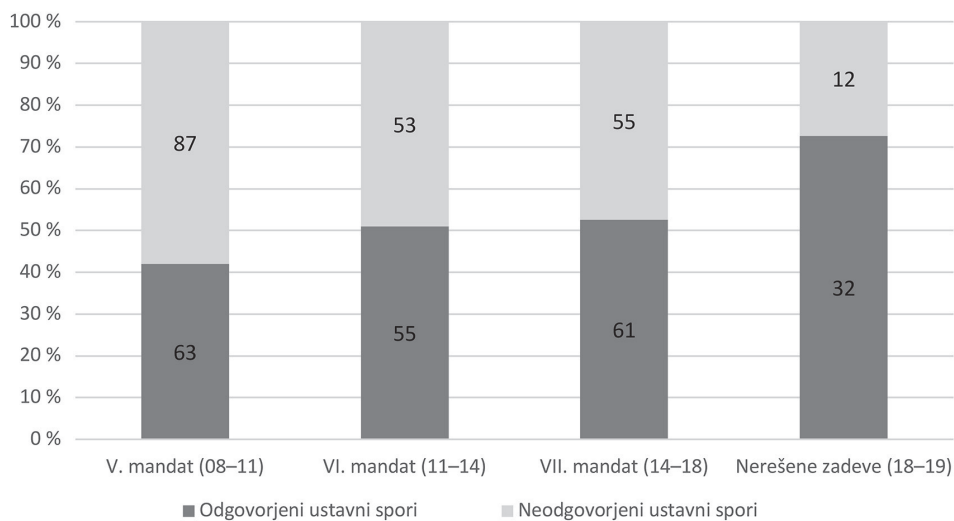
⁵⁷ Prvi odstavek 101. člena PoDZ-1.

⁵⁸ Prvi odstavek 105. člena PoDZ-1.

⁵⁹ Drugi odstavek 105. člena PoDZ-1.



Slika 1: Vpliv pasivnosti Državnega zbora na odločitev Ustavnega sodišča v ustavnem sporu, da je izpodbijani zakon skladen z Ustavo, v VII. mandatu



Slika 2: Rast deleža odgovorjenih ustavnih sporov v primerjavi z deležem neodgovorjenih iz mandata v mandat za rešene in nerešene (tj. odprte) ustavne spore

Kljub temu v zadnjem času narašča število ustavnih sporov, v katerih Državni zbor odgovori na pobudo oziroma zahtevo. Razlog za to je verjetno v večjem zavedanju pomena odgovora Državnega zbora v ustavnem sporu. V sistemu zavor in ravnesij v okviru načela delitve oblasti je aktivnost Državnega zbora v razmerju do Ustavnega sodišča večinoma primernejša od pasivnosti, čeprav so lahko navedbe v samem odgovoru izpodbijanemu zakonu tudi v škodo. Treba je namreč razlikovati med samim odgovorom Državnega zbora ter obrazložitvijo odgovora, ki jo Ustavno sodišče upošteva po prostem prepričanju, in če gre za dejanska vprašanja, ob uporabi pravil o dokaznem bremenu.⁶⁰ Obrazložitev v odgovoru se lahko nanaša na obseg relevantne ustavne določbe ali na pomen in namen izpodbijane zakonske določbe.

Mnenje o skladnosti predloga zakona z Ustavo v ustavnem sporu lahko pripomore k oblikovanju zgornje premise ustavnosodne presoje.⁶¹ Mnenje o skladnosti predloga zakona s pravnim sistemom pa lahko pripomore k oblikovanju spodnje premise ustavnosodne presoje.⁶² Za kvalitetno ustavnosodno presojo je pomembno, da odgovor Državnega zbora napolni predvsem spodnjo premiso; torej da vsebuje razloge, ki so zakonodajalca vodili k sprejetju izpodbijane zakonske določbe, vključno s pojasnilom, zakaj se ni odločil za v pravnem redu mogoče alternativne predloge.

Primerjava nalog ZPS v zakonodajnem postopku s pristojnostmi Ustavnega sodišča pokaže, da mnenja o skladnosti predlogov zakonov z Ustavo po eni strani zakonodajalca opozarjajo na odprta ustavnopravna vprašanja, ki bi se Ustavnemu sodišču lahko pojavila pri vsebinski presoji skladnosti izpodbijane zakonske določbe z vidika neke človekove pravice oziroma ustavnega načela. Po drugi strani zakonodajalca spodbujajo, da v mejnih primerih svojo odločitev dodatno obrazloži.

Z vidika zgornje premise ustavnosodne presoje (v zakonodajnem postopku gre za mnenje o skladnosti predloga zakona z Ustavo) to na primer pomeni, da lahko ZPS zakonodajalca opozori, naj pojasni, katerim ciljem sledi s predlagano zakonsko določbo. Ustavno sodišče v okviru testa legitimnosti namreč presoja, ali je zakonodajalčev cilj ustavno dopusten.⁶³ ZPS lahko tudi opozori, da predlagana zakonska določba posega v kako človekovo pravico. Ustavno sodišče v okviru tretjega vidika strogega testa sorazmernosti namreč presoja, ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale.⁶⁴ Prav tako lahko ZPS z vidika splošnega načela enakosti pred

⁶⁰ Primerjaj 214. in 215. člen ZPP v povezavi s prvim odstavkom 6. člena ZUstS.

⁶¹ V zgornji premisi ustavnosodne presoje ima najpomembnejše mesto Ustava, sledijo ji ratificirane mednarodne pogodbe. Glej Sovdat, str. 87.

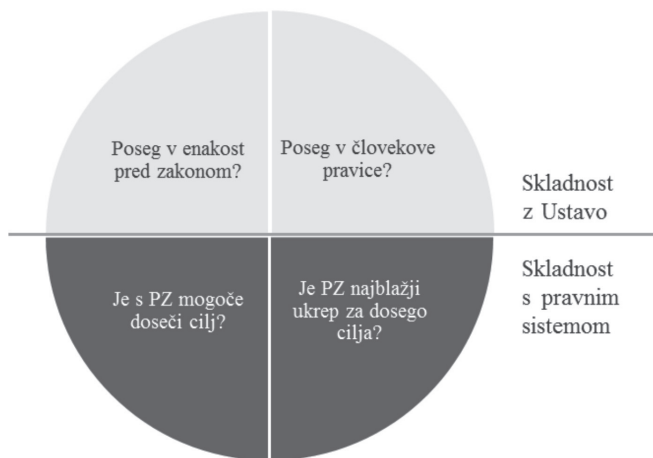
⁶² V spodnji premisi ustavnosodne presoje imajo najpomembnejše mesto zakoni, sledijo ji podzakonski predpisi, predpisi lokalnih skupnosti in splošni akti, izdani za izvrševanje javnih pooblastil. Glej Sovdat, str. 87.

⁶³ Glej odločbo US RS U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011.

⁶⁴ Glej odločbo US RS U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003.

zakonom na primer opozori, da predlog zakonske določbe različno ureja enake pravne položaje. Ustavno sodišče v okviru prvega vidika testa razumnosti namreč presoja, ali je razlog, ki je po mnenju zakonodajalca narekoval razlikovanje med pravnimi položaji, razumen.⁶⁵

Z vidika spodnje premise ustavnosodne presoje (v zakonodajnem postopku gre za mnenje o skladnosti predloga zakona s pravnim sistemom) lahko ZPS zakonodajalca opozori, da v pravnem sistemu obstajajo še drugi (milejši) zakonski ukrepi, s katerimi je cilj mogoče doseči brez posega ali z blažjim posegom v človekove pravice.⁶⁶ Ustavno sodišče v okviru prvega vidika strogega testa sorazmernosti namreč presoja, ali je ocenjevani zakonski ukrep nujen za doseg zakonodajalčevega cilja. ZPS lahko zakonodajalca tudi opozori, da bo predlagana zakonska določba v praksi predvidoma dosegla drugačen cilj od tistega, ki mu sledi zakonodajalec. Ustavno sodišče v okviru drugega vidika strogega testa sorazmernosti namreč presoja, ali je ocenjevani zakonski ukrep primeren za doseg zakonodajalčevega cilja.⁶⁷ ZPS lahko zakonodajalca prav tako opozori, da so pravni položaji, za katere se predvideva različno pravno urejanje, v obstoječi zakonodaji urejeni kot enoten pravni institut. Ustavno sodišče v okviru drugega vidika testa razumnosti namreč presoja, ali je razlog, ki je narekoval razlikovanje med temi pravnimi položaji, stvarno utemeljen glede na predmet zakonodajnega urejanja in cilje, ki jih želi zakonodajalec pri tem doseči.⁶⁸



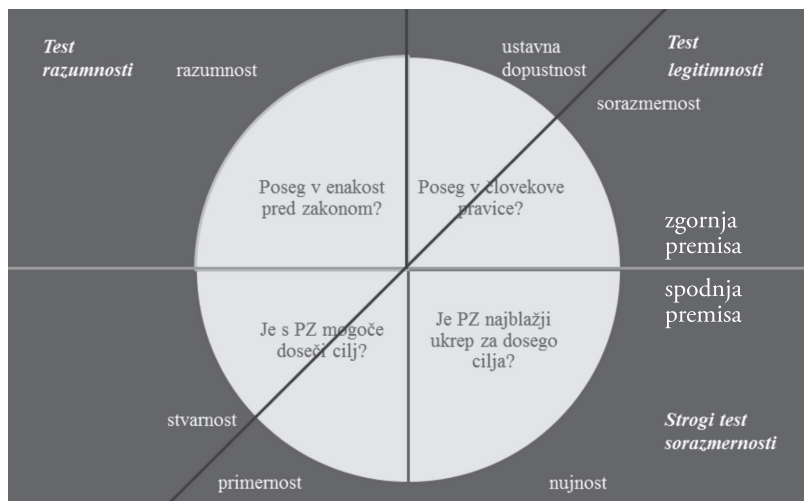
Slika 3: Prikaz dveh nalog ZPS v zakonodajnem postopku, ključnih za poznejši ustavni spor

⁶⁵ Glej odločbo US RS U-I-57/15, U-I-2/16 z dne 14. 4. 2016.

⁶⁶ Glej odločbo US RS U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003.

⁶⁷ Glej odločbo US RS U-I-18/02.

⁶⁸ Glej odločbo US RS U-I-57/15, U-I-2/16.



Slika 4: Umestitev testov legitimnosti, razumnosti in sorazmernosti v zgornjo in spodnjo premiso ustavnosodne presoje

6. Rok za odgovor Državnega zbora v ustavnem sporu

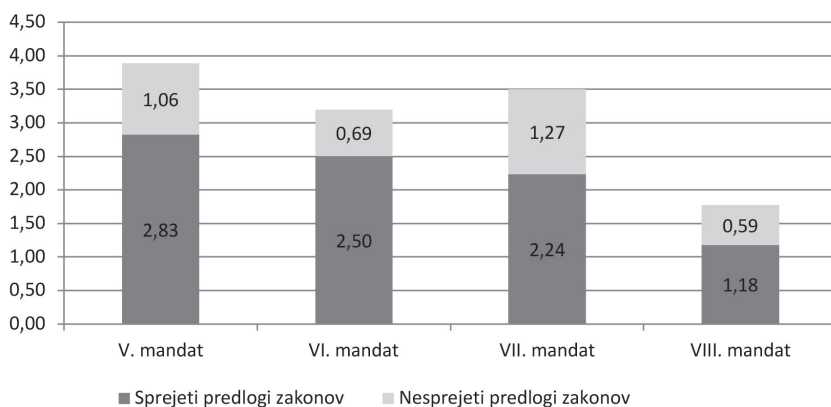
Državni zbor mora imeti v ustavnem sporu primeren rok za odgovor.⁶⁹ V praksi Ustavno sodišče primernost roka določi le po kriteriju vrste zadeve, ki je v ustavni presoji. Za neprednostne in prednostne zadeve tako določa šestdesetdnevni rok, za absolutno prednostne zadeve pa tridesetdnevne. Za predloge za začasno zadržanje lahko določi tudi krajši rok (navadno osem dnevnega). Ustavno sodišče pri določanju konkretnih rokov za odgovor Državnega zbora ne upošteva posebnih okoliščin, v katerih ni mogoče sklicevati rednih sej matičnih delovnih teles (npr. razpust parlamenta, konstituiranje parlamenta, parlamentarne počitnice),⁷⁰ zaradi česar se čas priprave odgovora podaljša. Predsednik Državnega zbora ima zato možnost, da Ustavnemu sodišču predlaga podaljšanje roka za odgovor, če predsednik matičnega delovnega telesa ugotovi, da obravnave ne bo mogoče opraviti v roku, ki ga je za odgovor določilo Ustavno sodišče.⁷¹

⁶⁹ Glej prvi odstavek 28. člena ZUstS.

⁷⁰ Primerjaj drugi odstavek 57. člena PoDZ-1, po katerem ima Državni zbor redne seje v času rednih letnih zasedanj praviloma vsak mesec v zadnjih sedmih delovnih dneh.

⁷¹ Glej tretji odstavek 265. člena PoDZ-1.

V parlamentarni praksi predlogov za podaljšanje instrukcijskega roka za odgovor Državnega zbora ni veliko. Čeprav se Državni zbor s tem izpostavi nevarnosti, da bo Ustavno sodišče po poteku roka za odgovor odločilo brez njegovega odgovora, se to tveganje zaradi sodnih zaostankov na Ustavnem sodišču običajno ne uresniči. Časovna analiza priprave odgovorov Državnega zbora kaže, da je v preteklem mandatu Državni zbor pri približno polovici odgovorov prekoračil rok, ki ga je določilo Ustavno sodišče. Navadno je prekoračitev roka za odgovor odvisna od sočasne intenzitete zakonodajne aktivnosti. Če je ZPS zaposlena s pripravo mnenj k predlogom zakonov v zakonodajnem postopku, kjer so njena mnenja obvezna in roka za oddajo mnenja ni mogoče podaljšati, se čas za pripravo mnenja v ustavnem sporu ustrezno zamakne v obdobje manjše zakonodajne aktivnosti. Statistično se sicer zakonodajna aktivnost iz mandata v mandat zmanjšuje, kar ZPS omogoča, da čas, ki ga je prej namenjala pripravi mnenj v zakonodajnem postopku, preusmeri v pripravo mnenj v ustavnih sporih.



Slika 5: Trend upadanja števila (sprejetih) predlogov zakonov v zakonodajnem postopku na teden po mandatih

7. Upoštevanje odgovora Državnega zbora v ustavnem sporu

Državni zbor v ustavnem sporu nastopa kot nasprotni udeleženec v postopku. V tem postopku ne izvaja svoje zakonodajne funkcije določanja pravic in obveznosti posameznikov⁷² niti v razmerju do Ustavnega sodišča ne deluje kot oblastna institucija, zato v tem okviru ne deluje *ex iure imperii*.⁷³ Kadar pa pravne osebe javnega prava delujejo v prirejenih razmerjih

⁷² Glej 87. člen Ustave.

⁷³ Sklep US RS U-I-157/16, Up-729/16, Up-55/17 z dne 19. 4. 2018.

zasebnopravnega značaja (*ex iure gestionis*), so po presoji Ustavnega sodišča nosilke temeljnih ustavnih procesnih jamstev iz 22., 23. in 25. člena Ustave.⁷⁴ Smisel priznanja ustavnih pravic pravnim osebam javnega prava je v teh primerih zagotoviti temeljno procesno ravnotežje med procesno prirejenima strankama in preprečiti izkrivljeno delovanje mehanizma sodnih postopkov zaradi varstva načel pravne države.⁷⁵

Po presoji Ustavnega sodišča je postopek naknadne kontrole ustavnosti zakonov zasnovan kot kontradiktoren postopek, torej kot spor, v katerem se predlagateljevi argumenti o neskladju predpisa z Ustavo soočijo z argumenti organa, ki tak predpis sprejme.⁷⁶ Zato lahko Ustavno sodišče odloči o stvari le, če je bila nasprotnemu udeležencu dana možnost izjave.⁷⁷ V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojjo je pravica do kontradiktornega postopka, v katerem mora biti vsaki stranki zagotovljena pravica do izjavljanja, del pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Tej pravici stranke pa ustreza obveznost sodišča, da se z navedbami stranke seznani ter da se, če so dopustne in za odločitev v zadevi bistvene, do njih v obrazložitvi svoje odločbe tudi opredeli.⁷⁸ Pravica do izjavljanja in njej odgovarjajoča obveznost sodišča se nanašata tudi na pravna vprašanja, pri čemer sodišče ni dolžno posebej odgovarjati na vsak pravni argument stranke, mora pa se opredeliti vsaj do nosilnega pravnega naziranja stranke, ki je dovolj argumentirano, ki ni očitno neutemeljeno in ki za odločitev v zadevi po razumni presoji sodišča ni irelevantno. Sodišče mora v sodbi konkretno in zadosti jasno navesti in obrazložiti: (a) formalne pravne vire, na podlagi katerih je izpeljalo svojo odločitev, (b) ugotovljena dejstva in dokaze, na katerih ta dejstva temeljijo, ter (c) utemeljitev oblikovanja zgornje in spodnje premise pravnega silogizma in podreditev spodnje premise zgornji. Tako obrazložena sodna odločba je bistven del poštenega postopka, ki je varovan s pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Le taka obrazložitev namreč zagotavlja uvid v razloge za odločitev, pri čemer je ta uvid še posebej pomemben za stranko, ki v postopku odločanja o svoji pravici, obveznosti ali pravnem interesu ni bila uspešna. Za zagotovitev človekove pravice do poštenega postopka je velikega pomena, da stranka lahko spozna razloge za odločitev, ki ima vpliv na njen pravni položaj. Poleg tega je ustrezna obrazložitev pogoj za preizkus razumnosti sprejete odločitve.⁷⁹

Za zagotovitev ustavne pravice do poštenega sojenja in tudi za zagotovitev zaupanja v sodstvo je po presoji Ustavnega sodišča zelo pomembno, da stranka lahko spozna, da se je sodišče z njenimi argumenti seznanilo in jih obravnavalo, in da ne ostane v dvomu, ali jih sodišče morda

⁷⁴ Prav tam.

⁷⁵ Sklep US RS U-I-157/16, Up-729/16, Up-55/17.

⁷⁶ Glej sklep US RS U-I-249/14 z dne 1. 12. 2016.

⁷⁷ Četrty odstavek 26. člena ZUstS.

⁷⁸ Odločba US RS Up-373/97 z dne 22. 2. 2001.

⁷⁹ Odločba US RS Up-103/14 z dne 6. 6. 2018.

ni kar prezrlo.⁸⁰ Stranka je za pravico do izjave prikrajšana tudi v primerih, ko sodišče v sodni odločbi v nasprotju s podatki spisa ugotovi, da stranka ni odgovorila na vloženo pravno sredstvo, zato Ustavno sodišče v takih primerih ugotovi, da je bil kršen 22. člen Ustave.⁸¹

V nadaljevanju sta obravnavani različni situaciji, v katerih se zastavlja vprašanje, ali je Ustavno sodišče v postopku ustavnega spora spoštovalo ustavna procesna jamstva, ki jih jamči 22. člen Ustave. Prva situacija se nanaša na vprašanje, ali Ustavno sodišče pri meritornem odločanju upošteva, da je Državni zbor odgovoril na zahtevo oziroma pobudo, poslano v odgovor. Druga situacija se nanaša na vprašanje, ali Ustavno sodišče odgovor Državnega zbora upošteva že pri presoji, ali naj meritorno odloči.

8. Ali se (ne)odgovor Državnega zbora upošteva v odločbi Ustavnega sodišča

V dosednji ustavnosodni presoji lahko najdemo primere, v katerih je Ustavno sodišče pri povzemanju navedb strank v ustavnem sporu zapisalo, da Državni zbor ni odgovoril na pobudo oziroma zahtevo, čeprav podatki iz postopka pred Državnim zborom kažejo, da je bil odgovor Ustavnemu sodišču poslan. Zato bi bili primeri lahko sporni z vidika pravice do izjave, ki je del poštenega postopka iz 22. člena Ustave. S tega vidika najmanj problematična je bila zadeva, v kateri Ustavno sodišče ni upoštevalo odgovora Državnega zbora iz povezanega postopka. Šlo je za zahtevo Okrajnega sodišča v Ljubljani za presajo ustavnosti Zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (ZPŠOIRSP),⁸² ki sta na Ustavno sodišče prispeli na isti dan. ZPS je pripravila mnenje v zahtevi U-I-204/16,⁸³ v kateri je bil zaradi varstva osebnih podatkov prikrit podatek o višini zahtevane denarne odškodnine, na zadevo U-I-173/16 pa ni odgovorila. Ustavno sodišče je prvo zahtevo zavrglo, ker je tožnik v prekinjeni pravdni zadevi postavil tožbeni zahtevek, ki ne presega zakonske omejitve glede višine denarne odškodnine iz 12. člena ZPŠOIRSP, in posledično ni bila izpolnjena pravovarstvena potreba predlagatelja za odločitev Ustavnega sodišča.⁸⁴ Po drugi strani je v zadevi U-I-173/16 izpodbijano ureditev razveljavilo, kolikor se je nanašala na oškodovance, ki so odškodninske zahtevke zoper državo vložili pred začetkom uporabe tega zako-

⁸⁰ Odločba US RS Up-373/97.

⁸¹ Odločba US RS Up-1467/09 z dne 30. 9. 2010.

⁸² Uradni list RS, št. 99/13.

⁸³ Mnenje ZPS je objavljeno na <<https://www.dz-rs.si/wps/myportal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=VII&type=dt&uid=D5B2A68DCEAC85D1C12580ED0049AD9A>> (1. 10. 2019).

⁸⁴ Sklep US RS U-I-204/16 z dne 15. 3. 2018.

na in katerih zahtevki do tedaj niso zastarali.⁸⁵ Ustavno sodišče je v obrazložitvi navedlo, da Državni zbor na zahtevo ni odgovoril, kar je s formalnega vidika povsem nesporno. Vprašanje pa je, ali se ob zaznavi problema opisana situacija ne bi dala rešiti bolj življenjsko, na primer s pošiljanjem dopisa za dopolnitev odgovora.⁸⁶

Bolj problematična z vidika formalne skladnosti z 22. členom Ustave je bila zadeva, v kateri Ustavno sodišče ni upoštevalo odgovora Državnega zbora v istem postopku glede procesnih predpostavk. Šlo je za pobudo Strokovnega združenja zasebnih zdravnikov in zobozdravnikov Slovenije za začetek postopka za oceno ustavnosti druge povedi drugega odstavka 3. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti (ZZDej)⁸⁷ in predlog za začasno zadržanje izpodbijane določbe. ZPS je primarno podala mnenje o izpolnjenosti procesnih predpostavk pobudnikov za izpodbijanje posameznih zakonskih določb, sekundarno pa mnenje o njihovem predlogu za zadržanje teh določb.⁸⁸ Ustavno sodišče je izpodbijano ureditev deloma razveljavilo, v obrazložitvi pa navedlo, da Državni zbor na pobudo ni odgovoril.⁸⁹

Sporna z vidika skladnosti z 22. členom Ustave je bila tudi zadeva, v kateri Ustavno sodišče ni upoštevalo odgovora Državnega zbora v istem postopku glede vsebinskih navedb. Šlo je za zahtevo Vrhovnega sodišča za oceno ustavnosti drugega stavka drugega odstavka 75. člena Zakona o prevzemih (ZPre-1).⁹⁰ ZPS je menila, da izpodbijana ureditev ni v neskladju z Ustavo, vendar Odbor za gospodarstvo njenega mnenja ni sprejel. V odgovoru Državnega zbora je izrecno zapisal, da Odbor podpira stališča, izražena v zahtevi Vrhovnega sodišča. Ustavno sodišče je kljub temu ugotovilo, da ureditev ni v neskladju z Ustavo, pri povzemanju navedb strank v delu A obrazložitve odločbe pa je zgolj navedlo, da je Državni zbor »odgovoril le, da podpira stališča, izražena v zahtevi«.⁹¹

Zastavlja se vprašanje, ali je takšno ravnanje Ustavnega sodišča skladno z ustaljeno ustavnosodno presojo, da se je sodišče dolžno opredeliti do navedb stranke, ki so dopustne in za odločitev v zadevi bistvene. Ustavno sodišče ni pojasnilo, kje v Ustavi ali v ZUstS je vsebovana pravna podlaga, da lahko izpodbijani zakon, glede katerega med strankama v postopku ni

⁸⁵ Odločba US RS U-I-80/16, U-I-166/16, U-I-173/16 z dne 15. 3. 2018.

⁸⁶ Glej prvi odstavek 28. člena ZUstS.

⁸⁷ Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13, 88/16 – ZdZPZD in 64/17.

⁸⁸ Mnenje ZPS je objavljeno na spletni strani <<https://www.dz-rs.si/wps/myportal/Home/deloDZ/seje/izbranaSejaDr?mandat=VII&seja=20%20038.%20Nujna&eklop=tocke>> in <<https://www.dz-rs.si/wps/myportal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=VII&type=pmagdt&cuid=9B41400C935C416AC125821200346410>> (1. 10. 2019).

⁸⁹ Odločba US RS U-I-194/17 z dne 15. 11. 2018.

⁹⁰ Uradni list RS, št. 79/06, 67/07 – ZTFI, 1/08, 68/08 in 35/11 – ORZPre75.

⁹¹ Glej odločbo US RS U-I-123/11 z dne 8. 3. 2012.

spora o njegovi protiustavnosti, spozna za skladnega z Ustavo. Prav tako ni pojasnilo, zakaj ob neobstoju ureditve tega procesnega vprašanja v ZUstS ni smiselno uporabilo določb zakonov, ki urejajo postopke pred sodišči.⁹² Če namreč Ustavno sodišče ustavni spor razume kot kontradiktorni spor o ustavnosti izpodbijanega predpisa, bi moralo namreč tako izjavo presojati glede na smiselno uporabo določb Zakona o pravdnem postopku (ZPP).⁹³ Taka izjava bi lahko pomenila pripoznanje nasprotnikovega zahtevka, ki ga je sodišče načeloma dolžno priznati, razen če nasprotuje prisilnim predpisom ali moralnim pravilom.⁹⁴ V obrazložitvi odločbe je kakršnakoli opredelitev v zvezi s to izjavo izostala.

Podobna situacija je bila pri zahtevi Višjega sodišča v Ljubljani za oceno ustavnosti Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP),⁹⁵ kjer Državni zbor ni odgovoril na zahtevo niti ni Vlada poslala mnenja. Kljub temu je Ustavno sodišče spet ugotovilo, da je ureditev skladna z Ustavo.⁹⁶ Tudi v tej obrazložitvi odločbe se ni dotaknilo vprašanja, ali bi lahko molk Državnega zbora kot nasprotnega udeleženca in Vlade glede razlogov protiustavnosti izpodbijanih zakonskih določb (spodnja premisa ustavnosodne presoje) v ustavnem sporu opredelili za dejansko vprašanje in v tem okviru dejstva, ki jih stranka ne zanika in ki se glede na smiselno uporabo določb ZPP štejejo za priznana.⁹⁷ Ustavno sodišče se prav tako ne bi moglo sklicevati na določbe ZUstS, ki odgovarjajo na pravno vprašanje, ali je Ustavno sodišče pri odločanju o ustavnosti predpisa vezano na predlog iz zahteve oziroma pobude. Ustavno sodišče namreč lahko oceni tudi ustavnost določb istega ali drugega predpisa, katerih ocena ustavnosti ni bila predlagana, če so te določbe v medsebojni zvezi ali če je to nujno za rešitev zadeve.⁹⁸ Poleg tega lahko Ustavno sodišče namesto razveljavitvene sprejme ugotovitveno odločbo, če oceni, da je zakon protiustaven zato, ker vprašanja, ki bi ga moral urediti, ne ureja ali ga ureja tako, da ne omogoča razveljavitve.⁹⁹ Izven tega okvira pa ZUstS ne daje pravne podlage, da bi Ustavno sodišče odločilo diametralno nasprotno, kot je predlagal predlagatelj oziroma pobudnik, to je da bi namesto razveljavitvene odločbe sprejelo odločbo o ugotovitvi, da zakon ni v neskladju z Ustavo.

⁹² Prvi odstavek 6. člena ZUstS.

⁹³ 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, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17 in 16/19 – ZNP-1. Glej prvi odstavek 6. člena ZUstS.

⁹⁴ Drugi in tretji odstavek 3. člena ZUstS.

⁹⁵ Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo in 10/15 – popr.

⁹⁶ Glej odločbo US RS U-I-220/14, U-I-161/14, U-I-21/15, U-I-30/15, U-I-59/15.

⁹⁷ Primerjaj drugi odstavek 214. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 6. člena ZUstS.

⁹⁸ Člen 30 ZUstS.

⁹⁹ Prvi odstavek 48. člena ZUstS.

Navedeni primeri so v dosedanji ustavnosodni presoji zelo redki. Ob obstoječem razumevanju presoje ustavnosti zakonov kot kontradiktornega spora med strankama pa načenjajo vprašanje, koliko naj se načelo kontradiktornosti upošteva v ustavnem sporu, zlasti glede upoštevanja navedb nasprotnega udeleženca pri odločitvah Ustavnega sodišča.

9. Ali se odgovor Državnega zbora upošteva v sklepu Ustavnega sodišča

Vprašanje, ali se odgovori Državnega zbora upoštevajo v sklepih Ustavnega sodišča, je za ZPS pomembno s systemskega vidika. Med pobudami oziroma zahtevami za oceno ustavnosti zakonov, ki so poslane v odgovor Državnemu zboru, se jih namreč kar 40 odstotkov konča s procesnim sklepom, čeprav se kontradiktornost v ustavnem sporu praviloma vzpostavi šele po preverjanju, ali so izpolnjene procesne predpostavke za meritorno odločanje. Stališče Ustavnega sodišča, da na obstoj procesnih predpostavk pazi ves čas postopka,¹⁰⁰ se namreč nanaša le na presojo izpolnjenosti procesne predpostavke pravnega interesa v ustavnih pritožbah¹⁰¹ in pobudah¹⁰² ter na presojo procesne predpostavke upravičenega predlagatelja v zahtevah, ki jih je vložila skupina poslancev.¹⁰³ Le v navedenih dveh primerih se namreč dejanske okoliščine, ki vplivajo na izpolnjevanje procesne predpostavke, lahko spremenijo po vložitvi ustavne pritožbe oziroma zahteve. V drugih primerih pa se dejanske okoliščine, povezane z izpolnjenostjo procesnih predpostavk, med postopkom pred Ustavnim sodiščem ne spreminjajo. Zato ni videti razloga, da Ustavno sodišče teh predpostavk ne bi preverilo že pred vzpostavitvijo kontradiktornosti. To je zlasti očitno pri zahtevah za oceno ustavnosti, kjer je v praksi – drugače kakor pri pobudah za začetek postopka za oceno ustavnosti – vzpostavljen sistem avtomatičnega vzpostavljanja kontradiktornosti. Avtomatizem je vzpostavljen, čeprav za predlagatelje, ki so v nasprotju s pobudniki kvalificirani udeleženci postopka za oceno ustavnosti predpisov s privilegiranim dostopom do Ustavnega sodišča, velja strožji standard pri utemeljevanju procesnih predpostavk. Ustavno sodišče tako pričakuje, da so njihove vloge jasne, popolne in kvalitetno obrazložene. To se pričakuje tako pri utemeljitvi procesnih predpostavk kot pri obrazložitvi vsebinskih očitkov protiustavnosti in nezakonitosti prepisov. Kvalificirani predlagatelji morajo navesti podatke o izpolnjevanju pogojev za vložitev zahteve, določenih z zakonom.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Glej odločbo US RS Up-314/99 z dne 12. 7. 2001.

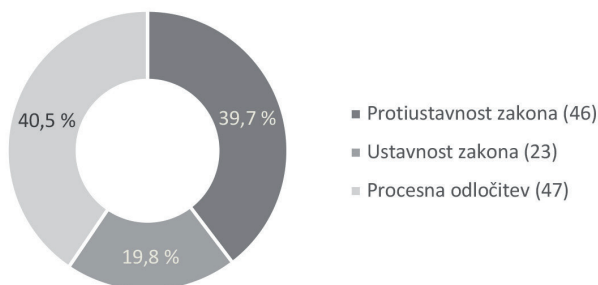
¹⁰¹ Glej odločbo US RS U-I-172/05 z dne 23. 3. 2006 ter sklepa Up-345/09 in Up-346/09, U-I-161/09 z dne 18. 3. 2010, U-I-403/02 z dne 12. 12. 2002.

¹⁰² Glej sklep US RS U-I-110/00 z dne 12. 12. 2002.

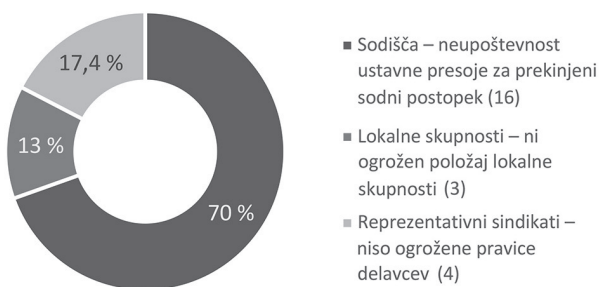
¹⁰³ Glej sklep US RS U-I-79/13 z dne 22. 1. 2015.

¹⁰⁴ Glej četrto alinejo prvega odstavka 24.b člena ZUstS in primerjaj odločbo US RS U-I-22/15 z dne 27. 3. 2019.

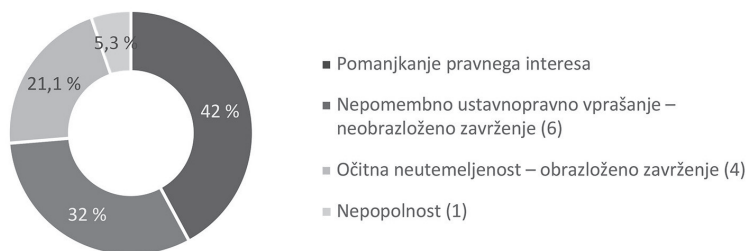
Ustavno sodišče pred pošiljanjem zahteve v odgovor Državnemu zboru torej ne preverja, ali je sodišče pojasnilo, zakaj mora uporabiti zakonsko ureditev na način, ki mu preprečuje ustavnoskladno odločitev; ali je predstavniški organ samoupravne lokalne skupnosti izkazal, da izpodbijane zakonske določbe posegajo v ustavni položaj ali v ustavne pravice samoupravne lokalne skupnosti; oziroma ali je reprezentativni sindikat za območje države za posamezno dejavnost ali poklic izkazal, da izpodbijane zakonske določbe ogrožajo pravice delavcev.



Slika 6: Vrsta odločitve Ustavnega sodišča v ustavnih sporih, ki so bili poslani v odgovor Državnemu zboru, v VII. mandatu

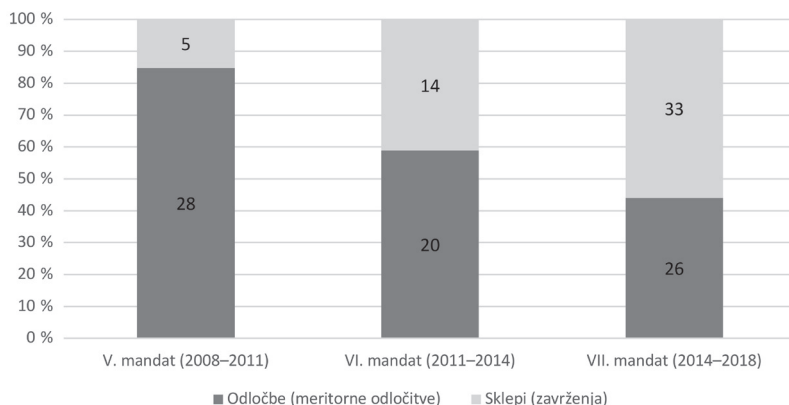


Slika 7: Vrsta procesne odločitve Ustavnega sodišča (brez ustavitve postopka) v ustavnih sporih, začelih z zahtevo, v VII. mandatu



Slika 8: Vrsta procesne odločitve (brez ustavitve postopka) Ustavnega sodišča v ustavnih sporih, začetih s sklepom o sprejemu pobude v obravnavo, v VII. mandatu

Statistična analiza ustavnih sporov, ki so bili poslani v odgovor Državnemu zboru, kaže na trend povečevanja števila zavrženj zlasti pri zahtevah sodišč. V teh primerih Ustavno sodišče zahteve največkrat zavrže, ker sodišča niso izpolnila zahteve po upoštevnosti izpodbijane zakonske določbe za prekinjeni sodni postopek.¹⁰⁵ Izpodbijana zakonska določba mora biti za odločitev sodišča namreč upoštevana v smislu, da mora sodišče nanjo opreti svojo (materialno ali procesno) odločitev.¹⁰⁶ Če Ustavno sodišče ugotovi, da sodišču izpodbijane določbe v sodnem postopku ni treba uporabiti ali je sploh ne bi moglo uporabiti, zahtevo sodišča zavrže.¹⁰⁷



Slika 9: Trend večanja števila zahtev, poslanih v odgovor Državnemu zboru, ki jih Ustavno sodišče v ustavnem sporu zavrže, po mandatih

¹⁰⁵ Glej Testen, v: Šturm, str. 1052.

¹⁰⁶ Primerjaj sklep US RS U-I-205/13 z dne 18. 9. 2013.

¹⁰⁷ Glej na primer odločbi U-I-85/09 z dne 21. 9. 2010 in U-I-290/12 z dne 25. 4. 2013.

Glede na navedeno se zastavlja vprašanje, ali je avtomatizem vzpostavljanja kontradiktornosti v ustavnih sporih, ki se začnejo z zahtevami, še smiselno. Primarna naloga ZPS, katere mnenja služijo kot vsebinska podlaga odgovorom Državnega zbora v ustavnih sporih, je namreč *ex ante* presoja skladnosti predlogov zakonov z Ustavo.

10. Sklep

Zaradi različne pravne narave spodnje premise presoje ustavnosti v zakonodajnem postopku in v ustavnem sporu se skladnost pravno nezavezujočih predlogov zakonov z Ustavo lahko presoja širše od presoje skladnosti pravno zavezujočih zakonov z Ustavo. Zlasti mnenje ZPS v ustavnem sporu nadgradi mnenje ZPS iz zakonodajnega postopka, kadar ZPS v zakonodajnem postopku izpostavi ustavnopravna vprašanja, ki jih predlagatelj predloga zakona ne upošteva z vložitvijo amandmaja ali vsaj z dodatnim pojasnilom. ZPS mora namreč zaradi varstva procesnih pravic Državnega zbora pred Ustavnim sodiščem kljub morebitnim opozorilom v zakonodajnem postopku poiskati tudi argumente v prid (že) sprejetega in (še) veljavnega zakona ter kritično oceniti ustavnopravne argumente, ki jih navaja pobudnik oziroma predlagatelj ustavnega spora.

Upoštevajoč, da so mnenja ZPS nujna le za potek zakonodajnega postopka, ne pa tudi za postopek ustavnega spora, so omejene zmogljivosti ZPS najbolj izkoriščene, če Ustavno sodišče odločitev, ali bo začelo vsebinsko presojo izpodbijanega zakona, sprejme pred odločitvijo, ali v ustavnem sporu vzpostaviti kontradiktornost s pošiljanjem zahteve oziroma pobude v odgovor Državnemu zboru.

Predlagane rešitve bi ZPS na kratki rok omogočile, da v polni meri opravlja svoje primarno poslanstvo *ex ante* prizadevanja za skladnost predlogov zakonov z Ustavo. Dolgoročno bi predvidoma zmanjšale tudi pripad ustavnih sporov pred Ustavnim sodiščem, ki trenutno nima na voljo formalnih mehanizmov, da bi lahko izbiralo zadeve, ki so precedenčno ustavnopravno pomembne za njegovo obvezujočo *ex post* presojo skladnosti z Ustavo.¹⁰⁸ Skupaj pa bi pomembno prispevale k utrjevanju pravne države in ustavne demokracije.

Viri in literatura

Interna statistika Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora na dan 21. maja 2019.

KURENT, Andreja. Problematičnost amandmajev. *Pravni letopis*, 2018, str. 181–220.

Magnetogram 5. nujne seje Odbora za notranje zadeve, javno upravo in lokalno samoupravo z 2. oktobra 2014, <<https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/evidenca?>

¹⁰⁸ Poročilo o delu Ustavnega sodišča za leto 2018.

- mandat=VII&type=pmagdt&uid=D3EF8C3D55A9DC06C1257D65002F3745> (15. 7. 2019).
- METZGER, Gillian E., in MORRISON, Trevor W. The Presumption of Constitutionality and the Individual Mandate. *Fordham Law Review*, 2013, letn. 81, št. 4, str. 1715–1736.
- NERAD, Sebastian. *Interpretativne odločbe Ustavnega sodišča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2007.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava, prispevek k razumevanju prava, 5., pregledana in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2016.
- POGORELEC, Janez. Vloga strokovnih služb vlade in parlamenta v zakonodajni dejavnosti. V: Štajnpihler, T., Igličar, A., in Pavčnik, M. (ur.), *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2016, str. 21–34.
- Poročilo o delu Ustavnega sodišča za leto 2018, <<https://www.us-rs.si/media/porocilo.o.delu.za.leto.2018.pdf>> (9. 9 2019).
- SOVDAT, Jadranka. *Ustavno procesno pravo: Praktikum*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2015.
- ŠTURM, Lovro (ur.). *Komentar Ustave Republike Slovenije – dopolnitev A*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije, 2011.

Pregledni znanstveni članek
UDK 346.9:340.132

Nomotehnika v gospodarski zakonodaji – pogled iz prakse

TADEJA ZIMA JENULL
univerzitetna diplomirana pravnica
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1. Uvod

Sodnik, ki odloča v gospodarskih zadevah, mora poznati in razlagati zakone, ki urejajo materialno in procesno pravo v gospodarskih sporih, insolvenčnih, nepravdnih in drugih gospodarskih postopkih.

Gospodarsko področje sojenja je široko. Pri odločanju v posamezni vrsti zadev je treba praviloma uporabiti kot pravno podlago več zakonov. Pri tem je zelo pomembno, da so v vseh zakonih spoštovana izhodišča in načela za pripravo predpisov, ki so določena v Resoluciji o normativni dejavnosti (ReNDej).¹

Med več načeli, ki so sicer vsa pomembna, je za sodnika kot uporabnika predpisov najpomembnejše načelo določnosti, ki zahteva pripravo splošno razumljivih in jasnih predpisov, kar zagotavlja pravno varnost, zaupanje v pravo in enakost pred zakonom ter onemogoča različno razlaganje oziroma uporabo predpisov v praksi (peta alineja tretjega odstavka IV. člena ReNDej).

Zelo dobrodošla je opredelitev pojmov na začetku zakona in njihova dosledna uporaba v celotnem pravnem besedilu. Zaradi enakega obravnavanja in odprave dvomov v praksi pa mora biti zakonodajalec posebej pozoren na usklajeno rabo enakih pojmov v različnih pravnih besedilih in na njihov enotni pomen. Zagotoviti je treba, da v različnih predpisih zapisani pojmi vedno označujejo enako vsebino in da se pravnotehnično v enem zakonu že opredeljeni

¹ Uradni list RS, št. 95/09.

(pravnotehnično »zasedeni«) pojmi ne bodo v drugem uporabljali za označevanje drugačnih (različnih) pravnih položajev oziroma z drugačnim pravnim učinkom.

Sodnik mora v posamezni zadevi uporabiti več predpisov, ki se lahko medsebojno prepletajo in dopolnjujejo. Kako mora v takih primerih ustavnopravno skladno razlagati zakon, kakšne težave lahko povzroči neusklajenost normativnih podlag ter kako jih praksa rešuje, bo na posameznih primerih iz sodne prakse predstavljeno v nadaljevanju tega prispevka.

2. Načelo določnosti predpisov

Sodnik mora pri sojenju dosledno upoštevati 3. člen Zakona o sodiščih (ZS),² po katerem je pri opravljanju sodniške funkcije vezan na ustavo in zakon. V skladu z ustavo je vezan tudi na splošna načela mednarodnega prava ter ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe. Če se civilnopravna zadeva ne da rešiti na podlagi veljavnih predpisov, sodnik upošteva predpise, ki urejajo podobne primere. Če je rešitev zadeve kljub temu pravno dvomljiva, odloči skladno s splošnimi načeli pravnega reda v državi. Pri tem upošteva pravno izročilo in utrjena spoznanja pravne vede. Sodnik vselej ravna tako, kot bi imel pred seboj nedoločeno število primerov iste vrste. O pravicah in dolžnostih ter o obtožbah mora odločati brez nepotrebnega odlašanja, neodvisno in nepristransko. Na navedenih podlagah se rešujejo tudi pravni položaji, ki nastajajo zaradi pojmovno neusklajene zakonodaje.

V nadaljevanju prispevka bo najprej predstavljen pojem sojenja brez nepotrebnega odlašanja, ki je izražen v različnih predpisih, in opisano bo, kako vpliva na položaj strank v postopku.

2.1. Nujna zadeva

Sodišča imajo na podlagi 83. člena ZS od 15. julija do 15. avgusta sodne počitnice, kar načeloma pomeni, da v tem času stranka ne prejme sodne odločbe. Procesni roki za stranko ne tečejo. Če je bilo sodno pisanje vročeno, začnejo procesni roki teči prvi naslednji dan, ko se končajo sodne počitnice. To pa ne velja za nujne zadeve, v katerih sodnik odloča tudi v tem obdobju.³ Med takšne zadeve po 8. točki drugega odstavka 83. člena ZS spadajo zadeve prisilne poravnave in stečaja. V nujnih zadevah procesni roki tečejo, kar ima lahko za stranko občutne pravne posledice.

Bistvena je torej natančna opredelitev zadev prisilne poravnave in stečaja ter s tem vrste (nujnih) postopkov na tem področju, v katerih procesni roki tečejo oziroma ne tečejo.

² Uradni list RS, št. 19/94 in nasl.

³ Pojem nujen je v Slovarju slovenskega knjižnega jezika opredeljen kot tak, ki se brez neželenih, neprijetnih posledic ne da, ne sme opustiti, odložiti.

Za opredelitev zadev prisilne poravnave in stečaja (ki se štejejo za nujne) je pomembno, da je v tem delu besedilo 8. točke drugega odstavka 83. člena ZS ostalo nespremenjeno od 28. aprila 1994, ko se je začel uporabljati ZS. V tistem času sta bila pojma prisilne poravnave in stečaja predmet urejanja v takrat veljavnem Zakonu o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL),⁴ ki je nehal veljati 15. januarja 2007. Določitev nujne zadeve v 8. točki drugega odstavka 83. člena ZS je sledila pojmom (postopka) prisilne poravnave in stečaja, kot sta bila opredeljena v prvem odstavku 1. člena ZPPSL. Pojem prenehanja pravne osebe s (prisilno) likvidacijo je bil določen v tretjem odstavku 1. člena ZPPSL, vendar po ZS ta postopek ni bil opredeljen kot nujna zadeva, v kateri roki tečejo med sodnimi počitnicami.

ZPPSL je nadomestil Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP),⁵ ki se je začel uporabljati 1. oktobra 2008 ter ima drugačno (širšo) zasnovo in deloma uporablja drugačne pravne pojme. S tem se odpira vprašanje, ali oziroma za katere druge (nove) postopke po ZFPPIPP velja izjema iz ZS.

ZFPPIPP v 5. členu kot nadpomenko za postopek prisilne poravnave in stečajni postopek določa pojem postopki zaradi insolventnosti, med katere spadajo: (1) postopek prisilne poravnave, (2) postopek poenostavljene prisilne poravnave ter (3) stečajni postopki, in sicer: (a) stečajni postopek nad pravno osebo, (b) postopek osebnega stečaja in (c) postopek stečaja zapuščine. Pri teh zadevah ni dvoma, da se štejejo za nujne po ZS.

ZFPPIPP v 6. členu kot postopka prisilnega prenehanja določa: (1) izbris iz sodnega registra brez likvidacije (ki je obravnavan v nadaljevanju) in (2) prisilno likvidacijo. Za postopek prisilne likvidacije, upoštevajoč, da že po ZPPSL (v povezavi z ZS) ni bila nujna zadeva, še vedno velja, da med take zadeve ne spada.

Pravila o postopkih zaradi insolventnosti pa se po 44.b členu v oddelku 2.3 ZFPPIPP uporabljajo tudi v postopku preventivnega prestrukturiranja,⁶ ki je umeščen v 2. poglavje, to je Finančno poslovanje družb in drugih pravnih oseb. Postopek preventivnega prestrukturiranja se začne, če dolжник še ni postal insolvent in je verjetno, da bo v obdobju enega leta postal (prvi odstavek 44.d člena). Ta postopek ni umeščen med postopke zaradi insolventnosti po 5. členu, zato je načeloma treba sklepati, da ni nujni postopek v smislu 8. točke drugega odstavka 83. člena ZS.

Po drugi strani velja, da mora sodišče po petem odstavku 44.j člena ZFPPIPP sklep o začetku postopka preventivnega prestrukturiranja objaviti isti dan, kot ga je izdalo. Po prvem odstavku

⁴ Uradni list RS, št. 67/93 in nasl.

⁵ Uradni list RS, št. 126/07 in nasl.

⁶ V zakon je bil prvič uvrščen z novelo ZFPPIPP-F (Uradni list RS, št. 100/13), ki je začela veljati 7. 12. 2013.

44.1 člena namreč pravne posledice začetka tega postopka nastanejo z začetkom dneva, ko je bil objavljen sklep o tem.

Začetek postopka preventivnega prestrukturiranja med drugim vpliva na izvršilne postopke in postopke zavarovanja. Po prvem odstavku 44.m člena namreč po začetku postopka preventivnega prestrukturiranja proti dolžniku ni dovoljeno izdati sklepa o izvršbi ali zavarovanju za izterjavo ali zavarovanje terjatve iz tretjega odstavka 44.1 člena tega zakona.

Navedeni postopek je po naravi in učinkih očitno zelo blizu postopku prisilne poravnave in bi ga tudi glede na njegov namen bilo primerno obravnavati kot nujnega. Ker pa gre za nov institut, ki ni izrecno uvrščen med postopke prisilne poravnave in stečaja po ZS ter hkrati presega navedena pojma po ZFPPIPP, ki se le v insolvenčnih postopkih prilegata prejšnjima pojmom iz 1. člena ZPPSL, v tem primeru ne gre za nujno zadevo po 8. točki drugega odstavka 83. člena ZS.⁷

Opisani položaj hkrati kaže, da gre (že z vidika uporabljene terminologije) za neusklajenost pojmovno opredeljene izjeme procesne narave (ZS) z določbami matičnega predpisa, ki (drugače) ureja vrste postopkov, za katere take izjeme veljajo.

Glede na mejno naravo postopka preventivnega prestrukturiranja in dejstvo, da se zanj deloma uporabljajo insolvenčna pravila, je potreba po ustrežnejši rešitvi ali vsaj premisleku na zakonodajni ravni očitna. Do takrat bo za nujno zadevo iz 8. točke drugega odstavka 83. člena ZS mogoče šteti (le) postopke iz 5. člena ZFPPIPP, ki opredeljuje postopke zaradi insolventnosti.

2.2. Hitrost postopanja

V 1. točko 6. člena ZFPPIPP je umeščen izbris iz sodnega registra brez likvidacije. Za ta postopek, ki je urejen v 7. poglavju zakona, se po 429. členu tega zakona uporabljajo pravila postopka vpisa v sodni register, določena v Zakonu o sodnem registru (ZSReg),⁸ če ni v oddelku 7.3 ZFPPIPP določeno drugače. Po prvem odstavku 13. člena ZSReg pa je postopek za vpis v sodni register hiter.⁹

Ali pojma nujen in hiter lahko enačimo? Po moji oceni ne. Ker je na prvega vezana izjema od pravila, da sodišče med sodnimi počitnicami ne dela, ampak obravnava le nujne zadeve,

⁷ Tako razlago podpira namen postopka preventivnega prestrukturiranja. Ta je po 44.c členu ZFPPIPP v tem, da se pri dolžniku, ki ni insolventen, odpravijo vzroki, zaradi katerih bi lahko postal insolventen, da do insolventnosti sploh ne pride.

⁸ Uradni list RS, št. 13/94 in nasl.

⁹ Po SSKJ pojem hiter pomeni opravljen v krajšem času, kot je običajen za določeno delo, opravilo.

je treba ta pojem razlagati ozko. Ker hitro ni nujno, postopka izbriša iz sodnega registra brez likvidacije ne moremo umestiti med zadeve iz 8. točke drugega odstavka 83. člena ZS.

Pojem hitrosti se povezuje tudi s postopkom preventivnega prestrukturiranja, saj drugi odstavek 44.b člena ZFPPIPP določa, da se v tem postopku (med drugim) smiselno uporablja 48. člen ZFPPIPP, ki določa načelo hitrosti postopka. Vendar navedeno načelo samo po sebi, in glede na že obrazloženo z določbo, ki velja za prisilne poravnave in stečajne, ne utemeljuje uporabe 83. člena ZS.

Do zapleta pa bi lahko prišlo po drugi poti. O predlogu za začetek postopka preventivnega prestrukturiranja, vloženem med sodnimi počitnicami, sodišče sicer ne bi odločilo kot o nujni zadevi. Hkrati bi upnik, med drugim zaradi hitrejšre rešitve, v postopku zavarovanja lahko predlagal in tudi dosegel izdajo sklepa o začasni odredbi, ki je nujna zadeva po drugi podlagi – po 2. točki drugega odstavka 83. člena ZS. Res je sicer, da po začetku postopka preventivnega prestrukturiranja proti dolžniku ni dovoljeno izdati sklepa o zavarovanju, začeti postopki zavarovanja pa se na predlog dolžnika prekinajo (prvi in drugi odstavek 44.m člena ZFPPIPP), vendar to velja šele z začetkom dneva, ko je bil objavljen sklep o začetku postopka preventivnega prestrukturiranja, na pa že ob vložitvi predloga za začetek tega postopka. V takem primeru bi se o začasni odredbi (kot nujni zadevi) odločalo tudi med sodnimi počitnicami, ko o začetku postopka preventivnega prestrukturiranja ni mogoče odločati oziroma v tem postopku ne tečejo zakonski roki, kar vodi do prepletanja učinkov vsebinsko povezanih institutov v isti zadevi.

Poenotenje ureditve je tako mogoče doseči samo, če bi sodišče kot nujno zadevo obravnavalo tudi predlog za začetek postopka prestrukturiranja dolžnika in bi tako odpadla potreba po zavarovanju.

Navedeno kaže na potrebo po natančnejši ureditvi nujnosti postopka, ki je po vsebini na meji insolventnosti in zato ne trpi odlašanja. Hkrati pa kaže na neusklajenost zakonodaje, ki nenehno, brez prave mere in sistemskega premisleka dodaja določbe, s katerimi naj bi se v posameznih vrstah zadev omogočilo najkrajše trajanje postopka oziroma prednostno obravnavanje.

2.3. Prednostna zadeva

V gospodarski zakonodaji se srečamo še z izrazom prednostna zadeva.¹⁰ To pomeni, da je v položaju, ko obstaja več vrst pravic, ki si konkurirajo, treba eno (vrsto zadev) obravnavati pred drugo.

Po prvem odstavku 48. člena ZFPPIPP morajo sodišča upoštevati načelo hitrosti postopka, po drugem odstavku istega člena pa morajo sodišča in drugi državni organi prednostno

¹⁰ V SSKJ je pojem opredeljen s pojasnilom: nanašajoč se na prednost: prednostni položaj / prednostni vrstni red; prednostna razporeditev / prednostne naloge; prednostno gospodarsko področje / prednostne lastnosti.

obravnavati zadeve, v katerih je kot stranka postopka udeležen stečajni dolžnik ali katerih izid vpliva na potek stečajnega postopka. Po drugem odstavku 8. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1)¹¹ spore glede odgovornosti družbenikov iz prvega odstavka tega člena sodišča obravnavajo prednostno.

Glede na jasno pojmovno ločenost se v teh primerih dvom z vidika razmerja do nujnosti in hitrosti postopka na ravni razumevanja ne pojavlja. V praksi pa se navedeni pristopi prepletajo tako, da je ob prednostnem praviloma predpisano tudi hitro postopanje.

3. O prepletanju in prekrivanju zakonskih vsebin

V nadaljevanju prispevka obravnavam razreševanje pravnih položajev, urejenih v različnih predpisih, ki drugače urejajo ista ali primerljiva pravna dejstva ali razmerja.

3.1. Razmerje med 631. členom OZ in določbami ZJN

Gre za razmerje pri uporabi 631. člena Obligacijskega zakonika (OZ)¹² in (prej veljavnih) določb Zakona o javnem naročanju (ZJN-2)¹³ o obveznih neposrednih plačilih podizvajalcem. V praksi je bilo obravnavanih veliko zadev s to pravno problematiko zlasti zato, ker je bil nad številnimi velikimi (gradbenimi) izvajalci začet stečajni postopek, v katerem pa njihovi podizvajalci niso imeli realnih možnosti plačila svojih terjatev. Problematika je ostala aktualna tudi po sprejetju Zakona o javnem naročanju (ZJN-3).¹⁴

3.1.1. Avtentična razlaga

V 631. členu OZ je določeno, da se sodelavci za svoje terjatve do podjemnika lahko obrnejo neposredno na naročnika in od njega zahtevajo, da jim te terjatve izplača iz vsote, ki jo v tistem trenutku dolguje podjemniku, če so pripoznane. Zakonodajalec je sprejel še obvezno (avtentično) razlago te določbe:

»Določbo 631. člena [OZ] je treba razumeti tako, da je pogoj koneksnosti terjatev sodelavca podjemnika do podjemnika in podjemnika do naročnika izpolnjen, če se obe terjatvi nanašata na dela[,] opravljena v okviru istega pogodbenega razmerja.«¹⁵

¹¹ Uradni list RS, št. 42/06 in nasl.

¹² Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

¹³ Uradni list RS, št. 128/06 in nasl.

¹⁴ Uradni list RS, št. 91/15 in nasl.

¹⁵ Uradni list RS, št. 20/18.

Do uporabe avtentične razlage zakona se je Vrhovno sodišče že opredelilo.¹⁶ V sklepu Cpg 2/2014 z dne 17. 6. 2014 je sprejelo stališče, da avtentična razlaga zakona za sodišča ni zavezujoča. Sodnik je namreč v skladu s 125. členom Ustave Republike Slovenije (URS)¹⁷ vezan na ustavo in zakon, kar avtentična razlaga ni. Avtentična razlaga je omenjena le v Poslovniku državnega zbora (149. do 152. člen PoDZ-1),¹⁸ postopek njenega sprejetja pa je v primerjavi z rednim zakonodajnim postopkom enostavnejši (med drugim ni možnosti veta ali referendumu).

Njena nezavezujoča narava izhaja tudi iz načela delitve oblasti (drugi odstavek 3. člena URS). Zakonodajalec je pristojen sprejemati zakone, medtem ko je razlaga zakonov za odločanje v konkretnih primerih naloga sodne veje oblasti. Če zakonodajalec meni, da zakonska določba ni jasna ali da so ji sodišča z razlago dala drugačno vsebino, kot ji jo je hotel dati sam, ima možnost, da zakon spremeni ali dopolni po predpisanem zakonodajnem postopku. Sodišče torej zakonske določbe razlaga po uveljavljenih metodah razlage in pri tem lahko upošteva avtentično razlago zakona, ni pa tega dolžno storiti (sklep Vrhovnega sodišča II Ips 201/2018 z dne 31. 1. 2019, natančneje glej sklep Vrhovnega sodišča Cpg 2/2014 z dne 17. 6. 2014).

Tako se pokaže, da poseganje po obvezni razlagi zakona, zlasti kadar naj bi njegovim posameznim določbam ta dala drugačen pomen od izvirno zapisanega (kot ga je razumela in uveljavljala sodna praksa) in še posebej z učinkom za nazaj, ne pomeni le kršitve načela delitve oblasti, ampak povzroča tudi dodatne zaplete in negotovosti, zlasti ob dejstvu, da je (v sklopu presoje zakona samega) lahko predmet obravnavanja na Ustavnem sodišču RS.

3.1.2. OZ in ZJN-2

Med veljavnostjo ZJN-2 so bile v sodni praksi težave zaradi pravilne materialnopravne uporabe določb o neposrednih plačilih podizvajalcem iz 631. člena OZ v razmerju do določb Zakona o javnem naročanju (ZJN-2)¹⁹ in Uredbe o neposrednih plačilih podizvajalcu (v nadaljevanju: Uredba).²⁰

¹⁶ Avtentična razlaga je sporna tudi v teoriji: Nerad, v: Šturm, str. 1435, Zagorc, str. 273.

¹⁷ Uradni list RS/I, št. 33/91, Uradni list RS, št. 42/97 in nasl.

¹⁸ Uradni list RS, št. 35/02 in nasl.

¹⁹ Šesti odstavek 4. člena, ki se je pred novelo ZJN-2B glasil: »Vlada z namenom zagotovitve finančne discipline s predpisom natančneje določi pravila v primerih, ko ponudniki nastopajo s podizvajalci, tako, da v pogodbi glavni izvajalec pooblasti naročnika, da na podlagi potrjenega računa oziroma situacije neposredno plačuje podizvajalcem. Glavni izvajalec mora računu oziroma situaciji obvezno priložiti potrjene račune oziroma situacije svojih podizvajalcev.« Z novelo ZJN-2B so bili položaji s podizvajalci natančneje urejeni v četrtem do desetem odstavku 71. členu zakona.

²⁰ Uradni list RS, št. 66/07; 6. člen Uredbe se glasi: »Naročnik izvede plačilo glavnemu izvajalcu in njegovim podizvajalcem na podlagi predložene potrjene situacije ali računa, kateremu so priložene s strani glavnega izvajalca potrjene situacije ali računi, ki so jih izstavili podizvajalci.«

Sporno je bilo vprašanje, ali mora naročnik po uveljavitvi Uredbe (leta -2007) plačati podizvajalcu že na podlagi sklenjene pogodbe (kot bi lahko izhajalo iz predpisov o javnem naročanju), ali pa tudi na tem področju še vedno velja, da podizvajalcu plača samo, če ta zahteva plačilo od naročnika in so izpolnjeni (vsi) posebni pogoji za plačilo podizvajalcu po 631. členu OZ.

Ureditev iz 631. člena OZ pomeni izjemo od pravila, da pogodba ustvarja pravice in obveznosti le za stranki pogodbe. Ker je izjeme treba razlagati restriktivno, je Vrhovno sodišče sprejelo stališče, da je materialnopravno pravilna razlaga, po kateri ZJN-2 in Uredba pri nastopanju ponudnika s podizvajalcem pri javnem naročanju nista uvedla neposrednih obveznih plačil podizvajalcem mimo pogojev po 631. členu OZ (sklep Vrhovnega sodišča II Ips 341/2015 z dne 5. 5. 2016).

Torej mora naročnik tudi po uveljavitvi Uredbe (leta 2007) plačati glavnemu izvajalcu, podizvajalcu pa samo, če ta zahteva plačilo od naročnika in so izpolnjeni posebni pogoji za plačilo podizvajalcu po 631. členu OZ (sklep Vrhovnega sodišča III Ips 85/2015 z dne 9. 12. 2016).

Šele stališča, oblikovana na najvišji stopnji odločanja, so tako odpravila razlagalno težavo zaradi neusklajene zakonodaje, kar bo za prakso pomembno tudi vnaprej, saj bodo sodišča odločala o materialnopravnih razmerjih strank, ki izvirajo še iz časa veljavnosti ZJN-2.

3.1.3. OZ in ZJN-3

Od uveljavitve Zakona o javnem naročanju (ZJN-3) 1. aprila 2016 sicer ne veljajo več določbe prej veljavnega ZJN-2 o obveznih neposrednih plačilih podizvajalcem. Neposredna plačila podizvajalcem so se tako od kogentnih zakonskih določb spet preselila na raven dispozitivnosti in so prepuščena pogodbeni volji in svobodi ter ne nazadnje splošnim obligacijskim načelom vestnosti in poštenja ob bok načelu *pacta sunt servanda*.²¹ Kljub temu se težave nadaljujejo tudi ob novi zakonodaji, zdaj v razmerju 631. člena OZ do določb ZJN-3.

Izvedbo javnega naročila s podizvajalcem po novem ureja 94. člen ZJN-3. Ta v prvem odstavku določa, da ponudnik lahko del javnega naročila odda v podizvajanje. Za namen tega zakona je podizvajalec gospodarski subjekt, ki je pravna ali fizična oseba in za ponudnika, s katerim je naročnik po tem zakonu sklenil pogodbo o izvedbi javnega naročila ali okvirni sporazum, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila.

Po drugem odstavku tega člena pa mora ponudnik, če bo izvajal javno naročilo gradnje ali storitve s podizvajalci, v ponudbi navesti vse podizvajalce ter vsak del javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje, kontaktne podatke in zakonite zastopnike predlaganih

²¹ Valter, str. 12–14.

podizvajalcev in izpolnjene ESPD teh podizvajalcev v skladu z 79. členom tega zakona²² ter priložiti zahtevo podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec to zahteva. Nadaljnji odstavki urejajo način izvajanja neposrednega plačila, če je to »obvezno v skladu s tem členom«, pri čemer se z dodatnimi obveznostmi naročnika in glavnega izvajalca poskuša zagotoviti podlaga za preverjanja plačila, tudi če podizvajalec opisane zahteve ni podal.

Težava je zdaj druge. Ker neposredno plačilo podizvajalcem po ZJN-3 ni več obvezno, naročniki pa voljo podizvajalcev, priglašениh ob oddaji ponudbe, običajno preverjajo že takrat, se lahko zgodi, da podizvajalec v ponudbi ne izjavi, da zahteva neposredno plačilo, ali pa celo izjavi, da ga ne zahteva, pozneje pa si premisli in ga zahteva.²³

V delu teorije zato prevladuje stališče, da zaradi navedene določbe drugega odstavka 94. člena ZJN-3 (po kateri mora ponudnik, če bo izvajal javno naročilo gradnje ali storitve s podizvajalci, ponudbi priložiti zahtevo podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec to zahteva) podizvajalci pozneje, po oddaji ponudbe, ne morejo več zahtevati neposrednega plačila. Vendar je treba opozoriti, da lahko podizvajalci vedno zahtevajo neposredno plačilo po določbah (za obligacijska razmerja matičnega pravila) 631. člena OZ.

Zato ni mogoče zagovarjati stališča, da zaradi neizrabljene možnosti zahtevati neposredno plačilo po drugem odstavku 94. člena ZJN-3 podizvajalci to možnost izgubijo.

Enako velja, če je bila v ponudbi predložena izjava podizvajalca, da se odpoveduje pravici do neposrednega plačila od naročnika. Takšno enostransko izjavo volje je mogoče kadarkoli preklicati in zahtevati neposredno plačilo na podlagi 631. člena OZ.

Gre za primer, ko poseben zakon presega izvirni predmet urejanja in na področje, ki je že normirano, posega z novimi birokratsko podrobnimi in prav zato neprimernimi določbami, tako da zaradi kolizije teh dveh predpisov v praksi povzroča nepotrebno negotovost in dvome o volji zakonodajalca.

3.2. Prodaja nepremičnin v stečaju, 93. člen GZ in 342. člen ZFPPIPP

Prodaja premoženja stečajnega dolžnika se izvede po določbah pododdelka 5.8.2 ZFPPIPP. Težišče prodaje premoženja je v tem, da se doseže čim višja cena, saj bodo tako upniki v stečajnem postopku kar najbolje poplačani. Vsa dejanja opravi upravitelj (pridobi oceno vrednosti premoženja – 327. člen, zbira informacije za presojo najugodnejših pogojev prodaje – 328. člen, predlaga sodišču način prodaje – 331. člen itd.).

²² ZJN-3 v 79. členu ureja pogoje enotnega evropskega dokumenta v zvezi z oddajo javnega naročila – ESPD.

²³ Koršič Potočnik, str. 123.

V 342. členu sta določena prenos lastninske ali druge premoženjske pravice na kupca in varstvo kupca. Pri prodaji nepremičnin v stečajnem postopku je pomemben drugi odstavek 342. člena, ki določa, da če je predmet prodajne pogodbe nepremičnina, sodišče po plačilu kupnine na predlog upravitelja izda sklep o izročitvi nepremičnine kupcu, s katerim odloči, da so izpolnjeni pogoji za vknjižbo lastninske pravice v korist kupca. Po tretjem odstavku istega člena pa je pravnomočni sklep iz drugega odstavka tega člena listina, ki je podlaga za vknjižbo lastninske pravice v korist kupca in druge vpise po 89. členu v povezavi s 96. členom Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1).²⁴

Gradbeni zakon (GZ),²⁵ ki se je začel uporabljati 1. junija 2018, v 93. členu ureja posebne prepovedi pri nedovoljenem objektu in neskladni uporabi objekta, in sicer so po prvem odstavku glede na vrsto gradnje prepovedana ta dejanja:

1. izvedba komunalnih priključkov na gospodarsko javno infrastrukturo,
2. vpisi in spremembe vpisov v zemljiški knjigi,
3. uporaba ali opravljanje gospodarskih ali drugih dejavnosti,
4. promet z njimi ali zemljišči, na katerih so,
5. overitve pogodb, sklepanje pravnih poslov, sklenitev kreditnih, zavarovalnih, najemnih, zakupnih, delovršnih in drugih pravnih poslov ter
6. določitev hišne številke.²⁶

Tretji in peti odstavek 93. člena GZ določata pravili, ki ju besedilo prej veljavnega 158. člena Zakona o graditvi objektov (ZGO-1)²⁷ ni vsebovalo. Določba prvega odstavka 158. člena ZGO-1 se je v delu, pomembnem za ta prispevek, glasila:

»V zvezi z gradnjo, objektom ali delom objekta, glede katerih je po določbah tega zakona izrečen inšpekcijski ukrep zaradi nedovoljene gradnje, so prepovedana vsa za legalne gradnje, legalne objekte sicer dovoljena ali predpisana dejanja, zlasti pa: [...] (5) sklepanje drugih pravnih poslov, kot sklenitev kreditnih, zavarovalnih, najemnih, zakupnih, delovršnih in drugih pravnih poslov med živimi.«

Po veljavni ureditvi tretjega odstavka 93. člena GZ so nična dovoljenja, soglasja, vpisi, pravni posli in drugi pravni akti, ki so v nasprotju s prvim odstavkom tega člena, razen če so predpisani ali odrejeni na podlagi tega zakona. Peti odstavek 93. člena GZ pa določa, da morajo upravljavci, notarji, pooblaščen inženirji s področja geodezije in druge osebe javnega ali zasebnega prava in drugi organi, pristojni za izvedbo dejanj iz prvega odstavka tega člena, pred

²⁴ Uradni list RS, št. 58/03 in nasl.

²⁵ Uradni list RS, št. 61/17 in 72/17 – popr.

²⁶ Več v: Plavšak in Vrenčur, str. 22.

²⁷ Uradni list RS, št. 110/02 in nasl.

njihovo izvedbo preveriti, ali je za objekt izdano gradbeno dovoljenje, kadar je predpisano, in ali je v zemljiški knjigi vpisana zaznamba o prepovedi v skladu s 94. členom tega zakona.

Besedilo navedenih pravil je zelo splošno, oziroma kar preveč splošno, da bi način uporabe in pravne posledice bili zunaj vsakega dvoma, saj niso upoštevane temeljne zahteve pravne tipologije ter logika zaporedja pravnih poslov in odločb državnih organov in oseb z javnimi pooblastili. Tretji odstavek 93. člena GZ namreč vključuje zavezovalne in razpolagalne pravne posle, pravno dejanje overitve podpisa, upravne odločbe in »vpise v zemljiško knjigo«, to je sklepe zemljiškotknjižnega sodišča o vpisih. Snovalec tega besedila je »spravil na isti imenovalec« pravna dejanja, ki imajo različne pravne značilnosti oziroma pravne učinke. Tudi naslovniki zapovedi, določeni v petem odstavku 93. člena GZ, so pravni subjekti, ki imajo pri »izvajanju« teh pravnih dejanj zelo različne vloge, pristojnosti in odgovornosti. Okorni in zato nejasni določbi tretjega in petega odstavka 93. člena GZ načenjata več pravnih vprašanj, ki so ključna za varnost pravnega prometa.²⁸ V nadaljevanju je obravnavano le tisto, ki se nanaša na uvodoma opisano prodajo nepremičnin v stečajju.

Prepoved odtujitve in obremenitve na podlagi inšpekcijske odločbe, ki je nastala na podlagi 93. člena GZ, se vpiše v zemljiško knjigo z zaznambo prepovedi zaradi nedovoljene gradnje, katere učinke ureja ZZK-1. Vpis, ki ga nalaga 94. člen GZ, se po 100. členu ZZK-1 opravi s smiselno uporabo pravil o zaznambi prepovedi odtujitve in obremenitve na podlagi sodne odločbe (začasne odredbe), ki so urejena v 98., 99. in 100. členu ZZK-1.

V stečajnih zadevah je učinkovanje opisane zakonske prepovedi v postopku vpisa prenosa lastninske pravice pri prisilni prodaji nepremičnin nujno preslikati v sistem in institute civilnega prava, ki se za ta postopek uporabljajo. Pri tem ni mogoče spregledati določbe 2. točke prvega odstavka 342. člena ZFPPIPP, po katerem s plačilom kupnine med drugim preneha pravica tretjega do prepovedi odtujitve in obremenitve nepremičnine, ki je predmet prodajne pogodbe.

Pravni učinek zaznambe prepovedi odtujitve in obremenitve na prodajo v stečajnem postopku zato ne more biti ovira za vknjižbo lastninske pravice v korist kupca na podlagi pravnomočnega sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu kot listine, ki je podlaga za vknjižbo lastninske pravice v korist kupca po tretjem odstavku 342. člena. Drugačna razlaga bi povsem onemogočila, da se doseže temeljni namen stečajnega postopka, to je poplačilo upnikov, ob hkratni zagotovitvi, da se poslovno premoženje vrne v gospodarsko rabo. To je namreč mogoče le, če se prej izvede njegova prodaja z vsemi posledičnimi pravnimi učinki, vključno z zemljiškotknjižnim vpisom.

Pravica do prepovedi odtujitve in obremenitve po prvem odstavku 342. člena pri tem sicer res preneha, kar pa še ne pomeni, da gradnja ne izgubi lastnosti nedovoljene gradnje. Iz navedenega lahko sklepamo, da je prisilni prenos lastninske pravice v stečajnih postopkih mogoč,

²⁸ Plavšak in Vrenčur, str. 22.

čep rav gre za nedovoljeno gradnjo objekta po 93. členu GZ. Zato niti ne more nastati pravna posledica ničnosti pravnega posla.

Sodnih odločb, ki bi bile že preizkušene v pritožbenem postopku, nisem zasledila. Na problematiko uporabe 93. člena GZ v zvezi s prodajo nepremičnin v stečajnem postopku pa je bilo že opozorjeno na Insolvenčni šoli 2019.²⁹

Navedeni primer kaže, da je pri nomotehnični izvedbi sicer razumnih in koristnih rešitev vedno treba upoštevati njihov učinek in zato predvideti omejitve ali izjeme na vseh področjih uporabe.

3.3. Odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora po ZGD-1 in ZFPPIPP

Po prvem odstavku 263. člena ZGD-1 mora v delniški družbi član organa vodenja ali nadzora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika in varovati poslovno skrivnost družbe. Po drugem odstavku 263. člena ZGD-1 so člani organa vodenja in nadzora solidarno odgovorni družbi za škodo, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog, razen če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti. Če družba sklene zavarovalno pogodbo za zavarovanje članov organov vodenja ali nadzora pred riziki iz opravljanja njihove funkcije v družbi, mora biti določena odbitna franšiza vsaj v višini 10 odstotkov škode, vendar ne več, kot znaša 1,5-kratnik njihovih fiksnih letnih prejemkov. Smiselno se v skladu s šestim odstavkom 515. člena ZGD-1 te določbe uporabljajo tudi za poslovodjo družbe z omejeno odgovornostjo. To pomeni, da se od članov vodenja ali nadzora zahteva ravnanje dobrega gospodarstvenika.

V ZFPPIPP so temeljne obveznosti poslovodstva določene v 28. členu, po katerem mora poslovodstvo zagotoviti, da družba posluje v skladu s tem zakonom in pravili poslovnofinančne stroke. Poslovodstvo mora pri vodenju poslov družbe ravnati s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke in si pri tem prizadevati, da je družba vedno kratkoročno in dolgoročno plačilno sposobna. Člani poslovodstva so solidarno odgovorni družbi za škodo, ki nastane zaradi kršitve njihovih obveznosti, določenih v 2. poglavju tega zakona. Člani poslovodstva so prosti odškodninske odgovornosti iz tretjega odstavka 28. člena, če dokažejo, da so pri izpolnjevanju svojih obveznosti ravnali s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke in stroke upravljanja podjetij. Drugo poglavje ZFPPIPP ureja upravljanje tveganj, upravljanje likvidnostnega tveganja, spremljanje in zagotavljanje kapitalske ustreznosti in obveznosti družbe ter njenega poslovodstva in nadzornega sveta pri nastanku insolventnosti. Poslovodstvo ali člani nadzornega sveta morajo po navedenih določbah ravnati kot dobri strokovnjaki.

²⁹ Vrenčur.

Temeljne obveznosti članov nadzornega sveta pa so določene v 29. členu ZFPPIPP. Navedena člena nista bila spremenjena z nobeno od sedmih novel ZFPPIPP.

Osnovno pravilo o skrbnosti dobrega gospodarstvenika in dobrega strokovnjaka je določeno v 6. členu OZ. Po prvem odstavku tega člena morajo udeleženci v obligacijskem razmerju pri izpolnjevanju svoje obveznosti ravnati s skrbnostjo, ki se v pravnem prometu zahteva pri ustrezni vrsti obligacijskih razmerij (skrbnost dobrega gospodarstvenika oziroma skrbnost dobrega gospodarja). Po drugem odstavku 6. člena OZ pa morajo udeleženci v obligacijskem razmerju pri izpolnjevanju obveznosti iz svoje poklicne dejavnosti ravnati z večjo skrbnostjo, po pravilih stroke in po običajih (skrbnost dobrega strokovnjaka).

Težko si je zamisliti primer, da član posloводства, ki vodi posle družbe (10. člen ZGD-1) in jo zastopa, ne bi opravljal poslov, povezanih s poslovođenjem, kot profesionalna oseba. Za pravilno in ustrezno opravljanje poslov so potrebni strokovno znanje in izkušnje. Zato se za osebo, ki privoli v imenovanje za člana posloводства, domneva, da tako znanje in izkušnje ima.³⁰

Kot merilo za presojo ravnanj članov posloводства se uporablja standard profesionalne skrbnosti. OZ na področju poslovnih obligacijskih razmerij kot sopomenko za profesionalno skrbnost uporablja pojem skrbnost dobrega strokovnjaka (drugi odstavek 6. člena OZ).

V drugem odstavku 28. člena ZFPPIPP je izrecno določeno, da mora posloводство pri vođenju poslov družbe ravnati s profesionalno skrbnostjo poslovnofinančne stroke in si pri tem prizadevati, da je družba vedno kratkoročno in dolgoročno plačilno sposobna.

Drugačno besedilo je uporabljeno v drugem odstavku 263. člena ZGD-1, ki zahteva, da člani organa vođenja ali nadzora ravnajo v dobro družbe ter s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika.

V splošnih pravilih obligacijskega prava je izraz skrbnost dobrega gospodarstvenika uporabljen kot sopomenka za običajno (neprofesionalno) skrbnost, s katero mora v poslovnem svetu ravnati vsak razumen človek (prvi odstavek 6. člena OZ). Skrbnost razumnega človeka je najsplošnejše merilo ravnanja ali predvidljivosti posledic, zato se uporablja za vse položaje, v katerih presojamo ravnanje pravnega subjekta – laika. Nobeno pravilo, ki ga določa ZGD-1, ne daje opore za sklep, da bi bil namen ureditve odgovornosti članov organov vođenja in nadzora določiti standard običajne (neprofesionalne) skrbnosti, urejen v prvem odstavku 6. člena OZ. Zato je treba tudi pri uporabi prvega odstavka 263. člena ZGD-1 izraz »skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika« uporabljati kot sopomenko za profesionalno skrbnost oziroma skrbnost dobrega strokovnjaka po drugem odstavku 6. člena OZ.³¹

³⁰ Plavšak, str. 46.

³¹ Prav tam, str. 48.

Zaradi jasnosti navedenega pojma, ki ne bi smel dopuščati različnih razlag ravnanj članov organov vodenja in nadzora, bi morala biti pojma v obeh omenjenih zakonih enaka.

Res je ZFPPIPP, ki je pravilneje opredelil pojem ravnanja članov organov vodenja in nadzora, poznejši zakon od ZGD-1, vendar je bil 263. člen ZGD-1 leta 2015 noveliran,³² zato bi bilo že tedaj mogoče pojem skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika poenotiti s pojmom dobrega strokovnjaka iz drugega odstavka 28. člena ZFPPIPP.

Kako se uporaba različno opredeljenih pojmov kaže v sodni praksi?

Vrhovno sodišče je v zadevi III Ips 72/2016 (sodba z dne 12. 2. 2018) presojalo, ali je ravnanje poslovdje ustrezalo pravnemu standardu skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika z vidika pridobitve zadostnih informacij za poslovno odločitev.

Tožnica (družba) je zoper svojega direktorja vložila tožbo na podlagi odškodninske odgovornosti po 263. členu (v povezavi s šestim odstavkom 515. člena) ZGD-1. Zatrjevala je, da je toženec kot direktor pri poslovanju z A., s. p., ravnal v nasprotju z njenimi interesi, neskrbno, nevestno in nepošteno, ko je v imenu tožnice sklenil (sporni) dogovor o delnem plačilu za dostavljeno blago v delnicah, ki nimajo vrednosti, čeprav naj bi imel možnost poplačila v denarju.

Vrhovno sodišče je vprašanje zastavilo tako:

»Ali je določeno ravnanje v skladu s standardom ravnanja vestnega in poštenega gospodarstvenika, se presoja na podlagi objektivnih meril (t. i. abstraktno merilo presoje): vprašamo se, kako bi v konkretni situaciji ravnal nekdo, ki vodi podjetje primerljive velikosti, dejavnosti in gospodarskega položaja, ki ima za vodenje podjetja vse potrebno strokovno znanje in izkušnje?«

V nadaljevanju je zaključilo, da:

»je pri sklenitvi spornih pogodb tako šlo za poslovno odločitev, o vsebini posla pa se toženec niti ni imel možnosti pogajati, saj je A., s. p., pogodbe s takimi pogoji sklepal tudi z drugimi pogodbenimi partnerji, s katerimi je sodeloval pri gradnji kompleksa v L. Tako je bil toženec postavljen pred dejstvo, ali bo ponujene pogoje sprejel, sicer v poslovni odnos ne bo imel možnosti vstopiti (*take it or leave it*). Na podlagi zgoraj obrazloženega ni mogoče pritrditi revidentki, da je toženec v poslovni odnos stopil z namenom favoriziranja konkretnega podjetnika, neskrbno in v odsotnosti vsakršnih informacij o vrednosti delnice, prav tako pa ugotovljena dejstva ne dajejo podlage niti za zaključek, da bi toženec od A., s. p., v času sklenitve prodajne pogodbe za delnice sicer lahko dobil poplačilo v denarju.«

³² Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I), Uradni list RS, št. 55/15.

Pri oblikovanju razlogov odločitve je Vrhovno sodišče torej uporabilo pojem dobrega gospodarstvenika, kot je določen v 263. členu ZGD-1, hkrati pa ga je po vsebini uporabljenih meril umestilo v pojem, enak pojmu dobrega strokovnjaka po drugem odstavku 6. člena OZ.

Tudi v naslednji zadevi se v sodni praksi mešata pojma iz drugega odstavka 263. člena ZGD-1 in »poslovne odločitve«, ki jo je mogoče umestiti v pojem profesionalne skrbnosti, določene v drugem odstavku 6. člena OZ (sodba III Ips 72/2016 z dne 12. 2. 2018).

Vrhovno sodišče je namreč v jedru odločbe III Ips 45/2016 z dne 23. 1. 2018, oblikovalo stališče:

»Vprašanju, ali so člani uprave tožeče stranke ravnali s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, se ni mogoče v celoti izogniti niti s pomočjo pravila proste podjetniške presoje. Pravilo ne izrinja skrbnosti iz presoje ravnanja članov uprave gospodarske družbe, pač pa, upoštevajoč značilnosti poslovnega odločanja v gospodarskih družbah, ki ne dovoljujejo popolnoma racionalnega odločanja (zaradi negotovega okolja, nepopolnih informacij, nepoznavanja vseh alternativ, zaradi nesposobnosti objektiviziranja in kvantificiranja parametrov za odločanje, pomanjkanja časa, raznolikosti ciljev, ki si med seboj nasprotujejo ipd.), kar organizacijska teorija pojmuje kot omejeno racionalnost pri sprejemanju odločitev, vzpostavlja zgolj omejeno področje povsem poslovnega odločanja, ki se izmika presoji sodišča.«

Bistvo prikazanih spornih položajev niti v tem primeru ni v golem poudarjanju »nerešljivih« zakonodajnih ali nomotehničnih pomanjkljivosti«, ampak tudi v predstavitvi razlag, s katerimi jih sodna prakse premaguje. To pa ne sme biti razlog, da pristojni organi ne bi namenjali več pozornosti izkušnjam in ugotovitvam iz prakse, ne le pri pripravi predpisov, ampak tudi pri spremljanju njihovega izvajanja.

4. Sklep

Za sklep naj navedem uvodne stavke iz znanstvenega prispevka Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike ob srečevanju dveh pravnih redov avtoric Katje Božič in Gordane Lalič, ki jih opisane izkušnje iz prakse v celoti potrjujejo:

»Nomotehnika je nabor znanj, pravil in priporočil, ki so namenjena čim bolj enotni pripravi predpisov. Tudi to je eden od načinov zagotavljanja čim boljših predpisov, ki so nepogrešljivi za učinkovitost prava in pravne države. Glede na razvoj prava in priprave predpisov se ta nabor širi in pogloblja z izboljšanimi pristopi in nekaterimi novimi pravili in smernicami, ki so rezultat dela Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo in sodelovanje s številnimi pomembnimi sogovorniki v postopku priprave predpisov.«³³

³³ Božič in Lalič, str. 169.

To ne velja le za posebnosti pri prenašanju pravnih aktov EU, ki sta se mu avtorici posvetili v navedenem prispevku, ampak tudi za predpise, ki se sprejemajo doma. Na različnih pravnih področjih, ki jih ureja ali nanje vpliva gospodarska zakonodaja, je treba iskati skupne imenovalce in utrditi presečne množice, kot je bilo potrjeno tudi v tem prispevku. S tem bi se izognili marsikateri težavi pri uporabi zakonov in različnim razlagam v sodni praksi. S sodelovanjem uporabnikov in krepitevijo njihove zavesti, da je tako sprejetje kakor spreminjanje normativnih podlag naloga, ki zahteva strpen in premišljen pogovor vseh treh vej oblasti, bi se lahko izognili tudi neprimernim odzivom prakse, ki je zgrešeno uporabo oziroma razlago predpisov včasih prehitro pripravljena opravičiti z njihovo domnevno neustreznostjo.

Literatura

- BOŽIČ, Katja, in LALIČ, Gordana. Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike ob srečevanjih dveh pravnih redov. *Pravni letopis*, 2018, str. 169–180.
- KORŠIČ POTOČNIK, Maja. Razmerja s podizvajalci pri gradbeni pogodbi. *Podjetje in delo*, 2017, letn. 43, št. 67, str. 123.
- PLAVŠAK, Nina. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), Razširjena uvodna pojasnila*. Ljubljana: GV Založba, 2008.
- PLAVŠAK, Nina, in VRENČUR, Renato. Uporaba 93. člena Gradbenega zakona v pravnem prometu z nepremičninami. *Odvetnik*, 2018, letn. 20, št. 4(87), str. 22–77.
- ŠTURM, Lovro (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije – dopolnitev A*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, str. 1415–1462.
- VALTER, Klemen. Neposredna plačila podizvajalcem po ZJN-3 in OZ s poudarkom na pripoznavi terjatve. *Pravna praksa*, 2017, letn. 36, št. 24–25, str. 12–14.
- VRENČUR, Renato. *Pasti prodaje nepremičnin v stečajnih postopkih z vidika določil Gradbenega zakona – GZ (93. člen)*. Neobjavljeno gradivo, ki ga je avtor predstavil na izobraževalnem dogodku Šola insolventnega prava na Bledu, 9. 4. 2019, v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju.
- ZAGORC, Saša. Avtentična razlaga zakona. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2012, letn. LXXII, str. 273–296.



Pravni letopis 2019

Povzetki
Abstracts

VII.

UDK 347.51-057.177:347.952.8

Pravni letopis 2019, str. 9–32

ANDREJ FATUR, DINO ZADNIKAR

Pravni položaj upnikov pri uveljavljanju odškodninske odgovornosti organov vodenja ali nadzora

Prispevek primarno obravnava odškodninsko odgovornost članov organov vodenja ali nadzora, ki je v temelju zasnovana kot odgovornost v notranjem razmerju. Na splošno velja, da je po ZGD-1 upnik aktivno procesno legitimiran za uveljavljanje odškodninskega zahtevka družbe do članov organov vodenja ali nadzora, da bi tako prišel do poplčila terjatve, ki jo ima do družbe. Glavni pogoj pri tem je, da družba te terjatve upnika ne more poplačati. Če je nad družbo začel stečajni postopek, terjatve upnik ne more več uveljavljati v svojem imenu in za svoj račun, temveč le za račun družbe kot stečajnega dolžnika.

Glede na število vpletenih subjektov so zanimivi predvsem odškodninski zahtevki upnikov, ki izvirajo iz materialnih statusnih preoblikovanj. ZGD-1 vzpostavlja sistem neposredne odškodninske odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora prevzete/prenosne družbe pri združitvah/delitvah, pri čemer pa ni povsem jasno, ali sta režima odškodninske odgovornosti v razmerju do upnikov izenačena. Prav tako izboljšan je koncept varovanja upnikov odvisnih družb pri dejanskih in pogodbenih koncernih, ki tudi z vidika odškodninskih zahtevkov ponuja jasnejše odgovore, zlasti ker ZGD-1 ureja še odrek in pobot zahtevkov.

Posebna odškodninska odgovornost članov organov vodenja ali nadzora, ki nima značilnosti odgovornosti za nastanek finančnega položaja insolventnosti družbe, temveč ima naravo neposlovne odškodninske odgovornosti, ko družba postane insolventna, je urejena v ZFPPIPP. Člani organov posloводства oziroma nadzornega sveta so upnikom solidarno odgovorni za škodo, ki so jo ti imeli, ker v stečajnem postopku niso dosegli polnega plačila, če je bil nad družbo začel stečajni postopek in če jim je mogoče očitati kršitev obveznosti, ki izraža protipravnost ravnanja. Tudi v tem primeru je upnik upravičen odškodninski zahtevek uveljavljati v svojem imenu, toda le za račun družbe kot stečajnega dolžnika. Vloga upnika je torej v stečaju zreducirana na nosilca procesne legitimacije za sodno uveljavljanje zahtevka, saj iz tega naslova nima materialnopravnih upravičenj. S tem je dosledno spoštovano načelo enakega obravnavanja upnikov, pri čemer pa veljavna zakonodaja upnikom omogoča uveljavljanje odškodninske odgovornosti, ko višina škode še ni v celoti znana. Zakonsko je urejena tudi regresna pravica člana posloводства ali nadzornega sveta, da v stečajnem postopku zahteva povrnitev tistega, kar je preveč plačal.

Ključne besede: upnik, odškodninska odgovornost, član organa vodenja ali nadzora, skrbnost dobrega strokovnjaka, pravilo podjetniške presoje, obrnjeno dokazno breme, koncern, statusno preoblikovanje, insolventnost, omejitev odgovornosti

UDC 347.51-057.177:347.952.8

Pravni letopis 2019, pp. 9–32

ANDREJ FATUR, DINO ZADNIKAR

Legal Status of Creditors in the Enforcement of Liability of Members of Management or Supervisory Bodies

This article primarily deals with damage liability of members of management or supervisory bodies, which is fundamentally designed as an internal liability. As a general rule under ZGD-1, the creditor has the capacity to file the company's action for damages against members of management or supervisory bodies in order to collect the claim he has towards the company. The main condition linked to this option is the inability of the company to repay its obligations towards the creditor. If bankruptcy procedure is initiated against the company, the creditor can no longer claim compensation in his own name and for his own account, but only for the account of the company as the debtor in bankruptcy.

Given the number of stakeholders involved, action for damages by creditors in material reorganisation of companies are of particular interest. ZGD-1 establishes a system of direct liability for members of management or supervisory bodies of acquired/transferor companies in mergers and divisions, whereas it is not entirely clear if the damages liability regimes are balanced in relation to creditors. The concept of protection of creditors of controlled companies in actual or contractual group companies has also been improved, offering clearer answers in regard to action for damages, especially since ZGD-1 now additionally governs waiving and offsetting of claims.

Special damages liability of members of management or supervisory bodies, not having the characteristics of liability for the occurrence of the company's financial position of insolvency, but rather the nature of non-commercial liability for damages at the moment when the company becomes insolvent, is governed by ZFPPIPP. The members of management or supervisory boards are jointly and severally liable to creditors for damages incurred due to their failure to achieve full settlement in bankruptcy procedure if the bankruptcy procedure was initiated against the company and if they could be accused of a breach of an obligation that reflects unlawful conduct. In this case, the creditor would also be entitled to file action for damages in his own name, but only for the account of the company as the debtor in bankruptcy. The creditor's role is thus reduced only to the holder of capacity to bring proceedings for the judicial enforcement of the claim, since he does not hold any substantive rights in this regard. With this, the principle of equal treatment of creditors is consistently respected, while the current legislation also allows the creditors to seek damages when the amount of damages is not yet fully known. The right of recourse of a member of management or supervisory board is also governed by law in order for him to claim back what has been overpaid in the bankruptcy procedure.

Keywords: creditor, damage liability, member of management or supervisory body, diligence of a conscientious and fair manager, business judgement rule, reverse burden of proof, group companies, reorganisation of companies, insolvency, limitation of liability

UDK 347.764:347.51-057.177

Pravni letopis 2019, str. 33–53

DEJAN SRŠE

Zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora družbe

Člani organov vodenja in nadzora družbe odgovarjajo družbi z vsem svojim premoženjem. Nastanek odškodninske odgovornosti člana organa vodenja ali nadzora je zanj riziko, ki ga je mogoče s sklenitvijo zavarovalne pogodbe proti plačilu premije prenesti na zavarovalnico.

Zavarovalno zaščito za te primere predstavlja zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora. Takšno zavarovanje lahko sklene družba za člane organov vodenja in nadzora (korporativno zavarovanje), lahko pa ga sklene tudi posamezen član organa vodenja ali nadzora (individualno zavarovanje). S sklenitvijo korporativnega zavarovanja družba ne zagotovi zaščite le članom organov vodenja in nadzora, temveč posredno tudi sebi, za primer nastanka škode, za katero so odgovorne osebe, ki jo vodijo ali nadzirajo.

Ključne besede: odškodninska odgovornost, člani organov vodenja in nadzora, zavarovanje odgovornosti, korporativno zavarovanje, individualno zavarovanje

UDC 347.764:347.51-057.177

Pravni letopis 2019, pp. 33–53

DEJAN SRŠE

Directors & Officers Liability Insurance

Directors and Officers of the company are liable for its negligent acts and omissions with all their personal assets. Personal liability of Directors and Officers represents a risk for them that can be transferred to the insurance company by entering into an insurance contract.

The insurance protection for these cases is a Directors & Officers Liability Insurance (D&O Insurance). Such insurance may be stipulated by the company for its members of the management and control bodies (corporate D&O insurance), but it can also be concluded by individual member of such body by himself (personal D&O insurance). By concluding corporate D&O insurance, the company does not provide protection only to its members of the management and supervisory bodies, but also provides protection indirectly to itself, in case if the damage to the company is caused by the person, who is responsible for company's management or control.

Keywords: liability for damages, members of management and supervisory bodies, D&O liability insurance, corporate D&O insurance, personal D&O insurance

UDK 347.635:347.919.1
Pravni letopis 2019, str. 57–77

VESNA RIJAVEC

Odločanje o varstvu in vzgoji otrok

Zakon o nepravdnem postopku z novo ureditvijo postopkov v družinskih razmerjih sledi Družinskemu zakoniku. Prispevek upošteva le odločanje o varstvu in vzgoji otrok. Urejanje tega dela starševske skrbi je predstavljeno s poglavitnimi procesnimi instituti in temeljnimi načeli, upošteva posebne procesne rešitve, prilagojene posebni naravi postopka in varstvu otrokovih koristi. Postopki se praviloma začnejo na predlog upravičenega predlagatelja, vendar ima sodišče številna oficialna pooblastila, ne samo za vodenje postopka, temveč tudi pri ugotavljanju dejanskega stanja. V nadaljevanju je podrobneje opredeljen položaj otroka in CSD. Tek postopka je obravnavan tudi z analizo prilagojenih procesnih dejanj, kot so poravnava, odločbe in pravna sredstva.

Ključne besede: Družinski zakonik, ZNP-1, varstvo in vzgoja otrok, skupno starševstvo, otrok, udeleženec, načelo največje otrokove koristi, mediacija

UDC 347.635:347.919.1

Pravni letopis 2019, pp. 57–77

VESNA RIJAVEC

Decisions on the Custody and Upbringing of the Child

Act on non-contentious procedure, with the new procedural rules of family matters, completes the regulation of Family Code. The paper only deals with the proceedings on care and education of children. The regulation of this part of parental care is presented by the main procedural institutes and fundamental principles, taking into account specific procedural solutions tailored to the specific nature of the procedure and the protection of the child's benefits. As a rule, these proceedings are initiated on the motion of the eligible participant, but the court has a number of official powers, not only to conduct the procedure, but also to collect the facts in official manner. The position of the child and Centre of Social Work is further defined below. The course of the proceeding is also addressed by the analysis of personalized procedural actions such as settlement, decisions and remedies.

Keywords: Family Code, Act on Non-Contentious Civil Procedure, care and education of children, joint custody, participant, best child's interest

UDK 347.637

Pravni letopis 2019, str. 79–91

MATEJ ČUJOVIČ

Odvzem in namestitvev otroka v postopku odločanja o varstvu in vzgoji

Tako kot vsi ukrepi za varstvo otrokove koristi sta tudi odvzem otroka staršem in posledična namestitvev drugam namenjena izključno varovanju otrokove koristi. Če je treba otrokovo koristi zaščititi, se mora država odzvati, in to ne glede na to, ali je med staršema tega otroka v teku kak postopek ali ne. V tujini (na primer na Hrvaškem) otroka iz matične družinske celice izločijo takoj, ko v razveznem postopku ugotovijo, da je postal sredstvo medsebojnega obračunavanja. Na tak način je otrok najboljše zaščiten, matična družina pa dolgoročno prav tako lahko le pridobi. Tudi DZ vzpostavlja številna varovala (načelo najmilejšega ukrepa, čas trajanja ukrepa itd.), da je matična družina razdružena le toliko časa, dokler ogroženost otroka, ki je bila razlog za izrek ukrepa, ne izzveni, zato se sodišča ne bi smela obotavljati, da otroka umaknejo iz ogrožajočega okolja, pa čeprav le za kratek čas.

Ključne besede: otrokova korist, varstvo otrokove koristi, ukrepi za varstvo otrokove koristi, vzgoja in varstvo, nujni odvzem otroka, razlogi za odvzem otroka iz matične družine

UDC 347.637

Pravni letopis 2019, pp. 79–91

MATEJ ČUJOVIČ

Removal and Placement of a Child in Custody Proceedings

Like all measures for the protection of the child's best interest, the removal of a child from his parents and his subsequent placement elsewhere are intended solely to safeguard the child's best interest. If the child's best interests are to be protected, the state must respond regardless of any ongoing official proceedings between the child's parents. In some countries (e.g. in Croatia), a child is removed from the parent family cell as soon as it is established in the divorce proceedings that the child has become a means of confrontation between the parents. In this way, the child is best protected, which can only benefit the parent family in the long term. The Family Code also establishes a number of safeguards (principle of the least restrictive measure, duration of the measure, etc.) to ensure that the parent family is separated only until the threat to the child that gave rise to the measure is resolved. Thus, the courts should not have too many reservations about removing a child from a threatening environment, even if only for a short period.

Keywords: child's best interest, protection of the child's best interest, measures for the protection of the child's best interest, custody, emergency removal of the child, reasons for the removal of the child from the parent family

*UDK 368.212**Pravni letopis 2019, str. 95–103*

JERNEJ VEBERIČ

Zavarovanje motornih vozil danes in jutri – problematika zavarovanja avtonomnih vozil

Zavarovalništvo se vselej prilagaja razvoju tistih dejavnosti, ki jih ščiti. Pri zavarovanju vozil in njihove uporabe je ponudba zavarovalnih storitev pestra in zaokrožena. Pojavljajo pa se nove oblike imetništva in (so)uporabe vozil, vozila so vse bolj zmogljiva, varna, »pametna« in samostojna. Razvoj avtomobilske industrije, ki se nakazuje in napoveduje, bo povzročil napredek tudi v zavarovalniški dejavnosti. Prispevek ponuja kratek pregled sedanjega stanja na področju avtomobilskih zavarovanj in zavarovanj, povezanih z uporabo vozil, ter poskus pogleda v prihodnost: kakšen bo nadaljnji razvoj avtomobilske industrije in kako mu bo sledilo zavarovalništvo.

Ključne besede: avtomobilsko zavarovanje, avtonomno vozilo, odškodninska odgovornost, subrogacija, zavarovanje avtomobilske odgovornosti, zavarovanje proizvajalčeve odgovornosti, zavarovalnica

UDC 368.212

Pravni letopis 2019, pp. 95–103

JERNEJ VEBERIČ

Motor Vehicles Insurance Today and Tomorrow – Autonomous Vehicles Insurance Issues

The insurance business is always adapting itself to the development of the activities that it protects. For the insurance of vehicles and their use, the offer of insurance services is various and complete. However, new forms of car-sharing are emerging, vehicles are more and more powerful, safe, “smart” and autonomous. The indicated and announced development of car industry will result in the progress of the insurance activity. This contribution offers a short overview of the present situation of car insurance and insurance related to the use of vehicles and tries to look ahead: What will be further development like and how will the insurance business follow?

Keywords: autonomous vehicle, car insurance, insurance company, liability for damages, motor third party liability insurance, product liability insurance, subrogation

UDK 347.94:347.77/.78

Pravni letopis 2019, str. 107–132

ĐORĐE GRBOVIĆ

Zavarovanje dokazov pri uveljavljanju pravic intelektualne lastnine: praktične izkušnje

Zavarovanje dokazov po zakonodaji o intelektualni lastnini zagotavlja veliko učinkovitejše, vendar tudi veliko bolj invazivno varstvo od klasičnega zavarovanja dokazov po pravilih pravnega postopka. Zanaša se namreč na pravo začasnih odredb, pri katerih je mogoče doseči prisilno izvršbo. To je mogoče tudi brez poprejšnjega zaslišanja nasprotne stranke, katere pravna sredstva niso suspenzivna. Institut je bil uzakonjen leta 2006, prvič pa uporabljen šele leta 2018. Prispevek opisuje to prvenstveno uporabo. Zaradi njegove silovitosti je institut treba razumeti v širšem kontekstu, ki ga sestavljajo idejni tok, ki zavrača absolutizacijo načela *nemo contra se edere tenetur* in primerjalnopravno pridobiva veljavo, direktiva o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine ter britansko in francosko pravo, po katerih se je zgledoval evropski zakonodajalec, in nenazadnje naše ustavno pravo. Prispevek se dotika vseh naštetih tem. Njihovo razumevanje omogoča iskanje ustreznih ravnesij med zagotavljanjem učinkovitega sodnega varstva imetniku pravice intelektualne lastnine in varstvom upravičenih interesov nasprotne stranke, kar je prikazano ob povzetku navedene prvenstvene uporabe.

Ključne besede: zavarovanje dokazov, direktiva o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine, *Anton Piller order*, *saisie-contrefaçon*

UDC 347.94:347.77/.78

Pravni letopis 2019, pp. 107–132

ĐORĐE GRBOVIĆ

Preserving Evidence in IP-Rights Enforcement Context: Slovenian Experience

Evidence preservation affords a much more effective, albeit a much more invasive protection under intellectual property statutes than conventional evidence preservation in general civil procedure law. It relies on the law of interim measures. These can be enforced *inaudita altera parte*, whose legal remedies are non-suspensive. The measure was enacted in 2006 but only first used in 2018. The article details its first application. Because of its forcefulness, it is imperative the measure be understood in its broader context: the rejection in contemporaneous comparative law of the absolute principle of *nemo contra se edere tenetur*, the Enforcement Directive as well as British and French law that inspired the European legislator, and our own constitutional law. The paper touches upon all of these topics. Understanding them allows for the search of the right equilibrium between providing effective protection to the IPR holder while at the same time protecting the counterparty's legitimate interests. An attempt at this calibrating exercise is shown in a case-study of the abovementioned pioneering application.

Keywords: preserving evidence, Enforcement Directive, *Anton Piller order*, *saisie-contrefaçon*

UDK 347.91/.95:343.1:368
Pravni letopis 2019, str. 133–159

GREGOR KLUN

Zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi v (pred)kazenskem postopku – med kazenskim in civilnim pravom

Začasno zavarovanje v (pred)kazenskem postopku je stična točka kazenskega in civilnega (procesnega) prava, saj omogoča zavarovanje kazenske terjatve (odvzem premoženjske koristi) in civilne terjatve (premoženjskopравни zahtevek). Kljub različnemu izvoru sta obe terjatvi usmerjeni v vzpostavitev stanja pred kaznivim dejanjem, v njuni konkurenci pa ima prednost civilna terjatev, zato se ureditev zavarovanja v (pred)kazenskem postopku precej opira na pravila civilnega zavarovanja. Po drugi strani je kazensko zavarovanje mogoče le, če je zavarovana terjatev povezana s kaznivim dejanjem, zato vsaj za del njenega temelja veljajo pravila za odločanje o krivdi. Ta povezanost načenja številna problematična vprašanja, na katera zakonsko besedilo ne daje jasnih odgovorov (npr. smiselna uporaba zakonov, dokazno breme in dokazni standard, domneva nedolžnosti, pravica do izjave) in ki jih je zato treba reševati z ustrezno razlago. Cilj prispevka je opozoriti na nekatere sporne položaje, osvetliti njihovo ozadje in pomen ter ponuditi izhodišča za odločanje v konkretnih primerih.

Ključne besede: predkazenski postopek, začasno zavarovanje, začasna odredba, odvzem premoženjske koristi, premoženjskopравни zahtevek, domneva nedolžnosti, dokazno breme, dokazni standard, pravica do izjave

UDC 347.91/.95:343.1:368
Pravni letopis 2019, pp. 133–159

GREGOR KLUN

Temporary Securing of the Claim for the Seizure of the Proceeds in Pre-Trial Criminal Procedure – Middle Ground Between Criminal and Civil Law

Temporary securing of claims in pre-trial criminal procedure is the middle ground between criminal and civil law, as it enables interim measures in relation to both criminal claims (seizure of the proceeds) and civil claims (indemnification). Despite their different origins, both said claims strive for civil restitution, thus civil law provisions concerning the conditions and procedure are applicable *mutatis mutandis*. On the other hand, such temporary securing is only possible if the claim is connected to the alleged crime, which in turn implies the use of certain safeguards regarding the decision-making in terms of suspect's guilt. From such interdisciplinarity arise many difficult issues (e. g. *mutatis mutandis* application, burden of proof, standard of proof, presumption of innocence, right to be heard) that can be resolved only by thoroughly interpreting the law. The goal of the article is in identifying such issues, explaining their context and importance, and finally providing the grounds for decision-making in such cases.

Keywords: pre-trial procedure, criminal procedure, temporary securing, interim measure, seizure of proceeds, claim for indemnification, presumption of innocence, burden of proof, standard of proof, right to be heard

*UDK 347.4/.5(497.4)**Pravni letopis 2019, str. 163–175*

DAMJAN MOŽINA

Obresti in plodovi pri neupravičeni obogatitvi

Dolžnost vračila tistega, za kar je bil nekdo obogaten brez pravne podlage, poleg vračila samega predmeta obogatitve zajema tudi naravne in civilne plodove. Avtor v prispevku obravnava nekatera vprašanja, ki se v zvezi s tem zastavljajo v slovenskem pravu. Ugotavlja, da 193. člen OZ ureja le postroženo odgovornost nepoštenega prejemnika, in meni, da mora tudi pošteni prejemnik povrniti plodove in obresti, pa tudi (druge) koristi od uporabe. Izhodišče je, da je treba doseženo korist konkretno izkazati, okoliščine pa lahko utemeljujejo tudi abstraktni pristop ali (izpodbojno) domnevo o pridobitvi določene koristi. Povrne se le korist, ki sama po sebi izhaja iz predmeta obogatitve, ne pa tudi tista, ki je rezultat znanj, odločitev ali drugih okoliščin pridobitelja. Za vrnitvene zahteve po prenehanju pogodb veljajo nekatere posebnosti, ki jih narekuje sinalagmatska narava pogodb. Poseben pristop zahtevajo tudi posojilne in druge pogodbe, pri katerih se odplačno prenaša raba stvari ali pravic. Prispevek se sklone z obravnavo obrestne mere obogatitvenih obresti.

Ključne besede: obligacijsko pravo, neupravičena obogatitev, plodovi in obresti, koristi od uporabe, posledice prenehanja pogodbe

UDK 347.4/.5(497.4)

Pravni letopis 2019, pp. 163–175

DAMJAN MOŽINA

Interest and Fruits in Restitution Claims

The obligation of restitution in case of unjustified enrichment does not only refer to the object of unjustified enrichment, but also to natural and civil fruits of that object. The paper deals with some of the questions which arise in Slovene law. Art. 183 of the Obligations Code only regulates the aggravated restitution obligation of a dishonest recipient. The author is of the opinion that an honest recipient is under the restitution duty, too. In principle, the use value is to be assessed concretely, but circumstances may call for an abstract approach or an assumption of benefit in a certain amount. Only the benefit independently arising from the object of unjustified enrichment is to be compensated, not the benefit which is the result of knowledge, decisions or other circumstances of the recipient. Some modifications arising from the reciprocity of claims apply to restitution claims after termination of contract (unwinding of contracts). Credit contracts and other contracts where the use of goods or rights is exchanged for money require some adaptations, too. The paper closes with some thoughts on restitution interest.

Keywords: obligations, unjustified enrichment, restitution, fruits and interest, use value, unwinding of contracts

UDK 347.2:347.426.6

Pravni letopis 2019, str. 177–197

KARMEN LUTMAN

Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino

Pravila o povračilu stroškov, ki so bili opravljeni v tujo korist, so pri nas urejena razpršeno, v okviru prava neupravičene obogatitve, posloводства brez naročila, pogodbenega in stvarnega prava. Kljub izhodiščno podobnim položajem se pravila med seboj razlikujejo. Nekatera bolj varujejo interes upnika, da dobi povrnjenih čim več vloženih sredstev, druga pa se nagibajo k zaščiti dolžnika pred prisilnim financiranjem tujih ekonomskih odločitev. Prispevek se osredotoča na nekatera odprta vprašanja pri povračilu stroškov v širšem kontekstu in v okviru prava neupravičene obogatitve. Avtorica zagovarja stališče, da je treba pravila o stroških razlagati čim bolj enotno, ne glede na to, ali gre za kondikcijske ali verzijske zahtevke. Čeprav so pravila o stroških v SPZ v nekaterih primerih specialnejša od tistih v OZ, pa se ni mogoče strinjati, da molče derogirajo pravila o stroških prava neupravičene obogatitve. V prispevku so predstavljeni tudi pomisleki o uveljavljenem stališču glede 48. člena SPZ, po katerem upnik, ki je vlagal v tujo nepremičnino, ne more zahtevati povrnitve stroškov vlaganj, temveč le toliko, kolikor je zaradi vlaganj narasla tržna vrednost nepremičnine.

Ključne besede: neupravičena obogatitev, kondikcija, verzija, restitucija, povrnitev stroškov, povečanje vrednosti nepremičnine, obogatitveno načelo, stroškovna metoda, metoda tržnih primerjav, najemna pogodba

UDC 347.2:347.426.6

Pravni letopis 2019, pp. 177–197

KARMEN LUTMAN

Restitution of Improvements on Land of Another

Rules on reimbursement of expenditures incurred on someone else's property can be found in various branches of private law, such as the law of unjustified enrichment, negotiorum gestio, contract law and property law. Even though these rules to certain extent deal with very similar situations, they differ from one another in various aspects. While some of them are more favourable to the creditor in getting his investment back as much as possible, the others are more inclined toward protecting the debtor against forced financing of foreign economic decisions. The paper focuses on some open issues concerning reimbursement of costs in a broader context and under the law of unjustified enrichment. The author takes the view that the rules on reimbursement of costs should be interpreted as uniformly as possible, regardless if they stem from performance-based or non-performance-based enrichment claims. Even though the rules of the owner/possessor model are more specific than the rules on unjustified enrichment, the author does not share the view that the owner/possessor model silently derogates the restitutionary rules of the law of unjustified enrichment. The paper also presents concerns against the established position that a creditor investing in someone else's land cannot recover from its owner the value of the costs, but only the increase of market value of the property which occurred due to such improvements.

Keywords: unjustified enrichment, performance-based enrichment claim, non-performance-based enrichment claim, restitution, reimbursement of costs, increase in property value, enrichment principle, cost method, market comparison approach, lease contract

*UDK 347.23:347.451.9**Pravni letopis 2019, str. 199–216*

KARMEN LUTMAN

Neupravičena obogatitev v večsebnih razmerjih

Prispevek obravnava položaje neupravičenega prenosa premoženja v večstranskih razmerjih, torej razmerjih, v katerih je – posredno ali neposredno – udeleženih več oseb. Če v takšnih razmerjih pride do prenosa premoženja, za katerega ni veljavnega pravnega temelja, se zastavi vprašanje, od koga je prikrajšani izpolnitelj upravičen zahtevati vrnitev izpolnjenega, torej ali obstaja obogatitveni zahtevek le med strankama, med katerima je prišlo do neposrednega prenosa premoženja, ali pa je zahtevek mogoč tudi zoper (posredno) obogateno tretjo osebo. Avtorica v prispevku predstavi temeljne dileme, ki se odpirajo pri določanju upnika in dolžnika pri obogatitvenih zahtevkih v večstranskih razmerjih, in predlaga pristop k njihovem reševanju v tipičnih tristranskih razmerjih, kot so asignacija, cesija, pogodba v korist tretjega, poroštvo, prevzem dolga, pristop k dolgu in prevzem izpolnitve.

Ključne besede: neupravičena obogatitev, kondikcija, cesija, asignacija, pogodba v korist tretjega, poroštvo, pristop k dolgu, prevzem dolga, prevzem izpolnitve

UDC 347.23:347.451.9

Pravni letopis 2019, pp. 199–216

KARMEN LUTMAN

Unjustified Enrichment in Multi-Party Relationships

The paper deals with the issue of invalid transfers of assets in multi-party relationships – the relationships involving (directly or indirectly) more than two persons. In cases of such transfers the issue arises, who is the recipient that has been unjustly enriched at the claimant's expense. First, the party immediately enriched at the claimant's expense shall be identified and second, it shall be examined whether it is possible to sue party remotely enriched at his expense. The author gives an overview of dilemmas posed by searching for a right claimant and defendant in multi-party enrichment cases and proposes solutions for typical instances of such relationships, such as assignment of claim, transfer order, contract in favour of third party, suretyship, accession to debt, takeover of debt and takeover of performance.

Keywords: unjustified enrichment, performance-based enrichment claim, assignment of claim, transfer order, contract in favour of third party, suretyship, accession to debt, takeover of debt, takeover of performance

UDK 340.132(497.4)(091)
Pravni letopis 2019, str. 219–227

ALBIN IGLIČAR

Pravno zavezujoča moč zakona v treh obdobjih novejše pravne zgodovine Slovenije

Za konec zakonodajnega postopka v širšem pomenu besede sta potrebni še razglasitev in objava zakona. S tem postane zakon obstoječ, eksistenten. Slovenska ustava določa, da morajo biti zakoni objavljeni, preden začnejo veljati. Začetek veljavnosti je postavljen na petnajsti dan po objavi, če sam zakon ne določa drugače. Tedaj zakon dobi obvezno pravno moč. Ta trenutek je ustavna ureditev v Sloveniji pred drugo svetovno vojno označila za začetek obvezne moči, po drugi svetovni vojni pa za začetek veljavnosti. Zakonodajna praksa v zadnjem obdobju je uvedla še oznako začetek uporabe.

Ključne besede: razglasitev, objava, veljavnost, začetek zavezujoče moči zakona, uporaba zakona

UDC 340.132(497.4)(091)

Pravni letopis 2019, pp. 219–227

ALBIN IGLIČAR

The Binding Power of Law Through Three Periods of Recent Slovenian Legal History

To finalise the legislation procedure, the law has to be promulgated and published to come into existence. According to the provisions provided by the Constitution of the Republic of Slovenia, laws have to be published before they enter into force. The beginning of validity is set on the fifteenth day after the publication, unless the law itself states differently. Only at that point the law gets legal force and effect. In the period before Second World War, this moment was described as the “beginning of compulsory power” (the law comes into force), after 1945 the term changed to “beginning of validity”. Legislative practice in the recent period introduced yet another term – “the beginning of the application of the law”.

Keywords: promulgation, publication, validity, coming into force, application of law

*UDK 340.134:061.1EU**Pravni letopis 2019, str. 229–238*

GORDANA LALIĆ, KATJA BOŽIČ

15 let članstva v Evropski uniji – prehojene (nomotehnične) poti

Obveznost držav članic, da delujejo v skladu s pravom EU in uskladijo svoje predpise z njim, bodisi glede prenosa direktiv bodisi glede dolžnosti spoštovanja prava EU, ki se neposredno uporablja, je absolutna. Že nekaj let je ena glavnih prioritet EU krepitev boljše zakonodaje, ki naj izpolnjuje svoj namen, je preprosta za izvajanje, zagotavlja varnost in predvidljivost. Tretja, dopolnjena izdaja Nomotehničnih smernic vsebuje tudi nabor vsega tistega, kar se je zdelo pomembno in koristno tistim, ki smo aktivno vključeni v postopek priprave predpisov, s katerimi se prenaša ali izvaja pravni red EU. Tako so napotki še obsežnejši in podrobnejši, da bi bilo delo vsem, ki sodelujejo pri pripravi predpisov, dodatno olajšano. Načini prenosa in izvedbe pravnih aktov EU z nacionalnimi predpisi po petnajstih letih še vedno nenehno nihajo med teorijo in prakso, predvsem pa je spet in spet neizogibno razumevanje hkratnega sobivanja normativnih nacionalne ravni in ravni EU. Nomotehnika pri prenašanju in izvajanju pravnih aktov EU ostaja živ pripomoček, ki glede na stalno spreminjanje številnih spremenljivk spet in spet išče »presečne množice« ter utemeljuje »trmaste posebnosti« ob srečevanjih dveh pravnih redov – nacionalnega in pravnega reda EU.

Ključne besede: članstvo v EU, petnajst let izkušenj, pravni akti EU, novosti, sobivanje dveh pravnih redov, posebnosti in skupne točke

UDC 340.134:061.1EU

Pravni letopis 2019, pp. 229–238

GORDANA LALIĆ, KATJA BOŽIČ

15 Years of EU Membership – Traveled (Legislative Drafting) Paths

The obligation of all the member states of the EU to comply with the EU law with regard to transposition of directives or the obligation to comply with the EU law that is directly applicable is absolute. For several years now, one of the EU's priorities has been to strengthen better regulation; namely, regulation should fulfil its purpose, be simple to implement, ensure security and be predictable. The third, supplemented edition of the Rules on Legislative Drafting contains a set of all that seemed important and useful to those of us who are actively involved in the process of legislative drafting through which the *acquis* is either transposed or implemented. This set is even more extensive and detailed in order to make the job easier for everyone involved in legislative drafting. The manner of transposition and implementation of EU legal acts on the national level continues to fluctuate between theory and practice even after fifteen years. The set of rules on legislative drafting as regards transposition and implementation of the EU legislation remains a living device, which, in the face of constant change in many variables, again and again searches for “intersections” and justifies “stubborn peculiarities” at the encounter of two legal systems – national and EU.

Keywords: membership of the EU, fifteen years of experience, EU legal acts, novelties, coexistence of two legal orders, peculiarities and common points

*UDK 342.52:342:565.2**Pravni letopis 2019, str. 239–260*

KATJA TRILLER VRTOVEC

Vloga zakonodajno-pravne službe v ustavnem sporu

Zakonodajno-pravna služba (ZPS) je služba Državnega zbora Republike Slovenije. Njena primarna naloga je sodelovati pri sprejemanju zakonov v zakonodajnem postopku, sekundarna naloga pa je pripravljati vsebinske podlage za odgovore Državnega zbora v ustavnih sporih. Mnenje ZPS o skladnosti predlogov zakonov z Ustavo običajno spodbudi predlagatelja, da v zakonodajnem postopku k predlogu zakona vloži amandmaje oziroma dopolni svojo obrazložitev. V ustavnem sporu, ki je po preizkusu izpolnjenosti procesnih predpostavk zrel za vsebinsko presojo, mnenje ZPS pojasni, katerim ciljem je pri sprejemanju izpodbijanega zakona sledil zakonodajalec. Prispevek obravnava posebni situaciji v ustavnem sporu, ko argumenti ZPS, politike in Ustavnega sodišča ostanejo neusklajeni: prvič, kadar se v ustavnem sporu izpodbija zakon in politični argumenti pri njegovem sprejetju niso bili usklajeni s strokovnimi argumenti ZPS, hkrati pa se na mnenje ZPS iz zakonodajnega postopka sklicujejo pobudniki in predlagatelji v ustavnem sporu; in drugič, kadar Ustavno sodišče kljub vzpostavitvi kontradiktornega postopka abstraktne ustavne presoje in pridobitvi mnenja ZPS o skladnosti izpodbijanega zakona z Ustavo ustavni spor zaključi s sklepom o zavrženju zaradi neizpolnjenosti procesnih predpostavk.

Ključne besede: Zakonodajno-pravna služba, Državni zbor, Ustavno sodišče, ustavni spor, ocena ustavnosti predpisov, pravica do izjave, načelo kontradiktornosti, nasprotni udeleženec

UDC 342.52:342:565.2

Pravni letopis 2019, pp. 239–260

KATJA TRILLER VRTOVEC

The Role of Legislative and Legal Service of the National Assembly in Disputes Challenging the Constitutionality of Laws before the Constitutional Court

The Legislative and Legal Services (hereafter named LLS) is a professional service of the National Assembly of the Republic of Slovenia. Its primary task is to participate in the legislative process with its opinions, whether or not proposed legislative bills are in compliance with the Constitution. Its secondary part is to draft the National Assembly's statement of defence in the constitutional dispute proceedings. The opinion of the LLS typically encourages the proposer to amend the proposed bill. In the constitutional dispute proceedings the opinion of the LLS explains the arguments of the legislator for passing the contested law. The article deals with two specific situations when the arguments of the politics, the Constitutional Court and the LLS remain in disagreement. Firstly, when the legislator did not consider the arguments of the LLS when drafting the bill, but the plaintiff in the constitutional dispute relies on the same LLS' arguments. Secondly, when the constitutional dispute proceedings end with the formal order dismissing the case, although the LLS prepared the statement of defence on the merits of the case.

Keywords: The Legislative and Legal Service of the National Assembly, The National Assembly of the Republic of Slovenia, The Constitutional Court of the Republic of Slovenia, the constitutional dispute, constitutional review, the right to be heard, the adversarial principle, the opposing party

UDK 346.9:340.132

Pravni letopis 2019, str. 261–276

TADEJA ZIMA JENULL

Nomotehnika v gospodarski zakonodaji – pogled iz prakse

Prispevek obravnava pogled sodnika, ki odloča v gospodarskih sporih, insolvenčnih, nepravdnih in drugih gospodarskih postopkih ter mora pri svojem delu uporabiti več zakonov, na nomotehniko. Med vsemi pomembnimi načeli za pripravo predpisov, ki so določena v Resoluciji o normativni dejavnosti (ReNDej), je posebej poudarjeno načelo določnosti. Sodnik največkrat naleti na težavo, če nomotehnično niso usklajeni enaki pojmi v različnih pravnih besedilih. Pojasnjeno je, da mora sodnik v posamezni zadevi uporabiti več predpisov, ki se lahko medsebojno prepletajo in dopolnjujejo. Sodnikova naloga je, da vsak predpis razlaga ustavnopravno skladno. Predstavljeni so tudi pojmi nujne zadeve v insolvenčnih postopkih, kdaj je treba v postopku sodnega registra in pri začasni odredbi odločati hitro ter o katerih vrstah zadev odloča sodišče prednostno. Obravnavano je tudi razreševanje pravnih položajev, urejenih v različnih predpisih, ki različno urejajo ista ali primerljiva pravna dejstva ali razmerja. Opozorjeno je na razmerje med neposredno zahtevo podjetnikovih sodelavcev do naročnika po 631. členu Obligacijskega zakonika in razmerji s podizvajalci pri javnih naročilih po Zakonu o javnem naročanju. Poudarjeno je, da avtentična razlaga za sodišče ni zavezujoča. Posebna previdnost zakonodajalca pri spremembah zakona je potrebna, ko ta vpliva na pravni promet v stečajnih postopkih. Na koncu prispevka je poudarjeno, da mora različne pojme v zakonu (ZGD-1 in ZFPPIPP), ki bi morali biti v različnih predpisih uporabljeni za enak položaj enako, pravilno razložiti sodna praksa.

Ključne besede: načelo določnosti, nujna, prednostna zadeva, hitrost postopka, prepletanje in prekrivanje zakonskih vsebin, sodna praksa

UDC 346.9:340.132

Pravni letopis 2019, pp. 261–276

TADEJA ZIMA JENULL

Nomotech in Commercial Law – Practical View

The article deals with the view of the judge who decides in commercial disputes, insolvent, non-litigation and other economic proceedings on nomotechnics and must apply several laws in his work. Among all the important principles for drafting the rules set out in the Resolution on regulatory activity (ReNDej), the principle of certainty is particularly emphasized. The judge most often encounters a problem if the same concepts are not harmonized nomotechnically in different legal texts. It is clarified that the judge in a particular case must apply several rules that can be intertwined and complementary. It is the judge's job to interpret each regulation constitutionally in accordance with the law. The concepts of urgent cases in insolvency proceedings are also presented, when it is necessary to decide quickly in the proceedings of the court register and in the interim order and which types of cases are decided by the court as a matter of priority. The resolution of legal situations regulated by different regulations that differently regulate the same or comparable legal facts or relationships is also discussed. The relationship between the direct request of the contractor's associates to the contracting authority under Article 631 of the Obligations Code and the relations with subcontractors in public procurement under the Public Procurement Act are pointed out. It is emphasized that an authentic interpretation is not binding on the court. Special care should be taken by the legislator to amend the law when it affects legal transactions in bankruptcy proceedings. At the end of the paper, it is emphasized that the different terms in the law (ZGD-1 and ZFPPIPP), which should be used equally in different regulations for the same position, should be properly explained by the case law.

Keywords: principle of certainty, urgent, priority matter, speed of the process, overlapping legal content, Slovenian case law (Slovenia)

