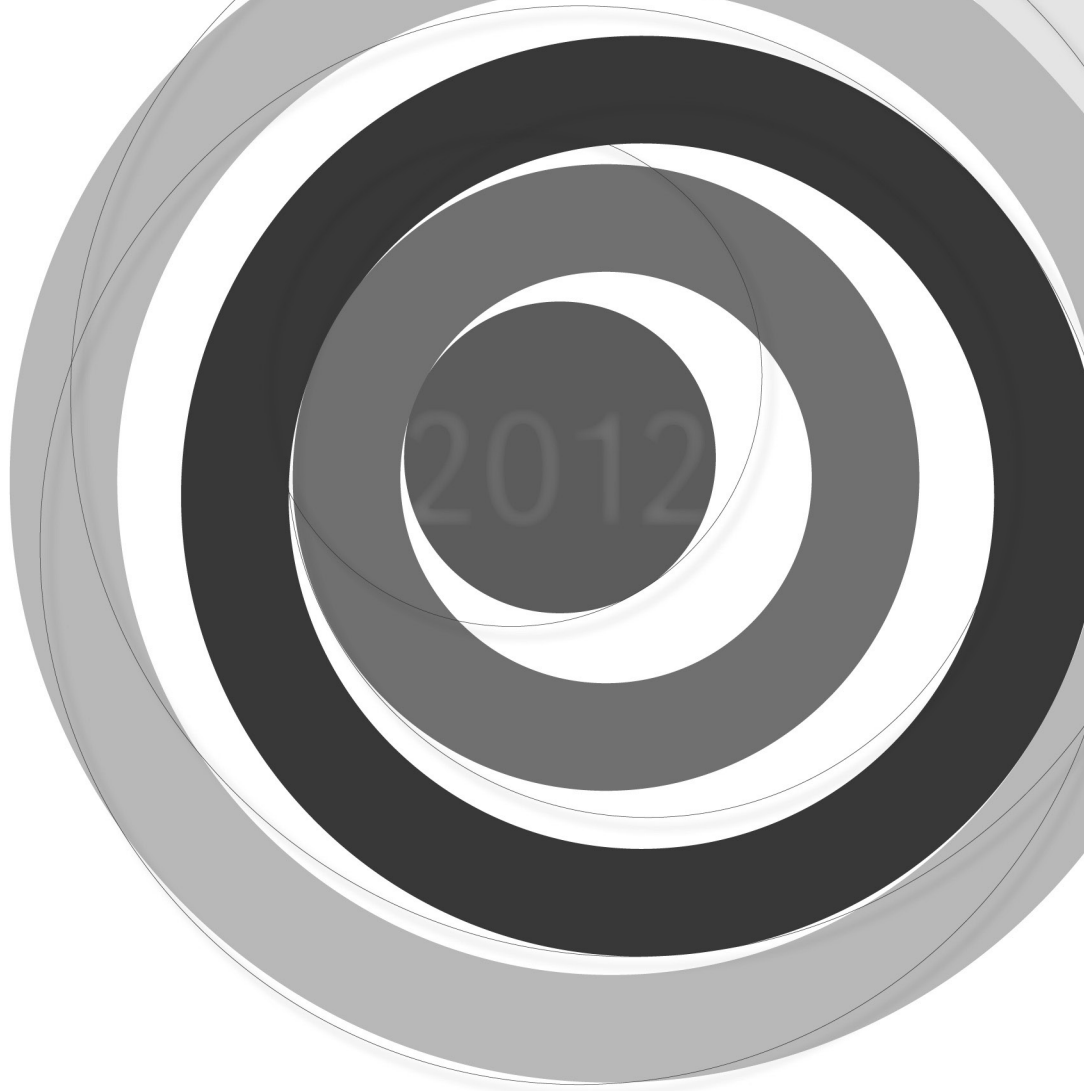




Medijski sponzor





Pravni letopis 2012

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

ij inštitutzapimerjalnopravo

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založila

GV Založba, d. o. o.

Uredniški odbor:

odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

sekretar: dr. Matija Damjan

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

Članki v publikaciji so recenzirani.

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

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

Oblikovanje in računalniški prelom

Anja Tavčar

Tisk

Grafis trade d. o. o.

Grosuplje

Naklada

180 izvodov

Cena z DDV

38,00 EUR

Naročila

tel.: 01 30 91 821

faks: 01 30 91 815

Ljubljana 2012

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. PROCESNI VIDIKI UVELJAVLJANJA ODŠKODNINSKIH ZAHTEVKOV

- 9 **Pristojnost v nepogodbenih odškodninskih sporih**
Aleš Galič
- 29 **Vmesna sodba, predhodna vprašanja in identična vprašanja v odškodninskih sporih**
Dragica Wedam Lukić
- 45 **Objektivne, subjektivne in časovne meje pravnomočnosti v odškodninskem pravu**
Špelca Mežnar

II. UPORABA OBLIGACIJSKE ZAKONODAJE V GOSPODARSKIH RAZMERJIH

- 59 **Samoregulacija gospodarskih razmerij in Obligacijski zakonik**
Peter Grilc

III. ODGOVORNOST ZA NEPRAVILNO IZPOLNITEV

- 69 **Časovne predpostavke in vsebina zahtevkov naročnika v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe v slovenski ureditvi**
Ana Vlahek
- 85 **Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi**
Damjan Možina
- 105 **Garancija za brezhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna**
Mitja Kovač

IV. NEKATERI PROBLEMI ODSTOPA TERJATEV

- 121 **Odstop terjatve v zavarovanje in zastavna pravica na terjatvi**
Renato Vrenčur
- 137 **Večkratni odstop terjatve**
Miha Juhart
- 149 **Pobot z odstopljeno terjatvijo**
Gregor Dugar

V. NOMOTEHNIKA

- 169 Analiza pogledov Nemškega združenja za zakonodajo**
Albin Igličar
- 183 Nomotehnični vidiki spreminjanja ustave**
Miro Cerar
- 191 Slovenski pristop k pravnemu normiranju ali zakaj smo tam, kjer smo**
Janez Pogorelec
- 203 Nomotehnika – med tehniko in občutkom**
Katja Božič
- 213 Priprava predpisa in koherentnost pravnega reda**
Franc Grad

VI. POVZETKI/ABSTRACTS



Procesni vidiki uveljavljanja odškodninskih zahtevkov

I.

ALEŠ GALIČ

Pristojnost v nepogodbenih odškodninskih sporih

DRAGICA WEDAM LUKIČ

*Vmesna sodba, predhodna vprašanja in identična
vprašanja v odškodninskih sporih*

ŠPELCA MEŽNAR

*Objektivne, subjektivne in časovne meje pravnomočnosti
v odškodninskem pravu*

Izvirni znanstveni članek
UDK 341.98:347.5, 347.98: 347.5(497.4)

Pristojnost v nepogodbenih odškodninskih sporih

PROF. DR. ALEŠ GALIČ,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Mednarodna in krajevna pristojnost

1.1. Uvod

Glede mednarodne pristojnosti v civilnih in gospodarskih zadevah je v Sloveniji treba upoštevati dva pravna vira. Če ima toženec prebivališče v državi članici EU, je za opredelitev mednarodne pristojnosti treba uporabiti Uredbo št. 44/2001 o pristojnosti in priznanju in izvršitvi odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Bruseljska uredba oziroma Uredba Bruselj I, v nadaljevanju: BU). Če toženec nima prebivališča v EU, se BU (za zdaj)¹ razen v nekaj posebej določenih primerih (na primer izključne pristojnosti) ne uporablja in torej še naprej velja domače pravo držav članic (v Sloveniji Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, v nadaljevanju: ZMZPP)². Odločilen kriterij je torej le prebivališče toženca. To velja tudi pri sporih o nepogodbeni odškodninski obveznosti in za opredelitev, ali naj sodišče uporabi BU ali ZMZPP, ni bistveno, kje je bil škodni dogodek oziroma kje je nastala škoda.

Ureditvi v BU in ZMZPP sta sicer usklajeni. Obe vsebujeta **posebno izbirno pristojnost** (torej poleg splošne pristojnosti po prebivališču toženca) za nepogodbene odškodninske spore. V 55. členu ZMZPP je določeno, da je v sporih o nepogodbeni odškodninski odgovornosti slovensko sodišče pristojno tudi tedaj, če je bilo v Republiki Sloveniji storjeno škodno dejanje ali je tu nastopila škodljiva posledica. V tretjem odstavku 5. člena BU, ki se nanaša na »zadeve

¹ Predvidena reforma Bruseljske uredbe je v prvem osnutku predvidevala poenotenje vseh pravil o mednarodni pristojnosti sodišč držav članic – tudi ko gre za spore proti tožencem iz tretjih držav. Vendar je ta predlog iz končnega predloga reforme (z dne 16. maja 2012) izpadel.

² Uradni list RS, št. 56/99.

v zvezi z delikti ali kvazidelikti«, je določeno, da se tožba lahko vloži pred sodišči kraja, kjer je prišlo ali kjer grozi škodni dogodek«. Čeprav se na prvi pogled zdi, da je ureditev v BU bolj restriktivna (saj ne uporablja alternativno dveh okoliščin), je vsebinsko enaka. Iz prakse Sodišča ES namreč izhaja, da pojem »kraj, kjer je prišlo do škodnega dogodka« (ali kjer grozi škodni dogodek)³ vključuje tako **kraj, kjer je bilo storjeno škodno dejanje** (*forum delicti commissi*), kot tudi **kraj nastanka škodljive posledice** (*forum laesionis*).⁴

Glede navedenega je enaka je tudi ureditev krajevne pristojnosti po 52. členu Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju: ZPP).⁵ Gre za posebno izbirno pristojnost za nepogodbene odškodninske obveznosti – poleg splošne po prebivališču toženca – v kraju škodnega dogodka ali nastanka škode. Tako po ZMZPP kot po ZPP omenjene določbe veljajo tudi v sporih zoper zavarovalnico zaradi povračila škode tretjim osebam po predpisih o neposredni odgovornosti zavarovalnice ter v sporih o regresnih zahtevkih iz naslova povračila škode zoper regresne dolžnike. ZPP pa ob tem vsebuje še posebno krajevno pristojnost po kraju prebivališča tožnika za škode zaradi smrti ali hude telesne poškodbe. Poudariti je treba, da slednja pristojnost ne pride v poštev v sporih z mednarodnim elementom.

Glede razmerja med mednarodno in krajevno pristojnostjo je treba opozoriti, da Bruseljska uredba načeloma res določa le mednarodno pristojnost (in je nato za ugotovitev krajevne pristojnosti treba uporabiti nacionalno pravo – v Sloveniji ZPP). Obstajajo pa izjeme, pri katerih BU neposredno ureja tudi krajevno pristojnost (ko ne govori o »sodišču države članice«, pač pa o »sodišču v kraju«. Tako je tudi pri izbirnih pristojnostih iz 5. člena BU, torej tudi pri pristojnosti za nepogodbene odškodninske obveznosti. Če gre za spor, ki spada v okvir uporabe BU, mora sodišče v državi članici tako **mednarodno kot tudi krajevno pristojnost določiti neposredno s klicevanjem na BU**.⁶ Zato je napačna utemeljitev sodišča, ki je v konkretnem primeru izreklo, da BU načeloma ureja le mednarodno pristojnost, ter ni videlo, da je pri pristojnostih iz 5. člena BU drugače in je zato krajevno pristojnost za odškodninski spor utemeljilo po pravilih ZPP (ter pri tem uporabilo drugačna merila, kot iz prakse SEU izhajajo za razlago BU).⁷ Res pa je vprašanje, ali je omenjeno pravilo, da BU v tretjem odstavku 5. člena

³ Nesporno je torej, da ta določba utemeljuje tudi pristojnost za prepovedne zahtevke glede grozeče škode (*vorbeugende Unterlassungsklagen*).

⁴ Sodba SEU v zadevi G.J. Bier B.V. v. Mines de potasse d'Alsace z dne 30. novembra 1976, 21/76.

⁵ Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

⁶ Tako Jenard Report, Pojasnila k tretjemu odstavku 5. člena. Glej tudi sodbo avstrijskega Vrhovnega sodišča OGH, 20. februar 2008, 4Nc3/08s, objavljeno v elektronski bazi Unalex.

⁷ Sklep VSL I Cp 3289/2010 z dne 2. februarja 2011. Mimogrede, v tej odločbi je tudi jasen primer v praksi slovenskih sodišč kroničnega nerazumevanja razlike med materialnim in procesnim pravom, ko sodišče utemelji: »Sodišče prve stopnje je pravilno uporabilo *materialno* pravo, ko je štel, da je v primeru škode, povzročene v medijih, *pristojno* sodišče vsake države, v kateri je medij distribuiran.« (poudarek A. G.) Pravila o mednarodni (stvarni, krajevni ...)

ureja tudi krajevno pristojnost, smiselno mogoče uporabiti pri odškodninskih tožbah zaradi kršitev osebnostnih pravic v medijih, saj bi to pripeljalo do krajevne pristojnosti vsakega sodišča v državi (o problematiki »pristopa mozaika« glej točko 1.6. v nadaljevanju).

Do težav lahko pride tudi v primeru odškodninskih zahtevkov, povezanih s kršitvijo pravic intelektualne lastnine. Ni namreč dvoma, da so tudi ti zahtevki podvrženi pristojnosti iz tretjega odstavka 5. člena BU. Kot rečeno, je s tem neposredno določena tudi krajevna pristojnost. Vendar pa je v Sloveniji za te primere določena izključna krajevna pristojnost (Okrožnega) sodišča v Ljubljani (drugi odstavek 103. člena Zakona o sodiščih).⁸ Gre za tako imenovano generalno delegacijo. Sporno je, ali je to pravilo mogoče uporabiti tudi v primeru, ki spada v polje uporabe BU (čezmejni spor proti tožencu iz države članice EU). Sam menim, da že razlogi smotrnosti navajajo k temu, da bi bilo to pristojnost koristno ohraniti. To je mogoče opravičiti s tem, da je v Sloveniji sodišče v Ljubljani edino sodišče, ki se ukvarja s tovrstnimi spori in ima zato krajevno pristojnost za vse kraje, kjer je prišlo do kršitve pravic intelektualne lastnine v Sloveniji.⁹

Razlog za določitev posebne izbirne pristojnosti je v tem, da oba kraja (tako kraj škodnega dogodka kot kraj nastanka posledice) lahko pomenita pomembno povezavo s stališča sodne pristojnosti, saj je glede na okoliščine za vsakega od njiju mogoče ugotoviti zelo koristne razloge za dokazovanje in organizacijo postopka.¹⁰ Omenjeni kriterij omogoča, da bo o zadevi presojalo sodišče, ki je najprimernejše za odločanje, zlasti zaradi **bližine predmeta spora in lažje izvedbe dokazov**.¹¹

Za nekatere vrste odškodninskih zahtevkov je treba upoštevati *lex specialis*, ki ima prednost pred navedenimi pravnimi akti, na primer za pristojnost sodišč v zvezi s škodo glede letalskih in železniških prevozov lahko pridejo v poštev mednarodne konvencije (montrealska, varšavska, COTIF), za škodo, povezano z evropsko znamko, evropskim vzorcem in evropskim varstvom vrst, pa ustrezne uredbe EU.¹²

pristojnosti v resnici seveda niso pravila materialnega, pač pa procesnega prava. Gre lahko celo za absolutno bistveno kršitev pravil postopka (glej 3. in 4. točko drugega odstavka 339. člena ZPP).

⁸ Uradni list RS, št. 19/94 in nasl.

⁹ Bruseljska uredba z določitvijo pristojnosti po »kraju nastanka škode« ne zahteva, da mora biti sodišče dobesedno v tem kraju. Stvar nacionalnega prava ostaja, da določi, kje so sodišča v konkretni državi in katero geografsko območje pokrivajo.

¹⁰ Na primer sodba v zadevi Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH z dne 18. aprila 2012, C-523/10.

¹¹ Na primer sodba SEU v zadevi Zuid Chemie z dne 16. julija 2009, C-189/08.

¹² Glej na primer 94. do 96. člen Uredbe Sveta (ES) št. 207/2009 z dne 26. februarja 2009 o blagovni znamki Skupnosti. O tem glej Stone, str. 107.

1.2. Polje uporabe

Po stališču SEU izbirna pristojnost po tretjem odstavku 5. člena BU pride v poštev za kakršno koli obliko uveljavljanja škode, ki ni povezana z obstoječim pogodbenim razmerjem.¹³ Pojem »delikta« in »kvazidelikta« je treba razlagati **evroavtonomno** in torej ne nujno enako, kot je to v nacionalnem pravu posamezne države članice.¹⁴ Poleg klasičnih zahtevkov iz prometnih nesreč pridejo v poštev¹⁵ na primer zahtevki zaradi nedopustnih posegov v okolje, kršitev osebnostnih pravic, pravic intelektualne lastnine,¹⁶ prava varstva konkurence, odgovornost zaradi izgub na kapitalskem trgu, odgovornost za malomarnost ali prevaro pri spodbujanju sklenitve pogodbe s tretjo osebo (na primer proti osebi, ki je oškodovanca napeljala, da je sklenil škodljivo pogodbo z drugo osebo). V poštev pride tudi tako imenovana preventivna odstranitvena tožba (kar je v BU, ne pa tudi v ZMZPP in ZPP izrecno omenjeno); ni treba, da je do škode dejansko že prišlo.¹⁷ Zahtevki iz producentske odgovornosti so nepogodbene deliktne narave.¹⁸ Ne gre za zahtevek, ki bi imel podlago v pogodbi (med oškodovancem in proizvajalcem praviloma pogodbeno razmerje niti ne obstaja), pač pa za zakonito podlago odgovornosti. Tudi spori za plačilo odškodnine zaradi neupravičenega odstopa od pogajanj (20. člen OZ) niso pogodbene, pač pa nepogodbene narave in zanje pristojnost iz tretjega odstavka 5. člena BU pride v poštev.¹⁹ Glede odškodninske odgovornosti zdravnikov je odločilno, ali gre za razmerje s pogodbenim temeljem ali ne. Deliktne narave so na primer tudi zahtevki zoper lažnega zastopnika, prav tako opustitveni zahtevek potrošniške organizacije za varstvo kolektivnih interesov potrošnikov²⁰ in zahtevki, povezani z nedopustno sindikalno delovnopravno akcijo.²¹

Obravnavana pristojnost pride v poštev tudi za pozitivno ugotovitevno tožbo (ugotovitev obstoja odškodninske obveznosti). Glede **negativne ugotovitvene tožbe** so mnenja deljena.²² Na podlagi predložitve nemškega Zveznega sodišča²³ trenutno glede tega poteka postopek

¹³ Sodba SEU v zadevi Reichert v. Dresdner Bank II z dne 27. oktobra 1998, C-51/97.

¹⁴ Na primer sodba SEU v zadevi Kalfelis v Schroeder z dne 27. septembra 1988, 189/87.

¹⁵ Pregled zadev, za katere pride v poštev tretji odstavek 5. člena BU, glej na primer v Hess, str. 280–292; Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 155–158, Kropholler, str. 147–148.

¹⁶ Sodba SEU v zadevi Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH z dne 18. aprila 2012, C-523/10.

¹⁷ Sodba SEU v zadevi DFDS Torline A/S z dne 5. februarja 2004, C-18/02.

¹⁸ Sodba SEU v zadevi Handte z dne 17. junija 1992, C-26/91.

¹⁹ Sodba SEU v zadevi Tacconi z dne 17. septembra 2002, C-334/00.

²⁰ Sodba SEU v zadevi Verein für Konsumenteninformation v Henkel z dne 1. oktobra 2002, C-167/00.

²¹ Sodba SEU v zadevi DFDS Torline A/S z dne 5. februarja 2004, C-18/02.

²² O tem glej na primer Kropholler, str. 150; Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 160.

²³ Sklep: BGH, 1. februarja 2011, KZR 8/10, objavljeno v elektronski bazi Unalex, DE-2006 (zadeva C-133/11; Folien Fischer AG, Fofitec AG v Ritrama SpA).

predhodnega odločanja pred SEU. V omenjeni zadevi se je generalni pravobranilec Jääskinen v sklepnih predlogih zavzel za razlago, da pristojnost iz tretjega odstavka 5. člena BU za negativno ugotovitveno tožbo ne pride v poštev.²⁴

Pristojnost iz tretjega odstavka 5. člena BU (in 55. člena ZMZPP ter krajevna pristojnost iz 52. člena ZPP)²⁵ za spore iz **pogodbene odškodninske odgovornosti** ne pride v poštev (v OZ glej na primer 239. do 246. člen).²⁶ Za te obstaja možnost vložitve tožbe po kraju izpolnitve pogodbene obveznosti (prvi odstavek 5. člena BU). Enako velja za kondikijske zahtevke v zvezi z vračanjem prejetega po razveljavitvi ali ugotovitvi ničnosti pogodbe.²⁷ Tudi zahtevki iz naslova posloводства brez naročila in verzijski zahtevki niso nepogodbene odškodninske narave in zanje obravnavana pristojnost ne pride v poštev²⁸ (pri teh ne pride v poštev niti izbirna pristojnost iz prvega niti iz tretjega odstavka 5. člena BU). Enako velja za tožbe za izpodbijanje pravnih dejanj dolžnika (*actio pauliana*).²⁹ Ni nujno, da bi za vsako obligacijskopravno obveznost morali utemeljiti bodisi pristojnost po prvem odstavku 5. člena BU (kraj izpolnitve pogodbene obveznosti) bodisi po tretjem odstavku 5. člena BU (za delikte in kvazidelikte). Mogoče je, da v poštev ne pride nobena od teh dveh pristojnosti in tedaj ostane le splošna pristojnost po kraju prebivališča toženca. Po drugi strani pa nikoli ne bi smelo priti do tega, da bi za določeno razmerje lahko uporabili obe omenjeni izbirni pristojnosti – tako po prvem kot po tretjem odstavku 5. člena BU.

Posebno vprašanje razmerja med pogodbeno in nepogodbeno odškodninsko naravo pri potrošniških sporih se nanaša na primere **zavajanja potrošnikov z lažno obljubo nagrade**. Za te spore namreč BU vzpostavlja posebno ugoden režim pristojnosti – vsaj v določenih primerih lahko potrošnik tožbo vložijo v kraju svojega prebivališča (15. do 17. člen BU), vendar mora iti za spor pogodbene narave. SEU je v teh primerih izreklo, da gre za pogodbeno naravo spora, če je (lažna) nagrada pogojena z naročilom blaga ali storitve pri trgovcu.³⁰ Če pa nagrada ni pogojena z naročilom, ne gre za pogodbeno naravo obveznosti in v poštev (poleg splošne) pridejo le

²⁴ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jääskinen z dne 19. aprila 2012 v zadevi Folien Fischer AG, Fofitec AG v Ritrama SpA, C-133/11.

²⁵ Sklep VSL II Cp 1421/99 z dne 28. februarja 2001: »Nima prav pritožba, da ima pri odškodninskih zahtevkih tožeča stranka pravico do izbire krajevne pristojnosti sodišča po kraju, kjer je bila škoda storjena ali kjer je nastala škodljiva posledica. Slednje velja po prvem odstavku 52. člena ZPP samo za sojenje v sporih o nepogodbeni odgovornosti za škodo. V obravnavanem primeru pa tožeča stranka uveljavlja povračilo poslovne škode med strankami, za take spore pa ne velja pristojnost sodišča, na območju katerega je nastala škodljiva posledica.«

²⁶ Sodba SEU v zadevi SPRL Arcado v SA Haviland z dne 8. marca 1988, 9/87.

²⁷ Mayr, str. 142; Hess, str. 281; Kropholler, str. 148.

²⁸ Hess, str. 281.

²⁹ Sodba SEU v zadevi Reichert z dne 26. marca 1992, C-261/90.

³⁰ Sodba SEU v zadevi Gabriel z dne 11. junija 2002, C-96/00.

izbirne pristojnosti iz tretjega odstavka 5. člena BU.³¹ Od tega razlikovanja pa je zdaj odstopilo ter glede na nekoliko bolj široko formulacijo v BU izreklo (v kontekstu potrošniških sporov), da ni treba, da gre za vzajemne obveznosti. Če je v dopisu trgovca vsebovana zaveza, da bo izplačal nagrado, se 15. člen BU, ki se nanaša na spore v zvezi s potrošniško pogodbo, uporabi.³² Če pa ta pogoj ni izpolnjen, se uporabi le, če je potrošnik temu trgovcu naročilo dejansko oddal.

Pristojnost po kraju škodnega dogodka in nastanka škode pride v poštev tudi pri **regresnih** zahtevkih (tako izrecno ZMZPP in ZPP). Seveda je treba najprej presoditi, ali tudi temeljna obveznost ustreza pojmu »nepogodbene odškodninske obveznosti« oziroma ali gre za »delikt« ali »kvazidelikt«. Omenjene pristojnosti ne pridejo v poštev na primer pri zahtevkih zavarovalnic iz zavarovanja spolnitve pogodbene obveznosti.³³ Tudi na splošno za uporabo obravnavanih pristojnosti ni pogoj, da je oškodovanec sam stranka v sporu (lahko gre tudi za univerzalnega ali singularnega pravnega naslednika).³⁴

Določba 52. člena ZPP in 55. člena ZMZPP se uporablja tudi v sporih **zoper zavarovalnico** zaradi povračila škode tretjim osebam po predpisih o neposredni odgovornosti zavarovalnice (direktna tožba).³⁵ Take določbe v tretjem odstavku 5. člena BU ni, pač pa vložitev tožbe neposredno zoper zavarovalnico v kraju škodnega dogodka omogoča 10. člen v povezavi z 11. členom BU, ki se nanaša na pristojnost v sporih iz zavarovalnega razmerja.

1.3. Kraj škodnega dogodka

Opredelitev kraja škodnega dogodka praviloma povzroča manj težav kot opredelitev kraja nastanka škode. Nekaj primerov: kraj škodnega dogodka je v sporih zaradi producentske odgovornosti tisti, kjer je bil proizveden produkt z napako (ne pa kraj, kjer je bil ta produkt dan v promet, ali kraj, kjer ga je kasnejši oškodovanec pridobil).³⁶ V sporu zaradi protipravnega

³¹ Sodba SEU v zadevi Engler v Janus Versand GmbH z dne 20. januarja 2005, C-27/02.

³² Sodba SEU v zadevi Ilsinger v. Dreschers z dne 14. maja 2009, C-180/06.

³³ Sklep VSK Cpg 98/93 z dne 4. maja 1993: »Tudi če gre za spor o regresnem zahtevku iz naslova povračila škode zoper regresnega dolžnika po drugem odstavku 53. člena ZUKZ, je mednarodna pristojnost sodišča v Republiki Sloveniji podana le, če gre za spor iz nepogodbene odškodninske odgovornosti, ne pa tudi, če gre za spor za povračilo škode zaradi kršitve pogodbe.«

³⁴ Seveda pa je bistveno, kje je škoda nastala prvotnemu oškodovancu. Mayr, str. 145; Kropholler, str. 159; Rosenberg, Schwab, Gottwald, str. 211.

³⁵ V primeru direktne tožbe oškodovanca zoper zavarovalnico (pri zavarovanju odgovornosti) gre za deliktne temeljne zahtevke. Enako v primeru škodnega zavarovanja, ko zavarovalnica uveljavlja regres od povzročitelja škode. Drugače pa mora veljati za tožbe med zavarovancem in zavarovalnico (ko zavarovanec – bodisi pri zavarovanju odgovornosti bodisi pri škodnem zavarovanju zahteva plačilo zavarovalnine). Tedaj gre za spor iz zavarovalne pogodbe in ne pride v poštev pristojnost v kraju nastanka škode. Posebno določbo, da je tudi v takem primeru (pri zavarovanju odgovornosti in zavarovanju nepremičnin) mogoča vložitev tožbe po kraju škodnega dogodka, ima le Bruseljska uredba (10. člen).

³⁶ Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 162; Schack, str. 110.

pozivanja k akcijam delavskega boja se kot kraj škodnega dogodka šteje kraj, kjer je bil ta poziv dan.³⁷ Če se škodni dogodek zgodi na ladji med plovbo, se je zgodil v državi, pod zastavo katere ladja pluje.³⁸ Kraj škodnega dogodka v tiskovnih zadevah je kraj relevantne poslovne enote izdajatelja. Za objave po internetu (zahtevki proti blogerjem ali avtorjem) se kot kraj škodnega dogodka priporoča uporabiti kraj, kjer je storilec podatke na spletno stran naložil (in ne na primer kraj obratovalca strežnika – ta pride v poštev le pri zahtevkih zoper njega).³⁹ Pri opustitvenih deliktih je kraj storitve škodnega dogodka kraj, kjer bi storilec moral delovati. Pri opustitvi dolžnega pojasnilnega ravnanja ali dajanja informacij je to kraj, kjer bi morala izjava biti dana.⁴⁰ Kršitev patenta se šteje za storjeno v državi, v kateri je patent registriran, torej kršitev pomeni šele uvoz proizvoda v državo, v kateri je patent varovan, in ne že izdelava plagiata v tuji državi. Patent namreč uživa le teritorialno varstvo (to velja tudi pri tako imenovanem evropskem patentu; varstvo je sicer zagotovljeno v vsej EU – vendar gre za »komplet« teritorialno učinkujočih patentov). Če želi tožnik zajeti vse škode, mora vložiti tožbo v državi prebivališča toženca.⁴¹ Glede sporov v zvezi s patentom je treba opozoriti še na stališče SEU, da če toženec poda ugovor ničnosti patenta, izključno pristojno postane sodišče v kraju registracije.⁴² Kraj storitve dejanj, ki pomenijo nelojalno konkurenco, ni kraj, kjer je bila na primer reklama narejena, pač pa kraj trga, kjer si konkurirata storilec in oškodovanec.⁴³

Vprašanje je, kateri kraj (ali več njih) je upošteven, če škodni dogodek sestavlja **več krajevno ločenih, vendar povezanih dejanj**, ki vodijo do nastanka škode. V domači teoriji je zavzeto bolj ozko stališče, po katerem naj bi bila upoštevena kraj najpomembnejšega dejanja in kraj zadnjega dejanja.⁴⁴ Kaže, da so stališča v tujini manj omejujoča in se večinoma dopuščata, da se kot kraj škodnega dogodka šteje vsak kraj, kjer je bil storjen del skupnega škodnega ravna-

³⁷ Sodba SEU v zadevi DFDS Torline A/S z dne 5. februarja 2004, C-18/02.

³⁸ Prav tam.

³⁹ Leible v: Rauscher, robna št. 87 k 5. členu; Ten Wolde v: Hausmann, Simons, robna št. 39 k tretjemu odstavku 5. člena.

⁴⁰ Leible v: Rauscher, robna št. 87a k 5. členu, Ten Wolde v: Hausmann, Simons, robna št. 41 k tretjemu odstavku 5. člena. Drugačno stališče: avstrijsko Vrhovno sodišče (OGH, 3. maja 2007, 1Ob74/07z, objavljeno v elektronski bazi Unalex); za škodo, ki jo je naredil odvetnik brez pooblastila kot *falsus procurator*, je pri lažnem predstavljanju prek telefona kot kraj škodnega dogodka treba šteti kraj, kjer se je ob razgovoru nahajal oškodovanec, in ne odvetnik.

⁴¹ Leible v: Rauscher, robna št. 85a k 5. členu, Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 156; Hess, str. 284; Walter, str. 209; Schack, str. 113.

⁴² Sodba v zadevi Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v Lamellen und Kupplungsbau KG z dne 13. julija 2006, C-4/03. Sodba ne daje zadovoljivega odgovora za primer, ko tožnik v času, ko je na primer v kraju prebivališča toženca ali v kraju škodnega dogodka vložil tožbo za odškodnino zaradi kršitve patenta, sploh še ni vedel, da se bo toženec branil z ugovorom, da je patent ničen in da bo zato sodišče postalo nepristojno. Kritično tudi Hess, str. 284.

⁴³ Schack, str. 110 (s sklicevanjem na nemško sodno prakso).

⁴⁴ Wedam Lukić v: Polajnar Pavčnik, Wedam Lukić, Ilesič, str. 96.

nja – razen če je ta s stališča celote res nepomemben.⁴⁵ Ni torej nujno, da gre le za kraj, kjer je bilo opravljeno »najpomembnejše« ali »najbolj odločilno« ali »zadnje« dejanje (*last event rule*). Prav tako v tem kontekstu ni upoštevna teorija »mozaika« (da bi bilo sodišče v nekem kraju pristojno presojati le tiste dele dejanja, ki so se zgodili tam). Gotovo tudi ni upošteven kraj, kjer so bila opravljena le pripravljala dejanja.⁴⁶ Zelo sporno ostaja vprašanje, ali je v primeru protipravnega **delovanja več oseb** na različnih krajih pristojnost za tožbo proti enemu (so)storilcu mogoče utemeljiti v kraju delovanja drugega (so)storilca (ki ni tožen). To vprašanje je trenutno predmet predhodnega odločanja pred SEU.⁴⁷

Drugače pa je treba obravnavati primere odgovornosti za ravnanje tretjega zaradi neskrbne izbire, nadzora ali navodil (na primer če delodajalec delo poveri neizkušenemu in neustrezno kvalificiranemu delavcu, ta pa nato med delom povzroči nesrečo). V teh primerih gre za samostojno in krivdno odgovornost osebe, ki je opustila dolžna ravnanja izbire, nadzora ali navodil. Vendar kot kraja storitve škodnega dogodka ni mogoče šteti samostojno kraja, kjer bi ta navodila, nadzor ali izbira morali biti dani oziroma narejeni, pač pa tudi v tem primeru kraj, kjer je prišlo do nesreče.⁴⁸

1.4. Kraj nastanka škode (škodljive posledice)

Kot kraj nastanka škode so lahko odločilne le primarne škode, torej kraj, kjer je prišlo do **neposrednega vplivanja na zavarovano pravno dobro** (predvsem telo ali premoženje).⁴⁹ Ni bistveno, kje so nastale **nadaljnje** ali **posredne** škode, na primer izgubljeni dobiček oziroma posredne premoženjske izgube.⁵⁰ Za nepremoženjske škode (na primer duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjskih aktivnosti) iz prometne nesreče je tako relevanten le kraj prometne nesreče, ne kraj, kjer nato oškodovanec trpi bolečine.⁵¹ Prav tako ne kraj nastanka nadaljnje (prihodnje) škode. Če so bili poslovni papirji nedopustno zaseženi v Angliji, Italije, kjer je

⁴⁵ Na primer Leible v: Rauscher, robna št. 88 k 5. členu; Ten Wolde (s sklicevanjem na nemško sodno prakso) v: Hausmann, Simmons, robna št. 40 k tretjemu odstavku 5. člena; Oberhammer (s sklicevanjem na švicarsko sodno prakso) v: Dasser, Oberhammer, str. 169; Schack, str. 108 in 110.

⁴⁶ Schack, str. 110.

⁴⁷ Predlog Landesgericht Düsseldorf, št. zadeve pred SEU C-228/11, Melzer v. MF Global UK (prejeto 16. 5. 2011). O tej problematiki glej Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 161; Ten Wolde v: Hausmann, Simmons, robna št. 40 k tretjemu odstavku 5. člena.

⁴⁸ Schack, str. 110.

⁴⁹ Na primer Hess, str. 282; Walter, str. 209; Schack, str. 111.

⁵⁰ Sodba v zadevi Marinari v. Lloyds Bank z dne 19. septembra 1995, C-364/93 (»... and did not cover the place where the victim claimed to have suffered financial damage following upon initial damage arising and suffered by him in another Contracting State; so that it could not be construed so extensively as to encompass any place where the adverse consequences could be felt of an event which had already caused damage actually arising elsewhere«).

⁵¹ Wedam Lukić v: Polajnar Pavčnik, Wedam Lukić, Ilesič, str. 96.

zaradi tega prišlo do odpovedi nekaterih pogodb, ni mogoče šteti za kraj nastanka škode.⁵² Če bančni uslužbenec nakazilo klienta namesto na račun banke usmeri na svoj zasebni račun v drugi državi, je ta država (in ne morda država, v kateri se nahaja račun banke) kraj nastanka škode.⁵³ V primeru uveljavljanja premoženjskih škod iz prometne nesreče (stroški zdravljenja, popravilo avtomobila) je kot kraj nastanka škode upošteven le kraj, kjer se je zgodila nesreča, ne pa na primer kraj, kjer se je opravljalo zdravljenje ali popravilo avtomobila, in tudi ne kraj, kjer je bil račun plačan.⁵⁴ Enako velja za škode, ki nastanejo **tretji osebi**, na primer nepremoženjska (duševne bolečine) ali premoženjska (izguba preživljanja) škoda zaradi smrti bližnje osebe.⁵⁵ Tudi kraj, kjer je oškodovanec ugotovil, da je nastala škoda, ni upošteven.⁵⁶

Tudi glede škode, nastale v osebni sferi (na primer duševne bolečine zaradi kršitve osebnostnih pravic), je v tuji sodni praksi (in v praksi SEU) uveljavljeno stališče, da ni odločilen kraj prebivališča toženca (češ da »je bilo poseženo v osebnostne pravice in je torej škoda nastala v zasebni sferi« in torej v kraju prebivališča tožnika).⁵⁷ Res je sicer, da škoda ni sama izjava oziroma njeno razširjanje, prav tako tudi ne poseg v osebnostne pravice; škoda so duševne bolečine. Kljub temu pa z vidika določitve pristojnosti (in upoštevnega prava) ni bistven kraj, kjer oškodovanec trpi (saj bi to v praktični posledici ne pomenilo nič drugega kot določitev pristojnosti po prebivališču tožnika).⁵⁸ Zato je treba vztrajati pri kriteriju, kje je bila izjava (fotografije, posnetki, zapis) objavljena oziroma distribuirana.⁵⁹ Nemška sodna praksa temu dodaja pogoj, da mora iti za nameravano, in ne le naključno distribuiranje na nekem območju.⁶⁰

Kot ugotavlja SEU, besedne zveze »kraj, kjer je nastal škodni dogodek« ni mogoče široko razlagati tako, da obsega vsak kraj, kjer se lahko občutijo škodljive posledice dogodka, ki je

⁵² Sodba SEU v zadevi *Marinari v Lloyds Bank* z dne 19. septembra 1995, C-364/93.

⁵³ Glej prakso angleških sodišč, citirano v Stone, str. 106.

⁵⁴ Na primer (glede uporabe Uredbe Bruselj I) sodba belgijskega kasacijskega sodišča z dne 28. februarja 2002, RW 2003-2004, str. 457.

⁵⁵ Sodba SEU v zadevi *Dumez France v Hessische Landesbank* z dne 11. januarja 1990, 220/88.

⁵⁶ Sodba SEU v zadevi *Reunion europeenne v. Spiethoff's Bevrachtingskantoor BV* z dne 27. oktobra 1998, 51/57. V sporu glede odškodninske odgovornosti ladijskega prevoznika (ki z oškodovancem ni v pogodbeni zvezi – sicer pristojnost po tretjem odstavku 5. člena BU sploh ne bi prišla v poštev) kot kraj nastanka škode ni odločilen kraj, kjer je oškodovanec ugotovil škodo (proizvodi se so med ladijskim transportom pokvarili), pač pa kraj, kjer je ladijski prevoznik stvari izročil naslednjemu prevozniku.

⁵⁷ Tako sicer sklep VSL I Cp 3289/2010 z dne 2. februarja 2011 (glede krajevne pristojnosti, glede mednarodne pristojnosti so bila stališča SEU povzeta pravilno).

⁵⁸ Prav zato, da ne bi prišlo do zamenjave s konceptom relevantne škode po materialnem pravu, se v nemški terminologiji uporablja izraz »kraj uspeha« oziroma »kraj posledice« (*Erfolgsort*), in ne kraj škode (*Schadensort*). Glej na primer Schack, str. 111.

⁵⁹ Schack, str. 111.

⁶⁰ Glej Rosenberg, Schwab, Gottwald, str. 211.

povzročil škodo, ki je dejansko nastala na drugem kraju. Po eni strani bi taka razlaga povzročila, da bi bila določitev pristojnega sodišča odvisna od negotovih okoliščin in bi bila torej v nasprotju s krepitvijo pravne varnosti oseb, ki so nastanjene v Skupnosti, ki s tem, da tožeci stranki omogoča, da zlahka določi sodišče, pred katerim lahko toži, in toženi stranki, da razumno predvideva sodišče, pred katerim je lahko tožena, ki sestavlja enega od ciljev Konvencije. Po drugi strani bi največkrat omogočila določitev pristojnosti sodišč prebivališča tožeče stranke, to je pristojnost, da ji Konvencija z izjemo primerov, ki jih izrecno določa, ni naklonjena.⁶¹ SEU je obravnavalo primer avstrijskega klienta, ki je na podlagi neskrbnih in zavajajočih informacij svetovalca v Nemčiji iz Avstrije v Nemčijo nakazala denar in ga investirala v tvegane vrednostne papirje (ter utrpela hudo izgubo).

Besedna zveza »kraj, kjer je nastal škodni dogodek« ne obsega kraja prebivališča tožeče stranke, v katerem bi bil »center njegovega premoženja« samo zato, ker naj bi bil utrpel finančno škodo zaradi izgube delov premoženja, ki je nastala in jo je utrpel v drugi državi pogodbenici.⁶² Tudi glede škode ladjarja zaradi sindikalne akcije v švedskih vodah je SEU izreklo, da kot kraja nastanka škodljive posledice ni mogoče šteti Danske, ker pač danski ladjar tam trpi ekonomsko škodo.⁶³

V **sporih o producentki odgovornosti** je kot kraj nastanka škode treba šteti kraj, v katerem je nastala škoda, kot je tovarna podjetja, v kateri se je predelal proizvod z napako, kar je na predelanem proizvodu povzročilo materialno škodo, ki jo je utrpelo podjetje in ki presega škodo, povezano s proizvodom. Šlo je za škodo, ki je podjetju nastala zaradi dobave kontaminiranega kemičnega proizvoda, zaradi katerega so bila gnojila, ki jih podjetje proizvaja iz več surovin, neuporabna, in zaradi predelave navedenega proizvoda.⁶⁴ V konkretnem primeru je zato SEU ugotovilo, da je lahko kraj, v katerem je nastala škoda, le tovarna družba Zuid-Chemie na Nizozemskem, kjer je bil micromix, ki je proizvod z napako, predelan v gnojilo, kar je temu povzročilo materialno škodo, ki jo je utrpela družba Zuid-Chemie in ki presega škodo, povezano z micromixom.

Izhodišče, da je bistven le **kraj nastanka prve, neposredne škode**, je uveljavljeno tudi v praksi slovenskega Vrhovnega sodišča.⁶⁵ Enako mora veljati tudi za škode nadaljnjih oškodovancev

⁶¹ Na primer sodba SEU v zadevi Kronhofer v. Maier z dne 10. junija 2004, C-168/02.

⁶² Prav tam.

⁶³ Sodba SEU v zadevi DFDS Torline A/S, C-18/02 (Danska je kraj nastanka škode le zato, ker je neposredno prizadela ladjo, ki pluje pod dansko zastavo).

⁶⁴ Sodba SEU v zadevi Zuid Chemie z dne 16. julija 2009, C-189/08.

⁶⁵ Sklep VS RS II Ips 205/95 z dne 27. februarja 1997: »Pravilno razumevanje določbe prvega odstavka 53. člena ZUKZ je tisto razumevanje, ki kot kraj nastanka škode pojmuje kraj, kjer je prišlo do škodljivega delovanja na telo ali premoženje – to pa je v primeru prometne nesreče kraj te prometne nesreče. Pravkar povedano velja tudi v primeru, ko so končne posledice telesnih poškodb nastopile drugje – na primer smrt zaradi poškodb iz prometne nesreče, ki

in predvsem za pristojnost v regresni pravdi zavarovalnice proti storilcu.⁶⁶ Kritično pa je mogoče ugotoviti, da v praksi nižjih sodišč (in pri razumevanju strank oziroma njihovih pooblaščenecv) pogosto prihaja do napak.⁶⁷ Te napake pogosto »preživijo«, saj tudi nasprotna stranka ni pozorna na napačno razumevanje pojma »kraja nastanka škodljive posledice«.

1.5. »Čiste premoženjske škode« brez neposrednega posega v zavarovane dobrine

Opredelitev kraja nastanka škode je posebno težavna v primerih, ko se škoda izraža le na abstraktni premoženjski izgubi, **brez poškodovanja konkretnih osebnih ali stvarnih dobrin** (*pure economic loss* oziroma *reine Vermögensschaden*).⁶⁸ S tem so mišljeni primeri, kot so na primer prevara ali zavajanje storilca, ki oškodovanca napelje k sklenitvi škodljive pogodbe s tretjo osebo, investiranje v vrednostne papirje na podlagi zavajajočih ali lažnih informacij v prospektu izdajatelja, čigar papirji kotirajo na borzi, napačni podatki banke na zaprosilo o po-

ni nastopila v isti državi, v kateri je prišlo do prometne nesreče. Tak odgovor je treba dati tako glede nepremoženjske škode (bližnjih svojcev) po prvem odstavku 201. člena ZOR zaradi smrti osebe, ki je bila poškodovana v prometni nesreči, kakor glede premoženjske škode drugih (pogrebni in podobni stroški). Tako v enem kakor v drugem primeru je izhodišče razlage kraja nastanka škode (na ozemlju Slovenije ali drugje) po prvem odstavku 53. člena ZUKZ (prvotni) neposredni oškodovanec, to je oseba, ki je bila v prometni nesreči telesno poškodovana. Pri tem izhodišču je glede vse škode, ki je nastala zaradi smrti osebe, poškodovane v prometni nesreči, treba šteti kraj prometne nesreče kot kraj nastanka škode«.

⁶⁶ Primer dobre prakse: sklep VSL II Cp 2158/2004 z dne 2. marca 2005. V konkretni zadevi je tožnik (zavarovalnica) uveljavljal zgrešeno naziranje, da »odškodnina, ki se regresno uveljavlja, je bila plačana na sedežu tožeče stranke, zato je posledica nastala na območju naslovnega sodišča«. Sodišče je to naziranje pravilno zavrnilo in izreklo: »Določba prvega odstavka 52. člena ZPP se po tretjem odstavku istega člena tudi v regresnih pravnih uporablja neposredno, namreč ureja krajevno pristojnost pri nepogodbenih odškodninskih razmerjih in jo je zato potrebno tudi v regresnih pravnih razlagati glede na nastalo temeljno – nepogodbeno odškodninsko razmerje. Ob takšni razlagi pa plačilo zavarovalnice ni škodljiva posledica v smislu cit. prvega odstavka 52. člena ZPP, temveč gre za pogodbeno obveznost zavarovalnice, ki mora ob nastanku zavarovalnega primera plačati zavarovalnino oškodovancu. Škodljiva posledica iz temeljnega škodnega razmerja je lahko le škoda, ki je nastala oškodovancema v prometni nezgodi.«

⁶⁷ Glej tak primer napačne prakse v judikatu Okrajnega sodišča v Mariboru, ki je (po povzetku v sklepu VSM sklep R 71/2006 z dne 14. junija 2006) menilo, da »je nematerialna škoda tožeči stranki nastala (tudi) na območju Okrajnega sodišča na Ptuj, kjer ima stalno prebivališče in kjer je potekalo zdravljenje«. Višje sodišče je zahtevo mariborskega sodišča, da naj se zadeva »vrne« na sodišče na Ptuj, v sporu o pristojnosti sicer zavrnilo. Vendar tega ni utemeljilo z razlogom, da sodišče na Ptuj ni pristojno, pač pa z – napačnim – razlogom, da sodišče v Mariboru ne more sprožiti spora o pristojnosti, saj je tudi samo pristojno. Pravilna je seveda ocena, da sodišče v Mariboru v tem primeru je pristojno (saj se je na območju tega sodišča zgodila prometna nesreča). Vendar pa pogoj za sprožitev spora o pristojnosti ni ocena sodišča, ki mu je bila zadeva odstopljena, da samo ni pristojno, pač pa zadošča ocena, da prvo sodišče je pristojno (in da zato zadeve ne bi smelo odstopiti; glej 24. člen ZPP). Tudi iz odločbe Višjega sodišča konkludentno izhaja, da bi se sodišče na Ptuj (torej v kraju, kjer se je opravilo zdravljenje poškodb iz prometne nesreče) štel – napačno – za pristojno.

⁶⁸ Na primer Hess, str. 283; Schack, str. 112.

sredovanju informacij o boniteti podjetja, s katerim nato oškodovanec sklene pogodbo, slabo upravljanje premoženja.⁶⁹

Predlogi, kako opredeliti kraj nastanka škode v teh primerih, se gibljejo od stališča, da tu ne gre drugače kot z upoštevanjem centra finančnih interesov oškodovanca (kar v bistvu ni nič drugega kot kraj njegovega domicila in s tem do vzpostavitve *forum actoris*) v eni skrajnosti⁷⁰ do predlogov, da pristojnost po kraju nastanka škode v teh primerih povsem odpade (in ostane le kraj škodnega dogodka).⁷¹ Glede na jasno stališče SEU v zadevi *Kronhofer* (glej zgoraj) gotovo ne more biti pravilen pristop, da bi enostavno izrekli, da v teh primerih velja pristojnost po kraju »centra finančnih interesov«. Tudi druga skrajnost – popolna odpoved pristojnosti po kraju nastanka škode – ni zadovoljiva. Rešila bi namreč težave pri določitvi pristojnosti, ostale pa bi težave pri določitvi upoštevne prava – po Uredbi Rim II⁷² se namreč nepogodbena odškodninska obveznost presoja po kraju nastanka škode.⁷³ Zato je vsekakor nujno, da se kraj nastanka škode opredeli tudi v primerih tako imenovane *pure economic loss*. Tudi stališče, da je v primerih zavajanja, prevare, posredovanja napačnih informacij odločilen kraj, kjer je oškodovanec informacijo, zaradi katere se je odločil za škodljivo transakcijo, prejel (prek telefona, pisno ...), ni prepričljivo.⁷⁴ Prejem napačne informacije namreč še ni škoda. Malce ožje je stališče, da je odločilen kraj, kjer je na podlagi prejete napačne informacije oškodovanec nato storil nadaljnje konkretne korake (na primer nakazilo denarja). Odločba SEU v zadevi *Kronhofer* naj takega stališča ne bi preprečevala, saj je v njej SEU izreklo le, da kraja »centra premoženja« oškodovanca ni že samega po sebi mogoče šteti za kraj nastanka škode. Ob obstoju dodatnih naveznih okoliščin bi torej rezultat utegnil biti drugačen.⁷⁵ Drugi avtorji pa tudi za tovrstne primere pravijo, da je odločilno le, kje so nastali vsi elementi spornega ravnanja. V primerih, kakršen je bil *Kronhofer* (zaradi zavajanj borznih svetovalcev iz Nemčije prek telefona ter pisne korespondence, je stranka iz Avstrije nakazala denar in utrpela hudo finančno izgubo), naj bi tudi kot kraj nastanka škode (enako kot kraj delovanja) bila upoštevna le Nemčija.⁷⁶

⁶⁹ Glej obširno v: Lehmann, M., Where does Economic Loss Occur?, *Journal of Private International Law*, št. 3/2011, str. 527–550, str. 529.

⁷⁰ O takih primerih v sodni praksi glej Lehmann, str. 540.

⁷¹ Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 163–164; Schack, str. 112.

⁷² Uredba (ES) št. 864/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (Rim II), Uradni list EU, L 199, 31. 7. 2007, str. 40–49.

⁷³ Prvi odstavek 4. člena: »Če v tej uredbi ni določeno drugače, je pravo, ki se uporablja za nepogodbeno obveznost, nastalo iz škodnega dejanja, pravo države, v kateri škoda nastane, ne glede na državo, v kateri se je zgodil dogodek, ki je povzročil nastalo škodo, in ne glede na državo ali države, v kateri so nastale posredne posledice.«

⁷⁴ Oberhammer v: Dasser, Oberhammer, str. 163–164; Lehmann, str. 536.

⁷⁵ Leible v: Rauscher, robna št. 86c k 5. členu.

⁷⁶ Kropholler, str. 158. Podobno v primeru *Domicrest Ltd. v Swiss Bank Corp.* All E.R. (1998) 577. V sporu o odškodninski odgovornosti banke, ki je dala napačne podatke o boniteti kupca in je zato prodajalec izročil blago (ki

V švicarski sodni praksi se zastopa tudi stališče, da je treba upoštevati, ali so bila oškodovančeva sredstva nakazana z računa v določeni državi oziroma ali je škoda povezana prav z določenim računom v tujini (ki torej ni v državi domicila oškodovanca).⁷⁷ V Angliji se šteje, da v poštev pride kraj, kjer je storilec podal (lažno, zavajajočo, neskrbno ...) izjavo (kot kraj škodnega dogodka), ter kraj, kjer je oškodovanec na podlagi te izjave plačal denar ali dostavil blago ali sklenil škodljivo pogodbo (kot kraj nastanka škode).⁷⁸

1.6. Kršitve prek sredstev komunikacijske tehnologije

SEU je moralo rešiti vprašanje, katero sodišče je pristojno kot sodišče po kraju nastanka škode, če gre za odškodninski zahtevek zaradi posegov v čast in dobro ime, storjenih z objavo v tisku. Ali je to sodišče v vsaki državi, kjer je bil **medij** distribuiran in kjer po trditvah tožnika trpita njegova čast in dobro ime? SEU je zavzelo stališče, da upnik sicer lahko vloži odškodninski zahtevek v vsaki državi, kjer je bil časopis distribuiran, vendar pa lahko tam zahteva le povrnitev tistega dela celotne nastale škode, ki jo je utrpel prav zaradi objave v konkretni državi. Gre za tako imenovano teorijo mozaika. Če želi z eno tožbo uveljaviti odškodninski zahtevek za celotno škodo, ki jo je utrpel v vseh državah, v katerih je bil časopis distribuiran, mora tožbo vložiti v državi, v kateri je bil časopis tiskan (kraj škodnega dogodka), ali pa v državi prebivališča toženca.⁷⁹ To stališče SEU je bilo uporabljeno tudi že v praksi slovenskih sodišč.⁸⁰ Vendar ga je sodišče uporabilo le glede določitve mednarodne pristojnosti (čeprav se tretji odstavek 5. člena BU neposredno nanaša tudi na ureditev krajevne pristojnosti – glej zgoraj).

Leta 2011 je SEU prvič obravnavalo podoben primer, ko je šlo za škodo, storjeno prek **interneta**.⁸¹ Poudarilo je, da so kriteriji iz sodbe v zadevi *Shevill/Presse Alliance* sicer upoštevni tudi za druge oblike razširjanja informacij in povzročitve nedopustnih posegov v pravice osebnosti s sredstvi komunikacijske tehnologije (na primer radio, televizija in tudi internet), vendar pa prav v primeru kršitev, storjenih prek interneta, niso zadostni. Kot utemeljuje sodišče, se obravnava vsebin na internetu razlikuje od razširjanja na določenem ozemlju, kot je med

nato ni bilo plačano), je kraj delovanja kraj, v katerem je bila informacija dana, kraj posledice pa kraj, v katerem je bilo blago izročeno (in ne kraj, kjer se je prodajalec na podlagi napačne informacije odločil, da bo blago izročil). Opis primera v: Schlosser, str. 85.

⁷⁷ Glej Walter, str. 210. Glej tudi Schack, str. 112.

⁷⁸ Nosilen primer: Domicrest v Swiss Bank Corp. (1999) QB 548 (Rix J); citirano (z nadaljnjo sodno prakso) v: Stone, str. 105.

⁷⁹ Sodba SEU v zadevi Shevill v Presse Alliance z dne 7. marca 1995, C-69/93.

⁸⁰ Sklep VSL I Cp 3289/2010 z dne 2. februarja 2011.

⁸¹ Sodba SEU v združenih zadevah eDate Advertising GmbH v X in Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited z dne 25. oktobra 2011, C-509/09 in C-161/10.

drugim značilno za tiskane medije, ker načeloma pomeni vseprisotnost teh vsebin. Do teh lahko takoj dostopa nedoločeno število spletnih uporabnikov po vsem svetu, neodvisno od kakršnega koli namena njihovega objavitelja, da bi bile te vsebine dostopne zunaj države članice, kjer ima sedež, in brez njegovega nadzora. Kot je v sklepnem poročilu poudaril generalni pravobranilec *Villalon*, je bila škoda, ki je nastala zaradi kršitev osebnostnih pravic z objavo informacij v tisku, na televiziji ali radiu, tradicionalno obravnavana v pretežno nacionalnem okolju. Mednarodni učinki teh sporov so bili za nacionalne ureditve natančno določljivi, predvsem zaradi ozemeljske razmejenosti, ki je bila značilna za komunikacijska sredstva. S tem ko je dejavnost omejena le na eno ozemlje, je naravna težnja medija ta, da svoje informacije ponuja mogočim uporabnikom tistega geografskega prostora.⁸² SEU je zato razširilo formulo »mozaika« in zavzelo stališče, da lahko v primeru zatrjevane kršitve osebnostnih pravic z vsebinami, objavljenimi na spletnem mestu, oseba, ki meni, da je oškodovana, vložiti tožbo zaradi ugotovitve odgovornosti glede celotne škode bodisi pri sodiščih države članice, kjer ima objavitelj teh vsebin sedež, bodisi pri sodiščih države članice, kjer je **težišče njenih interesov**.⁸³ To je torej treba šteti kot kraj nastanka škode, ki je zadosti relevanten, da upravičuje vtoževanje celotne škode. Praviloma se bo ta kraj pokrival s prebivališčem tožnika, ni pa nujno. Če je na primer za tožnika bistven trg neke tuje države in bo zaradi zapisov na internetu prizadet predvsem na tem trgu, bo tam »težišče njegovih interesov«.

Sicer pa še naprej ostaja v uporabi tudi formula mozaika. Oškodovanec namreč lahko namesto tožbe zaradi ugotovitve odgovornosti glede celotne škode vložiti tudi tožbo pri sodiščih vsake države članice, na ozemlju katere je ali je bila na spletu objavljena vsebina dostopna. Vendar so ta sodišča pristojna za odločanje zgolj glede škode, storjene na ozemlju države članice sodišča, ki odloča.

Sporno je, ali enaka logika (tako iz stališč iz zadeve *Shevill/Presse Alliance* za klasične medije kot tudi iz stališč v zadevi *eDate Advertising* za internet) velja tudi v drugih primerih razpršene škode (na primer v zvezi s kršitvijo konkurenčnega prava).⁸⁴ SEU se je s tem vprašanjem prvič podrobneje ukvarjalo leta 2012.⁸⁵ Avtomatizem pri prenosu omenjenih stališč je zavrnilo. Opozorilo je, da stališča, izoblikovana glede varstva osebnostnih pravic, niso neposredno uporabljiva pri sporih, povezanih s kršitvijo pravic intelektualne lastnine, saj pri slednjih načeloma velja teritorialna omejitev varstva. Glede slednjega je SEU v enem od »Googlovih primerov« razrešilo vprašanje pristojnosti za odškodninske zahtevke v zvezi s kršitvijo blagovnih

⁸² Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Villalona, predstavljeni 29. marca 2011.

⁸³ Glej tudi nekoliko širše stališče v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca Villalona, predstavljenih 29. marca 2011.

⁸⁴ Za tako rešitev Schlosser, str. 84 (s citiranjem prakse avstrijskega vrhovnega sodišča); Hess, str. 283; ter (s citiranjem prakse francoskega kasacijskega sodišča) Kropholler, str. 154.

⁸⁵ Sodba SEU v zadevi Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH z dne 18. aprila 2012, C-523/10.

znamk prek interneta.⁸⁶ V konkretnem primeru je šlo za vprašanje, v kateri državi je mogoče vložiti tožbo proti oglaševalcu, ki v internetnem iskalniku (delujočem pod nacionalno oznako, na primer *google.si*, *google.at*) uporablja ključne besede, identične registriranim blagovnim znamkam. SEU je izreklo, da je kot kraj nastanka škode treba šteti kraj registracije blagovne znamke, kot kraj škodnega dogodka pa kraj, kjer deluje (*place of establishment*) oglaševalec. Ta kraj je, kot utemeljuje SEU, predvidljiv in opredelljiv za obe stranki. Iz istega razloga pa je SEU zavrnilo možnost utemeljitve pristojnosti po kraju strežnika. Predstavljena stališča predstavljajo določeno širitev pristojnosti po kraju škodnega dogodka, vendar so glede na nadnacionalnost oziroma čezmejnost, kar je neločljiva značilnost interneta, utemeljena.

1.7. Zahtevki za opustitev imisij: stvarnopravni ali odškodninskopravni temelj?

SEU je obravnavalo vprašanje, ali je sodišče v Avstriji izključno pristojno za odločanje v tožbi, s katero je tožnik zahteval prenehanje grozečih (čezmejnih) imisij iz češke jedrske elektrarne.⁸⁷ Tožnik je namreč tožbo vložil v Avstriji in se oprl na določbe Občega državlanskega zakonika (ABGB) glede prepovedi (grozečih) čezmernih imisij. Uveljavljal je, da gre za stvarnopravno varstvo in za vprašanje stvarnih pravic na nepremičninah, zato naj bi bila podana izključna pristojnost sodišča, kjer leži nepremičnina, po 22. členu BU. SEU je tako naziranje zavrnilo. Utemeljilo je, da imajo tovrstni zahtevki po nacionalnih pravnih redih držav članic včasih stvarnopravno, včasih odškodninskopravno naravo. SEU je ponovilo svoje stališče, da je pojem »odločanja o stvarnih pravicah« treba razlagati evroavtonomno, pri tem pa upoštevati, da so določbe o izključni pristojnosti v kraju, kjer leži nepremičnina, izjema od splošnega pravila o pristojnosti po kraju prebivališča toženca, izjeme pa je treba razlagati restriktivno. Upoštevati je tudi treba, kaj je namen določb o izključni pristojnosti sodišča, kjer leži nepremičnina. Namen je v tem, da se zagotovi pristojnost sodišča, kjer se najlaže opravi presoja zadeve (tudi bližina dokazov), enako pa pri čezmejnih sporih velja tudi glede uporabe upoštevne prava. Glede na omenjeno je težko zastopati stališče, da naj bi bila prav sodišča v Avstriji (sodišča, kjer imisija grozi oziroma nastaja) izključno najprimernejša za obravnavo tožbe zaradi prenehanja imisij. Presoja (grozeče) imisije je namreč povezana z vprašanji, ki se nanašajo tudi na nepremičnino, od koder vpliv (to je z vidika druge nepremičnine: emisija) prihaja. Čeprav gre po nacionalnem avstrijskem pravu pri tovrstni tožbi za posebno vrsto *actio negatoria*, je neposredna povezava z vprašanji stvarnih pravic po presoji SEU premajhna. Po evroavtonomni razlagi gre torej (z vidika presoje mednarodne pristojnosti) za odločanje o deliktih zahtevkih, in ne za odločanje o stvarnih pravicah na nepremičnini. V poštev torej pride splošna pristojnost po prebivališču toženca, prav tako pa izbirne pristojnosti po tretjem odstavku 5. člena BU – pristojnost po kra-

⁸⁶ Prav tam.

⁸⁷ Sodba SEU v zadevi Land Oberoesterreich v. ČEZ z dne 18. junija 2006, C-343/04.

ju škodnega dogodka (kar po praksi SEU vključuje tako kraj škodnega dogodka kot tudi kraj nastanka škode).⁸⁸ Po izrecni določbi tretjega odstavka 5. člena te pristojnosti pridejo v poštev tudi pri preventivni opustitveni tožbi (torej tudi ko nastanek škode zgolj grozi).

Zgoraj navedena stališča SEU je treba upoštevati za opredelitev mednarodne pristojnosti. Ni nujno, da bi jih morali preslikati tudi na področje razmejitve krajevne pristojnosti. Upoštevati je treba, da odločitev SEU temelji na evroavtonomni razlagi pojma »spor o stvarnih pravicah«, ki se ne pokriva nujno z opredelitvami v nacionalnih pravih držav članic. Po slovenskem pravu je tožba, s katero se uveljavlja varstvo lastninske pravice po 75. členu SPZ,⁸⁹ negatorna tožba (99. člen SPZ). Gre za spor o stvarnih pravicah na nepremičnini, za kar je po 57. členu ZPP predpisana izključna pristojnost sodišča v kraju, kjer leži nepremičnina. Pri negatorni tožbi (drugače kot na primer pri izbrisni tožbi ali tožbi za ugotovitev lastninske pravice) ne gre za to, da bi se o obstoju lastninske pravice odločalo v izreku sodbe z učinkom pravnomočnosti. Kljub temu pa je povezava s stvarnopравnim temeljem tako močna, da ni dvoma, da tovrstne tožbe utemeljijo izključno pristojnost (nesporno tudi v Nemčiji).⁹⁰

Naslednje vprašanje je, lega katere nepremičnine je odločilna za utemeljitev izključne pristojnosti – lega nepremičnine, iz katere vpliv prihaja (emisija); to je nepremičnina toženca, lega nepremičnine, na katero se vpliv širi (imisija); to je nepremičnina tožnika. Stališče sodne prakse v Nemčiji je, da je izključno pristojno sodišče v kraju nepremičnine, kamor se vpliv (imisija) širi – nepremičnine, varstvo katere se zahteva.⁹¹

1.8. Način ugotavljanja pristojnosti in meje pravne presoje zahtevka

Podobno kot v drugih primerih »**dvojno relevantnih dejstev**«⁹² tudi za utemeljitev pristojnosti po kraju nastanka škode zadošča (*sklepčna*) *trditev tožnika* (razen morda če te trditve že na prvi pogled glede na ponujene dokaze očitno niso resnične).⁹³ Če toženec ugovarja, da škode ali škodnega dogodka sploh ni bilo, bo ta ugovor seveda relevanten pri meritornem odločanju o zahtevku. Utemeljenost tega ugovora bo povzročila zavrnitev zahtevka, ne pa zavrženje tožbe zaradi pomanjkanja mednarodne (tudi krajevne) pristojnosti.

Pri dvojno relevantnih dejstvih je za utemeljitev pristojnosti torej dovolj trditev tožnika, da škoda je nastala in kje je nastala. Iz splošnih pravil civilnega procesnega prava pa izhajajo splo-

⁸⁸ Sodba SEU v zadevi G.J. Bier B.V. v. Mines de potasse d'Alsace z dne 30. novembra 1976, 21/76.

⁸⁹ Stvarnopравni zakonik, Uradni list RS, št. 87/2002.

⁹⁰ Glej Rosenberg, Schwab, Gottwald, str. 211; Stein, Jonas, ZPO-Kommentar, Band 1, robna št. 16 k paragrafu 24.

⁹¹ Stein, Jonas, robna št. 29 k paragrafu 24. Več o tem: Galič, str. 29–31.

⁹² Primerjaj (sicer glede iste problematike v zvezi s pristojnostjo po kraju spolnitve pogodbene obveznosti) sodbo v zadevi Effer SpA v Kanter z dne 4. marca 1982, C-38/81.

⁹³ Sodba OLG Koblenz z dne 25. junija 2007, 12 U 1717/05, objavljeno v elektronski bazi Unalex.

šno pravilo, da sodišče nato skladno s pravilom *iura novit curia* utemeljenost zahtevka preizkusi tudi z vidika drugih mogočih pravnih podlag (ki so glede na dejansko podlago, ki jo priskrbita stranki, in glede na tožbeni zahtevek uporabljive). Ko gre za problematiko brez čezmejnega elementa pravila *iura novit curia*, ne omejuje okoliščina, da je sodišče pristojnost utemeljilo na določeni pravni podlagi (na primer kraj škode pri nepogodbeni odškodninski odgovornosti). Ni ovire, da sodišče presoja, ali je zahtevek (glede na zatrjevana in ugotovljena dejstva) utemeljen po kateri koli pravni podlagi – tudi po taki, ki v izhodišču sploh ne bi omogočala krajevne pristojnosti tega sodišča.

Glede problematike mednarodne pristojnosti pa je SEU postavilo zelo pomembno omejitev: sodišče, ki je svojo pristojnost utemeljilo na okoliščini škodnega dogodka oziroma nastanka škode, sme v primeru, ko bi iz istega dejanskega stanja lahko izhajali zahtevki tako po odškodninskem kot tudi po pogodbenem temelju, presojati le zahtevke glede odškodninskopravne podlage.⁹⁴ Procesna predpostavka mednarodne pristojnosti ima v tem smislu prednost pred pravilom *iura novit curia*. Če si želi stranka zagotoviti presojo po vseh pravnih temeljih, lahko pač toži v kraju prebivališča toženca.

2. Stvarna pristojnost in vrednost spornega predmeta

Za odločanje v nepogodbenih odškodninskih sporih so, odvisno od tega, ali vrednost spornega predmeta presega 20.000 evrov, lahko pristojna tako okrajna kot okrožna sodišča (30. člen ZPP). Pri nedenarnih zahtevkih, ki jih je mogoče klasificirati kot odškodninske (vzpostavitev prejšnjega stanja, objava preklica, prenehanje posega, prepoved nadaljnjega ravnanja, odstranitveni zahtevek), je treba navesti vrednost spornega predmeta (v nadaljevanju: VSP). Velik praktičen pomen ima opredelitev VSP pri kumulaciji zahtevkov. Če se zahtevki zoper istega toženca opirajo na isto dejansko in pravno podlago, pride do seštevanja zahtevkov (prvi odstavek 41. člena ZPP). V nasprotnem primeru je VSP za vsak posamezen zahtevek ločena, enako, če se zahtevki uveljavljajo zoper več tožencev (drugi odstavek 41. člena).⁹⁵ Znano in, kolikor je mogoče preveriti, še vedno uveljavljeno stališče sodne prakse je, da zahtevki za povračilo nepremoženjske in premoženjske škode niso zahtevki z isto dejansko in pravno podlago.⁹⁶ VSP se torej za posamezne nepremoženjske zahtevke (duševne bolečine, telesne bolečine, strah) sešteva, zahtevki za plačilo premoženjske škode pa so od tega ločeni. To stališče se je sicer

⁹⁴ Sodba SEU v zadevi Kalfelis v Schroeder z dne 27. septembra 1988, 189/87.

⁹⁵ Iz primerjave prvega in drugega odstavka 41. člena bi izhajalo, kot da ni urejeno, kako se določa VSP, če je več tožnikov. Razumljivo pa je, da o seštevanju vrednosti tedaj ni mogoče govoriti.

⁹⁶ Na primer sodba in sklep VS RS II Ips 338/2002: »Tožnikov zahtevek za plačilo odškodnine za nepremoženjsko škodo in njegov zahtevek za plačilo odškodnine za premoženjsko škodo imata različno dejansko in pravno podlago. Zato se v skladu z drugim odstavkom 41. člena ZPP določi vrednost spornega predmeta po vrednosti vsakega od teh zahtevkov posebej.«

izoblikovalo pred Vrhovnim sodiščem v zvezi z ugotavljanjem, ali je dosežen prag za dopustnost revizije (**teorija drobljenja**). Danes to stališče izgublja pomen, saj je za izračun vrednosti izpodbijanega dela sodbe v zvezi z revizijo določeno, da se posamezne vrednosti seštevajo, če je odločitev o reviziji odvisna od rešitve pravnih vprašanj, ki so skupna za vse navedene zahtevke, ali če so posamezni zahtevki tako povezani, da je odločitev o posameznem zahtevku odvisna od odločitve o drugem zahtevku (peti odstavek 367. člena ZPP). Ta novost je bila z novelo ZPP-D vnesena prav zato, da bi se ocena vrednosti spora približala pravemu ekonomskemu pomenu zadeve. Razlika od siceršnje ureditve je bistvena predvsem v primeru (kakeršni so v odškodninskih pravnih pogostih), da je za revidenta sporen temelj zahtevka (na primer protipravnost, odgovornost ...). Tedaj se vrednost izpodbijanega dela glede premoženjske in nepremoženjske škode seštevata. V ekonomskem smislu je namreč očitno, da bo odločitev Vrhovnega sodišča o spornem pravnem vprašanju odvisna od vprašanja, ki je obema vrstama škode skupno.

Za druge vidike, pri katerih je prav tako odločilna VSP, kot kaže, še vedno velja pristop »drobljenja«. To bi torej, če bi bili dosledni, moralo veljati tudi pri opredelitvi stvarne pristojnosti. V pravi, v kateri bi tožnik uveljavljal na primer 15.000 evrov nepremoženjske škode in 10.000 evrov premoženjske škode, bi se okrožno sodišče (po uradni dolžnosti ob predhodnem preizkusu tožbe, sicer pa na pravočasen ugovor toženca – drugi odstavek 19. člena ZPP) moralo izreči za nepristojno in zadevo odstopiti okrajnemu sodišču. Enako pa bi, dosledno, moralo veljati tudi v primeru, da bi na primer tožnik uveljavljal zahtevek za plačilo 25.000 evrov nepremoženjske in 2000 evrov premoženjske škode. Na ugovor toženca bi se sodišče za drugi zahtevek moralo izreči za nepristojno in zadevo odstopiti okrajnemu sodišču (tudi z vidika kumulacije zahtevkov je pri zahtevkih, ki nimajo iste dejanske in pravne podlage, treba ugotoviti stvarno pristojnost za vsak zahtevek posebej (drugi odstavek 182. člena ZPP)). Verjetno prav zadnji primer nazorno kaže, kako neživljenjski je lahko pristop »drobitve«, če so glede obeh zahtevkov sporna ista vprašanja glede temelja. Sam bi se zavzel za stališče, da je pri uveljavljanju več zahtevkov v isti tožbi vsaj pri tipični odškodninski pravi treba šteti, da gre za isto dejansko in pravno podlago, kadar vsi zahtevki izvirajo iz istega historičnega (škodnega) dogodka. Za obstoj iste pravne podlage bi morala zadoščati ugotovitev, da so vsi zahtevki odškodninskopravne narave.

Gospodarski spor je lahko tudi spor glede nepogodbene odškodninske odgovornosti in za odločanje je tedaj vedno pristojno okrožno sodišče (32. člen ZPP). Tako z vidika stvarne (tako že 6. točka 32. člena ZPP) kot predvsem krajevne pristojnosti (glej zgoraj) je pomembna generalna delegacija Okrožnega sodišča v Ljubljani za spore glede intelektualne lastnine.

Na podlagi določila 5. člena **Zakona o delovnih in socialnih sodiščih**⁹⁷ je delovno sodišče pristojno za reševanje odškodninskih sporov zaradi škode, ki je delavcu nastala na delu ali v zvezi z delom, če delavec toži delodajalca oziroma delodajalca in zavarovalnico kot sospor-

⁹⁷ ZDSS-1, Uradni list RS, št. 2/2004.

nika. Glede tožene zavarovalnice to velja le, če gre za položaj sospornštva. Če je z direktno tožbo tožena zgolj delodajalčeva zavarovalnica, je pristojno sodišče splošne pristojnosti.⁹⁸

Literatura

- Dasser, Felix, Oberhammer, Paul, *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen*, Bern, 2008.
- Geimer, Reinhold, Schütze, Rolf, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar*, 2. izd., München, 2004.
- Galič, Aleš, O nekaterih procesnopравниh vidikih tožb za opustitev imisij, v: *Zborniku 1. Dnevi stvarnega in zemljiškopravnega prava*, GV Založba, 2009, str. 29–40.
- Hausmann, Reiner, Simons Thomas, *European Commentary on Regulation Brussels I*, v tisku, v elektronski obliki objavljeno v elektronski bazi Unalex.
- Hess, Burkhard, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 2010.
- Ilešič, Marko, Polajnar Pavčnik, Ada, Wedam Lukić, Dragica, *Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona*, Ljubljana, 1992.
- Jenard, Paul, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, Official Journal C 59, 5 March 1979.
- Kropholler, Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. izd., Frankfurt na Majni, 2006.
- Lehmann, Martin, *Where does Economic Loss Occur?*, *Journal of Private International Law*, št. 3/2011, str. 527–550.
- Mayr, Peter, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Dunaj, 2011.
- Rauscher, Thomas, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011*, *Brüssel I-VO, LugÜbk-2007*, München, 2011.
- Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz, Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 16. izd., Beck, München, 2004.
- Schlosser, Peter, *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2. izd., München, 2003.
- Schack, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4. izd., München, 2006.
- Stein, Jonas, *ZPO-Kommentar*, 22. izd., zv. 1.
- Stone, Peter, *EU Private International Law*, 2. izd., Elgar, Cheltenham, 2010.
- Wedam Lukić, Dragica, *Mednarodna in medrepubliška pristojnost*, *ČZ Uradni list*, Ljubljana, 1983.
- Walter, Gerhard, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 4. izd., Haupt Verlag, Bern, 2007.

⁹⁸ Sklep VS RS VIII R 10/2007 z dne 16. maja 2007, sklep VSL II Cp 5152/2006 z dne 13. decembra 2006.

*Izvirni znanstveni članek
UDK 347.951.2:347.5(497.4),
347.937:347.5(497.4)*

Vmesna sodba, predhodna vprašanja in identična vprašanja v odškodninskih sporih

PROF. DR. DRAGICA WEDAM LUKIČ,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Škodni dogodek je lahko predmet obravnavanja v različnih sodnih postopkih. V kazenskem postopku sodišče ugotavlja, ali je povzročitelj škode storil kaznivo dejanje, v pravdnem postopku pa odloča o povračilu povzročene škode. Če je oškodovancev več, je lahko isti škodni dogodek predmet obravnave v več pravnih postopkih, lahko pa se tudi zgodi, da isti oškodovanec posamezne vrste škode iz istega dogodka uveljavlja z več tožbami: najprej zahteva samo povračilo materialne škode, kasneje pa še povračilo nematerialne škode. V vseh teh primerih se postavlja vprašanje, kakšno je razmerje med posameznimi postopki – ali so sodišča vezana na odločitve, sprejete v predhodnih postopkih, ali so pri odločanju medsebojno neodvisna. Za razmerje med različnimi postopki, v katerih sodišča obravnavajo isti dogodek, sta odločilni dve temeljni načeli: načelo prirejenosti postopkov in načelo medsebojne vezanosti. Načelo prirejenosti postopkov je odraz načela neodvisnosti sodnikov, ki so pri odločanju vezani samo na ustavo in zakon (125. člen Ustave), strankam pa zagotavlja pravico do izjave v vseh postopkih, v katerih se odloča o njihovih pravicah in pravnih interesih (22. člen Ustave). Načelo medsebojne vezanosti pa temelji na načelu pravne varnosti kot enem od načel pravne države (2. člen Ustave), ki je dodatno konkretizirano v 158. členu Ustave. Ta določa, da je mogoče pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa, odpraviti, razveljaviti ali spremeniti le v primerih in po postopku, določenih z zakonom.

Ko gre za razmerje med pravdnim in kazenskim postopkom, je treba ločiti med primeri, ko je to, ali je bila škoda povzročena s kaznivim dejanjem, za civilnega sodnika predhodno vprašanje, in primeri, ko je v obeh postopkih predmet obravnave identično dejansko stanje, ki ga vsako sodišče rešuje s svojega vidika. V razmerju med več pravnimi postopki pa gre za

vprašanje objektivnih, subjektivnih in časovnih mej pravnomočnosti sodbe, izdane v drugem postopku, v katerem je bil predmet obravnave isto dejansko stanje. Ker bo slednje predmet samostojne obravnave, se bom v prispevku omejila na primere, ko je o enem od odškodninskih zahtevkov odločeno z vmesno sodbo.

2. Vmesna sodba

2.1. Pojem vmesne sodbe

V odškodninskih sporih se pogosto dogaja, da toženec ugovarja tožbenemu zahtevku po temelju (na primer zatrjuje, da ni odgovoren za škodo ali da med škodo in njegovim ravnanjem ni vzročne zveze), zanika pa tudi, da bi nastala škoda v zatrjevani višini. V takem primeru lahko sodišče po 315. členu Zakona o pravnem postopku (ZPP)¹ o temelju zahtevka odloči z vmesno sodbo, če je glede podlage stvar zrela za odločitev. Teorija opredeljuje vmesno sodbo kot sodbo o kvalitativnem delu zahtevka.² Ker gre za horizontalno cepljenje tožbenega zahtevka, lahko izda sodišče vmesno sodbo po uradni dolžnosti, seveda pa lahko njeno izdajo predlagajo tudi stranke. Sodišče izda vmesno sodbo predvsem takrat, kadar oceni, da je zahtevek po temelju utemeljen, vendar ni povsem prepričano o pravilnosti svojega stališča. V tem primeru je smotrno, da se njena pravilnost preizkusi v postopkih s pravnimi sredstvi (s pritožbo, morda tudi z revizijo). Če sodišče oceni, da zahtevek po temelju ni utemeljen, ne izda vmesne sodbe, temveč s končno sodbo tožbeni zahtevek zavrne. V tem primeru lahko nato izda vmesno sodbo pritožbeno ali revizijsko sodišče, če oceni, da je zahtevek po temelju utemeljen. Smisel vmesne sodbe je v razlogih smotrnosti. Če se v postopku s pravnimi sredstvi izkaže, da zahtevek po temelju ni utemeljen, bi bili čas in stroški, ki bi jih sodišče vložilo v obravnavanje višine zahtevka, izgubljeni. Izdaja vmesne sodbe se tako izkaže za smiselno predvsem takrat, kadar je nepravilna, saj če je pravilna, povzroči zgolj nepotreben zastoj v postopku.

Pred novelo ZPP-D³ je bilo sporno, ali je mogoče izdati vmesno sodbo v primeru, če toženec »pripozna« temelj zahtevka. Po večinskem stališču naj to ne bi bilo mogoče. V tem primeru naj namreč ne bi bil izpolnjen temeljni pogoj za izdajo vmesne sodbe, saj zahtevek po temelju ne bi bil več sporen, po drugi strani pa naj bi se pripoznava lahko nanašala samo na tožbeni zahtevek v celoti ali na njegov kvantitativni del.⁴ To dilemo je zakonodajalec rešil z novelo

¹ Uradni list RS, št. 26/1999 in nasl.

² J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLRJ*, Univerzitetna založba, Ljubljana 1961, str. 426; L. Ude, *Civilno procesno pravo*, Uradni list RS, Ljubljana 2002, str. 303.

³ Uradni list RS, št. 45/2008.

⁴ Tako tudi J. Zobec v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukič, J. Zobec, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 3. knjiga (v nadaljevanju *Komentar ZPP 3*), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 73.

ZPP-D, s katero je uvedel posebno obliko vmesne sodbe, ki jo izda sodišče takrat, kadar ugotovi, da podlaga tožbenega zahtevka med strankama ni sporna (vmesna sodba na podlagi sporazuma strank – nov tretji, četrti in peti odstavek 315. člena). Čeprav zakon ne določa, da bi moral glede nespornosti podlage med strankama obstajati izrecen sporazum, je treba to določbo razumeti tako, da zgolj to, da toženec zahtevku po temelju ne ugovarja, ne zadošča. Po drugem odstavku 212. člena ZPP je mogoče konkludentno priznati dejstva, od katerih je odvisna odločitev o utemeljenosti zahtevka, vmesna sodba pa se vedno nanaša na silogistični sklep, ki temelji na ugotovljenem dejanskem stanju in uporabi prava. Glede na to je ta sodba po vsebini podobna sodbi na podlagi pripoznave, če je posledica delnega tožnikovega popuščanja (na primer glede deleža njegove sokrivde), pa tudi sodbi na podlagi odpovedi.⁵ Ker gre za sodbo, ki ima za podlago dispozicijo strank, se zakon glede pogojev za njeno izdajo sklicuje na določbe drugega do četrtega odstavka 316. člena, ki se nanašajo na sodbo na podlagi pripoznave, glede razlogov za njeno izpodbijanje pa veljajo enake omejitve kot za izpodbijanje sodbe na podlagi pripoznave in sodbe na podlagi odpovedi zahtevku (tretji odstavek 338. člena ZPP). To pomeni, da je njena izdaja izključena, če gre za zahtevke, s katerimi stranke ne morejo razpolagati, izpodbijati pa jo je mogoče zaradi bistvenih kršitev določb pravnega postopka, in če je bila izjava, da podlaga zahtevka ni sporna, dana v zmoti ali pod vplivom sile ali zvižaje. Tudi to sodbo lahko sodišče izda po uradni dolžnosti, vendar je po Galičevem mnenju smiselno, da sodišče predhodno dobi soglasje strank za njeno izdajo (tudi zato, ker tedaj ni realno pričakovati, da se bo katera od strank zoper njo pritožila).⁶

2.2. Pojem »podlage zahtevka« v odškodninskih sporih

Izraza »temelj« oziroma »podlaga« zahtevka ne pomenita dejanske podlage tožbe (v tem smislu se ta dva izraza uporabljata v zvezi z vprašanjem opredelitve predmeta spora), temveč gre za rezultat silogistične operacije, v kateri je spodnja premisa dejansko stanje, zgornja premisa pravna norma, sklep pa odločitev, da je tožbeni zahtevak po temelju utemeljen.

V podlago zahtevka spada vse, od česar je odvisna odločitev o utemeljenosti zahtevka, izvzeto je samo tisto gradivo, ki se nanaša na odločanje o njegovi višini. V odškodninskih sporih so to dejstva, ki se nanašajo na obstoj odškodninske obveznosti v okviru postavljenega zahtevka za povračilo škode: škodno ravnanje, odgovornost, nastanek škode ter vzročna zveza med škodnim ravnanjem in škodo. V odločanje o temelju spada tudi ugotavljanje okoliščin, zaradi katerih lahko sodišče oškodovancu prisodi manjšo odškodnino, kot znaša škoda (170. člen

⁵ J. Zobec, Komentar ZPP 3, str. 75.

⁶ A. Galič, Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji, Pravni letopis 2009, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2010, str. 72.

Obligacijskega zakonika (OZ)),⁷ ter ugotavljanje, ali in koliko je oškodovanec sam prispeval k nastanku škode (171. člen OZ). V primeru objektivne odgovornosti je treba razčistiti tudi vprašanje obstoja razlogov, ki izključujejo objektivno odgovornosti (višja sila, ravnanje oškodovanca, ravnanje tretje osebe – 153. člen OZ). Poleg tega spadata v temelj zahtevka za povračilo materialne škode tudi vprašanje, ali ima oškodovanec pravico zahtevati vzpostavitev prejšnjega stanja ali denarno odškodnino (164. člen OZ), ter vprašanje, ali je iz katerega koli razloga (na primer izpolnitve ali pobotanja) obveznost prenehala.⁸

Od temelja posameznega zahtevka je treba razlikovati prejudicialno razmerje, od katerega je odvisna odločitev o enem ali več zahtevkih, ki izvirajo iz tega razmerja. Kadar je odločitev sodišča odvisna od (ne)obstoja neke pravice ali pravnega razmerja (predhodno vprašanje), lahko tožnik z vmesno ugotovitveno tožbo (tretji odstavek 181. člena ZPP), toženec pa z nasprotno tožbo (183. člen ZPP) zahteva, naj sodišče tudi o (ne)obstoju tega razmerja odloči z učinkom pravnomočnosti. V odškodninskih sporih je predhodno vprašanje vprašanje obstoja odškodninske obveznosti tožene stranke za škodo, ki izvira iz nekega škodnega dogodka. Sodišče mora pri odločanju o posameznem odškodninskem zahtevku odgovoriti tudi na to vprašanje, vendar če nobena od strank ne zahteva, naj se to vprašanje reši z učinkom pravnomočnosti, je odločitev o njem vsebovana samo v razlogih sodbe. Če sodišče na podlagi vmesne ugotovitvene tožbe ali nasprotne tožbe o tem vprašanju odloči s posebno sodbo, je to delna, in ne vmesna sodba, saj je z njo odločeno o enem od postavljenih zahtevkov (314. člen ZPP).⁹ Taka sodba ima v razmerju do prvotnega zahtevka podoben, vendar ne povsem enak učinek kot vmesna sodba. Po eni strani učinkuje širše od vmesne sodbe, saj veže sodišče tudi pri odločanju o drugih odškodninskih zahtevkih iz istega škodnega dogodka, po drugi strani pa se lahko kljub taki sodbi izkaže, da posamezen odškodninski zahtevek po temelju ni utemeljen (na primer ker škoda ni pravno priznana ali ker je vzročna zveza med škodnim ravnanjem in konkretno vrsto škode pretrgana).

Izrek vmesne sodbe se mora zato glasiti, da je tožnikov konkretni tožbeni zahtevek (na primer zahtevek za plačilo denarnega zneska v določeni višini) po temelju utemeljen ali da po podlagi obstaja. Formulacija »ugotovi se, da je toženec odškodninsko odgovoren ...« je neustrezna iz dveh razlogov. Zgolj ugotovitev toženčeve odgovornosti za nastanek škode namreč nujno še ne pomeni, da je zahtevek po temelju utemeljen, po drugi strani pa ugotovitev o obstoju odškodninske odgovornosti toženca za škodo iz določenega škodnega dogodka presega od-

⁷ Uradni list RS, št. 83/2001 in nasl.

⁸ Tako tudi A. Galič, Obseg vezanosti na vmesno sodbo, *Pravnik*, št. 7-9/1994, str. 255, ter isti, Komentar ZPP 3, str. 64.

⁹ S. Triva, M. Dika, str. 597, A. Galič, Komentar ZPP 3, str. 72.

ločitev o konkretnem odškodninskem zahtevku.¹⁰ Taka odločitev je v nasprotju z načelom dispozitivnosti, saj lahko sodišče o obstoju prejudicialnega razmerja odloči samo na podlagi vmesnega ugotovitvenega zahtevka ali nasprotne tožbe.

2.3. Pravnomočnost vmesne sodbe

Po drugem odstavku 315. člena ZPP sodišče počaka z obravnavanjem višine tožbenega zahtevka, dokler ne postane vmesna sodba pravnomočna. Sodišču ni treba počakati s postopkom, če je vmesna sodba izdana na podlagi sporazuma strank, razen če je proti vmesni sodbi vložena pritožba (četrti odstavek 315. člena ZPP). Vmesna sodba postane (tako kot vsaka druga sodba) formalno pravnomočna takrat, ko je ni več mogoče izpodbijati s pritožbo (prvi odstavek 319. člena ZPP). V teoriji pa je sporno vprašanje njene materialne pravnomočnosti. Juhart je zastopal stališče, da postane vmesna sodba materialno pravnomočna in veže sodišče in stranke tudi v vseh primerih, ko bi tožnik iz iste podlage uveljavljal drug tožbeni zahtevak.¹¹ Podobnega mnenja je bil Triva. Po njegovem mnenju pravnomočna vmesna sodba veže vse, na katere se nanaša, tudi zunaj pravde, v kateri je izdana, kot vsaka druga pravnomočna sodba o obstoju določenega pravnega razmerja.¹² Zanimivo je, da oba navedena avtorja odločno opozarjata, da je treba podlago zahtevka razlikovati od prejudicialnega razmerja, iz katerega zahtevak izvira, nato pa brez posebne obrazložitve zavzameta stališče o razširjenih učinkih vmesne sodbe. V nekdanji jugoslovanski teoriji je nasprotno stališče zastopal Poznič.¹³ Po njegovem mnenju vmesna sodba ni sposobna materialne pravnomočnosti in ne veže sodišča in strank v kakšnem drugem postopku iz istega razmerja. Enakega mnenja sta Galič¹⁴ in Zobec,¹⁵ ki se pri tem sklicujeta na nekatere avstrijske teoretike in večinsko mnenje v nemški teoriji. Po Galičevem prvotnem mnenju vmesna sodba ne more postati materialno pravnomočna, ker zunaj postopka, v katerem je bila izdana, nima nobenega pravnega učinka. V Komentarju ZPP je to svoje stališče nekoliko dopolnil tako, da »vmesna sodba nima učinkov materialne pravnomočnosti, vsaj ne v tem smislu, da bi pomenila pravnomočno odločitev o obstoju (prejudicialnega) pravnega razmerja«.¹⁶

¹⁰ Galič, *Obseg vezanosti ...*, op. 54 na str. 263, zato upravičeno kritizira Juharta (Civilno procesno pravo, str. 427), ki kot možnosti, kako naj se glasi zahtevak vmesne sodbe, navaja tudi zahtevak, da je »toženec odškodninsko odgovoren« ali da je »zahtevak tožnika glede plačila odškodnine utemeljen«.

¹¹ J. Juhart, *Civilno procesno pravo*, str. 427.

¹² To stališče je prvič izrecno zapisano v izdaji iz leta 1978 (S. Triva, *Gradjansko procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 1978, str. 481) in je ostalo nespremenjeno tudi v kasnejših izdajah sistema civilnega procesnega prava, katerih soavtor je bil. Glej S. Triva, M. Dika, *Gradjansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2004, str. 597.

¹³ B. Poznič, *Gradjansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1982, str. 270.

¹⁴ A. Galič, *Obseg vezanosti ...*, str. 259.

¹⁵ J. Zobec, *Nekaj pogledov na vmesno sodbo*, *Pravnik*, št. 1-2/1986, str. 64.

¹⁶ A. Galič, *Komentar ZPP 3*, str. 69.

Ker gre pri vmesni sodbi za vertikalno delitev odločanja o tožbenem zahtevku, je nesporno, da sodišče v drugi pravdi, v kateri odloča o drugem zahtevku iz istega pravnega razmerja, nanjo ni vezano. V tem smislu učinkuje vmesna sodba enako kot vsaka sodba, s katero sodišče enemu od zahtevkov, ki zvirajo iz istega pravnega razmerja, ugotovi ali ga zavrne. Vprašanje pa je, ali vmesni sodbi kljub temu ni mogoče priznati učinkov materialne pravnomočnosti – seveda v obsegu, v katerem je z njo odločeno. Materialna pravnomočnost pomeni, da o zahtevku, o katerem je bilo pravnomočno razsojeno, ni dopustno novo sojenje (*ne bis in idem*) ter da so sodišče in stranke vezani na vsebino odločbe. Če sodišče s končno sodbo zahtevku po višini ugotovi, ni dopustna nova tožba, s katero bi nasprotna stranka zahtevala, naj sodišče ugotovi, da ne obstaja tožnikova pravica zahtevati znesek, ki ga je uveljavljal s tožbo. Ker je s končno sodbo odločeno samo o višini zahtevka, je mogoče samo na podlagi vmesne sodbe ugotoviti, ali gre za zahtevek, o katerem je že bilo pravnomočno odločeno. Pravnomočnost vmesne sodbe tako »sodeluje« v pravnomočnosti končne sodbe. Drugo vprašanje pa je, ali je mogoče vmesni sodbi priznati učinke zunaj konkretnega postopka neodvisno od končne sodbe – če se postopek po njeni pravnomočnosti konča iz procesnih razlogov. Po večinskem stališču je mogoče po pravnomočnosti vmesne sodbe tožbo zavreči, če sodišče šele takrat ugotovi, da niso podane procesne predpostavke oziroma da obstajajo procesne ovire, na katere pazi sodišče po uradni dolžnosti ves čas postopka.¹⁷ Zavrženje tožbe se lahko nanaša samo na celoten tožbeni zahtevek, zato tudi vmesna sodba izgubi pravne učinke. Enako velja v primeru, če tožnik po pravnomočnosti vmesne sodbe umakne tožbo glede celotnega zahtevka, saj zahtevka ni mogoče umakniti samo glede višine. Če nato vloži novo tožbo z identičnim zahtevkom, sodišče na prej izdano vmesno sodbo ni vezano. Če se tožnik po pravnomočnosti vmesne sodbe zahtevku odpove, lahko izda sodišče sodbo na podlagi odpovedi, če toženec pripozna zahtevek, pa sodbo na podlagi pripoznave. Stranki lahko skleneta tudi sodno poravnavo glede višine zahtevka,¹⁸ pri tem pa se lahko tudi glede temelja (na primer glede deležev odgovornosti) dogovorita drugače, kot je določeno z vmesno sodbo.

Končno se postavlja vprašanje, kakšen učinek ima vmesna sodba, s katero sodišče brez postavljenega zahtevka odloči o obstoju prejudicialnega razmerja. Po splošnih pravilih postane tudi sodba, s katero sodišče odloči mimo ali prek zahtevka, pravnomočna, če je nobena od strank ne izpodbija s pritožbo. Po tretjem odstavku 350. člena ZPP namreč pazi pritožbeno sodišče na prekoračitev tožbenega zahtevka samo na zahtevo stranke. Glede na to je dosledno stališče, da taka sodba, če je nobena od strank ne izpodbija s pritožbo, postane pravnomočna in učinkuje tudi v drugih pravnih, v katerih se odloča o zahtevkih, ki izvirajo iz istega pravnega

¹⁷ A. Galič, Obseg vezanosti ..., str. 256, ter isti, Komentar ZPP 3, str. 65.

¹⁸ V teoriji se zastopa stališče, da naj bi bil to tudi eden od namenov vmesne sodbe (A. Galič, Obseg vezanosti ..., str. 255).

razmerja.¹⁹ Kljub temu se je – verjetno zato, ker se oblikovanju pravilnih izrekov namenja premalo pozornosti – v praksi uveljavilo nasprotno stališče, po katerem se obseg učinkovanja vmesne sodbe presoja po njenem nazivu ne glede na vsebino izreka.²⁰

2.4. Obseg vezanosti na vmesno sodbo

Ko postane vmesna sodba pravnomočna, je sodišče pri odločanju o višini zahtevka nanjo vezano. Glede ugovorov, ki se nanašajo na podlago zahtevka, ima vmesna sodba prekluzivni učinek,²¹ tako da jih v postopku odločanja o višini ni več mogoče uveljavljati. Ker je ena od predpostavk odškodninske obveznosti nastanek škode, se postavlja vprašanje, ali lahko sodišče tožbeni zahtevek po višini zavrne, če naknadno ugotovi, da tožnik ni utrpel nikakršne škode. Teoretično je dosledno stališče, da mora sodišče po izdaji vmesne sodbe tožniku priznati odškodnino vsaj v minimalni višini.²² To pa pomeni, da mora sodišče že pri odločanju o temelju ugotavljati dejstva, ki se nanašajo na višino škode, kar lahko izniči smisel vmesne sodbe.²³

Če tožnik glede višine delno umakne tožbo ali se zahtevku delno odpove, bo sodišče v nadaljnjem postopku odločalo samo o višini preostalega dela zahtevka. Vprašanje pa je, ali lahko tožnik po izdaji vmesne sodbe tožbo spremeni. Nedvomno je po izdaji vmesne sodbe mogoče uveljavljati nov zahtevek poleg obstoječega, vendar se tudi v primeru, če ta zahtevek izvirna iz istega prejudicialnega razmerja, učinek vmesne sodbe nanj ne nanaša. Enako velja v primeru spremembe istovetnosti zahtevka. Sporno pa je, ali se učinek vmesne sodbe razteza tudi na povečanje obstoječega zahtevka, če tožnik poviša zahtevek po izdaji vmesne sodbe. Po enem stališču je z vmesno sodbo odločeno o temelju zahtevka, kakršen je bil v času njene izdaje, zato sodišče glede povišanega dela zahtevka nanjo ni vezano. To stališče nedvomno varuje toženca pred tem, da bi tožnik najprej uveljavljal po višini nepomemben zahtevek, po izdaji vmesne sodbe pa zahtevek nesorazmerno povečal. Vendar je v primeru, če tožnik v skladu z določbo drugega odstavka 168. člena OZ, po kateri se denarna odškodnina odmeri na dan izdaje odločbe, poviša tožbeni zahtevek na zadnji glavni obravnavi, bolj sprejemljivo stališče, da se učinek vmesne sodbe razteza tudi na to povišanje zahtevka.²⁴

¹⁹ L. Ude, str. 304.

²⁰ A. Galič, Komentar ZPP 3, str. 72, navaja sodbo Vrhovnega sodišča s pripombo, da tako stališče sicer ni teoretično dosledno, je pa sprejemljivo iz praktičnih razlogov.

²¹ A. Galič, Obseg vezanosti ..., str. 255, ter isti, Komentar ZPP 3, str. 63.

²² V tem smislu Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 290/99 z dne 19. 1. 2000.

²³ A. Galič, Obseg vezanosti ..., str. 257, ter isti, Komentar ZPP 3, str. 67.

²⁴ Več o tem glej A. Galič, Komentar ZPP 3, str. 68.

Po večinskem stališču v postopku po izdaji vmesne sodbe ni več mogoče uveljavljati ugovora zastaranja,²⁵ mogoče pa je uveljavljati materialnopravne ugovore (na primer ugovor izpolnitve obveznosti), ki temeljijo na dejstvih, ki so nastala po trenutku, na katerega se nanaša pravnomočnost vmesne sodbe.²⁶ V skladu s pravili o časovnih mejah pravnomočnosti so namreč s pravnomočnostjo zajeta dejstva, ki so nastala do konca glavne obravnave, na dejstva, ki so nastala po tem trenutku, pa se pravnomočnost ne nanaša. Vprašanje pa je, kako naj ravna toženev v primeru, če šele po tem trenutku izve za dejstva, ki bi bila lahko podlaga za obnovo postopka. Galič se s sklicevanjem na avstrijsko in nemško teorijo iz praktičnih razlogov vzema za to, da bi tožencu omogočili, da te okoliščine uveljavlja že v postopku odločanja o višini, tako da mu vmesne sodbe ne bi bilo treba izpodbijati s predlogom za obnovo postopka.²⁷

Po pravnomočnosti vmesne sodbe lahko toženev vloži ugovor (procesnega) pobotanja ali nasprotno tožbo, s katero uveljavlja zahtevek, ki je v zvezi z zahtevkom tožbe ali ga je mogoče z njim pobotati (1. in 2. točka prvega odstavka 183. člena ZPP). Vprašanje pa je, ali lahko toženev po pravnomočnosti vmesne sodbe z nasprotno tožbo zahteva ugotovitev, da ne obstaja prejudicialno razmerje, iz katerega izvira tožnikov zahtevek (3. točka prvega odstavka 183. člena ZPP). Ker je z vmesno sodbo odločeno o obstoju tega razmerja samo kot o predhodnem vprašanju, menim, da za vložitev take tožbe ni ovire in je (tako kot samostojna ugotovitvena tožba) dopustna, če tožnik zanjo izkaže pravni interes. Vendar sodba, s katero bi sodišče odločilo o prejudicialnem razmerju, nima neposrednega učinka na odločitve o konkretnem zahtevku, veže pa sodišče pri odločanju o drugih zahtevkih iz tega razmerja.

3. Vezanost civilnega sodišča na sodbo kazenskega sodišča

3.1. Razmerje med kazenskim in civilnim sodnim postopkom

Civilno in kazensko sodstvo sta samostojni veji pravosodne oblasti, vsaka od njiju ima poseben predmet, namen in metodo.²⁸ Namen kazenskega postopka je zagotoviti, da se nihče, ki je nedolžen, ne obsodi, storilcu kaznivega dejanja pa izreče kazenska sankcija ob pogojih, ki jih določa kazenski zakon, in na podlagi zakonitega postopka (prvi odstavek 1. člena Zakona o kazenskem postopku – ZKP).²⁹ V kazenskem postopku velja domneva nedolžnosti – kdor je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s

²⁵ A. Galič, *Obseg vezanosti ...*, str. 255; ter isti, *Komentar ZPP 3*, str. 65; nasprotno J. Zobec, *Nekaj pogledov ...*, str. 58.

²⁶ Tako tudi J. Zobec, *Nekaj pogledov ...*, str. 65, in A. Galič, *Obseg vezanosti ...*, str. 256.

²⁷ A. Galič, *Komentar ZPP 3*, str. 66.

²⁸ J. Juhart, str. 94, S. Triva, M. Dika, str. 86.

²⁹ Uradni list RS, št. 63/1994 in nasl.

pravnomočno sodbo (27. člen Ustave; 3. člen ZKP). V kazenskem postopku je pri ugotavljanju dejanskega stanja poudarjeno načelo materialne resnice, dokazno breme pa je v skladu z načelom *in dubio pro reo* na strani državnega tožilca. V pravnem postopku sodišče odloča o civilnopравниh razmerjih med fizičnimi in pravnimi osebami, v ospredju je interes posameznikov. Ker lahko stranke praviloma prosto razpolagajo s svojimi civilnopravnimi pravicami, v postopku prevladuje načelo dispozitivnosti, na področju zbiranja procesnega gradiva pa razpravno načelo. Dokazno breme nosi praviloma tisti, ki nekaj zatrjuje, in ne tisti, ki zanika, oziroma ga nosi tisti, ki mu je dejstvo, ki ga je treba dokazati, v korist.³⁰ To pa ne velja takrat, kadar je po materialnem pravu dokazno breme obrnjeno. V odškodninskih sporih velja glede krivde pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu: po prvem odstavku 131. člena OZ je, kdor povzroči drugemu škodo, dolžan škodo povrniti, razen če dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde. Poleg tega je v nekaterih primerih povzročitelj škode odškodninsko odgovoren ne glede na krivdo – za škodo od stvari ali dejavnosti, iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico (drugi odstavek 131. člena OZ), in v drugih primerih, ki jih določa zakon (tretji odstavek 131. člena OZ).

Glede na to oškodovančeva pravica zahtevati odškodnino ni odvisna od tega, ali je bila škoda povzročena s kaznivim dejanjem, kazenski postopek in pravdni postopek pa lahko tečeta neodvisno drug od drugega. Od tega pravila veljata dve izjemi. Pravdno sodišče je vezano na odločitev kazenskega sodišča, kadar je vprašanje obstoja kaznivega dejanja predhodno vprašanje, od katerega je odvisna odločitev o zahtevku. Druga izjema pa je vezanost pravnega sodišča na obsodilno sodbo kazenskega sodišča po 14. členu ZPP.

3.2. Odločanje o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju

Predhodno vprašanje je vprašanje obstoja ali neobstoja neke pravice ali pravnega razmerja, od katerega je odvisna odločitev o tožbenem zahtevku. Pomeni pravno celoto, ki bi bila lahko predmet samostojnega obravnavanja v postopku pred sodiščem ali drugim pristojnim organom, odločitev o njem pa je rezultat silogistične operacije, v kateri mora sodišče na ugotovljeno dejansko stanje uporabiti ustrezno pravno normo in se tako kaže kot odločba v odločbi o glavni stvari.³¹ Rešitev predhodnega vprašanja je sestavni del spodnje premise sodniškega silogizma, na katerem temelji odločitev o zahtevku, zato ima pravni učinek samo v konkretni pravdi (drugi odstavek 13. člena ZPP).

V odškodninskih sporih je vprašanje obstoja kaznivega dejanja predhodno vprašanje, če je od tega odvisna dolžina zastaralnega roka. Odškodninska terjatev praviloma zastara v treh

³⁰ J. Zobec v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobec, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga (v nadaljevanju Komentar ZPP 2), str. 384. Primerjaj tudi J. Juhart, str. 352, S. Triva, M. Dika, str. 499.

³¹ S. Triva, M. Dika, str. 97.

letih, odkar je oškodovanec zvedel za škodo in za tistega, ki jo je povzročil, v vsakem primeru pa zastara v petih letih od nastanka škode (352. člen OZ). Če je za zastaranje kazenskega pregona določen daljši zastaralni rok, pa zastara odškodninski zahtevek v roku, ki je določen za zastaranje kazenskega pregona (353. člen OZ). Če oškodovanec ne vloži tožbe v roku, določenem za zastaranje odškodninskih terjatev po OZ, je v primeru, če nasprotna stranka ugovarja zastaranje, vprašanje obstoja kaznivega dejanja predhodno vprašanje, od katerega je odvisna odločitev o utemeljenosti tožbenega zahtevka.³²

Kadar je odločitev sodišča odvisna od tega, ali je bila škoda povzročena s kaznivim dejanjem, se zastavlja vprašanje, ali lahko pravdo sodišče o tem odloča kot o predhodnem vprašanju. V našem procesnem pravu velja kombiniran sistem reševanja predhodnih vprašanj. Če o predhodnem vprašanju še ni bilo odločeno pred pristojnim sodiščem ali drugim pristojnim organom, lahko sodišče samo reši to vprašanje, če ni s posebnimi predpisi drugače določeno (prvi odstavek 13. člena ZPP). V nasprotnem primeru je sodišče na odločitev, s katero je bilo predhodno vprašanje pravnomočno rešeno, vezano. Gre za pozitivni učinek pravnomočnosti (*res iudicata pro veritate habetur*). Če se je kazenski postopek končal z obsodilno sodbo, je pravdo sodišče na tako sodbo vezano, saj je z njo ugotovljeno, da je bilo kaznivo dejanje storjeno. V teoriji na podlagi nekdanjega jugoslovanskega ZPP je bilo sporno, ali je pravdo sodišče vezano na oprostilno sodbo kazenskega sodišča. Razlog za to je bil v nejasni redakciji tedaj veljavnega 12. člena ZPP 77 (oziroma 11. člena ZPP 57), ki je v tretjem odstavku določal, da je sodišče glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca vezano na pravnomočno sodbo kazenskega sodišča, s katero je bil obdolženec spoznan za krivega. Večina procesnih teoretikov je bila mnenja, da se ta določba ne nanaša na predhodna vprašanja, temveč na primere, ko se v kazenskem in pravdnem postopku odloča na podlagi istega dejanskega stanja (identična vprašanja), in je zastopala stališče, da je pravdo sodišče, kadar gre za predhodno vprašanje, vezano tako na obsodilno kot tudi na oprostilno kazensko sodbo.³³ Slovenski ZPP je to nejasnost odpravil, s tem ko je pravilo, ki se nanaša na identična dejanska stanja, oblikoval ločeno od pravil o predhodnih vprašanjih v posebnem členu. Cigoj pa je glede vezanosti na oprostilno sodbo zastopal nekoliko drugačno stališče. Po njegovem mnenju je pravdo sodišče vezano na oprostilno sodbo, če je z njo ugotovljeno, da dejanje, ki je hkrati škodno dejanje, ni kaznivo dejanje, ali če je kazensko sodišče ugotovilo, da ni podana kazenska odgovornost storilca. V primeru, ko je bila oprostilna sodba izdana zaradi pomanjkanja dokazov, pa po Cigojevem mnenju sodišče kvalifikacije dejanja kot kaznivega še ni izvedlo,

³² Po ZOR je bila od tega, ali je bila škoda povzročena z naklepnim kaznivim dejanjem, odvisna tudi pravica do odškodnine glede na vrednost, ki jo je stvar imela za oškodovanca. Po OZ ima oškodovanec pravico do odškodnine po subjektivni vrednosti že, če je bila škoda povzročena namenoma.

³³ J. Juhart, str. 97, A. Berden, Vezanost civilnega sodišča na sodbe kazenskega sodišča, *Pravnik*, št. 1–3/1975, str. 89, A. Galič, Obstoje kaznivega dejanja kot predhodno vprašanje v pravdi in identična dejanska stanja, *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, LVII (1997)*, str. 65, S. Triva, M. Dika, str. 87.

zato lahko pravno sodišče na podlagi popolnejšega dokaznega gradiva ugotovi, da kaznivo dejanje obstaja.³⁴ Argument proti temu stališču je, da pomeni vsaka oprostilna sodba pravnomočno ugotovitev, da kaznivo dejanje ni bilo storjeno. Sporno pa je vprašanje, ali je pravno sodišče vezano na zavrnilno sodbo kazenskega sodišča.³⁵ Z zavrnilno sodbo kazensko sodišče ne odloči o obstoju kaznivega dejanja, temveč zavrne obtožbo iz procesnih razlogov, zato so nekateri mnenja, da pravno sodišče nanjo ni vezano.³⁶ Po drugem stališču pa je ključno, da tudi zavrnilna sodba izključuje možnost ponovnega sojenja. Triva in Dika navajata, da zato ta sodba veže pravno sodišče, tako da mora upoštevati, da je pravica do kazenskega pregona prenehala.³⁷ Enakega mnenja je Galič, ki dodatno navaja, da če gre pri odločanju o kaznivem dejanju za obstoj specifičnega pravnega razmerja med posameznikom in državo, je obstoj tega pravnega razmerja rešen tudi z zavrnilno sodbo.³⁸ Nesporno pa je, da o obstoju kaznivega dejanja ni odločeno, če se kazenski postopek konča z zavrženjem obtožnice.

Če o obstoju kaznivega dejanja ni pravnomočno odločeno s sodbo kazenskega sodišča, se zastavlja vprašanje, ali o tem lahko odloča pravno sodišče kot o predhodnem vprašanju. V nekdanji jugoslovanski teoriji je prevladovalo stališče, da velja tudi glede ugotavljanja obstoja kaznivega dejanja splošno pravilo – sodišče lahko reši to vprašanje, če o njem še ni bilo pravnomočno odločeno.³⁹ Že tedaj so nekateri opozarjali, da sodišče ne more samo reševati predhodnega vprašanja, če je s posebnimi predpisi drugače določeno, in tak poseben predpis naj bi bila določba tedanjega ZKP, da nihče ne more veljati za krivega kaznivega dejanja, dokler to ni ugotovljeno s pravnomočno sodbo, ki je temeljila na vsebinsko enaki določbi Ustave. Sodna praksa z območja nekdanje Jugoslavije je bila glede tega vprašanja neenotna, slovensko vrhovno sodišče pa je v več primerih zavzelo stališče, da za odločanje o tem vprašanju ni ovir.⁴⁰ Pomisleke, da bi bilo tako odločanje v nasprotju z domnevo nedolžnosti, je izrecno zavrnilo in kot argument navedlo, da pravno sodišče s tem, ko ugotovi obstoj kaznivega dejanja kot

³⁴ S. Cigoj, *Teorija obligacij*, Ljubljana 1981, str. 170, enako S. Cigoj, *Komentar ZOR*, 1. knjiga, str. 533.

³⁵ Zavrnilno sodbo izda kazensko sodišče v teh primerih: če tožilec med glavno obravnavo umakne obtožbo, če oškodovanec umakne predlog, če je bil obdolženec za isto dejanje že pravnomočno obsojen, oproščen od obtožbe ali je bil proti njemu postopek pravnomočno ustavljen, ali če je bil obtožencu odpuščen pregon z amnestijo ali pomilitivijo, ali če kazenski pregon ni več dopusten zaradi zastaranja, ali če so podane druge okoliščine, ki izključujejo kazenski pregon (357. člen ZKP).

³⁶ Juhart, str. 97, A. Berden, *Vežanost ...*, str. 90, V. Rijavec v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobec, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 1. knjiga (v nadaljevanju *Komentar ZPP 1*), str. 134. To stališče izhaja tudi iz sklepa Vrhovnega sodišča II Ips 30/82 z dne 22. 4. 1982, *Pravnik*, št. 1–3/1983, str. 378.

³⁷ S. Triva, M. Dika, str. 89.

³⁸ A. Galič, *Obstoj kaznivega dejanja ...*, str. 66.

³⁹ Juhart, str. 95, Ude, *Civilni pravdni postopek in samoupravni sodni postopek*, Ljubljana 1980, str. 75; S. Triva, *Gradjansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 1983, str. 64; enako S. Triva, M. Dika, str. 86.

⁴⁰ Sklep II Ips 30/82 z dne 22. 4. 1982.

predhodno vprašanje, za nikogar ne ugotovi kazenske krivde in nikomur ne izreče sankcije, njegova odločitev pa učinkuje samo v konkretni pravdi in ne postane pravnomočna. Medtem ko Triva ni imel pomislekov proti temu, da bi pravdno sodišče odločalo o obstoju kaznivega dejanja, tudi ko je kazenski postopek v teku,⁴¹ pa so nekateri že tedaj zastopali stališče, da je to mogoče samo takrat, kadar kazenskega postopka ni mogoče izvesti.⁴²

Argumente za in proti stališču, da pomeni odločanje pravdnega sodišča o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju kršitev domneve nedolžnosti, je obširno predstavil Galič v članku *Obstoj kaznivega dejanja kot predhodno vprašanje v pravdi in identična vprašanja*.⁴³ Na podlagi analize dotedanje prakse Ustavnega sodišča in Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je prišel do sklepa, da bi pravdno sodišče lahko kršilo domnevo nedolžnosti, če bi, medtem ko bi bil kazenski postopek v teku, ugotovilo obstoj kaznivega dejanja in to zapisalo v obrazložitev sodbe, saj bi to lahko vplivalo na odločanje kazenskega sodišča. Po njegovem mnenju pa bi bilo treba stališče, da domneva nedolžnosti preprečuje odločanje o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju, relativizirati v primerih, ko kazenskega postopka ni mogoče izvesti in bi bila zato lahko prizadeta tožnikova pravica do sodnega varstva iz 23. člena Ustave.⁴⁴ Stališče, da lahko pravdno sodišče odloča o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju samo v izjemnih primerih, se je uveljavilo tudi v novejši praksi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije. Svoje stališče je obširno obrazložilo v odločbi II Ips 251/97 z dne 23. decembra 1998. V njej se sicer ni izrecno opredelilo do vprašanja, ali pomeni domneva nedolžnosti oviro za odločanje o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju, ocenilo pa je, da »mora ob tehtanju prav tako človekove pravice do sodnega varstva (23. člena URS) oziroma do poštenega sojenja (prvi odstavek 6. člena EKČP), zlasti pa varstva nedotakljivosti človekove telesne – z vidika prve tožnice – in duševne celovitosti z vidika vseh treh tožnic (35. člen URS) na eni strani in domneve nedolžnosti storilca na drugi strani, pretehtati prvo«. V konkretnem primeru je tekel kazenski postopek zoper neznanega storilca in ga zato ni bilo mogoče dokončati. V poznejših odločbah je Vrhovno sodišče kot razloge, ki opravičujejo odločanje o obstoju kaznivega dejanja, navedlo še primere, ko proti storilcu ni bilo mogoče začeti kazenskega postopka ali se ta ni mogel končati z meritorno odločbo zaradi storilčeve smrti ob ali po dejanju, zaradi njegove duševne bolezni ob ali po dejanju, zaradi amnestije ali zaradi umika tožilčeve obtožbe, o katerem oškodovanec ni bil obveščen.⁴⁵ Zanimiv pa je sklep II DoR 51/2010, s katerim je Vrhovno sodišče zavrnilo predlog za dopustitev revizije. V obrazložitvi je

⁴¹ Glej S. Triva, M. Dika, str. 86: »Pravdnemu sodišču ni treba čakati, da kazensko sodišče reši kazenskopravno vprašanje, ki je prejudicialnega pomena v pravdi.«

⁴² B. Strosack, *Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti*, ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1994, str. 170.

⁴³ A. Galič, *Obstoj kaznivega dejanja ...*, str. 58–64. Primerjaj V. Rijavec, *Komentar ZPP 1*, str. 135–138.

⁴⁴ A. Galič, *Obstoj kaznivega dejanja ...*, str. 64.

⁴⁵ Sodba in sklep II Ips 548/2002, podobno sodba in sklep II Ips 102/2003.

navedlo, da je edino pravno pomembno vprašanje, ki ga je mogoče izluščiti iz tožnikove vloge, vprašanje, ali domneva nedolžnosti velja tudi v pravnem postopku, na to vprašanje pa sta sodna praksa in teorija že odgovorili in je sodna praksa povsem enotna.

Ustava v 27. členu določa, da kdor je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s pravnomočno sodbo. Enako določbo vsebuje ZKP v 3. členu, po drugem odstavku 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah pa velja, da kdor je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler ni v skladu z zakonom dokazana njegova krivda. ESČP na vprašanje, v kolikšnem obsegu učinkuje ta domneva zunaj kazenskega postopka, še ni dalo končnega odgovora. Dopusčam možnost, da bi lahko odločitev pravnega sodišča o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju vplivala na odločitev kazenskega sodišča, če je kazenski postopek v teku, to pa bi lahko pomenilo kršitev domneve nedolžnosti. Zato je morda smiselno, da pravno sodišče v takem primeru prekine postopek in počaka na odločitev kazenskega sodišča.⁴⁶ Drugače je treba obravnavati primere, ko kazenskega postopka sploh ni bilo ali se je končal iz procesnih razlogov. Res je, da oškodovancu ni treba čakati na uvedbo in izid kazenskega postopka, saj lahko tožbo za povračilo škode vložijo neodvisno od njegove uvedbe; če je uveden, pa lahko v njem uveljavlja svoj odškodninski zahtevek v adhezijskem postopku. Če kazensko sodišče izda sodbo, s katero se obdolženec oprosti od obtožbe ali se z njo obtožba zavrne, ali če s sklepom ustavi kazenski postopek ali zavrže obtožnico, napoti oškodovanca, naj svoj premoženjskopravni zahtevek uveljavlja v pravdi (tretji odstavek 105. člena ZKP). V tem primeru se šteje, da je bilo zastaranje pretrgano že s trenutkom, ko je oškodovanec svoj odškodninski zahtevek uveljavljal v kazenskem postopku, če vložijo tožbo v treh mesecih od pravnomočnosti odločbe, s katero se je končal kazenski postopek (367. člen OZ). Že v tem primeru se lahko zgodi, da je kazenski postopek uveden po poteku rokov za zastaranje odškodninske terjatve (na primer ker prej storilec ni bil znan). Poleg tega so še drugi razlogi, zaradi katerih oškodovanec zamudi zastaralni rok. Oškodovanec na primer čaka na uvedbo kazenskega postopka, tožilec pa po dolgotrajni preiskavi ne vložijo obtožbe ali jo umakne. Ko je kazenski postopek v teku, pa se oškodovanec zanaša na to, da bo izdana obsodilna sodba, in svojega odškodninskega zahtevka ne uveljavlja v adhezijskem postopku. Ker je pravno sodišče glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca vezano na obsodilno sodbo kazenskega sodišča, ima oškodovanec, če je obdolženec v kazenskem postopku spoznan za krivega, v pravdi ugodnejši položaj. Če je povzročitelj škode zavarovan za primer odgovornosti, lahko oškodovanec zahteva odškodnino neposredno od zavarovalnice, zahtevka proti njej pa v adhezijskem postopku ne more uveljavljati. Po prvem odstavku 353. člena OZ velja

⁴⁶ Po drugem odstavku 206. člena ZPP sodišče lahko odredi prekinitev postopka, če je odločba o tožbenem zahtevku odvisna od tega, ali je bilo storjeno kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti, kdo je storilec in ali je storilec odgovoren, zlasti še, kadar je podan sum, da sta priča ali izvedenec po krivem izpovedala ali da je listina, ki je bila uporabljena kot dokaz, ponarejena.

daljši zastaralni rok za zahtevke proti odgovorni osebi, torej tudi v razmerju do drugih oseb, od katerih lahko oškodovanec zahteva odškodnino (na primer v razmerju do zavarovalnice,⁴⁷ delodajalca povzročitelja škode). Zato je treba v vsakem primeru skrbno pretehtati, ali ne kaže dati prednosti pravici oškodovanca, da uveljavi svoj odškodninski zahtevek. Oškodovančeva pravica do odškodnine namreč z zastaranjem ne ugasne, temveč je v primeru, če toženec ugovarja zastaranje, zgolj onemogočena njena uveljavitev. Ker ima odločitev o predhodnem vprašanju učinek samo v konkretni pravdi, povzročitelj škode zaradi tega, ker bo v pravnem postopku ugotovljeno, da je bila škoda povzročena s kaznivim dejanjem, ne bo veljal za storilca kaznivega dejanja, oškodovanec pa bo dobil možnost, da dobi škodo povrnjeno.

3.3. Vezanost pravnega sodišča na obsodilno sodbo kazenskega sodišča

Za primere, ko je isto dejansko stanje (isti dogodek – na primer prometna nesreča) predmet obravnavanja v kazenskem in v pravnem postopku, se je v slovenski teoriji uveljavil izraz identična dejanska stanja.⁴⁸ Na te primere se nanaša določba 14. člena ZPP, po kateri je sodišče v primeru, če je bil obdolženec v kazenskem postopku spoznan za krivega in temelji tožbeni zahtevek na istem dejanskem stanju, na podlagi katerega je bilo odločeno v kazenskem postopku, glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca vezano na obsodilno sodbo kazenskega sodišča. Ker je civilna odgovornost strožja od kazenske, je lahko povzročitelj škode obsojen na plačilo odškodnine, tudi če je bil v kazenskem postopku oproščen od obtožbe, zato je logično, da pravno sodišče na oprostilno sodbo ni vezano. Če je bil spoznan za krivega kaznivega dejanja, pa je po drugi strani še toliko bolj gotovo, da iz istega dejanja izvira tudi njegova odškodninska odgovornost.

Za identično dejansko stanje gre, kadar škoda izvira iz istega ravnanja toženca, zaradi katerega je bil spoznan za krivega kaznivega dejanja. Zato pravno sodišče ni vezano na kazensko sodbo, če je bil nekdo obsojen zgolj za kaznivo dejanje sodelovanja v pretepu ali če je bil nekdo obsojen samo za poskus kaznivega dejanja. Kadar škoda izvira iz dejanja, na katero se nanaša obsodilna sodba, pa ugotovitve pravnega sodišča ne smejo biti v nasprotju z ugotovitvami kazenskega sodišča, ki se nanašajo na obstoj kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca. Glede na to toženec v odškodninski pravdi ne bo mogel ugovarjati, da dejanje ni bilo protipravno (na primer da je bilo storjeno v silobranu), da med dejanjem in posledico ni vzročne zveze ali da zaradi neprištevnosti ni podana njegova odgovornost. Pravno sodišče pa lahko drugače od kazenskega sodišča rešuje vprašanja, ki jih je kazensko sodišče sicer obravnavalo, vendar za odločitev o obstoju kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca niso bila relevantna. Splošno sprejeto stališče je, da pravno sodišče ni vezano na ugotovitev

⁴⁷ Za tak primer je šlo tudi v zadevi II Ips 251/97.

⁴⁸ J. Juhart, str. 96, L. Ude, str. 93, A. Berden, *Vezanost ...*, str. 85, A. Galič, *Obstoj kaznivega dejanja ...*, str. 69.

o višini škode, ki je bila povzročena s kaznivim dejanjem, razen če je višina povzročene škode kvalifikatoren element kaznivega dejanja. Obsodilna sodba tudi ni ovira, da pravdno sodišče ne bi moglo ugotoviti, da je oškodovanec v določenem deležu sam prispeval k nastanku škode, saj njegove odgovornosti kazensko sodišče ni ugotavljalo.⁴⁹

Ker v obsegu, v katerem je sodišče vezano na obsodilno sodbo, v pravdnem postopku ni dopustno ugotavljati dejstev in izvajati dokazov, s katerimi bi se izpodbijale dejanske ugotovitve kazenskega sodišča, se postavlja vprašanje, ali to ne pomeni kršitve pravice stranke do izjave v postopku, ki jo zagotavlja 22. člen Ustave. Ustavno sodišče je te pomisleke, kolikor se nanašajo na obdolženca iz kazenskega postopka, zavrnilo.⁵⁰ V obrazložitvi sklepa, s katerim ustavne pritožbe ni sprejelo v obravnavo, je zapisalo:

»Uporaba tega procesnega pravila, ki ima svoj temelj v spoznanju, da je civilna odgovornost strožja od kazenske, zaradi česar se tisti, ki se zaradi nekega ravnanja ni mogel rešiti kazenske odgovornosti, še toliko manj lahko reši (strožje) civilne odgovornosti, v primerih (kaksen je tudi pritožnikov), ko v pravdnem postopku kot toženec nastopa obdolženec iz kazenskega postopka, z vidika pravice stranke do izjave ne more biti sporna. Ta okoliščina namreč pomeni, da je imel toženec (v obravnavanem primeru pritožnik) glede vseh okoliščin, od katerih je bila odvisna odločitev o kaznivem dejanju in kazenski odgovornosti, torej tudi glede tega, kdo je vozil vozilo, s katerim je bila povzročena prometna nesreča, že v kazenskem postopku možnost, da se v postopku izjavi ter da izpodbija navedbe obtožbe in s tem vpliva na rezultat kazenskega postopka. Ker sta sodišči tudi navedli razloge, zaradi katerih njegovih navedb glede pomanjkanja pasivne legitimacije, tj. da on vozila, s katerim je bila povzročena prometna nesreča, sploh ni vozil, in z njimi povezanih dokaznih predlogov nista mogli upoštevati, do kršitve ustavnega jamstva enakega varstva pravic očitno ni prišlo.«

Ustavno sodišče pa do zdaj še ni odgovorilo na vprašanje, ali je določba 14. člena ZPP v skladu z Ustavo, če se uporablja v razmerju do oseb, ki niso bile stranke kazenskega postopka (na primer kadar je tožena zavarovalnica ali je za povračilo škode, povzročene na delu ali v zvezi z delom, tožen delodajalec). Iz slovenske sodne prakse izhaja, da proti temu nima zadržkov. Tudi teorija temu vprašanju dolgo ni namenjala pozornosti. Na ta problem opozoril Galič v članku *Obstoj kaznivega dejanja kot predhodno vprašanje v pravdi in identična dejanska stanja*, v katerem je podrobno analiziral odločbo avstrijskega ustavnega sodišča, ki je vsebinsko enako določbo avstrijskega ZPO razveljavilo.⁵¹ Na podlagi tega je zavzel stališče, da je vezanost na obsodilno kazensko sodbo ustavno sprejemljiva samo v primeru, da v pravdnem postopku kot toženec nastopa oseba, ki je imela kot obdolženec možnost sodelovati v kazenskem postopku.⁵²

⁴⁹ Primerjaj A. Galič, *Vežanost ...*, str. 71–73, in isti, *Komentar ZPP 1*, str. 142–144.

⁵⁰ Sklep Up-146/02 z dne 28. oktobra 2004.

⁵¹ A. Galič, *Obstoj kaznivega dejanja ...*, str. 74–76.

⁵² Prav tam, str. 76.

V komentarju ZPP je svoje stališče nekoliko omilil in navedel razloge, zaradi katerih bi bil tak poseg v pravico do izjave lahko ustavno dopusten.⁵³ Menim, da je stališče avstrijskega ustavnega sodišča prestrogo. Vežanost na kazensko sodbo je predvsem v interesu oškodovanca, ker mu omogoča hitrejšo pot do sodnega varstva, saj se v pravnem postopku ne zastavljajo vprašanja, na katera je že odgovorilo kazensko sodišče. Poleg tega je ta ureditev v javnem interesu, saj je sodišče v obsegu, v katerem je dejansko stanje, ugotovljeno v kazenskem postopku, identično z dejanskim stanjem, na katerem temelji zahtevek, razbremenjeno dokaznega postopka. Dokler velja v kazenskem postopku načelo materialne resnice in dokazni standard *in dubio pro reo*, pa je tudi malo možnosti, da bo pravdo sodišče prišlo do drugačnega sklepa kot kazensko sodišče.

4. Sklep

Kadar se v različnih pravnih postopkih obravnavajo zahtevki iz istega škodnega dogodka, je splošno sprejeto stališče, da sodišče, ki odloča o posameznem zahtevku, ni vezano na stališča, ki jih je pri odločanju o drugem zahtevku iz istega škodnega dogodka zavzelo drugo sodišče. To mora veljati tudi v primeru, če sodišče v enem od postopkov z vmesno sodbo odloči o temelju zahtevka. Teorija je enotna, da je treba razlikovati med vmesno sodbo in sodbo, s katero sodišče na zahtevo ene od strank odloči o predhodnem vprašanju v izreku sodbe. Kljub temu pa prihaja v praksi v odškodninskih sporih še vedno do nejasnosti, kako pravilno oblikovati izrek vmesne sodbe. Stališče sodne prakse, po katerem se obseg učinkovanja vmesne sodbe presoja po njenem nazivu ne glede na vsebino izreka, je zato morda utemeljeno iz praktičnih razlogov, vprašanje pa je, ali to dodatno ne zamegljuje razumevanja instituta vmesne sodbe. Zato je poziv, naj bo sodna praksa pri oblikovanju izreka vmesne sodbe dosledna, tako da bo jasno razvidno, da ne gre za sodbo o ugotovitvi prejudicialnega razmerja, upravičen.⁵⁴

Glede razmerja med kazenskim in pravnim postopkom pa je zakonodajalec s tem, ko je v ZPP posebej uredil pravila o reševanju predhodnih vprašanj (13. člen) in posebej vezanost na kazensko sodbo v primeru identičnih dejanskih stanj (14. člen), rešil nekatere dileme, ki so se pred tem pojavljale tako v teoriji kot v praksi. Še vedno pa ostajajo nejasna nekatere vprašanja v zvezi z vezanostjo pravnega sodišča na zavrnilno sodbo kazenskega sodišča in glede učinkovanja kazenske sodbe proti tretjim osebam, ki v kazenskem postopku niso sodelovale. To bi bilo lahko podlaga za ponovni premislek o tem, ali je sedanja ureditev – tako glede primerov, ko je vprašanje obstoja kaznivega dejanja predhodno vprašanje, kot glede vezanosti na kazensko sodbo v primeru identičnih dejanskih stanj – najustreznejša.

⁵³ A. Galič, Komentar ZPP 1, str. 146.

⁵⁴ A. Galič, Komentar ZPP 3, str. 72.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.5:347.953(497.4)

Objektivne, subjektivne in časovne meje pravnomočnosti v odškodninskem pravu

DOC. DR. ŠPELCA MEŽNAR,
Mednarodna fakulteta za družbene
in poslovne študije Celje,
Odvetniška družba Čeferin

1. Uvod

Pravica do sodnega varstva, ki jo zagotavljata Ustava RS¹ (v 23. členu) in Evropska konvencija o človekovih pravicah² (v 6. členu), obsega tudi pravico strank do meritorne odločitve o zahtevku, ki so ga naslovile na sodišče. Meritorna odločitev, s katero sodišče zahtevku ugotodi ali pa ga zavrne, ni nujno identična njeni materialnopravni (in dejanski) pravilnosti. Bistvo pravnomočnosti je ravno v tem, da v nekem trenutku vse sodne odločbe pridobijo enako odlika: nespremenljivost in avtoriteto vsebinske odločitve (ne glede na to, kakšna je), kar pomeni, da pravni subjekti pri svojih nadaljnjih korakih lahko računajo s pravno trdnostjo spornega razmerja, o katerem je pravnomočno razsojeno.³

Dejstvo, da sodna odločba v nekem trenutku postane pravnomočna, pa izziva ta vprašanja: kateri deli sodne odločbe postanejo pravnomočni (objektivne meje pravnomočnosti), za koga pravnomočna sodna odločba učinkuje (subjektivne meje pravnomočnosti) ter na kateri trenutek se pravnomočnost nanaša (časovne meje pravnomočnosti). Predmet tega prispevka so vsa omenjena vprašanja, pri čemer pa bo največje pozornosti deležen problem časovnih meja pravnomočnosti v odškodninskem pravu.

Precejšen del odškodninskih zahtevkov, s katerimi oškodovanci uveljavljajo nepremoženjsko škodo, obsega tudi bodočo škodo. Obligacijski zakonik⁴ (OZ) bodočo škodo ureja v 182. členu:

¹ Uradni list RS, št. 33-I/1991, s spremembami (Uradni list RS, št. 42/2000, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006).

² Uradni list RS – MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994).

³ Primerjaj Wedam Lukič v Ude, Betetto, Galič, Rijavec, Wedam Lukič, Zobec: ZPP s komentarjem, 3. knjiga, GV Založba, 2009, str. 146.

⁴ Uradni list RS, št. 83/2011 s spremembami (Uradni list RS, št. 32/2004, 28/2006, 40/2007).

»Sodišče prisodi na zahtevo oškodovanca odškodnino tudi za bodočo nepremoženjsko škodo, če je po običajnem teku stvari gotovo, da bo škoda trajala tudi v bodočnosti.« Tipičen primer so duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti ali skaženosti, ko je na primer v trenutku zaključka glavne obravnave jasno, da bo oškodovančeva manjša življenjska aktivnost (na primer omejena gibljivost gležnja kot posledica prometne nesreče) trajala tudi v prihodnje, morda do konca življenja. Oškodovanec je v takšnem primeru upravičen, da v postopku pred sodiščem uveljavlja povrnitev tudi tiste škode, ki v trenutku, na katerega se pravnomočnost nanaša, sicer še ni nastala, je pa »po običajnem teku stvari gotovo, da bo trajala tudi v bodočnosti«.

Neredko se zgodi, da oškodovanec po koncu sodnega postopka, v katerem mu je bila že pravnomočno prisojena odškodnina za bodočo škodo po 182. členu OZ,⁵ sproži novo pravdo, v kateri vtožuje odškodnino za novo škodo, torej tisto, ki mu po njegovem mnenju v prvi pravi ni bila prisojena, izvira pa iz istega škodnega dogodka. Najpogostejši primer tovrstne nove škode je naknadno zdravljenje (in z njim povezane telesne ter duševne bolečine) ali poslabšanje zdravstvenega stanja (zapleti). Namen tega prispevka je ugotoviti, v katerih primerih je oškodovanec upravičen uveljavljati novo škodo ter postaviti kriterije za razmerjitev med bodočo škodo po 182. členu OZ in novo škodo, ki omogoča vložitev nove tožbe brez bojazni, da gre za *res iudicata*. Kot bo razvidno v nadaljevanju, ima pri iskanju odgovora na zastavljeno vprašanje največji pomen sodna praksa (zlasti višjih sodišč in Vrhovnega sodišča). Problem je zanimiv tudi zato, ker gre za tipično prepletanje materialnopravnih in procesnopravnih vprašanj.

2. O pravnomočnosti – objektivne in subjektivne meje pravnomočnosti

Zakon o pravnem postopku (ZPP) v 319. členu določa, da postane sodba, ki se ne more več izpodbijati s pritožbo, pravnomočna, če je v njej odločeno o zahtevku tožbe ali nasprotni tožbe. Pravna razmerja, urejena s pravnomočno sodno odločbo, pa je mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti le v primerih in po postopku, določenih z zakonom (158. člen Ustave RS). Pravnomočnost je eden od atributov pravne države, saj služi zagotavljanju načela pravne varnosti.⁶ Zato je nujno, da postanejo pravnomočne tudi nepravil(č)ne sodbe.⁷

Pravnomočnost ima dva vidika: formalnega in materialnega. Formalna pravnomočnost pomeni, da sodbe ne moremo več izpodbijati z rednimi pravnimi sredstvi (319. člen ZPP).⁸

⁵ Če zahtevka za povrnitev bodoče škode v pravi oškodovanec ne postavi, do problema, s katerim se ukvarjam v tem prispevku, niti ne more priti, saj bo oškodovanec v novi pravi lahko uveljavljal vso škodo, ki je nastala po zaključku glavne obravnave, seveda ob upoštevanju morebitnega zastaranja.

⁶ Wedam Lukić, Komentar ZPP, str. 146.

⁷ Prav tam.

⁸ To sicer še ne pomeni absolutne neizpodbijnosti pravnomočne sodbe, saj jo je še vedno mogoče izpodbijati z izrednimi pravnimi sredstvi. Absolutno neizpodbijna je torej sodna odločba šele takrat, ko potечеjo roki za izredna pravna sredstva. Wedam Lukić, Komentar ZPP, str. 148

Materialna pravnomočnost pa pomeni, da je o zadevi že odločeno, zaradi česar je nedopustna vsaka nadaljnja pravda med istima strankama v isti zadevi. Materialna pravnomočnost ima torej dva vidika: negativnega (*ne bis in idem*, prepoved ponovnega sojenja o isti stvari) in pozitivnega (*res iudicata facit ius inter partes*), na podlagi katerega je treba šteti za resnično tisto, kar in o čemer je pravnomočno razsojeno (*res iudicata pro veritate accipitur*). Pravnomočnost je procesna predpostavka, na katero pazi sodišče po uradni dolžnosti. Tožbo, ki vsebuje zahtevek, o katerem je sodišče že pravnomočno razsodilo, sodišče zavrže, sicer je zagrešilo absolutno bistveno kršitev procesnih pravil.⁹

V odškodninskem pravu torej pravnomočnost sodbe, s katero je odločeno o bodoči škodi, povzroči, da o škodi, ki je bila ob zaključku glavne obravnave vtoževana na podlagi 182. člena ZPP (»če je po običajnem teku stvari gotovo, da bo škoda trajala tudi v bodočnosti«), kasneje ne bo več mogoče razsojati, četudi v trenutku, ko je izdana sodba, nihče ni mogel z gotovostjo napovedati, ali in v kolikšnem obsegu bo bodoča škoda nastala.¹⁰ Prav dejstvo, da sodišče odloča »za naprej«, v nekaterih primerih povzroča napetosti: ko namreč v novi (nadaljnji) pravdi ugotovljamo, ali oškodovanec v resnici vtožuje novo škodo, in ne zgolj bodoče (v smislu 182. člena OZ), moramo »za nazaj« preverjati in ocenjevati, katero bodočo škodo je pravnomočna sodba zajela. Seveda pa sodišče v prvi pravdi tega (bodočega in zgolj potencialnega) problema največkrat nima pred očmi, zato se mnogokrat zgodi, da obrazložitev v delu, ki se nanaša na bodočo škodo, ni prav natančna. To pa otežuje presojo, ali sta novi in stari zahtevek identična.

2.1. Objektivne meje pravnomočnosti

Objektivne meje pravnomočnosti določajo, kateri deli sodne odločbe postanejo pravnomočni oziroma na kaj se v vsebinskem smislu nanaša pravnomočnost. Skladno z ZPP (319. člen) velja, da postane pravnomočna le odločitev o zahtevku (torej izrek), ne pa tudi obrazložitev sodbe.¹¹ To pomeni, da se pozitivni vidik pravnomočnosti (*res iudicata facit ius inter partes*)

⁹ Iz tega razloga je mogoče vložiti tudi revizijo in zahtevo za varstvo zakonitosti, a Vrhovno sodišče na to kršitev ne pazi po uradni dolžnosti. Glej 370. in 387. člen ZPP.

¹⁰ OZ sicer resda uporablja izraz »gotovost« (»če je po običajnem teku stvari gotovo, da bo škoda trajala«), vendar je jasno, da trajanje bodoče škode nikoli ne more biti v absolutnem smislu gotovo (torej stoo odstotno verjetno). To je najbolj razvidno v primeru, če po koncu glavne obravnave oškodovanec umre, prisojena pa mu je bila visoka odškodnina ravno iz naslova bodoče škode. Glede na povedano bi bilo verjetno bolje, če bi OZ uporabil drugačno terminologijo in se izognil uporabi besede »gotovo(st)«. (Primer: če iz vseh okoliščin primera izhaja, da bo škoda trajala tudi v bodoče.) Podobno tudi Stojan Cigoj: Komentar obligacijskih razmerij, II. knjiga, ČZ Uradni list, Ljubljana, 1984, str. 772.

¹¹ Sodba VS RS II Ips 701/2005 z dne 26. 1. 2006: »Pravilo o objektivnih mejah pravnomočnosti iz 319. člena ZPP se nanaša le na odločitve o tožbenem zahtevku, o nasprotnem tožbenem zahtevku in o pobotnem ugovoru, te odločitve pa vsebuje izrek sodbe. Razlogi dejanske ali pravne narave, ki niso zajeti v izreku, torej ne postanejo pravnomočni.«

ne razteza na ugotovitve o pravno relevantnem dejanskem stanju niti ne na pravna naziranja sodišča.¹² Toda ob presojanju, ali je kasnejši zahtevek enak prejšnjemu in zato nedopusten (*ne bis in idem*), bo sodišče nujno moralo upoštevati tudi razloge za prvo odločitev, saj bo le tako lahko tožbeni zahtevek »identificiral« (ugotovilo, ali sta zahtevka istovetna ali ne).¹³ Na ta način se torej tudi obrazložitev prikrade v institut pravnomočnosti.¹⁴

2.2. Subjektivne meje pravnomočnosti

Gre za vprašanje, koga veže pravnomočna sodba. Načeloma velja, da sodba učinkuje (samo) med strankama. Gre za neposreden izraz pravice do izjave oziroma pravice do kontradiktornega postopka kot enega ustavnih procesnih jamstev.¹⁵ Danes obstaja sicer vrsta izjem, ko sodba učinkuje na širši krog oseb, vendar z vidika tega prispevka niso bistvene, zato jih ne bom podrobno opisovala.

Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 857/2010 z dne 15. 4. 2010: »Šele dejanska podlaga sodbe in nato izrek pravne posledice omogočajo individualizacijo določenega zahtevka in njegovo primerjavo z novo uveljavljanim. Dejanska podlaga, na kateri temelji prejšnja sodba, je s pravnomočnostjo izreka sodbe zajeta v celoti, zato tožbenega zahtevka na isti dejanski in pravni podlagi ni mogoče več uveljavljati.«

¹² Enako velja za odločitev o predhodnem vprašanju (razen če je sodišče o njem razsodilo na podlagi vmesnega ugotovitvenega zahtevka ali nasprotno tožbe) in toženčevih ugovorih. Izjema je ugovor pobota, o katerem sodišče odloči v izreku na podlagi procesnega pobotanja.

¹³ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 857/2010 z dne 15. 4. 2010: »Šele dejanska podlaga sodbe in nato izrek pravne posledice omogočajo individualizacijo določenega zahtevka in njegovo primerjavo z novo uveljavljanim. Dejanska podlaga, na kateri temelji prejšnja sodba, je s pravnomočnostjo izreka sodbe zajeta v celoti, zato tožbenega zahtevka na isti dejanski in pravni podlagi ni mogoče več uveljavljati.«

Klasični primer so denarni dajatveni zahtevki: »Toženec je dolžan tožniku plačati 500,00 evrov, skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi ...«. Jasno je, da je med istima strankama mogočih več enakih zahtevkov, če izvirajo iz druge dejanske in/ali pravne podlage. Zato bo šele prebiranje obrazložitve prve sodbe sodišču v novi pravdi pomagalo razumeti, ali je gre za *res iudicata*.

Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 857/2010 z dne 15. 4. 2010: »Šele dejanska podlaga sodbe in nato izrek pravne posledice omogočajo individualizacijo določenega zahtevka in njegovo primerjavo z novo uveljavljanim. Dejanska podlaga, na kateri temelji prejšnja sodba, je s pravnomočnostjo izreka sodbe zajeta v celoti, zato tožbenega zahtevka na isti dejanski in pravni podlagi ni mogoče več uveljavljati.«

¹⁴ Primerjaj Sklep VS RS VIII Ips 95/2005: »Čeprav se pravnomočnost ne nanaša na dejanske ugotovitve, je pri presoji, ali gre za že razsojeno stvar, treba upoštevati sodbo kot celoto, torej poleg izreka samega tudi dejansko stanje in pravno podlago.« Šlo je za reintegracijski zahtevek bivšega direktorja, ki je bil razrešen, sporno pa je bilo, ali mu je prenehalo tudi delovno razmerje. Zahtevek iz prve pravde, ki je bil že pravnomočno zavržen, je bil zahtevek za vrnitev na mesto direktorja, v novi pravdi pa je bilo posledično dopustno razsojati o utemeljenosti reintegracijskega zahtevka za vrnitev na delo.

¹⁵ Galič, Komentar ZPP, str. 174.

2.3. Časovne meje pravnomočnosti

Časovne meje pravnomočnosti opredeljujejo trenutek, ki ga sodišče ob ugotavljanju dejanskega stanja še upošteva pri izdaji sodbe. To je v slovenskem pravu trenutek zaključka glavne obravnave, torej zadnji mogoči čas, v katerem lahko stranki še navajata dejstva in predlagata dokaze, ki nastanejo med postopkom. Pravnomočnost se ne nanaša na tisto in ne zajema tistega, kar se je zgodilo kasneje (po zaključku glavne obravnave), na primer toženčevega plačila dolga, do katerega je prišlo po koncu postopka na prvi stopnji. Časovne meje pravnomočnosti se torej nanašajo le na dejansko, ne pa tudi na pravno podlago.¹⁶

Lahko bi rekli, da pravilo, po katerem sodišče v trenutku konca glavne obravnave odloča tudi o škodi, ki takrat še ni nastala, je pa gotovo, da bo nastala (ja)la v prihodnje, nekoliko posega v splošno pravilo o časovnih mejah pravnomočnosti, saj sodišče odloči o dejstvu, ki takrat še ne obstaja.¹⁷ To je najbolj očitno v primeru, če oškodovanec, ki mu je bila prisojena visoka odškodnina iz naslova bodoče škode, kmalu po koncu glavne obravnave umre. Seveda pa to ne pomeni, da je takšna izjema glede na splošno pravilo o časovnih mejah pravnomočnosti neupravičena.

3. Časovne meje pravnomočnosti v odškodninskem pravu

3.1. Materialnopravni problem: razmejitev med bodočo in novo škodo

Ključni izziv je torej razmejiti in določiti, v katerih primerih ima oškodovanec, ki je na podlagi pravnomočne sodbe že dobil odškodnino za bodočo škodo, pravico vnovič tožiti in zahtevati povrnitev nove škode. Naj najprej opozorim na terminološko zagato: čeprav OZ v 182. členu opredeljuje bodočo škodo, o kateri lahko sodišče odloča, še preden je dejansko nastala, se bistvo skriva drugje: v njeni predvidljivosti (»gotovosti njenega nastanka«). To je namreč tisto, kar bodočo škodo po 182. členu OZ loči od nove škode, na katero se pravnomočnost prve sodbe ne nanaša. Jasno pa je, da bosta tako »bodoča« (v smislu 182. člena OZ) kot »nova« škoda šele nastali, zato sta z vidika trenutka, na katerega se nanaša pravnomočnost (zaključek glavne obravnave), obe škodi bodoči.¹⁸

¹⁶ Galič, Komentar ZPP, str. 171. Enako velja tudi za naknadno spremembo sodne prakse.

¹⁷ Podobno Jadek Pensa, v Plavšak, Juhart: OZ s komentarjem, GV Založba, 2003/2004, str. 1054: »Posebno pravilo je potrebno, ker brez njega sodišče ne bi imelo podlage za razpravljanje o terjatvi ..., ki še ni nastala ... Sodišče namreč lahko prisodi tožniku denarni znesek, če je terjatev zapadla do konca glavne obravnave, zapadlost pa je vezana najprej na nastanek terjatve.«

¹⁸ Tudi uporaba izraza »nova škoda« (kot nasprotje bodoči škodi) v praksi ni najbolj dosledna, saj se zanjo uporabljajo tudi izrazi »nadaljnja«, »večja« in »dodatna« škoda. Celotno Vrhovno sodišče je zaradi nedoslednosti pri uporabi pojmov »nova« in »bodoča« škoda že okaralo nižji sodišči (II Ips 671/2007 z dne 25. 11. 2010).

3.1.1. Bodoča škoda (182. člen OZ)

Razlog za oškodovančevo pravico, da v isti pravdi uveljavlja tako povrnitev že nastale kot še nenastale (gotove) bodoče škode, je v prizadevanju zakonodajalca, da oškodovancu omogoči učinkovito in celovito obravnanje nepremoženjskega prikrajšanja. Negativne posledice prikrajšanja oškodovanec lahko čuti stalno in nepretrgoma, lahko da njegovo zdravstveno stanje tudi ne zbuja upiranja na izboljšanje. Zato trenutek zaključka glavne obravnave ne more in ne sme biti odločilen za ugotavljanje oškodovančevega prikrajšanja.¹⁹

Stroga jezikovna interpretacija določbe 182. člena OZ bi privedla do tega, da se pravilo nanaša le na kontinuirano bodočo škodo (»trajala tudi v bodočnosti«), toda sodna praksa že nekaj desetletij upravičeno šteje, da se pravilo o možnosti povrnitve bodoče škode nanaša tako na kontinuirano kot tudi na samostojno bodočo škodo.²⁰ O prvi govorimo takrat, ko škodna posledica v trenutku zaključka glavne obravnave že obstaja in se bo nadaljevala tudi v prihodnje (na primer duševne bolečine zaradi skaženosti polnoletnega oškodovanca), o drugi pa takrat, ko sploh še ni nastala in bo v celoti nastopila v prihodnosti (na primer duševne bolečine zaradi skaženosti otroka – oškodovanca, ki se pomena videza še ne zaveda v celoti).

Bistveni opredelilni element bodoče škode v smislu 182. člena OZ je gotovost njenega nastanka (ali trajanja) v trenutku zaključka glavne obravnave. Po običajnem teku stvari mora biti namreč gotovo, da bo škoda trajala tudi v prihodnje. To pomeni, da lahko bodoča škoda zajema tudi morebitne kasnejše operativne ali druge potrebne zdravstvene posege, ki jih je ob normalnem teku stvari ob istovrstnih poškodbah mogoče pričakovati, ne nanaša pa se na nepredvideno poslabšanje zdravstvenega stanja.²¹

Tako je na primer Vrhovno sodišče odločilo, da zdravstvene težave, ki so obstajale že ob sklenitvi poravnave in so se po njej le nadaljevale, ne pomenijo nenadnih in nepredvidljivih sprememb v smeri poslabšanja tožnikovega zdravstvenega stanja, zaradi katerih bi mu nastala nadaljnja škoda. Intenzivnost bolečin je bila namreč enaka, nevrološki izpadi so bili prisotni že prej, tožnik ni bil podvržen novim in bolečim ali nevarnim diagnostičnim postopkom.²² Podobno je sodišče v primeru, ko je tožnica že prejela odškodnino zaradi neustreznega kirurškega zdravljenja, ponovni zahtevek zavrglo, saj je tožnica uveljavljala odškodnino za objek-

¹⁹ Jadek Pensa, OZ s komentarjem, str. 1054.

²⁰ Sklep, bivša zvezna skupna seja 15. in 16. 10. 1986, Poročilo VSS 2/86, str. 5 (cit. po Jadek Pensa, Komentar OZ, str. 1055). Drugačno stališče (da gre samo za kontinuirano bodočo škodo) sta v komentarju ZOR zavzela Perović in Stojanović, vendar še pred citiranim stališčem zvezne skupne seje iz leta 1985. Glej Perović, Stojanović: Komentar ZOO, Budućnost, 1980, str. 608.

²¹ Cigoj, str. 772.

²² Sodba VS RS II Ips 662/2007 z dne 16. 7. 2009.

tivno isto škodo, izvirajočo iz istega škodnega dogodka od iste stranke, ki ji je bilo plačilo odškodnine s pravnomočno sodbo že naloženo.²³

Ugotovimo torej lahko, da sta pri postavitvi zahtevka za povračilo bodoče škode potrebni previdnost in natančnost. Če namreč stranka oziroma njen pooblaščenec ne bo postavila ustrezno utemeljenega in ustrezno visokega zahtevka (ampak bo denimo le pavšalno zatrjevala obstoj bodoče škode), se v novi pravdi ne bo mogla sklicevati na svojo nevednost in zahtevati višje odškodnine. Drugače povedano, če stranka vtožuje bodočo škodo, mora upoštevati in z zahtevkom zajeti vse oblike bodoče škode in v obsegu, kot ji je takrat znan.

Naj opozorim še na stališče Vrhovnega sodišča, po katerem začne zastaranje tudi za bodočo škodo teči s trenutkom, ko je bodoča škoda določljiva, ko je torej oškodovanec zvedel za vse okoliščine, na podlagi katerih je mogel ugotoviti obseg in višino škode, oziroma je imel vse realne možnosti za uveljavitev svojega odškodninskega zahtevka. Bodoča škoda je sicer samo tista škoda, pri kateri vzrok (škodni dogodek, škodno dejstvo) njenega (bodočega) nastanka že obstaja. Škoda, katere vzrok še ni nastal, pa ni bodoča škoda v smislu 182. člena OZ. Tak primer je izključno sočasno oziroma vzporedno pojavljanje nepremoženjske škode in imisij, ki so njen vzrok.²⁴

3.1.2. Nova škoda

V nasprotju z bodočo škodo OZ ne govori izrecno o »novi« škodi. Gre za izraz, ki se je uveljavil v sodni praksi kot označba tiste (bodoče) škode, ki je 182. člen OZ ne pokriva in na katero se pravilo *res iudicata* ne nanaša. O novi škodi je torej dopustno odločati v novi pravdi, čeprav izvira iz istega škodnega dogodka kot bodoča škoda, o kateri je že bilo pravnomočno razsojeno (in za katero nedvomno velja *ne bis in idem*). Kot že rečeno, pa je po navadi najtežje razmejiti, ali je škoda, ki jo oškodovanec v novi pravdi označi za »novo« (ali nadaljnjo), v rešnici takšna ali pa gre zgolj za del bodoče škode, o kateri je že bilo pravnomočno razsojeno. V prvem primeru bo pravda dopustna (kar ne pomeni avtomatične utemeljenosti tožbenega zahtevka), v drugem pa bo sodišče zahtevke zavrglo s sklicevanjem na pravilo *ne bis in idem*.

Če je temeljna lastnost bodoče škode v njeni predvidljivosti ob koncu glavne obravnave, je za novo škodo značilno, da ob koncu sojenja (ali sklenitve (zunaj)sodne poravnave) še sploh ni

²³ Sodba in sklep VS RS II Ips 304/2003 z dne 10. 7. 2003. Oškodovanka je v novi tožbi izrecno priznala, da ob vložitvi prejšnje tožbe ni imela zadostnega znanja, da bi postavila po temelju in višini ustreznih zahtevkov. Tožena stranka je prvi zahtevek pripoznala, tožnica pa je nato skušala zamujeno nadoknaditi z vložitvijo nadaljnje tožbe za »večjo« škodo, ki pa, kot rečeno, ni bila uspešna (razen v manjšem delu, ki se je nanašal na duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti).

²⁴ Sklep VS RS VIII Ips 386/2009 z dne 3. 10. 2011. Zato na primer škoda, ki tožniku nastaja zaradi okvare sluha kot posledica konstantne izpostavljenosti hrupu na delovnem mestu, ni sukcesivno nastajajoča bodoča škoda, pač pa škoda, ki se pojavlja zrcalno z njenim vsakokratnim vzrokom.

bilo gotovo, da bo nastala, in če bo, kolikšna bo.²⁵ Kot novo škodo je sodna praksa opredelila škodo, ki izvira iz istega škodnega dogodka, pa v času sojenja še ni bila predvidljiva (gotova, neogibna).²⁶ Nova škoda je tista škoda, ki je v vzročni zvezi s škodnim dogodkom in ki presega škodo, znano ob izdaji sodbe oziroma ob sklepanju poravnave in ki jo je bilo mogoče pričakovati kot gotovo ob normalnem teku stvari.²⁷

- Definicijo nove škode torej najlaže izluščimo iz sodne prakse Vrhovnega sodišča: nova škoda ne nastopi kot reden tek dogodkov oziroma kot redno in pričakovano obnašanje poškodovanega dela telesa, ampak gre, z vidika medicinske znanosti, za nepredvidljiv razvoj bolezni oziroma nepričakovan zaplet;²⁸
- nepredvidljiva nova škoda nastane, če je po sklenjeni poravnavi prišlo do takega poslabšanja zdravstvenega stanja, ki po normalnem teku ni bilo predvidljivo oziroma do kakršnega ob normalnem teku stvari ne bi smelo priti;²⁹
- za novo škodo gre takrat, ko je bila glede na poškodbo, iz katere izvira, v času prvega sojenja z vidika medicinske znanosti objektivno nepredvidljiva oziroma nepričakovana.³⁰

Odškodovanec torej lahko utemeljeno vtožuje odškodnino za novo oziroma nadaljnjo škodo, če sodni izvedenec v prvotnem postopku (v katerem mu je bila leta 1988 pravnomočno do-sojena odškodnina zaradi poškodbe desnega gležnja) ni mogel predvideti novih operativnih posegov in z njim povezanih dodatnih bolečin in neugodnosti.³¹

Za novo škodo pa ne gre takrat, ko obstaja zgolj možnost, da bo nastopila: tožnik, 65-odstotni invalid, je bil hudo poškodovan v prometni nesreči. V telesu je imel stalno prisoten virus hepatitis C. Pravnomočno mu je bila prisojena odškodnina, tudi ob upoštevanju bodoče škode (iz naslova zmanjšanja življenjske aktivnosti). Naknadno je zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, ki jo trpi zaradi zavedanja, da je okužen (nespečnost, razdražljivost, konflikti, depresivnost), vložil novo tožbo. Zahtevke je bil (delno) zavržen, saj je sodišče ugotovilo, da je

²⁵ Podobno Višje sodišče v Mariboru sklep I Cp 878/2009 z dne 2. 6. 2009.

²⁶ Sklep VS RS II Ips 671/2007 z dne 25. 11. 2010. Oškodovanec (tožnik) je v prometni nesreči utrpel zlom pogačice. Po zaključku zdravljenja je s toženo stranko sklenil zunajsodno poravnavo. Po sklenitvi poravnave (šest let kasneje) se je pri tožniku razvila artoza, zaradi katere je moral vnovič na zdravljenje. Za povrnitev te (nove) škode je vložil nov tožbeni zahtevke, ki sta ga prvo- in drugostopenjsko sodišče zavrnila z utemeljitvijo, da je bil razvoj artroznih sprememb (in s tem povezano zdravljenje ter zmanjšanje življenjske aktivnosti) predvidljiv, tožnikovi pomanjkljivi skrbnosti pa gre pripisati, da odškodnina za to škodo ni bila zajeta v dogovorjenem znesku (v zunajsodni poravnavi). Iz sklepa VS sicer ni razvidno, zakaj sta nižji sodišči zahtevke zavrnila (in ne zavrgli).

²⁷ Prav tam.

²⁸ Sodba VS RS II Ips 111/2005 z dne 1. 3. 2007.

²⁹ Sodba VS RS II Ips 413/2006 z dne 4. 12. 2008.

³⁰ Sodba VS RS II Ips 629/2006 z dne 12. 2. 2009: tožnik je leta 1979 utrpel poškodbo glave. Pravda za povrnitev škode je bila končana leta 1986.

³¹ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 326/2011 z dne 25. 5. 2011.

bila možnost reaktiviranja virusa že upoštevana pri odmeri odškodnine v prvi pravdi, in sicer v okviru duševnih bolečin zaradi strahu. Če bi se virus hepatitis C kdaj res reaktiviral, pa bi to pomenilo nastop nove škode, zaradi katere bi bila nova tožba dopustna.³²

3.1.3. Kriterij razmejitve med bodočo in novo škodo

Iz citirane sodne prakse jasno izhaja, da je ključni kriterij za razmejitev med bodočo in novo škodo v predvidljivosti škodne posledice ob koncu glavne obravnave v (prvem) postopku, ko sodišče odloča o bodoči škodi. Škoda, ki je bila oškodovancu znana ali je bilo njen nastanek moč predvideti (z veliko verjetnostjo, če že ne gotovostjo), je zajeta v bodoči škodi, zato na podlagi istega dejanskega stanja nov zahtevek ni dopusten. Če oškodovanec in zavezanec za kasneje nastalo škodo nista mogla vedeti in tudi ne predvideti njenih posledic, pa gre za novo škodo, glede katere je nova pravda dopustna.

Sodna praksa je leta 2010 tudi odpravila dvome, kdo postavlja merilo za presojo predvidljivosti škode. To namreč ni (več) dober strokovnjak (običajno medicinske stroke), pač pa sta to skrben oškodovanec in skrben zavezanec za plačilo odškodnine.³³ Bodoča škoda je tako tista, »katere nastanek je bil ob sojenju oziroma ob sklepanju zunajsodne poravnave objektivno gotov, vendar le, če je bilo to za povprečno skrbnega oškodovanca in zavezanca predvidljivo«.³⁴

Ravnokar citirano stališče Vrhovnega sodišča je nekoliko spremenilo ustaljeno dotedanjo prakso taistega sodišča, skladno s katero je za novo škodo štela samo tista škoda, ki je bila glede na prvotno poškodbo v času prvega odločanja o odškodnini **objektivno nepredvidljiva oziroma nepričakovana z vidika medicinske znanosti**.³⁵ To je pomenilo, da so bili vsi predvidljivi (statistično relativno pogosti) zapleti, na katere je bil oškodovanec opozorjen, vključeni v povračilo bodoče škode. Z novim razumevanjem pa je Vrhovno sodišče zožilo pojem bodoče škode oziroma razširilo polje uporabe za novo škodo, saj odslej velja, da v bodočo škodo ni (več) vključena tista, ki v času prve pravde ni bila predvidljiva z vidika povprečno skrbnega oškodovanca (pa čeprav je bila objektivno gotova z vidika medicinske znanosti).

Menim, da je sodišče pri spremembi razlage pojma nova škoda sicer sledilo legitimnemu cilju: odpravi bojazni, da bi oškodovanci ostali brez odškodnine za nepremoženjsko škodo, ki je bila sicer v prvi pravdi s stališča medicinske znanosti objektivno predvidljiva (torej mogoča), ne pa tudi gotova, zaradi te svoje lastnosti (predvidljivosti v prvi pravdi) pa tudi ne bi štela za

³² Sodba VS RS II Ips 198/2004 z dne 13. 1. 2005.

³³ Sklep VS RS II Ips 671/2007 z dne 25. 11. 2010.

³⁴ Prav tam.

³⁵ Sodba II Ips 629/2006 z dne 12. 2. 2009.

ново škodo. Vseeno pa bi se dalo ta problem rešiti bolj elegantno in brez poseganja v merilo za presojo predvidljivosti škode: logična in teleološka interpretacija 182. člena OZ namreč privede do sklepa, da gre za bodočo škodo tudi takrat, ko je njen nastanek (zgolj) predvidljiv oziroma zelo verjeten (in ne samo takrat, ko je gotov), zato imajo oškodovanci pravico, da vso tovrstno škodo vtožujejo že v prvi pravdi. Od izvedenca pa bo seveda odvisno, katero škodo bo kot predvidljivo opredelil v svojem mnenju. Na ta način bi ne bilo več mogoče, da bi kakšna škoda ostala brez pravnega varstva: predvidljivo škodo bi oškodovanci smeli uveljavljati že v prvi pravdi, škodi, ki bi nastala zaradi nepredvidljivih (statistično malo verjetnih) zapletov in posledic, pa bi zagotovili varstvo v okviru instituta nove škode.

Opisano stališče Vrhovnega sodišča je po mojem mnenju problematično tudi zato, ker je koncept »povprečno skrbnega oškodovanca in zavezanca za plačilo« mnogo težje uporabljiv v praksi kot koncept »objektivno predvidljive bodoče škode«. Povprečni oškodovanci namreč nimajo zadostnega medicinskega znanja, da bi zmogli sami oceniti potencialne in predvidljive zaplete pri zdravljenju, kar pa pomeni, da bo njihovo znanje spet odvisno od (objektivne) ocene medicinske stroke (na primer izbranega zdravnika in izvedenca).

3.1.4. Procesni vidik

Zanimivo je, da sodišča zahtevke, pri katerih ugotovijo, da tožnik vtožuje kot novo škodo, o kateri je že bilo pravnomočno razsojeno v prejšnji pravdi (kot o bodoči škodi), obravnavajo na dva načina: včasih jih kot neutemeljene zavrnejo,³⁶ včasih pa s sklicevanjem na pravilo *ne bis in idem* tožbo (v delu ali v celoti) zavržejo.³⁷ Menim, da je odločitev sodišč odvisna predvsem od tega, kako očitna je v novi tožbi kršitev pravila *ne bis in idem*. Če je treba za ugotovitev, da je o vtoževani odškodnini že bilo odločeno, izvesti obsežen dokazni postopek (z izvedenci), se nagibajo k prvi možnosti, če oškodovanci že v tožbi »priznajo«, da zaradi malomarnosti (neznanja, pomanjkljive skrbnosti) skušajo v drugi pravdi iztožiti »višjo« odškodnino, pa postopek končajo z izdajo procesnega sklepa. Vsekakor je slednje s stališča civilnega procesnega prava pravilnejše, vendar v praksi zaradi tega ni zaznati težav.

4. Pomen odpovedi bodočim odškodninskim zahtevkom v (izven)sodni poravnavi

Spori iz različnih nesreč, katerih posledica je (tudi) nastala in bodoča nepremoženjska škoda, se pogosto končajo s sodno ali zunajsodno poravnavo. V poravnavo je po navadi vključena klavzula, na podlagi katere se odškodovanec (tožnik) odpoveduje »kakršnim koli odškodnin-

³⁶ Tako na primer Sklep VS RS II Ips 671/2007 z dne 25. 11. 2010.

³⁷ Tako na primer prvo- in drugostopenjsko sodišče v zadevi II Ips 304/2003 z dne 10. 7. 2003.

skim zahtevkom iz naslova tega škodnega dogodka«. V praksi se je pojavilo vprašanje, kakšen pomen ima takšna klavzula oziroma ali se s tem oškodovanec odpove tudi pravici do odškodnine za novo škodo. Stališče sodne prakse je negativno: tovrstne klavzule ne vplivajo na pravico odškodovanca, da kasneje (po sklenitvi poravnave) zahteva povrnitev nove škode, to je tiste, na katero oškodovanec pri sklenitvi poravnave ni mogel misliti.³⁸ Zunajsodna poravnava, na podlagi katere je tožnik prejel odškodnino za nematerialno škodo, ki jo je utrpel v nesreči pri delu, ne izključuje odškodninskega zahtevka zaradi posledic, na katere tožnik ob sklenitvi poravnave ni mogel misliti in jih predvideti.³⁹

5. Sklep

Namen prispevka je bil čim bolj preprosto prikazati razmejitve in razlikovanje med bodočo in novo škodo v materialnem odškodninskem pravu in civilnem procesnem pravu. Menim, da posebnih problemov razmejitev v praksi ne povzroča, nekaj zmede pa utegne vnesti stališče Vrhovnega sodišča iz leta 2010, ki se ga da razumeti kot razširitev pojma nova škoda.

V izogib zapletom, ki se lahko pojavijo v novi pravdi, ko oškodovanci vtožujejo novo škodo, priporočam predvsem natančno opredelitev bodoče škode v prvotnem zahtevku in morebitni poravnavi. Za uspešno uveljavljanje nove škode je ključno, da gre za nepredvidljivo in nepredvideno škodo, ne pa zgolj za popraviljanje preteklih napak in poskus dobiti višjo odškodnino od pravnomočno prisojene (ali dogovorjene s poravnavo).

³⁸ Sklep VS RS VIII Ips 270/2004 z dne 22. 3. 2005.

³⁹ Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 887/2011 z dne 10. 11. 2011. Podobno Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča Pdp 195/2011 z dne 6. 5. 2011: »Tožnik je sicer v letu 2000 sklenil poravnavo, v kateri se je sporazumel za odškodnino kot za popolno poravnavo vseh zahtevkov za škodo zaradi izpostavljenosti azbestu. Ker v času sklenitve te poravnave stranki nista mogli prevideti takih poslabšanj zdravstvenega stanja tožnika, kot so se izkazala v letu 2006, ko je nastopila nova okvara pljuč, je tožnik upravičen do nove odškodnine iz tega naslova.«

Uporaba obligacijske zakonodaje v gospodarskih razmerjih II.

PETER GRILC

Samoregulacija gospodarskih razmerij in Obligacijski zakonik

Kratki znanstveni prispevek
UDK 347.441.4(497.4)

Samoregulacija gospodarskih razmerij in Obligacijski zakonik

PROF. DR. PETER GRILC,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

V prispevku sta obravnavana pojem in pomen samoregulative oziroma avtonomnih virov v gospodarskem pravu, posebno v gospodarskem pogodbenem pravu in bančnem sektorju. Naj opozorimo, da prispevek zaradi kompleksnosti ni in niti ne more biti metodološka in vsebinsko zaokrožena obravnava problematike,¹ ki je seveda bistveno širša, pač pa prinaša obravnavo le izbranih problemov. Če izhajamo iz ureditve, ki jo v temelju zamejuje OZ, velja izhodiščno postaviti nekaj vprašanj: (i) ali je OZ z vidika samoregulacije primeren in moderen; (ii) ali je bilo črtanje v ZOR urejenih bančnih poglavij primerno; (iii) ali samoregulacija modernih (avtonomnih) pogodb (lizinška, franšizinska, faktorinska) ustrezno nadomešča zakonsko neurejenost; (iv) v kolikšni meri lahko samoregulacija oziroma avtonomna ureditev bančnih poslov, uzanc, poslovnih običajev nadomesti neobstoječe določbe OZ ali druge dele gospodarskega pogodbenega prava, pri čemer imamo v tej povezavi v mislih zlasti kodekse stanovskih združenj?

¹ Če se ozremo le po mogočih pristopih v (evropskem) pogodbenem pravu, sta možnosti vsaj dve: po Cafaggiu (*Self-Regulation in European Contract Law* (december 2006), European University Institute Law Working Paper No. 2006/43; str. 4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.959608>), ki obravnava uporabo samoregulacije za harmonizacijo evropskega pogodbenega prava, je samoregulacija (1) možnost za dodajanje ali nadomeščanje; samoregulacija je lahko delno popolno orodje za harmonizacijo, torej lahko dodaja k harmonizaciji mehkega prava ali pa celo nadomesti harmonizacijo zakonsko nastalega prava; lahko je (2) splošna ali sektorska; splošna je tedaj, ko se uporablja v splošnem referenčnem okviru, sektorska pa pri urejanju nereguliranih ali reguliranih sektorjev (bančni, zavarovalniški trg, trg vrednostnih papirjev).

2. Pojem samoregulacije

Samoregulacija je način normiranja, s katerim poklicna, interesna skupina ali organizacija zasebnega prava uredi in s tem tudi promovira svoje cilje tako, da sprejme in uporablja avtonomna zavezujoča pravila za poslovanje ali delovanje članov ali uporabnikov, ki vstopajo v sistem prek razmerja s članstvom, etičnih kodeksov, uporabo standardov ali navodil, ureditvi-jo disciplinskih postopkov, organizacijo izobraževalnih programov in programov usposabljanja. Pojem samoregulacije gospodarskih razmerij je tesno povezan s pojmom avtonomnega gospodarskega prava: gospodarski subjekti ga sprejmejo sami, brez posredovanja državnih organov. Sem štejemo zlasti poslovne (trgovinske) običaje (uveljavljene in sprejete poslovne navade v gospodarskem prometu), ki še niso prešli v normativne akte države kot normodajalca, pa seveda enotna pravila in običaje za poslovanje z dokumentarnim akreditivom in dokumentarnim inkasom (MTZ), Incoterms, splošne in sektorske uzance (zbrani, načrtno urejeni, pisno določeni in objavljeni trgovinski običaji), formularne pogodbe v smislu tipskih pogodb, splošni pogoji poslovanja, mednarodne trgovinske klavzule, kodekse dobrega obnašanja oziroma dobrih praks.²

Avtonomno gospodarsko pravo kot pravna ureditev, ki jo ustvarjajo subjekti sami, ki so naslovljenci te ureditve, in si sami določajo tudi pravila ravnanja v medsebojnih razmerjih,³ je posebej značilno za mednarodno gospodarsko pravo, predvsem zaradi prednosti, ki jih ima pred konvencijskim načinom urejanja novih razmerij, ker njegova ambicija (ne pa nujno posledica) nista harmonizacija ali unifikacija. Če kje, potem se morajo v mednarodnem gospodarskem pravu zagotoviti kar najbolj univerzalne rešitve za najširši krog udeležencev iz vseh pravnih ureditev različnih tradicij in nacionalnih predpisov, ker avtonomija strank in dispozitivnost pri urejanju poslovnih razmerij v mednarodnih poslovnih razmerjih lahko najbolj razbremenita stranke okovov nacionalnih ureditev. Z avtonomnim sprejemanjem pravil se doseže manjša odvisnost od nacionalnih pravnih sistemov, manjši je vpliv mednarodnih političnih razmer, večje je upoštevanje strokovnih pravil, lažji in hitrejši je postopek sprejemanja in sprememb

² Senden, Self-regulation and co-regulation in European Law: Where Do They Meet?; Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9.1 (januar 2005), <<http://www.ejcl.org/>>; Cafaggi, nav. delo.

³ Glej tudi *lex mercatoria* kot avtonomno pravo mednarodne trgovine, kot (mednarodno) pravo trgovcev ali kot zbirni pojem, ki zajema pravila, ki urejajo mednarodne transakcije med subjekti zasebnega prava; Michaels, The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, št. 2 (poletje 2007), 447.; Grilc, Lex mercatoria in mednarodno gospodarsko pravo, Podjetje in delo, let. 24, št. 6-7/1998, str. 685–693; Albrecht Cordes, The search for a medieval Lex mercatoria, Oxford University Comparative Law Forum, št. 5/2003, <ouclf.iuscomp.org>; Hatzmihail, The Many Lives – And Faces – Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law; Law and Contemporary Problems, Vol. 71, št. 3, str. 169–190, poletje 2008; Maniruz-zaman, The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?; American University International Law Review, Vol. 14, št. 3. Prim. tudi Kranjc, Zabel, Poslovni običaji in gospodarske pogodbe, Gospodarski vestnik, 1998.

pravil. Zaradi pomena in vloge avtonomnega dela v mednarodnem gospodarskem pravu so prav v tem delu prava najbolj jasni problemi tako ustvarjenih pravil. Postavlja pa se vprašanje, ali je to pravo res avtonomno in ali subjekti s sprejemom res sami sebi postavljajo pravila, saj ne gre zanikati, da pravila sicer oblikujejo gospodarski subjekti. Tudi ni dvoma o tem, da je zagotovljena avtonomnost ustvarjalcem pravil, a so ta pravila pogosto namenjena razmerjem ustvarjalcev z drugimi osebami (na primer splošni pogoji poslovanja, formularni kontrakti). Drugačen pa je položaj, ko je ustvarjalec avtonomnega pravila tretja oseba, ki ni ena od strank bodočega pravnega posla (na primer MTZ), a tudi tu ne gre kar tako pozabiti na morebitno prevlado bodočih strank, saj je na dlani, da nekatere interesne skupine bolj intenzivno sodelujejo v fazi priprave tekstov od drugih, obe skupini pa spadata med kasnejše uporabnike pravil ali celo stranke, ki si v poslu stojijo nasproti. Pojem samoregulacije v gospodarskem pravu deloma ustreza pojmu avtonomno gospodarsko pravo. Povezuje se ga tudi s pojmom avtoregulacija in homeostaza. Prvi pokriva zlasti samostojno urejanje notranjih razmerij. Drugi pa preneseno na to področje pomeni podobno, samoregulirane organizacije (*selfregulated organization*), ki na podlagi zakonodajnega pooblastila ali pa zaradi tega, da zapolnijo prazen prostor zaradi odsotnosti zakonske regulacije, na svoj način urejajo posamezni sektor ali poklicno skupino, kar pomeni, da lahko delujejo s pooblastilom države, namesto nje ali hkrati z njo.

3. Nekaj primerov

V oglaševanju je samoregulativa sistem, s katerim si oglaševalska industrija sama postavlja meje ustvarjalnega, a hkrati korektnega in družbeno odgovornega oglaševanja. V različnih državah nastopa v različnih oblikah, vendar pa je bistveni princip samoregulative vedno enak: oglaševanje naj bo zakonito, dostojno, resnično in nezavajajoče. Pripravljeno naj bo z občutkom odgovornosti do družbe in potrošnika ter z dolžnim spoštovanjem do pravil konkurenčnosti. Samoregulativa v spletni skupnosti je možnost uporabnikov, da preprečujejo objavo neprimernih vsebin na spletnem mestu ter izločajo uporabnike, ki objavljajo sporno vsebino oziroma ne upoštevajo vseh pravil skupnosti in s tem splošnih pogojev. Kolektivna zavest in odgovornost vseh uporabnikov kot tudi posameznih uporabnikov torej omogoča izločitev posameznih prispevkov iz javno dostopnih knjižnic ali celotno izločitev zapisa ali pa blokado uporabnika in s tem uporabniškega računa tistemu, ki ne upošteva splošnih pogojev in objavlja sporno vsebino.

4. Ocena OZ

Ali je z vidika samoregulacije primeren in moderen? Ali je bilo črtanje bančnih poglavij primerno? Ali samoregulacija modernih (avtonomnih) pogodb (lizišne, franšizinske, faktorinske) ustrezno nadomešča zakonsko neurejenost? V kolikšni meri lahko samoregulacija

nadomesti določbe OZ (bančni posli, uzance, poslovni običaji) in druge določbe GP (kodeksi ...)? Za analizo ne zadostuje OZ, pač pa je treba poseči dlje. Primerna je vrsta področij. Tako področje finančnega prava poleg OZ (posredniška, agencijska, komisijska pogodba) pokriva vrsta finančnih predpisov in kodeksov. Enako velja za zavarovalništvo, kjer OZ (zavarovalna pogodba) ureja le del, večina pa je v zakonu o zavarovalništvu in drugih predpisih ter v kodeksih. Kar zadeva reševanje sporov, temelj postavljajo zakon o arbitraži, zakon o mediaciji, zakon o pravnem postopku, a so tu avtonomni predpisi zlasti pravilniki institucionalnih arbitraž (GZS, Triglav, borzna itd.) in kodeksi teh arbitraž. Gradbena pogodba je tradicionalno urejena hibridno, v OZ z gradbeno pogodbo, še pomembnejše pa v posebnih gradbenih uzancah in z avtonomnimi pravili FIDIC. Bančni posli so v sicer še veljavnih poglavjih ZOR, ki pa so v praksi pravzaprav odmrli, saj jih urejajo splošni pogoji bank, njihovi formularni kontrakti, razna EPO MTZ (akreditiv, inkaso, garancija), običaji, metodološki priročniki velikih bank in kodeksi. Poglavje zase so moderne, kompleksne pogodbe (še vedno) avtonomnega gospodarskega prava.⁴ Kljub segmentarnim ureditvam v nekaterih nacionalnih ureditvah, kljub nekaterim modelom UNIDROIT ali skupnemu referenčnemu okviru EU ostajajo pretežno v splošnih pogojih poslovanja, vzorcih močnejših strank in modelih ali vzorcih združenj, zlasti dajalcev (franšizinga, lizinga, faktoringa ipd.) v konkretnem pogodbenem tipu.

Bančni posli so med izbranimi za analizo zanimivi zato, ker so ostali urejeni na zakonski ravni⁵ kljub precejšnji avtonomiji in samoregulaciji bančnih poslov že pred nastankom ZOR. Ta se je z leti še okrepila, čeprav v primerjalnem pravu pogodbe bančnega prava praviloma niso urejene, pač pa se prepuščajo avtonomni ureditvi. Kot trgovinski posli so od 19. stoletja sicer priznani kot trgovinski posli.⁶ Kot obligacijski posli so urejeni šele v novejši zakonodaji.⁷ Če iz poslov izluščimo posamezne, je bančna garancija v ZOR⁸ urejena problematično in skromno, avtonomno pa kompleksno in zaokroženo z EPO MTZ za pogodbene garancije ter z Uniform Rules for Demand Guarantees. Dokumentarni inkaso med bančnimi posli ZOR sicer ni bil urejen, so se pa zanj uporabljala pravila o mandatu in prodaji blaga z izročitvijo blagovnih listin. Hkrati je bil polavtonomno urejen s SUBP (uzance 183 do 186) glede izročanja

⁴ Lizinška pogodba, pogodba o kreditnih karticah, faktorinška pogodba, franšizinska pogodba, pogodba o prenosu znanja in izkušenj (know-how), pogodbe o managementu, svetovanju (consultingu), o vzpostavitvi poolov, o skupnih vlaganjih, računalniške pogodbe, pogodbe o inženiringu, distribucijska pogodba z vseni modalitetami, pogodba o trgovinski koncesiji, posli forfaiting, gospodarske kooperacijske pogodbe, sponzorska pogodba, pogodba o prodaji podjetja.

⁵ ZOR, prek prehodnih določb OZ; velja za ta poglavja ZOR: XXXI. Bančni denarni depoziti, XXXII. Deponiranje vrednostnih papirjev, XXXIII. Bančni tekoči račun, XXXIV. Pogodba o sefu, XXXV. Kreditna pogodba, XXXVI. Kreditna pogodba na podlagi zastave vrednostnih papirjev/lombardni kredit, XXXVII. Akreditivi, XXXVIII. Bančna garancija, XXXIX. Uporaba določb o bančnem poslovanju.

⁶ Prvi odstavek 632. člena BGB, 632. člen CdC, 2195. člen CC.

⁷ ZOR (poleg 1834. do 1871. člena CC) kot eden redkih primerov.

⁸ Členi 1083 do 1087 ZOR.

listin, ki predstavljajo blago, pa avtonomno celovito z EPO MTZ. Dokumentarni akreditiv po ZOR je z določbo o preklicljivosti akreditiva v dvomu prototip napačnega pristopa in negacije tistega, kar potrebuje in priznava kot bistvo poslovanja s tem instrumentom poslovna praksa, tako domača kot tuja. Tudi ta je urejen polavtonomno v SUBP,⁹ avtonomno pa z EPO MZT, ki so edini relevantni vir za resno poslovno prakso, tako gospodarskih družb kot bank, udeleženk v akreditivnem poslu.

Taka ureditev po našem mnenju ni primerna zaradi vrste razlogov. Če regulativo razumemo v širšem pomenu, zajema predpise o regulaciji, nadzoru in nadzornih organih, na podlagi katerih delujejo udeleženci na posameznem trgu. V ožjem pomenu se nanaša na zakonodajo države, priporočila, splošna pravila varnega in skrbnega poslovanja in pravila sklepanja poslov. Banke in bančni sektor so v primerjavi z drugimi sektorji močno regulirani,¹⁰ predvsem zaradi zaščite vlagateljev pred zlorabami, varnosti in trdnosti bank, zagotovitve delovanja učinkovitega finančnega in bančnega sistema, monetarne stabilnosti. Je pa kljub temu, da je v navedenih predpisih poslovni del reguliran manj oziroma zelo malo, ta del razmeroma močno zakonsko urejen z ZBan, ki celo v svojem okviru za poslovanje s strankami omogoča širok manevrski prostor za samoregulativo/avtonomno urejanje¹¹ ZVPot, ZPotrK in ZVK. Kljub regulaciji pa je v njem veliko manevrskega prostora za avtonomijo in samoregulacijo, kar zapolnjujejo zlasti pravila MTZ. Na nacionalno ureditev močno vplivajo nadnacionalna pravila.¹² Glede na navedeno bi bilo ob ustrezni kontroli splošnih pogojev poslovanja *ex ante*

⁹ Urejajo zlasti prodajo, uzanca 193 vsebuje nekaj pravil o tem, kakšen mora biti akreditiv, če je v pogodbi dogovorjen; pomembni še uzanci 184 in 194.

¹⁰ Podrejeni predpisi ob ZBan (le po naslovih): Sklep o izračunu kapitala bank in hranilnic; Sklep o izračunu kapitalne zahteve za kreditno tveganje po standardiziranem pristopu za banke in hranilnice; Sklep o izračunu kapitalne zahteve za kreditno tveganje po pristopu na podlagi notranjih bonitetnih sistemov za banke in hranilnice; Sklep o izračunu kapitalne zahteve za kreditno tveganje pri listinjenju; Sklep o kreditnih zavarovanjih; Sklep o priznavanju zunanjih bonitetnih institucij; Sklep o izračunu kapitalne zahteve za tržna tveganja za banke in hranilnice; Sklep o izračunu kapitalne zahteve za operativno tveganje za banke in hranilnice; Sklep o upravljanju s tveganji in izvajanju procesa ocenjevanja ustreznega notranjega kapitala za banke in hranilnice; Sklep o nadzoru bank in hranilnic na konsolidirani podlagi; Sklep o razkritjih s strani bank in hranilnic; Sklep o naložbah bank in hranilnic v kvalificirane deleže v osebah nefinančnega sektorja; Sklep o veliki izpostavljenosti bank in hranilnic.

¹¹ Člen 81 ZBan (upravičenost banke opravljati bančne in finančne storitve) (1) Banka sme opravljati bančne storitve na območju RS, če pridobi dovoljenje BS za opravljanje teh storitev ... (2) Banka sme opravljati vzajemno priznane oziroma dodatne finančne storitve ali pomožne storitve na območju RS: ... (3) Banka sme bančne in druge vzajemno priznane finančne storitve, ki jih je upravičena opravljati na območju RS ...

¹² Le poglavitna zakonodaja EU je povezana s predpisom: Direktiva 85/611 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o kolektivnih naložbenih podjetjih za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje; Direktiva 86/635 o letnih in konsolidiranih računovodskih izkazih bank in drugih finančnih institucij; Direktiva 87/62/EGS: Commission Recommendation on monitoring and controlling large exposures of credit institutions; 87/63/EEC: Commission Recommendation concerning the introduction of deposit-guarantee schemes in the Community; Commission Recommendation on monitoring and controlling large exposures of credit institutions; 87/63/EEC: Commission Recommendation concerning the introduction of deposit-guarantee schemes in the Community; Direktiva 89/117 o obveznostih podružnic, ustanovljenih v državi članici, ki pripadajo kreditnim in finančnim institucijam, s sedežem

ali *ex post*, uporabi predpisov, ki so na voljo, ustrezno dokončno razveljaviti umetno ohranjena poglavja ZOR o bančnih poslih ter prepustiti ureditev poslov avtonomni ureditvi sektorja.

5. Prednosti in slabosti samoregulacije

Samoregulacija (avtonomno urejanje)¹³ ima vrsto prednosti, med katerimi omenimo zlasti (i) izrabo pobude zasebnega sektorja, ki je utemeljena z oziroma ima podlago v zaupanju (potrošnikov), ugledu in velikem tržnem deležu, kar ji daje *a priori* kredibilnost. Med prednostmi se navajajo tudi (ii) informacijska asimetrija, ko reguliranec vedno ve več od klasičnega zakonodajalca; (iii) sposobnost fleksibilnosti; (iv) prilagojenost posebnim okoliščinam, primerom; (v) hitra uvedba tehnologije, ki je na voljo; (vi) zmanjševanje stroškov in (vii) visoka stopnja identifikacije (reguliranec je regulator). Med slabostmi se navajajo (i) sindrom *lisice v kokošnjaku, ki je povezan s* poudarjenim in potenciranim ter potencialno zlorabljenim lastnim interesom osebe, ki postavlja samoregulacijska pravila; (ii) podnormiranost ali nadnormiranost; (iii) država s prepuščanjem področja samoregulaciji ali avtonomiji opušča zakonodajno iniciativo na področju in ustvarja vrzel v (po)zna(va)nju problematike, kar lahko sistemsko vodi tudi v prevrednotenje znanj v sistemu države. Med slabostmi so (iv) nevarnost, da sistem ne bo učinkovit, ker je identifikacija pobud skržena na omejeno skupino pobudnikov; (v) politični riziki in izguba občutka za nadzor; (vi) spregledana kompleksnost sistema; (vii) samoregulacija kot protikonkurenčno orodje (kot orodje za zmanjševanje konkurenčnosti in/ali kot orodje za omejevanje konkurence)¹⁴ ter (viii) nevarnost izgube transparentnosti v postopku »uzakonjanja« samoregulativnih pravil. Zato samoregulacija ali ustvarjanje pravil avtonomne-

zunaj te države članice, glede objave letnih računovodskih izkazov; Direktiva 94/19/ES z dne 30. maja 1994 o sistemih zajamčenih vlog; Direktiva 98/33/ES z dne 22. junija 1998 o spremembah člena 12 Direktive Sveta 77/780/EGS o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti kreditnih institucij ...; Direktiva 2000/28/ES o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti kreditnih institucij; Direktiva 2000/46/ES o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti ter nadzoru skrbnega in varnega poslovanja institucij za izdajo elektronskega denarja; Direktiva 2001/34/ES z dne 28. maja 2001 o sprejemu vrednostnih papirjev v uradno koticijo na borzi in o informacijah, ki jih je treba objaviti v zvezi s temi vrednostnimi papirji; Direktiva 2001/107/ES o spremembi Direktive Sveta 85/611/EGS o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o kolektivnih naložbenih podjetjih za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje (KN-PVP), z namenom zakonsko urediti družbe za upravljanje in izvlečke prospektov; Direktiva 2002/87/ES o dopolnilnem nadzoru kreditnih institucij, zavarovalnic in investicijskih družb v finančnem konglomeratu, ki spreminja direktive Sveta 73/239/EGS, 79/267/EGS, 92/49/EGS, 92/96/EGS, 93/6/EGS in 93/22/EGS ter direktivi 98/78/ES in 2000/12/ES; Direktiva z dne 3. junija 2003 o dejavnostih in nadzoru institucij za poklicno pokojninsko zavarovanje.

¹³ Cremades, Plehn, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, Boston University International Law Journal, št. 2/1983-1984.

¹⁴ O razmerju med organom za varstvo konkurence in regulatorjem Purcell, *Sectoral Regulators and Competition Authorities – can we be friends?*, 18. november 2009; *Relationship between Regulators and Competition Authorities 1998 – OECD* <www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>; *Competition Authorities and Sector Regulators: What is the Best Operational Framework?* Cuts, (2003), *Competition and Sectoral Regulation Interface*, Briefing Paper, št. 5/2003, OECD (1999), *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, AFFE/CLP(99)8

ga gospodarskega prava ne sme biti stihijska, pač pa kontrolirana, lahko je dopolnilo pravnim zahtevam, zlasti s kodeksi za natančnejše urejanje sektorja, delovanje samoregulatorja (sektorja) in države pa mora biti načrtovano in usklajeno. Država je samoregulatorju ali ustvarjalcu avtonomnih pravil lahko partner, je lahko pobudnik, pospeševalec, stran, ki zagotavlja soglasje ali celo vir sankcij ali zavrnitev, nujno pa mora izvajati monitoring ter biti sposobna zaznati in ovrednotiti (vse) dejavnosti samoregulatorja.

6. Samoregulacija/avtonomno pravo in dinamika razvoja

Na področju ustvarjanja virov gospodarskega prava se je v zvezi s samoregulacijo in ustvarjanjem virov avtonomnega gospodarskega prava treba zavedati dinamike zakonodajnih sprememb. V slovenskem pravu bo splošna dinamika v naslednjih letih manjša, saj je *acquis* že sprejet, res pa je, da bo sektorsko dinamika sprejemanja ali dopolnjevanja evropskega *acquisa* in nacionalnih pravil izrazito poudarjena (na primer bančništvo, nadzor nad finančnimi institucijami, predpisi o stečaju in prisilni poravnavi, varstvo potrošnikov). Na splošno pa bo vendarle dinamika sprememb in dopolnjevanja predpisov ostala konstanta s predvidoma enakim tempom kot v zadnjem desetletju. Zakonodajni problem ostaja tak: (i) ali se bo liberalizacija nadaljevala ali pa bo prišlo do zožitve manevrskega prostora za samoregulacijo; finančna kriza normiranost nedvomno povečuje. V (ii) razmerju nacionalno – nadnacionalno – globalno bodo vplivi večinoma nadnacionalni in globalni, v razmerju splošno – specialno pa bodo splošna pravila predvidoma večinoma ostala nespremenjena, več pa bo specialnih, kar odpira manevrski prostor za samoregulacijo. Še vedno bo v gospodarskem, tudi pogodbenem gospodarskem pravu najbolj zaznaven vpliv zakonodajnih rešitev EU, res pa je, da razen na področju potrošniškega prava ta na razmerja do komitenta doslej ni veliko vplivala. Svetovni trendi prihajajo v nacionalna okolja zakonodajno z večjim časovnim zamikom kot s samoregulacijo, najhitrejši pa je vstop v nacionalna okolja prek standardov in pogojev poslovanja korporacij.

Na področjih gospodarskega in mednarodnega gospodarskega prava je samoregulacija kot metoda in po obsegu ureditve zelo močno prisotna pri ureditvi bančnih poslov in v bančništvu sploh, v vrsti primerov tudi z blagoslovom »klasičnega« zakonodajalca. Tako se v sporočilu EU o zajamčenih vlogah predlaga vrsta samoregulativnih korakov za banke, ki naj bi varovali potrošnike v primeru plačilne nesposobnosti banke. Komisija tudi podpira pobudo sektorja vrednostnih papirjev, da razvije kodeks ravnanja, ki bo omogočal učinkovit čezmejni obračun in poravnavo.

Kaj lahko pričakujemo pri dopolnjevanju in ustvarjanju pravil gospodarskega prava: oženje prostora za avtonomijo oziroma samoregulativo ali ne? Na področju potrošniškega prava je

pričakovati zlasti zmerno dograjevanje in perfektuiranje predpisov ter redefiniranje pristopov proti potrošniku »ne varuj – informiraj«. Na dlani je, da se bo zakonodaja odzvala na tehnološke novosti, vsekakor pa bodo novi storitveni produkti, ki so namenjeni potrošnikom, prej ponujeni in urejeni samoregulativno/avtonomno s strani ponudnikov, preden jih bo uredila zakonodaja. V vrsti sektorjev (zlasti bančništvu, finančnih storitvah) je pričakovano precejšnje zakonsko dograjevanje in višanje standardov, vendar ne toliko na klasičnem pogodbenem področju, bolj na področjih zagotavljanja varnosti plasmajev in vlog, presoje bančnih pasivnih poslov, jamstvenih shem, nadzornih notranjih korporativnih in zunanjih regulatornih mehanizmov in njihovih pristojnosti. Kar zadeva poenotenje gospodarskih pogodb, je pričakovati zmerno napredovanje pri urejanju modernih tipov pogodb, vendar ne uokvirjanje v nacionalne zakonike, prej v okvirne, tudi avtonomne predpise na mednarodni ravni, vodnike, modelne zakone mednarodnih organizacij za harmonizacijo gospodarskega pogodbenega prava. Na področju prava varstva potrošnikov se razmerje med državno in nadnacionalno zakonodajo na eni in samoregulativo na drugi strani najbrž ne bo spremenilo. Kot je bilo ugotovljeno že zgoraj, korporacijsko narekovani standardi prehitevajo in prevladajo nad zakonodajalci in tistimi, ki skupaj, prek organizacij ali združenj, avtonomno urejajo posamezno področje. Pričakovati je poostreno varstvo družbeno nemočnih in artikulacijsko/interesno manj sposobnih skupin. Na področju novih tehnologij, zlasti interneta, tudi v okviru potrošniškega prava, nova zakonodaja težje sledi novostim in novim, zelo dinamičnim praksam, saj so oglaševalske prakse z na primer oglaševanjem s spletnimi pasicami, vrinjenimi oglasi, oglaševanjem v novičarskih skupinah, sponzoriranjem spletnih strani, že klasika, zato je pričakovati močne aktivnosti samoregulacijskih in avtonomnih skupin. Na splošno ni pričakovati metodoloških in kategorialnih sprememb. Zakonodajalec bo nadgrajeval konsistentnost sistema, zapiral praznine, se lotil detajlov in se odzival na nove tehnologije, zagotavljal bo instrumente učinkovitega varstva, nadrejeni zlasti prek širitve kroga upravičencev, zagotavljanja hitrosti in stroškovne dostopnosti ter učinkovitosti postopka.

7. Sklep

Nadzorovana samoregulacija in avtonomija urejanja sta nedvomno pristopa, ki povečujeta sposobnost sektorja. Sta dopolnitev, ne pa nadomestek zakonske ureditve. Sta del strategije države (*regulating smarter*) in nista nujno lažja pristopa. Država kot normodajalec tudi na področju dispozitivnosti in avtonomije, ki sta tako značilni za gospodarsko pogodbeno pravo, ne sme izginiti, mora pa biti selektivna, izvedena, učinkovita in strateška. Samoregulacija in avtonomija ne pomenita zmanjšanja skrbi za varnost, okolje in pomembne vrednote.

Odgovornost za nepravilno izpolnitev

III.

ANA VLAHEK

*Časovne predpostavke in vsebina zahtevkov naročnika
v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene
pogodbe v slovenski ureditvi*

DAMJAN MOŽINA

Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi

MITJA KOVAČ

Garancija za brezhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.44:347.754(497.4),
347.44:349.442(497.4)

Časovne predpostavke in vsebina zahtevkov naročnika v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe v slovenski ureditvi

DOC. DR. ANA VLAHEK,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Sklepanje podjemnih pogodb je v praksi zelo pogosto. Zlasti zdravstvene, turistične, gradbene in druge večje obrtniške pogodbe so za nas pomembne, tako z emocionalnega kot seveda s finančnega gledišča. V gradbene in podobne projekte pogosto investiramo celotno (ne zgolj obstoječe, temveč celo bodoče) premoženje, zato je sila pomembno, kako je urejeno naše razmerje s podjemnikom oziroma izvajalcem, posebno kakšne zahtevke in v kakšnih časovnih okvirih ter ob izpolnjevanju katerih predpostavk lahko naročnik naslovi nanj v primeru nepravilne izpolnitve pogodbe.

Sistem zahtevkov naročnika v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe ter predpostavk za njihovo uveljavljanje je v naši zakonodaji precej shizofren. Rešitve, ki jih Obligacijski zakonik (OZ)¹ določa v poglavju o podjemni pogodbi (633. do 640. člen OZ), veljajo z izjemo odgovornosti za napake v solidnosti gradbe, ki je obravnavana (pa še to le glede dela relevantnih vprašanj) v poglavju OZ o gradbeni pogodbi (662. do 665. člen OZ), tudi za gradbeno pogodbo.² Pri tem je treba poudariti, da se OZ uporablja le za nepotrošniška razmerja, pa še tu praviloma le, če se stranki nista dogovorili drugače, za potrošniška razmerja pa le, če Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)³ ali kakšna specialnejša zakonodaja ne določa

¹ Uradni list RS, št. 97/2007 (OZ-UPB1).

² Glej 660. člen OZ.

³ Uradni list RS, št. 98/2004 (ZVPot-UPB2) s spremembami.

drugače. Drugače od nekaterih drugih držav, na primer Finske in Švedske,⁴ ki potrošniško pogodbo o storitvah natančno urejajo v posebni zakonodaji, je pri nas urejena zgolj v nekaj skopih in predvsem pomanjkljivih določbah ZVPot,⁵ ki se v sodni praksi uporabljajo redko. Poleg tega obstajajo na nekaterih področjih še uzance s pravili, ki se bodisi prekrivajo z zakonodajnimi bodisi jih dopolnjujejo. Na ravni Evropske unije – drugače od potrošniške prodajne pogodbe – pogodbe o storitvah za zdaj niso urejene (vsaj ne na splošno),⁶ v primeru sprejema in uveljavitve skupnega referenčnega okvirja (*Common Frame of Reference – CFR*) pa bo na ravni Evropske unije urejeno tudi to področje (kako, bo odvisno od končne odločitve evropskega zakonodajalca), saj knjiga IV osnutka skupnega referenčnega okvirja (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)⁷ vsebuje tako splošno poglavje o pogodbah o storitvi⁸ (ki glede zahtevkov v primeru nepravilne izpolnitve napotuje na splošna pravila knjige III DCFR) kot specialna poglavja o posameznih, v praksi najpomembnejših tipih pogodb o storitvi (med drugim o gradbeni pogodbi).⁹

Namen prispevka je analizirati veljavno slovensko ureditev glede naročnikovih zahtevkov v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe ter se kritično opredeliti do ustreznosti njenih rešitev v praksi.

2. Časovne predpostavke za uveljavljanje zahtevkov v primeru napak, ki izvirajo iz podjemnikove sfere

Da bi naročnik lahko sodno uveljavljal zahtevke v primeru napak, ki izvirajo iz podjemnikove (oziroma izvajalčeve) sfere,¹⁰ mora v dogovorjenih oziroma predpisanih rokih najprej pregledati izvršeno delo¹¹ in o napakah obvestiti podjemnika (oziroma izvajalca).

⁴ Bar, Clive (ur.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 5, str. 1600.

⁵ Členi 37a, 37b, 37c, 38 in 39 ZVPot.

⁶ So pa posamezne vrste storitev, na primer potrošniške turistične storitve, urejene v Direktivi Sveta o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/EGS), ki je implementirana v posebnem poglavju o pogodbah o turističnih aranžmajih v ZVPot (57. in 58. člen), ter pogodbe o časovnem zakupu, dolgoročnih počitniških proizvodih, nadaljnje prodaje in zamenjave v Direktivi 2008/122/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. januarja 2009 o varstvu potrošnikov v zvezi z nekaterimi vidiki pogodb časovnega zakupa, dolgoročnih počitniških proizvodov, nadaljnje prodaje in zamenjave, ki je implementirana v 59. do 60.g členu ZVPot.

⁷ Več o tem glej Bar, Clive (ur.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition; Vlahek: Pogodbeni prenos lastninske pravice v evropskem pravnem prostoru, str. 300–303; Možina: Evropsko pogodbeno pravo, skatle za orodje in modri gumbi.

⁸ Glej določbe IV.C.-1:101 do IV.C.-2:111.

⁹ Glej določbe IV.C.-3:101 do IV.C.-3:108.

¹⁰ Več o tem glej Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 833 in 835–842.

¹¹ Pregled izrecno zahteva OZ, medtem ko iz ZVPot ta obveznost naročnika, kot bo pojasnjeno, ne izhaja.

2.1. Pregled posla in obvestilo o napakah

2.1.1. Ureditev v OZ

a) Napake, ki niso napake v solidnosti gradbe

OZ v 633. členu, ki je enak 614. členu ZOR in se nanaša na nepotrošniške podjemne pogodbe, določa, da je naročnik dolžan pregledati¹² izvršeno delo **brž, ko je to po običajnem teku stvari mogoče**, in o ugotovljenih napakah (takih, ki jih je moč ugotoviti ob običajnem pregledu) **nemudoma** obvestiti podjemnika,¹³ sicer podjemnik zanje ne odgovarja (razen če je zanje vedel, pa jih naročniku ni pokazal).¹⁴ Če naročnik na podjemnikovo zahtevo, naj pregleda in prevzame izvršeno delo, brez utemeljenega razloga tega ne stori, se šteje, da je delo prevzeto,¹⁵ kar pomeni, da se naročnik na napake, ki bi jih lahko odkril med običajnim pregledom, ne bo mogel sklicevati.

V primeru skritih napak, torej napak, ki jih ob običajnem pregledu po izročitvi ni bilo mogoče opaziti, mora naročnik podjemnika o napakah, če so se te pojavile v jamčevalnem roku **dveh let od prevzema posla**, obvestiti **čim prej, najkasneje pa v enem mesecu od odkritja**.¹⁶ Zanimivo je, da je za grajanje skritih napak poleg enomesečnega roka od odkritja napak v diktiji dodana še besedna zveza »čim prej«, ki je na primer pri ureditvi grajanja napak pri prodajni pogodbi ne zasledimo in v praksi glede na določeni enomesečni rok verjetno ni relevantna.

Pri podjemni pogodbi torej OZ (razumljivo nekoliko drugače kot pri prodajni) na časovnico postavlja te relevantne trenutke: izvršitev dela, pregled dela, prevzem dela, obvestilo o napakah (ter sodno uveljavljanje zahtevkov, o katerem bo govor v nadaljevanju), pri čemer verjetno izvršitev dela zajema tudi izročitev oziroma dobavo (bolje: predajo) dela.

Primerjava z nepotrošniško prodajno pogodbo¹⁷ pokaže, da so predpostavke za uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov pri nepotrošniški podjemni pogodbi nekoliko drugačne, kar zadeva

¹² Običajnost pregleda se je v naši sodni praksi presojala na primer v sklepu VSL I Cpg 740/2011 z dne 31. 8. 2011.

¹³ Naša sodišča so že velikokrat presojala, ali je izpolnjena predpostavka pravočasnega in primerne grajanja. Glej na primer sodbe VSL I Cpg 332/2011 z dne 13. 9. 2011, VSL I Cpg 424/2011 z dne 28. 6. 2011, VSL I Cpg 1420/2010 z dne 8. 6. 2011, VSM I Cp 421/2011 z dne 14. 6. 2011, VSL I Cp 2091/99 z dne 19. 1. 2000, VSL I Cpg 151/2010 z dne 15. 6. 2010, VSL I Cpg 1329/2010 z dne 23. 12. 2010 in VSL III Cp 3017/2010 z dne 9. 11. 2010.

¹⁴ Vprašanje je, ali podjemnik v primeru »očitnosti« napak, za katere je vedel, kljub kasnejšemu grajanju odgovarja le, če naročnik napak kljub »očitnosti« ni opazil, ali tudi če jih je opazil, pa jih ni nemudoma grajal (je nanje na primer pozabil opozoriti podjemnika, čeprav jih je opazil). Glede na to, da je podjemnik v razmerju do naročnika strokovnjak, velja tudi v takem (v praksi sicer verjetno redkem) primeru zaščititi naročnika.

¹⁵ Glej na primer sodbo VSL II Cp 2573/2010 z dne 4. 11. 2010.

¹⁶ Člen 634 OZ, ki je enak 615. členu ZOR.

¹⁷ O vsebinski razmejiti med prodajno in podjemno pogodbo glej 620. člen OZ.

rok za obvestitev o očitnih napakah (nemudoma pri podjemni pogodbi; nemudoma/v osmih dneh/takoj pri prodajni pogodbi), predvsem pa kar zadeva rok za obvestitev o skritih napakah, ki je v primeru podjemne pogodbe en mesec, v primeru prodajne pogodbe pa osem dni oziroma nemudoma, kakor tudi jamčevalni rok za skrite napake, ki je v primeru podjemne pogodbe dve leti (od prevzema), v primeru prodajne pa le šest mesecev (od izročitve).

Pri tem velja opozoriti na 621. člen OZ, v skladu s katerim podjemnik v primeru, ko stvar izdelava iz svojega materiala, za kakovost materiala odgovarja enako kot prodajalec. Po mnenju dela teorije to pomeni, da je treba podjemnikov izdelek v teh primerih presojati po pravilih o prodajni pogodbi, kar zadeva material, ter po pravilih o podjemni pogodbi, kar zadeva opravljeno delo (če se seveda v skladu s 620. členom OZ pogodba že v osnovi ne opredeli za prodajno pogodbo).¹⁸ Del teorije, ki ji pritrjujem, se s tako razlago ne strinja in meni, da se v takih primerih pravila prodajne pogodbe uporabijo zgolj v obsegu opredelitve stvarne napake na izdelani stvari, medtem ko se sicer, na primer glede rokov, enotno uporabljajo pravila podjemne pogodbe.¹⁹

b) Napake v solidnosti gradbe

Členi 662 do 665 OZ iz poglavja o gradbeni pogodbi urejajo te posebnosti, ki ustrezajo vsebini in okoliščinam gradbene pogodbe in napakam v solidnosti gradbe:²⁰

- za napake v solidnosti gradbe v smislu OZ (torej za napake v izdelavi gradbe, ki zadevajo njeno solidnost,²¹ in za morebitne pomanjkljivosti zemljišča²²)²³ odgovarja naročniku (in tudi vsakemu drugemu pridobitelju gradbe) poleg izvajalca tudi projektant, če izvira napaka gradbe iz kakšne napake v načrtu;²⁴

¹⁸ Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, str. 1760–1761.

¹⁹ Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 756–758.

²⁰ Identične določbe je vseboval ZOR v 644. do 647. členu.

²¹ Napake v solidnosti gradbe naša sodna praksa tolmači široko. O razmejitvi napak v solidnosti gradbe od drugih napak glej na primer sodbo VSM I Cp 1170/2009 z dne 3. 9. 2009. Več o tem glej Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 1044–1046.

²² Razen če je specializirana organizacija dala strokovno mnenje, da je zemljišče primerno za gradnjo, in se med gradnjo niso pojavile okoliščine, ki bi bile zbujaile dvom o utemeljenosti strokovnega mnenja (drugi odstavek 662. člena OZ).

²³ Zanimivo je, da je hrvaški zakonodajalec 644. člen ZOR spremenil tako, da je redefiniral napako v solidnosti gradbe. Današnji 633. člen ZOO je v primerjavi z ZOR (in OZ) namreč širši, saj ne ureja le odgovornosti za napake v solidnosti gradbe v smislu ZOR, temveč odgovornost za »zakonom određene bitne zahtjeve za građevinu«.

²⁴ O solidarni odgovornosti izvajalca in projektanta ter o njunem regresnem razmerju glej 665. člen OZ. Hrvaški ZOO odgovornosti izvajalca in projektanta na novo dodaja še odgovornost nadzornika, če napaka izvira iz pomanjkljivosti njegovega nadzora.

- jamčevalni rok, torej rok, v katerem se mora napaka v solidnosti gradbe še pokazati, da se naročnik lahko nanjo sklicuje, je **deset let** od prevzema del (pri drugih skritih napakah, torej zunaj tistih, ki zadevajo solidnost gradbe, je jamčevalni rok dve leti);
- rok za obvestitev izvajalca o napakah je **šest mesecev** od odkritja napake;²⁵
- odgovornosti s pogodbo ni mogoče izključiti.

2.1.2. Ureditev v Posebnih gradbenih uzancah

S Posebnimi gradbenimi uzancami (PGU),²⁶ ki jih je sprejela Privredna komora Jugoslavije in se uporabljajo od 1. maja 1977, se urejajo razmerja med naročniki in izvajalci del pri izvajanju del na gradbenih objektih.

V skladu z 12. členom OZ se v obligacijskih razmerjih gospodarskih subjektov za presojo potrebnih ravnanj in njihovih učinkov poleg poslovnih običajev in prakse, vzpostavljene med strankama, upoštevajo tudi uzance. Če so bile PGU dogovorjene med strankama, se uporabljajo v vseh vrstah razmerij iz pogodbe o izvajanju del na gradbenih objektih (gospodarskih, navadnih, potrošniških, če ne nasprotujejo kogentnim zakonskim določbam, kar je zaradi narave določb ZVPot še posebno relevantno v potrošniških razmerjih), sicer pa, kot izhaja iz 12. člena OZ, le v gospodarskih razmerjih,²⁷ pa še to le, če kakšnega vprašanja iz PGU ne ureja že OZ²⁸ in če ga nista stranki v pogodbi uredili drugače. Glede na navedeno in ob poznavanju razvoja vloge uzanc v sistemu obligacij v slovenskem pravnem prostoru določila PGU o njihovi uporabi niso relevantna.²⁹

V zvezi z obravnavanimi vprašanji bodo relevantne predvsem uzance 82 (odprava pomanjkljivosti), 83–91 (garancija za kakovost izvedenih del), 104–106 (odgovornost izvajalca za trdnost in varnost objekta), 110–115 (sprejem in izročitev izvedenih del) ter 122–125 (posledice, če se pogodba razdre). Uzanca 110, ki ureja sprejem in izročitev izvedenih del, določa, da mora izvajalec, brž ko so dela končana, o tem obvestiti naročnika, uzanca 111 pa, da sta se naročnik in izvajalec dolžna brez odlašanja lotiti sprejema in izročitve ter končnega obračuna.

²⁵ Vprašanje je, ali šestmesečni rok velja le za skrite napake v solidnosti gradbe ali tudi za očitne napake v solidnosti gradbe, torej take, ki jih je moč odkriti pri običajnem pregledu. Če ne velja tudi za očitne, potem jih je treba grajati nemudoma ob pregledu.

²⁶ Uradni list SFRJ, št. 18/1977.

²⁷ Ter v primerih razmerij, v katerih je ena stranka gospodarski subjekt, če uzance zanj (ne pa za drugo stranko) predvidevajo kakšno obveznost. Kranjc v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 1. knjiga, str. 126.

²⁸ VSL sklep I Cpg 1339/2010. Glej tudi Kranjc v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 1. knjiga, str. 130–136.

²⁹ PGU v uzanci 2 določajo, da se uporabljajo, če so pogodbeniki privolili v njihovo uporabo, pri čemer se šteje, da so pogodbeniki privolili v uporabo, če ni s pogodbo o izvajanju del na gradbenih objektih njihova uporaba v celoti ali deloma izključena. O razvoju vloge uzanc v sistemu obligacijskega prva glej Kranjc v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 1. knjiga, str. 130–136.

PGU v poglavju o garanciji za kakovost izvedenih del v 84. uzanci določajo, da je naročnik o pomanjkljivostih, ki jih opazi, izvajalca dolžan obvestiti brez odlašanja, garancijski rok za kakovost izvedenih del pa je, kot določa 85. uzanca PGU, dve leti, če ni s pogodbo ali predpisi določeno drugače.³⁰ PGU vsebujejo tudi poglavje o odgovornosti izvajalca za trdnost in varnost objekta. Uzanca 104 določa, da izvajalec odgovarja za pomanjkljivosti objekta glede njegove trdnosti in varnosti, ki bi se pokazale v desetih letih od sprejema in izročitve del, določa torej enak jamčevalni rok kot OZ pri napakah v solidnosti gradbe, pri čemer je izvajalec prost odgovornosti, če so pomanjkljivosti posledica napak v projektu, ki ga je zagotovil naročnik in če sam teh napak ni mogel opaziti. Uzanca 105 – podobno kot OZ – določa, da za pomanjkljivosti glede trdnosti in varnosti objekta odgovarja izvajalec naročniku in vsakemu drugemu uporabniku objekta. Tako kot uzanca 84 tudi uzanca 106 določa, da sta naročnik in vsak drug uporabnik objekta brez odlašanja dolžna izvajalca obvestiti o ugotovljenih pomanjkljivostih.

Poleg PGU bi za oblikovanje pogodbenega razmerja med podjemnikom in naročnikom prišla v poštev še druga, uzancam podobna pravila, na primer klavzule FIDIC, ki bi se, tako kot uzance, uporabljale v skladu z 12. členom OZ.

2.1.3. Ureditev v ZVPot

Ureditev jamčevalnih zahtevkov v ZVPot na področju storitev sledi ureditvi jamčevalnih zahtevkov na področju potrošniške prodaje tako glede relevantnih rokov kot tudi glede vrste jamčevalnih zahtevkov in izbire pri njihovem uveljavljanju.

Glede rokov drugi odstavek 38. člena ZVPot določa, da se roki, ki so določeni za odgovornost prodajalca za stvarne napake, smiselno uporabljajo tudi za izvajalca storitve, če s posebnim zakonom ni določen daljši rok (kot na primer pri gradbeni pogodbi v OZ, ki ga v tem delu, in če daje potrošniku širše varstvo, verjetno lahko štejemo za poseben zakon v razmerju do ZVPot). To pomeni, da je jamčevalni rok praviloma **dve leti od oprave storitve**, rok za obvestilo o napaki **dva meseca od odkritja napake** in šteje se, da je napaka obstajala že v času izvršitve dela, če se pojavi v roku šestih mesecev od izvršitve.³¹ Tako kot pri prodajni pogodbi se posledično tudi tu zastavlja vprašanje, ali se dvomesečni rok za obvestilo nanaša le na skrite napake (če se pojavijo v dveh letih od izvršitve dela)³² ali na vse, tudi tiste, ki bi jih potrošnik lahko opazil ob

³⁰ Uzanca 86 PGZ določa, da začne garancijski rok teči od sprejema in izročitve objekta ali dela objekta, na katerem so bila izvedena dela, če pa se je objekt ali del objekta začel uporabljati pred njegovim sprejemom in izročitvijo, pa od začetka uporabe. Kljub uporabi pojma garancijski rok zaradi roka za obvestitev o napaki ni jasno, ali gre za garancijo v pravem pomenu besede ali za jamčevanje.

³¹ Glej 37.a in 37.b člen ZVPot.

³² V tem primeru bi moral v skladu s četrtrim odstavkom 37. člena ZVPot (»Za odgovornost za stvarne napake se uporabljajo določbe zakona, ki ureja obligacijska razmerja, če ta zakon ne določa drugače.«) očitne napake kupec/

prevzemu.³³ Poleg tega ZVPot (tako pri prodajni pogodbi kot pri pogodbi o opravi storitve) molči glede tega, ali je potrošnik dolžan izvršeno delo (pri prodajni pogodbi izročeno stvar) pregledati (po splošnih pravilih podjeme pogodbe iz OZ: brž ko je to po običajnem teku stvari mogoče) in o očitnih napakah oziroma nepravilnostih obvestiti podjemnika v določenem roku po prevzemu dela (v dveh mesecih, če se uporabi ZVPot, oziroma nemudoma, če se uporabi OZ) ali pa se bo na napako, četudi je taka, da bi jo lahko opazil ob prevzemu, lahko skliceval kadar koli znotraj dveletnega jamčevalnega roka (pod pogojem, da jo graja v dveh mesecih po odkritju) in se splošna pravila OZ glede pregleda in očitnih napak ne uporabijo.³⁴

2.2. Sodno uveljavljanje zahtevkov

Člen 635 OZ, ki je enak 616. členu ZOR, določa, da naročnik, ki je podjemnika pravočasno (torej v primeru očitnih napak nemudoma po pregledu, v primeru skritih napak pa čim prej, a najkasneje v enem mesecu od odkritja napake, ki se je pokazala v dveh letih od prevzema posla) obvestil o napakah izvršenega posla, po **enem letu od obvestila o napakah** ne more več sodno uveljavljati svoje pravice, torej jamčevalnih zahtevkov.³⁵ Enako za naročnika oziroma drugega pridobitelja določa specialni 663. člen OZ v poglavju o gradbeni pogodbi,³⁶ medtem ko je v skladu z ZVPot rok za sodno uveljavljanje napak v primeru potrošniških razmerij **dve leti od obvestila o napakah**. Časovna omejitev pa ne velja, če naročnik z ugovorom zoper podjemnikov zahtevek za plačilo uveljavlja svojo pravico do znižanja plačila in povračila škode.³⁷

naročnik grajati v 8 dneh od njihove ugotovitve (oziroma takoj v primeru navzočnosti obeh strank, kar bo pri podjemni pogodbi v praksi pravilo).

³³ ZVPot glede tega ni jasen, bi ga pa verjetno veljalo tolmačiti v prid potrošniku in dvomesečni rok uporabiti v vseh primerih. Taka razlaga izhaja tudi iz Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (Uradni list L 171, 7. 7. 1999, str. 12–16), ki je bila podlaga za ureditev tega poglavja v ZVPot (kar zadeva prodajno pogodbo, naš zakonodajalec pa je, zdi se, po vzoru prodajne uredil tudi pogodbe o storitvah) in ki v drugem odstavku 5. člena (ki s predpisanim dveletnim jamčevalnim rokom sledi prvemu odstavku 5. člena) določa, da lahko države članice predvidijo, da mora potrošnik za uveljavljanje svojih pravic o neskladnosti obvestiti prodajalca v dveh mesecih od ugotovitve neskladnosti, pri čemer ne razlikuje med skritimi in očitnimi napakami. Tako tudi Možina: Predpostavke in časovni okvirji odgovornosti prodajalca za stvarne napake, str. 407 in nasl.

³⁴ Slednje stališče (češ da to izhaja iz direktive) zastopa Možina: Predpostavke in časovni okvirji odgovornosti prodajalca za stvarne napake, str. 407 in nasl.

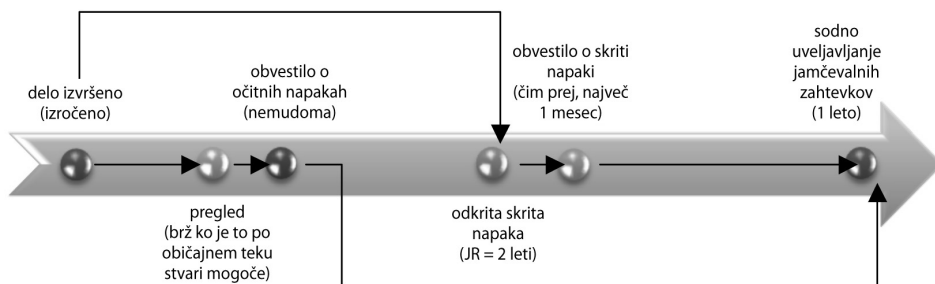
³⁵ Glej na primer sodbo VS RS III Ips 112/2008 z dne 7. 6. 2011. Po mnenju Plavšakove je rok prekluziven, a nanj sodišče ne pazi po uradni dolžnosti. Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 850–854.

³⁶ PGU roka za uveljavljanje zahtevkov ne omenjajo. Zanimivo je, da je hrvaški ZOO v primerjavi z ZOR in OZ enoletni rok podaljšal na dve leti (a le pri splošni podjemni pogodbi, medtem ko je pri gradbeni pogodbi – nerazumljivo – ta ostal eno leto), medtem ko so drugi roki ostali nespremenjeni.

³⁷ Glej na primer sodbo VSL II Cp 2207/2011 z dne 30. 11. 2011, v kateri je zanimivo, da so sodišča kljub temu, da je šlo za potrošniško razmerje, uporabljala določila OZ, in ne ZVPot.

Če naročnik navedene roke zamudi, zahtevkov kljub temu, da so vsebinsko utemeljeni, ne more več uspešno sodno uveljavljati, razen če je podjemnik vedel za dejstva v zvezi z napako ali če je naročnika zavedel s svojim ravnanjem tako, da ta zahtevkov v rokih ni uveljavljal. Novost 636. člena OZ (enako velja tudi za specialnejšo določbo tretjega odstavka 663. člena OZ v primeru napak v solidnosti gradbe) v primerjavi s 617. členom ZOR (tudi na primer s hrvaškim ZOO), da namreč naročnik pravic ne izgubi tudi v primeru, če je podjemnik naročnika zavedel (četudi povsem nenačrtno) s svojim ravnanjem tako, da ta v rokih ni uveljavljal zahtevkov, je sila pomembna za varstvo interesov naročnika, ki bi (je) bil brez take zakonske ureditve lahko izigran. Kot pojasni Plavšakova, so pogosti primeri, da podjemnik po obvestilu o napaki opravi ogled opravljenega posla in zatem začne pogovore z naročnikom o odpravi napake ali celo že začne odpravljati napako, a odprave ne izvede.³⁸ Stroga uporaba pravila o enoletnem prekluzivnem roku bi bila v takih primerih, ko bi naročnik upal na odpravo napake in zato svojih zahtevkov ne bi sodno uveljavljal, povsem neustrezna, zato je razumljivo, da je že praksa pred uveljavitvijo OZ sprejela stališče, da se enoletni prekluzivni rok uporabi le v primeru, da podjemnik po pravočasnem obvestilu o napaki ne stori ničesar v zvezi z odpravo napake, ne pa tudi, če sta se stranki sporazumeli o načinu in roku za odpravo napak.³⁹ Slovenski zakonodajalec je obravnavano problematiko rešil z umestitvijo v (v primerjavi s 617. členom ZOR ustrezno spremenjen) 636. člen OZ.

Prikaz 1: Uveljavljanje napak po splošnih pravilih OZ o podjemni pogodbi⁴⁰

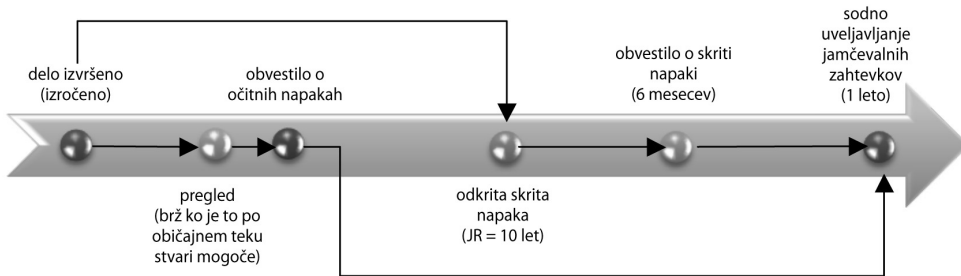


³⁸ Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 854–856.

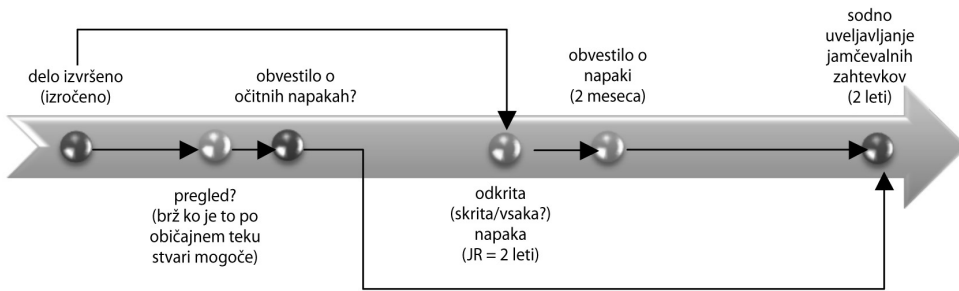
³⁹ Prav tam, str. 855.

⁴⁰ Zaradi prostorske omejenosti ni bilo moč povsod tudi slikovno ustrezno ponazoriti dolžine posameznih rokov.

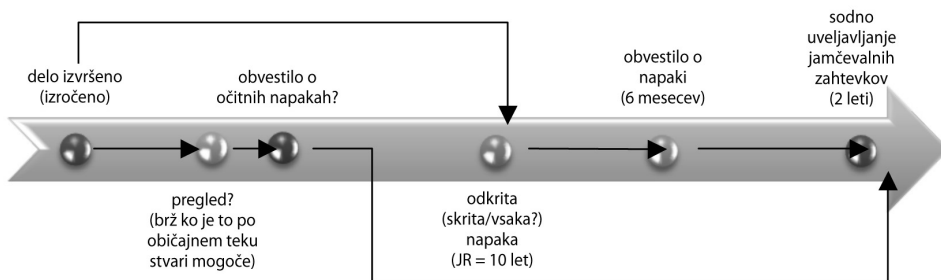
Prikaz 2: Uveljavljanje napak v solidnosti gradbe po OZ



Prikaz 3: Uveljavljanje napak v primeru potrošniške pogodbe o storitvi



Prikaz 4: Uveljavljanje napak v primeru potrošniške gradbene pogodbe



3. Zahtevki naročnika

Preliminarno je treba opozoriti – podobno kot v primeru rokov, v katerih mora naročnik izvršiti predpisana ravnanja, da bi lahko uspešno uveljavljal zahtevke na podlagi napak – na (vsaj) dvojnost ureditve naročnikovih zahtevkov v primeru nepravilne izpolnitve podjemne oziroma gradbene pogodbe. Najbolj se razlikujeta ureditev OZ in ureditev v ZVPot.

3.1. Ureditev v OZ

Drugače od zgoraj predstavljenih predpostavk uveljavljanja zahtevkov v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe, ki se v primeru napak v solidnosti gradbe deloma razlikujejo, OZ enotno ureja zahtevke v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe, razlikuje pa jih glede na uporabnost izvršenega dela.

1. **Če je delo uporabno, a ima druge napake**⁴¹ (ne takih, zaradi katerih je delo neuporabno ali je v nasprotju z izrecnimi pogodbenimi določili), določa OZ (drugače od prodajne pogodbe!) vrstni red sankcij za nepravilno izpolnitev pogodbe. V skladu z določbami 637. in 639. člena OZ⁴² je ta tak: **odprava napake** (popravitveno oziroma oprava storitve na novo) v s strani naročnika določenem primernem roku za odpravo napake; poleg tega **odškodnina**;
2. **znižanje plačila**⁴³ **ali odstop od pogodbe** (ne v primeru neznatnih napak) ali odprava napake s strani naročnika na račun podjemnika; poleg tega v vseh primerih **odškodnina**.

Primaren je torej zahtevek za odpravo napake s strani podjemnika (639. člen OZ izrecno navaja, da je naročnik dolžan podjemniku dovoliti, da napako odpravi), šele subsidiarno (če naročnik z njim ne uspe ali pa če odpravo napake v skladu s 637. členom OZ podjemnik odkloni) pridejo v poštev druge, alternativne možnosti (ki se lahko kumulirajo z odškodninskim zahtevkom⁴⁴).⁴⁵ Z vidika naročnikovih interesov se taka hierarhija zahtevkov (pod pogojem, da lahko v primeru, da zgolj poprava ne bi bila uspešna, zahteva, da se delo opravi na novo, in se mu tako ni treba zadovoljiti s slabše opravljenim delom) zdi primerna, saj je njegov primarni interes, da prejme popolno in kakovostno opravljeno delo, zaradi česar je v prvi vrsti sklenil podjemno pogodbo.

⁴¹ Hrvaški ZOO govori na primer o »manjih nedostacih«.

⁴² Ustrezajo določbam 617. in 619. člena ZOR.

⁴³ Člen 640 OZ določa, da se plačilo zniža v razmerju med vrednostjo izvršenega dela ob sklenitvi pogodbe brez napake in vrednostjo, ki bi jo tedaj imelo izvršeno delo z napako.

⁴⁴ Glej na primer sodbo VS Sodba II Ips 320/1999 z dne 6. 1. 2000.

⁴⁵ Glej na primer sodbo VSM I Cp 1170/2009 z dne 3. 9. 2009, VS RS II Ips 483/1999 z dne 29. 3. 2000 in VS RS II Ips 395/1998 z dne 25. 11. 1999.

Člen 637 OZ pa v zvezi z zahtevkom za **odpravo napake** določa, da jo podjemnik **lahko, če bi zahtevala pretirane stroške, odkloni, naročnik pa izbere drugo sankcijo** – pravico ima znižati plačilo ali odstopiti od pogodbe, v obeh primerih pa še pravico do povračila škode. V zvezi s tem se zastavljata predvsem dve vprašanji.

Prvič, zakaj drugače od 639. člena 637. člen ne omenja odprave napake s strani naročnika? Ali v primeru, da podjemnik odkloni odpravo napake, naročniku ostaneta na voljo le v 637. členu navedeni sankciji (pri čemer je posledica odstopa od pogodbe verjetno tako in tako enaka kot v primeru sankcije odprave napake na račun podjemnika)? Ali lahko na račun podjemnika naročnik vendarle sam odpravi napako (in je bistveno le, da je ni treba podjemniku, ki bi mu zato, ker bi moral sam odpravljati napako, nastali pretirani stroški – ne bi mogel na primer na že dogovorjeno delo drugam, medtem ko bi kril stroške odprave napake s strani naročnika) ali pa se mora naročnik v primeru, da podjemnik odkloni odpravo napake, zadovoljiti z nekakovostno opravljenim delom in stroške odprave napake, ki jo bo izvedel nov izvajalec, kriti sam? Vsekakor se mi zdi ustrezna le taka razlaga, v skladu s katero lahko naročnik na stroške podjemnika doseže izvršitev dela brez napak (bodisi da delo, potrebno za odpravo napake, opravi podjemnik sam bodisi kdo drug).

In drugič, kako tolmačiti »pretirane stroške« in kako pri tem ustrezno upoštevati interese obeh strank? Po mnenju Plavšakove je višina stroškov pretirana, če je nesorazmerna s koristjo, ki jo naročnik zaradi odprave napake uresniči (zdi se, da tako tolmačenje izhaja iz predpostavke, da v tem primeru do odprave napake sploh ne pride – niti s strani naročnika na podjemnikove stroške),⁴⁶ ne pa že, če so stroški preveliki v primerjavi s podjemnikovim zaslužkom, kakršna je (bila?) prevladujoča razlaga ZOR in OZ.⁴⁷ Če drži izhodiščna predpostavka, da v primeru odklonitve odprave napake do odprave (na stroške podjemnika) sploh ne pride, je taka razlaga smiselna, sicer pa bi se pri presoji, ali bo podjemnik sam dolžan odpraviti napako (ali pa bo odpravo odklonil in bo naročnik odpravo na podjemnikove stroške izvedel sam), lahko upoštevala tudi stroškovna pretiranost odprave napake s podjemnikovega stališča. Morda pa bi lahko podjemnikov interes ignorirali tudi v primeru, da bi bila večja naročnikova korist, da napako odpravi podjemnik, ne pa druga oseba (organizacija odprave napake s strani druge osebe bi od naročnika terjala pretiran trud, ostal bi brez zelenega rezultata, ker mu drugega podjemnika ne bi uspelo najti ipd.).

⁴⁶ Čeprav iz nadaljevanja razlage 637. člena OZ izhaja, da naročnik to možnost ima. Glej Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 862–863.

⁴⁷ Tako na primer Cigoj in Biro za ZOR, tudi Momčinović za hrvaški ZOO. Več o tem glej Plavšak v Juhart, Plavšak (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, str. 860–863.

Predstavljena ureditev zahtevkov v ureditvi nepotrošniške podjemne pogodbe spominja na ureditev kupčevih zahtevkov v ureditvi potrošniške prodajne pogodbe v Direktivi 1999/44, ki v tretjem odstavku 3. člena kupcu odreka (sicer primarni) zahtevek za izpolnitev pogodbe, če je popravilo ali zamenjava nemogoča ali nesorazmerna (če prodajalcu v primerjavi z drugim sredstvom (znižanjem kupnine oziroma odstopom od pogodbe) povzroči nesorazmerne stroške), pri čemer je treba poudariti, da je Sodišče Evropske unije v zadevi *Weber in Putz*⁴⁸ 3. člen razlagalo nekoliko drugače, kot bi na prvi pogled izhajalo iz besedila direktive.⁴⁹ Ureditev v OZ je vsaj izhodiščno podobna tudi v DCFR predlagani splošni ureditvi zahtevkov v primeru neizpolnitve oziroma nepravilne izpolnitve pogodbe (pri čemer pa so roki določeni bolj ohlapno (»v primernem roku«), in ne v dneh, mesecih in letih).⁵⁰

Če delo ni uporabno ali je v nasprotju z izrecnimi pogodbenimi pogoji, pa lahko⁵¹ naročnik v skladu s 638. členom OZ⁵² **takoj odstopi od pogodbe** in zahteva **odškodnino**.⁵³ V takih primerih (zlasti ko delo ni uporabno) namreč ne bi bilo smiselno, da bi moral naročnik najprej zahtevati odpravo napake, saj podjemnik naročenega dela očitno ne zmore pravilno opraviti (prav tako ne bo smiselno znižanje cene).

3.2. Ureditev v PGU

PGU v uzancah 89–91 med drugim določajo, da je izvajalec dolžan na svoje stroške odpraviti vse pomanjkljivosti, ki se pokažejo med garancijskim rokom in so nastale, ker se ni držal svojih obveznosti glede kakovosti del in materiala, pri čemer mu naročnik določi primeren rok za odpravo pomanjkljivosti, ima pa tudi pravico do povrnitve škode po tej uzanci. Če izvajalec ne odpravi pomanjkljivosti v roku, ki mu ga določi naročnik, jih lahko odpravi naročnik na račun izvajalca, pri čemer mora ravnati kot dober gospodarstvenik. Izvajalec pa ni dolžan odpraviti pomanjkljivosti, ki nastanejo kot posledica nestrokovnega ravnanja in uporabe oziroma nenamenske uporabe objekta ali delov objekta.

⁴⁸ Združeni zadevi Gebr. Weber GmbH proti Jürgenju Wittmerju (C-65/09) in Ingrid Putz proti Medianess Electronics GmbH (C-87/09). Več o tem Možina: Zahtevki kupca v primeru stvarne napake pri prodajni pogodbi, str. 31–33.

⁴⁹ Glede na to, da direktiva omogoča višjo raven varstva potrošnikov od te, ki jo predpisuje sama (in tako je pri nas glede na to, da ZVPot pri potrošniški prodajni pogodbi ne določa hierarhije zahtevkov), bi direktivo tako pri prodajni, še manj pa pri potrošniški podjemni pogodbi verjetno težko uporabili kot razlagalni instrument (neposrednega učinka pa zaradi horizontalnega razmerja strank spora ne bo imela).

⁵⁰ Glej na primer člene III.-3:101 do III.-3:303 DCFR, predvsem člene III.-3:202, III.-3:203, III.-3:204 in III.-3:302 DCFR.

⁵¹ O tem glej sodbo VS RS II Ips 405/2007 z dne 11. 2. 2010.

⁵² Je enak 619. členu ZOR.

⁵³ Glej na primer sodba in sklep VS RS II Ips 36/2008 z dne 20. 1. 2011.

3.3. Ureditev v ZVPot

ZVPot pri urejanju jamčevalnih zahtevkov v primeru pogodbe o storitvah (torej tudi podjemne in gradbene) sledi ureditvi prodajne pogodbe v ZVPot. To je najočitneje v tem, da ne določa vrstnega reda zahtevkov. Smiselno enako kot 37.c člen ZVPot za prodajno, 38. člen pušča potrošniku izbiro med zahtevki. V prvem odstavku namreč določa, da ima potrošnik v primeru nepravilno opravljene storitve pravico od izvajalca storitve zahtevati, da odpravi pomanjkljivosti pri opravljeni storitvi ali vrne del plačanega zneska v sorazmerju s pomanjkljivostjo pri opravljeni storitvi ali ponovno opravi storitev ali vrne plačani znesek, pri čemer je treba opozoriti na neustrezno izbiro opisa nekaterih naročnikovih zahtevkov: vrnitev dela plačanega zneska je zgolj posledica uveljavljanja znižanja cene in vrnitev plačanega zneska je zgolj posledica odstopa od pogodbe. Sankcije za nepravilno izpolnitev so torej take: odprava napake, ponovna oprava storitve, znižanje plačila in odstop od pogodbe (ter seveda odškodnina kumulativno k vsaki od navedenih alternativ).

Razlika v ureditvi ZVPot v primerjavi z OZ je očitna. Potrošnik lahko namreč izbira med navedenimi sankcijami (ZVPot poleg sankcije odprave napake (očitno po vzoru prodajne pogodbe) navaja še sankcijo ponovne oprave storitve, ki je OZ sicer ne omenja, a je zajeta v sami odpravi napake).⁵⁴ Odprava napake torej ni primarna sankcija, kot velja po OZ (se bo pa potrošnik v praksi najpogosteje odločil zanjo, saj ima interes, da prejme izvršeno delo brez nepravilnosti), predvsem pa tudi ne predvideva možnosti izvajalca odkloniti odpravo v primeru pretiranih stroškov v smislu tretjega odstavka 637. člena OZ, saj zahtevke izrecno navaja alternativno in nepogojno. Pri tem se zastavlja vprašanje, ali bi se lahko prosta izbira naročnika kljub temu, da jasno izhaja iz ZVPot, omejila s splošnim civilnopравnim načelom prepovedi zlorabe pravice (če že ne z razlago 38. člena ZVPot v duhu ureditve v OZ).

Prav tako kot pri potrošniški prodajni pogodbi se tudi tu zastavlja vprašanje, ali je predpostavka za odstop od pogodbe določitev primerne roka za izpolnitev pogodbe ali je odstop od pogodbe *ab initio* alternativa drugim zahtevkom.

ZVPot v 39. členu izvajalcu storitve (enako kot prodajalcu) nalaga dodatne obveznosti, ki jih zahteva varstvo potrošnikov. Če obstoj napake na blagu oziroma nepravilnost pri opravljeni storitvi ni sporna, mora podjetje čim prej, vendar najpozneje v roku osmih dni ugoditi potrošnikovi zahtevi, če pa je obstoj napake na blagu oziroma nepravilnost pri opravljeni storitvi sporna, mora potrošniku na zahtevo pisno odgovoriti najpozneje v osmih dneh po njenem prejemu.

⁵⁴ V tem smislu tudi VS RS v zadevi I Up 1063/2002 z dne 14. 9. 2005.

Zanimivo je, da ZVPot v 38. členu ne ureja tudi odškodninskega zahtevka ali vsaj (tako kot glede rokov iz 37.a, 37.b in 37.c člena ZVPot) napotuje na smiselno uporabo določbe drugega odstavka 37.c člena ZVPot v zvezi s prodajno pogodbo. Tudi 37.č člen ZVPot se nanaša le na prodajno pogodbo. Vendarle že iz splošnih določil ZVPot in OZ tudi za pogodbe o storitvi velja enako.

4. Sklep

Ugotovimo lahko, da je ureditev zahtevkov naročnika v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe in predpostavk za njihovo uveljavljanje precej nesistematična in ponekod nejasna. Od uporabnika terja precej iznajdljivosti in iskalnih spretnosti, zaradi česar bi jo veljajo pretresti in poskusiti oblikovati bolj konsistenten, ponekod pa tudi vsebinsko primernejši sistem. Enako velja za ureditev zahtevkov kupca v primeru kršitve prodajne pogodbe, zlasti ob upoštevanju evropske potrošniške zakonodaje in njene razlage s strani Sodišča Evropske unije, ki bi jo slovenski pripravljavec zakonodaje kljub temu, da zadeva le prodajno pogodbo in da podjemna pogodba na ravni Evropske unije na splošno ni urejena, lahko v prihodnje analiziral, da bi ugotovil, ali so kakšne njene rešitve morda smiselne tudi za ureditev podjemne pogodbe.

Vsaj toliko kot v prispevku analizirani vrstni red, roki in druga z izpolnitveno fazo pogodbenega razmerja povezana vprašanja pa je za naročnika, zlasti če je potrošnik, pomembna sklenitvena faza, ki ji po mojem mnenju zakonodajalec prav tako ni namenil dovolj pozornosti (na primer glede določanja cen storitev, kadar podjemnik dobavi tudi material). Ključna težava pa je sistemsko neurejeno stanje v nekaterih sektorjih, predvsem gradbeno-obrtniškem, saj se zdi, da je danes vrlina (in pogosto moto za kakovost) izvajalca že to, da delo sploh začne opravljati in da se sploh odzove na obvestila o napakah, če pa želi naročnik računati na izvedbo kakovostnega pogodbeno dogovorjenega dela, lahko izbira le med peščico izvajalci, medtem ko večina svojega dela ne opravlja kakovostno in resno, izvedbo pogojuje z vnaprejšnjim plačilom, načrtno uporablja nepošten poslovne prakse, išče načine za izigranje naročnika itd. Navedene nikakor ne želim posploševati – seveda so na trgu tudi kakovostni in resni izvajalci, a jih je žal peščica, naročniki pa zanje kljub temu, da opravijo predhodne poizvedbe v fazi pred sklenitvijo pogodbe, pogosto ne izvedo. Brez dvoma bi bilo treba okrepiti nadzor nad delom podjemnikov, predvsem pa obuditi mehanizme za zagotavljanje njihove strokovnosti, kakovosti, znanja in nasploh odnosa do dela. Dokler ti ne bodo ponotranjena vrednota in dokler bo v očeh izvajalcev izključna vrlina uspešnost pri izigravanju naročnika s ciljem čim večjega dobička, vestnost in poštenje, čut za odgovornost in spoštljiv odnos do naročnika pa pogosto nesmisel in izguba časa, bodo v prispevku obravnavani zahtevki (še posebno odškodninski, ki so pogosto le mrtva črka na papirju) le bolj ali manj neučinkovito sredstvo za reševanje položaja

nemočnega naročnika. Dejstvo je, da gre v primeru gradbenih in drugih podobnih podjemnih pogodb za zahtevna in za naročnike bivanjsko in finančno izredno pomembna dela, izvajanje katerih ne bi smelo biti prepuščeno trgu s preveč nekvalificiranimi in/ali nepoštenimi izvajalci, ki so se posla lotili čez noč v obdobju razcveta gradbeništva, pred tem pa tega dela niso nikdar opravljali, se zanj niso šolali in niti ne poznajo vseh negativnih posledic, do katerih lahko pride v primeru kršitve pogodbe. V taki realnosti gradbeno-obrtniškega sektorja pri nas ureditev jamčevalnih zahtevkov, kot so urejeni v OZ in ZVPot kljub temu, da ponuja razmeroma visoko zaščito naročnika, žal ni primerno sredstvo za spremembo trenutnega stanja. Je zgolj gašenje požara, čeprav bi morala biti predvsem zagotovilo, da do njega sploh ne bi prišlo.

Literatura

- Bar, Christian von, in Clive, Eric (ur.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 5, Sellier European Law Publishers, München 2009.
- Cigoj, Stojan: Komentar obligacijskih razmerij, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984–1986.
- Juhart, Miha, in Plavšak, Nina (ur.): OZ s komentarjem, 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana, 2003.
- Juhart, Miha, in Plavšak, Nina (ur.): OZ s komentarjem, 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana, 2004.
- Možina, Damjan: Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi, Podjetje in delo, let. 34, št. 8/2008, str. 1695–1717.
- Možina, Damjan: Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, št. 4/2008, str. 407 in nasl.
- Možina, Damjan: Zahtevki kupca v primeru stvarne napake pri prodajni pogodbi, v: X. dnevi civilnega in gospodarskega prava, 12.–13. april 2012, Ljubljana, Inštitut za primerjalno pravo, 2012, str. 27–35.
- Vlahek, Ana: Pogodbeni prenos lastninske pravice v evropskem pravnem prostoru, GV Založba, Ljubljana 2010.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.451.031

Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi

PROF. DR. DAMJAN MOŽINA
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Prodajalec kupcu ne dolguje le izročitve stvari na način, da bo kupec lahko postal njen lastnik, ampak mu dolguje izročitev tiste in takšne stvari, kot jo zahteva pogodba.¹ Prodajalec, ki je kupcu izročil blago, ki v kakovostnem smislu ne dosega skladnosti s pogodbo (izročitev s stvarno napako), svoje obveznosti ni v celoti izpolnil. Slovensko pravo v skladu s kontinentalno pravno tradicijo izpolnitev prodajne pogodbe s stvarno ali pravno napako obravnava drugače kot prodajalčevo pasivnost (neizpolnitev). Medtem ko v primeru slednje avtomatično nastopi stanje prodajalčeve zamude, kupčev izpolnitveni in/ali odškodninski zahtevek pa je omejen z zastaralnim rokom, se v primeru stvarne napake šteje, da je prodajalec pogodbo sicer izpolnil in zamuda ne nastopi, kupec pa ima na voljo jamčevalne zahtevke, vendar pod posebnimi predpostavkami in v bistveno krajših časovnih okvirih.

Uvodoma bi rad opozoril, da je pravna ureditev zahtevkov kupca v primeru prodajalčeve stvarne napake različna glede na to, *kdo so stranke pogodbe*. Splošno ureditev Obligacijskega zakonika (458. člen in naslednji) namreč dopolnjuje specialni predpis, Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot),² ki v 37. do 37.č členu kogentno ureja nekatera vprašanja prodajne pogodbe, sklenjene med podjetjem in potrošnikom v smislu drugega in tretjega odstavka 1. člena ZVPot, torej prodajne pogodbe B2C (*business to consumer*). Za vsa druga vprašanja se OZ

¹ Glej prvi odstavek 435. člena OZ, ki govori le o obveznosti izročitve. Vendar pa prodajalčeva obveznost izročiti stvar v skladu s pogodbo ni sporna. Glej prvi odstavek 37. člena ZVPot.

² Uradni list RS, št. 20/1998, 25/1998 – popr., 23/1999 – ZSVP, 110/2002, 51/2004, 117/2004 – Skl. US, 46/2006 – Odl. US, 114/2006 – ZUE, 126/2007, 86/2009, 78/2011.

uporablja kot *lex generalis*.³ Ob tem velja spomniti, da so omenjene določbe ZVPot rezultat prenosa Direktive 1999/44 o potrošniški prodaji⁴ v slovensko pravo, zato jih moramo uporabljati drugače kot »čisto« nacionalno pravo: razlagati jih moramo v skladu z direktivo, pri tem pa smo zavezani upoštevati tudi razlago direktive, kot jo poda Sodišče EU.

Posebne kogentne določbe o odgovornosti prodajalca za stvarne napake vsebuje tudi ZVKSES,⁵ ki velja le za nekatere kategorije prodajnih pogodb o nepremičninah in ne bo predmet obravnave. Za gospodarske prodajne pogodbe, sklenjene med strankami iz različnih držav članic, velja Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga,⁶ ki prav tako sega zunaj okvirov prispevka. V prispevku želim podati kratek pregled nad predpostavkami, časovnimi okviri ter vsebino posameznih jamčevalnih zahtevkov, opozoriti na nekatere slabosti zakonodaje, ob tem pa predstaviti tudi nedavno sodbo Sodišča EU v zadevah Weber in Putz⁷ ter njen pomen za slovensko pravo.

2. Predpostavke in časovni okviri zahtevkov

2.1. Obstoj stvarne napake

Pri obravnavi zahtevkov kupca na podlagi stvarnih napak se ni mogoče izogniti vprašanju predpostavk in časovnih okvirov teh zahtevkov, saj odločilno vplivajo na kupčev pravni položaj. Prva predpostavka je, da na izročeni stvari v trenutku prehoda nevarnosti⁸ obstaja stvarna napaka oziroma vzrok zanjo. Za stvarno napako gre, če stvar na kakršen koli način ne ustreza dogovoru strank⁹ oziroma kadar takega dogovora strank ni, če stvar nima lastnosti, potrebnih za običajno rabo.¹⁰ Primernost za običajno rabo pomeni lastnosti, ki jih blago enake vrste v

³ Glej četrti odstavek 37. člena ZVPot.

⁴ Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njimi povezanih garancij, Uradni list EU, L 171, z dne 7. 7. 1999.

⁵ Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb, Uradni list RS, št. 18/2004.

⁶ Konvencija se uporablja predvsem v primeru, če sta stranki gospodarska subjekta iz dveh različnih držav članic konvencije in uporabe konvencije v konkretni pogodbi nista izključili. Velja samo za prodajo premečnega blaga.

⁷ Sodba z dne 16. junija 2011 v združenih zadevah Gebr. Weber GmbH proti Jürgenju Wittmerju in Ingrid Putz proti Medianess Electronics GmbH (C-65/09 in C-87/09).

⁸ Ta trenutek praviloma sovпада s trenutkom izročitve, razen kadar gre za upnikovo zamudo, glej 436. in 437. člen OZ. ZVPot drugače od OZ govori le o trenutku izročitve, glej tretji odstavek 37.b člena ZVPot.

⁹ Dogovor strank lahko nastopa v obliki izrecno ali molče dogovorjenih oziroma predpisanih lastnosti (glej tretji odstavek 459. člena OZ ter 3. točko drugega odstavka 37. člena ali pa v obliki predložitve vzorca ali modela (glej 4. točko 459. člena OZ ter 4. točko drugega odstavka 37. člena ZVPot). Za posebno vrsto dogovora gre, če kupec stvar kupuje za poseben namen, ki pa je prodajalcu znan oziroma mu ni mogel ostati neznan (glej 2. točko 459. člena OZ oziroma 2. točko drugega odstavka 37. člena ZVPot).

¹⁰ Glej 1. točko 459. člena OZ ter 2. točko drugega odstavka 37. člena ZVPot (»normalna raba«).

povprečju izkazuje, zaradi česar jih lahko kupec tudi utemeljeno pričakuje. Kadar sta se stran-ki dogovorili za določene lastnosti stvari, gre v primeru njihove odsotnosti za stvarno napako, ne glede na to, ali je stvar sicer uporabna.¹¹

V potrošniški prodajni pogodbi je pojem stvarne napake v dveh ozirih širši kot v splošni ure-ditvi, kar je posledica prenosa Direktive 99/44/ES o potrošniški prodaji. Po eni strani se glede primernosti za običajno rabo upoštevajo tudi morebitne prodajalčeve ali proizvajalčeve izjave o lastnostih blaga, podane v oglaševanju, pri predstavitvi izdelka ali na blagu (na primer na embalaži).¹² Direktiva upošteva pomen oglaševanja za sklepanje potrošniških pogodb, saj po-trošniki pogosto sprejmejo odločitev, precej preden sklenejo pogodbo, na podlagi oglaševanja. Direktiva določa tudi, da je neskladnost s pogodbo (stvarna napaka) tudi napaka v montaži, ki jo izvaja prodajalec, oziroma napaka v navodilih za montažo, katere posledica je nepravilna montaža s strani potrošnika (tako imenovana klavzula IKEA); slovenski zakonodajalec je na prenos te določbe žal pozabil.¹³ Poleg tega OZ v tretjem odstavku 458. člena določa tudi, da se »neznatna« stvarna napaka ne upošteva, te določbe pa v ZVPot ni. Glede na to, da je treba omenjeno določbo razlagati zelo ozko (če napaka vpliva na rabo ali je ocenljiva v denarju, ne more biti neznatna), je razlika med OZ in ZVPot glede tega minimalna. ZVPot po vzoru Direktive v tretjem odstavku 37.b člena postavlja (izpodbojno) domnevo, da je napaka, ki se pokaže v prvih šestih mesecih, obstajala že ob izročitvi.

2.2. Kupčeva nevednost za napako ob sklenitvi

Naslednja predpostavka je, da kupec ob sklenitvi pogodbe za napake ni vedel oziroma mu niso mogle ostati neznane (prvi odstavek 460. člena OZ). Če je kupec vedel oziroma bi zanje moral vedeti, pa je vseeno sklenil pogodbo, pravnega varstva ne potrebuje. Izjema velja za primer, da je prodajalec izrecno zagotavljal, da stvar nima napak ali da ima določene lastnosti – tedaj ima kupec pravico, da se zanese na njegove besede in mu morebitna neskrbnost pred sklenitvijo pogodbe ne škodi (tretji odstavek 460. člena OZ).¹⁴

Direktiva 99/44/ES v tretjem odstavku 2. člena določa, da ne gre za neskladnost s pogodbo, če je bila potrošniku v času sklenitve pogodbe neskladnost znana ali mu razumno ni mogla ostati neznana. ZVPot določbe sicer ni prevzel in kupčeve nevednosti za napako ne določa

¹¹ Glej VSL, sodba in sklep I Cpg 1125/2010 z dne 17. 11. 2010.

¹² Glej tretji odstavek 37. člena ZVPot. Vključitev oglaševalskih izjav, zlasti če jih podaja proizvajalec, v pogodbo zahteva Direktiva 99/44/ES o potrošniški prodaji (drugi odstavek 2. člena (d)). Prodajalec se lahko odgovornosti na tej podlagi v nekaterih primerih tudi razbremeni (četrti odstavek 2. člena Direktive), česar pa slovenski zakonodajalec v ZVPot ni prenesel.

¹³ Glej peti odstavek 2. člena Direktive.

¹⁴ Glej VSL, sodba in sklep II Cp 4365/2010 z dne 11. 5. 2011.

med predpostavkami zahtevka, vendar pa se, ker ZVPot o tem ne vsebuje drugačnih določb, uporablja 460. člen OZ.

Direktiva prav tako določa, da ne velja za neskladnost s pogodbo, če ta izvira iz materiala, ki ga je priskrbel potrošnik, česar ZVPot ravno tako ni prevzel.¹⁵

2.3. Pregled stvari po izročitvi in notifikacija napake

Kupec mora prejeto stvar pregledati, »brž ko je to po normalnem teku stvari mogoče« (prvi odstavek 461. člena OZ). Zakon za opustitev pregleda ne določa samostojne sankcije, saj sankcionira le opustitev pravočasne notifikacije.

Direktiva ne določa obveznosti pregleda v potrošniških pogodbah, ZVPot prav tako ne. Načeloma bi se torej glede na odsotnost posebnih določb v ZVPot za potrošniške pogodbe uporabljala ureditev iz OZ, ki pa za opustitev obveznosti pregleda ne določa samostojne sankcije.

Predpostavka kupčevih zahtevkov na podlagi stvarne napake je pravočasna in pravilna notifikacija (grajanje) stvarnih napak. OZ vzpostavlja zapleten sistem notifikacije napak, ki temelji na razlikovanju očitnih in skritih napak.¹⁶ Glede očitnih napak zakon zahteva v primeru, da je bil pregled opravljen v navzočnosti obeh strank, notifikacijo *takoj*, torej v času samega pregleda, sicer pa *nemudoma* (gospodarske pogodbe) oziroma *v osmih dneh* (negospodarske pogodbe) po odkritju. Ob tem naj spomnimo, da že prvi odstavek 460. člena OZ določa, da prodajalec ne odgovarja za napake, ki kupcu ob sklenitvi niso mogle ostati neznane, to je očitne napake. Člen 460 OZ bo torej relevanten predvsem v primeru, da kupec ob sklenitvi pogodbe stvari ni mogel videti.

Glede skritih napak, to je napak, ki jih z običajnim pregledom ni bilo mogoče odkriti, zakon prav tako zahteva notifikacijo *nemudoma* (gospodarske pogodbe) oziroma *v osmih dneh* po odkritju.¹⁷

¹⁵ Glede na četrty odstavek 1. člena Direktive se enako kot prodajne pogodbe obravnavajo tudi pogodbe o blagu, ki ga je treba šele izdelati oziroma proizvesti. OZ v 620. členu določa razmejitev podjemne od prodajne pogodbe, po kateri gre v primeru, če naročnik priskrbi bistveni del materiala ali če je po dogovoru strank bistveno delo, za podjemno pogodbo. Tu velja glede napak materiala pravilo iz 625. člena OZ. Po drugi strani pa ZVPot v 38. členu ureditev prodajne pogodbe, ki se zglčuje po Direktivi, širi tudi na področje opravljanja »storitev«, kamor spada tudi podjemna pogodba.

¹⁶ Glede na to, da je odgovornost za očitne napake izključena že na podlagi prvega odstavka 460. člena OZ (napake, ki so bile ob sklenitvi kupcu znane ali mu niso mogle ostati neznane), je obravnavo očitnih napak po sklenitvi smiselna le v primerih, če kupec zanje pred sklenitvijo pogodbe ni mogel vedeti.

¹⁷ Kritika ureditve: Možina, Predpostavke in časovni okvirji odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, št. 4/2008, str. 407.

Direktiva 99/44 notifikacije napak neposredno ne predvideva, vendar pa pušča državam članicam možnost, da jo predpišejo kot pogoj za zahtevke; v tem primeru mora imeti zanjo potrošnik najmanj dva meseca časa od odkritja.¹⁸ Slovenija je to možnost izkoristila in za potrošniško pogodbo predpisala notifikacijo v roku dveh mesecev.¹⁹

Notifikacija mora biti tudi pravilna: kupec mora v obvestilu napako natančneje opisati in prodajalca »povabiti« (OZ) oziroma mu »omogočiti« (ZVPot), da stvar pregleda.²⁰ Medtem ko je substanciranje obvestila smiselno, saj prodajalcu omogoča seznanitev s tem, za kakšno napako gre, treba pa ga je razlagati razumno; od kupca ne gre pričakovati posebnih znanj ali poznavanja vzroka za napako. Tudi pogoja »povabila« oziroma »omogočanja pregleda« ne gre razlagati preširoko. To še posebno velja za potrošniško prodajo, kajti Direktiva take predpostavke kupčevih pravic ne predvideva, nacionalno pravo pa ne sme postavljati dodatnih predpostavk.

Notifikacija napak ni potrebna, če je bila prodajalcu napaka ob sklenitvi pogodbe znana oziroma mu ni mogla ostati neznana in če se je z napako drugače kot prek kupčevega obvestila seznanil po sklenitvi pogodbe.²¹

2.4. Jamčevalni rok in rok za uveljavljanje zahtevkov

Bistvena omejitev jamčevalnih zahtevkov v primerjavi z drugimi zahtevki obligacijskega prava je njihov časovni okvir. Pravzaprav sta časovna okvira dva. Prvi je jamčevalni rok, to je rok, v katerem se lahko pokaže upoštevena stvarna napaka. Lahko ga imenujemo tudi objektivni rok za notifikacijo napak.²² Teče od izročitve stvari. Po splošni ureditvi traja šest mesecev (drugi odstavek 462. člena OZ), kar je – tudi primerjalnopravno gledano – izredno kratek rok.²³ Za prodajalce je kratek jamčevalni rok seveda ugoden, kupčev položaj pa je zaradi njega zelo

¹⁸ Glej drugi odstavek 5. člena Direktive.

¹⁹ Glej 37.a člen ZVPot.

²⁰ Glej prvi odstavek 464. člena OZ ter drugi odstavek 37.a člena ZVPot.

²¹ Glej 465. člen OZ ter Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij III, Uradni list, Ljubljana, 1980–1984, str. 1448. V tem primeru se postavi vprašanje teka enoletnega prekluzivnega roka za uveljavljanje pravic iz 480. člena OZ. Mogočih je več rešitev. Tek roka od trenutka, ko je prodajalec izvedel za napako, ni primeren, kajti ta trenutek kupcu praviloma ni znan. Glede na to, da želi 465. člen OZ olajšati položaj kupca zaradi prodajalčeve slabe vere, je primernejše, če rok za uveljavljanje teče od izteka jamčevalnega roka.

²² Čeprav načeloma velja, da ima ta rok prekluzivno naravo, je vendarle treba upoštevati, da je določen izključno v prodajalčevo korist, zato ga sodišče ne bi smelo upoštevati po uradni dolžnosti. Če se je prodajalec brez ugovaranja spustil v obravnavo vsebine napake, se kasneje ne more sklicevati na potek roka. V tem smislu se rok približuje zastaralnemu roku. Proti prekluzivni naravi govori tudi dejstvo, da je dispozitiven in ga stranki lahko podaljšata.

²³ Več: Možina, Predpostavke in časovni okvirji odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, št. 4/2008, str. 407.

omejen: prav lahko se zgodi, da se v tem času sploh ne more pokazati stvarna napaka. Tako na primer med običajne lastnosti novega avtomobila prav gotovo spada tudi določena trajnost delovanja; kupec lahko utemeljeno pričakuje, da bo deloval več let oziroma bo z njim lahko prevozil najmanj nekaj 100.000 km. V šestih mesecih bo kupec izgubil pravice iz jamčevanja, čeprav napake morda sploh še ne bo mogel ugotoviti. Za potrošniško prodajo (B2C) je v skladu z Direktivo 99/44/ES določen dveletni jamčevalni rok, za rabljene stvari pa je rok eno leto od izročitve.²⁴

Izjema je določena za primer, ko je prodajalec vedel oziroma bi bil moral vedeti za napako: jamčevalni rok tedaj ni omejen na šest mesecev (465. člen OZ). Zakon pa žal ne rešuje problema, ki se s tem pojavi, namreč koliko v tem primeru znaša jamčevalni rok. Sankcija za prodajalčevo slabo vero gotovo ne more biti časovna neomejena možnost uveljavljanja napak, saj bi to nasprotovalo načelom civilnega prava, zlasti v smislu pravne varnosti. Primeren se zdi dveletni jamčevalni rok, ki ga – ne glede na morebitno prodajalčevo slabo vero oziroma krivdo – določata tako ZVPot za potrošniško prodajo kot tudi Dunajska konvencija ZN za mednarodno gospodarsko prodajo.

Kot že rečeno, pa jamčevalni rok ni edina kupčeva časovna omejitev. Zakon določa še en prekluzivni enoletni rok za uveljavljanje pravic. Ko se v jamčevalnem roku pojavi napaka, ki jo kupec notificira prodajalcu, nastanejo jamčevalni zahtevki. Ti se lahko torej uveljavijo le v roku enega leta, ki teče od notifikacije (480. člen OZ), sicer kupčeve pravice zaradi stvarne napake »ugasnejo«. Izjema velja za primer za prodajalčeve prevare in za povrnitev škode po tretjem odstavku 488. člena OZ. Čeprav so v obligacijskem pravu zahtevki praviloma omejeni z zastaralnimi roki, se je tu zakonodajalec odločil za prekluzivni rok.²⁵ Pravni položaj kupca je resno omejen. Taka ureditev med drugim prodajalca tudi nagrajuje za morebitno zavlačevanje z izpolnitvijo jamčevalnih zahtevkov, saj s tem kupcu – če ta ne dokaže prodajalčeve prevare po prvem odstavku 480. člena OZ – skrajšuje čas, po drugi strani pa ureditev kupca sili, da tudi v primeru, da bi bil med strankama mogoč dogovor, vložijo tožbo na sodišče, da zavaruje svoje pravice.

²⁴ Glej 37.b člen ZVPot. V sodni praksi glede določbe najdemo različne pristope. Tako je denimo Višje sodišče v Mariboru v odločbi z dne 17. 3. 2011 (VSM, sklep I Cp 1902/2010) zapisalo, da je za varstvo pravic potrošnika na podlagi ZVPot pristojna tržna inšpekcija, ne pa redna civilna sodišča (!). Zato naj bi se potrošnik na dveletni rok iz 37.b člena ZVPot lahko skliceval le v upravnem postopku pred inšpektoratom, v pravnem postopku pa naj bi veljal le enoletni splošni rok iz 480. člena OZ. Iz te nenavadne sodne odločbe jasno izhajajo, da sodišče ne razume odnosa med OZ in ZVPot kot tudi ne odnosa med materialnim in procesnim pravom. Za sodno odločbo – če je postala pravnomočna – bi morala država odškodninsko odgovarjati.

²⁵ Tudi tu bi veljalo uveljavljanje roka prepustiti strankam, in ne sodišču po uradni dolžnosti. Sodna praksa meni drugače, glej: VSL, sklep II Cpg 204/2010 z dne 16. 6. 2010.

3. Zahtevki kupca na podlagi stvarne napake

3.1. Zavrnitev blaga z napako

Kupec se v primeru dobave blaga s stvarno napako lahko odloči, ali bo blago sprejel in uveljavljal jamčevalne zahtevke ali pa ga bo zavrnil in s tem spravil prodajalca v zamudo. Kupec blaga z napako ni dolžan sprejeti in lahko torej stvarno napako šteje za neizpolnitev.²⁶ Če prodajalca ni v kupčevem kraju, je kupec sicer tudi v primeru zavrnitve blaga na podlagi načela vestnosti in poštenja dolžan blago prevzeti in hraniti za prodajalca.²⁷ Kupec lahko uveljavlja tudi ugovor neizpolnjene pogodbe. Zavrnitev blaga in z njo povezano zadrževanje plačila sicer ni eden od jamčevalnih zahtevkov in zanjo tudi ne veljajo njihove predpostavke in časovni okviri, vsekakor pa je ena od kupčevih možnosti ravnanja.

3.2. Naknadna izpolnitev (popravilo ali zamenjava blaga z napako)²⁸

3.2.1. Prodajna pogodba v OZ

V 468. členu OZ so določeni zahtevki kupca v primeru stvarne napake: izpolnitev pogodbe (v obliki odprave napake ali izročitve druge stvari brez napake), znižanje kupnine, odstop od pogodbe, v vsakem od teh primerov pa tudi povrnitev škode. Zakon ne določa vrstnega reda zahtevkov, tako da lahko kupec med zahtevki prosto izbira, vendar pa mora, če želi izbrati odstop, prodajalcu poprej »pustiti« primeren dodatni rok za naknadno izpolnitev (prvi odstavek 470. člena OZ).²⁹ Naknadna izpolnitev je torej v omejenem obsegu tudi pravica prodajalca (*right to cure*), saj bo praviloma za prodajalca ugodnejše, če na obvestilo o napaki reagira tako, da sam izvede popravilo ali zamenjavo in tako odvrne odstop, ki ima zanj težje posledice, zla-

²⁶ Tako tudi: VSL, sodba I Cpg 497/2010 z dne 25. 10. 2010. V obrazložitvi sodišče odgovori tudi na zanimivo vprašanje, ali lahko kupec, ki je sprejel stvar z napako, ugovarja prodajalčevemu zahtevku na plačilo kupnine: sodišče meni, da lahko kupec, ki je o napaki pravočasno in pravilno obvestil prodajalca, z ugovorom uveljavlja svoj zahtevek, naj mu zniža kupnino ali povrne škodo, kar utemeljuje z analogijo z drugim odstavkom 480. člena OZ.

²⁷ Glej 501. člen OZ. Pogoj je, da kupcu hramba ne povzroča večjih nevšečnosti ali prevelikih stroškov. Ima tudi pravico do povrnitve stroškov hrambe. Kupec lahko blago tudi položi pri sodišču ali proda na račun prodajalca, 502. člen OZ.

²⁸ Naknadni izpolnitveni zahtevek je različica oziroma nadaljevanje izvirnega izpolnitvenega zahtevka, le da nastopi po izročitvi (oziroma prehodu nevarnosti) in pod posebnimi predpostavkami (obstoj in notifikacija napake) ter v posebnih, ožjih časovnih okvirih – nastane, če se napaka pojavi v jamčevalnem roku, nato pa ni podvržen splošnemu petletnemu (tri leta za gospodarske pogodbe) zastaralnemu roku, temveč enoletnemu prekluzivnemu roku. Z naknadnim izpolnitvenim zahtevkom se spet vzpostavijo izvirne vzajemne obveznosti iz pogodbe: glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Jana Mazáka z dne 18. 5. 2010 v zadevi Weber (C-65/09), točka 47.

²⁹ Potek dodatnega roka ni potreben, če je prodajalec izjavil, da niti v dodatnem roku ne bo izpolnil, ali če je očitno, da ne bo mogel izpolniti (470. člen OZ).

sti izgubo lastnega zahtevka na plačilo cene. Ne da bi dal prodajalcu priložnost za naknadno izpolnitev, lahko kupec zniža kupnino. Kupčeva izbira pomeni uresničitev oblikovalne pravice in je načeloma dokončna, vendar lahko, če prodajalec v primernem roku ne izpolni izbranega zahtevka, kupec izbere drugega. Kupec lahko tudi združuje zahtevke, denimo ob popravilu zahteva povrnitev škode, ker zaradi napake določen čas stvari ni mogel uporabljati. Vendar pa ne more kumulirati zahtevkov, ki niso združljivi, na primer ne more hkrati zahtevati zamenjave in znižanja kupnine.

V nasprotju s pogodbo o delu, po kateri lahko podjemnik na podlagi OZ odkloni odpravo stvarne napake, če bi pomenila pretirane stroške, pri čemer naročnik ohrani pravico znižanja plačila, odstopa od pogodbe ter pravice do povrnitve škode (drugi odstavek 637. člena OZ), zakon zahtevka na naknadno izpolnitev pri prodajni pogodbi neposredno ne omejuje, prav tako ne kupčeve izbire med popravilom ali zamenjavo. Popravila oziroma zamenjave ni mogoče zahtevati, če nista mogoča.³⁰ Sodobni sistemi pogodbenega prava pa izključujejo (naknadni) izpolnitveni zahtevek tudi v primeru, če bi ta od dolžnika terjal nesorazmeren napor ali stroške.³¹ Dunajska konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG) denimo izključuje kupčev zahtevek za popravilo, če bi bil ta ob upoštevanju vseh okoliščin nerazumen (*unreasonable*).³² Nerazumnost se presoja s tehtanjem kupčevega interesa za popravilo in prodajalčevega interesa. Za nerazumnost gre zlasti, kadar so stroški popravila nerazumno visoki v primerjavi s stroški zamenjave ali kadar ti stroški niso v razumnem sorazmerju s koristjo prodajalca od odprave napake.³³ Upoštevacjo pa se tudi morebitne druge okoliščine, denimo če je odprava napake razmeroma preprosta in jo kupec opravi bistveno lažje kot prodajalec, ki je na primer geografsko precej oddaljen; ali pa če je prodajalec veleprodajalec, ki ni tehnično usposobljen za popravilo, angažiranje tretje osebe pa je težavno – tedaj je popravilo nesorazmerno.³⁴

V domači teoriji Cigoj meni, da stranki »naknadne poprave ni primerno naložiti, če so stroški s popravilom nesorazmerni«. ³⁵ Sodna praksa je podoben cilj dosegla po drugi poti: če je imel

³⁰ Glej Možina, *Impossibulum nulla obligatio est?*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, let. 2006, str. 175–202.

³¹ Glej člen 7.2.2. (b) Načel UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe ter člen 9:102 (2) (b) Načel evropskega pogodbenega prava (PECL).

³² Glej tretji odstavek 46. člena CISG. Konvencija zahtevka za zamenjavo omogoča le v primeru, če je kršitev pogodbe bistvena – ko je kupec v bistvenem prikrajšan za koristi, pričakovane iz pogodbe (25. člen). Razlog za postavitev enako visokega praga kot za odstop od pogodbe so težke posledice zamenjave blaga v mednarodni trgovini, ki so zaradi visokih transportnih stroškov podobne posledicam odstopa od pogodbe.

³³ Müller-Chen, v: Schlechtriem, Schwenzler (ur.), *Commentary on UN CISG*, 3. izd., 2010, Oxford, 46. člen, r. št. 40, str. 719.

³⁴ Prav tam.

³⁵ Cigoj, *Veliki komentar obligacijskih razmerij (III)*, str. 1467.

kupljeni avtomobil napako v lakiranju na levem blatniku in je prodajalec ponudil popravilo, kupec pa zahteval zamenjavo, je Vrhovno sodišče RS kupčev zahtevek zavrnilo z utemeljitvijo, da je vztrajanje pri izbiri jamčevalne sankcije, ki je za prodajalca težja (v tem primeru: zamenjava), v nasprotju z načelom prepovedi zlorabe pravic, če je varstvo kupčevega interesa mogoče ustrezno doseči tudi z lažjo sankcijo (v tem primeru s popravilom).³⁶

3.2.2. *Potrošniška prodajna pogodba v ZVPot*

a) **Direktiva 99/44 o potrošniški prodaji**

Da bi razumeli pomen sodbe Sodišča EU v zadevah Weber in Putz za slovensko pravo, si moramo najprej ogledati ureditev kupčevih zahtevkov po Direktivi 99/44 o potrošniški prodaji in garancijah. Direktiva v drugem odstavku 3. člena našteva kupčeva pravna sredstva (zahtevke) za primer neskladnosti blaga s pogodbo: brezplačno³⁷ popravilo ali zamenjava, znižanje kupnine ter odstop od pogodbe. Direktiva pa kupčevega pravnega položaja ne ureja celovito, saj ne ureja kupčeve pravice povrnitve škode zaradi stvarne napake in s tem eno ključnih vprašanj prodajalčeve odgovornosti prepušča nacionalnemu pravu.

Med zahtevki, ki jih ureja (popravilo in zamenjava, odstop, znižanje), Direktiva v tretjem odstavku 3. člena vzpostavlja posebno hierarhijo: potrošnik lahko primarno zahteva popravilo ali pa zamenjavo, šele sekundarno, če popravilo ali zamenjava ni mogoča oziroma ni sorazmerna ali pa prodajalec izbranega zahtevka ni izpolnil v primernem roku ali brez znatnih neprijetnosti za kupca, lahko kupec zahteva znižanje kupnine ali odstop od pogodbe. Tak pristop kaže na to, da je v potrošniški prodajni pogodbi izvorni interes obeh strank v tem, da se pogodba izpolni v naravi.³⁸

Tretji odstavek 3. člena določa objektivna merila, kdaj je sredstvo nesorazmerno: kadar bi prodajalcu v primerjavi z drugim sredstvom povzročilo nesorazmerne stroške, upoštevajoč vrednost blaga v primeru skladnosti s pogodbo, pomen neskladnosti s pogodbo (napake), ter ali bi kupec lahko brez znatnih neprijetnosti uporabil drugo sredstvo.³⁹

³⁶ Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 968/93 z dne 6. 4. 1995.

³⁷ V skladu s četrtrim odstavkom 3. člena Direktive neodplačnost pomeni, da prodajalec nosi vse stroške, potrebne za vzpostavitev skladnosti s pogodbo, zlasti stroške pošiljanja, dela in materiala.

³⁸ Magnus, Consumer sales and associated guarantees, v: Twigg-Flesner (ur.), *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, str. 252.

³⁹ Tako št. 11 preambule ter Micklitz, v: Micklitz, Reich, Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerpen, 2009, str. 168. Micklitz še navaja, da bo s prodajalčevega vidika popravilo bolj primerno za kvalitetno blago z dolgo življenjsko dobo, medtem ko bo zamenjava primernejša za blago nižje kvalitete, proizvedeno množično in poceni.

b) Sodba Sodišča EU v zadevah Weber in Putz

V sodbi z dne 16. junija 2011 v združenih zadevah Weber (C-65/09) in Putz (C-87/09), ki izhajata iz podobnega dejanskega stanja (zato bomo v nadaljevanju obravnavali le eno od njiju), je Sodišče odgovarjalo na dve predhodni vprašanji nemških sodišč glede naknadnega izpolnitvenega zahtevka. V zadevi Weber je potrošnik od podjetja kupil keramične ploščice v vrednosti 1380 evrov. Potem ko jih je v svoji hiši položil približno dve tretjini, je ugotovil, da imajo napako. Kasneje se je izkazalo, da gre za lise, posledice mikrobrušenja, ki se jih ne da odpraviti, mogoča je le zamenjava. Poleg dobave novih, brezhibnih ploščic so stroški odstranitve ploščic z napako znašali še približno 2200 evrov. Na podlagi nemškega prava kupec ne bi mogel zahtevati stroškov odstranitve ploščic z napako.⁴⁰ Poleg tega bi lahko prodajalec ugovarjal kupčevemu zahtevku za zamenjavo na podlagi nesorazmernosti, če bi bili stroški vzpostavitve skladnosti s pogodbo nesorazmerni, in to ne le v primerjavi s popravilom (relativna nesorazmernost), ampak tudi sami po sebi (absolutna nesorazmernost), če bi bila denimo mogoča le zamenjava. Sodišče EU je prejelo dve predhodni vprašanji v zvezi z naknadnim izpolnitvenim zahtevkom. Najprej o tem, ali lahko kupec v primeru, da je kupljeno blago v skladu z njegovim namenom vgradil v neko drugo stvar, blago pa ima napake, od prodajalca v okviru zahtevka za zamenjavo zahteva tudi, da mora prodajalec odstraniti blago z napako (ter vgraditi novo blago)⁴¹ oziroma nositi stroške take odstranitve. Nato pa o tem, kako je treba razlagati ugovor nesorazmernosti, s katerim lahko prodajalec zavrne kupčev zahtevek za zamenjavo ali popravilo: ali le kot relativno nesorazmernost (kar pomeni, da se zamenjava primerja s popravilom) ali pa kot absolutno nesorazmernost, kar pomeni, da sta tako popravilo kot zamenjava nesorazmerna in ju prodajalec lahko zavrne.

Sodišče je pri odgovoru na obe vprašanji odločilo v nasprotju s predlogi generalnega pravobranilca.⁴² Glede vprašanja o obsegu zahtevka za zamenjavo, torej ali vključuje prodajalčevo izvedbo odstranitve blaga z napako ter vgradnje brezhibnega blaga oziroma stroške odstranitve in vgradnje, je Sodišče razsodilo, da v primeru, da je potrošnik kupljeno blago v dobri veri ter v skladu z namenom blaga vgradil v drugo stvar, zahtevek za zamenjavo vključuje tudi bodisi tako, da prodajalec izvede odstranitev ter ponovno vgradnjo brezhibnega blaga, bodisi tako, da prodajalec nosi stroške odstranitve in vgradnje. Izhodišče presoje Sodišča je

⁴⁰ Tak zahtevek bi bil po nemškem pravu prej mogoč le v okviru odškodninskega zahtevka, ki predpostavlja prodajalčevo krivdo (ki je v tem primeru ni bilo), medtem ko za popravilo ter zamenjavo prodajalec odgovarja ne glede na krivdo. Glej BGH, odločba z dne 15. 7. 2008 (Parkettstäbe-Fall), objavljeno v Neue Juristische Wochenschrift, 2008, str. 2837.

⁴¹ V zadevi Weber je BGH spraševalo le o stroških odstranitve, v zadevi Putz pa je Amtsgericht Schorndorf v primeru, v katerem je šlo za vgradni pomivalni stroj, vgrajen v kuhinjo, vprašalo o povrnitvi stroškov odstranitve in ponovne vgradnje novega stroja. Sodišče EU je obe vrsti stroškov v sodbi obravnavalo enotno.

⁴² Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jana Mazáka z dne 18. 5. 2010 v zadevi Weber (C-65/09). Sklepni predlogi v zadevi Putz so v bistvenem podobni.

bila ugotovitev, da bi moral potrošnik v primeru, če bi zamenjava pomenila le dobavo nadomestnega blaga, nositi dodatne finančne obremenitve, kar bi bilo v nasprotju z zahtevo po neodplačnosti in bi mu lahko otežilo uveljavljanje zahtevka v smislu »znatnih neprijetnosti«. Poleg tega bi moral potrošnik te stroške nositi dvakrat, če bi bil prodajalec pravilno izpolnil svojo obveznost, pa bi jih nosil le enkrat. Cilj Direktive je zagotovitev visoke ravni varstva potrošnikov. Sodišče je pomen izraza »zamenjava« ugotavljalo tudi s primerjavo številnih jezikovnih različic direktive. Prodajalčeva obveznost zamenjave, ki pomeni vzpostavitev položaja, kot bi ga kupec imel, če bi bil prodajalec obveznost pravilno izpolnil in torej vključuje izvedbo oziroma stroške odstranitve ter vgradnje v okoliščinah, v katerih nobeni od strank ni mogoče očitati krivde, po mnenju Sodišča ni nepravilna, saj napaka navsezadnje izvira od prodajalca, ne pa od potrošnika, ki je svoje obveznosti pravilno izpolnil. Direktiva naj bi finančne interese prodajalca varovala z možnostjo ugovora sorazmernosti ter s pravico regresa iz 4. člena.⁴³

Glede vprašanja o pomenu merila nesorazmernosti je Sodišče svojo odločitev za relativno nesorazmernost utemeljilo predvsem z jezikovno razlago, pri čemer si je spet pomagalo z več jezikovnimi različicami. Formulacija drugega pododstavka tretjega odstavka 3. člena Direktive (»v primerjavi z drugim sredstvom«) po mnenju Sodišča kaže na to, da se nesorazmernost popravila presoja le v primerjavi z zamenjavo in obratno. Če pa je v konkretnem primeru mogoče le popravilo ali le zamenjava, ugovora nesorazmernosti prodajalec ne more uporabiti. Daljnosežno prodajalčevo odgovornost Sodišče po eni strani opraviči s tem, da so prodajalčevi interesi varovani z možnostjo regresnega zahtevka po 4. členu ter z jamčevalnimi roki, po drugi strani pa omeni, da Direktiva ne nasprotuje temu, da se potrošnikova pravica do povračila stroškov odstranitve in vgradnje nadomestnega blaga omeji na znesek, ki je sorazmeren z vrednostjo blaga v skladu s pogodbo ter s pomenom neskladnosti s pogodbo, vendar taka omejitev ne sme izvotliti potrošnikovega zahtevka za zamenjavo (v pomenu, kot ga razume Sodišče). V primeru take omejitve pa mora imeti potrošnik možnost, da namesto zamenjave zahteva znižanje kupnine ali odstop, ker okoliščina, da mora potrošnik nositi del stroškov odstranitve in vgradnje, zanj pomeni »znatno neprijetnost«.

Sodba sodišča v zadevah Weber in Putz je v teoriji naletela na pretežno kritične odzive.⁴⁴ Po moji oceni je šlo Sodišče glede vprašanja obsega zahtevka za zamenjavo nekoliko čez

⁴³ Direktiva v 4. členu določa, da morajo države članice zagotoviti, da ima končni prodajalec, ki potrošniku odgovarja zaradi neskladnosti, ki izvira od druge osebe v pogodbeni verigi (na primer proizvajalca), možnost uveljavljanja regresnega zahtevka proti tej osebi. Postopek in pogoje določa nacionalno pravo.

⁴⁴ Glej na primer Lorenz, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, Neue Juristische Wochenschrift, 2011, str. 2241; Pfeiffer, EuGH: Ein- und Ausbaupflichtung als Nacherfüllung, Lindenmeier Möhring-Kommentierte BGH-Rechtsprechung, 2011, str. 321–439; Faust, Reichweite des Anspruchs auf Ersatzlieferung, Juristische Schulung, 2011, str. 744;

okvire Direktive. Direktiva namreč prodajalčeve odgovornosti ne ureja celovito, saj vprašanje povrnitve škode prepušča državam članicam. Zahtevek za zamenjavo razumem kot dobavo blaga brez napake, morebitni s tem povezani stroški – zlasti če izhajajo iz kupčevih aktivnosti po prvotni dobavi (vgradnja v drugo stvar) – pa se po mojem mnenju povrnejo v okviru odškodninskega zahtevka. Sodišče je torej zahtevku za zamenjavo, kot ga razumem sam, dodalo še nekakšen zahtevek za odstranitev posledične škode, ki pa je vezana le na določene posledice neskladnosti (stroški gradnje blaga, ki ga je potrošnik v skladu z namenom v dobri veri vgradil, ter vgradnje nadomestnega blaga). Medtem ko zahtevek za zamenjavo po Direktivi po obsegu ni omejen (z izjemo ugovora nesorazmernosti), je obseg pogodbene odškodninske odgovornosti v pravnih redih omejen na različne načine. V slovenskem pravu in v CISG denimo z načelom predvidljivosti (z vprašanjem, ali je prodajalec neki riziko lahko predvidel in ga prevzel), v nekaterih drugih pravnih redih pa se omejitev dosega s krivdnim načelom ali s teorijami o (adekvatni) vzročni zvezi. Odgovornost prodajalca za vsakršne stroške, povezane z gradnjo blaga z napako ter vgradnjo nadomestnega blaga, se zdi zelo daljnosežna. Sodišče sicer omenja možnost omejitve dolžnosti povrnitve stroškov, vendar sta pri tem obe usmeritvi – da je po eni strani omejitev dopustna, po drugi pa ne sme izvzlitliti potrošnikove pravice zamenjave – težko združljivi. Glede ugovora nesorazmernosti menim, da bi besedilo Direktive omogočalo tudi razlago v smislu absolutne nesorazmernosti. Na načelo sorazmernosti gledam kot na splošno omejitev zahtevka na naknadno izpolnitev, torej v smislu absolutne nesorazmernosti. Direktiva resda varuje predvsem interese potrošnika, vendar želi vzpostaviti tudi pravično razmerje med interesi obeh strank. Po moji oceni je razlaga, po kateri je prodajalec v vsakem primeru dolžan zamenjavo ali popravilo, tudi če je edino mogoče sredstvo (v tem primeru zamenjava) stroškovno nesorazmerno, do prodajalca stroga. Navsezadnje pa končno ceno ukrepov, ki izboljšujejo položaj potrošnikov nasproti prodajalcem, prek višjih cen blaga nosijo prav potrošniki.

c) Pomen sodbe za slovensko pravo

Najprej je treba povedati, da zakonodajalec tretjega odstavka 3. člena Direktive, ki določa hierarhijo kupčevih zahtevkov, ni prenesel v slovensko pravo. Zahtevke kupca iz potrošniške prodajne pogodbe je v 37.c členu ZVPot v bistvenem uredil enako kot OZ: kupec, ki je notificiral napako, lahko od prodajalca zahteva 1) odpravo napake ali 2) zamenjavo blaga, (3) znižanje kupnine in 4) odstop od pogodbe, poleg tega pa še 5) povrnitev škode, zlasti povračilo stroškov materiala, nadomestnih delov, dela, prenosa in prevoza izdelkov, ki nastanejo zaradi izpolnitve jamčevalnih zahtevkov. Kupec (potrošnik) lahko med zahtevki prosto izbira, pri tem pa mora – tako kot v splošni ureditvi iz OZ – če želi odstopiti od pogodbe, prodajalcu

najprej pustiti primeren dodatni rok za popravilo oziroma zamenjavo.⁴⁵ ZVPot ne določa, da lahko potrošnik najprej zahteva le popravilo ali zamenjavo, in šele če sta nemogoča oziroma nesorazmerna, preide na odstop oziroma znižanje kupnine. Prav tako ne določa, da morata biti popravilo ali zamenjava opravljena v primernem roku in brez znatnih neprijetnosti za potrošnika.⁴⁶ Ker je dodatni rok za naknadno izpolnitev (sicer z izjemami iz drugega odstavka 470. člena OZ) vendarle predpostavka odstopa, se glavna razlika z ureditvijo po Direktivi kaže v tem, da lahko v slovenskem pravu kupec takoj zniža kupnino. Med popravilom in zamenjavo izbira kupec, vendar se lahko prodajalec tudi v slovenskem pravu, čeprav ZVPot ne določa omejitve zaradi nesorazmernosti, v določenih primerih na podlagi načela prepovedi zlorabe pravic ubrani zahtevka, ki ga izbere kupec (popravilo ali zamenjava): če je ta za prodajalca težji od alternativnega sredstva, ki vendarle omogoča ustrezno varstvo kupčevega interesa.⁴⁷ Neprenos tretjega odstavka 3. člena Direktive neposredno ne pomeni, da je raven varstva potrošnikov slabša, pomeni pa, da je »pravično ravnotežje« med pravicami prodajalca in potrošnika, ki ga želi vzpostaviti Direktiva, nekoliko nagnjeno v korist potrošnika.

Izhodišče glede pomena sodbe v zadevi Weber za slovensko pravo je, da sodba neposredno vpliva samo na potrošniško prodajno pogodbo (B2C), ne pa tudi na splošno na ureditev prodajne pogodbe. Po moji oceni argumentacija Sodišča ne prepriča v tolikšni meri, da bi veljalo rešitev iz sodbe širiti zunaj področja veljave Direktive, na nepotrošniško prodajo. Zahtevka za zamenjavo sodbe ne gre razumeti v smislu, da bi vsak prodajalec in v vsaki potrošniški prodajni pogodbi v primeru stvarne napake dolgoval izvedbo vsake zamenjave oziroma stroške zanjo (vprašanje izbire med njima Direktiva pušča odprto). Sodba se namreč nanaša le na okoliščine, ko je potrošnik v dobri veri (ne da bi mu bila napaka znana ali mu ne bi mogla ostati neznana) in v skladu z namenom blaga to vgradil v drugo stvar in se je pokazala stvarna napaka – tedaj prodajalec nosi tudi stroške gradnje blaga z napako ter vgradnje brezhibnega blaga. Le tedaj torej zahtevke za zamenjavo vključuje tudi odstranitev oziroma povrnitev določene škode, ki je posledica stvarne napake. Prodajalec v tem smislu nosi riziko naknadnega poslabšanja, kajti vzpostaviti mora stanje v skladu s pogodbo. Besedilo tretjega odstavka 37. člena ZVPot že zdaj omogoča tako razlago.

⁴⁵ ZVPot glede tega ne določa ničesar. Mogoči sta dve rešitvi: po prvi dodatni rok ni potreben, saj ga ZVPot ne predvideva kot predpostavke zahtevka. Po drugi odsotnost posebnega pravila v ZVPot zahteva uporabo splošnega pravila iz OZ. Menim, da je ta možnost ob upoštevanju sistematične razlage in (vsaj delnega) približevanja ureditvi po Direktivi ustreznjša. Veljajo tudi izjeme iz drugega odstavka 470. člena OZ.

⁴⁶ Prvi odstavek 39. člena ZVPot določa, da mora podjetje ugoditi potrošnikovi zahtevi »čim prej«, najkasneje pa v 8 dneh. Če je napaka »sporna«, pa mora potrošniku v tem roku pisno odgovoriti, sicer mu grozi kazen za prekršek. Napaka ni sporna, če med strankama o tem ni spora, ali če potrošnik predloži izvedensko mnenje, ali če je napaka »na drug način nedvomno dokazana« – drugi odstavek 71. člena ZVPot.

⁴⁷ Glej op. 37.

Sodba bo relevantna predvsem za prodajo blaga, ki ga potrošnik vgradi v svojo hišo oziroma stanovanje, kot na primer gradbeni material, parket, kuhinjska in kopalniška oprema ipd. Prodajalec lahko, denimo v splošnih razmerah poslovanja, omeji svojo odgovornost za stroške oziroma izvedbo zamenjave omeji na znesek, ki je sorazmeren z vrednostjo blaga brez napake, ter upošteva pomen napake. Seveda je vsaka določba pogodbe, ki ni bila posamično dogovorjena, lahko tudi predmet presoje morebitne nepoštenosti (22. do 24. člen ZVPot) in posledično nična, vendar bo najbrž težko ugotoviti nepoštenost klavzule, ki sledi napotkom Sodišča EU. V nepotrošniškem pravu prodajne pogodbe (OZ) zamenjava še vedno pomeni le »izročitev druge stvari z napako«, morebitni s tem povezani stroški pa spadajo v okvir odškodninskega zahtevka iz drugega odstavka 468. člena OZ. Priznajo se pod predpostavko, da jih je prodajalec lahko predvidel.

Ugovora relativne sorazmernosti slovenski ZVPot zaradi pomanjkljivega prenosa Direktive izrecno ne omogoča. Za ustrezen prenos direktive bo zato najprej treba spremeniti ZVPot. To velja tudi za druge točke, v katerih Direktiva ni ustrezno prenesena, denimo glede pravice regresa končnega prodajalca, s katero Sodišče EU argumentira svojo odločitev. V slovenskem pravu interesi prodajalca v tem smislu niso ustrezno varovani. Vendar pa odmik od Direktive v resnici ni tolikšen, saj sodna praksa že zdaj omogoča prodajalcu ugovor »zlorange pravice«. Kolikor je mogoče, moramo v skladu s sodbo Sodišča EU kupčevo izbiro popravila ali zamenjave razlagati v smislu, da se prodajalec lahko brani, če je zamenjava nesorazmerna glede na popravilo ali je popravilo nesorazmerno glede na zamenjavo, ne pa tudi, če sta nesorazmerna oba zahtevka oziroma je mogoč samo eden in je ta nesorazmeren.

3.3. Znižanje kupnine

Drugače od naknadne izpolnitve, katere namen je ponovna vzpostavitev pogodbene ekvivalence z izpolnitvijo v naravi (pač v drugem poskusu, zato se imenuje naknadna izpolnitev), je znižanje kupnine namenjeno temu, da se pogodbeno ravnovesje, ki je bilo porušeno zaradi stvarne napake, vzpostavi tako, da pogodba ostane v veljavi, cena pa se prilagodi manjši vrednosti stvari.⁴⁸ Čeprav OZ v 479. členu določa, da se kupnina zniža v razmerju med (hipotetično) vrednostjo stvari brez napake in vrednostjo stvari z napako ob sklenitvi pogodbe (relativna metoda) in ZVPot v prvem odstavku 37.c člena temu sledi, sodna praksa dovoljuje znižanje kupnine tudi v znesku, ki ustreza višini stroškov popravila oziroma škode.⁴⁹ V tem smislu je zahtevek za znižanje kupnine funkcionalno enak odškodninskemu zahtevku, čeprav ima slednji drugačne predpostavke.

⁴⁸ Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana, 2006, str. 236.

⁴⁹ Glej na primer VSL, sodba II C p 1249/2011.

3.4. Odstop od pogodbe

Kupčeva pravica doseči prenehanje pogodbe je najtežja sankcija za stvarno napako, saj povzroči prenehanje pogodbe.⁵⁰ Odstop v slovenskem pravu ni vezan na posebno težo napake oziroma na popolno neuporabnost stvari. Predviden je mehanizem primerne dodatnega roka: če želi kupec odstopiti, mora prodajalcu najprej pustiti še eno priložnost, da se z naknadno izpolnitvijo izogne odstopu. Dodatni rok izjemoma ni potreben, če je prodajalec sporočil, da ne bo izpolnil, oziroma je očitno, da ne more (drugi odstavek 470. člena OZ).

Nadaljnja predpostavka odstopa v nepotrošniški prodajni pogodbi je tudi možnost vrnitve stvari, vendar je to pravilo omejeno s pomembnimi izjemami (475. člen OZ). Zastavlja se vprašanje, ali ta predpostavka velja tudi za potrošniško prodajo. ZVPot o tem vprašanju ne vsebuje posebnih pravil, kar bi govorilo za uporabo splošnega pravila iz OZ. Po drugi strani pa gre za dodatno predpostavko za uresničitev odstopa, ki je Direktiva ne predvideva. Nacionalno pravo z uvajanjem dodatnih predpostavk ne bi smelo slabiti potrošnikovega položaja po Direktivi. Primerna rešitev se zdi, da lahko kupec odstopi ne glede na možnost vrnitve stvari, vprašanje njegove odgovornosti za poslabšanje ali uničenje predmeta pogodbe pa se rešuje v okviru odškodninskega zahtevka. V vsakem primeru pa je dilema glede dodatne predpostavke odstopa iz prvega odstavka 475. člena OZ omiljena z okoliščino, da so v drugem in tretjem odstavku 475. člena izjeme tega pravila opredeljene tako široko, da je veljava dodatne predpostavke zelo omejena.

Načeloma stranka od pogodbe odstopi tako, da poda odstopno izjavo nasprotni stranki (103. člen OZ). Vendar OZ v 471. členu določa, da je po neuspešnem poteku primerne dodatnega roka pogodba razvezana po samem zakonu. Kupcu ni treba izrecno pozvati prodajalca k popravilu ali zamenjavi, mu izjaviti, da bo po neuspešnem poteku roka štel pogodbo za razvezano, ali tedaj izjaviti, da odstopa. Pogodba je razvezana avtomatično, kupčeva oblikovalna pravica pa reducirana na možnost, da pogodbo obdrži v veljavi, če to nemudoma izjavi. Enako velja v primeru, če je bila dogovorjena (pravilna) izpolnitev v fiksnem roku. Avtomatična razveza pomeni zelo strogo rešitev, ki ni v skladu z načelom, naj se pogodba, če je le mogoče, ohrani v veljavi. Odstopna izjava je potrebna le v primerih iz drugega odstavka 470. člena OZ.

Pravna posledica odstopa od pogodbe je ugasnitev vseh izpolnitvenih zahtevkov, vključno z naknadnimi izpolnitvenimi zahtevki. Nekatere pogodbene klavzule, denimo arbitražna klavzula, pogodbeni kazni in pavšalizirana odškodnina ali dogovor o sodni pristojnosti, kljub prenehanju pogodbe ostanejo v veljavi. Pogodba ostane v veljavi tudi v smislu podlage za odškodninsko odgovornost prodajalca. Posledica odstopa so vrnitveni zahtevki. Tukaj razli-

⁵⁰ Več: Možina, Razdor, *odpoved in odstop od pogodbe*, Pravni letopis, 2011, str. 57–73.

kujemo pogodbe, ki se izpolnijo naenkrat, od pogodb, ki se izpolnjujejo dlje časa oziroma po delih. Glede prvih odstop učinkuje za nazaj (*ex tunc*), kar pomeni, da pogodbeni podlaga odpade za nazaj, stranki pa morata druga drugi vrniti opravljene izpolnitve ali njihove vrednosti ter povračilo za koristi od izpolnitev (111. člen OZ). Glede drugih pa odstop učinkuje le za naprej (*ex nunc*), tako da se ne posega v delne izpolnitve, ki so bile že opravljene v skladu s pogodbo ter so bile zanje dane ustrezne nasprotne izpolnitve (plačila).

3.5. Odškodninski zahtevak

Stvarna napaka je kršitev pogodbe, zato prodajalec odgovarja za škodo, ki je njena posledica. Za škodo zaradi stvarnih napak veljajo splošne določbe o poslovnih odškodninskih odgovornosti (239. člen in naslednji OZ) in posebne predpostavke odškodninske odgovornosti zaradi stvarnih napak (notifikacija, roki). Merila prodajalčeve odgovornosti za škodo so enaka kot za druge jamčevalne zahtevke: prodajalec odgovarja ne glede na krivdo, njegova odgovornost se domneva, lahko pa se je razbremeniti na podlagi 240. člena OZ, če dokaže, da je bila stvarna napaka posledica nepredvidljivih naknadnih okoliščin, na katere ni imel vpliva, skratka posledica vzrokov, za katere ne odgovarja. Taka razbremenitev bo prodajalcu uspela le izjemoma.

Izhodišče glede obsega odškodnine je načelo popolne kompenzacije: odškodnina naj kupca postavi v premoženjski položaj, v katerem bi bil, če bi bila pogodba pravilno izpolnjena (246. člen v povezavi s 169. členom OZ). Zakon varuje upnikov izpolnitveni interes (pozitivni pogodbeni interes), ki vključuje zlasti izgubljeni dobiček. Poleg tega je predmet varstva tudi interes integritete, to je kupčev interes, da zaradi stvarne napake ne utрпи škode na svojih siceršnjih, od pogodbe neodvisnih dobrinah (tretji odstavek 468. člena OZ).⁵¹ Kupec mora v škodo vračunati morebitne prihranke oziroma koristi, pridobljene zaradi stvarne napake. Povrnitev nepremoženjske škode ni izključena in pride v poštev v primerih, ko je pogodba sledila (tudi) nepremoženjskemu interesu in je bila taka škoda predvidljiva.

Obseg odškodninske odgovornosti je omejen z načelom predvidljivosti (prvi odstavek 243. člena OZ). Povrne se le tista škoda, ki jo je prodajalec ob kršitvi⁵² pogodbe lahko predvidel kot mogočo posledico kršitve pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila tedaj znana oziroma bi mu morala biti znana. Ker se omejitev obsega doseže z načelom predvidljivosti, ni mogoče poleg tega uporabiti še teorije o aдекватni vzročnosti, ki sicer prinese podobne rezultate. Zadošča vzročna zveza po načelu *condicio sine qua non*. Predvidljivost ne pomeni, da je moral prodajalec natančno predvidevati obseg škode, ampak da je lahko z razumno verjetnostjo

⁵¹ Glej: Schlechtriem, Možina, Pravo mednarodne prodaje, Uradni list, Ljubljana, 2006, str. 174.

⁵² Glej prvi odstavek 243. člena OZ: namesto trenutka sklenitve pogodbe, kot ga je poznal ZOR, je OZ (brez obrazložitve) uveljavil trenutek kršitve pogodbe. Glej kritično o tem Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana, 2006, str. 388.

pričakoval, da bo posledica stvarne napake v bistvenem take vrste in obsega, kot je v resnici nastala. Osnovno merilo je objektivno: prodajalec mora vedno računati z običajnim potekom stvari. Za posebne, neobičajne posledice pa odgovarja le, če je bil z njimi seznanjen. Predvidljivost škode je različna glede na stranke prodajne pogodbe: v gospodarski prodajni pogodbi bo seveda mogoče predvidevati večji obseg škode kot v potrošniški prodajni pogodbi, ki jo potrošnik sklepa zaradi zadovoljevanja osebnih in gospodinjskih potreb.

Kupec mora izvesti vse razumne ukrepe, da bi zmanjšal nastalo škodo oziroma preprečil nje-no povečanje, sankcija za njihovo opustitev pa je zmanjšanje odškodnine (četrti odstavek 243. člena OZ). Tak ukrep bo v praksi predvsem kritni posel, s katerim kupec premosti ne-možnost uporabe stvari, ki je posledica stvarne napake.

Navadna škoda se lahko računa na podlagi razlike v premoženjskem stanju oškodovanca pred nastankom škode in po njem (132. člen OZ) ali pa na podlagi stroškov vzpostavitve prej-šnjega stanja (cena popravila ali cena kritnega posla). Škoda zaradi stvarne napake se lahko pokaže tudi kot izgubljeni dobiček, če na primer kupljeni stroj zaradi napake ne deluje in zato pride do izpada proizvodnje. Med gospodarskimi subjekti bo glede blaga, ki je namenjeno proizvodnji, taka posledica praviloma predvidljiva. Podobno kot izpad proizvodnje učinkuje nemožnost oddajanja stvari v najem zaradi stvarne napake.⁵³ Škoda je lahko tudi v kupčevi odgovornosti svojim odjemalcem zaradi stvarne napake, na primer kot pogodbeni kazen ali odškodnina, seveda spet pod predpostavko, da je bila taka posledica predvidljiva.⁵⁴

Posebno vprašanje je, ali lahko kupec sam izvede popravilo in od prodajalca zahteva povrni-tev stroškov v okviru odškodninskega zahtevka. Glede na določbe o kritnem poslu (265. in 266. člen OZ) bi imel kupec tako pravico pod pogojem, da je o tem vnaprej obvestil prodajal-ca in mu s tem dal možnost za odpravo napake. Takšno možnost ima prodajalec že na podlagi notifikacije napake. Povrnitev stroškov zato ne bi smela biti izključena niti v primeru, če kupec takega roka ni postavil. Poleg tega je z odpravo napake kupec na neki način prodajalcu prihranil izdatke. Pogoj oziroma okvir pa je, da ti stroški niso nesorazmerni, saj bi prodajalec lahko sicer uveljavljal ugovor nesorazmernosti.

Izjema glede predpostavk in časovnih okvirov je povrnitev škode »na kupčevih drugih dobrinah« po tretjem odstavku 468. člena OZ: tu veljajo le splošne predpostavke, predvsem splošni zastaralni rok. Ena stvarna napaka lahko torej po zakonski konceptiji povzroči dve različni kategoriji škode z različnimi predpostavkami, kar je sporno tudi zato, ker je razlikovanje med »dobrinami« in »drugimi dobrinami« sila nejasno.⁵⁵ Sem spadajo zlasti poškodbe kupca in

⁵³ Glej VSL, I Cp 3134/2009.

⁵⁴ Glej VSK, Cpg 6/2009.

⁵⁵ Kritično o tem Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana, 2006, str. 421 in nasl.

njegovega premoženja, ki so posledica napake, na primer če je v kupljenem lesu zajedavec, ki napade tudi drug kupčev les v skladišču. Pogodbeni odškodninski zahtevek se lahko pri potrošniških pogodbah deloma prekriva tudi z deliktним odškodninskim zahtevkom na podlagi odgovornosti prodajalca za nevaren proizvod.⁵⁶ Tu ne gre za stvarno napako, ampak je napaka v tem, da proizvod ne ponuja pričakovane varnosti. Potrošnik lahko izbere pravno podlago in ju tudi kombinira, seveda pa skupna odškodnina ne sme presežati škode.

3.6. Možnost drugačnih dogovorov strank

Stranki se v okvirih načela vestnosti in poštenja lahko dogovorita za drugačne posledice stvarne napake ali zakonski odgovornosti dodata še (prostovoljno) garancijo s poljubno vsebino, na primer brezplačno popravilo avtomobila v primeru rjavenja karoserije v obdobju šestih let. Po drugi strani pa lahko upravičenja kupca tudi zožita. Na področju potrošniške prodaje je možnost drugačnih dogovorov, ki zmanjšujejo pravice potrošnika, zelo omejena. Omejitev odškodninske odgovornosti v pogodbi lahko spodbudi izmenjavo informacij med strankama in omeji kupčeva pričakovanja ter investicije v zvezi s predmetom pogodbe, kar zmanjša tveganje za to, da škoda sploh nastane.

Omejitev odgovornosti prodajalca lahko stranki dosežeta na različne načine. Lahko na primer v celoti izključita odgovornost za stvarne napake; lahko omejita odškodninsko odgovornost na določen znesek ali jo vežeta na prodajalčevo krivdo, lahko izključita odgovornost za določene vrste napak ali pravico kupca do izbire med popravilom ali zamenjavo (na primer z določbo, da lahko kupec zahteva le popravilo ali le zamenjavo). Lahko je določeno, da mora kupec nositi del stroškov zamenjave oziroma popravila. Prav tako je lahko omejena možnost odstopa od pogodbe ali pa je skrajšan jamčevalni rok oziroma rok za uveljavljanje napak. Klavzule kot »stvar, kakršna je«, oziroma »stanje, v kakršnem se stvar nahaja«, z dodatkom, da je izključena vsakršna odgovornost, praviloma pomenijo izključitev odgovornosti tako za skrite kot za očitne napake. Sodna praksa klavzulo »videno – kupljeno« razlaga kot izključitev prodajalčevega jamstva za stvarne napake.⁵⁷ Izključitev jamstva v celoti bi vendarle kazalo vezati na izrecno izjavo, klavzulo »videno-kupljeno« pa bi bilo tedaj mogoče razlagati kot izključitev odgovornosti le za očitne (vidne) napake. Splošne uzance za blagovni promet v uzanci 144 določajo, da klavzula »takšno – kakršno« oziroma »*tale-qualè*« pomeni, da se mora blago izročiti iz skladišča, prostora ali letine, ne da bi se izbral boljši del blaga; prodajalec tedaj ne odgovarja za kakovost, razen če gre za preslepitev. Vsekakor pa je treba pri razlagi klavzul o

⁵⁶ Glej 4. do 11.a člen ZVPot glede škode, ki je nastala potrošniku, ter 155. člen OZ. Več: Možina, Odgovornost proizvajalca za proizvod z napako – evropsko obligacijsko pravo izpodriva nacionalno pravo, Podjetje in delo, št. 1/2007, str. 71.

⁵⁷ Glej na primer VSL, sodba I Cpg 947/2009 z dne 21. 2. 2010, ter VSL, I Cp 2066/2011 z dne 21. 12. 2011.

omejitvi odgovornosti upoštevati okoliščine konkretnega primera. Od klavzul o omejitvi odgovornosti moramo razlikovati klavzule o lastnostih blaga (na primer da je rabljeno, morebiti celo poškodovano). Vsekakor pa so pogodbene omejitve odgovornosti podvržene ureditvi iz 466. člena OZ, ki izhaja iz načela vestnosti in poštenja: omejitev ni veljavna, če je bila prodajalcu ob sklenitvi napaka znana oziroma je določbo »vsilil« z izkoriščanjem prevladujočega položaja.⁵⁸

Na področju potrošniške prodaje je s stališča evropskega prava nedopustno izključevanje oziroma omejevanje pravic, ki jih zagotavlja Direktiva, mogoče pa bi bilo omejiti odškodninsko odgovornost, ki je Direktiva ne ureja. Vendar pa slovenski ZVPot v 37.č členu določa, da prodajalčeve odgovornosti, kot je določena v ZVPot, ni mogoče omejiti ali izključiti. ZVPot med zahtevki kupca določa tudi pravico povrnitve škode, ki jo vsebinsko določa OZ (temelj, razbremenitev, obseg). Zato vprašanje, ali je tudi v potrošniških pogodbah po slovenskem pravu vendarle dopustna določena omejitev, ni tako preprosto. Sodišče EU v sodbi Weber (točka 74) omenja, da ni v nasprotju z Direktivo, če je »zlasti« v primeru, na katerem temelji predhodno vprašanje, ko je (v okviru naknadne izpolnitve) mogoča le zamenjava, ta pa zahteva nesorazmerne stroške, ker je treba blago z napako, ki je bilo vgrajeno v drugo stvar, odstraniti in vgraditi nadomestno stvar, potrošnikova pravica do povrnitev stroškov lahko omejena na znesek, sorazmeren z vrednostjo blaga ter pomenom napake. Pri tem je treba slediti cilju visoke ravni varstva potrošnikov. Omejitev v praksi ne sme povzročiti, da se pravici potrošnika do povračila stroškov odvzame vsebina, če je v dobri veri vgradil stvar, preden se je pokazala napaka.

Omejitev pravice je mogoče doseči s pravico sodišča, da porazdeli stroške med stranki tako, da deloma zavrne potrošnikov zahtevke ali z vnaprejšnjo omejitvijo v pogodbi. Če štejemo, da se stroški zamenjave povrnejo v okviru odškodninskega zahtevka, je mogoča tudi njegova ustrezna omejitev. Če je omejitev odškodninske odgovornosti dogovorjena v splošnih pogodbenih pogojih, je njena »poštenost« podvržena posebni kontroli.⁵⁹ Vsekakor pa mora imeti potrošnik – tako Sodišče – možnost, da v primeru, ko bi bila zamenjava povezana z delitvijo stroškov med stranki, zniža kupnino ali odstopi, saj bi to, da bi moral nositi del stroškov, zanj lahko pomenilo »znatno neprijetnost« v smislu Direktive.

4. Sklep

Jugoslovanski ZOR je dilemo med monizmom in dualizmom »civilnega« in gospodarskega pogodbenega prava rešil z odločitvijo za monizem, torej z vzpostavitvijo ene same ureditve

⁵⁸ Gre za določbo, ki sodišču omogoča presojo poštenosti klavzule o omejitvi tudi zunaj splošnih pogojev (22. do 24. člen ZVPot). Menim, da za uporabo določbe ni treba dokazovati prevladujočega položaja v smislu ZPOMK-1, saj ima ta predpis drugačno področje varstva.

⁵⁹ Členi 22 do 24 ZVPot.

pogodbenega prava, vendar pa z nekaterimi izjemami za gospodarske pogodbe. Kratek pregled predpostavk in vsebine jamčevalnih zahtevkov kupca pokaže, da je v pravu prodajne pogodbe po prenosu Direktive 99/44/ES o potrošniški prodaji bolj od razlik med gospodarskimi in »civilnimi« pogodbami pomembna razlika med »nepotrošniškimi« (gospodarskimi in »civilnimi«) in potrošniškimi pogodbami.

Jamčevalni zahtevki potrošnikov v pogodbah s podjetji so urejeni kognentno in ponekod drugače od zahtevkov v »nepotrošniških« prodajnih pogodbah. Sodba Sodišča EU v zadevah Weber in Putz širi obseg zahtevka za zamenjavo v potrošniških prodajnih pogodbah in s tem dodatno odmika ureditev potrošniške prodaje od »splošne« ureditve prodajne pogodbe. Ker je slovenski zakonodajalec 3. člen Direktive 99/44/ES uresničil na poseben način, brez prenosa posebnega vrstnega reda kupčevih jamčevalnih zahtevkov, je uresničevanje sodbe v slovenskem pravu brez spremembe zakona oteženo. Natančnejša ureditev razmerja med popravilom in zamenjavo na eni ter drugimi jamčevalnimi zahtevki na drugi strani bi bila v slovenskem pravu prodajne pogodbe – tako potrošniškem kot nepotrošniškem – vsekakor koristna, saj gre za vprašanja, pri katerih lahko v praksi nastajajo spori.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.451.031

Garancija za brežhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna

DOC. DR. MITJA KOVAČ, LL.M.
Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Članek prinaša pravnoekonomsko analizo slovenske ureditve obvezne garancije in jamčevanja za stvarne napake. Na treh sklopih temelječa analiza najprej na kratko predstavi ekonomski pomen in funkcijo izmenjave (odsek 2), nato več kot štiridesetletne izsledke pravnoekonomske znanosti na področju garancij in jamčevanja za stvarne napake (odsek 3) in potem s pomočjo teh izsledkov kritično analizira slovensko dvojno kogentno ureditev varovanja kupčevega interesa v obligacijskih razmerjih (odsek 4).¹ Analiza s stališča ekonomske učinkovitosti podaja natančne predloge in smernice za prepotrebne izboljšave tako dikcije členov kot njihovih komentarjev, opozarja na nejasnosti in iz njih izvirajoče mogoče neučinkovitosti, ki neposredno in posredno zmanjšujejo družbeno blaginjo v Sloveniji, prav tako pa za odpravo teh neučinkovitosti ponuja dodatna merila in predloge za vzpostavitev učinkovitejšega sistema varovanja kupčevega interesa. Obstoječa ureditev je vir neučinkovitosti, saj onemogoča konkurenco, sporočanje kakovosti (informacij) in s tem alokacijsko učinkovitost, ter moralnega hazarda, oportunitizma in negativne selekcije. Je vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za signaliziranje kakovosti prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij. Obvezna garancija zaradi problema dvostranskih spodbud sama po sebi tudi ne zagotavlja kakovosti – primernejši je sistem kogentnega jamčevanja za stvarne napake (ki služi zagotavljanju spodbud na strani prodajalca za funkcioniranje prodane stvari) in prostovoljne garancije. Ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za popolnoma vsa tveganja. Pravnoekonomska analiza zato priporoča odpravo sedanje ureditve in uvedbo učinkovitejšega sistema kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki je nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije.

¹ Členi 481 do 487 Obligacijskega zakonika.

Ekonomska analiza prava oziroma *pravna ekonomija* je v zadnjih petdesetih letih v ZDA postala ena najuspešnejših pravnih in raziskovalnih panog,² katere glavni cilj je z analizo spodbud, tveganj in transakcijskih stroškov najti optimalna pravna pravila. Seveda je očitno, da ima lahko kriterij »optimalnega« vsaj dve dimenziji; eno glede na formulacijo, dikcijo in drugo glede na vsebino pravnega pravila. Brez pretiravanja lahko rečemo, da se večina pravnoekonomske znanosti ukvarja prav s to drugo, pri čemer želi, ne glede na tehnično formulacijo, ugotoviti, katera pravila imajo najbolj zaželeno družbene učinke. Vendar pa ekonomska analiza prava ne glede na to vsebinsko osredotočanje zagotavlja tudi čisto konkretna priporočila za neposredno izboljšavo dikcije pravnih norm.³ Ta zmožnost podajanja konkretnih priporočil pa izhaja iz mnogokrat spregledanega dejstva, da zakonodajalec, ko je soočen z alternativnimi rešitvami (normami), po navadi tehta med prednostmi in slabostmi predlaganih rešitev (norm). Kljub temu da je tako tehtanje pogosto izraženo z retoriko »pravičnosti« in »enakosti«, ekonomska analiza prava stremi k definiranju teh prednosti in slabosti na dosti bolj artikuliran način. Z uporabo nekaterih izsledkov ekonomske teorije lahko poda dodatne argumente, razlage in predloge izboljšav zakonodajalčevih rešitev in posledično tudi zakonske norme.

Velja tudi poudariti, da je pravo v očeh pravnikarja ekonomista ne samo sofisticiran mehanizem *ex post* razreševanja (preteklih) sporov, ampak predvsem dovršen sistem *ex ante* zagotavljanja primernih spodbud in motivov za spreminjanje in/ali doseganje družbeno želenega obnašanja ljudi in drugih pravnih subjektov. Povedano drugače, pravni sistem je nabor pravnih pravil in sankcij, ki usmerjajo človekovo obnašanje v družbeno zelene smeri.

Poudariti velja tudi dve temeljni premisi tega članka. Prva je povezana z relevantnostjo znanstvenih izsledkov, druga pa s številom analiziranih tem. Ozko gledano ekonomska analiza prava namreč ni samostojna pravna doktrina, ampak predvsem *metoda*, katere cilj je oplemenitenje in izboljšanje dosedanje pravne znanosti ter spodbujanje nadaljnje poglobljene znanstvene razprave. Zato ta članek ob dodajanju nekaterih novih spoznanj predvsem povzema in sistematizira njene do zdaj najbolj impozantne izsledke.⁴ Ti izsledki pa zajemajo tako tiste, o katerih je bilo doseženo soglasje, kakor tudi tiste, ki še danes razvnamajo znanstveni diskurz. Zaradi

² V Združenih državah in tudi drugod po svetu je recimo sprejeta kot ena daleč najbolj interdisciplinarnih in najvplivnejših jurisprudencijskih šol oziroma doktrin; podrobneje glej Posner, A. Richard, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001. Medtem pa se je v Evropi šele dobro zasidrala, podrobneje glej Bouckaert in De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2011.

³ De Geest, *Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Doctrines*, v: Deffains, Kirat, (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, JAI Elsevier, 2001, str. 107–124.

⁴ Za odličen pregled literature s področja pogodbenih informacijskih problemov glej Bouckaert, De Geest (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, št. 4300/2011, str. 5510 in 5110. Za odlično strnitev izsledkov glej Schäfer, Claus, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar, 2004; De Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1994; in M. Kovač, *Comparative Contract Law and Economics*, Edward Elgar, 2011.

dejstva, da so v sodobni svetovni literaturi objavljeni predvsem novi izsledki in dognanja, ne pa komentarji dosedanjih, velja poudariti, da ugotavljanje soglasja še zdaleč ni preprosto. Zato sistematizacija in povzetje izsledkov v tem članku ustrežata predvsem mojemu osebnemu pogledu na to, kakšni bi morali biti ti izsledki in dognanja. Poleg tega je pravna ekonomija ali ekonomska analiza prava samo ena od metod preučevanja (katere ultimativni cilj in primerjalno merilo je povečevanje družbene blaginje) in iskanje popolnega odgovora priporoča vključitev tudi drugih analitičnih metod pravne znanosti ter spoznanja sociologije in psihologije. Druga pomembna premisa pa se nanaša na obseg tega članka, saj zaradi preobsežne materije ni mogoče zajeti celotnega stadija sklepanja pogodb. Članek se zato posveča samo slovenski ureditvi jamčevanja za stvarne napake in garanciji za brežhibno delovanje stvari.

2. Ekonomska funkcija in pomen izmenjave

Ekonomisti se strinjamo, da so informacije bistveni element našega življenja in da je skoraj vse v taki ali drugačni meri povezano z njimi.⁵ Informacije so tako temeljna sestavina odločanja in odločanje med omejenimi dobrinami je tudi osrednje vprašanje ekonomije.⁶ Pomanjkanje informacij nam namreč onemogoča sprejemanje v ekonomiji predvidenih, popolnih racionalnih odločitev, zato te nastanejo v negotovosti. Ta negotovost povzroči sprejemanje drugačnih odločitev od tistih, ki bi bile sprejete v svetu popolnih informacij.⁷ Negotovost tako postane neposreden vir nezadovoljstva, informacije pa edino učinkovito sredstvo za odpravo nezadovoljstva. Posledično lahko torej trdimo, da so skoraj vsi pravni problemi tako ali drugače neposredna posledica problema nepopolnih informacij. Iz tega problema asimetričnih informacij izhaja tudi tako imenovani pojav nepopolnih pogodb.⁸ Zaradi te asimetrije informacij je večina pogodb zelo verjetno nepopolnih. Taka nepopolnost vodi do, poenostavljeno rečeno, potrebe po sodni interpretaciji pogodbenih določil in do *ex post* zapolnjevanja pogodbenih praznin s pogajanjem. Naloga vsakega pogodbenega prava je tako zagotoviti skup učinkovitih dispozitivnih in kongentih pravil,⁹ ki bodo v primeru njihove aplikacije (eksplicitno nepopolne pogodbe – praznine) maksimirale blaginjo pogodbenih strank.¹⁰ Posledici take nepopolnosti pa sta tudi jamčevanje za stvarne napake in garancija za brežhibno delovanje stvari.

⁵ Za odličen pregled izsledkov o ekonomiji informacij glej Hirschleifer, Riley, *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge University Press, 3. ponatis, 1995.

⁶ Glej Mackaay, *Economics of Information and Law*, Kluwer Nijhof Publishing, 1982, str. 107.

⁷ Take odločitve, ki pa se bi se jim v svetu popolnih informacij lahko izognili, lahko nato posledično pomenijo direktno izgubo ali pa nezmožnost pridobitve različnih koristi. Glej McKaay, opomba 8, str. 108.

⁸ Craswell, Schwartz (ur.), *Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, 1994.

⁹ Glej Ayres, Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, *Yale Law Journal*, št. 99/1989.

¹⁰ Ob splošni predpostavki, da bi bilo pravilo tako, kakršno bi si stranki izbrali, če bi se o njem pogajali.

Gospodarstvo in seveda družba kot celota se za zadovoljevanje želja zanašata na pogodbene odnose med fizičnimi in pravnimi osebami.¹¹ V tržnem gospodarstvu se pogodbe sklepajo prostovoljno in na podlagi pogajanj.¹² Vsaka pogodbeni stranka tako hoče doseči maksimalno zadovoljstvo, seveda pod pogoji, da je druga pogodbeni stranka prav tako zadovoljna, saj se jima drugače ne splača stopiti v pogodbeni odnos. Glede na to, da imajo (tako pravne kot fizične osebe) različne okuse ter da je delo precej specializirano, lahko predpostavljamo, da bo vsaka oseba lahko prek pogodbenih odnosov, na podlagi pogodb, dosegla skoraj maksimalno zadovoljstvo.

Potrošniki zadovoljstvo maksimirajo tako, da izenačijo mejne koristi posameznih dobrin, ki jih kupijo, na enoto cene. Povedano drugače, mejna oziroma dodatna koristnost dobrin v nakupovalnem vozičku mora biti za vse dobrine enaka na en evro, če kupec maksimira svoje zadovoljstvo.¹³ Proizvajalec pa prav tako maksimira svoj dobiček. Maksimum je dosežen, ko so mejni stroški ponudbe enaki mejni koristi proizvodnje.

V ekonomskem besednjaku bi tako lahko rekli, da se pride na podlagi svobodno sklenjenih pogodb do Paretovega superiornega ravnotežja v gospodarstvu, ker je po sklenitvi oziroma izpolnitvi pogodbe vsaj ena stranka na boljšem, druga pa vsaj ni na slabšem.¹⁴ Seveda je zaradi takih izmenjav na boljšem celotno gospodarstvo, in ne samo pogodbeni stranki, saj se proizvodna sredstva in dobrine prenesejo v roke tistih, ki jih najbolj cenijo (so zanje pripravljeni največ plačati), kar pomeni, da se izboljša tudi učinkovitost gospodarstva kot celote. Seveda si obe pogodbeni stranki, ko skleneta pogodbo, želita, da bi bila izpolnjena tako, kot je dogovorjeno.¹⁵ Drugače je sploh ne bi bili sklenili.¹⁶ Seveda pa morata za sklenitev pogodbe tudi druga drugi zaupati, da bo pogodba izpolnjena, oziroma če ne bo, da bo odškodnina oziroma sankcija za kršitev primerna. To tudi pomeni, da morajo biti zaveze oziroma obljube pogodbenih strank veljavne in iztožljive ter optimalne, da bi stranke »prisilile« v izpolnitev. Le tako so obljube pogodbenih strank kredibilne, ker zmanjšujejo negotovost in tveganje v pogodbenih odnosih, kar pospešuje menjavo in sodelovanje pogodbenih strank ter povečanje blaginje v družbi.¹⁷

¹¹ Podrobneje o ekonomski funkciji izmenjave glej v M. Kovač, K. Zajc, Uvod v pogodbeno pravo – ekonomska analiza pogodbenega prava, Podjetje in delo, št. 6-7/2010.

¹² Več o tem glej v Farnsworth, Contracts, 1990, 2. izd., Little, Brown and Company, str. 7.

¹³ Za dodatne predpostavke, ki morajo veljati, glej Cooter in Ulen, 2005, 4. izd., Ekonomska analiza prava, Časnik Finance, 2. poglavje, str. 13–57.

¹⁴ Vilfredo Pareto je italijanski ekonomist in politolog, ki je matematično dokazal, da se v čisti konkurenci lahko doseže ravnotežje, ko vsak premik od njega, četudi bi nekomu izboljšal položaj, nujno položaj nekomu tudi poslabša. Temu ravnotežju se reče Paretovo ravnotežje. Več glej v Bajt, Štiblar, 2008, str. 20 in nasl.

¹⁵ Seveda navedeno ne pride v poštev, če je pogodba pravilno izpolnjena že ob sklenitvi, na primer pri nakupu kruha.

¹⁶ Seveda obstajajo izjeme, kot na primer pri prevari, napakah, slabši kvaliteti.

¹⁷ Glej Cooter in Ulen, 2005, str. 194 in nasl.

Ena pomembnih ekonomskih funkcij pogodbenega prava je tudi zagotavljanje implicitnih pogodbenih pravil/določil za točno določene kategorije izmenjav.¹⁸ Ta implicitna pogodbeno pravila znižujejo transakcijske stroške, potrebne, če bi bile stranke same prisiljene napisati in skleniti celotna in karseda popolna pogodbeno določila. Taka pravna določila pa strankam po drugi strani dajejo tudi možnost, da v nekaterih primerih (če pri svoji transakciji smatrajo s pravom zagotovljena določila za neustrezna) sklenejo in pripravijo svoja pogodbeno določila – dispozitivne pravne norme.¹⁹

3. Sistematizacija in povzetek izsledkov pravnoekonomske znanosti s področja problemov jamčevanj za stvarne napake in garancij za brezhibno delovanje stvari

Ta del članka identificira in sistematizira več temeljnih načel, ki jih nato vzpostavi kot enotno, temeljno pravilo in ki na koncu služi tudi kot osnova za primerjavo in kritično analizo slovenske ureditve. Pravnoekonomska literatura vidi tako garancijo kot jamčevanje za stvarne napake kot prodajalčevo obljubo, da bo v primeru, če kvaliteta ali lastnosti prodane stvari ne ustrezajo specifikaciji in legitimnim kupčevim pričakovanjem (ekvivalenčni interes), prevzel svoje obveznosti (odprava napak, znižanje kupnine itd.).²⁰ Pri tem se pravnoekonomska literatura navezuje tako na jamčevanje za stvarne napake kot na prostovoljne in obvezne garancije.²¹ S pravnoekonomskega stališča imata jamčevanje za stvarne napake in garancija za brezhibno delovanje stvari tri glavne funkcije, in sicer: a) zavarovalno funkcijo; b) funkcijo razkrievanja informacij in c) funkcijo zagotavljanja optimalnih spodbud.²² Optimalno ravnovesje med dolžino trajanja (jamčevalni in garancijski rok) ter kupčevimi zahtevki pa je odvisno od: a) strankinih nagnjenj k tveganjem, b) verjetnosti za nastanek napak ali nemožnosti uporabe stvari in c) količine informacij, ki so na voljo kupcu ali prodajalcu.²³

¹⁸ Podrobneje glej Ayres, Gertner, *Strategic Contractual Efficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, *Yale Law Journal*, št. 101/1992; Craswell, *Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising*, *Michigan Law Review*, št. 88/1989.

¹⁹ Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contracts*, Harvard University Press, 1993, str. 15 in nasl.

²⁰ Za pregled pravnoekonomske literature glej Wehrt, *Warranties*, v: De Geest (ur.), *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 6, Edward Elgar, 2011.

²¹ Podrobneje glej Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2007, str. 140 in nasl.

²² Glej Schaefer in Ott, opomba 4.

²³ Parisi, *The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic analysis*, *The American Journal of Comparative Law*, št. 52/2004.

3.1. Funkcija razkrivanja informacij

Cena neke stvari na trgu je v ekonomskem smislu pravzaprav mehanizem, ki sporoča njeno vrednost udeležencem na trgu, ta pa potem omogoča pospeševanje alokacije resursov, ki je ena temeljnih nalog konkurence. Sporočilna sposobnost cen pa v resnici izhaja iz ravnanja udeležencev na trgu, ki na podlagi te informacije kupujejo ali prodajajo blago.²⁴ Za ilustracijo vzemimo konkuriranje med trgovci s hmeljem, ki hmelj zato, ker mislijo, da ga bo naslednje leto zelo malo, želijo kupiti po ugodni ceni letos, to pa seveda začne potiskati ceno hmelja navzgor. Višanje cene prenaša informacijo o slabi prihodnji letini tudi recimo na lastnike skladišč, ki take informacije (o slabi prihodnji letini) še nimajo. Preprosto dejstvo, da obstaja točka v prihodnosti, ki bo vodila do cen, ki nagrajujejo bodisi kupce bodisi prodajalce, omogoča delovanje takega mehanizma.²⁵ Vendar pa tak mehanizem ne deluje vedno prav, posebno v primeru kakovosti blaga, ko ima prodajalec informacijo o kakovosti, pa je zaradi različnih vzrokov ne želi razkriti. Dejstvo, da s tem, ko prodajalec ne razkrije kakovosti stvari, v bistvu vedno nekaj pove, je morda eno najpomembnejših spoznanj ekonomske znanosti. Kaj pa je tisto nekaj, je seveda vedno odvisno od trga. Na nekaterih trgih bodo tako kupci, če ne bodo dobili nobenih informacij o kakovosti izdelkov, predvideli, da so ti povprečne, na nekaterih drugih pa, da so tiste najnižje kakovostne ravni. In če nato prodajalci z visokokakovostnimi izdelki nimajo možnosti, da bi se kredibilno razlikovali od prodajalcev z nizkokakovostnimi izdelki, bodo zadnji seveda imeli motiv skriti resnično kakovost izdelkov, vse to pa vodi do tako imenovanega trga limon in negativne selekcije, ko na trgu obstanejo samo izdelki slabe kakovosti (limone).²⁶

Kar nekaj ekonomistov pa je v svojih raziskavah dokazalo, da lahko problem asimetričnih informacij reši že delovanje trga.²⁷ V Grosmanovem modelu bodo tako na primer vsi prodajalci z nadpovprečno kakovostjo proizvodov spodbujeni svoje informacije svojim kupcem razkriti

²⁴ Grossman, The Information Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, *Journal of Law and Economics*, št. 3/1981.

²⁵ Grossman, Existence of Future Markets, Noisy Rational Expectations, and Informational Externalities, *The Review of Economic Studies*, št. 44/1977.

²⁶ Akerlof, Market for Lemmons; qualitative Uncertainty and the Market mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, št. 84/1977, in Wilson, The nature of equilibrium in Markets with Adverse Selection, *Bell Journal of Economics*, št. 2/1980.

²⁷ Glej na primer Grossman, Hart, Disclosure Laws and Takeover Bids, *Journal of Finance*, št. 35/1979; Milgrom, Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications, *Bell Journal of Economics*, št. 12/1981; Matthews, Postlewaite, Quality Testing and Disclosure, *Rand Journal of Economics*, št. 16/1985; Farell, Voluntary Disclosure: Robustness of the Unraveling Result, and Comments on its Importance, v: Grieson (ur.), *Antitrust and Regulation*, Lexington books, 1986; Fishman, Hagerty, The Optimal Amount of Discretion to Allow Disclosure, *Quarterly Journal of Economics*, št. 105/1990, v Rubin, *Information Regulation: Including Regulation of Advertising*, v: Bouckaert, De Geest (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

prostovoljno (na primer z dajanjem garancij).²⁸ Posledično se povprečna kakovost izdelkov drugih prodajalcev počasi niža, tako da vse več prodajalcev razkriva informacije o svojem produktu, in to vse dokler niso vsi prodajalci prisiljeni razkriti vseh informacij o svojih produktih.

Vendar pa je vprašanje o tem, do katere mere trg sam reši probleme informacijskih asimetrij, za zakonodajalca dosti manj relevantno kot za ekonomiste, saj je treba napake, ki nastanejo zaradi nedelovanja tržnih mehanizmov, nekako odpraviti, sanirati in jih regulirati. Tako lahko države z dobro delujočimi tržnimi mehanizmi z uporabo pravnih norm, ki take mehanizme še izboljšujejo, pridobijo ogromno, enako kot na primer države, v katerih je zelo malo poštnih ropov, še vedno potrebujejo sankcije (norme), če se bi taki ropi zgodili.

Poleg tega je literatura za rešitev informacijskih asimetrij identificirala številne nepopolne tržne mehanizme. Spence je tako pokazal, da takrat, ko o kakovosti izdelka ni mogoče dati točne informacije (na primer kako fantastičen je neki odvetnik), se kupci (klienti) na to odzovejo z opazovanjem in upoštevanjem drugih statistično povezanih dejstev (na primer z upoštevanjem cene in znamke odvetnikovega avtomobila, ki sta statistično gledano povezana z odvetnikovim finančnim uspehom in tudi s kakovostjo njegovega dela).²⁹ V ekonomski analizi prava tak pojav označujemo s terminom *signaliziranje* in prav s pomočjo tega signaliziranja lahko trg reši številne probleme informacijskih asimetrij. Vendar pa je treba biti pri tem previden, saj kljub temu da je signaliziranje dosti boljše kot nikakršno zagotavljanje informacij, še vedno ostaja razmeroma neučinkovit in zapravljen mehanizem zagotavljanja informacij (na primer odvetniki lahko za avtomobile zapravijo več, kot pa bi si sami v bistvu želeli).

Tudi garancije so v ekonomski literaturi videne kot eno od sredstev za omejevanje negativne selekcije.³⁰ Za ilustracijo vzemimo proizvod, ki se ga ne da natančno in določno opisati (na primer, kaj je super avto, saj je majhno verjetnost okvar zelo težko opisati v preprosti izjavi). Tu garancija deluje kot posredna izjava o kakovosti ponujenega avta. Zato bi morali take garancije brati nekako takole: »Sporočam ti, da ima ta izdelek kakovost x . Zato da te prepričam o svoji poštenosti, sem voljan nositi vse stroške popravil tega izdelka v naslednjih ... letih.« Kljub temu pa so garancije še vedno nepopolne rešitve za informacijske asimetrije, saj obvezujejo prodajalca tudi za kritje tistih izgub in škod, ki so bile povzročene z dejavniki zunaj njihovega dosega, poznavanja, vpliva in kontrole (eksterni faktorji) ali pa na podlagi nepreverljivega in

²⁸ Grossman, The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, *Journal of Law and Economics*, št. 24/1981. Glej tudi Okuno-Fujiwara, Postlewaite, Sozumura, Strategic Informational Revelation, *Review of Economic Studies*, št. 57/1986 (v katerem analizirajo pogoje, pod katerimi bo prostovoljno razkrivanje vodilo do popolnega razkrivanja informacij).

²⁹ Spence, Job-Marketing Signaling, *Quarterly Journal of Economics*, št. 87/1973.

³⁰ Glej na primer Grossman, opomba 50; Smith, Smith, Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information, *Journal of Legal Studies*, št. 19/1990. Za pregled in sistematizacijo literature glej Werth, Warranties, v: Bouckaert, De Geest (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

težko dokazljivega obnašanja kupcev (moralni hazard). Prav tako so nekateri ekonomisti prišli do ugotovitev, da nekateri tipi pogodb silijo pogodbene stranke neposredno k samoselekciji.³¹ Na primer, sadjarstvo, ki bi raje kot plačilo na uro ponudilo plačilo po nabranem kilogramu jabolok, bi najverjetneje pritegnilo delavce z višjo povprečno produktivnostjo in odgnalo tiste z nižjo (z drugimi besedami – tak tip plačila bi spodbudil *agenta/obiralca* k razkritju njegovega *tipa* ali pa k *samoselekciji*). Vendar pa tudi take vrste »trdih« pogodb niso brez stroškov, saj pogosto ustvarjajo več tveganja, kolikor bi bilo optimalno. Zato lahko sklenemo, da kljub obstoju sekundarnih rešitev lahko z uporabo primarnih izboljšamo delovanje tržnih mehanizmov.

3.2. Funkcija zagotavljanja optimalnih spodbud

Jamčevanje za stvarne napake v neki meri deluje tudi kot spodbuda strankam, da vlagajo v produkcijo in ohranitev kakovosti stvari (izdelkov). S tem instrumentom kupci »nadzirajo« prodajalčevo zagotavljanje funkcioniranja stvari, prodajalci pa kupčevo pravilno uporabo in vzdrževanje stvari (preprečevanje moralnega hazarda in oportunitizma).³² Garancija pa te funkcije zaradi obstoja problema dvostranskih spodbud nima.³³

3.3. Zavarovalno funkcija

Garancija in jamčevanje za stvarne napake pa v ekonomskem smislu pomenijo neko vrsto zavarovanja, saj kupca, ki tveganju ni naklonjen, zavarujejo za primer napak, nepravilnega delovanja, nastanka škode itd. Dodelitev oziroma delitev tveganj je namreč izredno pomemben mehanizem, razlog za sklepanje pogodb (vseh tipov). Zavarovanje je tako v ekonomskem smislu neka vrsta pogodbe, pri kateri ena pogodbeni stranka, ki tveganju ni naklonjena, za prevzemanje tveganja oziroma za zavarovanje plača premijo stranki, ki je do tveganj ravnodušna ali ga lahko prevzame učinkoviteje (z nižjimi stroški) in ki taka tveganja tudi zavaruje – zavarovalec/zavarovalnica.

4. Pravnoekonomska analiza ureditve garancije in jamčevanja za stvarne napake

Slovenska ureditev obvezne garancije, jamčevanja za stvarne napake, še posebno pa zdaj že umaknjeni predlog zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o varstvu potrošnikov, ki naj

³¹ Glej Stiglitz, *The Theory of Screening, Education and the Distribution of Income*, *American Economic Review*, št. 65/1975, in Stiglitz, *Economics of the Public Sector*, W. W. Norton & Company, New York, 1986.

³² Priest, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, *The Yale Law Journal*, št. 90/1980.

³³ Parisi, opomba 23, str. 15.

bi odpravil obvezno garancijo za brežhibno delovanje prodane stvari, je sprožila številne burne odzive tako laične kot strokovne javnosti. Pri tem velja poudariti, da je strokovna javnost razdvojena, saj precej komentatorjev meni, da je sedanja ureditev dobra (sistem obveznega jamčevanja za stvarne napake in obvezna garancija) in da bi bila odprava (tako, kot je bilo predlagano z umaknjem predlogom) škodljiva za zavarovanje ustrezne (višje) ravni varstva potrošnikov.³⁴ Drugi komentatorji, recimo Možina, pa menijo, da je ohranitev obvezne garancije neobvezen relikv jugoslovanskega prava.³⁵ Izsledki pravnoekonomske analize zadnjemu stališču v celoti pritrjujejo in ponujajo številne dodatne razloge za odpravo obvezne garancije. Obstoječa ureditev je tako vir neučinkovitosti, saj onemogoča konkurenco, sporočanje kakovosti (informacij) in s tem alokacijsko učinkovitost ter je vir moralnega hazarda, oportunitizma in negativne selekcije. Poleg tega je vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za sporočanje kakovosti (in vseh naštetih mehanizmov) prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij. Taka ureditev tudi ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za vsa tveganja, tudi tista, ki lahko izvirajo iz kupčeve sfere (iz njegove uporabe stvari) in nastanejo zaradi njegovega oportunističnega obnašanja. Pri čemer pa prodajalec nima prav nobenega vpliva na končna tveganja in višino zavarovanja – saj pojav teh tveganj ni odvisen od kakovosti izdelave nekega izdelka, ampak od kupčeve oportunistične uporabe tega izdelka. Tako zavarovanje je zato neučinkovito in škodljivo, saj kupca pravzaprav spodbuja k oportunističnemu obnašanju in neučinkoviti ravni preprečevanja nastanka tveganj (»nepravilni« uporabi stvari itd.).

Nemške zavarovalnice so na primer koncem 18. stoletja opazile zanimivo obnašanje svojih strank, kadar so jim odobrile zavarovanja za vsa tveganja. V trenutku sklenitve takega zavarovanja za vsa tveganja so te stranke postale dosti manj skrbne in so veliko slabše pazile na svoje premoženje kot prej, ko takih zavarovanj niso imele. Predvsem v mejnih primerih, ko bi recimo lahko preprečile nastanek škode in ko zavarovalnica ni mogla dokazati, da je šlo za opustitev dolžne skrbnosti. Prav ti ilustrativni mejni primeri v načelu veljajo tudi za garancijo, ki je zavarovanje za vsa tveganja. Raven skrbnosti in preprečevanja nastanka škode se bo z zakonsko dodelitvijo takega popolnega zavarovanja samodejno znižala (moralni hazard).

Še več, tak sistem tudi ne deluje kot spodbuda strankam, da investirajo v produkcijo in ohranitev kakovosti stvari (izdelkov), saj obvezna garancija v resnici ne zagotavlja kakovosti, ker pravzaprav onemogoča konkurenco, ki bi neposredno spodbujala kakovost izdelkov – v

³⁴ Glej na primer Kamnik, Dileme pravnega urejanja garancije po evropskem vzoru, Pravna praksa, št. 37/2011; Pintar, Potrošnik in garancija za brežhibno delovanje stvari, Pravna praksa, št. 1/2011; Pintar, Ali institut stvarne napake omogoča ugodnejše pravno varstvo kot institut obvezne garancije?, Pravna praksa, št. 10/2011.

³⁵ Možina, Obvezna garancija za brežhibno delovanje in varstvo kupca v evropskem pravu, Podjetje in delo, št. 1/2011; Možina, Obvezna garancija za brežhibno delovanje, Pravna praksa, št. 5/2011; Metelko, Minimalna harmonizacija in nekonkurenčnost garancije, Pravna praksa, št. 45/2008.

obratnem primeru se pojavi negativna selekcija (obvezna garancija onemogoča signaliziranje kakovosti), ki proizvajalcem in prodajalcem vzpostavlja ter zagotavlja napačne, negativne spodbude za neučinkovito obnašanje, ki vodi do tako imenovanega trga limon in negativne selekcije. V takem primeru potem na trgu prej ali slej obstanejo oziroma so na voljo samo izdelki slabše in nižje kakovosti (limone) od tistih, ki bi bili na voljo v razmerah popolne konkurence, delovanja mehanizmov signaliziranja ter preprečevanja moralnega hazarda in oportunitizma.

Pravnoekonomska analiza tako v celoti potrjuje argumente komentatorjev, da hkratni obstoj dveh sistemov kogentnega varstva potrošnikov ustvarja popolnoma nepotrebno zmedo, ne ustvarja nič boljše varstvo potrošnikov, je vir nepotrebnih stroškov in pomeni dodatno, nepotrebno obremenitev prodajalcev in proizvajalcev.³⁶ Ekonomska analiza prava tako zagovarja stališče, da bi bilo treba sedanji sistem odpraviti in uvesti (tudi skladno z evropsko direktivo) dosti učinkovitejši sistem kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki je nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije (ki lahko šele potem začne opravljati svoje ekonomske funkcije (signaliziranje, spodbujanje konkurence, zagotavljanje učinkovitih spodbud, zavarovanje, preprečevanje negativne selekcije itd.)).

5. Sklep

Na podlagi sistematizacije načel, ki jih lahko ponudijo štiri desetletja ekonomske analize prava, članek vsebuje primerjavo in kritično analizo ureditev obvezne garancije in jamčevanja za stvarne napake. Analiza tako po eni strani razkriva implicitno ekonomsko logiko teh določil, po drugi strani pa tudi opozarja na številne vire ekonomskih neučinkovitosti in mogočih nejasnosti, ki so prav tako sestavni del teh dveh določil in ki lahko po nepotrebem zmanjšujejo družbeno blaginjo. Trenutna ureditev je tako vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za sporočanje kakovosti prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij. Hkrati pa tudi ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za popolnoma vsa tveganja, tudi za tista, na katera nima vpliva in so lahko posledica oportunističnega obnašanja kupca. Obvezna garancija zaradi problema dvostranskih spodbud sama po sebi tudi ne zagotavlja kakovosti – primernejši je sistem kogentnega jamčevanja za stvarne napake in prostovoljne garancije. Sedanja ureditev bi bilo s pravnoekonomskega stališča treba odpraviti in uvesti učinkovitejši sistem kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki je nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije. Slovenska ureditev je tako s pravnoekonomskega in primerjalnopravnega stališča neučinkovita in zahteva odpravo obvezne garancije.

³⁶ Glej na primer Možina, opomba 33.

Literatura

- Akerlof, A. George, The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, št. 84/1970, str. 488–500.
- Atiyah, P. S., Smith, A. Stephen, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press Oxford, 2005.
- Beale, Hugh, Hartkamp, Arthur, Kotz Hein and Tallon Denis, *Contract Law: Cases, Materials and Text*, Hart Publishing, 2002.
- Barnett, E. Randy, Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, The Duty to Disclose, and Fraud, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, št. 15/1992, str. 783–803.
- Birmingham, L. Robert, The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: *Laidlaw v. Organ*, *WM. & Mary Law Review*, št. 29/1988, str. 249–283.
- Bouckaert, Budewijn, in De Geest, Gerrit, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Carlton, W. Dennis, Fischel, R. Daniel, The Regulation of Insider Trading, *Stanford Law Review*, št. 35/1983, str. 857–895.
- Cigoj, Stojan, *Teorija obligacij: Splošni del obligacijskega prava*, Uradni list RS, 2003.
- Coleman, L. Jules in drugi, A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, št. 12/1989, str. 249–275.
- Cooter, Robert, in Thomas Ulen, *Ekonomska analiza prava*, Finance, 2005.
- Craswell, Richard, *Contract Law: General Theories*, v: Bouckaert, Budewijn in De Geest, Gerrit (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 1999.
- Craswell, Richard, in Alan Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Foundation Press, 1994.
- Curran, Christopher, in David Haddock, *An Economic Theory of Comparative Negligence*, *Journal of Legal Studies*, št. 14/1985, str. 49–72.
- Curnes, J. Ellen, Protecting the Virginia Homebuyer: A Duty to Disclose Defects, *Vanderbilt Law Review*, št. 73/1987, str. 459–481.
- De Geest, G., *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1994.
- De Geest, Gerrit, Jacques Siegers in Roger Van Den Berg (ur.), *Law and Economics and the Labour Market*, *New Horizons in Law and Economics*, Edward Elgar, 1999.
- De Geest, Gerrit, Teun, Jaspers, Jacques, Siegers in Ann-Sophie, Vandenberghe, *The Right to Lie: New Law and Economics Versus Dutch Labour Law?*, v: De Geest, Gerrit, Jacques Siegers in Roger Van Den Berg (ur.), *Law and Economics and the Labour Market*, *New Horizons in Law and Economics*, Edward Elgar, 1999.

- De Geest, Gerrit, *Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Doctrines*, v: Deffains, Bruno, in Kirat, Thierry (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, New York, JAI (Elsevier), 2001, str. 107–124.
- De Geest, Gerrit, *The Signing-Without-Reading Problem: An Analysis of the European Directive on Unfair Contract Terms*, v: Schäfer, Hans-Bernd and Lwowski, Hans-Jürgen (ur.), *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen*, Deutscher Universitätsverlag, 2002, str. 213–235.
- Dolenc, Mile, v: Juhart, M., Plavšak N. (red.), *Obligacijski zakonik, Splošni del, s komentarjem*, GV Založba, 2003.
- Farrell, J., *Voluntary Disclosure: Robustness of the Unraveling Result, and Comments on Its Importance*, v: R. Grieson (ur.), *Antitrust and Regulation*, Lexington books, 1986.
- Flume, Werner, *Algemeiner Teil des Burgelichen Rechts, Das Rechtsgeschäft*, 3. izd., Berlin-Heidelberg-Nova Lorque, 1979.
- Fishman, J. Michael, Hagerty, M. Kathleen, *The Optimal Amount of Discretion to Allow in Disclosure*, *Quarterly Journal of Economics*, št. 104/1990, str. 427–444.
- Fuller, F. Hoffman, *Mistake and Error in the Law of Contracts*, *Emory Law Journal*, št. 33/1984, str. 1537–1643.
- Ghestin, Jacques, *The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, 1: French Report*, in Harris and Tallon (ur.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford University Press, 1989.
- Giliker, Paula, *Pre-contractual Liability in English and French Law*, *Kluwer Law International*, 2002.
- Giliker, Paula, *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*, *European Review of Private Law*, št. 5/2005, str. 621–640.
- Gordley, James, *Mistake in Contract Formation*, *American Journal of Comparative Law*, št. 52/2004, str. 433–468.
- Gordley, James, in Von Mehren, A. Taylor, *An introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, 2006.
- Grossman, J. Sanford, *The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality*, *Journal of Law and Economics*, Vol. XXIV, str. 461–489, 1981.
- Hayek, F. A., *The Use of Knowledge in Society*, *American Economic Review*, št. 35/1945, str. 519–530.
- Hirschleifer, Jack, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*, *American Economic Review*, št. 61/1971, str. 561–574.
- Jovanovic, Boyan, *Truthful Disclosure of Information*, *Bell Journal of Economics*, št. 13/1982, str. 36–44.
- Juhart, M., Plavšak, N. (red.), *Obligacijski zakonik – Splošni del s komentarjem*, GV Založba, 2003.

- Kamnik, T., Dileme pravnega urejanja garancije po evropskem vzoru, *Pravna praksa*, št. 37/2011, str. 17–19.
- Keeton, W. Page, *Fraud-Concealment and Non-Disclosure*, *Texas Law Review*, št. 15/1936, str. 15–44.
- Kovač, Mitja, *Comparative Contract Law and Economics*, Edward Elgar, 2011.
- Kötz, Hein, *Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective*, *European Journal of Law and Economics*, št. 9/2000, str. 5–19.
- Kronman, T. Anthony, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, *Journal of Legal Studies*, št. 7/1978, str. 1–34.
- Landes, M. William, in Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987.
- Mackaay, Ejan, *Economics of Information and Law*, Kluwer Nijhoff Publishing, 1982.
- Mahoney, G. Paul, *Contract Remedies: General*, v: Bouckaert, Boudewijn, in De Geest, Gerit (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Inc., 1999.
- Markesinis, Basil, Unberath, Hannes, in Johnston, Angus, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006.
- Marshall, M. John, *Private Incentives and Public Information*, *American Economic Review*, št. 64/1974, str. 373–390.
- Matthews, Steve, in Andrew Postlewaite, *Quality Testing and Disclosure*, *The RAND Journal of Economics*, št. 3/1985, str. 328–340.
- Metelko, M., *Minimalna harmonizacija in nekonkurenčnost garancije*, *Pravna praksa*, št. 45/2008, str. 13–16.
- Milgrom, P. R., *Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications*, *Bell Journal of Economics*, št. 12/1981, str. 380–391.
- Možina, D., *Obvezna garancija za brezhibno delovanje in varstvo kupca v evropskem pravu*, *Podjetje in delo*, št. 1/2011, str. 38–48.
- Možina, D., *Obvezna garancija za brezhibno delovanje*, *Pravna praksa*, št. 5/2011, str. 13–17.
- Nicholas, Barry, *The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, 2: English Report*, v: Harris in Tallon (ur.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford University Press, 1989.
- Okuno-Fujiwara, Mashiro, Andrew Postlewaite in Suzumura Kotaro, *Strategic Information Revelation*, *The Review of Economic Studies*, št. 57/1990, str. 25–47.
- Parisi, F., *The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic analysis*, *The American Journal of Comparative Law*, št. 52/2004, str. 403–431.
- Pintar, B., *Potrošnik in garancija za brezhibno delovanje stvari*, *Pravna praksa*, št. 1/2011, str. 17–20.
- Pintar, B., *Ali institut stvarne napake omogoča ugodnejše pravno varstvo kot institut obvezne garancije?*, *Pravna praksa*, št. 10/2011, str. 7–9.

- Plavšak, Nina, Juhart, Miha, in Renato Vrenčur, *Obligacijsko pravo, Splošni del*, GV Založba, 2009.
- Priest, L. G., *A Theory of the Consumer Product Warranty*, *Yale Law Journal*, št. 90/1980, str. 1297–1352.
- Posner, A. Richard, *Economic Analysis of Law*, 6. izd., Aspen Publishers, 2003.
- Rasmusen, Eric, in Ian Ayres, *Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law*, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXII/1993, str. 309–345.
- Shavell, Steven, *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*, *The RAND Journal of Economics*, št. 1/1994, str. 20–36.
- Smith, Janet Kiholm, in Richard L. Smith, *Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information*, *Journal of Legal Studies*, Vol. XIX/1990, str. 467–488.
- Spence, A. S., *Job-Marketing Signaling*, *Quarterly Journal of Economics*, št. 87/1973, str. 355–374.
- Stigler, J. George, *The Economics of Information*, *Journal of Political Economy*, št. 69/1961, str. 213–225.
- Šinkovec, J., Tratar, B., *Obligacijski zakonik s komentarjem in sodno prakso*, *Oziris*, 2001.
- Trebilcock, J. Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993.
- Wehrt, K., *Warranties*, v: De Geest, G. (ur.), *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 6, Edward Elgar, 2011.
- Williamson, E. Olivier, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975.
- Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon (ur.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.

Nekateri problemi odstopa terjatev

IV.

RENATO VRENČUR

Odstop terjatve v zavarovanje in zastavna pravica na terjatvi

MIHA JUHART

Večkratni odstop terjatve

GREGOR DUGAR

Pobot z odstopljeno terjatvijo

Izvirni znanstveni članek
 UDK 347.415(497.4), 347.466(497.4)

Odstop terjatve v zavarovanje in zastavna pravica na terjatvi

PROF. DR. RENATO VRENČUR,
 Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. Odstop terjatve v zavarovanje

1.1. Uvod

V prvem odstavku 417. člena Obligacijskega zakonika (OZ)¹ je določeno, da lahko upnik s pogodbo, ki jo sklene s tretjim, prenese nanj svojo terjatev, izvzemši terjatve, katerih prenos je z zakonom prepovedan, kot tudi tiste, ki so povezane z osebnostjo upnika ali njihova narava nasprotuje prenosu na drugega. Iz take formulacije cesija lahko izpeljemo, da učinkuje cesija neposredno na pravico tako, da se ta prenese. S tem pa stopi cesionar na mesto cedenta. Do prenosa pripadnosti pravice ne pride zgolj na podlagi zavezovalnega posla (na primer prodajne pogodbe), ampak je potrebna še cesija, ki pomeni stvarnopravno pogodbo (razpolagalni posel).

Glede odnosa med zavezovalnim in razpolagalnim poslom tudi tukaj ni posebnosti. To, kar velja na splošno pri pravnoposlovnih prenosih stvarnih pravic, velja tudi za terjatve in druge premoženjske pravice. Cesija kot razpolagalni posel je torej v kavzalnem odnosu z zavezovalnim pravnim poslom. Glavna razlika v primerjavi s pravnoposlovnim prenosom lastninske pravice pa je ta, da se pri prenosu lastninske pravice zaradi publicitetnih vidikov zahteva še neko realno dejanje, da bi bil prenos pravice dokončan (izročitev premične stvari oziroma vpis v zemljiško knjigo). Tega pa pri cesiji ni, ker nima fizično opredmetenega objekta. Zato je pri cesiji pomembna zlasti obvestitev dolžnika, da bi postala sprememba pripadnosti javna, kar v celoti utrdi cesionarjev pravni položaj.

¹ OZ, Uradni list RS, št. 83/2001 s spremembami.

1.2. Globalna fiduciarna cesija

Posamezna terjatev pogosto ne bo zadoščala varovalnim interesom kreditodajalca (fiduciarja). Kreditodajalec bo skušal fiduciarno zavarovanje oblikovati tako, da bo znesek terjatev, ki se odstopajo v zavarovanje, presegal višino odobrenega kredita. Pri fiduciarni cesiji obstajajo namreč različne nevarnosti, ki lahko zelo oslabijo fiduciarjev varovalni položaj. Konstrukcija fiduciarnega zavarovanja je podvržena nevarnosti, da bo postal dolžnik konkretne odstopljene terjatve plačilno nesposoben. Prav zato bo v okviru fiduciarne cesije najpogosteje odstopljenih več obstoječih terjatev, ki jih ima fiduciant do svojih različnih dolžnikov. Pogosto pa tudi taka fiduciarna cesija svežnja obstoječih terjatev ne bo zadoščala, zato se je v poslovni praksi razvila tako imenovan globalna cesija (*Globalzession*), ko fiduciant odstopi fiduciarju v zavarovanje vse obstoječe in bodoče terjatve. S tem pa se bistveno zmanjšajo riziki plačilne nesposobnosti določenih dolžnikov ali riziki prenehanja določenih terjatev zaradi izpolnitve fiduciantu.²

Ker gre pri globalni cesiji predvsem za odstop bodočih terjatev, je jasno, da je globalna cesija večinoma anticipirana cesija, ki pridobi pravne učinke z nastankom konkretnih terjatev. Glede na to, da gre za odstop bodočih terjatev, te ne morejo biti natančno individualizirane. To je tudi bistvo globalne cesije. Zadostuje, da vsebuje fiduciarni dogovor kriterije za določljivost terjatev, ki se prenašajo (na primer glede na blago, storitev, državo, posameznega dolžnika). Sicer pa morajo biti terjatve določene bodisi v času sklenitve dogovora bodisi v času njihovega nastanka. Terjatve, ki obstajajo že v času sklepanja fiduciarnega dogovora, morajo biti določene že takrat. Za bodoče terjatve pa je dovolj, da so določene ob njihovem nastanku oziroma prehodu na fiduciarja. Ob sklepanju anticipirane cesije zadostuje torej določljivost,³ kar je razumljivo glede na pravno naravo odstopa bodočih terjatev. Prav določljivost bodočih terjatev je prepoznavni znak globalne cesije. Prevelika strogost glede načela specialnosti bi globalne cesije v celoti onemogočila. Tako je omenjeno stvarnopravno načelo v tej zvezi nekoliko omiljeno, vendar le toliko, da ni ogrožena pravna varnost.

Navaja se, da pomeni odstop bodočih terjatev »razpolaganje« s še ne nastalo pravico ter lahko zato prenos učinkuje šele takrat, ko pravica nastane. V času, ko terjatev še ne obstoji, pa lahko gre le za prenos pričakovanja. V zvezi z določljivostjo pa se vendar zastavljajo vprašanja, kakšne zahteve so postavljene, da je temu kriteriju zadoščeno. Nobenih težav ni pri obstoječih terjatvah, ki jih lahko povsem konkretno opredelimo:

² Primerjaj pri Bülow, 330.

³ Odločilen čas določenosti je čas prehoda terjatev. To je pri obstoječih terjatvah čas, ko je bila sklenjena cesija. Pri anticipirani cesiji pa morajo biti terjatve določene kasneje, v času njihovega nastanka in prehoda. V času sklepanja anticipirane cesije pa je kriterij določenosti znižan na kriterij določljivosti. Posledica tega je seveda ta, da anticipirani fiduciarni odstop nima nikakršnih pravnih učinkov. Te dobi šele kasneje, ko terjatev nastane (Bülow, 332).

Na primer terjatev iz prodaje fotokopirnega stroja znamke X, št. 345627, do kupca AA, d. o. o., iz Maribora, v višini 20.000,00 EUR.

Pri bodočih terjativah pa pogosto niti fiduciantu niti fiduciarju v času sklepanja anticipiranega dogovora o fiduciarni cesiji ni znano, naproti komu, kdaj, v kolikšni višini in na kateri pravni podlagi bodo terjatve nastale. Zato je pomembno, da fiduciant in fiduciar skušata skozi ustrezno formulacijo pogodbenih določil zaobseči vse mogoče primere nastanka terjatev, kar bo najpogosteje zapisano v splošnih pogojih pogodbe ali formularnih pogodbah.⁴

Če zadostuje za zavarovanje le del terjatve ali določena kvota terjatev, kar je treba opredeliti zneskovno (na primer terjatev oziroma terjatve v višini 100.000,00 EUR), bo smiselno, da fiduciant fiduciarju ne bo odstopil celotne terjatve oziroma vseh terjatev. Bodoče terjatve bodo z njihovim nastankom prehajale v zavarovanje na fiduciarja, in sicer po vrstnem redu, kot bodo nastajale. Ko bo neka kvota napolnjena, pa se bo prehod terjatev ustavil. Če ne gre za »tiho«⁴ fiduciarno cesijo, je smiselno, da fiduciant na fakturah, poslanih svojemu dolžniku, temu naznani vsako posamično cesijo terjatve na fiduciarja. Tako bo kontrola nad kvoto v celoti prepuščena fiduciantu, ki je za to gotovo najbolj zainteresiran. Pri fiduciarnem odstopu vseh obstoječih in bodočih terjatev na fiduciarja (najpogosteje banko) lahko pride do prezarovanja banke kot kreditodajalca. S tem pa se lahko postavi pod vprašaj veljavnost takega zavarovanja. Zato je v takem primeru tako za fiducianta kot tudi za fiduciarja koristno, da si fiduciant izgovori zahtevek po povratnem prenosu fiduciarno prenesenih terjatev, ki presegajo potrebe zavarovanja.⁵ Rešitev za nakazane probleme pa je lahko tudi tako imenovana plaščna cesija (*Mantelzession*), ki je po pravni naravi predpogodba o odstopanju posamičnih terjatev, ko te nastanejo. Pri plaščni cesiji se fiduciant zaveže pošiljati fiduciarju sezname terjatev do dolžnikov, in sicer najmanj do višine zavarovanega kredita. Šele s pošiljativjo seznama te terjatve preidejo na fiduciarja. Nemška pravna teorija namreč ločuje plaščno globalno cesijo in siceršnjo globalno cesijo. Fiduciant se s plaščno cesijo v bistvu zaveže prenesti na fiduciarja terjatve, ko bodo nastale. Glede na to gre pri plaščni cesiji zmeraj za prenos obstoječih terjatev. Terjatve se specificirajo šele s predložitvijo seznama ali računov (faktur). V zvezi s factoringom plaščna cesija ni priljubljena in se v okviru factoringa le redko dogovori, saj postane najprej cedent imetnik terjatev in jih šele nato prenaša s posebnim razpolagalnim aktom (cesijo) na tretjega.⁶ Treba je seveda pojasniti, da tudi vnaprejšnja cesija (*Vorausabtretung*) bodočih terjatev nima takojšnjih učinkov. Ti nastanejo šele z nastankom terjatev in s tem trenutkom tudi preidejo na cesionarja.⁷ Vendar pa se ta prenos zgodi bistveno drugače kot pri plaščni

⁴ Bülow, 331.

⁵ Glej tudi pri Bülow, str. 334 in 335.

⁶ Martinek, str. 259; Hill, str. 29; Serick, str. 155.

⁷ Juhart, Cesija, str. 64; Medicus, str. 343.

cesiji. Ni namreč potreben dodatni prenosni akt cesije, kar pa je za pravne učinke plaščne cesije vselej pogoj.

Pri anticipirani cesiji že pojmovno ni mogoče zadostiti kriteriju določenosti, ker ta terja obstoj terjatve. Prav zato je nemška sodna praksa dopustila za anticipirane odstopne bodočih terjatev kriterij določljivosti, ki seveda zajema nižjo stopnjo individualizacije kot kriterij določenosti, ki predpostavlja obstoj terjatve. Kriterij določenosti je v bistvu izraz stvarnopravnega načela specialnosti, ki je v pravni sistem postavljeno zaradi pravne jasnosti in preglednosti stvarnopravnih razmerij. Jasno mora torej biti, kaj je objekt neke pravice in kakšna je vsebina imetnikove pravne oblasti.

1.3. Anticipirana fiduciarna cesija

Tako kot pri bodočih stvareh se tudi glede bodočih terjatev postavlja vprašanje, kakšno pravno varstvo je dano cesionarju v primeru anticipirane cesije. Glede zavezovalnega pravnega posla ni spora, da je lahko sklenjen z vsemi obligacijskopравnimi učinki še pred nastankom terjatve. Zavezovalni posel torej ne pridobiva pravnih učinkov kasneje, ampak že ko je sklenjen. Kasneje pa nastopijo učinki prenosa terjatev. Tako je mogoče o anticipiranju govoriti le v zvezi s cesijo kot razpolagalnim pravnim poslom. Dokler terjatev še ni nastala, cedent nima razpolagalne sposobnosti, da bi jo prenašal na tretjega. Nima objekta prenosa oziroma ni še imetnik pravice. Nima torej terjatve in s tem tudi ne imetništva nad terjatvijo. Ker cedent ne more prenesti na drugega več pravic, kot jih ima sam (*nemo plus ...*), je razumljivo, da s sklepom zavezovalnega posla in vnaprejšnje (anticipirane) cesije še ne pride do spremembe pripadnosti na terjatvi. Gre za podobno situacijo kot pri anticipiranem posestnem konstitutu, le da tukaj ni dogovora o konstitutu. Za sicer kasnejše učinke spremembe pripadnosti zadostuje že (predhodni) sklep zavezovalnega in razpolagalnega (cesije) pravnega posla. Ko terjatev nastane, nastopijo učinki spremembe pripadnosti. V nemškem pravu ni spora o dopustnosti anticipiranih cesij, nekoliko bolj se razpravlja le o načinu prehoda terjatve (sistem posredne ali sistem neposredne pridobitve terjatve).⁸

Tudi v slovenskem pravu ni zadržkov za odstop bodočih terjatev.⁹ Tako kot je dopustna običajna cesija bodočih terjatev, je dopustna tudi anticipirana fiduciarna cesija bodočih terjatev.

Posebni problemi se lahko pojavijo, če cedent (fiduciant) iste terjatve odstopi večkrat. Če gre za večkratni fiduciarni odstop obstoječih terjatev, bo kasnejša fiduciarna cesija neučinkovita, saj je cedent razpolagal z nečim, česar v njegovem premoženju ni več, in zato nima več razpolagalne sposobnosti. V tem primeru bo učinkovita le prva cesija, kasnejši cesionar pa dobi

⁸ Bülow, str. 327 in 328.

⁹ Juhart, Cesija, str. 66.

le obligacijski zahtevke na vračilo plačanega, ker ni prišlo do spremembe pripadnosti terjatve. SPZ je namreč večkratni odstop iste terjatve uredil drugače kot OZ. Večkratni odstop se po SPZ ravna glede na prioriteto cesije. Če je bila ista terjatev večkrat odstopljena v zavarovanje, pridobi terjatev tisti, ki mu je bila terjatev odstopljena prvemu (tretji odstavek 207. člena SPZ). Vendar je treba poudariti, da velja taka ureditev samo za konflikt dvoje ali več odstopov terjatev v zavarovanje. Torej samo za fiduciarne odstope.¹⁰ V tej zvezi tudi ne smemo prezreti določbe drugega odstavka 209. člena SPZ, ki zahteva obliko notarskega zapisa za absolutno učinkovanje fiduciarne cesije v primeru fuduciantove nesolventnosti oziroma izvršbe na njegovo premoženje.

Ureditev večkratnega odstopa iste terjatve v OZ pa drugače od SPZ temelji na prioriteti obvestitve. Če je upnik odstopil isto terjatev raznim osebam, pripada terjatev tistemu prevzemniku, o katerem je odstopnik najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku oglasil prvi (420. člen OZ). Ureditev večkratnega odstopa v OZ se ocenjuje za neprimerno,¹¹ saj za učinkovitost cesije ni potrebna obvestitev dolžnika (glej 419. člen OZ), medtem ko je pri večkratnem odstopu iste terjatve prav obvestitev dolžnika konstitutivni element za učinkovit prenos (cesijo) terjatve. Če je sistem cesije v osnovi zgrajen tako, da obvestitev ni konstitutivni pogoj za odstop terjatve, naj velja tako tudi v primeru večkratnega odstopa iste terjatve. Potem naj tudi tukaj velja prioriteta cesije, in ne prioriteta obvestitve.

Ker veljata po OZ in SPZ dva različna sistema večkratne cesije iste terjatve, se zastavlja vprašanje, kako obravnavati primere, če pride do konflikta fiduciarne cesije in »običajne« cesije. Ugotovimo lahko, da bo v primeru dveh ali več cesij iste terjatve, pri čemer pa te cesije ne bodo fiduciarne, veljalo pravilo OZ. Učinkovitost cesije bo odvisna od prioritete obvestitve. Medtem ko bo v primeru dveh ali več fiduciarne cesij iste terjatve veljalo pravilo SPZ. Učinkovitost cesije bo odvisna od prioritete cesije. Glede na jasno dikcijo tretjega odstavka 207. člena SPZ lahko ugotovimo, da velja specialni režim po SPZ le za konflikte večkratnih fiduciarne cesij iste (obstoječe) terjatve. To pa pomeni, da bo v primeru konflikta med »običajno« cesijo in fiduciarne cesijo iste terjatve treba uporabiti (splošno) ureditev iz OZ. Glede na določbo 420. člena OZ bo imela v takem konfliktu odločujoč pomen obvestitev dolžnika.

Primeri, ko lahko pride do večkratnega odstopa iste terjatve, so lahko zelo različni. Tako bo lahko prišlo na primer do konflikta med fiduciarne cesijo pri podaljšanem pridržku lastninske pravice in običajne cesijo pri faktoringu, če bo cedent, ki je z banko sklenil posel faktoringa, kupoval blago na podlagi podaljšanega pridržka lastninske pravice. V tem primeru bo prišla

¹⁰ Pri oblikovanju fiduciarne cesije v Stvarnopravnem zakoniku (SPZ, Uradni list RS, št. 87/2002) je bilo sprejeto stališče teorije, ki je opozarjala na neustreznost ureditve večkratne cesije iste terjatve glede na prioriteto obvestitve. Podrobneje o tem Tratnik, str. I–V.

¹¹ Glej pri Cigoj, str. 1288; kritično tudi Tratnik, str. I–II.

v poštevdoločba OZ, kar pomeni, da bodo terjatve prešle v premoženje cesionarja, o katerem bo dolžnik najprej obveščen.

Če gre za anticipiran odstop bodočih terjatev, naletimo na malce več težav. Glede na to, da pride do spremembe pripadnosti terjatve takrat, ko ta nastane, lahko ugotovimo, da bi dobili obe anticipirani cesiji ali več pravne učinke v istem trenutku. Kdo naj torej postane samostojni imetnik vnaprej prenesene terjatve? Ali naj vsi cesionarji pridobijo sorazmerno enaki del terjatve? Dejstvo je, da se več anticipiranih cesij izključuje in da si vsebinsko nasprotujejo.¹²

Nemška sodna praksa ima v tej zvezi zlasti konfliktne primere glede večkratne vnaprejšnje globalne cesije. Tak konflikt je tipičen predvsem med podaljšanim pridržkom lastninske pravice in faktorinško cesijo. Pri podaljšanem pridržku lastninske pravice je namreč realnim učinkom navadnega pridržka priključena še fiduciarna (globalna) cesija bodočih terjatev, ki jih pridobi kupec, ki je kupil stvar s pridržkom lastninske pravice, do svojih odjemalcev. Te terjatve kupec z anticipirano cesijo, ki jo je sklenil že v času sklenitve prodajne pogodbe s podaljšanim pridržkom lastninske pravice, prenese na svojega prodajalca v zavarovanje njegovih terjatev po še neplačanih kupninah. Pri faktorinški globalni cesiji gre za sistem financiranja gospodarskih subjektov. Cedent v tem primeru prenaša na cesionarja (največkrat banko) vse svoje obstoječe in bodoče terjatve, ki jih ima oziroma jih bo pridobil do svojih odjemalcev. Banka pa te terjatve proti plačilu sprejme bodisi regresno (nepravi faktoring) bodisi neregresno (pravi faktoring) ali pa zgolj v inkaso.

1.4. Ureditev fiduciarne cesije v slovenskem pravu

Novi OZ, ki na prvi pogled ni videti bistveno spremenjen glede na prejšnjo ureditev, prinaša v zvezi z nekaterimi pravnimi instituti pomembne spremembe. Ena takih je gotovo na področju cesije, saj je OZ v celoti sprostil prenosnost terjatev iz gospodarskih pogodb, s tem ko je »ukinil«
absolutne učinke dogovora o prepovedi cediranja. Prav tako je v cesijo posegel SPZ, saj je uredil (dopolnil) odstop v zavarovanje ter problem večkratne cesije iste terjatve v zavarovanje. SPZ je tudi predpisal posebno oblikovno zahtevo za odstop v zavarovanje ter uredil pravne položaje fiducianta in fiduciarja v primeru nesolventnosti in izvršbe.

SPZ je v poglavju o prenosu v zavarovanje uredil poleg prenosa lastninske pravice v zavarovanje tudi odstop terjatve v zavarovanje. Po izrecni določbi prvega odstavka 207. člena SPZ je odstop terjatve v zavarovanje (fiduciarna cesija) oblika zavarovanja terjatve, pri kateri odstopnik (cedent) odstopi terjatev prevzemniku (cesionarju). Če ni drugače dogovorjeno, se šteje, da je pridobitelj pridobil terjatev pod razveznim pogojem plačila zavarovane terjatve. Tudi za fiduciarno cesijo se smiselno uporabljajo določbe o odstopu terjatve (drugi odstavek

¹² Glej tudi pri Bülow, 329.

207. člena SPZ). Določbi OZ in SPZ se ne podvajata. OZ ureja v okviru določbe o odstopu v zavarovanje posebno obliko zavezovalnega posla,¹³ medtem ko govori SPZ o razpolagalnem poslu, ki ga veže na domnevani razvezni pogoj. Razvezno pogojevanje ustvarja avtomatizem povratnega prenosa terjatve, ki je bila odstopljena v zavarovanje. Pravilneje rečeno, odstop preneha učinkovati, če se pogoj izpolni (glej tretji odstavek 59. člena OZ). Razvezni pogoj je torej s presumpcijo *ex lege* vraščen v razpolagalni pravni posel. Ko fiduciant poravna zavarovano terjatev, odstop v zavarovanje preneha učinkovati, kar pomeni, da postane polni imetnik terjatve spet fiduciant.

Razvezni pogoj pri tem modelu zavarovanja relativizira princip neakcesornosti. Glede na to, da ob plačilu zavarovane terjatve »pade« v zavarovanje prenesena terjatev samodejno nazaj na fiducianta, se ustvarijo pravni učinki, kot jih poznamo pri akcesornih oblikah zavarovanja (na primer pri zastavni pravici). Vendar je treba ugotoviti, da tudi pri tem modelu fiduciarnega prenosa neakcesornost ni v celoti porušena. Neakcesornost se še vedno kaže v primeru cesije zavarovane terjatve, pri kateri v zavarovanje prenesena terjatev ne sledi zavarovani terjatvi.

Pogodbeni stranki pa bosta lahko oblikovali tudi nepogojni fiduciarni prenos terjatve, vendar ne bo takega avtomatizma kot v zgornjem primeru. V tem primeru bo obstajala obveznost fiduciarja po povratnem prenosu terjatve na fiducianta, ko bo slednji plačal zavarovano terjatev. Ta model fiduciarnega odstopa terjatve je glede na zavarovano terjatev v celoti neakcesoren. Njegova pozitivna odlika pa je zlasti v tem, da ga je mogoče ustanoviti vnaprej (»na zalogo«). Prav tako lahko obstoječi fiduciarni prenos ostane v funkciji zavarovanja tudi za novo terjatev.

Večkratni fiduciarni odstop iste terjatve se po SPZ ravna glede na prioriteto cesije. Če je bila ista terjatev večkrat odstopljena v zavarovanje, pridobi terjatev tisti, ki mu je bila terjatev odstopljena prvemu (tretji odstavek 207. člena SPZ). Vendar je treba poudariti, da velja taka ureditev samo za konflikt dvoje ali več odstopov terjatev v zavarovanje. Torej samo za fiduciarne odstopne. Ureditev večkratnega odstopa iste terjatve v OZ pa temelji na prioriteti obvestitve. Če je upnik odstopil isto terjatev raznim osebam, pripada terjatev tistemu prevzemniku, o katerem je odstopnik najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku prvi oglasil (420. člen OZ).

1.5. Fiduciarna cesija v razmerah insolventnosti in izvršbe

SPZ je dogradil ureditev fiduciarne cesije tudi z določbo o plačilni nesposobnosti cesionarja in cedenta v primeru zavarovanja s fiduciarno cesijo (209. člen SPZ). Odstop terjatev v zavarovanje namreč ni običajna cesija. Dogovorjena je v cilju zavarovanja terjatev. Vendar pa pridobi fiduciar s fiduciarno cesijo več pravne oblasti, kot jo potrebuje za namene zavarovanja.

¹³ Juhart, Cesija, str. 205.

Ta »presežek« pravne oblasti pravni redi zato kompenzirajo v primeru stečaja in individualne izvršbe. Tako se fiduciarju v primeru fiduciantovega stečaja priznava nekaj manj kot polno imetništvo terjatev, in sicer le ločitvena pravica. Ločitvena pravica je priznana tako fiduciarju v primeru fiduciarne cesije z namenom zavarovanja kot tudi v primeru fiduciarne prenosa lastninske pravice z namenom zavarovanja.¹⁴ Ugotovimo torej lahko, da se v primeru neplačevitosti fiducianta fiduciarne zavarovanja nagibajo v bistvu k pravnim učinkom zastavne pravice, in ne k polnemu imetništvu terjatve oziroma polni lastninski pravici. Temu ustrezno se ravna tudi pravni položaj fiducianta v primeru insolventnosti fiduciarja. Fiduciantu je namreč priznan položaj izločitvenega upnika glede prenesenih terjatev, če je zavarovano terjatev plačal.¹⁵

Za pravne učinke ločitvene pravice SPZ postavlja dodatne zahteve, in sicer obliko notarskega zapisa za sporazum o odstopu terjatve v zavarovanje. V drugem odstavku 209. člena SPZ je namreč določeno, da se v primeru plačilne nesposobnosti cedenta smiselno uporabljajo določbe 206. člena SPZ samo, če je sporazum o odstopu terjatve v zavarovanje sklenjen v obliki notarskega zapisa. To seveda ne pomeni, da bo fiduciarne cesija, ki ne bo sklenjena v obliki notarskega zapisa, neveljavna. Tudi taka fiduciarne cesija bo učinkovita *inter partes*, toda v primeru plačilne nesposobnosti fiducianta fiduciar ne bo mogel konkurirati z drugimi upniki fiducianta. Realna zavarovanja plačil so namreč namenjena predvsem za primere, ko postane dolžnik (dajalec zavarovanja) plačilno nesposoben, pri čemer pa se ravno v takih situacijah upniku (prejemniku zavarovanja) zagotavlja kvalitetnejši pravni položaj v konkurenci z upniki, ki svojih terjatev niso zavarovali.

Ugotovimo lahko, da sta tako OZ kot tudi SPZ v veliki meri posegla v ureditev cesije. Pravna instituta, ki sta doživela spremembo, sta predvsem dogovor o prepovedi cediranja in fiduciarne cesije. V zvezi s fiduciarne cesije se poslovni praksi priporoča, naj ne pozablja na notarski zapis za sporazum o cesiji. Glede na nastop pravnih učinkov v primeru večkratnega odstopa iste terjatve pa gotovo ne bo odveč, če bodo fiduciarji in drugi cesionarji poskrbeli, da bo dolžnik o cesiji čim prej obveščen. To pomeni, da bo zaradi prikazane ureditve veliko bolj varna javna (notificirana) cesija, ki pa pogosto ne bo ustrezala željam fiducianta.

Fiduciant lahko proti fiduciarjevim upnikom ugovarja nedopustnost izvršbe, prav tak položaj pa uživa tudi fiduciar, ki lahko proti fiduciantovim upnikom ugovarja nedopustnost izvršbe

¹⁴ Bülow, str. 408; Reinicke, Tiedtke, str. 224.

¹⁵ Reinicke, Tiedtke, str. 224. V 209. členu SPZ je namreč določeno, da se v primeru neplačevitosti cesionarja in cedenta smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za primer neplačevitosti fiducianta in fiduciarja pri prenosu lastninske pravice v zavarovanje. Tukaj pa je določeno, da ima fiduciar v primeru neplačevitosti (stečaj ali prisilna poravnava) fiducianta ločitveno pravico na fiduciarne preneseni premičnini. V primeru individualne izvršbe pa lahko fiduciar uveljavlja nedopustnost izvršbe (glej 206. člen SPZ). V primeru neplačevitosti fiduciarja gre fiduciantu izločitvena pravica na fiduciarne preneseni premičnini, v primeru individualne izvršbe pa lahko fiduciant prav tako ugovarja nedopustnost izvršbe na fiduciarne preneseni premični stvari (glej 205. člen SPZ).

(209. člen SPZ v zvezi z 205. in 206. členom SPZ). Ureditev je malce nenavadna. Če priznamo fiduciarju položaj ločitvenega upnika v stečaju in prisilni poravnavi, bi bilo prav, da se mu v izvršbi prizna položaj, kot ga uživa zastavni upnik.

2. Zastavna pravica na terjatvi

2.1. Uvod

Zastavna pravica na terjatvi nastane v trenutku, ko dolžnik zastavljene terjatve od zastavitelja prejme obvestilo, da je terjatev zastavljena. Za pridobitev zastavne pravice na terjatvi mora torej biti dolžnik (*poleg veljavne zastavne pogodbe, razpolagalnega posla, razpolagalne sposobnosti zastavitelja, sposobnosti terjatve, ki se zastavlja, in obstoja zavarovane terjatve (akcesornost) oziroma obstoja dejstva nastanka bodoče ali pogojne zavarovane terjatve*) obveščen o zastavi terjatve. V prvem odstavku 179. člena SPZ je namreč določeno, da nastane zastavna pravica na terjatvi v trenutku, ko prejme dolžnik zastavljene terjatve od zastavitelja obvestilo, da je terjatev zastavljena. To pa tudi pomeni, da v našem pravu niti pojmovno ni mogoča »tiha zastava« terjatve. Zastavitelj mora tudi izročiti zastavnemu upniku morebitno listino in druga dokazila o zastavljeni terjatvi (drugi odstavek 179. člena SPZ). V zastavni pogodbi je treba natančno opisati tako zavarovano terjatev kot tudi terjatev, ki se zastavlja.¹⁶

Pri cesiji ni zahtevana obvestitev; ta tudi ni konstitutivni pogoj za spremembo pripadnosti terjatve. Taka obvestitev dolžnika pa je za nastanek zastavne pravice na terjatvi celo konstitutivni pogoj.

Ko zastavljena terjatev zapade v plačilo, jo mora zastavni upnik izterjati (prvi odstavek 184. člena SPZ). Z izpolnitvijo zastavljene terjatve, katere predmet je izročitev kakšne stvari, preide zastavna pravica na stvar, s katero je bila terjatev izpolnjena (drugi odstavek 184. člena SPZ). Če bo torej zastavljena nedennarna terjatev (na primer terjatev na izročitev premičnine), bo prešla zastavna pravica na izterjano stvar, nato pa se bo realizacija vodila kot pri ročni zastavi.¹⁷ Tako se zastavna pravica na terjatvi pretvori v zastavno pravico na premičnini (realna subrogacija).

Če je predmet zastavljene terjatve denar, mora zastavni upnik na zastaviteljevo zahtevo položiti izterjani znesek pri sodišču (tretji odstavek 184. člena SPZ). Če pa je predmet zastavljene in zavarovane terjatve denar, sme zastavni upnik obdržati zase toliko, kolikor mu je dolgovano, preostalo pa mora izročiti zastavitelju (prvi odstavek 185. člena SPZ). Če zavarovana terjatev ob zapadlosti zastavljene terjatve še ni zapadla v plačilo, mora zastavni upnik zavarovano

¹⁶ Juhart, Grilc, Ilešič, Strnad, str. 108.

¹⁷ Glej 166. in 167. člen SPZ.

terjatev zmanjšati za obresti v višini bančne eskontne stopnje v kraju izpolnitve zavarovane terjatve od dneva plačila zastavljene terjatve do dneva zapadlosti zavarovane terjatve (drugi odstavek 185. člena SPZ).¹⁸ Če pa bo terjatev zastavnega upnika zapadla bistveno prej, preden bo zapadla zastavljena terjatev, bo lahko zastavni upnik z namenom realizacije zahteval izvršbo na zastavljeno terjatev ali pa jo morebiti prodal brez posredovanja sodišča, če bodo izpolnjeni zakonski pogoji za tako prodajo.¹⁹

Če dolžnik (zastavljene terjatve) izpolni zastavitelju, namesto zastavnemu upniku, se s tem ne reši svoje obveznosti. Pisna obvestitev dolžnika je celo konstitutivnega pomena za pridobitev zastavne pravice na terjatvi. To pomeni, da je v zadostni meri poskrbljeno za publiciteto zastavitve terjatve v razmerju med zastaviteljem, zastaviteljevim dolžnikom in zastavnim upnikom. Zato lahko iz tega izpeljemo, da zastaviteljev dolžnik, potem ko je obveščen o zastavitvi, ne sme izpolniti svojemu upniku (zastavitelju), ampak lahko izpolni obveznost iz zastavljene terjatve le zastavnemu upniku. Če ne izpolni njemu, se ne reši svoje obveznosti (180. člen SPZ).

Zastavni upnik je dolžan ukreniti vse potrebno za ohranitev zastavljene terjatve (181. člen SPZ). V tej zvezi je dolžan na primer vložiti tožbo proti zastaviteljevemu dolžniku zaradi plačila terjatve, da bi s tem prekinil zastaranje, prav tako mora sprejeti pripoznavo dolga, izpodbijati pravna dejanja v primeru njegove insolventnosti ipd. Če bi zastavni upnik opustil katero od dejanj, potrebnih za ohranitev zastavljene terjatve, bi bil zastavitelju odškodninsko odgovoren.

Glede oblike zastavne pogodbe in razpolagalnega posla (vključno z obvestitvijo dolžnika zastavljene terjatve) zakon (SPZ kot matični predpis, ki ureja praktično vse pojavne oblike zastavnih pravic) ne določa posebne strožje oblike (na primer oblike notarskega zapisa) za veljavnost zastavne pravice na terjatvi. Večja strogost je v tem smislu predpisana za odstop terjatve v zavarovanje, kjer je za učinke ločitvene pravice v prid fiduciarja predpisana oblika notarskega zapisa (drugi odstavek 209. člena v zvezi z 206. členom SPZ).

Zapisano pomeni, da ima upnik zastavljene terjatve v insolvenčnih postopkih brez dvoma ločitveno pravico, čeprav sta zastavna pogodba in razpolagalni posel sklenjena v navadni pisni obliki in je v prav taki obliki izjavljena tudi obvestitev dolžniku zastavljene terjatve. SPZ je

¹⁸ Tako ni potrebna sodna intervencija za realizacijo, saj se ta izvede s pobotanjem izterjanega zneska in dolgovane- ga zneska (Juhart, Grilc, Ilešič, Strnad, str. 114 in 115).

¹⁹ Glej tudi pri Juhart, Grilc, Ilešič, Strnad, str. 110. Glej 167. člen SPZ, ki se sme glede na določbo 191. člena SPZ smiselno uporabljati tudi za zastavo terjatev. Določba 191. člena SPZ sicer določa, da se določbe o zastavi premičnin uporabljajo tudi za zastavo drugih premoženjskih pravic, če ni zanje predpisano kaj drugega. Ker je SPZ matičen stvarnopravni predpis, ki ureja tipične stvarne premoženjske pravice, se izraz »druge premoženjske pravice« nanaša na tiste pravice, ki niso stvarne, imajo pa premoženjsko vrednost, kar je pogoj za ustanovitev zastavne pravice (tretji odstavek 128. člena SPZ). Med te pa štejemo zlasti obligacijske in druge premoženjske pravice; torej terjatve in druge premoženjske (nestvarne) pravice.

celo opustil zahtevo, da mora biti obvestitev v pisni obliki, kar je določalo prej veljavno pravo (989. člen Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR).²⁰

Tako se niti za zastavno pogodbo in tudi ne za razpolagalni posel ter obvestitev kot pridobitni način ne zahteva posebna oblika. Še posebno ne notarski zapis. Tudi analogija z določbo drugega odstavka 209. člena SPZ ne pride v poštev pri zastavi terjatev. Seveda pa bo pisnost zastave terjatve, predvsem obvestitve dolžnika zastavljene terjatve, pomembna za zastavnega upnika, saj bo le na ta način nesporno dokazoval nastanek zastavne pravice na terjatvi.²¹

Navedeno velja tako za obstoječe terjatve kot tudi za bodoče terjatve, ki se zastavljajo. Pri bodočih terjativah se zahteva še dodatni pogoj. Vnaprej dogovorjena zastava in obvestitev (anticipiran dogovor o zastavitvi bodočih terjatev in obvestitev) bosta dobili učinke zastavne pravice v prid zastavnega upnika takrat, ko bodo terjatve (zastavitelja) nastale, s čimer bo zastavitelj pridobil razpolagalno sposobnost.²²

V zvezi s fiduciarne cesije se poslovni praksi priporoča, naj ne pozablja na notarski zapis za sporazum o cesiji. Učinek fiduciarne cesije (prenos terjatve na fiduciarja) sicer nastopi že v trenutku sporazuma o cesiji, ki ga skleneta fiduciant in fiduciar. Ni potrebna privolitev dolžnika in tudi ne oblika notarskega zapisa (za učinek fiduciarne cesije v relativnem razmerju). Vendar je treba opozoriti, da v praksi ne bo primera, da bi bil fiduciar edini upnik fiducianta in ne bi bilo konkurence z drugimi fiduciantovimi upniki, pa tudi neproblematična zunajsodna poplačila bodo redkost. Bolj verjetno bo, da bo nad premoženjem fiducianta uveden in začel stečajni postopek ali prisilna poravnava. V takem primeru bo upoštevana le tista fiduciarne cesija, ki je bila dogovorjena in sklenjena v obliki notarskega zapisa. Taka oblika bo rešitev tudi v primeru individualne izvršbe na fiduciarne preneseno terjatev, ko bo fiduciar lahko uveljavljal nedopustnost izvršbe. Praktično pridemo do rezultata, da je notarski zapis fiduciarne cesije pogoj za nastanek ločitvene pravice v insolvenčnih postopkih in pogoj za ugovor nedopustnosti izvršbe v izvršilnem postopku.

2.2. Ločitvena pravica

Smisel stvarnopravnih zavarovanj plačil (terjatev) je omogočiti upnikom tako zavarovanih terjatev ugodnejši položaj pred drugimi upniki, ki imajo bodisi zavarovane terjatve, vendar

²⁰ V naši zakonodaji je bila v preteklosti urejena zastavna pravica na premoženjskih pravicah v ZOR. S sprejetjem OZ, določbe o zastavni pravici v ZOR niso bile razveljavljene, ker OZ zastavne pravice ni uredil zaradi ocene, da spada ta materija v stvarnopravni predpis. Ta je bil sprejet za OZ in je v celoti uredil pojavnost oblike zastavnih pravic. Tako je zdaj zastavna pravica urejena v SPZ. Le v vmesnem času, do uveljavitve SPZ, je bilo razumljivo treba določbe o zastavni pravici iz ZOR obdržati in veljavi (Juhart, Stvarnopravni zakonik (uvodna), str. 55).

²¹ Podrobno Juhart, Tratnik, Vrenčur (red.) in drugi, str. 769.

²² Prav tam, str. 770.

s slabšim vrstnim redom, bodisi svojih terjatev niso zavarovali. Do izraza pridejo zlasti v primeru dolžnikove insolventnosti. V tej zvezi Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)²³ pojasnjuje pojem ločitvene pravice in ločitvenega upnika ter pojem izločitvene pravice in izločitvenega upnika, kar nujno povezujemo s stvarnopravno zavarovanimi terjatvami. Od privilegija, ki ga upniku zagotavlja zavarovana terjatev, ZFPPIPP odstopa pri prednostnih terjatvah (glej 21. člen ZFPPIPP). Te terjatve so nezavarovane terjatve, ki se poplačajo pred zavarovanimi terjatvami.

Glede na prvi odstavek 19. člena ZFPPIPP je ločitvena pravica pravica upnika do plačila njegove terjatve iz določenega premoženja insolventnega dolžnika pred plačilom terjatev drugih upnikov. Ločitveni upnik pa je opredeljen kot upnik, ki v postopku zaradi insolventnosti uveljavlja terjatev, zavarovano z ločitveno pravico. Zakon pojasnjuje tudi pojem zavarovane in nezavarovane terjatve. Zavarovana terjatev je terjatev upnika, ki je zavarovana z ločitveno pravico. Nezavarovana terjatev pa je tista, ki ni zavarovana z ločitveno pravico. Kot nezavarovana terjatev se obravnava tudi tisti del zneska terjatve ločitvenega upnika, ki presega vrednost premoženja, ki je predmet ločitvene pravice.

V tej zvezi je treba poudariti, da potrjena prisilna poravnava nima učinkov za i) zavarovane terjatve, ii) prednostne terjatve in iii) izločitvene pravice. Potrjena prisilna poravnava tudi ne učinkuje za terjatve upnikov do porokov, solidarnih sodolžnikov insolventnega dolžnika in regresnih zavezancev. Začetek postopka prisilne poravnave torej ne učinkuje na ločitvene pravice oziroma na terjatve, ki so zavarovane z ločitvenimi pravicami (prvi in drugi odstavek 213. člena ZFPPIPP; drugi odstavek 160. člena ZFPPIPP). Posledično ločitveni upnik nima pravice glasovati o prisilni poravnavi glede zavarovane terjatve (1. točka tretjega odstavka 200. člena ZFPPIPP). Če ločitveni upnik ne doseže plačila celotne terjatve, ki je bila zavarovana z ločitveno pravico, učinkuje za neplačani del potrjena prisilna poravnava (tretji odstavek 213. člena ZFPPIPP).

V stečajnem postopku se ločitvena pravica kaže v tem, da se terjatev upnika, ki je bila zavarovana z ločitveno pravico, poplača iz posebne razdelitvene mase (371. člen ZFPPIPP).²⁴ To pomeni, da tudi stečajni postopek ne vpliva na ločitveno pravico in terjatev, zavarovano z ločitveno pravico (prvi odstavek 279. člena ZFPPIPP).

Če ima ločitveni upnik pravico opraviti zunajsodno prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, to pravico obdrži tudi po začetku stečajnega postopka. V tem primeru ločitvene

²³ ZFPPIPP, Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010, 26/2011, 47/2011.

²⁴ Posebna razdelitvena masa je denarno dobroimetje, nastalo v unovčenjem posebne stečajne mase. Posebna stečajna masa pa je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice (glej tretji odstavek 226. člena v zvezi z drugim odstavkom 225. člena ZFPPIPP).

pravice in terjatve ni treba prijaviti v stečajnem postopku, temveč jo lahko uveljavi zunaj-sodno v skladu s splošnimi pravili, ki se uporabljajo za to ločitveno pravico (glej 282. člen ZFPPIPP).²⁵ Primere zunajsodne prodaje ureja, poleg drugih predpisov, zlasti SPZ. Razen v pravkar omenjenih primerih (posebnosti veljajo tudi za ločitveno pravico, pridobljeno v postopku izvršbe) mora ločitveni upnik prijaviti terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku (v roku treh mesecev po objavi oklica o začetku stečajnega postopka; drugi odstavek 59. člena ZFPPIPP).²⁶ Tako kot terjatev je treba v stečaju prijaviti tudi ločitveno pravico, sicer ločitvena pravica preneha (peti odstavek 298. člena v zvezi z 59. členom ZFPPIPP).

3. Sklep

Zastavna pravica na terjatvi je ločitvena pravica, ki učinkuje v dobro upnika zastavljene terjatve tako, da se v stečajnem postopku poplača iz posebne stečajne mase, to je iz premoženja, ki je predmet ločitvene pravice (to so zastavljene terjatve).

Za veljavno ustanovitev zastavne pravice na terjatvi SPZ ne določa posebne strožje oblike (na primer obliko notarskega zapisa) niti za zastavno pogodbo kot tudi ne za razpolagalni posel in obvestitev dolžnika, kar je pridobitni način za zastavno pravico. Navedeno velja tako za obstoječe terjatve kot tudi za bodoče terjatve. Pri slednjih se zahteva še dodatni pogoj. Vnaprej dogovorjena zastava in obvestitev (anticipiran dogovor o zastavitvi bodočih terjatev in obvestitev) bosta dobili učinke zastavne pravice v dobro zastavnega upnika takrat, ko bodo terjatve (zastavitelja) nastale, s čimer bo zastavitelj pridobil razpolagalno sposobnost.

Večja strogost je predpisana za odstop terjatve v zavarovanje. V drugem odstavku 209. člena SPZ je določeno, da se v primeru plačilne nesposobnosti cedenta smiselno uporabljajo določbe 206. člena SPZ samo, če je sporazum o odstopu terjatve v zavarovanje sklenjen v obliki notarskega zapisa. V 206. členu SPZ pa je določeno, da lahko fiduciar ugovarja nedopustnost izvršbe na fiduciarno preneseni premoženju (oziroma terjatvi) proti prenosnikovima upnikom, v stečaju ali prisilni poravnavi pa je fiduciarju priznana ločitvena pravica na fiduciarno preneseni premoženju (oziroma terjatvi).

²⁵ Če je torej terjatev zavarovana z ločitveno pravico, mora upnik v stečajnem postopku v roku za prijavo te zavarovane terjatve prijaviti tudi ločitveno pravico, če ni v prvem odstavku 281. člena ali v drugem odstavku 282. člena drugače določeno.

²⁶ V postopku prisilne poravnave pa mora upnik prijaviti svojo terjatev v enem mesecu po objavi oklica o začetku postopka prisilne poravnave (prvi odstavek 59. člena ZFPPIPP).

Sodna praksa

(1) VSM sklep Cpg 548/1997 z dne 4. 11. 1997:

»Poleg zastavne pravice je tudi fiduciarni posel podlaga za nastanek ločitvene pravice (pravice do ločenega poplačila) v stečajnem postopku. Pogodbeno ustanovljena pravna podlaga ločitvene pravice z začetkom stečaja ne ugasne – prvi odstavek 131. člena Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (Uradni list RS, št. 67/93). Če se pravni temelj ločitvene pravice konsumira s poplačilom pred začetkom stečaja (na primer zastavna pravica preneha zaradi plačila dolga), tega pravnega temelja ni mogoče uspešno izpodbijati v primeru, da je nastal istočasno kot pogodba o posojilu. Sicer bi posojilodajalec po 560. členu ZOR odklonil izpolnitev pogodbe o posojilu.«

(2) Sodba VS RS III Ips 22/2000 z dne 26. 6. 2001:²⁷

»S cesijo v zavarovanje preidejo odstopljene terjatve v premoženje cesionarja. Zato je tudi v obravnavani zadevi tožeča stranka postala 'lastnik' terjatev ... Obravnavane odstopljene terjatve niso več del premoženja toženega stečajnega dolžnika – stečajne mase. Zato tožeča stranka ne more uveljavljati vtoževane ločitvene pravice na teh – svojih terjativah, saj se ločitvene pravice nanašajo po določilu prvega odstavka 131. člena ZPPSL le na dolžnikovo premoženje.«

V konkretnem primeru je Vrhovno sodišče Republike Slovenije zavzelo stališče, da preide s fiduciarno cesijo terjatev v premoženje fiduciarja, in to ne glede na obvestitev dolžnika (*cessus*), kar je seveda pravilno. Sodišče je nato pri nadaljnjem razlogovanju, ki gradi na pravkar omenjeni podmeni, zaključilo, da fiduciar zato, ker je terjatev prešla v njegovo premoženje (postal je popolni imetnik terjatve), ni ločitveni upnik v postopku stečaja.

V tej zvezi je treba pojasniti, da odstop terjatev v zavarovanje ni običajna cesija. Dogovorjena je zaradi zavarovanja terjatev, zato tudi nujno vsebuje fiduciarno zavezo po povratnem prenosu fiduciarno prenesenih terjatev, če fiduciant poravna zavarovano obveznost (glavno terjatev). Kavza fiduciarne cesije je zato zavarovanje (varstvo – *causa securitatis*) neke terjatve. Res pa je, da pridobi fiduciar s fiduciarno cesijo več pravne oblasti, kot jo potrebuje za namene zavarovanja (popolno imetništvo terjatve). Prav zato pa ta »presežek« pravne oblasti, upošteva je kavzo fiduciarne cesije, pravni redi kompenzirajo prav v primeru stečaja in individualne izvršbe. Tako se fiduciarju v primeru fiduciantovega stečaja (tako kot pri fiduciarnem prenosu lastninske pravice v zavarovanje) priznava nekaj manj kot polno imetništvo terjatev, in sicer le ločitvena pravica. Ločitvena pravica je priznana tako fiduciarju v primeru fiduciarne cesije z namenom

²⁷ V konkretnem primeru je fiduciar prijavil v stečaju fiducianta svojo terjatev ter hkrati tudi ločitveno pravico zaradi sklenjene globalne fiduciarne cesije kot sredstva zavarovanja glavne terjatve. Glede ločitvene pravice je bil fiduciar nato napoten na pravdo za ugotovitev obstoja pravice do ločenega poplačila. Prvostopenjsko sodišče je tožbenemu zahtevku fiduciarja ugodilo (priznalo mu je ločitveno pravico). Tako odločitev je potrdilo tudi višje sodišče. Vrhovno sodišče pa je obe odločbi spremenilo tako, da je zahtevek fiduciarja zavrnilo.

zavarovanja kot tudi v primeru fiduciarnega prenosa lastninske pravice z namenom zavarovanja.²⁸ Ugotovimo torej lahko, da so v primeru neplačevitosti fiducianta fiduciarne zavarovanja usmerjena v bistvu k pravnim učinkom zastavne pravice, in ne k polnemu imetništvu terjatve oziroma polni lastninski pravici. V skladu s tem se ravna tudi pravni položaj fiducianta v primeru insolventnosti fiduciarja. Fiduciantu je namreč priznan položaj izločitvenega upnika glede prenesenih terjatev (enako velja tudi pri fiduciarnem prenosu lastninske pravice v zavarovanje), če je zavarovano terjatev plačal.²⁹

Tak pristop je ubral tudi slovenski SPZ, ki je v 209. členu določil, da se v primeru neplačevitosti cesionarja in cedenta smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za primer neplačevitosti fiducianta in fiduciarja pri prenosu lastninske pravice v zavarovanje. Tukaj pa je določeno, da ima fiduciar v primeru neplačevitosti (stečaj ali prisilna poravnava) fiducianta ločitveno pravico na fiduciarne preneseni premičnini. V primeru individualne izvršbe pa lahko fiduciar uveljavlja nedopustnost izvršbe (glej 206. člen SPZ).³⁰ V primeru neplačevitosti fiduciarja gre fiduciantu izločitvena pravica na fiduciarne preneseni premičnini, v primeru individualne izvršbe pa lahko fiduciant prav tako ugovarja nedopustnost izvršbe na fiduciarne preneseni premični stvari (glej 205. člen SPZ).

(3) Sodba III Ips 8/2007 z dne 4. 6. 2008:

»Po Obligacijskem zakoniku in Stvarnopravnem zakoniku veljata dva različna sistema večkratne cesije. V primeru dveh ali več cesij iste terjatve, pri čemer pa te cesije niso fiduciarne, velja pravilo 420. člena OZ, po katerem je učinkovitost cesije odvisna od prioritete obvestitve dolžnika, medtem ko je v primeru več fiduciarne cesij iste terjatve treba uporabiti pravilo tretjega odstavka 207. člena SPZ. Učinkovitost cesije je v slednjem primeru odvisna od prioritete cesije. Hkrati pa iz tretjega odstavka 207. člena SPZ izhaja tudi, da velja režim po SPZ le za konflikte večkratnih fiduciarne cesij iste terjatve. V primeru, kakršen je ta, ko si konkurirata navadna in fiduciarne cesija, je treba uporabiti splošno ureditev iz OZ.«

Iz obrazložitve: Po Obligacijskem zakoniku (Uradni list RS, št. 83/01 s spremembami – OZ) in Stvarnopravnem zakoniku (Uradni list RS, št. 87/2002 – SPZ) veljata dva različna sistema večkratne cesije iste terjatve. V primeru dveh ali več cesij iste terjatve, pri čemer pa te cesije niso fiduciarne, velja pravilo 420. člena OZ, po katerem je učinkovitost cesije odvisna od prioritete obvestitve dolžnika, medtem ko je v primeru več fiduciarne cesij iste terjatve treba uporabiti pravilo tretjega odstavka 207. člena SPZ. Učinkovitost cesije je v slednjem primeru

²⁸ Za tak pristop so se opredelili tudi v avstrijskem pravu; Schwimann, str. 473.

²⁹ Reinicke, Tiedtke, str. 224.

³⁰ Za pravne učinke ločitvene pravice je postavljena dodatna zahteva, in sicer oblika notarskega zapisa za sporazum o odstopu terjatve v zavarovanje. V tej zvezi glej podrobneje drugi odstavek 209. člena SPZ.

odvisna od prioritete cesije. Hkrati pa iz tretjega odstavka 207. člena SPZ izhaja tudi, da velja režim po SPZ le za konflikte večkratnih fiduciarnih cesij iste terjatve. V primeru, kakršen je ta, ko si konkurirata navadna in fiduciarna cesija, je treba uporabiti splošno ureditev iz OZ (Vrenčur, Renato, *Moderne oblike zavarovanj plačil, GV Založba, Ljubljana 2005, str. 182*). Člen 420 OZ določa, da v primeru, ko je upnik odstopil isto terjatev raznim osebam, pripada terjatev tistemu prevzemniku, o katerem je odstopnik najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku prvi oglasil. Kot sta ugotovili sodišči nižjih stopenj, je bil v obravnavani zadevi dolžnik (tožena stranka) najprej obveščen o odstopu terjatve tožeči stranki in šele nato o odstopu terjatve v zavarovanje Sk. d. d. Po obvestilu o odstopu izpolnitev odstopniku ni več učinkovita, temveč mora dolžnik izpolniti svojo obveznost prevzemniku (drugi odstavek 419. člena OZ). Tožena stranka je tako dolžna plačati tožeči stranki znesek, ki ustreza višini odstopljene terjatve s pripadki. Uveljavljani revizijski razlogi glede na navedeno niso podani, kar velja tudi za razloge, na katere pazi revizijsko sodišče po uradni dolžnosti (371. člen ZPP). Zato jo je Vrhovno sodišče na podlagi 378. člena ZPP zavrnilo.

Literatura

- Bülow, Peter, *Recht der Kreditsicherheiten*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1988.
- Cigoj, Stojan, *Komentar obligacijskih razmerij – II. knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984*.
- Hill, Holger, *Interessenkollisionen beim Vertrag über echtes und unechtes Factoring*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1994.
- Juhart, Miha, *Stvarnopravni zakonik – Uvodna pojasnila, GV, Ljubljana 2002*.
- Juhart, Miha, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (red.) in drugi, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004*.
- Juhart, Miha, Peter Grilc, Mirko Ilešič, Igor Strnad, *Zavarovanje in utrditev obveznosti, GV, Ljubljana 1995*.
- Juhart, Miha, *Cesija – pogodbeni odstop terjatve, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996*.
- Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 10. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 1998.
- Martinek, Michael, *Moderne Vertragstypen, Band I – Leasing und Factoring*, Verlag C. H. Beck, München 1991.
- Reinicke, Dietrich, Klaus Tiedtke, *Kreditsicherung*, Herman Luchterhand Verlag, Neuwied-Kriftel-Berlin 2000.
- Schwimann, Michael, *ABGB Praxiskommentar – zv. 7*, Orac Verlag, Dunaj 1997.
- Serick, Rolf, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1993.
- Tratnik, Matjaž, *Večkratna (fiduciarna) cesija iste terjatve, Pravna praksa, št. 10-11/2002*.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.415(497.4)

Večkratni odstop terjatve

PROF. DR. MIHA JUHART,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Večkratni odstop terjatve

Do večkratnega odstopa terjatve (cediranja) pride, če odstopnik (cedent) odstopi isto terjatev več prevzemnikom (cesionarjem). Pravno pravilo mora določiti, kdo med več cesionarji pridobi terjatev v razmerju do dolžnika oziroma katera od več cesij je učinkovita in pripelje do pravnega nasledstva. Pri obravnavanju tega vprašanja je treba razlikovati med pripadnostjo terjatve in upravičenostjo v razmerju do dolžnika. Pripadnost terjatve se nanaša na razmerje med cedentom in več cesionarji ter določa premik cedirane terjatve v premoženje enega od njih. S cesijo ne more nastati nova terjatev proti dolžniku, zato lahko obstoječo terjatev pridobi en sam cesionar. V razmerju do dolžnika pa je treba izhajati iz načela, da se ohranja nevtralnost njegovega pravnega položaja. Dolžnik ne sodeluje v poslu med cedentom in cesionarjem, zato se mora njegov položaj kvalitativno ohraniti, kar pa seveda ne pomeni, da se zanj nič ne spremeni. Zaradi učinka pravnega nasledstva mora dolžnik izpolniti drugemu upniku (cesionarju), če se izpolnijo določeni pogoji. Sprememba osebe, ki je upravičena zahtevati in sprejeti dolžnikovo izpolnitev, še ne pomeni poslabšanja dolžnikovega položaja. Treba pa je varovati njegov upravičen interes. Kljub opravljeni cesiji lahko dolžnik še naprej ostane zavezan cedentu, čeprav mu terjatev ne pripada več in cedent v medsebojnem razmerju nastopa bodisi kot pooblaščenec cesionarja, gestor v njegovo korist ali celo brez pravnega temelja (drugi odstavek 419. člena OZ).¹

O večkratnem cediranju lahko govorimo šele takrat, ko cedent isto terjatev odstopi več cesionarjem in z vsakim od njih sklene tudi pogodbo o cesiji. Dokler je med strankama sklenjen

¹ Podrobneje Cigoj, Komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, ČZ Uradni list, Ljubljana 1984, str. 1287; Juhart v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, II. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 583.

samo zavezovalni posel, iz katerega izvira obveznost cediranja, do spremembe pripadnosti terjatve ni prišlo. Pridobitelj iz zavezovalnega posla še ne pridobi terjatve in do konflikta pride samo, če je glede iste terjatve sklenjenih več pogodb o cesiji. Kadar je ista terjatev predmet več zavezovalnih poslov, se razmerje med strankama razrešuje po splošnih pravilih. Ker odsvojitelj terjatve, potem ko terjatev enkrat cedira, ni več njen upnik, z njo ne more več razpolagati, ker je izgubil njeno pripadnost. S spremembo pripadnosti je prešlo tudi razpolagalno upravičenje. Zato v obveznostnem razmerju nastopi stanje naknadne nemožnosti izpolnitve in odnos med strankama se reši po pravilih o neizpolnitvi zavezovalnega posla. Do večkratnega cediranja pride torej šele potem, ko je realiziran tudi razpolagalni posel. V praksi razlikovanje največkrat ni posebno pomembno, ker se med strankama zavezovalnega posla hkrati z zavezovalnim poslom sklene tudi pogodba o cesiji. Zavezovalni in razpolagalni posel sta največkrat zlita v en sam historični dogodek. Možnost večkratnega cediranja pa izhaja iz lastnosti terjatve kot netelesne stvari. Prenos terjatve s cesijo nastopi le z voljnim dejanjem med cedentom in cesionarjem in ne ustvarja nobenega posebnega dogodka v zaznavnem materialnem svetu. Odstop terjatve prestopi v materialni svet šele potem, ko je dolžnik izvedel za izvršeni odstop, kar pa v našem pravu ni konstitutivni pogoj za nastanek pravnih posledic odstopa (glej prvi odstavek 419. člena OZ).

V zvezi z večkratnim odstopom terjatve se lahko pojavijo različni pravni položaji, ki so odvisni od pravne podlage, zaradi katere je prišlo do odstopa. Upnik lahko večkrat odstopi terjatev na podlagi sklenjenega zavezovalnega pravnega posla. Tak položaj je najbolj pogost in primerljiv z večkratnim razpolaganjem s stvarjo. Upnik isto terjatev proda več kupcem in z vsemi kupci sklene tudi sporazum o odstopu terjatve (cesija v ožjem pomenu). Ta položaj v nadaljevanju opisujemo kot splošen položaj in ga rešuje posebno pravilo 420. člena OZ. Zapletati pa se začne, če je podlaga za cesijo dogovor o odstopu terjatve v zavarovanje, pri katerem je treba poleg navedenega pravila 420. člena OZ upoštevati še posebno pravilo tretjega odstavka 207. člena SPZ. Ker se pravni pravili razlikujeta, se postavlja vprašanje, kako rešiti problem večkratnega cediranja, če je terjatev enkrat odstopljena na podlagi pravnega posla, drugič pa na podlagi pravnega posla v zavarovanje. Kateremu od cesionarjev dati v tem položaju prednost, je predmet razlage. Do pravne posledice prehoda terjatve na novega upnika pa lahko pride tudi neposredno na podlagi zakona (*cessio legis*).² V tem primeru se lahko vzpostavi konkurenca med pravnoposlovnim in zakonitim prehodom terjatve. In tudi v tem položaju je treba določiti cesionarja, ki mu terjatev pripada in ki je pravni naslednik cedenta. Naj ponovimo, da to ni nujno tisti, ki mu dolžnik izpolni cedirano terjatev. Dolžnikovo izpolnitev lahko prejme tudi nepravi (navidezni) upnik, ki pa s tako izpolnitvijo neupravičeno obogati, saj prejme nekaj, za kar ni pravnega naslova. Tisto, kar prejme, mora na podlagi splošnih pravil o neupravičeni obogatitvi vrniti, če pa je pri sprejemanju izpolnitve ravnal nepošteno, je odgovoren tudi za škodo, ki je pri tem nastala.

² Podrobneje o zakoniti cesiji glej Juhart, Cesija – pogodbeni odstop terjatve, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996.

Cesija kot tristransko pravno razmerje, ki vzpostavlja vez med starim, novim upnikom in dolžnikom, pa zastavlja posebna vprašanja tudi v pravnih razmerjih z mednarodnim elementom. Gre za vprašanje, ali naj se večkratno cediranje obravnava po pravu odstopljene terjatve ali po pravu, ki velja za razmerje med cedentom in cesionarjem. Če naj velja druga rešitev, pa se lahko dodatno zaplete, če gre za več cesij, za katere veljajo različni pravni sistemi, ki glede tega vprašanja uveljavljajo različne rešitve.

2. Različna pravila večkratnega cediranja glede na pravni temelj cesije

2.1. Večkratna pravnoposlovna cesija – splošno pravilo

Za večkratno pravnoposlovno cesijo gre, če je terjatev večkrat cedirana z namenom, da cesionar postane pravni naslednik cedenta. Pravna narava in namen zavezovalnega pravnega posla pri tem nista pomembna. Pomembno je le, da je zavezovalni pravni posel veljaven in da sta se cedent in cesionar sporazumela tudi glede prenosa terjatve v premoženje cesionarja (cesija v ožjem pomenu). Ta položaj ureja pravilo 420. člena OZ, ki določa, da če je bila terjatev odstopljena raznim osebam, pripada terjatev tistemu cesionarju, o katerem je cedent najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku prvi oglašil.³

Problem večkratnega cediranja je v primerjalnem pravu različno rešen. V sistemih, v katerih je naznanitev cesije konstitutiven pogoj za veljavnost prenosa, problema ni. Do večkratnega cediranja sploh ne pride, ker je cesija opravljena šele z naznanitvijo dolžniku. Terjatev pridobi cesionar, o katerem cedent obvesti dolžnika. Od opravljenega naznanila naprej je samo on upravičen za nadaljnje razpolaganje s terjatvijo. V drugih sistemih je mogoče opaziti dva pristopa. Prvi pri razpolaganju s terjatvijo dosledno izhaja iz načela, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam, in izhodišča, da lahko s terjatvijo razpolaga samo tisti, ki mu terjatev pripada. Razpolaganja, ki jih opravi neupravičena oseba, niso veljavna in ne pripeljejo do spremembe pripadnosti terjatve. Drugačen pa je lahko položaj v razmerju do dolžnika. Proti dolžniku lahko postane upravičen tudi cesionar, ki ne pridobi terjatve. Drugi pristop izhaja iz izhodišča, da je tudi glede terjatev mogoča dobroverna pridobitev. Gre za rešitev konflikta v dobro tistega dobrovernega cesionarja, ki postane najprej upravičen v razmerju do dolžnika. Rešitev konflikta med več cesionarji se po tem pristopu približuje ureditvi dobroverne pridobitve lastninske pravice od nelastnika. Razpolaganju bivšega upnika, ki je svojo terjatev že enkrat prenesel, se torej pod določenimi pogoji priznava veljavnost.

OZ problem večkratnega cediranja rešuje drugače kot pravni sistemi, pri katerih učinki cesije nastopijo s sklenitvijo pogodbe o cesiji. Člen 420 OZ določa, da terjatev pripada tistemu cesionarju, o katerem je bil dolžnik najprej obveščen, oziroma cesionarju, ki se je pri dolžniku prvi

³ Podrobneje, Juhart v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, II. knjiga, GV Založba, str. 586.

oglasil. Ob tem se poudarja zakonodajalčeva dilema pri odločitvi med načelom, da je veljaven le tisti odstop, ki je bil prvi, in varstvom dobre vere v pravnem prometu. Zato ima v našem pravu obvestilo oziroma zavedanje dolžnika, da je terjatev odstopljena, močnejši učinek kot v primerjalnem pravu. Naznanitev torej ne vpliva le na razmerje med cesionarjem in dolžnikom, ampak je pomembna tudi v odnosu med cedentom in cesionarjem.

Pravilo 420. člena OZ torej odstopa od načela, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam, ki je večinoma uveljavljeno v primerjalnem pravu in tudi na področje pravnega prometa s terjatvijo vnaša možnost pridobitve pravice od neupravičene osebe. S tem se ureditev približuje pravilu, ki omogoča pridobitev lastninske pravice na premičnini od nelastnika. Vendar so pravila SPZ strožja, kot jih določa OZ za pridobitev terjatve od neupravičene osebe. Pravila stvarnega prava vežejo pridobitev od nelastnika na posebne pogoje, ki se nanašajo tako na odsvojitelja kot pridobitelja. Veljavno konstituiranje lastninske pravice pridobitelja zahteva tako pridobiteljevo dobro vero kot tudi poseben odsvojiteljev odnos do stvari (posest na temelju pravnega posla, sklepanje posla v okviru dejavnosti, javna dražba). Pravilo OZ o večkratnem cediranju pa teh pogojev posebej ne postavlja. Zato bi lahko sklepali, da lahko terjatev na temelju prve naznanitve pridobi tudi nedobroverni cesionar. Pogoj dobrovernosti namreč ni posebej določen niti na cesionarjevi niti na cedentovi strani. Vprašanje pa je, ali je mogoče nedobrovernost sankcionirati z uporabo drugih pravnih institutov. V poštev bi prišla predvsem pravila o neveljavnosti zaradi nasprotovanja načelom vestnosti in poštenja. Na tej podlagi bi bilo mogoče šteti cesijo za neveljavno, če je nedobroveren cesionar. Gre za primere, ko cesionar ve, da je bila terjatev že prej odstopljena nekomu drugemu. Iz take cesije zaradi ničnosti ne nastanejo pravni učinki in ne pride do spremembe pripadnosti terjatve. Upnik terjatve postane dobroverni cesionar, kljub temu da je bil dolžnik najprej obveščen, da je bila terjatev odstopljena nedobrovernemu cesionarju. Za dolžnikovo izpolnitev pa je v tem primeru treba analogno uporabiti pravilo o tem, da jo lahko do naznanitve opravi staremu upniku. Zato jo lahko dolžnik nedvomno v dobri veri izpolni tistemu, o katerem je bil najprej obveščen.

2.2. Večkratni odstop terjatve v zavarovanje – splošno pravilo

Odstop terjatve v zavarovanje urejajo tako pravna pravila OZ (426. člen OZ) kot SPZ (207. do 209. člen). Oba predpisa sta dovolj abstraktna, da ne ustvarjata pomembnejše vsebinske razlike. Dvojno ureditev je do neke mere celo mogoče pojasniti s tem, da določba OZ na odstop v zavarovanje gleda z vidika prenosa terjatve, določbe SPZ pa upoštevajo predvsem naravo zavarovanja in uveljavljajo pravila, ki se smiselno navezujejo na prenos lastninske pravice v zavarovanje.

Odstop v zavarovanje (fiduciarna cesija) je po vsebini posebna oblika zavarovanja obveznosti, in ne posebna oblika odstopa terjatve, kot bi to lahko izhajalo iz poimenovanja. V sodobnem

pravnem prometu je čedalje večja potreba po zavarovanju predvsem denarnih obveznosti in praksa išče nove mehanizme, ki naj upniku zagotovijo varnejši položaj. Ker je realno premoženje omejeno oziroma zaradi nizke vrednosti potrošnih premičnin neprimerno za zavarovanje, so lahko tudi terjatve, ki jih ima dolžnik do svojih dolžnikov, sredstvo za zavarovanje upnikove terjatve. Tako je posebej urejena zastavna pravica na terjatvi, ki je indiskretna oblika zavarovanja in temelji na zastavni pogodbi, s katero se zastavni upnik in zastavitelj, upnik zastavljene terjatve, dogovorita o zavarovanju terjatve z ustanovitvijo zastavne pravice na drugi terjatvi. Ta pogodba ima naravo zavezovalnega pravnega posla in zastavna pravica nastane tako, da zastavitelj obvesti svojega dolžnika, da je terjatev zastavljena. Tudi odstop terjatve v zavarovanje ima podoben zavarovalni namen, od zastavne pravice pa se razlikuje predvsem v tem, da ne gre za akcesorno zavarovanje in da je njegova izvedba mogoča tudi tako, da dolžniku terjatve, s katero se zavaruje druga terjatev, transakcija ostane prikrita. Kot že rečeno, v naši pravni ureditvi nastopi pravni učinek cesije že s sporazumom med cedentom in cesionarjem in naznanitev cesije dolžniku ni konstitutivni pogoj za njeno veljavnost.

Bistvena značilnost fiduciarne cesije je, da ima pravno naravo fiduciarnega pravnega razmerja. O fiduciarni pravni naravi govorimo takrat, kadar je pri izvedbi transakcije na eno stranko preneseno več pravic, kot bi to zahtevala gospodarska narava. Zato se lahko strinjamo s stališčem, da imajo fiduciarne zavarovanja hibridno naravo in da gre pri njih pravzaprav za »žlahtnejšo« obliko zastavne pravice.⁴ Podlaga fiduciarne cesije je pogodba o zavarovanju. Dolžnik se za zavarovanje svojega dolga zaveže upniku, da mu bo cediral svojo terjatev. Upnik pa se zaveže, da bo poskrbel za ohranitev in izterjavo odstopljene terjatve. Prvi odstavek 207. člena SPZ postavlja domnevo, da je terjatev fiduciarno odstopljena pod razveznim pogojem plačila zavarovane terjatve. Če cedent iz fiduciarne prenosa izpolni zavarovano terjatev, z izpolnitvijo po zakonu povratno pridobi odstopljeno terjatev nazaj, oziroma če je bila ta že izpolnjena, pravico, da zahteva izročitev. Ker prejemnik zavarovanja (cesionar) pridobi položaj upnika (polno pravico), je posel fiduciarne narave, saj ni sklenjen z namenom prenosa pravice, ampak le z namenom zavarovanja. Drugače od nekaterih drugih fiduciarne poslov za odstop v zavarovanje ne velja pravilo, da je mogoče fiducijo ves čas trajanja razmerja preklicati. Namen posla je povsem jasen. Cesionar do izpolnitve razveznega pogoja postane upnik terjatve, ki je predmet zavarovanja.

V primeru večkratnega odstopa terjatve v zavarovanje je treba uporabiti posebno pravilo tretjega odstavka 207. člena SPZ. To pravilo uveljavlja drugačno rešitev kot pravilo 420. člena OZ in v konfliktu med več cesionarji, ki jim je bila fiduciarno odstopljena terjatev, daje prednost tistemu, ki mu je bila terjatev najprej odstopljena. Taka rešitev je skladna z namenom

⁴ Tratnik, Rijavec, Keresteš, Vrenčur, Stvarnopravna zavarovanja, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2001, str. 151.

fiduciarnega odstopa terjatve kot oblike zavarovanja.⁵ Predvsem rešitev konflikta več zavarovanj izhaja iz načela vrstnega reda, čemur sledi tudi navedena določba tretjega odstavka 207. člena SPZ. Namen zavarovanja je pridobitev prednostne poplačilne pravice, in to naj pridobi prvi pridobitelj zavarovanja, ki naj poplača svojo terjatev v celoti, za njim pa naj po istem načelu k poplačilu pristopijo naslednji prejemniki zavarovanj. Rešitev tretjega odstavka 207. člena SPZ pa je skladna tudi z možnostjo uporabe fiduciarne cesije kot diskretnega zavarovanja. Namen dajalca in prejemnika zavarovanja je lahko tudi v tem, da se dolžniku ne razkrije, da se je terjatev uporabila za zavarovanje, in se naznanitev cesije izvede šele takrat, ko naj se prejemnik zavarovanja poplača. Tak namen je značilen predvsem za odstop bodočih terjatev v zavarovanje, pri katerem prejemnik zavarovanja nima posebnega interesa, da bi prejel izpolnitev dolžnika dajalca zavarovanja, razen če njegova zavarovana terjatev ni izpolnjena.

Kljub temu da je pravilo tretjega odstavka 207. člena SPZ prilagojeno posebnostim fiduciarne cesije, pa je njegov doseg zelo omejen. Brezpogojno ga lahko uporabimo samo v primeru konflikta med več cesionarji, če je bila vsem ista terjatev fiduciarno odstopljena. Če je bila dolžniku naznanjena kasnejša fiduciarne cesija in je dolžnik veljavno izpolnil temu cesionarju, lahko cesionar, ki mu je bila terjatev prvemu cedirana v zavarovanje, zahteva, naj mu prejemnik izpolnitve povrne toliko, kolikor je potrebno za poplačilo njegove zavarovane terjatve. Dokazno breme, da je bila terjatev večkrat fiduciarno odstopljena, je v skladu s splošnimi pravili na prvem cesionarju, ki to zatrjuje. Na prvi pogled gre za težko breme, vendar ima celotna transakcija fiduciarne cesije posebnosti, ki jasno kažejo na njeno posebno pravno naravo. Na fiduciarne cesije nedvomno kaže vsaka zveza z zavarovano terjatvijo. Seveda pa gre za posel med tretjima osebama (cedent in kasnejši cesionar), ki ga lahko prejšnji cesionar najlažje dokaže, če o tem poslu obstaja listina, ki naj jo predložita stranki.

2.3. Konflikt polnega odstopa in odstopa v zavarovanje

Neskladje med določbami obligacijskega in stvarnopravnega zakonika načinja nekatere nove probleme. Predvsem se postavlja vprašanje medsebojne konkurence odstopa in fiduciarnega odstopa. V literaturi najdemo različna stališča.⁶ Vrenčur se v tem primeru zavzema za prednost splošne ureditve.⁷ To stališče je prevzela tudi sodna praksa: »Po Obligacijskem zakoniku in Stvarnopravnem zakoniku veljata dva različna sistema večkratne cesije. V primeru dveh ali več cesij iste terjatve, pri čemer pa te cesije niso fiduciarne, velja pravilo 420. člena OZ,

⁵ Tratnik v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 864.

⁶ Vrenčur, Moderne oblike zavarovanj plačil, GV Založba, Ljubljana 2005; Juhart v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, II. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 586.

⁷ Vrenčur, Moderne oblike zavarovanj plačil, GV Založba, Ljubljana 2005, str. 182.

po katerem je učinkovitost cesije odvisna od prioritete obvestitve dolžnika, medtem ko je v primeru več fiduciarnih cesij iste terjatve treba uporabiti pravilo tretjega odstavka 207. člena SPZ. Učinkovitost cesije je v slednjem primeru odvisna od prioritete cesije. Hkrati pa iz tretjega odstavka 207. člena SPZ izhaja tudi, da velja režim po SPZ le za konflikte večkratnih fiduciarnih cesij iste terjatve. V primeru, kakršen je ta, ko si konkurirata navadna in fiduciarna cesija, je treba uporabiti splošno ureditev iz OZ.⁸ Obrazložitev navedenega stališča posebej ne utemeljuje in se zgolj sklicuje na stališče v literaturi.

Kljub navedenemu je po mojem mnenju treba tudi v tem primeru dati prednost cesionarju iz fiduciarne cesije.⁹ Namen posebnega pravila je omogočiti prikritost fiduciarne cesije, ki drugače izgubi eno svojih bistvenih individualnih lastnosti in se skoraj povsem izenači z zastavo terjatve. Zato ima po namenu določbe fiduciarni cesionar prednost tudi pred cesionarjem, ki mu je bila terjatev odstopljena na podlagi posla, ki nima lastnosti fiduciarne pogodbe. V konfliktu večkratnega cediranja gre predvsem za odnos med cedentom in več cesionarji, pravni položaj dolžnika varujejo druga pravna pravila. Za dolžnika je relevantno le, da z gotovostjo lahko opravi pravilno izpolnitev in le v tem smislu je bistvena obvestitev. Dolžnik želi izpolniti svojo obveznost in zaradi potrebe po ohranjanju nevtralnosti njegovega pravnega položaja mu ni mogoče naložiti bremena, da ugotavlja, kateremu od cesionarjev je bila terjatev najprej odstopljena oziroma na kakšni podlagi (fiduciarni ali ne) je bil prenos izvršen. Zato velja sprejeti pravilo, da lahko dolžnik z učinkom ugasnitve obveznosti vselej izpolni cesionarju, ki mu je bil najprej naznanjen, in se lahko drži splošnega pravila. Seveda pa tudi dolžnika veže splošna dolžnost, da ravna v skladu z dobro vero in poštenjem. Če je obveščen o odstopu terjatve več cesionarjem, mora izpolniti tistemu, ki mu pripada terjatev. To lahko od njega zahtevamo samo, če so obvestila o odstopu dovolj zanesljiva, da kažejo na čas odstopa. Navsezadnje velja enako v primeru večkratnega fiduciarne odstopa. Tudi v tem primeru lahko dolžnik prejme več obvestil o odstopu, in če lahko zanesljivo oceni, komu je bila terjatev najprej odstopljena, naj izpolni temu cesionarju, saj terjatev pripada njemu. Če pa na podlagi prejetih obvestil ni gotovo, komu pripada terjatev, lahko dolžnik izpolni tistemu, o katerem je bil najprej obveščen. Če je s tem izpolnil napačnemu upniku, je prejemnik izpolnitve okoriščen na račun pravega upnika, ki pa mora to korist iztožiti od neposrednega prejemnika izpolnitve. Enako lahko pravilo deluje tudi med več cesionarji, če gre za različen namen cesije. Kot dodaten argument lahko upoštevamo tudi splošno načelo, da je določba SPZ kasnejša.

⁸ VS RS, sodba III Ips 8/2007.

⁹ Glej tudi Juhart v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, II. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 589.

2.4. Konflikt pravnoposlovne in zakonite cesije

Nobeno pravno pravilo pa ne določa, kako v primeru več odstopov razvrščati zakonito cesijo. Učinek zakonite cesije nastopi v trenutku, ko so izpolnjeni pogoji, ki jih predpisuje zakon. Tudi ta pravna posledica ni določena z zakonom, vendar lahko smiselno uporabimo pravila o pridobitvi lastninske pravice na podlagi zakona. Tako kot veljajo pravila o pravnoposlovnem prenosu lastninske pravice kot model za prenos drugih premoženjskih pravic, lahko smiselno enako velja pri zakonitih pridobitvah in zakonita cesija ni nič drugega kot zakonita pridobitev terjatve. Pravna posledica zakonitega prenosa terjatve je enaka kot pri pogodbenem prenosu, zato je treba tudi pri zakonitem prenosu izhajati iz načela, da se dolžnikov pravni položaj ne sme poslabšati. Dolžnik je oseba, ki je zunaj pravnega razmerja med starim in novim upnikom, zato je razumljivo, da se nanj ne smejo raztezati nobene posebne pravne posledice, saj bi šlo v tem primeru za učinek proti tretji osebi, ki ni stranka obligacijskega razmerja. Nevtралnost dolžnikovega pravnega položaja zagotavlja določba drugega odstavka 419. člena OZ, ki določa, da mora dolžnik izpolniti novemu upniku (prejemniku, cesionarju) samo, če je bil obveščen o odstopu terjatve. Temu skladno pa je pravilo, da ima med več cesionarji prednost tisti, o katerem je bil dolžnik najprej obveščen. Nobenega argumenta ni mogoče najti, ki bi nasprotoval temu, da se enako pravilo uporabi tudi pri zakoniti cesiji, saj gre za zagotavljanje istega pravnega načela o nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja.

3. Večkratni odstop terjatve z mednarodnim elementom

Prav tristranskost razmerja, ki povezuje cedenta, cesionarja in dolžnika (cessusa), pa vpliva tudi na razmerja z mednarodnim elementom. Pri dvostranskih pravnih razmerjih gre za razmerje z mednarodnim elementom, če stranki prihajata iz različnih pravnih sistemov. Cesija je dvostransko pravno razmerje, če gre za razmerje med cedentom in cesionarjem. Ker se učinki cesije raztezajo tudi na dolžnika, pa nastopi nova možnost vzpostavitve mednarodnega elementa z dimenzijo, ki je v dvostranskih razmerjih ne zaznamo. Gre za vprašanja, ki nastanejo v primeru, da je pravno razmerje med cedentom in cesionarjem podrejeno enemu pravnemu sistemu, pravno razmerje med cedentom in dolžnikom pa drugemu. To velja še posebno za večkratni odstop terjatve, pri čemer bi se lahko dodatno zapletlo, če bi prišlo do več razmerij med cedentom in cesionarjem, ki bi bila podrejena različnim pravnim sistemom.

V veljavnem slovenskem pravu je kolizijsko pravilo, ki odkazuje na pravo, ki naj se uporabi v primeru odstopa terjatve, določeno v dveh pravnih virih. Najprej je treba omeniti določbo 26. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZP), ki določa, da se za učinek odstopa terjatve za dolžnika, ki ni sodeloval pri odstopu, uporabi pravo, po katerem se presoja odstopljena terjatev. Poleg tega pa je treba upoštevati tudi 14. člen Uredbe evropskega parlamenta in sveta o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih (Rim I), ki pomeni

del pozitivnega prava v Republiki Sloveniji. Ta določba je kompleksnejša od ureditve 26. člena ZMZZP in ločuje med pravnimi posledicami v razmerju med cedentom in cesionarjem ter med pravnimi posledicami proti dolžniku. Pravno razmerje med cedentom in cesionarjem ureja prvi odstavek 14. člena Uredbe Rim I, ki določa, da se za razmerje med odstopnikom (cedentom) in prevzemnikom (cesionarjem) pri odstopu pogodbe uporablja pravo, ki se v skladu z Uredbo Rim I uporablja za pogodbo med odstopnikom (cedentom) in prevzemnikom (cesionarjem). Teorija mednarodnega zasebnega prava v tem primeru govori o pravu oziroma statutu kavzalne pogodbe.¹⁰ ZMZZP vprašanja odnosa med cedentom in cesionarjem ne ureja, vendar lahko sklepamo, da za to vprašanje veljajo splošna pravila mednarodnega zasebnega prava. Iz določbe 26. člena ZMZZP povsem jasno izhaja, da sta njena namen in doseg omejena le na pravne učinke do dolžnika odstopljene terjatve, ki pri cesiji ne sodeluje. Zato kaže za razmerje med cedentom in cesionarjem uporabiti splošni pravili 19. in 20. člena ZMZZP, ki določata, da se za pogodbeno razmerje med strankama najprej uporabi izbrano pravo, določeno v skladu z načelom avtonomije strank, sekundarno pa pravo, ki je s pravnim razmerjem najtesneje povezano. Drugi odstavek 14. člena Uredbe Rim I pa določa dodatno kolizijsko pravilo in napotuje na uporabo prava, ki se uporablja za terjatev (statut terjatve). To naj se uporabi za presojo vprašanja, ali je terjatev prenosljiva, za določitev razmerja med cesionarjem in dolžnikom, glede pogojev, pod katerimi se lahko odstop uveljavlja nasproti dolžnika, ter vprašanja, ali je dolžnik izpolnil svoje obveznosti. Iz besedila drugega odstavka 14. člena Uredbe Rim I je zaznati enak zakonodajni namen kot iz določbe 26. člena ZMZZP. Statut terjatve naj se uporabi glede učinka cesije proti dolžniku. Razlika je le v tem, da je določba 26. člena ZMZZP abstraktna in na splošno govori o učinku cesije proti dolžniku, določba 14. člena Uredbe Rim I pa opisuje tudi najbolj tipične primere.

Določba 26. člena ZMZZP je jasna v tem, ko postavlja kolizijsko pravilo, da naj se za določena pravna razmerja, povezana z odstopom terjatve, uporabi pravo (statut) terjatve. V skladu s tem pravilom se v konkretnem primeru odkazuje na uporabo slovenskega prava, saj gre za odstopljeno terjatev proti dolžniku iz Republike Slovenije, ki je podvržena slovenskemu pravu. Če določba 26. člena ZMZZP povsem jasno odkazuje na uporabo prava odstopljene terjatve, pa ni povsem jasna glede razmejitve, za katere elemente pravnega razmerja cesije (odstopa terjatev) naj se uporabi odkazano pravo odstopljene terjatve. Povsem jasno je le določeno, da naj se pravo odstopljene terjatve uporablja le v razmerju do dolžnika odstopljene terjatve, ki pri sklenitvi pravnega posla odstopa terjatve ne sodeluje. Z argumentacijo po nasprotnem sklepanju (*a contrario*) lahko zato sklenemo, da se za pravno razmerje zavezovalnega in razpolagalnega pravnega posla uporablja drugo pravo, kot je pravo odstopljene terjatve. To drugo pravo pa naj se določi ob upoštevanju splošnih kolizijskih pravil, če gre pri odstopu terjatve

¹⁰ O pojmihi statut pogodbe in statut terjatve glej Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. izdaja, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, str. 493.

za razmerje z mednarodnim elementom. V tej smeri tudi sodna praksa: »Določba 26. člena ZMZPP določa pravilo o uporabi prava, po katerem se presoja terjatev oziroma dolg le za učinek odstopa terjatve za dolžnika, ki ni sodeloval pri odstopu (v konkretnem primeru torej glede vprašanja, kakšen je učinek odstopa terjatve na položaj tožene stranke kot dolžnika). Tega pravila pa ni mogoče uporabiti za vprašanje dopustnosti in veljavnosti odstopa terjatve v razmerju med odstopnikom terjatve in toženo stranko kot prevzemnikom terjatve, ki sta oba tuji pravni osebi z območja ZDA. Glede tega pogodbenega razmerja je treba uporabiti pravo, veljavno na območju ZDA.«¹¹

Namen kolizijskega pravila, ki za učinek v razmerju do dolžnika odstopljene terjatve odkazuje na pravo odstopljene terjatve, je zagotavljanje nevtralnega pravnega položaja dolžnika. Zato se je treba vprašati, ali pravno pravilo o večkratnem cediranju učinkuje na dolžnikov pravni položaj ali ne. Namen pravnega pravila o večkratnem cediranju je, da določi, komu od več cesionarjev je odstopljena terjatev. Če upnik večkrat razpolaga s terjatvijo, s tem ne more ustvariti nove terjatve. Dolžnik odstopljene terjatve dolguje eno samo izpolnitev in funkcija pravila o pravnih posledicah večkratnega cediranja je, da določi tistega cesionarja, ki mu odstopljena terjatev pripada. Cedent izpolni svojo obveznost le proti cesionarju, ki je pridobil odstopljeno terjatev, drugi zavezovalni posli med cedentom in drugimi cesionarji pa ostanejo neizpolnjeni. Zanje je treba uporabiti splošne pravne posledice, ki veljajo za neizpolnitev obveznosti. Večkratno cediranje izhaja iz razmerja med cedentom in cesionarjem in se neposredno ne nanaša na pravni položaj dolžnika odstopljene terjatve. Naloga pravila o večkratnem cediranju je, da določi, kateremu od cesionarjev je treba dati prednost. Gre torej za vprašanje prehoda odstopljene terjatve iz ene premoženjske mase v drugo, in ne za razmerje do dolžnika.

Pravni položaj dolžnika odstopljene terjatve varujejo druga pravna pravila. Najprej je to brez dvoma pravilo, da lahko proti novemu upniku cesionarju uveljavlja vse ugovore, ki jih je imel proti cedentu. Zelo pomembna varovalka dolžnikovega pravnega položaja pa je tudi okoliščina, da lahko opravi izpolnitev na način, da je prost obveznosti in da pri tem ne prevzema tveganja, da jo je izpolnil napačni osebi. Namen pravne ureditve cesije ni nespremenljivost, ampak nevtralnost dolžnikovega pravnega položaja. Zaradi opravljenega odstopa terjatve mora dolžnik izpolniti drugemu upniku, kot mu je dolgoval pred tem. Dolžnikov pravni položaj pa je varovan s posebnim pravilom, da lahko dolžnik veljavno z učinkom osvoboditve izpolni prvotnemu upniku cedentu, če o izvedeni cesiji ni bil obveščen oziroma ni vedel, da je bila terjatev odstopljena novemu upniku (drugi odstavek 419. člena OZ).

Če se teorija mednarodnega zasebnega prava ni izrekla do vprašanja ureditve večkratnega cediranja v okviru 26. člena ZMZPP, pa na izrecno stališče naletimo v literaturi k drugemu odstavku 14. člena Uredbe Rim I. Tako lahko najdemo izrecno stališče, da naj se prioritetni

¹¹ VSL, sodba I Cpg 147/2007



konflikt oziroma vprašanje večkratnega odstopa terjatve presoja po pravu, ki velja za odnos med cedentom in cesionarjem, če so vsi odstopi terjatev podrejeni istemu pravu.¹² V nadaljevanju pa je posebej opozorjeno, da pravilo 14. člena Uredbe Rim I povzroča težavo, če bi bila terjatev večkrat odstopljena, pa bi za odstope veljali različni pravni sistemi.

¹² T. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess und Kollisionrecht, Kommentar*, Sellier, München 2011, str. 533.

Pobot z odstopljeno terjatvijo

AS. GREGOR DUGAR,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Odstop terjatve ali cesija je pogodba, s katero upnik prenese svojo terjatev na novega upnika.¹ V cesijski pogodbi se stari upnik (odstopnik, cedent) in novi upnik (prevzemnik, cesionar) dogovorita, da bo cedentova terjatev v prihodnje pripadala cesionarju.² Pogodbeni stranki cesije sta cedent in cesionar, ne pa dolžnik. Sodelovanje dolžnika za prenos terjatve ni konstitutivnega pomena, zato dolžnik ne more preprečiti prehoda terjatve na cesionarja.

Za odnos med cesionarjem in dolžnikom je bistveno načelo nevtralnosti (oziroma načelo neposlabšanja) dolžnikovega pravnega položaja. Dolžnik pri cesiji ne sodeluje, zato se njegov pravni položaj ne sme poslabšati.³ Zagotavljanje takega pravnega položaja pomeni ustrezno nadomestilo za dolžnika, ker nima vpliva na odstop terjatve.⁴ Nevtralnost dolžnikovega pravnega položaja se lahko utemelji z dveh vidikov: z vidika cesionarja s temeljnim načelom pravnega nasledstva, po katerem nihče ne more prenesti na drugega več pravic, kot jih ima sam, ter z vidika dolžnika z njegovim interesom po ohranitvi vseh ugovorov zoper cesionarja.⁵ Načelo nevtralnosti dolžnikovega položaja se opira na dejstvo, da cedirana terjatev vsebinsko ostaja enaka.⁶ Terjatev preide s cedenta na cesionarja skupaj z vsemi prednostmi in slabostmi.⁷ Dolžnik zato zoper cesionarja ohrani vse pravice, ki jih ima zoper cedenta.

¹ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 569.

² Münchhausen, Opolony, str. 79; Haertlein, str. 1073.

³ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 589; Haertlein, str. 1075.

⁴ Fikentscher, Heinemann, str. 356.

⁵ Roth, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 404, r. št. 1.

⁶ Rohe, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, § 404, r. št. 1.

⁷ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 589.

Nevtralnost dolžnikovega pravnega položaja se zagotavlja predvsem glede ugovorov, ki bi jih lahko uveljavljal proti cedentu. Dolžnik lahko proti cesionarju uveljavlja ugovore, ki se nanašajo na obstoj cedirane terjatve (na primer dolžnik ugovarja, da je obveznost že izpolnil), ugovore v zvezi z razmerjem, v katerem je terjatev nastala (na primer ugovor neizpolnjene pogodbe), ugovor ničnosti cesije ter ugovor pobotanja.⁸ V prispevku obravnavam ugovor pobotanja in analiziram dolžnikov pravni položaj pri uveljavljanju pobotanja zoper cesionarja s terjatvijo, ki jo ima dolžnik zoper cedenta.

2. Splošno o pobotanju terjatev

2.1. Značilnosti pobotanja terjatev

Institut pobotanja omogoča poenostavitev izpolnitve dveh ali več obveznosti, kadar dve osebi dolgujeta druga drugi istovrstno izpolnitve (na primer plačilo določenega denarnega zneska).⁹ Z ekonomskega stališča je pobotanje obračun dveh ali več istovrstnih terjatev, ki si stojita nasproti med dvema osebama.¹⁰ Če na primer oseba A dolguje osebi B 100 evrov in oseba B hkrati dolguje enak znesek osebi A, bi bilo nepraktično, da bi oseba A izročila osebi B 100 evrov, takoj zatem pa bi oseba B izročila enak znesek osebi A.¹¹ Namen pobotanja je zato predvsem odpravljanje dvakratnega izpolnjevanja predmeta iste vrste. S pobotanjem se doseže gospodarska korist, saj se zmanjšajo stroški in poenostavlja poslovanje. Prav tako se s pobotanjem prepreči, da ena stranka izpolni obveznost, sama pa zaradi neplačevitosti druge stranke ne prejme dolgovane izpolnitve.¹²

Pri pobotanju sta obe stranki hkrati dolžnika in upnika, vendar iz različnega izvora obveznosti. Če oseba A poda pobotno izjavo, terjatev osebe A do osebe B imenujemo nasprotna terjatev (aktivna terjatev, pobotna terjatev), terjatev osebe B do osebe A pa glavna terjatev (pasivna terjatev). Nasprotna terjatev je torej tista terjatev, ki jo dolžnik uveljavlja v pobot. Zaradi lažjega razločevanja med strankama se za osebo A uporablja izraz dolžnik, za osebo B pa izraz upnik.¹³

Izjavo, s katero dolžnik uveljavlja pobotanje medsebojnih obveznosti, imenujemo pobotna izjava. Pobotna izjava je pravnoposlovno ravnanje, za katero veljajo bistvene predpostavke

⁸ Glej razvrstitev ugovorov po Juhart, 1996, str. 101–111.

⁹ Looschelders, D., str. 148.

¹⁰ Fikentscher, W., Heinemann, A., str. 170.

¹¹ Looschelders, D., str. 148.

¹² Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 389.

¹³ Fikentscher, str. 171; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 387, r. št. 1.

za veljavnost pravnega posla.¹⁴ Posebna oblika pobotne izjave ni predpisana.¹⁵ Pobotna izjava mora biti nepogojna in nepreklicna, kar pomeni, da pobotani terjatvi s preklicem pobotne izjave ne moreta ponovno oživetiti.¹⁶ Pobotna izjava ne sme biti omejena z rokom.¹⁷ Teoretično je pobotna izjava oblikovalna pravica.¹⁸ Pobotanje kot oblikovalni pravni posel zahteva upravičenost do razpolaganja s terjatvijo v trenutku pobotne izjave. Pobotna izjava osebe, ki ni upravičena razpolagati s terjatvijo, je nična.¹⁹

Pobotanje je enostranski pravni posel, zato zadošča izjava volje ene stranke in ni potreben dogovor.²⁰ Velja, da nasprotna stranka samo sprejema posledice, ki izvirajo iz pobotanja. Če so izpolnjeni pogoji, se prejemnik pobotne izjave ne more upreti pobotanju, ampak lahko pobotanju zgolj ugovarja in zahteva sodno ugotovitev, da do pobotanja ni prišlo.²¹

Pri obravnavi posledic pobotanja je treba razlikovati med dnevom nastanka pobotanja in nastopom pravnih posledic pobotanja. Pobotanje nastane s pobotno izjavo ene od strank, če so izpolnjeni vsi zakonski pogoji. Pravne posledice pobotanja pa učinkujejo za nazaj (*ex tunc*), in sicer od tistega trenutka naprej, ko so se stekli pogoji za pobotanje (drugi odstavek 312. člena Obligacijskega zakonika²²).²³

V praksi se redko zgodi, da si nasprotni obveznosti vrednostno v celoti ustrezata. V tem primeru vrednostno nižja terjatev preneha v celoti, višja terjatev pa v preostanku vrednosti ostane v veljavi in jo mora dolžnik še vedno izpolniti.²⁴ Primer: A ima do B terjatev v višini 500 evrov, hkrati pa ima B terjatev do A v višini 400 evrov. Če B poda pobotno izjavo, pobotna terjatev preneha v celoti, glavna terjatev pa ostane v veljavi v višini 100 evrov. B zato A še vedno dolguje 100 evrov.²⁵

¹⁴ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 395.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 389, r. št. 3.

¹⁷ Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 388, r. št. 3; Fikentscher, Heinemann, str. 170; Dennhardt, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, § 388, r. št. 1.

¹⁸ Juhart, 1992, str. 25; Dennhardt, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert § 387, r. št. 2; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 387, r. št. 1; Looschelders, str. 148.

¹⁹ Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 388, r. št. 1.

²⁰ Juhart, 1992, str. 25; Münchhausen, Opolony, str. 25; Looschelders, str. 148.

²¹ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 395.

²² Uradni list RS, št. 97/2007 (OZ).

²³ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 396; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 389, r. št. 3.; Dennhardt, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, § 389, r. št. 3; Brox, Walker, str. 139.

²⁴ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 393; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 389, r. št. 3–6; Dennhardt, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, § 389, r. št. 1, 3; Brox, Walker, str. 139.

²⁵ Looschelders, D, str. 148.

2.2. Pogoji za pobotanje

Pobotanje ne nastopi samo po sebi v trenutku steka pogojev za pobotanje, ampak je potrebno aktivno ravnanje ene od vzajemno povezanih strank.²⁶ Dokler ena od strank ne poda pobotne izjave, sta terjatvi nedotaknjeni in ne prenehata.²⁷ Poleg aktivnega ravnanja ene od strank morata določene pogoje izpolnjevati tudi glavna in pobotna terjatev. Terjatvi morata biti vzajemni, istovrstni, zapadli, iztožljivi in likvidni.²⁸ Kljub izpolnjevanju vseh pogojev pobotanja pa nekatere zakonsko določene terjatve ne morejo prenehati s pobotanjem.²⁹

Pogoj vzajemnosti zahteva, da sta stranki pobotnega razmerja v medsebojnem odnosu upnika in dolžnika iz različnih pravnih naslovov.³⁰ Oseba, ki poda pobotno izjavo, mora biti upnik terjatve, s katero želi pobotati (nasprotna terjatev), in hkrati dolžnik terjatve, proti kateri uveljavlja pobotanje (glavna terjatev). Oseba, nasproti kateri se uveljavlja pobotanje, je dolžnik nasprotne terjatve in upnik glavne terjatve.³¹ Pogoj vzajemnosti ne pomeni, da med strankama obstaja dvostransko obvezna pogodba, saj imajo medsebojne obveznosti različno pravno podlago.³² Teorija ugotavlja, da je pogoj vzajemnosti od vseh pogojev pobotanja najbolj elastičen in dopušča številne izjeme.³³ Ena od izjem od pogoja vzajemnosti je določena za primer, ko se glavna terjatev odstopi novemu upniku.³⁴

Pogoj istovrstnosti terjatev se nanaša na vrsto (rod) predmeta obveznosti, in ne na pravno podlago terjatve. Teorija zato upravičeno opozarja, da je bolje govoriti o enakorodnosti, in ne o istovrstnosti dajatev. Iz tega izhaja, da je mogoče pobotati samo dajatvene obveznosti, ki se nanašajo na generične stvari.³⁵ Pogoj istovrstnosti pa ne pomeni, da se morata obveznosti

²⁶ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 395; Esser, Schmidt, Teilband 1, str. 302; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 388, r. št. 1; Brox, Walker, str. 135.

²⁷ Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 389.

²⁸ Glej Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 390–393.

²⁹ Po določbi 316. člena OZ s pobotanjem ne more prenehati (1) terjatev, ki je ni mogoče zarubiti, (2) terjatev stvari ali vrednosti stvari, ki so bile dolžniku dane v hrambo ali na posodo ali jih je dolžnik brezpravno vzel ali brezpravno pridržal, (3) terjatev, nastala z namerno povzročitvijo škode, (4) odškodninska terjatev za škodo, storjeno z okvaro zdravja ali s povzročitvijo smrti, ter (5) terjatev, ki izvira iz zakonite obveznosti preživljanja.

³⁰ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 397.

³¹ Esser, Schmidt, Teilband 1, str. 303.

³² Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 390.

³³ Prav tam, str. 397.

³⁴ Glej 315. člen OZ.

³⁵ Povzeto po Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 390.

vrednostno ujemati, da sta enake pravne narave³⁶ ali da obstaja identiteta v kraju izpolnitve obveznosti.³⁷

Terjatvi se lahko pobotata le, če sta zapadli. Učinek pobotanja nastopi v trenutku zapadlosti obeh terjatev. V praksi glavna in nasprotna terjatev praviloma ne zapadeta na isti dan. V tem primeru nastopi pobotanje na dan zapadlosti kasnejše terjatve.³⁸ Dolžnik terjatve, ki je zapadla prej, je od dneva zapadlosti te terjatve pa do dneva zapadlosti kasnejše terjatve v zamudi in dolguje upniku za to obdobje zamudne obresti.³⁹

Teorija in sodna praksa k pogojem vzajemnosti, istovrstnosti in zapadlosti dodajata še iztožljivost in likvidnost. Obveznost je iztožljiva, kadar lahko upnik doseže njeno izpolnitev s tožbo. Obveznost, ki ni iztožljiva, imenujemo naturalna obveznost.⁴⁰ Naturalna obveznost je prava obveznost, le da upnik ne more doseči njene prisilne izvršitve. Upnik zato tudi ne sme imeti možnosti, da izpolnitev naturalne obveznosti doseže s pobotanjem. Enako kot je izpolnitev naturalne obveznosti odvisna od volje dolžnika, tako mora biti od njegove volje odvisno tudi njeno prenehanje s pobotanjem.^{41, 42}

Teorija pogoja likvidnosti ne definira pozitivno, ampak negativno. Nelikvidna je terjatev, ki ji dolžnik nasprotuje ali za katero je očitno, da ne obstaja. Če nelikvidnost terjatve ni povsem očitna, je po mnenju teorije pobotanje kljub temu mogoče. V tem primeru upnik nelikvidne terjatve prevzame nase breme posledic neobstoja terjatve (na primer zamudne obresti).⁴³

3. Uveljavljanje pobotanja pri odstopu terjatve

Priznanje pravice dolžniku, da uveljavlja v pobot s cesionarjem terjatve, ki jo ima proti cedentu, zahteva prilagoditev splošnih pravil pobotanja. Eden splošnih pogojev za pobotanje je vzajemnost terjatev, kar pomeni, da mora biti prva stranka upnik druge, obenem pa druga stranka upnik prve.⁴⁴ Vzajemnost terjatev po cesiji ni podana, ker dolžnik nima več terjatve

³⁶ Tako je mogoče pobotati obveznost iz poslovnega razmerja z obveznostjo iz neposlovnega razmerja in obratno; glej Juhart, 1992, str. 25.

³⁷ Brox, Walker, str. 137; Looschelders, str. 149; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 387, r. št. 30; Fikentscher, Heinemann, str. 172.

³⁸ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 396.

³⁹ Povzeto po Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 391.

⁴⁰ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 226.

⁴¹ Za posebne pogoje glede pobotanja z zastarano obveznostjo glej 314. člen OZ.

⁴² Povzeto po Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 392.

⁴³ Prav tam, str. 392–393.

⁴⁴ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 404.

proti cedentu, ampak proti cesionarju. Zaradi varstva pravnega položaja dolžnika OZ zato v 315. členu določa izjemo od splošnega pogoja vzajemnosti.⁴⁵ Po tej določbi je dolžnik pod določenimi pogoji upravičen proti cesionarju uveljavljati v pobot terjatev, ki jo ima do cedenta.

Dokler cesija ni naznanjena dolžniku, učinkuje zgolj v razmerju med cedentom in cesionarjem. Dolžnik lahko do trenutka, ko izve⁴⁶ za cesijo, obveznost veljavno izpolni cedentu in je z izpolnitvijo prost obveznosti, po zavedanju o cesiji pa lahko obveznost veljavno izpolni le cesionarju (drugi odstavek 419. člena OZ). Za določitev naslovnika pobotne izjave je torej odločilen trenutek, ko je cesija naznanjena dolžniku oziroma ko dolžnik zanjo izve.⁴⁷ Dolžnik lahko do zavedanja o cesiji po naravi stvari uveljavlja pobotanje zgolj proti cedentu, saj za cesijo ne ve. Seveda lahko dolžnik uveljavlja pobotanje proti cedentu le, če se vsi pogoji za pobotanje stečejo pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji. Po zavedanju o cesiji lahko dolžnik uveljavlja pobotanje samo proti cesionarju, saj lahko le njemu veljavno izpolni obveznosti (drugi odstavek 419. člena OZ). Dolžnik torej uveljavlja pobotanje proti cesionarju iz dveh razlogov. Prvič, če dolžnik pobotanja ni mogel uveljavljati zoper cedenta, ker se pogoji za pobotanje niso stekli pred njegovim zavedanjem o cesiji, ter drugič, če so se pogoji za pobotanje sicer stekli pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji, vendar je dolžnika zaradi odlašanja s pobotno izjavo »prehitelo« zavedanje o cesiji.

3.1. Uveljavljanje pobotanja pred zavedanjem dolžnika o odstopu terjatve

Pogoji za pobotanje so enaki splošnim pogojem pobotanja, kadar dolžnik uveljavlja pobotanje proti upniku oziroma cedentu, preden izve za odstop terjatve.⁴⁸ Do zavedanja o cesiji je treba varovati dolžnikov interes, da izpolni obveznost tisti osebi, ki v njunem razmerju nastopa kot upnik.⁴⁹ Pri tem lahko dolžnik opravi izpolnitev obveznosti tudi tako, da uveljavlja v pobot terjatev, ki jo ima proti upniku.⁵⁰ Dolžnik lahko poda pobotno izjavo upniku oziroma cedentu⁵¹ pred cesijo ali po cesiji, vendar preden je izvedel za njo.

⁴⁵ Enako izjemo pozna tudi nemško pravo v § 406 BGB; glej Roth, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 406, r. št. 1, 6.

⁴⁶ Ni pomembno, od kod to vedenje izvira. Glej sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 746/2010, z dne 21. 10. 2010.

⁴⁷ Juhart M., v: Juhart, Plavšak, str. 404; Cigoj, str. 1109; Roth, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 406, r. št. 7; Grüneberg, C., v: Palandt, str. 590.

⁴⁸ Tu predpostavljam, da so se pogoji za pobotanje stekli pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji. Če se pogoji za pobotanje stečejo po dolžnikovem zavedanju o cesiji, lahko dolžnik uveljavlja pobotanje le proti cesionarju.

⁴⁹ Juhart, 1996, str. 91.

⁵⁰ Nemška teorija zato pobotanje uvršča med nadomestne načine izpolnitve obveznosti. Glej Grüneberg, C., v: Palandt, str. 572; Münchhausen, Opolony, str. 85.

⁵¹ Besedo upnik uporabljam takrat, kadar do cesije še ni prišlo. Po odstopu terjatve pa je pravilneje govoriti o cedentu.

Če dolžnik poda pobotno izjavo upniku pred odstopom terjatve, je s pobotanjem izpolnil obveznost do upnika. Glavna in nasprotna terjatev prenehata v trenutku steka pogojev za pobotanje.⁵² Terjatev ne obstaja več, zato je cedent ne more prenesti na cesionarja, saj nihče ne more prenesti na drugega več pravic, kot jih ima sam.⁵³ Če cesionar⁵⁴ zahteva izpolnitev obveznosti od dolžnika, lahko dolžnik v skladu z drugim odstavkom 421. člena OZ ugovarja, da ni prišlo do prenosa terjatve.⁵⁵

Določba 421. člena OZ varuje dolžnika tudi takrat, kadar se pogoji za pobotanje stečejo v obdobju od odstopa terjatve pa do trenutka, ko dolžnik izve za odstop terjatve. V tem primeru je cedent terjatev veljavno prenesel na cesionarja, saj je terjatev obstajala v trenutku cesije. Cedent je zaradi nevednosti dolžnika o odstopu terjatve navidezni upnik. OZ varuje dolžnika, saj je izpolnitev cedentu pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji veljavna in je dolžnik prost obveznosti (drugi odstavek 419. člena OZ). Če cesionar zahteva izpolnitev obveznosti od dolžnika, lahko dolžnik v skladu z drugim odstavkom 421. člena OZ ugovarja, da je obveznost že izpolnjena.⁵⁶

Možnost obrambe dolžnika proti cesionarjevemu zahtevku po ponovni izpolnitvi obveznosti je v skladu z načelom nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja. To se pokaže s primerjavo dolžnikovega pravnega položaja v primeru, ko ne pride do cesije, ter dolžnikovega pravnega položaja v primeru cesije. Če ne pride do cesije, dolžnikova pravilna izpolnitev obveznosti povzroči prenehanje obligacijskega razmerja. Upnik ne more ponovno zahtevati izpolnitve iste obveznosti. Če torej upnik ne more ponovno zahtevati izpolnitve obveznosti, potem te pravice tudi ne moremo priznati cesionarju, saj bi s tem prišlo do poslabšanja dolžnikovega pravnega položaja. Dolžnik je veljavno izpolnil obveznost iz cedirane terjatve, zato cesionar ni upravičen ponovno zahtevati izpolnitve obveznosti od dolžnika.

3.2. Uveljavljanje pobotanja po zavedanju dolžnika o odstopu terjatve

Z zavedanjem dolžnika o odstopu terjatve cesija ne pomeni več pravnega posla med cedentom in cesionarjem, ampak ima učinek tudi na pravni položaj dolžnika. Dolžnik lahko od tega

⁵² Tu izhajam iz predpostavke, da je nasprotna terjatev vrednostno enaka ali višja od glavne terjatve. V nasprotnem primeru glavna terjatev ne preneha v celoti.

⁵³ Glej Novak, v: Juhart in drugi, 2011, str. 124.

⁵⁴ Pri tem ni pomembno, ali je cesionar v dobri veri glede obstoja cedirane terjatve. Cesionar lahko svoje zahtevke uveljavlja le v razmerju do cedenta, predvsem na podlagi pravic, ki izhajajo iz zavezovalnega pravnega posla. Glej Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 590; Juhart, 1996, str. 97; Rohe, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, § 404, r. št. 2.

⁵⁵ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 590.

⁵⁶ Prav tam, str. 591.

trenutka naprej izpolni obveznost le cesionarju.⁵⁷ Kljub temu pravnemu učinku pa načelo nevtralnosti dolžnikovega položaja zahteva, da dolžnik ohrani vse pravice, ki jih ima proti cedentu.⁵⁸ To pomeni, da mora dolžnik v določenih primerih ohraniti možnost izpolnitve obveznosti cesionarju s pobotanjem terjatve, ki jo ima zoper cedenta.⁵⁹ Bistveno vprašanje, ki se pri tem postavlja, je, v katerih primerih moramo v skladu z načelom nevtralnosti pravnega položaja dolžniku omogočiti, da proti cesionarju uveljavlja v pobot terjatev, ki jo ima zoper cedenta.

Ni dvoma, da se ne varuje dolžnik, ki je pridobil terjatev zoper cedenta po zavedanju o cesiji. OZ takšno varstvo dolžnika izrecno izključuje. Terjatev, ki jo dolžnik pridobi šele po zavedanju o cesiji, ni mogoče šteti za terjatev, ki bi jo dolžnik po prvem odstavku 315. člena OZ »lahko do obvestila o odstopu pobotal z odstopnikom«. Prav tako ne pride v poštev drugi odstavek 315. člen OZ, ki se nanaša le na nezapadle terjatve dolžnika do cedenta, ki jih je dolžnik pridobil pred obvestilom o odstopu.

Slovenska teorija ugotavlja, da se je slovenski zakonodajalec pri oblikovanju pravne ureditve pobotanja z odstopljeno terjatvijo zgledoval po nemškem BGB.⁶⁰ Pobotanje z odstopljeno terjatvijo je v določbi 315. člena OZ urejeno vsebinsko enako kot v § 406 BGB. Po § 406 BGB je dolžnik upravičen proti cesionarju uveljavljati v pobot terjatev, ki jo ima zoper cedenta, razen če je vedel za cesijo ob pridobitvi terjatve ali če terjatev zapade po zavedanju o cesiji in kasneje kot cedirana terjatev. Določba § 406 BGB izrecno izključuje varstvo dolžnika, če je ob pridobitvi terjatve zoper cedenta vedel za cesijo. Dolžnik, ki je pridobil terjatev proti cedentu po zavedanju o cesiji, torej tudi po nemškem pravu ni varovan.⁶¹

Menim, da je izključitev varstva dolžnika v primeru, ko dolžnik pridobi terjatev do cedenta po zavedanju o cesiji, razumljiva in v skladu z načelom nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja. Dolžnik ob pridobitvi terjatve ve, da med cedirano in nasprotno terjatvijo nikoli ni bilo vzajemnosti.⁶² Zaupanje dolžnika v možnost uveljavljanja pobotanja proti cedentu ni moglo nastati, saj dolžnik od pridobitve nasprotne terjatve ve, da zaradi pomanjkanja vzajemnosti ne bo mogel uveljavljati pobotanja proti cedentu.⁶³ Dolžnik zato pred zavedanjem o cesiji ni mogel zaupati v možnost, da bo ob zapadlosti cedirane terjatve obveznost izpolnil s pobotanjem, saj takrat še ni bil podan pravni temelj nasprotne terjatve. Dolžnik torej ni mogel

⁵⁷ Juhart M., v: Juhart, Plavšak, str. 583.

⁵⁸ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 589; Brox, Walker, str. 386; Looschelders, str. 393.

⁵⁹ Looschelders, str. 396.

⁶⁰ Juhart, 1996, str. 110.

⁶¹ Grüneberg C., v: Palandt, str. 590.

⁶² Schulze, v: Schulze, § 406, r. št. 3.

⁶³ Münchhausen, Opolony, str. 85.

računati na uveljavljanje pobotanja zoper cedenta, zato mu te pravice tudi ne moremo priznati zoper cesionarja.

3.2.1. Stek pogojev za pobotanje pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji

Načelo nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja zahteva, da dolžnik proti cesionarju ohrani enake pravice, kot jih je imel proti cedentu. Za dolžnika to pomeni, da mora ohraniti možnost pobotanja proti cesionarju v vseh primerih, ko bi lahko uveljavljal pobotanje proti cedentu. Med te primere pa ne spadajo le primeri, ko se pogoji za pobotanje stečejo pred odstopom terjatve. Dolžnik lahko uveljavlja pobotanje proti cedentu tudi takrat, ko so se pogoji za pobotanje stekli od cesije pa do dolžnikovega zavedanja o cesiji.⁶⁴ Za dolžnikovo možnost uveljavljanja pobotanja proti cedentu je torej vseeno, ali so se pogoji za pobotanje stekli pred odstopom terjatve ali po njem, pomembno je le, da so se stekli do dolžnikovega zavedanja o cesiji. Dolžnik je v obeh primerih pridobil možnost pobotanja proti cedentu, zato jo mora v skladu z načelom nevtralnosti ohraniti po zavedanju o cesiji tudi proti cesionarju.

V slovenskem pravu je v prvem odstavku 315. člena OZ urejena pravica dolžnika, da zoper cesionarja uveljavlja pobotanje, kadar se vsi pogoji za pobotanje stečejo do dolžnikovega zavedanja o cesiji. Po tej določbi lahko dolžnik uveljavlja v pobot s cesionarjem terjatve, ki bi jih lahko do zavedanja o cesiji pobotal s cedentom. Med terjatve, ki bi jih dolžnik lahko pobotal s cedentom, pa nedvomno spadajo terjatve, glede katerih so se do dolžnikovega zavedanja o cesiji stekli vsi pogoji za pobotanje.

Teorija v zvezi s prvim odstavkom 315. člena OZ ugotavlja, da ta dejansko ne pride v poštev. Upnik s terjatvijo praviloma razpolaga pred njeno zapadlostjo, zato se pogoji za pobotanje ne stečejo do dolžnikovega zavedanja o cesiji.⁶⁵ Pogoj zapadlosti obeh terjatev ni izpolnjen, zato dolžnik pobotanja ne more uveljavljati. Tako je prvi odstavek 315. člena OZ za dolžnika neuporaben. Sprašujem se, ali je dolžnik po cesiji v slabšem pravnem položaju zaradi gramaticalne razlage prvega odstavka 315. člena OZ.

Ugovor pobotanja je eden od ugovorov, ki ga lahko dolžnik uporabi proti cesionarju. Prvi odstavek 315. člena OZ je *lex specialis* v primerjavi s 421. členom OZ, ki na splošno ureja možnost uveljavljanja ugovorov dolžnika proti cesionarju. Vsebinsko sta določbi usklajeni, saj tudi drugi odstavek 421. člena OZ določa, da lahko dolžnik uveljavlja tiste ugovore, ki bi jih lahko uveljavljal proti cedentu takrat, ko je zvedel za odstop. Pri razlagi prvega odstavka 315. člena OZ si zato lahko pomagamo z razlago splošne določbe o ugovorih dolžnika v primeru cesije po drugem odstavku 421. člena OZ. Slovenska teorija se pri razlagi drugega

⁶⁴ Glej drugi odstavek 421. člena OZ.

⁶⁵ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 405.

odstavka 421. člena OZ sklicuje na načelo nevtralnosti dolžnikovega položaja in odklanja gramatikalno razlago določbe. Po mnenju slovenske teorije je za uveljavljanje ugovorov dolžnika dovolj, da so ti utemeljeni pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji in torej ni treba, da so že izpolnjeni vsi pogoji za uveljavljanje ugovorov.⁶⁶

Slovenska ureditev cesije je primerjalnopravno podobna nemški, v kateri so splošna pravila o ugovorih dolžnika urejena v § 404 BGB. V nasprotju s slovensko ureditvijo § 404 BGB izrecno govori o ugovorih, ki so utemeljeni v času cesije. Nemška teorija s pojmom utemeljenost ugovora razume položaj, ko je podan pravni temelj ugovora.⁶⁷ Tako je na primer za priznanje ugovora neizpolnjene pogodbe dovolj, da je pogodba sklenjena v trenutku odstopa terjatve.⁶⁸

Razlaga, ki sta jo zavzeli slovenska in nemška teorija v zvezi s splošno določbo o ugovorih dolžnika, za ugovor pobotanja pomeni, da lahko dolžnik uveljavlja pobotanje proti cesionarju, čeprav nasprotna terjatev v trenutku zavedanja dolžnika o cesiji še ni zapadla. S tako razlago pa ne rešimo problema, zaradi katerega prvi odstavek 315. člena OZ ni uporaben. Ugotovili smo namreč, da navedena določba ni uporabna zato, ker v trenutku dolžnikovega zavedanja o cesiji še ni zapadla cedirana terjatev. Tako z razlago, da je za ohranitev ugovora dovolj, če je ugovor utemeljen v trenutku zavedanja dolžnika o cesiji, »spregledamo« pogojev zapadlosti pri nasprotni, in ne cedirani terjatvi. Nemška ureditev po § 404 BGB in razlaga drugega odstavka 421. člena OZ tako nista uporabni v primeru pobotanja z odstopljeno terjatvijo, zato ju ne kaže uporabiti pri razlagi prvega odstavka 315. člena OZ.

Gramatikalna razlaga prvega odstavka 315. člena OZ ni v nasprotju z načelom nevtralnosti dolžnikovega položaja. Položaj dolžnika se zaradi gramatikalne razlage prvega odstavka 315. člena OZ ne poslabša, saj pri pobotanju z odstopljeno terjatvijo pride v poštev tudi drugi odstavek 315. člena OZ. Po tej določbi je dolžnik upravičen uveljavljati v pobot proti cesionarju tudi terjatev, ki v trenutku zavedanja dolžnika o cesiji še ni zapadla. Drugi odstavek 315. člena OZ v primerjavi s prvim odstavkom 315. člena OZ določa milejše pogoje za pobotanje, zato teorija ugotavlja, da so vsi primeri iz prvega odstavka 315. člena OZ zajeti z drugim odstavkom 315. člena OZ.⁶⁹ Dolžnik lahko torej uveljavlja pobotanje proti cesionarju ne glede na to, kako razlagamo določbo prvega odstavka 315. člena OZ. Tudi sodna praksa ob nezapadlosti nasprotno terjatve ne zavzema širše razlage določbe prvega odstavka 315. člena OZ, ampak se sklicuje na drugi odstavek 315. člena OZ.⁷⁰ Določbo prvega odstavka 315.

⁶⁶ Prav tam, str. 590.

⁶⁷ Fikentscher, Heinemann, str. 356, 358; Looschelders, str. 394; Rohe, v: Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, § 404, r. št. 8.

⁶⁸ Schulze, v: Schulze, § 406, r. št. 3; Fikentscher, Heinemann, str. 356.

⁶⁹ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 405.

⁷⁰ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 787/2010, z dne 27. 7. 2011.

člena OZ zato lahko razlagamo tako, da ureja le primere, ko se vsi pogoji za pobotanje stečejo pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji. To pomeni, da morata tako nasprotna kot tudi cedirana terjatev zapasti pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji.

3.2.2. *Stek pogojev pobotanja po dolžnikovem zavedanju o cesiji*

O steku pogojev za pobotanje po dolžnikovem zavedanju o cesiji govorimo takrat, kadar je dolžnik pridobil terjatev zoper cedenta pred zavedanjem o cesiji, vendar se do njegovega zavedanja o cesiji še niso stekli vsi pogoji za pobotanje. V teh primerih je ovira za pobotanje pogoj zapadlosti obeh terjatev. Mogoče je, da pred zavedanjem dolžnika o cesiji ni zapadla cedirana terjatev, da ni zapadla nasprotna terjatev ali da nista zapadli obe terjatvi.

Če se pogoji za pobotanje stečejo po dolžnikovem zavedanju o cesiji, se teorija zavzema za pravno varstvo dolžnika takrat, kadar je ta lahko zaupal v možnost prihodnjega pobotanja proti cedentu. Načelo nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja moramo razlagati tako, da dolžniku priznamo možnost pobotanja ne le takrat, ko se vsi pogoji za pobotanje že stečejo do dolžnikovega zavedanja o cesiji, ampak tudi takrat, kadar lahko štejemo, da je dolžnik v trenutku zavedanja o cesiji upravičeno zaupal v možnost (prihodnjega) pobotanja proti cedentu.⁷¹ Presojanje dolžnikovega pravnega položaja s stališča zaupanja v prihodnjo možnost pobotanja proti cedentu je tako ključni kriterij pri iskanju odgovora na vprašanje, v katerih primerih naj dolžnik po cesiji ohrani možnost pobotanja proti cesionarju s terjatvijo, ki jo ima zoper cedenta. Pri iskanju odgovora na zastavljeno vprašanje pa se je treba najprej vprašati, v katerih primerih lahko dolžnik upravičeno računa na pobotanje zoper cedenta, če do cesije ni prišlo.

Pri pobotanju terjatev je z vidika pogoja zapadlosti najenostavnejši primer, ko glavna in nasprotna terjatev zapadeta na isti dan.⁷² Na dan zapadlosti terjatev je vsaka stranka upravičena zahtevati izpolnitev obveznosti od druge stranke, hkrati pa je sama dolžna izpolniti obveznost drugi stranki. Obe terjatvi zapadeta na isti dan, zato do steka pogojev za pobotanje nobena od strank ni v zamudi z izpolnitvijo obveznosti. Menim, da vsaka stranka v vlogi dolžnika upravičeno pričakuje, da ji ob zapadlosti terjatve ne bo treba izpolniti obveznosti, ampak bo namesto izpolnitve obveznosti uveljavila pobotanje.

⁷¹ Fikentscher, Heinemann, str. 357; Roth, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 406, r. št. 2; Stürner, v: Jauerling, § 406, r. št. 2; Schulze, v: Schulze, § 406, r. št. 1; Münchhausen, Opolony, str. 85; Rohe, v: Bamberger, Roth, § 406, r. št. 1.

⁷² Če obe terjatvi zapadeta na isti dan, pravzaprav nima smisla govoriti o glavni in nasprotni terjatvi. Poimenovanje terjatev pri pobotanju ima smisel le takrat, kadar terjatvi ne zapadeta na isti dan in je poimenovanje nujno zaradi razločevanja terjatev oziroma vlog, v katerih stranki nastopata.

Drugače pa je, kadar glavna in nasprotna terjatev ne zapadeta na isti dan. V tem primeru je dolžnik prej zapadle terjatve do steka pogojev za pobotanje z izpolnitvijo obveznosti v zamudi.⁷³ Za dolžnika te terjatve zato v trenutku zapadlosti nastopijo pravne posledice zamude. Upnik lahko od trenutka zapadlosti terjatve zahteva sodno varstvo izpolnitvenega zahtevka, saj je dolžnik kljub zamudi še vedno dolžan izpolniti obveznosti. Na dolžnika preide breme nevarnosti naključnega uničenja, če ta nevarnost že pred zamudo ne bremeni dolžnika. Z nastopom zamude postane dolžnikova odgovornost za nezmožnost izpolnitve strožja. Pri zamudi obveznosti iz dvostransko obvezne pogodbe lahko pogodbi zvesta stranka uveljavlja ugovor neizpolnjene pogodbe. Posebna posledica zamude pri denarnih obveznostih je začetek teka zamudnih obresti.⁷⁴

V primeru, ko je prej zapadla nasprotna terjatev, je upnik do zapadlosti glavne terjatve z izpolnitvijo nasprotne terjatve v zamudi. Dolžnik, čigar nasprotna terjatev zapade pred glavno terjatvijo, ima ob zapadlosti nasprotne terjatve dve možnosti: lahko s tožbo zahteva njeno izpolnitev od upnika, lahko pa počaka na zapadlost glavne terjatve in jo takrat unovči namesto svoje izpolnitve obveznosti.⁷⁵ V tej situaciji si moramo dolžnika (glavne terjatve) predstavljati v vlogi upnika nasprotne terjatve. Vsak upnik terjatve je avtonomen pri odločitvi, ali bo zahteval sodno varstvo. Menim, da je tudi dolžnik glavne terjatve v vlogi upnika nasprotne terjatve upravičen sprejeti odločitev, da sodnega varstva ne bo zahteval. Odločitev, da izpolnitve nasprotne terjatve ne zahteva s tožbo, ampak nasprotno terjatev uveljavlja v pobot z glavno terjatvijo, ima za dolžnika nekatere prednosti. Dolžnik tako ob zapadlosti glavne terjatve izpolni svojo obveznost do upnika. Nemška teorija v tem primeru pobotanju pripisuje funkcijo izpolnitve obveznosti.⁷⁶ Pobotanje pa ima za dolžnika tudi funkcijo samopomoči oziroma lastne izvršbe. Dolžnik dobi v trenutku nastopa pravnih učinkov pobotanja poplačano nasprotno terjatev, saj mu ni treba opraviti izpolnitvenega ravnanja nasproti upniku. Dolžnik se tako izogne dolgotrajnemu sodnemu uveljavljanju izpolnitve nasprotne terjatve.⁷⁷

Nasprotno mora veljati, kadar glavna terjatev zapade pred nasprotno terjatvijo. Gre za primer, če dolžnik odlaša z izpolnitvijo glavne terjatve z namenom, da bo ob zapadlosti nasprotne terjatve uveljavljal pobotanje. V tem primeru je upnik tisti, ki prej pridobi možnost sodnega uveljavljanja izpolnitve obveznosti. Upnik se lahko sam odloči, ali bo zahteval sodno varstvo ali pa bo počakal do zapadlosti nasprotne terjatve in uveljavljal pobotanje. Dolžnik ni upra-

⁷³ Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 391.

⁷⁴ Povzeto po Juhart, v: Juhart, Plavšak, str. 362–363.

⁷⁵ Seveda ga pri tem ne sme prehiteti upnik z izpolnitvijo nasprotne terjatve.

⁷⁶ Pobotanje je najpomembnejša nadomestna izpolnitev obveznosti. Looschelders, str. 148; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 387, r. št. 1.

⁷⁷ Fikentscher, Heinemann, str. 170; Schlüter, v: Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland, § 387, r. št. 1.

vičen do odlašanja z izpolnitvijo obveznosti, ampak mora obveznost izpolniti najkasneje ob zapadlosti terjatve. Zato takrat, kadar glavna terjatev zapade pred nasprotno terjatvijo, ne moremo govoriti o dolžnikovem zaupanju v možnost prihodnjega pobotanja proti cesionarju.

Ugotovitev, da dolžnik upravičeno zaupa v možnost prihodnjega pobotanja zoper cedenta zgolj v primerih, ko je nasprotna terjatev zapadla najkasneje z glavno terjatvijo, mora veljati tudi v primerih, ko v vmesnem času pride do cesije. Namen varovanja dolžnika pri cesiji je ohranitev enakega pravnega položaja dolžnika. Dolžnik mora biti varovan zgolj v tem obsegu.⁷⁸ Pravni položaj dolžnika v primeru cesije mora biti enak pravnemu položaju dolžnika, kadar do cesije ne pride. Če dolžnik ni mogel računati na pobotanje proti cedentu, tega upravičenja tudi ne more pridobiti zoper cesionarja zato, ker je vmes prišlo do cesije. Če do cesije ne pride, lahko dolžnik upravičeno zaupa v možnost prihodnjega uveljavljanja pobotanja takrat, kadar nasprotna terjatev zapade pred oziroma najkasneje z glavno terjatvijo. Enako mora veljati, če je v vmesnem času prišlo do cesije. Dolžnik zato ohrani možnost pobotanja proti cesionarju le v primeru, da je nasprotna terjatev zapadla pred cedirano terjatvijo.

Zgornjim izhodiščem sledita tudi nemška in slovenska ureditev pobotanja z odstopljeno terjatvijo. Tako nemški § 406 BGB kot tudi slovenski drugi odstavek 315. člena OZ določata, da lahko dolžnik uveljavlja pobotanje zoper cesionarja pod dvema pogoje: dolžnik mora pridobiti terjatev zoper cedenta pred zavedanjem o cesiji in nasprotna terjatev mora zapasti pred ali hkrati s cedirano terjatvijo. V slovenskem pravu pa ni urejena situacija, ko nasprotna terjatev zapade pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji, cedirana terjatev pa po dolžnikovem zavedanju o cesiji. Določba prvega odstavka 315. člena OZ ne pride v poštev, saj po svoji dikciji zajema primere, ko se vsi pogoji za pobotanje stečejo pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji. Prav tako ni uporaben drugi odstavek 315. člena OZ. Ta določba namreč govori o nasprotnih terjatvah, ki zapadejo po dolžnikovem zavedanju o cesiji in pred oziroma hkrati s cedirano terjatvijo. Po gramatikalni razlagi določba drugega odstavka 315. člena OZ torej ne ureja situacije, ko je nasprotna terjatev zapadla pred dolžnikovim zavedanjem o cesiji, cedirana terjatev pa po dolžnikovem zavedanju o cesiji. Menim, da moramo za rešitev tega problema širše razlagati določbo drugega odstavka 315. člena OZ in se pri tem opreti na teleološko razlago. Namen določbe drugega odstavka 315. člena OZ je varstvo dolžnika, kadar je ta pridobil nasprotno terjatev proti cedentu pred zavedanjem o cesiji, vendar pobotanja še ni mogel uveljavljati. Pri tem je po mojem mnenju vseeno, če pobotanja ni mogel uveljavljati zaradi nezapadlosti nasprotne terjatve ali pa zaradi nezapadlosti cedirane terjatve. Če lahko dolžnik uveljavlja pobotanje proti cesionarju, kadar nasprotna terjatev zapade po njegovem zavedanju o cesiji, potem lahko še toliko bolj uveljavlja pobotanje zoper cesionarja, kadar je nasprotna terjatev zapadla pred njegovim zavedanjem o cesiji. V obeh primerih je tudi izpolnjen pogoj, da mora nasprotna terjatev zapasti pred cedirano terjatvijo.

⁷⁸ Fikentscher, Heinemann, str. 357.

Ugotovitev, da lahko govorimo o dolžnikovem zaupanju v možnost prihodnjega pobotanja takrat, kadar je nasprotna terjatev zapadla pred glavno terjatvijo, ima širši pomen. Slovenski zakonodajalec je ta pogoj za pobotanje predpisal le pri pobotanju zoper odstopljeno terjatev, ni pa tega pogoja predvidel pri splošnih pogojih za pobotanje. Navedeno ni logično, saj smo ugotovili, da lahko dolžnik tudi pri splošni ureditvi pobotanja zaupa v možnost prihodnjega pobotanja zoper cedenta le takrat, kadar je nasprotna terjatev zapadla pred glavno terjatvijo. V OZ tako pride do nedoslednosti, saj se pogoj zapadlosti brez tehtnega razloga razlikuje glede na dejstvo, ali je vmes prišlo do cesije.

Menim, da je do te razlike prišlo zaradi parcialnega prevzemanja nemške ureditve. Slovenski zakonodajalec je namreč v OZ prevzel posebno ureditev pobotanja z odstopljeno terjatvijo, pri tem pa ni upošteval, da se nemška in slovenska ureditev splošnih pogojev za pobotanje razlikujeta pri pogoju zapadlosti terjatev. Po slovenski pravni ureditvi morata zapasti tako glavna kot tudi nasprotna terjatev (311. člen OZ). Če glavna in nasprotna terjatev ne zapadeta na isti dan, se pogoji za pobotanje stečejo šele v trenutku kasneje zapadle terjatve. Drugače od OZ pa nemški BGB zahteva le zapadlost nasprotne terjatve, ne pa tudi glavne terjatve.⁷⁹ Glavna terjatev mora biti zgolj izpolnjiva.⁸⁰

3.3. Odstop terjatve v zavarovanje in pobotanje z odstopljeno terjatvijo

Dolžnik lahko pred zavedanjem o cesiji nasprotno terjatev odstopi drugemu upniku v zavarovanje. V tem primeru se postavi vprašanje, ali lahko dolžnik, ki po zavedanju o cesiji ponovno postane imetnik te terjatve, uveljavlja to terjatev v pobot proti cesionarju. Dolžnik po gramatikalni razlagi 315. člena OZ tega upravičenja nima, saj je pridobil terjatev po zavedanju o cesiji. Sprašujem se, ali je gramatikalna razlaga v tem primeru v skladu z načelom nevtralnosti dolžnikovega pravnega položaja.

Odstop terjatve v zavarovanje (fiduciarna cesija) je oblika zavarovanja terjatve, pri kateri fiduciant⁸¹ terjatev odstopi fiduciarju.⁸² Posledica odstopa v zavarovanje je prehod terjatve iz premoženja fiducianta v premoženje fiduciarja.⁸³ Prednost odstopa v zavarovanje je njegova

⁷⁹ Glej § 387 BGB. Looschelders, D., str. 150; Fikentscher, Heinemann, str. 170–171; Dennhardt, v: Bamberger, Roth, § 387, r. št. 28–29; Esser, Schmidt, Teilband 1, str. 306; Brox, Walker, str. 137–138; Grüneberg, v: Palandt, § 406, str. 573; Münchhausen, Opolony, str. 28–29.

⁸⁰ Terjatev na primer ni izpolnjiva, kadar še ni nastopil odložni pogoj. Glej Dennhardt, v: Bamberger, Roth, § 387, r. št. 29.2.

⁸¹ Pri pobotanju z odstopljeno terjatvijo je to dolžnik glavne terjatve.

⁸² Fiduciar je v tem primeru drugi upnik in se ga ne sme zamenjati z cedentom ali cesionarjem pri pobotanju z odstopljeno terjatvijo.

⁸³ Juhart, 1996, str. 206.

diskretnost, saj obvestitev dolžnika⁸⁴ ni nujna.⁸⁵ Če ni drugače dogovorjeno, se šteje, da je cesionar pridobil terjatev pod razveznim pogojem plačila zavarovane terjatve (prvi odstavek 207. člena Stvarnopravnega zakonika).⁸⁶ Odstopljena terjatev s plačilom samodejno preide nazaj v premoženje fiducianta.⁸⁷ Na podlagi izrecnega dogovora med fiduciantom in fiduciarjem je mogoča tudi nepogojna fiduciarna cesija. Pri nepogojni fiduciarni cesiji mora fiduciar terjatev povratno prenesti na fiducianta, ko ta plača zavarovano terjatev.⁸⁸

Po mnenju nemške sodne prakse in teorije je dolžnik upravičen uveljavljati pobotanje zoper cesionarja s fiduciarno odstopljeno terjatvijo, pa čeprav jo ponovno pridobi šele po zavedanju o cesiji. Sodna praksa poudarja, da namen določbe § 406 BGB ni zgolj ohranitev enakega dolžnikovega pravnega položaja po cesiji, ampak mora dolžnik imeti tudi možnost, da se po cesiji sklicuje na take okoliščine, ki so nastale po njegovem zavedanju o cesiji in bi se na njih lahko skliceval zoper cedenta, če vmes ne bi prišlo do cesije.⁸⁹ Fiduciantova ponovna pridobitev fiduciarno odstopljene terjatve je taka okoliščina. Sodna praksa in teorija poudarjata, da fiduciar sicer pravno postane imetnik fiduciarno odstopljene terjatve, vendar pa ta ekonomsko še vedno spada v premoženje fiducianta. Pri uporabi § 406 je zato pomembna fiduciantova prvotna pridobitev terjatve, in ne ponovna pridobitev fiduciarno odstopljene terjatve po plačilu zavarovane terjatve.⁹⁰

Slovenska sodna praksa in teorija se še nista opredelili do problematike uveljavljanja fiduciarno odstopljene terjatve v pobot z odstopljeno terjatvijo. Menim, da so argumenti nemške sodne prakse in teorije prepričljivi in jih kaže sprejeti pri razlagi 315. člena OZ. Osnovno vodilo pri varstvu dolžnika pri cesiji je načelo nevtralnosti njegovega pravnega položaja. Dolžnika se varuje v primerih, kadar je upravičeno zaupal v možnost pobotanja zoper cedenta. Dolžnik, ki ob pridobitvi nasprotne terjatve ne ve za cesijo, lahko upravičeno zaupa v možnost prihodnjega pobotanja zoper glavno terjatev. Menim, da moramo enako obravnavati dolžnika, ki fiduciarno odstopi nasprotno terjatev. Tudi on lahko upravičeno pričakuje, da bo ponovno pridobil fiduciarno odstopljeno terjatev in jo bo lahko uveljavljal v pobotu zoper cedenta. Pogoj za tako upravičeno pričakovanje pa je, da dolžnik ne ve za cesijo ob prvi pridobitvi nasprotne terjatve. To pomeni, da ponovno pridobitev fiduciarno odstopljene terjatve po zavedanju o

⁸⁴ Pri pobotanju z odstopljeno terjatvijo je to cedent.

⁸⁵ Juhart, 1996, str. 214; Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 573.

⁸⁶ Uradni list RS, št. 87/2002 (SPZ).

⁸⁷ Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 572.

⁸⁸ Prav tam.

⁸⁹ Sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča št. VII ZR 267/01 z dne 13. 2. 2003, v: Neue Juristische Wöhen-schrift, št. 16/2003, str. 1183.

⁹⁰ Prav tam; Kessler, str. 2212.

cesiji spregledamo in štejeemo, da je bil dolžnik imetnik fiduciarno odstopljene terjatve tudi v trenutku zavedanja o cesiji.

4. Sklep

Določba 315. člena OZ vsebuje posebna pravila za pobotanje z odstopljeno terjatvijo. Po tej določbi je dolžnik pod določenimi pogoji upravičen uveljavljati zoper cesionarja v pobot terjatev, ki jo ima proti cedentu. Analiza navedene določbe je pokazala, da lahko govorimo o dolžnikovem zaupanju v možnost prihodnjega pobotanja takrat, kadar je nasprotna terjatev zapadla pred glavno terjatvijo. OZ zato dolžnika upravičuje do uveljavljanja pobotanja z odstopljeno terjatvijo le takrat, kadar je nasprotna terjatev zapadla pred glavno terjatvijo. Zakonodajalec tega pogoja ni predpisal pri splošnih pogojih za pobotanje, zaradi česar OZ brez utemeljenega razloga različno ureja pogoj zapadlosti glede na dejstvo, ali je do zapadlosti obeh terjatev prišlo do cesije glavne terjatve.

Literatura

- Bamberger, Georg Heinz, Roth, Herbert, Beck'scher Online-Kommentar, C. H. Beck, München 2011.
- Brox, Hans, Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, C. H. Beck, München 2007.
- Cigoj, Stojan, Komentar obligacijskih razmerij, 2. knjiga, Uradni list SRS, Ljubljana 1984.
- Esser, Josef, Schmidt, Eike, Schuldrecht: ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, Teilband 1 in 2, C. F. Müller, Heidelberg 1993.
- Fikentscher, Wolfgang, Heinemann, Andreas, Schuldrecht, De Gruyter, Berlin 2006.
- Haertlein, Lutz, Die Rechtsstellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung, Juristische Schulung, št. 12/2007, str. 1073–1079.
- Jauernig, Othmar (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch, C. H. Beck, München 2011.
- Juhart, Miha, Cesija: pogodbeni odstop terjatve, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996.
- Juhart, Miha, O nekaterih vprašanih pobotanja, Pravna praksa, št. 19/1992, str. 25.
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina (ur.), Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato, Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Kessler, Christian, Der Aufrechnungsschutz bei sicherungsgezierten Forderung, Neue Juristische Wöhenschrift, št. 30/2003, str. 2211–2213.
- Looschelders, Dirk, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Franz Vahlen, München 2010.
- Münchhausen, Marco von, Opolony, Bernhard, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, C. H. Beck, München 1994.

Palandt, Otto (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch, C. H. Beck, München 2008.

Säcker, Franz Jürgen, Rixecker, Roland (ur.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. H. Beck, München 2010.

Schulze, Reiner (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos, Baden-Baden 2012.

Sodna praksa

Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 746/2010, z dne 21. 10. 2010 – baza IESP.

Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 787/2010, z dne 27. 7. 2011 – baza IESP.

Sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča, št. VII ZR 267/01, z dne 13. 2. 2003, v: Neue Juristische Wöhenschrift, št. 16/2003, str. 1182–1184.

Pravni predpisi

Obligacijski zakonik (OZ), Uradni list RS, št. 97/2007.

Stvarnopravni zakonik (SPZ), Uradni list RS, št. 87/2002.

Nomotehnika

V.

ALBIN IGLIČAR

Analiza pogledov Nemškega združenja za zakonodajo

MIRO CERAR

Nomotehnični vidiki spreminjanja ustave

JANEZ POGORELEC

*Slovenski pristop k pravnemu normiranju
ali zakaj smo tam, kjer smo*

KATJA BOŽIČ

Nomotehnika – med tehniko in občutkom

FRANC GRAD

Priprava predpisa in koherentnost pravnega reda

Strokovni članek
UDK 340.134(430)

Analiza pogledov Nemškega združenja za zakonodajo

PROF. DR. ALBIN IGLIČAR,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. O zakonu in zakonodajalcu

Nemško združenje za zakonodajo (Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung) je pripravilo prikaz stanja na zakonodajnem področju in ga povzelo v dvanajstih tezah oziroma vprašanjih. Omenjena spoznanja interdisciplinarnih raziskovanj zakonodajne dejavnosti ter metod in tehnik zakonodaje so bila prevzeta in objavljena tudi v glasilu Evropskega združenja za zakonodajo (European Association of Legislation). Raziskovanja so poudarila trditev, da sprejemanje zakonov ni le politični akt, temveč neke vrste umetnost oziroma veda, ki zahteva učenje in izpopolnjevanje.¹ Stanje in razvojne težnje vede o zakonodaji v Evropi so člani ustreznih društev in združenj strnili v posebne teze. Ob njihovem prebiranju naletimo na podobne težave, ki se pojavljajo v zakonodajnem procesu dograjevanja slovenskega pravnega sistema.

Če pojav socialne države zahteva obsežnejšo zakonodajo, ki postaja vse bolj nepregledna, liberalizacija pomeni manjše poseganje na delovanje trga in podjetništva. Procesi panjuridizacije, ki vodijo v širjenje obsega pravne regulacije in večanje pomena pravnih norm, so v sodobni družbi objektivno nujni procesi. Zaradi vse več oziroma večje gostote družbenih odnosov in širjenja kroga legitimnih interesov ter čedalje večje delitve dela in organiziranosti družbe je treba vse več družbenih odnosov urejati s pravnimi normami. Sodobna družba se tem smernicam za zdaj ne more učinkovito upirati, lahko jih samo čim bolj racionalno usmerja.

Panjuridizacija, ki kaže na dejstvo, da se čedalje večji delež interakcij med ljudmi in njihovimi organizacijami pravno regulira, izhaja tudi iz poseganja človeka na nova in nova področja dejavnosti (vesoljski poleti, presajanje človeških organov ipd). Poleg tega socialna država

¹ Primerjaj Karpen, Ulrich: Gesetzgebungslehre- neu evaluiert, Nomos, Baden-Baden 2006, str. 5.

oziroma država blaginje (angl. *welfare state*) skrbi za številne dejavnosti, ki so bile nekdanj v celoti pridržane civilni družbi. To so področja izobraževanja, zdravstva, telesne kulture, zaposlovanja, socialnega varstva itd. Državnopravno reguliranje teh in podobnih področij vodi k nenehnemu povečevanju števila zakonov in podzakonskih aktov in s tem povečuje obseg pravnega sistema.

Ob zavedanju nevarnosti za jasnost in preglednost pravnega sistema,² ki jo povzročata čedalje večji obseg zakonodaje, oziroma ob dejstvu, da je vse več družbenih odnosov urejenih s pravnimi normami (panjuridizacija), je vprašljiva realnost razmišljanja, da naj se obseg zakonodaje zmanjša, socialna država pa ohrani enak obseg. Omenjeni predlogi se lahko gibljejo v smer delegirane zakonodaje, izrazite splošnosti zakonov in širitve avtonomnega (samoupravnega) prava.

Po Thomasu Hobbesu je zakon predvsem ukaz nosilcev najvišje (politične) oblasti, ki naj ustvarja dober red za družbeno skupnost. Hobbes je razvil idejo o družbeni pogodbi, ki ljudi iz stanja boja vseh zoper vse³ povede v državniško stanje, ko med seboj sklenejo tri dogovore⁴ in izročijo državi vso svojo svobodo ter »se spremene v podanike, ki poslej prejemajo vse svoje državljske pravice od države«.⁵

Po Johnu Stuartu Millu pa naj zakon le izjemoma posega v družbene odnose, ki naj jih gospodarstvo in družba sicer sama urejata z avtonomnimi normami. Človek naj tudi v skupnosti ohrani značilnosti individualne človeške narave. Trdil je namreč, da »človeška bitja, združena v družbi, nimajo prav nobenih drugih lastnosti od tistih, ki izvirajo iz prirodnih zakonov posameznega človeka. Zato tudi zakoni družbenega dogajanja niso in ne morejo biti nič drugega kakor zakoni strasti in ravnanja posameznikov ...«⁶

Razumevanje vloge zakona na evropskem kontinentu je bolj sledilo Hobbesu, medtem ko je anglosaško dojetje zakona bolj sledilo Millu. Zato imajo države kontinentalne Evrope več zakonov kot države anglosaškega pravnega reda.⁷

Razvoj je šel od zgodovinsko konvencionalnega pojmovanja k demokratičnemu pojmovanju zakona, od stanovske države prek konstitucionalizma 19. stoletja k demokratični državi

² Na potrebo po jasnosti, natančnosti, enostavnosti in učinkovitosti opozarja tudi monografija *Drafting Legislation* (ur. Constantin Stefanou in Helen Xanthaki), Ashgate, 2008, str. 17.

³ Stanje *bellum omnium contra omnes*, ko je *homo homini lupus*.

⁴ Dogovor združitve – *pactum unionis*; dogovor ustanovitve – *pactum constitutionis*; dogovor podreditve – *pactum subjectionis*.

⁵ Eugen Spektorski: *Zgodovina socialne filozofije*, Slovenska matica v Ljubljani, Ljubljana 1932, str. 190.

⁶ Citirano po Jože Goričar: *Oris razvoja socioloških teorij*, Založba Obzorja, Maribor 1969, str. 85.

⁷ Karpen, str. 12.

20. stoletja. Stanovska država uporablja zakon kot ukrep državne oblasti, izražen v splošni abstraktni normi. V teoriji pa se pojavi razlikovanje med zakonom v materialnem in zakonom v formalnem pomenu besede.⁸ Materialni pomen zakona se je okreplil v 19. stoletju s poudarjanjem človekovih pravic oziroma lastnine in svobode. V 20. stoletju se tej vsebini zakona pridružuje opredeljevanje socialnih pravic z zakonskimi normami.

Omenjeni oris zahteva pravnoanalitično raziskovanje različnih vrst zakonov kot formalnih pravnih virov, ukvarjanje z »zakonodajno taktiko« zunanjih vidikov zakonodajnega postopka in »zakonodajno metodiko« notranjih vidikov zakonodajnega postopka, preučevanje »zakonodajne tehnike« s stališča uporabe jezika, členitve zakona in njegove sistematike ter ugotavljanje stroškov zakonodaje in sprejemljivosti (legitimnosti) zakonov v javnosti.

V razvoju pravne in socialne države ter demokracije se postavlja tudi provokativno vprašanje, koliko zakonov potrebuje država. Odgovor je seveda v marsičem odvisen od nalog države. Kadar ta ostaja v svojih klasičnih – predmodernih okvirih, so to zgolj področja policije za vzdrževanje notranjega reda, zunanjih zadev in vojske za vzdrževanje zunanje varnosti države, pravosodja za institucionalno sprotno reševanje konfliktov med državljani in njihovimi organizacijami ter davčne službe, ki zbira potrebna finančna sredstva za delovanje države liberalnega obdobja. V moderni državi pa se navedenim področjem pridružujejo še naloge »socialne« države na področjih gospodarske in komunalne infrastrukture, šolstva, zdravstva, znanosti, socialnega varstva, kulture ipd., kar zahteva – če naj bo država tudi pravna – zakonsko urejanje vseh teh sfer življenja družbe.

Če so se državni posegi v sfero civilne družbe do konca prejšnjega stoletja vztrajno krepili, je v 21. stoletju zaznati iskanje uravnotežene srednje poti med vsesplošnim državnim »dušebrižništvom« na eni strani in »vitko državo« z njeno debirokratizacijo ter deregulacijo z novimi upravnimi prijemi (angl. *new public management*, *lean administration*, *total quality management*) na drugi strani. Od kompromisov med skrajnostma, ki so doseženi v neki družbi, je odvisen tudi obseg zakonodaje oziroma število zakonov v pravnem sistemu.

Prav tako se zastavlja vprašanje zmogljivosti oziroma storilnosti zakonodajalca. Na to pa sta vezana tudi poenostavitev državne regulatorne dejavnosti in nevarnost preценjevanja zakonodajalčevih sposobnosti.

Sklicujoč se na prevladujoče mnenje, obravnavane teze poudarjajo tri funkcije zakona: vzpostavljanje reda in varnosti, določanje sprememb in izboljšav v družbenih odnosih ter doseganje državne in družbene integracije.

⁸ Več o razlikovanju med materialnimi in formalnimi sestavinami definicije zakona v Albin Igličar: *Zakonodajna dejavnost*, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 102 in nasl.

Za zanesljive odgovore na vprašanje, v kolikšni meri zakonodajalec ob enormni količini zakonov v sodobni socialni državi⁹ lahko sledi regulativni, anticipirajoči in integrativni funkciji zakona, bodo potrebne še številne poglobljene raziskave. Te so še zahtevnejše, kadar je vprašanje kakovosti zakonodajalca.

Zamisel o idealnem zakonodajalcu se je pojavila že v antiki, oživila pa je zlasti v času razsvetljenega absolutizma v 18. stoletju. Takrat je bila v ospredju razlaga zakonodaje, ki jo sicer postavlja ena oseba, vendar ne samovoljno, temveč kot prinašalec (legislator) naravnega reda oziroma pravil, ki izhajajo iz nujnih odnosov človeškega sobivanja. Taki idealni zakoni nato spodbudijo vero in zaupanje v skoraj nadnaravne lastnosti zakonodajalca.

Tako je Platon v svoji socialni filozofiji predvidel obstoj vladarja – filozofa,¹⁰ ki s svojimi lastnostmi srčnosti, sorazmernosti in modrosti postavlja zakone. Vrhovno vodilo vladarja – zakonodajalca pa je uveljavljanje pravičnosti, »ki je v strnitvi treh poklicnih kreposti: filozofske modrosti, vojaškega moštva¹¹ ter trgovske in obrtniške zmernosti.¹²

Tudi Aristotel je pri odlikah nosilcev političnih funkcij poudarjal vrline in pravičnost¹³ oziroma sredino, saj »tisti, ki iščejo pravičnost, iščejo sredino, kajti zakon je sredina.«¹⁴

Na začetku moderne dobe Rousseau v Družbeni pogodbi (1762) o zakonodajalcu zapiše: »Zakonodajalec je v vsakem primeru izjemen človek v državi. Že po svojem umu mora biti tak, nič manj po svoji dejavnosti.«¹⁵ Deklaracija o pravicah človeka in državljana je ob tej predpostavki in ideji o ljudski suverenosti v 6. členu določila: »Zakon je izraz splošne volje. Vsi državljani imajo pravico osebno ali prek svojih predstavnikov sodelovati pri njegovem sprejemanju.«

⁹ V Nemčiji je zdaj v veljavi približno 5000 zakonov in uredb s približno 86.000 določbami oziroma pravnimi pravili. Primerjaj Karpen, str. 15.

¹⁰ »Če filozofi v polisih ne bodo kraljevali – sem dejal – ali če zdaj tako imenovani kralji in gospodarji ne bodo pristno in zadovoljivo filozofirali, če torej to oboje – politična moč in filozofija – ne bo sovpadlo v eno in se množica tistih značajev, ki se zdaj ločeno odpravljajo v eno od obeh smeri, nujno ne onemogoči, potem, dragi Glavkon, po mojem mnenju ne bo konca zla ...« (Platon: Država – Politeja, peta knjiga, 473 d, v: Platon, Zbrana dela I, prevod Gorazd Kocijančič, Mohorjeva družba, Celje 2004, str. 1130).

¹¹ V smislu moškosti oziroma možatosti.

¹² Spektorski, str. 50.

¹³ »Tisti, ki naj bi opravljali najpomembnejše politične funkcije, morajo imeti troje: kot prvo naklonjenost do obstoječe ustavne ureditve, kot drugo najvišjo sposobnost za opravljanje nalog, ki jih narekuje oblastniški položaj, in kot tretje vrline in pravičnost ...« (Aristotel, Politika, 1309, a 35; v: Aristotel: Politika, prevod Matej Hriberšek, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 486).

¹⁴ Aristotel, 1287, b5.

¹⁵ Rousseau, str. 106.

Pitamic je v 20. stoletju razmišljal tako: »Za izvoljenega se zahteva navadno večja kvalifikacija kot za volilca.« In še: »Za poslanca je zahtevana navadno tudi večja neomadeževanost nego za volilca.«¹⁶ Tem zahtevam se pridružujejo še prvine racionalnega mišljenja, ki posebej poudarjajo pomen »velikih zakonodavcev«¹⁷ in sposobnosti analitičnega procesa abstrahiranja. V tem miselnem procesu morajo člani zakonodajnega organa odmišljati posamezne in posebne značilnosti sorodne skupine družbenih odnosov ter iskati tiste lastnosti, ki so tej skupini odnosov skupne. Te splošne prvine postanejo vsebina splošne zakonske norme.¹⁸ Seveda pa je konkretni sestav zakonodajnega telesa vedno vpet v dejanske razmere družbenega okolja, ali kot je zapisal Furlan v razpravi Problem realnosti prava: »Običajno je zakonodavec kot član neke družbe, v kateri se je rodil in v katero je vrstel, prav tako podvržen historičnemu izročilu kakor ostali člani družbe.«¹⁹ Zato poslanci pri svojih odločitvah izhajajo iz obstoječega družbenega in pravnega reda ter ga nato bolj ali manj spreminjajo.

Ob tem se zastavlja še vprašanje, kakšna je vloga pravnikov pri omenjenem postavljanju družbenega in pravnega reda. Ali so res ob političnem zakonodajalcu – kot se včasih navaja v literaturi²⁰ – zgolj strokovnjaki za obliko zakona? Ali pa naj ob skrbi za natančnost zakonskih norm, skrbi za jasnost predstav o ciljih zakona in njegovi konsistentnosti skrbijo tudi za vnos pravnih vrednot v zakonsko vsebino od pravne varnosti ter uravnoteženosti pravic in dolžnosti, prek predvidljivosti do pravičnosti v zakonskih določbah? Odgovor se ponuja sam po sebi. Pravni strokovnjaki naj v zakonodajnem procesu skrbijo tako za pravno obliko kot za pravno vsebino.²¹ Zakon naj bo nomotehnično dobro pripravljen in čim bolj sprejemljiv s stališča splošnih vrednot pravne civilizacije. Kolikšna pa je dejanska moč pravnih ekspertov zlasti v tem drugem delu njihovega poslanstva, pa je odvisno od realnih razmer politične moči ter od ravni pravne in politične kulture odločevalcev v posamezni družbi.

¹⁶ Pitamic, str. 350.

¹⁷ Ta izraz je uporabil Boris Furlan v razpravi Racionalizem in revolucija, objavljeni v Sodobnosti leta 1937 (vol. 7, št. 6) in ponatisnjeni v knjigi Boris Furlan: Problemi realnosti prava (ur. M. Pavčnik), GV Založba, Ljubljana 2002.

¹⁸ Furlan Boris v razpravi Teorija pravnega sklepanja (Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, vol. 10, Ljubljana 1933/34), ponatisnjeni v knjigi Boris Furlan: Problemi realnosti prava (ur. M. Pavčnik), Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2002, str. 161: »Tudi en primer zadostuje za postavljanje splošnega pravila, čeprav se običajno tvorijo norme na podlagi tega, kar se večkrat ponavlja v praktičnem življenju.«

¹⁹ Ponatis razprave iz Zbornika znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, vol. 9, Ljubljana 1932/33, v istimenski knjigi, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2002, str. 95.

²⁰ Na primer: »In der Literatur wird der Jurist bei der Gesetzgebung freilich manchmal als Experte bloss für die Form des Gesetzes bezeichnet« (Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Springer-Verlag, Dunaj-New York 1982, str. 640).

²¹ »Der Jurist ist auch bei seiner Arbeit de lege ferenda an die rechtlichen Fundamentalprinzipien der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit gebunden und hat die mit ihrer Hilfe erschliessbaren konkreteren Wertungskriterien heranzuziehe« (Bydlinski, str. 646).

2. O vlogi državljanov in Ustavnega sodišča

Zmogljivosti zakonodajalca lahko dopolnjujejo še »aktivni državljanji«. Samozavestni in neodvisni državljanji so ne le nadzorniki zakonodajalcev, temveč so zakonodajalcem tudi v pomoč. To zlasti velja za njihova interesna združenja in skupinske organizacije,²² medtem ko je vloga njihovih političnih združenj v zakonodajnem procesu v sodobni državi že kar prevelika. Različne oblike neposredne in participativne (deliberativne) demokracije omogočajo vpliv javnosti na vsebino zakonodajnih odločitev.

Novе oblike demokracije naj bi vzpostavile čim bolj neposredne stike z državljanji, ki ne bi bili več udeleženi zgolj v volilnem procesu, ampak bi bili kot aktivni in avtonomni pripadniki javnosti²³ tudi v stalni dvostranski komunikaciji z državnimi organi. V procesu sprejemanja zakonov naj bi torej javnost ne bila prisotna le v poteku zakonodajnega postopka v parlamentu (načelo javnosti), temveč že mnogo prej, v predzakonodajnem postopku v državni upravi oziroma ministrstvih. Civilna družba ima v sodobnih demokracijah možnost sodelovati pri pripravi zakonskega akta že na začetku, v fazi oblikovanja delovnega osnutka besedila zakona, še preden je to poslano v parlamentarno proceduro. Ob večjem zgodnejšem vplivu državljanov na vsebino zakonodaje je mogoče pričakovati tudi njihovo večjo konformnost, to se pravi dosledno ravnanje pravnih subjektov v skladu s predpisi.

Vključevanje javnosti v pripravo predpisov dobi globlji pomen in smisel šele ob družbi, ki jo sestavljajo aktivni državljanji.²⁴ Realen pogled na družbeno stvarnost pa seveda ne sme javnosti niti podcenjevati in tudi ne precenjevati ali je idealizirati. Javnost oziroma civilna družba, ki se izraža prek javnosti, nikakor ni samo nekaj dobrega, saj v civilni družbi obstajajo tudi negativne vrednote ter nedemokratična gibanja in organizacije. Zato bodo le zavzeti in neravnodušni, aktivni in resni posamezniki izvajali ustrezen pritisk na zakonodajalca in druge normotvorne organe.²⁵

Kadar imamo opraviti z nezrelo javnostjo oziroma pasivno množično družbo, bodo iz javne razprave izšle številne neumestne, nespametne pripombe. Prav tako se bo dogajalo, da bodo mnogi predlogi neumestni ali neuresničljivi, ker predlagatelji ne razumejo področja, ki ga je treba normativno urediti, ali si domišljajo, da ga razumejo oziroma da poznajo pravni sistem.

²² Na primer: »Was zählt, sind die Gruppen« (Karpen, str. 17).

²³ V smislu »demokratizacije demokracije« pravi Anthony Giddens v svojem delu Tretja pot: »Država mora okrepiti vlogo javnosti, kar pomeni ustavne reforme, usmerjene k večji transparentnosti in odprtosti, kot tudi uveljavitev novih protikorupcijskih varovalk« (Giddens: Tretja pot, Ljubljana 2000, str. 79).

²⁴ V Sloveniji od leta 2008 k tej možnosti veliko prispeva vzpostavitev spletnega portala E-demokracija v okviru e-uprave.

²⁵ Primerjaj: »Der aktive Bürger drückt auf die Gesetzgebung« (Karpen, str. 17).

Večkrat se dogaja, da številne pripombe dajejo pravni laiki ali – kar je še bolj vprašljivo – ljudje, ki mislijo, da se spoznajo na pravne kategorije, čeprav jih razumejo popolnoma po svoje in mimo ustaljenih razlag in pojmovanj. Velika nekritičnost posameznikov pri dajanju pripomb na nastajajoče predpise lahko povzroči veliko dela pripravljavcem predpisov, ko morajo pojasnjevati in odgovarjati na neumestne pripombe in predloge. Ob tem velja opozoriti še na nevarnost prodiranja ozkih posebnih ali celo posamičnih interesov v splošne pravne akte. V normativne določbe se namreč ne smejo »prelivati« zgozlj parcialni interesi nekaterih skupin in organizacij ali posameznikov, saj morajo biti v splošnih pravnih aktih institucionalizirani splošni družbeni interesi. S tega stališča je pravšnja mera kritičnosti do pripomb in predlogov javnosti pri subjektu, ki na koncu sprejme splošni pravni akt, nujna.

Nemško združenje za zakonodajo za izboljšanje vsebinske kakovosti zakonov predlaga iskanje ravnotežja med vrednoto pravičnosti in realnostjo. Veliko si obeta od predhodnega preskušanja posameznih zakonskih rešitev (nem. *Gesetze auf Probe*) in naknadne presoje učinkovanja zakonov v praksi ter – v zakonu – izrecno določene obveznosti resornega ministra, da spremlja izvajanje zakona v praksi (angl. *Review-clauses*). S stališča časovne veljavnosti zakonov pa napotuje na prakso v Veliki Britaniji in Združenih državah Amerike, kjer nekateri zakoni prenehajo veljati s potekom mandata posameznega zakonodajalca, ki je zakone sprejel, in njihove veljavnosti nova sestava zakonodajalca ne podaljša (angl. *Sunset-clauses*).

Omenjeni predlogi so blizu splošnim prizadevanjem v okviru Evropske unije za izboljšanje predpisov (angl. *better regulation*). To se povezuje tako z omenjenim sodelovanjem javnosti pri pripravi predpisov kot z ocenjevanjem posledic zakona (angl. *regulatory impact assessment – RIA*).

Tem vidikom namenja v zadnjem času veliko pozornosti tudi slovenska zakonodajna dejavnost, čeprav so do zdaj doseženi rezultati bolj v formalnem smislu izpolnjevanja ustreznih obrazcev. Cilji izboljšanja predpisov in spremljanja njihovega izvajanja pa so dokaj jasno in natančno določeni.²⁶ Taka je na primer zahteva, da se v uvodu predloga zakona že pri oceni stanja in razlogih za sprejem zakona prikažejo podatki o rezultatih spremljanja izvajanja obstoječega predpisa. Ob tem je treba predstaviti cilje, ki so bili s predpisom zastavljeni, z oceno doseženih ciljev, metode in merila, po katerih je bila narejena ocena doseženih ciljev, ter vzroke za nedoseganje zastavljenih ciljev. Pri navajanju posledic, ki jih bo imel sprejem zakona, pa je treba biti pozoren tako na administrativne posledice pri obveznostih strank do javne uprave ali pravosodnih organov kakor tudi na posledice za okolje, gospodarstvo in socialne razmere ter na dokumente razvojnega načrtovanja.²⁷ Morda bi bilo tem prizadevanjem koristno do-

²⁶ Primerjaj Poslovnik Vlade Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 43/01 in naslednji, in Navodilo za izvajanje Poslovnika Vlade Republike Slovenije, št. 10, z dne 26. 5. 2010 in 28. 4. 2011.

²⁷ Primerjaj Navodilo za izvajanje Poslovnika Vlade Republike Slovenije, št. 10, priloga 2.

dati še zahteve po večji prisotnosti in večji vlogi pravne znanosti v procesu pripravljavanja in sprejemanja zakona.

Ustavnopravne usmeritve in okviri zakonske vsebine so splošno priznано merilo v pravnem sistemu. Praktični nadzornik spoštovanja ustavnih okvirov zakonodajalca je Ustavno sodišče. S stališča pravnosti in tudi racionalnega odločanja zakonodajalca v skladu z ustavno zavarovanimi vrednotami se vključuje posredno v zakonodajni proces.

Delovanje Ustavnega sodišča lahko odločilno pripomore k udejanjanju pravne države oziroma vladavine prava kot vodilne vrednote sodobne družbe. V delitvi dela pri zagotavljanju tega cilja je izvorno Ustavnemu sodišču pripadla naloga uveljavljanja vladavine prava tudi nasproti zakonodajalcu, saj ima ta pravzaprav največ moči za kršenje ustave. Zato je že Leonid Pitamic v Državi leta 1927 zapisal, da »utegne biti pravi smisel ustave bolje zavarovan po sodišču nego po politično orientirani parlamentarni večini«. Prav v tej funkciji Ustavnega sodišča – varovanje ustave nasproti zakonodajalcu – je specifična Ustavnega sodišča glede na organe sodne oblasti. Kajti – kot razlaga Pitamic – »pridejo sodišča do možnosti interpretacije (ustave – dodal A. I.) le v konkretnih primerih, katerih razsojanje so povzročila ali upravna oblastva ali privatniki«. ²⁸

Nakazana vloga ustavnega sodišča pomeni tudi nekakšen korektiv oziroma dopolnilo zakonodajnega procesa v sodobni družbi, ki teži k vse večji racionalnosti. Predstavniško telo je izrazito politični organ. V njem prevladujejo interesi in ni sestavljeno iz (pravnih) strokovnjakov. Ker pa je njegova naloga sprejemanje zakonov, ki so vse bolj strokovni in vpeti v pravni sistem in je torej zakonodajno odločanje izrazito pravno opravilo, lahko to pomanjkanje pravne strokovnosti med poslanci v določenem obsegu odpravi Ustavno sodišče, ki kot tako imenovani negativni zakonodajalec odpravlja ustavnopravne napake tako imenovanega pozitivnega zakonodajalca oziroma – v slovenskem primeru – državnega zbora.

Ob klasičnem (Kelsnovem) izhodišču, da je glavna naloga Ustavnega sodišča zagotavljanje ustavne skladnosti zakonov in s tem nekakšen vrednotni ter pravnostrokovni nadzor nad odločitvami zakonodajalca, bi kazalo v funkcijo usmeriti tudi pristojnosti Ustavnega sodišča. Njegova prvotna in »naravna« funkcija je odločanje o ustavnosti in zakonitosti normativnih (splošnih) pravnih aktov. ²⁹ Za druge vidike uresničevanja vladavine prava oziroma za varstvo pravic pravnih subjektov v posamičnih primerih je poklicana sodna veja oblasti.

²⁸ Pitamic, str. 442.

²⁹ S tega stališča ni nepomembno opozoriti, da je nemško ustavno sodišče (katerega model je v precejšnji meri služil kot vzor za oblikovanje slovenskega ustavnega sodišča) v nemški ustavi iz leta 1949 (Grundgesetz) najprej dobilo pristojnost odločati le o ustavnosti splošnih pravnih aktov in o kompetenčnih sporih. Ustavno pritožbo so v ustavo vnesli leta 1969 s spremembo 93. člena oziroma dodano točko 4a v prvem odstavku tega člena (primerjaj Klaus von Beyme: Politični sistem Zvezne republike Nemčije, Koper 2002, str. 344).

Zakonodajna oblast je v svojem delovanju v sodobni državi, ki se razglašča za pravno državo (*Rechtsstaat*),³⁰ podrejena pravnim pravilom (angl. *rule of law*). Ta pravila, ki vežejo predstavniško oziroma zakonodajno telo, so določena v ustavi in splošnih pravnih načelih. V ameriškem sistemu, kjer z vidika teh pravil lahko odklonijo uporabo zakona redna sodišča, je spoštovana klasična teorija o delitvi oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno. Sodna oblast v sistemu zavor in ravnovesij omejuje in nadzira zakonodajno in tudi izvršno vejo oblasti.

3. O oblikovanju in sprejemanju zakonov

Obravnavane teze govorijo tudi o »umetnosti pisanja zakonov« (nem. *Von der Kunst, Gesetze zu schreiben*). Ne glede na to, ali nomotehniko razumemo kot umetnost ali kot znanost, kot večino ali kot obrt, označuje dejavnost izdelovanja pravnih predpisov. Če izraz tehnika na splošno pomeni uporabo metod, pravil in načinov za doseganje cilja, potem nomotehnika zajema metodične, strukturne in jezikovne vidike pripravljanja zakonskega besedila. Omenjene sestavine so pogosto zajete v priročnikih in smernicah za izdelovanje predpisov v nacionalnih³¹ in evropskih okvirih³².

Teze še posebno poudarjajo pomen jezika v predpisih in predlagajo izdajanje poljudnih oziroma komentiranih publikacij ob uradnih besedilih zakonov. Veliko pozornosti namenjajo še poenotenju postopkov v ministrstvih v procesih priprave zakonskih osnutkov, preden kot predlogi zakonov prispejo v parlament. V ospredju je tudi ideja o skupnem nadzornem telesu za strokovno nomotehnično pregledovanje zakonodaje. V zadnjem času postaja aktualen tudi stroškovni vidik, tako pri izdelavi zakonskih projektov kot pri predvidevanju finančnih obveznosti, ki jih zakonodaja nalaga naslovljencem zakonskih določb.³³

V posebni tezi je poudarjen predlog o sprejetju zakona o zakonodajnem postopku.³⁴

V pravni publicistiki je na primer poznan bolgarski zakon o normativnih aktih, ki določa naloge pri izdelavi, uzakonitvi in uporabi splošnih pravnih aktov. V njem so določeni tudi hierarhija formalnih pravnih virov, njihovo načrtovanje in razglasitev ter objavljanje. S podobno vsebino se ukvarja tudi osnutek poljskega zakona o zakonodaji. V večini parlamentov so postopkovni vidiki nastajanja zakona urejeni s poslovniškimi določbami, za udejanjanje

³⁰ Na primer 2. člen Ustave Republike Slovenije: »Slovenija je pravna in socialna država.«

³¹ Za Slovenijo na primer: Služba Vlade RS za zakonodajo: Nomotehnične smernice, Ljubljana 2008.

³² Na primer Richtlinien für die europäische Gesetzgebung – Die Kopmanns Arbeitsgruppe.

³³ Poslovnik Državnega zbora RS že od sprejema leta 1993 zahteva, da mora uvod predloga zakona vsebovati oceno finančnih posledic zakona, posebej pa je zdaj to izpostavljeno z uporabo RIA.

³⁴ Gesetzgebungsverfahrensgesetz.

katerih skrbijo posebna parlamentarna telesa.³⁵ Vse to je določeno z namenom sprejemanja čim bolj natančnih splošnih pravnih pravil v zakonih, od norm o pravnih subjektih, pravicah in dolžnostih do opredelitve udeležencev v procesu sprejemanja aktov in ciljev v temeljnih določbah teh aktov.

Formalni pravni vir, ki določa institucionalizirana pravila zakonodajnega postopka v nacionalnih parlamentih, je najprej ustava, sledi pa ji poslovnik predstavniškega telesa oziroma njegovih domov. Poslovniki sicer na splošno urejajo organizacijo in delo predstavniškega telesa,³⁶ vendar je z vidika ustvarjanja splošnih pravnih norm najpomembnejši tisti del poslovnika, ki razčlenjuje ustavne norme o zakonodajni funkciji parlamenta.³⁷ Demokratična politična ureditev poudarja pomen postopkovnih pravil pri sprejemanju pravnih aktov in drugih odločitev. Del pravne teorije šteje proceduralna pravila oziroma »sekundarna pravila za priznavo« (Hart)³⁸ celo za temelj pravnega sistema.

Med pravila, ki določajo pristojnosti za postavljanje in identifikacijo primarnih pravil, spadajo tudi določbe poslovnika zakonodajnega organa. Poslovniški akt v osrednjem delu opredeljuje postopek sprejemanja zakona kot osrednjega formalnega pravnega vira v evropskem kontinentalnem pravnem sistemu. Praksa ugotavlja, da se z demokratizacijo državne ureditve povečujeta tudi pomen in natančnost procesnih pravil zakonodajnega odločanja.

Moč, ki jo lahko pripišemo poslovniškemu razumevanju in razčlenitvi ustave, je odvisna tudi od pravne narave poslovnika oziroma njegovega mesta v hierarhiji formalnih pravnih virov. Na uporabo poslovnika vpliva razlaga ustavnih določb o mestu in vlogi poslovnika predstavniškega telesa v pravnem sistemu. Pri tem vprašanju ne srečamo enotnih odgovorov in pristopov, ne v pravni doktrini ne v pravni praksi. Mogoči odgovori se raztezajo od stališča, da ima poslovnik ustavno oziroma nadzakonsko naravo, prek mnenja, da je izenačen z zakonom, do obravnavanja poslovnika kot podzakonskega akta ali celo zgolj notranjega avtonomnega akta predstavniškega telesa. Tudi v Poslovniku Državnega zbora Republike Slovenije lahko najdemo določbe iz vseh navedenih opredelitev pravne narave poslovnika. S tega stališča je poslovnik zakonodajnega organa specifični akt *sui generis*, saj zajema tako ustavno kot zakonsko in podzakonsko vsebino.

³⁵ Na primer Comitato per la legislazione v italijanskem parlamentu – Camera dei Deputati, Karpen, str. 23.

³⁶ Primerjaj 1. člen Poslovnika Državnega zbora Republike Slovenije (PoDZ-1 – UPB): »S tem poslovnikom se ureja organizacija in delo državnega zbora ter uresničevanje pravic in dolžnosti poslank in poslancev (v nadaljnjem besedilu: poslanci).« Uradni list RS, št. 92/2007.

³⁷ Primerjaj 89. člen Ustave Republike Slovenije: »Državni zbor sprejema zakone v večfaznem postopku, če ni s poslovnikom drugače določeno.«

³⁸ H. L. A. Hart: Koncept prava, Študentska organizacija Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1994.

Precejšnji del teorije in prakse priznava poslovníku predstavniškega telesa naravo zakona. Poslovník vsebuje – tako kot zakon – splošne in abstraktne pravne norme ter je sprejet v zakonodajnem organu po zakonodajnem postopku. S tem izpolnjuje materialne in formalne prvine definicije zakona, čeprav seveda po imenu ta akt ni označen za zakon. Tako srečamo ugotovitve, da je v hierarhiji pravnih aktov poslovník podoben zakonu³⁹ in da ima v nekaterih delih značaj zakona.⁴⁰ Podobno stališče – vendar le do tistih poslovníških določb, ki urejajo postopek sprejemanja aktov v predstavniškem telesu – zavzema v odločbah tudi slovenska ustavnosodna praksa.

Nedvoumen je pogled na poslovník kot zakonski akt v avstrijskem pravnem sistemu. Avstrijska ustava namreč določa, da se poslovník državnega zbora sprejme v obliki zakona (»zvezni zakon o poslovníku državnega zbora«), za poslovník zveznega sveta pa, da ima učinek zveznega zakona. Zato je tudi tamkajšnja pravna doktrina poslovník brez težav uvrstila med formalne pravne vire ustavnega prava, ki imajo moč zakona oziroma so že po imenu zakon.⁴¹ To je potem posebej pomembno za postopkovni vidik zakonodaje, saj se v tem postopku določajo pravice in obveznosti za vnaprej nedoločeno število pravnih subjektov.

Zato še vedno ostaja aktualna tudi misel o oblikovanju posebnega zakona o zakonodajnem postopku.

Posebna teza pojasnjuje konvergenco v slogu zakonov med kontinentalno in anglosaško podobo zakona v okviru Evropske unije. Za klasični kontinentalni zakonski slog so značilne jasne določbe, oblikovane po ustrezni normodajni metodi ob preglednih konceptualnih izhodiščih, razvidni strukturi ter pojmovni dorečenosti. Zakoni v angleškem pravnem sistemu so manj jasni, v njih srečamo dolge stavke in odstavke, mnogo detajlov in malo temeljnih pravil ter premalo razlikovanja med temeljnimi pravili in razlagalnimi določbami, pogosto pa tudi mnogo napotil in sklicevanj.

Pri pripravljanju in sprejemanju »evropske zakonodaje« bi zato kazalo bolj slediti kontinentalnemu slogu zakonov. Seveda je izbiranje najprimernejšega zakonskega sloga v veliki meri odvisno od zakonske vsebine in področja zakonskega urejanja. Zato so mogoče tudi kombinacije – moderno rečeno – dobrih praks v posameznih nacionalnih pravnih sistemih za pripravo kratkih in jasnih zakonov.⁴² Pri implementaciji evropskih uredb in direktiv ter drugih evrop-

³⁹ Mozetič v: Komentar Ustave RS, Fakulteta za državne in evropske študije, Brdo pri Kranju 2002, str. 817.

⁴⁰ Grad Franc: Ustava – zakon uredba, gradivo za seminar Inštituta za primerjalno pravo Pravne fakultete v Ljubljani, Ljubljana 2001.

⁴¹ R. Walter, H. Mayer: Grundriss der österreichischen Bundesverfassungsrecht, Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1992.

⁴² Primerjaj Karpen, str. 25: »Das Gesetz sei durch logische Entwicklung gekennzeichnet, durch die Ökonomie des Ausdrucks und die Kürze.«

skih zakonodajnih aktov je treba bolj kot »suženjsko« prenašanje besedila in sloga upoštevati »najmanjše skupne imenovalce« in nato slediti nacionalnemu zakonodajnemu slogu države članice.

(Ne)moč zakonodajalca – ugotavlja zadnja teza – se kaže v uresničevanju sprejetih zakonov v družbeni praksi⁴³ in jo je mogoče preučevati na mikro- ali makroravni. Na makroravni so v ospredju splošna legitimnost zakonov, njihova zunanja učinkovitost in tudi notranja internalizacija (ponotranjenost) pri naslovljencih. Na mikroravni pa vprašanja pravne volje in pravnega občutka, zaupanja v pravo in problemi pravne zavesti od informiranosti ljudi o pravu do pojmovanja pravičnosti in morale oziroma moralnosti prava.

Ob tem splošne ugotovitve vede o zakonodajni dejavnosti ostajajo na realnih tleh družbene stvarnosti. Sodobna teorija poudarja nekatera načela zakonodajnega odločanja oziroma »zakonoslovna načela« kot na primer načela nadomestnosti, normativne gostote, začasnosti in skladnosti.⁴⁴ Zato govori o procesu izboljševanja zakonodaje kot postopnem približevanju optimalnemu stanju razmeroma dobrih zakonov, brez nestvarnih želja po popolnoma racionalnih in enostavnih zakonih.⁴⁵ To pa omenjenih strokovnih in znanstvenih prizadevanj seveda ne odvezuje dolžnosti nadaljnjega poglobljanja ter izpopolnjevanja spretnosti in znanj, ki so potrebne za pripravljanje in sprejemanje splošnih pravnih aktov.

Literatura

- Aristotel: Politika (prevod Matej Hriberšek), GV Založba, Ljubljana 2010.
- Furlan, Boris: Problemi realnosti prava, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2002.
- Gidfens, Antony: Tretja pot, Orbis, Ljubljana 2000.
- Grad, Franc: Ustava, zakon, uredba, gradivo za seminar, Inštitut za primerjalno pravo Pravne fakultete v Ljubljani, Ljubljana 2001.
- Goričar, Jože: Oris razvoja socioloških teorij, Založba Obzorja, Maribor 1969.
- Hart, H. L. A.: Koncept prava, Študentska organizacija Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1994.
- Igličar, Albin: Zakonodajna dejavnost, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Karpen, Ulrich: Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, Nomos, Baden-Baden, 2006.

⁴³ Karpen, str. 26: »Recht muss in der Tat lebendiges Recht sein, law in action im Sinne eines nach aussen wahrnehmbaren Rechtsverhaltens der Rechtsadressaten.«

⁴⁴ Več o teh načelih v Luc J. Wintens: Zakonoslovje v: Revus, št. 15/2011, str. 15 in nasl.

⁴⁵ Karpen, str. 28: »Die Vorstellung von einfachen Gesetz is ein Traum.«

- Klaus, von Beyme: *Politični sistem Zvezne republike Nemčije, Visokošolsko središče v Kopru, Koper* 2002.
- Mozetič, Miroslav, in drugi: *Komentar Ustave Republike Slovenije* (ur. Lovro Šturm), Fakulteta za državne in evropske študije, Brdo pri Kranju 2002.
- Pitamic, Leonid: *Država, Mohorjeva družba, Celje* 1927.
- Platon: *Zbrana dela I* (prevod Gregor Kocijančič), Mohorjeva družba, Celje 2004.
- Spektorskiy, Eugen: *Zgodovina socialne filozofije I in II*, Slovenska matica v Ljubljani, Ljubljana 1932.
- Stefanou, Constantin, in Xanthaki (ur.): *Drafting Legislation – A Modern Approach*, Ashgate, Aldershot, Burlington 2008.
- Walter, R., Mayer, H.: *Grundriss der österreichische Bundesverfassungsrecht*, Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1992.
- Wintgens, Luc J.: *Zakonoslovje, Revus – revija za evropsko ustavnost*, št. 15/2011, str. 15–40.

Strokovni članek
UDK 340.134:342.4.04(497.4)

Nomotehnični vidiki spreminjanja ustave

PROF. DR. MIRO CERAR
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Prispevek strnjeno obravnava nekatere pomembnejše nomotehnične vidike spreminjanja Ustave Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: ustava) in predstavlja povzetek avtorjevega predavanja s posveta *X. Nomotehnični dnevi*, ki je 23. maja 2012 potekal na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Avtor predstavlja nekatere praktične nomotehnične izkušnje v povezavi z dosedanjimi postopki spreminjanja ustave ter opozarja na možnosti nadaljnjih izboljšav na tem področju. Pri tem se nomotehnična snov ponekod prepleta z drugimi vsebinami, s katerimi je neločljivo povezana. Mednje spadajo predvsem (ustavno)pravna ureditev ustavnorevizijskega postopka ter politična in strokovna organizacija poteka priprave, obravnave in sprejemanja ustavnih sprememb.

2. Ustavne določbe o ustavnorevizijem postopku

V IX. poglavju ustave, ki ureja postopek za spremembo ustave, ni določb, ki bi ponudile vsaj temeljno nomotehnično pomoč oziroma usmeritev ustavodajalcu pri pripravi ustavnih sprememb in dopolnitev (v nadaljevanju: ustavne spremembe). Iz 168. člena ustave izhaja, da se ustavnorevizijski postopek sproži s *predlogom za začetek postopka za spremembo ustave*, o katerem odloči državni zbor z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev. S tem je končana prva faza ustavnorevizijskega postopka, ki ji sledi druga faza, ki jo 169. člen ustave opredeljuje nadvse lapidarno z določbo, po kateri državni zbor sprejme *akt o spremembi ustave* z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev. Če je torej glede prve faze ustavnorevizijskega postopka ustavno določeno vsaj to, da se ta sproži v obliki *predloga*, pa iz same ustave ni mogoče razbrati

ničesar nomotehničnega o *aktu o spremembi ustave*, ki je seveda osrednji akt celotnega omenjenega postopka, saj je formalni nosilec besedila spremembe ustave.

Z vidika ustavnorevidijskega postopka velja še omeniti, da je na podlagi 170. člena ustave mogoč tudi potrditveni referendum o sprejeti ustavni spremembi, kar pa nomotehnično ne vpliva na akt o spremembi ustave. Volivci lahko namreč tak akt, ki ga pred tem že v končni obliki sprejme državni zbor kot ustavodajalec, le potrdijo ali zavrnejo, ne morejo pa ga v ničemer spremeniti. Končno velja v tem kontekstu omeniti še 171. člen ustave, ki določa, da začne *sprememba ustave* veljati z razglasitvijo v državnem zboru, kar je le dodaten izraz dejstva, da ustavodajalec v času sprejemanja ustave (leta 1991) še ni imel povsem izdelane predstave o prihodnjem ustavnorevidijskem postopku ter zato ni želel že v ustavnem besedilu določiti, v kakšni pravni obliki naj se ustava v prihodnje spreminja. Določnejšo ureditev te materije je zato prepustil nadaljnjemu urejanju z drugimi akti in bodoči parlamentarni praksi.

V nomotehničnem smislu torej IX. poglavje ustave ne vsebuje nobenih jasnejših ali določnejših napotil za predlagatelje ustavnih sprememb ter za državni zbor kot ustavodajalca. To »praznino«² zdaj zapolnjuje državni zbor s svojim poslovníkom. V nadaljevanju so zato posebej omenjene tiste določbe veljavnega poslovníka državnega zbora, ki imajo nomotehnični pomen za vse, ki (lahko) sodelujejo v ustavnorevidijskih postopkih.

3. Oblika (forma) ustavnega zakona

Državni zbor kar nekaj let po sprejetju ustave v svojem poslovníku ali kakem drugem aktu (na primer zakonu) ni uredil ustavnorevidijskega postopka. K temu je odločilno pripomoglo radikalno stališče dr. Franceta Bučarja, ki je že leta 1992, to je neposredno po uveljavitvi ustave, odločno zatrjeval, da (pravkar sprejete) ustave dlje časa ne bo treba spreminjati, zaradi česar naj bi bila vsaka podrobnejša ureditev ustavnorevidijskega postopka v tedanjem parlamentarnem poslovníku nepotrebna. Tako ostro in odločno stališče dr. Bučarja, ki je imelo seveda tudi izrazito politično konotacijo, je bilo uperjeno zoper dotedanjo ustavno diskontinuiteto in je bilo namenjeno ustvarjanju nove ustavne mentalitete, po kateri naj bi do sprememb ustave v prihodnje prihajalo le v zares nujnih oziroma utemeljenih primerih.

Ob tem velja spomniti, da je bil dr. Bučar v času sprejemanja ustave (v letih 1990 in 1991) predsednik Skupščine Republike Slovenije in njene ustavne komisije, ki je pripravljala besedilo nove slovenske ustave, takoj po končanem mandatu (leta 1992) pa je bil na prvih volitvah poslancev v državni zbor izvoljen za poslanca, pri čemer je imel v tej vlogi in še posebej kot »oče slovenske ustave«³ takrat izredno velik vpliv na vprašanja, ki so zadevala ustavno ureditev. Zaradi tega in dejstva, da nekaj let po sprejemu ustave ni bila predlagana nobena ustavna sprememba, državni zbor v tistem času ni podrobneje uredil ustavnorevidijskega postopka.

Zagata, ki je izhajala iz omenjene nepopolne urejenosti ustavnorevidijskega postopka, se je začela reševati ob prvem vloženem predlogu za začetek postopka za spremembo ustave. Ob izostanku ustavnorevidijskih določb v parlamentarnem poslovniku je posebna strokovna skupina tedanje ustavne komisije državnega zbora predlagala, da se ustavne spremembe sprejemajo v obliki (formi) ustavnih zakonov, s katerimi naj se neposredno spreminja ali dopolnjuje besedilo ustavnih členov oziroma določb. S takim stališčem, ki sta ga ustavna komisija in državni zbor sprejela, je strokovna skupina sledila zamisli, ki so jo v času sprejemanja ustave v letih 1990 in 1991 izrazili nekateri člani tedanje strokovne skupine ustavne komisije, po kateri naj bi slovenski ustavodajalec v novi ureditvi opustil tehniko dopolnjevanja ustave z *ustavnimi amandmaji*, ki je bila značilna za dotedanje obdobje v okviru SFR Jugoslavije, ter prešel k tehniki spreminjanja ustave z *ustavnimi zakoni* na način, ki je (bil) uveljavljen na primer v Avstriji in Nemčiji ter mnogih drugih evropskih demokratičnih državah. Taki ustavni zakoni naj bi imeli dva dela. Prvi del naj bi vseboval vsebino ustavne spremembe, drugi del pa izvedbene določbe.

Državni zbor je kasneje navedeno zamisel uredil v svojem poslovniku, pri čemer se je taka ureditev kljub različnim spremembam poslovnika ohranila vse do danes. Poslovník državnega zbora (neuradno prečiščeno besedilo PoDZ-1-NPB2, št. 020-02/11-7/1, 25. 1. 2011, EPA 1544-V – v nadaljnjem besedilu: poslovník) v 172. členu določa, da se ustava spremeni z *ustavnim zakonom*, ki je sestavljen iz dveh delov: prvi del (razdelek I) vsebuje besedilo spremembe ustave, drugi del (razdelek II) pa določbe o izvedbi spremembe ustave. Iz drugega stavka tega člena, ki se začne z besedilom »*Ustavni zakon o spremembi ustave* (poudaril M. C.) je sestavljen iz dveh delov: ...«, bi morebiti lahko kdo sklepal, da mora biti pri spremembah ustave akt o spremembi ustave smiselno poimenovan tako, kot se glasi poudarjeni del besedila. Toda to ne drži, kajti glede tega je zavezujoča le dikcija prvega odstavka 172. člena poslovnika, v kateri je zapisano, da se ustava spremeni z »ustavnim zakonom«. To pomeni, da mora naslov akta o spremembi ustave vedno vsebovati naziv »ustavni zakon«, sledijo pa lahko različne dikcije, pač glede na naravo predlagane oziroma sprejete ustavne spremembe. Nazorni primeri takih različnih pristopov so (gre za navedbe že sprejetih oziroma veljavnih ustavnih zakonov, pri čemer so relevantne razlike v diktijah poudarjene s poševnim tiskom):

- Ustavni zakon o spremembah 121., 140. in 143. člena Ustave Republike Slovenije (UZ121, 140, 143),
- Ustavni zakon o dopolnitvi 80. člena Ustave Republike Slovenije (UZ80),
- Ustavni zakon o spremembah I. poglavja ter 47. in 68. člena Ustave Republike Slovenije (UZ3a, 47, 68).

Iz navedenih primerov je razvidno, da se lahko spremembe ustave v okviru enega ustavnega zakona nanašajo na enega ali več členov, da lahko pomenijo njihovo spremembo ali dopolnitev, lahko pa se sprememba ustave kaže tudi v dodajanju enega ali več novih členov v ustavo,

s čimer se *spremeni poglavje* ustave. Naslove ustavnega zakona je torej treba vedno oblikovati upoštevaje naravo in obseg njegove vsebine.

Pri pisanju posameznih členov oziroma določb ustavnega zakona se praviloma uporablja *ista nomotehnika kot pri zakonodajnem urejanju*. V okviru prvega razdelka se tako kot pri spremembah in dopolnitvah zakonov navajajo spremembe in dopolnitve posameznih členov oziroma njihovih delov ali spremembe določenega poglavja (kadar se poglavju dodaja en povsem nov člen ali več), v drugem razdelku pa so praviloma brez razčlenitve na člene najprej navedene morebitne *izvedbene* in *prehodne določbe*, na koncu, v zadnjem (od)stavku pa je seveda obvezno navedena končna, uveljavitvena določba, ki določa, da začne ustavni zakon veljati z razglasitvijo v državnem zboru. Kadar se v okviru prvega razdelka ustavnega zakona dodajajo povsem novi členi, jih je treba pod številko člena tudi ustrezno nasloviti, razen če gre za člene I. poglavja ustave (Splošne določbe), ki niso posebej naslovljeni – tako pri do zdaj edini spremembi I. poglavja, ko je bil v to poglavje vključen novi, 3.a člen, ta ni (bil) naslovljen.

Ker se v ustavni razpravi osrednja pozornost namenja vsebini I. razdelka ustavnega zakona, je treba opozoriti na nevarnost, da se pri tem zanemari njegov II. razdelek. Ta nevarnost obstaja seveda takrat, kadar II. razdelek vsebuje obširnejše izvedbene določbe, ki morajo biti enako kot določbe I. razdelka dovolj natančne in premišljene.

4. Priprava in predložitev predloga za začetek postopka za spremembo ustave in osnutka ustavnega zakona

V skladu s 173. členom poslovnika mora biti v *predlogu za začetek postopka za spremembo ustave* navedeno, v čem in kako naj se ustava spremeni, ter razlogi za spremembo, hkrati pa mora biti temu predlogu priložen *osnutek ustavnega zakona*. Iz navedenega lahko razberemo, da je *osnutek ustavnega zakona*, to je osnutek akta o spremembi ustave, le del širšega predlagalnega akta, ki ga ustava v prvem odstavku 168. člena poimenuje *predlog za začetek postopka za spremembo ustave*. Državni zbor v prvi ustavnorevizijski fazi odloča o tem predlogu, in ne posebej o osnutku akta (ustavnega zakona) o spremembi ustave. Ta akt je sicer bistveni sestavni del predloga za začetek postopka za spremembo ustave, vendar pa sprejem tega predloga hkrati še ne pomeni, da je v celoti sprejeto tudi besedilo osnutka ustavnega zakona o spremembi ustave. V 176. členu poslovnika je namreč določeno, da ustavna komisija v primeru, ko sprejme predlog sklepa, da naj se začne postopek za spremembo ustave, opravi nato tudi razpravo o osnutku ustavnega zakona ter sprejme stališča o tem osnutku, ki jih v sklopu poročila o prvi ustavnorevizijski fazi posreduje državnemu zboru. Taka stališča ustavne komisije lahko izražajo popolno podporo predlaganemu osnutku ustavnega zakona, lahko pa tudi nestrinjanje z nekaterimi njegovimi deli in vsebujejo predloge drugačnih rešitev. O teh stališčih nato odloči državni zbor, ki lahko ustavni komisiji za drugo ustavnorevizijsko fazo tudi naloži, da mora v

predlog ustavnega zakona vključiti nekatere drugačne rešitve od tistih, kot jih vsebuje osnutek ustavnega zakona. To je izraz avtonomnosti ustavodajalca, ki lahko predlagane ustavne spremembe ustrezno modificira, pri čemer pa mora ostati v *temeljnem okviru* namena in obsega predloženega predloga za začetek postopka za spremembo ustave in njemu priloženega osnutka ustavnega zakona, kar pomeni, da na podlagi predlaganih sprememb ustave ne sme sprejeti take ustavne spremembe, ki bi bistveno prekoračila temeljni formalni in vsebinski domet predloga za začetek postopka za spremembo ustave in v njem vsebovanega osnutka ustavnega zakona.

Tesna povezanost med predlogom za začetek postopka za spremembo ustave ter osnutkom ustavnega zakona se kaže tudi v tem, da se pojasnila v predlogu za začetek postopka za spremembo ustave, ki pojasnjujejo, v čem in kako naj se ustava spremeni in kateri so razlogi za njeno spremembo, v celoti nanašajo na priloženi osnutek ustavnega zakona oziroma so z njim usklajena. Pri tem lahko ugotovimo, da se je že dodobra uveljavila tudi predlagateljska praksa, da je osnutek ustavnega zakona še posebej obrazložen. Kljub temu da posebna obrazložitev osnutka ustavnega zakona ni pravna dolžnost predlagatelja, pa je omenjena praksa zelo dobra in koristna, kajti čeprav se obrazložitev osnutka ustavnega zakona v marsičem vsebinsko prekriva (ponavlja) s pojasnili, ki so, kot rečeno, podana v predlogu za začetek postopka za spremembo ustave, je posebna obrazložitev členov oziroma določb iz osnutka ustavnega zakona praviloma (lahko) bolj specifična in natančna kot nekoliko splošnejši opisi v uvodnem delu predloga. Če ob tem upoštevamo še dejstvo, da so se doslej predlagatelji v (posebnih) obrazložitvah osnutkov ustavnih zakonov praviloma potrudili *resnično obrazložiti* predlagane določbe o spremembi ustave (torej ni šlo v pretežni meri za prepisovanje oziroma povzemanje teh določb v obrazložitev, kar se večkrat dogaja pri predlogih zakonov), potem je vsekakor nadvse zaželeno, da se praksa podajanja natančne obrazložitve posameznih določb osnutkov ustavnih zakonov ohrani tudi v prihodnje.

Čeprav bi moralo biti povsem samoumevno, da je predlog za začetek spremembe ustave z osnutkom ustavnega zakona pripravljen nadvse skrbno, se je v zadnjih letih že zgodilo, da je bil kak tovrstni predlog pripravljen v (preveliki) naglici in ob svoji prvi predložitvi v državni zbor ni izpolnjeval vseh formalnih pogojev. Tako je na primer 11. maja 2006 v državnem zboru legitimno predlagatelj vložil Predlog ustavnega zakona o spremembi IV. poglavja Ustave Republike Slovenije, ki je poleg očitno napačnega naslova vseboval le osnutek ustavnega zakona z obrazložitvijo, ne pa tudi besedila predloga za začetek postopka za spremembo ustave z vsemi obveznimi vsebinami. Čeprav je to za zdaj osamljen primer, ki je bil posledica politične naglice pri pripravi predloga oziroma osnutka ustavne spremembe, pa velja ta primer poudariti kot opozorilo, da je treba pri ustavnih spremembah vsekakor že predlagalne akte pripraviti karseda kakovostno in premišljeno, kajti tudi na ta način se zagotavlja in varuje velik pravni, politični in nenazadnje simbolni pomen ustave. Če odmislimo še nekaj redkih prime-

rov, ko so se predlogi ustavnih sprememb pripravljali v veliki naglici in je bilo zato besedilo predloga za začetek postopka za spremembo ustave z osnutkom ustavnega zakona premalo domišljeno, lahko na splošno ugotovimo, da so bili doslej predlogi ustavnih sprememb v večini primerov pripravljani dovolj skrbno in so vsebovali vse bistvene prvine.

5. Priprava predloga ustavnega zakona

Predlog ustavnega zakona je akt o spremembi ustave, ki ga s pomočjo strokovnjakov pripravi ustavna komisija državnega zbora, o njem pa dokončno odloči državni zbor na seji, pri čemer v skladu s 181. členom poslovnika državni zbor razpravlja in glasuje o členih in predlogu ustavnega zakona o celoti. V navedenem členu je tudi izrecno zapisano, da k predlogu ustavnega zakona ni mogoče vložiti amandmaja. Vse to pomeni, da je z nomotehničnega vidika v ustavnorevidzijskem postopku ključen proces priprave predloga ustavnega zakona, ki poteka v okviru ustavne komisije kot delovnega telesa državnega zbora. Ko torej ustavna komisija, ki jo v sorazmerju s številom mest v državnem zboru sestavljajo predstavniki vseh poslanskih skupin, oblikuje končno besedilo predloga ustavnega zakona, lahko državni zbor ta predlog le v celoti sprejme ali zavrne.

Zaradi takega izrednega pomena oziroma vloge ustavne komisije je nadvse dobrodošla praksa te komisije, da pri vsaki predlagani spremembi ustave za preučitev te spremembe imenuje posebno strokovno skupino iz vrst zunanjih (ustavno)pravnih in po potrebi tudi drugih strokovnjakov za posamezna področja, na katera se nanaša predlagana ustavna sprememba. Kljub temu da izbiro posameznih članov take strokovne skupine ustavna komisija praviloma opravi na predlog posameznih poslanskih skupin, kar vnaša v proces imenovanja strokovne skupine politično noto, je na splošno mogoče ugotoviti, da so doslej strokovne skupine svoje delo vedno opravile na visoki strokovni ravni. Pri tem so zaradi razhajanj v strokovnih glediščih pri večini ustavnih razprav posamezni člani strokovnih skupin k dokončnemu (večinskemu) mnenju strokovne skupine podali tudi svoja ločena mnenja. Kljub nekaterim strokovnim nesoglasjem znotraj posameznih strokovnih skupin ter občasnim napetostim med predstavniki politike in stroke se je taka praksa dela oziroma sodelovanja med politiko in stroko v okviru ustavne komisije vedno znova izkazala za koristno in splošno sprejemljivo.

Strokovna skupina ustavne komisije je dejansko tista, ki ob upoštevanju političnih stališč pripravi končno besedilo predloga ustavnega zakona. Še več, strokovna skupina na podlagi predloženega osnutka ustavnega zakona praviloma pripravlja tudi vmesna delovna besedila predloga ustavnega zakona, če so ta potrebna za razpravo v ustavni komisiji. Ustavni komisiji pomaga tudi pri formulaciji stališč o osnutku ustavnega zakona, ki jih mora ta komisija v skladu s tretjim odstavkom 176. člena poslovnika pripraviti za sejo državnega zbora (v teh stališčih so poleg načelnih vodil in usmeritev pogosto v bolj ali manj izdelani obliki zajete že

tudi nekatere prihodnje formulacije predloga ustavnega zakona). Vse to pomeni, da prav strokovna skupina praktično v največji meri skrbi, da je predlog ustavnega zakona tudi ustrezno nomotehnično oblikovan, pri čemer so v tem smislu še posebno aktivni člani vsake strokovne skupine, ki so strokovnjaki za ustavno pravo. Seveda pa h končni dikciji ustavnega zakona pripomorejo tudi vsi drugi strokovni in politični udeleženci ustavne razprave.

Vse ustavne spremembe se po tem, ko so uveljavljene, prevedejo tudi v angleški jezik (relevantni angleški prevod ustave je objavljen na spletni strani državnega zbora). V zvezi s tem je pomembna izkušnja, ki jo imajo prevajalci, ki nasploh ob prevajanju slovenskih pravnih virov v angleščino večkrat ugotovijo, da bi bila lahko dikcija pravnih določb v slovenskem jeziku (še) bolj koncizna in jasna oziroma razumljiva. Glede na to bi bilo tudi v zvezi s pripravo ustavnih sprememb koristno, da bi se že v fazi priprave predloga ustavnega zakona v okviru ustavne komisije pripravil tudi (vsaj) angleški prevod tega zakona, pri čemer bi bili prevajalci opozorjeni, naj svoje morebitne ugotovitve glede ne dovolj jezikovno izdelane ali jasne ustavne dikcije pravočasno posredujejo ustavni komisiji in njeni strokovni skupini.

6. Sklep

Velik politični, pravni in nenazadnje simbolni pomen ustave terja največjo mero skrbnosti in odgovornosti pri pripravi besedil ustavnih sprememb. Pomembno je še naprej ohraniti stalen angažma (ustavno)pravne in druge stroke pri preučitvi in pripravi ustavnih zakonov, ustrezno interakcijo med stroko in politiko v ustavni komisiji in drugod ter v nomotehničnem smislu dosledno upoštevati naravo ustavnega besedila. Ustavne spremembe se morajo nomotehnično predvsem prilagoditi dosedanjemu ustavnemu besedilu in ohranjati njegovo kontinuiteto tako po vsebini kot po obsegu. Ustava mora biti vseskozi dojeta kot vrednota, priprava besedil ustavnih sprememb pa mora biti prepuščena najboljšim (ustavno)pravnim strokovnjakom, ki morajo imeti na voljo dovolj časa, da lahko temeljito opravijo svoje delo.

Strokovni članek
UDK 340.134:35(497.4)

Slovenski pristop k pravnemu normiranju ali zakaj smo tam, kjer smo

DOC. DR. JANEZ POGORELEC,
Služba Vlade RS za zakonodajo

Za začetek postavimo tezo, ki nas bo vodila skozi naša razmišljanja v tem članku: morda največji posamični razlog za tako neuspešno spopadanje Republike Slovenije z gospodarsko in finančno krizo je neprimeren pristop k pravnemu normiranju, kakršnega brez izjeme prakticirajo vse vlade zadnjih desetih ali petnajstih let.

Paradoksalno je k takšnemu stanju verjetno najbolj prispevalo naše približevanje EU, ki je sicer v naš pravni red vneslo vrsto evropskih standardov, kakršne bi se brez nje zaman trudili dosežati še desetletja.

A je naša želja po čimprejšnjem vstopu v Evropsko unijo tudi usodno najedla standarde našega pravnega normiranja. Predvsem zaradi sledenja kratkim rokom harmonizacije predpisov s pravnim redom EU, ki smo si jih zastavili v času našega približevanja Uniji, je v Sloveniji prišlo do grde razvade, da se predpisi sprejemajo v naglici in histeriji. Prav v tem času se je široko razmahnila tudi praksa, da so nam predpise začeli pisati tudi zunanji sodelavci, prišlo je do nagle širitve državne uprave, ki ji ni sledila ustrezna skrb za izobraževanje in prenašanje znanj na nove sodelavce, marsikdaj so bili starejši državni uradniki pri politikah celo razumljivi kot neloyalni in »sumljivi«, predvsem pa si državna uprava ni dejansko zagotovila takšne samostojnosti, kakršna je predvidena v 120. členu Ustave Republike Slovenije,¹ ampak je vse preveč razumljena zgolj kot servis, pogosto niti ne kot servis državljanov, temveč politike.

Kot takšna naša državna uprava ni resnično razvila sposobnosti za pripravo in izvajanje predpisov,² ki je pogoj za uspešno delovanje države in njeno sposobnost odpiranja pravih

¹ Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov.

² Žal mora takšna ugotovitev zaradi notorične počasnosti, neučinkovitosti in zaostankov v veliki meri obveljati tudi za sodstvo, ki še vedno bolj uraduje, kot da bi se zares vzpostavilo kot tretja veja oblasti in vstopilo v aktiven dialog z drugima dvema vejama v smislu njunega nadzorovanja in omejevanja.

vprašanj ter ustrezno reševanje problemov. Naša državna uprava nikoli ni dorasla do te mere, da bi se, kot je to normalno v drugih državah, vzpostavila kot kreator politik, možnih izbir, med katerimi bi lahko potem politika odločala. In vendar je prav od tega, ali državna uprava uspešno opravlja svojo funkcijo, odvisno, ali bo politika dobivala realne ocene stanja na posameznih področjih, ali ji bodo predlagane najboljše alternative rešitev problemov in ali se bodo njene odločitve (predpisi) prelivale v življenje brez težav, se uspešno izvajale in ustvarjale pravno in siceršnje okolje za vsestranski družbeni razvoj, ali pa se bo politika začela utapljati v vsakvrstnih populizmih, težavni problemi pa se bodo odlagali v prihodnost, se sprejemali predpisi, ki bodo ostajali mrtva črka na papirju, in se do onemoglosti spreminjali, v želji, da bi vendarle začeli dosegati zelene učinke.

V zadnjih 10 letih smo na nomotehničnih dnevih opozarjali na vsa ta vprašanja in marsikaj se je, resnici na ljubo, tudi spremenilo na bolje. Izjemno pomembno je, da so bile sprejete resolucija o normativni dejavnosti in z njo povezane spremembe poslovnika vlade in navodil za njegovo izvedbo, predpisana je zakonodajna RIA, izdali smo nomotehnične smernice, pri katerih pripravljamo že tretjo izdajo, sistem informacijske podpore zakonodajnim postopkom (IPP) je informacijsko podprl in povezal podatkovne baze organov, ki sodelujejo v postopku sprejemanja predpisov na vladi, ter prejel celo pomembno drugo nagrado OZN,³ trenutno poteka intenzivno delo na prenovi Registra predpisov PIS, začeli smo izvajati izobraževanja iz nomotehnike za pravnike redaktorje in druge pripravjalce predpisov, sprejeti so bili kar trije sklepi vlade o prepovedi najemanja zunanjih izvajalcev ...

A kljub temu je treba ugotoviti, da je zavedanje o pomenu kvalitetnih predpisov v naši državi še vedno vse prej kot primerno. Hitrost sprejemanja predpisov, kazuistični motivi za njihovo sprejemanje, premajhna usposobljenost in kadrovska podhranjenost uprave, nezaposlovanje mladih, ki vodi v generacijski prepad, vprašljiva plačna konkurenčnost javnega sektorja, prevelik vpliv korporativističnih interesov, pogosto zelo slabo ocenjevanje vplivov predpisov, normativistični idealizem, prepogosto spreminjanje predpisov, morda v zadnjem času sicer vendarle redkejša najemanja zunanjih izvajalcev, vse to še naprej ostajajo resne slabosti našega pristopa k pravnemu normiranju. Žal pa se tem slabostim v zadnjem času pridružuje še prepričanje, da si zaradi nujnosti ukrepov finančne konsolidacije lahko privoščimo kršenje in ignoriranje procedur, pravnosistemskih vprašanj in nomotehnike.

1. O velikosti in plačni konkurenčnosti javne uprave

Država mora imeti, posebej na ključnih mestih v javnem sektorju, ljudi, ki so vrhunsko usposobljeni, lojalni in motivirani, najboljši kader pa se zaradi slabih plač ne bi smel prelivati v

³ Second Place Winner of the UN Public Service Awards in the category of Fostering participation in policy-making decisions through innovative mechanisms.

zasebni sektor. Kvalitetna, profesionalna, samozavestna in močna državna uprava je pogoj in podporni steber vsake uspešne politike, saj le takšna lahko predlaga politiki odgovore na ključna vprašanja v družbi. Predlaga, ne odloča – zato, ob pravilno postavljenem razmerju med njima, tudi ne ogroža demokratično izvoljene oblasti, kot se vse prevečkrat boji naša politika, ne glede na svojo barvo.

Slovenija je majhna država in prav zaradi majhnosti ta država nikoli ne bo prav poceni. Zato je za našo prihodnost ključno, da je njena uprava tako na državni kot na lokalni ravni racionalno organizirana in kvalitetno vodena. Bolj kot kje drugje torej potrebujemo majhen, a učinkovit državni aparat in v enaki meri to velja tudi za občine. Seveda je to lažje reči kot uresničiti in žal naša javna uprava vse prepogosto ne zadosti ne prvi ne drugi zahtevi. Če imamo na primer v sodstvu na eni strani namesto zaželeno uravnotežene spolne sestave, v največji meri prav zaradi plač, pretežno ženske sodnice, na drugi pa med odvetniki spolno vsaj uravnoteženo, če ne pretežno moško populacijo, ki je večinoma precej, da ne rečem nekajkrat bolje plačana; če imamo v nadzornih organih bančništva, zavarovalništva, trga vrednostnih papirjev, v davčni službi, celo – in zelo pereče – v državni informatiki in še marsikje na ključnih mestih bistveno slabše plačane ljudi, kot jih imajo tisti, ki tem organom stojijo nasproti, ni težko ugotoviti, kdo tu zmaguje, čigavi interesi bodo prevladali. In to je marsikdaj za državo izjemno drago,⁴ bodisi neposredno, ker takšni javni uslužbenci⁵ največkrat ne zagotavljajo tolikšnih davčnih in drugih prihodkov, kot bi jih lahko, in tudi sicer jim ne uspe zaščititi javnih interesov (državnih ali lokalnih), ali posredno, ko vse prepogosto ne zagotavljajo ustreznega nivoja pravne varnosti, kvalitete in hitrosti postopkov in izvrševanja zakonov nasploh. Podoben problem se pojavlja tudi pri pisanju predlogov predpisov, saj je, vsaj v preteklih letih, vrsta zakonskih in drugih predpisov našla tržno ceno zunaj državne uprave, tako da so nam zakone pisali razni univerzitetni profesorji in drugi izvajalci.

Predvsem pa se zdi, da bo treba razmisliti o tem, ali res želimo živeti v državi, v kateri bodo dohodki vsakega malo boljšega keramičarja ali vodovodarja višji od dohodkov predsednika vlade, čigar dohodki logično dosegajo vrh plač v javni upravi.

2. O pripravi predpisov

Ideal majhnega števila preprostih in lahko razumljivih predpisov se zaradi kompleksnosti življenja v moderni družbi vse bolj odmika. Zato je pri izdelovanju predpisov kot podlage za delovanje pravne države toliko bolj pomembno, da se k temu delu pristopa racionalno, premi-

⁴ Izpad dohodkov države zaradi slabega dela ljudi na ključnih mestih lahko tudi za več stokrat preseže njihovo plačo in še zdaleč ni nujno, da to sploh opazimo.

⁵ Še posebno v organih, ki so tudi kadrovsko podhranjeni, kjer je visoka fluktuacija ipd.

šljeno in zgolj v najnujnejšem obsegu, ki že zagotavlja kar najboljše urejena pravna razmerja in s tem pravno varnost državljanov in kvalitetno delovanje države.

Glavni vzroki za podoptimalno pravno normiranje v naši državi so, ob že obravnavanem podcenjevanju pomena skrbi za kvalitetnejšo državno upravo, ki se kaže v premajhni usposobljenosti in motiviranosti uprave za pripravo (in izvajanje) predpisov (kar se na lokalnih ravneh praviloma le še stopnjuje), predvsem v največkrat povsem nepotrebnem hitenju pri sprejemanju predpisov, v slabem ocenjevanju učinkov veljavnih predpisov in zato površnem in pogosto celo napačnem ocenjevanju potreb po spreminjanju predpisov. Naše pravno normiranje je pogosto stihijsko, motivirano ne z mislijo po trajni sistemski ureditvi posameznega področja, ampak s konkretnimi problemi in primeri. Neustrezne, na hitro sprejete rešitve pa potem same generirajo potrebo po njihovem spreminjanju. Pogosto celo ministri merijo uspeh svojega ministrovanja s številom spremenjenih predpisov, kar nekaj zunanjih strokovnjakov in inštitutov stalno sodeluje pri pripravljanju nove zakonodaje in so torej za ta, vse prej kot slabo plačan posel zelo zainteresirani ... Vse to povzroča, da se predpisi pogosto menjajo že po nekaj mesecih od sprejetja, redno po dveh do štirih letih, deset let nespremenjen predpis, ki je v drugih državah nekaj normalnega, pa je pri nas pravi Metuzalem med predpisi.

Taki, na hitro in brez ustrezne ocene učinkov sprejeti predpisi ne morejo biti drugačni kot nepremišljeni in polni napak. Stalno spreminjanje predpisov je seveda dokaj slaba izkaznica za kakovost pravnega normiranja in kaže na to, da je v državi na tem področju nekaj narobe, da ne gre le za prilagajanje normativnega okolja spreminjajočim se razmeram v družbi, ampak da očitno ne sprejemamo ustreznih predpisov ali jih vsaj ne znamo izvajati. To seveda negativno vpliva na stabilnost pravnega reda, poslabšuje delovanje države kot pravne države in daje priročen izgovor vsem sodelujočim pri izvajanju predpisov, da še ne dosegajo rezultatov, ker se prilagajajo zadnji reformi. In še preden se ji prilagodijo, je na obzorju že nova reforma.

Zelo težko je prepričati politiko, da se zahteven predpis lahko pripravlja tudi več kot polovico mandata ali celo več kot ves mandat vlade, če želimo, da je resnično kvalitetno pripravljen. In seveda je zelo težko narediti kvaliteten premik v ocenjevanju učinkov predpisov v situaciji, ko je naš način pravnega reguliranja še vedno pretežno korporativističen, se pravi, ko si posamezne interesne skupine, odvisno od njihove moči, pretežno same pišejo svojo zakonodajo, seveda predvsem v skladu s svojimi interesi, ki niso vedno v skladu z interesi države in javnim interesom.

Poseben problem je naša, v primerljivih državah povsem nepoznana praksa uporabe zunanjih sodelavcev, ko se zunanjega sodelavca namesto za dajanje posameznih nasvetov povsem nekritično uporabi kar kot pisca zakona, ki se mu zakon v celoti odda v izdelavo, kot da uprava, ki ga bo morala izvajati, s tem predpisom nima nič. To prakso je sicer pomanjkanje denarja v zadnjem času nekoliko zavrlo, vendar bi moral biti glavni razlog za prekinitvev s takšno

prakso v dejstvu, da tudi še tako ugledni profesorji in drugi pravni strokovnjaki ne morejo imeti takšnega uvida v delo uprave, potrebe države ter v povratne informacije o učinkovanju predpisov v praksi, kot jih ima oziroma kot bi jih morala imeti sposobna in interesom države predana državna uprava. Vprašljivo pa je tudi, ali lahko zdaj to prakso zaradi pomanjkanja sredstev brez škode popolnoma abruptno prekinemo, saj smo v preteklih letih prav zaradi »outsourcinga« v naši upravi izgubljali znanje o pripravi predpisov, tako da je vprašljivo, ali je prav v vseh ministrstvih dovolj ustrezno usposobljenih javnih uslužbencev, ki bodo lahko nadomestili ta izpad. Koristno bi bilo, če bi za začetek profesorji v posameznih primerih še sodelovali pri tem delu, a bi se zakoni dosledno pisali na ministrstvu.

3. Izvajanje predpisov

Vsaj enako problematično kot pisanje predpisov v naši državi je tudi njihovo izvajanje. Priprava in izvajanje predpisov sta tesno povezani dejavnosti in, ob vseh opisanih problemih naše priprave predpisov, je prav njihovo slabo izvajanje najpogostejši neposredni vzrok za to, da jih vedno znova spreminjamo. Organi, ki izvajajo zakone, so po naravi stvari najbolj neučinkoviti ravno takrat, kadar bi bila njihova učinkovitost najbolj potrebna, se pravi ob zahtevnih in zapletenih primerih, v primerih, ko so vključeni veliki interesi, podprti z veliko denarja, in ko se ti organi soočajo z dobrimi odvetniki, ki znajo izkoristiti vse možnosti za zaščito interesov svojih klientov. Razloge za to smo podrobno analizirali v prvi točki, vendar se o njih pri nas govori le redko; kot bi se bali spoznanja, da bo treba javni upravi nameniti več pozornosti. Izgovor, zakaj sodni zaostanki, zakaj neučinkovito delo, se bo največkrat glasil: problem je slaba zakonodaja, zapleteni postopki, ki ne dopuščajo učinkovitega dela organov, slabo urejena družbena razmerja (zelo pogosto tudi razmerja med državo in njenimi državljani), ki generirajo vrsto sporov in otežujejo njihovo reševanje. Najlažje je seveda reči – zakonodaja je slaba. Kriva je slaba zakonodaja. Veliko težje je s prstom pokazati na sodnika, tožilca, inšpektorja ali drugega uradnika in mu reči: vzel si svojo plačo, nisi pa opravil svojega dela. Posebno kadar je ta plača nizka. In tako se zaradi neizvajanja predpisov zatekamo v njihovo spreminjanje, si tako dobesedno kupujemo čas pred neizprosno ugotovitvijo, da država (ali lokalna skupnost) v nekem segmentu ne deluje oziroma deluje nesprejemljivo slabo.

Ta nenavadni in z navedenimi vzroki motivirani normativistični idealizem, ki nas vedno znova preveva, v smislu sprejeli bomo nov zakon in potem bo vse v najlepšem redu, je seveda zgrešen. Brez sposobnosti izvajanja zakona, brez uprave, ki bo zakon izvedla, brez kvalitetnega, hitrega in učinkovitega sodstva se še tako dober zakon ne more »prijeti«. In vendar se vedno znova, ko se znajdemo v slepi ulici, namesto da bi odpravljali težave in povečevali administrativno sposobnost države za izvajanje zakona, z vso vehemenco in v vsej naglici lotimo pisanja novega predpisa, za katerega se pogosto hitro izkaže, da je slabši od veljavnega.

Rešitev tega problema je seveda zgolj v tem, da pogledamo resnici v oči, da začnemo več pozornosti namenjati administrativni usposobljenosti naše uprave. Poleg že omenjenega bo na tem področju prva stvar, ki jo bo treba zagotoviti, realnejša ocena stanja pri izvajanju predpisa in potreb po spreminjanju predpisov in njihovih učinkov. Sprejemanje naših predpisov je vse pre pogosto motivirano s trenutnimi vzgibi, dogodki, osebnimi izkušnjami in celo pogledi posameznih ministrov ali, kar je še slabše, posameznih ljudi znotraj ministrstva ali celo interesov takšnih ali drugačnih lobijev, vse preredko pa temelji pa na resni, objektivni analizi stanja, temeljitem razmisleku o potrebnih rešitvah, kaj šele na vzorčnem preizkušanju novih rešitev, oceni njihovih učinkov in šele po tem o implementaciji.

Boljše izvajanje predpisov se torej začne pri boljšem analiziranju učinkov veljavnih predpisov, njihovih slabosti in predlaganih predpisov z vidika njihovega izvajanja. S tem ko bi bolje (in to seveda pomeni počasneje in natančneje) preučili vse okoliščine in vplive predpisa, bi seveda lahko sprejemali bistveno boljše predpise in bi se tako vse bolj zmanjševala potreba po njihovem stalnem spreminjanju. Ne znam si predstavljati večje racionalizacije dela javne uprave od te, da bi več pozornosti namenili pripravi in sposobnosti izvajanja predpisov. Skratka, morali bi začeti veliko resneje in bolj poglobljeno izvajati tisto, čemur smo se na papirju zavezali že pred leti: ocenjevati učinke vplivov predpisov, izvajati RIA.

Žal pa se, kot že omenjeno, ni mogoče znebiti vtisa, da gre razvoj kvečjemu v nasprotno smer, da se v politiki vse bolj utrjuje prepričanje, da si zaradi nujnosti ukrepov finančne konsolidacije lahko privoščimo kršenje pravnosistemskih pravil, zakonodajnih postopkov in nomotehnike, celo da lahko izkoristimo krizo za utrjevanje in izboljševanje svojih pozicij v politiki in gospodarstvu. In vse to je seveda usodna zmeta, ki nam ne bo prinesla nič dobrega.

4. Predlogi, a kdo potrebuje pravnike

V preteklih letih je bilo predlaganih, a ne tudi sprejetih nekaj ključnih odločitev, ki danes močno vplivajo na zmožnost soočanja Republike Slovenije s trenutno gospodarsko krizo in zmanjšujejo njene možnosti za ustrezno ukrepanje proti njej. Predlagane so bile spremembe ustave v zvezi z referendumom, ki je najmočnejše orožje v rokah slovenskega korporativizma, posebej sindikalnega, in onemogoča učinkovito in demokratično sprejemanje odločitev, temveč jih pogojuje s svojim soglasjem in v nasprotnem primeru zelo učinkovito blokira z referendumom – ta pa je po odločitvi ustavnega sodišča glede 10. člena Zakona o referendumu in ljudski iniciativi (ZRLI)⁶ v Sloveniji mogoč o vsakem zakonu in tudi o finančnih zakonih, kar je v popolnem nasprotju s prakso uporabe referenduma v drugih državah.

⁶ Uradni list RS, št. 26/07 – UPB2.

Predlagane so bile tudi spremembe ustave v zvezi z oblikovanjem vlade, volilnim sistemom, ki je s svojimi volilnimi okraji prava mati negativne selekcije v naši državi, in vrsta drugih, med katerimi naj omenimo le še predlog, da bi, ob sicer precej s figo v žepu sprejeti resoluciji o normativni dejavnosti državni zbor sprejel še spremembe svojega poslovnika, ki bi omogočale paketno obravnavo zakonov.

Namesto tega smo dobili »šarjenje« po ustavi s fiskalnim pravilom, ukinjanje Državnega sveta, a ne iz sistemskih in ustavnopravnih, ampak iz, v tej zvezi povsem abotnih varčevalnih razlogov, dobili pa smo tudi Zakon o uravnoteženju javnih financ⁷ (ZUJF), ki najbolje ilustrira, kje smo oziroma kakšno je stanje pravnega normiranja v državi:

Najprej, ker se mudi in ker ne znamo sprejeti paketa zakonov, ki bi prinesel ukrepe, ki jih vlada smatra za potrebne, smo sprejeli spremembe 39 zakonov kar v enem samem zakonu. S tem je seveda zakon še pred sprejetjem in uveljavitvijo dobil okrog vratu mlinski kamen nestrokovnosti, pravne nejasnosti, izvedbene problematičnosti in vprašanje je, kako bi jo odnesel v postopku ocene ustavnosti pred Ustavnim sodiščem že zgolj zato, tudi če pustimo ob strani njegovo, na več mestih najverjetneje neustavno vsebino.

Ker gre pri ZUJF le za en sam zakon, in ne za 39 zakonov, ga je tudi veliko lažje napasti z referendumom. Nasprotniki zakona se lahko združijo v nasprotovanju enemu samemu zakonu, namesto da bi se nasprotovanje ukrepom razpršilo med več zakonov in bi nasprotniki veliko težje zbrali potrebne podpise že k posameznim ukrepom, kaj šele proti vsem skupaj.

Seveda nekdo (eden od sindikatov) zahtevo za zbiranje podpisov za referendum vedno vloži. In zdaj se politika, ki je prej leta ignorirala predloge, ki bi takšno situacijo preprečili, seveda obrne na nas, pravnike, pač po sistemu – stori vendar kaj, saj si vendar pravnik – še več, če tega ne rešiš – kakšen pravnik pa si!?

A situacija je več kot težavna. Ustavno sodišče bi tak zakon v postopku ocene ustavnosti moralo v celoti razveljaviti, čeprav je večina ukrepov v njem pravno povsem dopustnih, a seveda ne v takšni obliki, ampak v obliki sprememb in dopolnitev posameznih zakonov. Še težavneje pa je priti do preprečitve referenduma o tem zakonu, saj se je Ustavno sodišče že v odločbi, s katero je pred letom zavrnilo zahtevo DZ po preprečitvi referenduma o ZPIZ-2,⁸ postavilo na stališče, da bi v takih primerih za uspeh svoje zahteve DZ moral izkazati, da je veljavna zakonska ureditev očitno protiustavna in da protiustavnost obstaja že v trenutku odločanja US, presoja ustavnosti pa v nobenem primeru ne pomeni presoje primernosti, koristnosti, potrebnosti ali drugačne ustreznosti zakonske ureditve. To so, kot pravi ustavno sodišče, zunanjustavni razlogi, o katerih ni pristojno presojati.

⁷ EPA: 263-VI.

⁸ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. U-II-1/11 z dne 10. 3. 2011 (Uradni list RS, št. 20/11).

Določbe zakonov, ki jih zakon spreminja, torej same po sebi niso protiustavne, oziroma celo če bi pri kateri od njih vendarle bilo mogoče najti protiustavnost, zanesljivo ne bi šlo za »očitno« protiustavnost, kot jo zahteva Ustavno sodišče, prav tako pa je, ob velikem številu določb in zakonov, v katere posega ZUJF, komaj verjetno, da bi sodišče preprečilo referendum zgolj zaradi ene ali dveh manj pomembnih, z ZUJF odpravljenih protiustavnosti, saj tega ni želelo storiti že ob zahtevi, postavljeni v zvezi z ZPIZ-2.

Edina in zelo negotova možnost za preprečitev referenduma se tako kaže v smeri dokazovanja, da že zdaj obstajajo protiustavne posledice, ki jih takšna ureditev povzroča, vendar ni nujno, da bo Ustavno sodišče takšne argumente sprejelo. Ustavno sodišče bi bilo torej treba prepričati, da lahko do protiustavnega stanja pride tudi v primeru, če se na podlagi (sicer ustavno skladnih, a preradodarnih) zakonskih podlag ne da več zagotavljati izvajanje zakonov in ustavnih funkcij države. To protiustavno stanje objektivne nezmožnosti izvajanja veljavnih zakonov je prisotno že zdaj, saj Republika Slovenija ne more več poravnovati in tudi dejansko ne poravnava vseh svojih obveznosti (na primer izplačilo regresa), ki sledijo iz zakonov, ki jih spreminja ZUJF, stanje pa se bo v naslednjih mesecih brez ukrepanja še radikalno poslabšalo, saj, kot kaže, brez sprejetja ustreznih ukrepov nadaljnje zadolževanje Republike Slovenije objektivno ne bo več mogoče.

Ne glede na to, kako bo odločilo US, pa se je treba vprašati, zakaj je tako. Ali ne bi bilo bolje že zdavnaj v ustavo sprejeti omejitev referenduma,⁹ ki bi, enako kot po vsem svetu, takšne referendume o finančnih vprašanjih, ki nikoli ne dajejo racionalnih rezultatov, preprosto prepovedala? In zakaj teh rešitev, čeprav so bile večkrat predlagane, nismo sprejeli? Odgovor je na dlani: ker so posebno eni politični opciji, ki ima bolj disciplinirane volivce,¹⁰ prinašali veliko prednost z možnostjo, da tudi kadar je v opoziciji, blokira odločitve večine v državnem zboru.

Vprašati se je tudi treba, zakaj nikakor ne zmoremo te strokovne in politične volje, da bi uvedli paketno obravnavo zakonov, kadar je treba izpeljati sistemsko reformo s spremembo več zakonov. To nam že ves čas povzroča resne težave, zaradi katerih se ob spreminjanju zakonov, v predlogih zakonov, pojavljajo tudi spremembe drugih zakonov, ne le zakona, ki se spreminja. To problematiko smo pred leti, ob sprejemanju resolucije o normativni dejavnosti, skušali rešiti: predlagali smo ustrezno spremembo poslovnika državnega zbora, a žal neuspešno.

⁹ Take omejitve je že vseboval 10. člen zakona o referendumu in ljudski iniciativi, ki pa je bil s precej »čistunsko« odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije (št. U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995, Uradni list RS, št. 13/95) razveljavljen z argumentom, da bi takšne omejitve ustavnega instituta referenduma lahko določila le ustava.

¹⁰ Pa tudi sindikatom.

5. In tu se srečamo s samim sabo

Treba se je torej vprašati, tudi kot uprava: mar ne bi morali narediti veliko več, tudi kot uprava, upravljati to državo veliko bolje, kot jo?

Mar nismo tudi sami odgovorni za situacijo, saj so nas ravno dolgoletno nespoštovanje pravil nomotehnike, zakonodajnih procedur, RIA, neznanje in hitrost sprejemanja predpisov, podleganje korporativizmu, nekritično najemanje zunanjih strokovnjakov pri pisanju predpisov, normativistični idealizem namesto poudarka na izvajanju predpisov v največji meri pripeljali tja, kjer smo?

Na nomotehničnih dnevih smo se v teh letih pogosto pogovarjali o tem, da na teh dnevih prepričujemo prepričane, da bi naša opozorila morali slišati in razumeti predvsem politiki, ki pa jih nikoli ni bilo tu.

In resnici na ljubo je treba povedati, da smo večkrat skušali organizirati usposabljanje za politike, celo dvorano na Brdu smo že imeli najeto, pa enkrat ali dvakrat termin po seji vlade, ko bi predstavili resolucijo o normativni dejavnosti. A – kako značilno – do tega dejansko ni prišlo, vedno so bila ta srečanja, navadno zadnji hip, odpovedana. Nezavedanje pomena kvalitetne priprave predpisov? Pravzaprav ne verjamem. Prej se zdi, da gre za še preveliko zavedanje politikov, kaj bodo slišali in česa ne želijo poslušati.

In tu se srečamo s samim sabo, s spoznanjem, da, tako kot v siceršnjem življenju, drugih pravzaprav ne moremo spreminjati, lahko spreminjamo le sebe. Lahko se vprašamo, kaj smo in kaj pomenimo kot državna uprava Republike Slovenije, kaj si dovolimo od politike, ali nam politika lahko lomi hrbtenice, dela z nami, kakor se ji zdi. Ker politika, in tu so vse vlade približno enake, si želi predvsem apologijo, predvsem, da bi njene zamisli udejanjali in branili, ne glede na to, ali so strokovno pravilne ali ne. Kvalitetna uprava si tega seveda ne sme dovoliti. In – kar je po svoje paradoksalno – uprava po vsebini skoraj nikoli ne ugotovi, da bi bile, razen izjemoma, zamisli politike pravno nedopustne. Največkrat imamo problem s politiko, ne pri vprašanju kaj, temveč kako. Kako si želi politika svoje zamisli uresničevati – in to sega od neke zakonske materije, ki jo želi (ker je to hitreje ali ker bi si želela izogniti se mučni razpravi v državnem zboru) urediti kar v uredbi, pa vse do primera ZUJF.

In to so seveda za upravo ključna vprašanja: Ali povemo svoje mnenje in ga glasno zagovarjamo, tudi če to ni najbolj oportuno početje? Koliko imamo znanja, koliko smo lahko suvereni v svojih stališčih? Kolikokrat se odločimo za uporabo 94. člena ZJU¹¹ ali 26. člena ustave, ki bi ga kdaj kazalo uporabiti tudi proti kakšnemu politiku?

¹¹ Drugi do šesti odstavki 94. člena Zakona o javnih uslužbencih (ZJU) (Uradni list RS št. 63/07 – UPB3, 65/08, 69/08 – ZTFI-A, 69/08 – ZZavar-E, 74/09 – Odl. US: U-I-136/07-13) se glasijo:

Pa seveda ne želim navajati k uporništvu, nasprotno, navsezadnje je opozoriti na protipravnost oziroma škodljivost nekega navodila ali odredbe nadrejenega po zakonu naša dolžnost in celo pogoj za ekskulpacijo v primeru izvedbe takšnega navodila.

Uprava seveda mora vedeti, kakšna je njena vloga: uprava predlaga rešitve, odločajo pa politiki, a bi ti morali biti, tako kot v drugih državah, pri tem omejeni s strokovno utemeljenimi alternativami, politikami, in te jim lahko pripravi in ponudi zgolj državna uprava. Sicer pa sem osebno že proti stankam v javnem sektorju, preprosto ni prav zapreti vrtca, bolnišnice, izklopiti elektrike ali pa, če hočete, pa čeprav le za trenutek, prenehati izvajati zakone, objavljati predpise ...

Želim pa sprožiti razmislek o tem, ali in koliko je naša državna uprava na kolenih, strokovno in pred politiko, koliko še velja 120. člen ustave, ki pravi, da je uprava samostojna, koliko politik se dejansko kreira na ministrstvu, koliko pa jih s seboj prinese kar politik, minister, koalicijska pogodba.

Je torej naša državna uprava v podobnem položaju kot avstrijska, nemška ali italijanska? Če si intimno, žal, moramo odgovoriti, da ne, se moramo tudi vprašati, kako to spremeniti. In tu ne bo stvari nihče spremenil namesto nas. Nihče nam ne bo dal tega poguma, te suverenosti, nam podaril tega znanja, sam od sebe prepustil te moči – moči prisiliti politiko, da kar koli že dela, naj dela prav, pravno pravilno, znotraj polja strokovnosti in racionalnosti, če hočete zdrave pameti, ki jo urejen pravni sistem podpira. Ne zdrave kmečke pameti, ampak prave, državniške modrosti, ki to pamet močno presega.

Ker – nič manj kot to, da s striktno strokovnim in zakonitim ravnanjem k tej modrosti prisili politiko, je naloga uprave.

(2) Javni uslužbenec lahko zahteva pisno odredbo in pisno navodilo, če meni, da je vsebina ustne odredbe ali ustnega navodila nejasna. Na podlagi pisne odredbe in pisnega navodila mora opraviti zahtevano delo oziroma ga opraviti na zahtevan način.

(3) Javni uslužbenec lahko zahteva pisno odredbo in pisno navodilo, če meni, da bi izvršitev ustne odredbe oziroma navodila pomenila protipravno ravnanje oziroma povzročila škodo.

(4) Javni uslužbenec lahko odkloni izvršitev odredbe oziroma navodila, če bi pomenila protipravno ravnanje.

(5) Javni uslužbenec mora odkloniti izvršitev odredbe oziroma navodila, če bi pomenila kaznivo dejanje.

(6) Javni uslužbenec je prost odškodninske in disciplinske odgovornosti, če je storil disciplinsko kršitev oziroma povzročil škodo z izvršitvijo pisne odredbe oziroma navodila nadrejenega, ali z izvršitvijo ustne odredbe, če nadrejeni kljub njegovi pisni zahtevi ni izdal pisne odredbe oziroma navodila.

Literatura

- Bugarič, Bojan: Ali Ustavno sodišče lahko prepove referendum o pokojninski reformi, *Pravna praksa*, št. 5/2011, str. 6–9.
- Hamon, F.: Referendum, primerjalna študija, DZS, 1998.
- Igličar, Albin: Zakonodajni referendum, *Pravna praksa*, št. 6-7/2011, str. 38–39.
- Kaučič, Igor; Grad, Franc; Zagorc, Saša; Nerad, Sebastian; Bardutzky, Samo: Zakonodajni referendum: pravna ureditev in praksa v Sloveniji, Inštitut za primerjalno pravo, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Pogorelec, Janez: Nomotehnična kakovost predpisov in medresorsko usklajevanje kot element kakovosti predpisov, *Dnevi javnega prava in javnega managementa, Javna uprava*, št. 1-2/2009, str. 273–285.
- Pogorelec, Janez: Praktični vidiki izboljševanja naše zakonodajne prakse – od priprave predpisa do zakonodajnega postopka, *Dnevi javnega prava, Javna uprava*, 2006, str. 335–343.
- Pogorelec, Janez: Pravica do referenduma, *Dignitas*, št. 47-48/2010, str. 3–23.
- Pogorelec, Janez: Upravno sodniška šola: slaba zakonodaja – resničen problem ali izgovor za neizvajanje predpisov?, *Pravosodni bilten*, št. 3/2008, str. 65–73.

Pravni predpisi

- Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33-I/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06).
- Zakon o referendumu in o ljudski iniciativi (ZRLI) (Uradni list RS, št. 26/07 – UPB2).
- Zakon o javnih uslužbencih (ZJU) (Uradni list RS št. 63/07 – UPB3, 65/08, 69/08 – ZTFI-A, 69/08 – ZZavar-E, 74/09 – Odl. US: U-I-136/07-13).
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. U-II-1/11 z dne 10. 3. 2011 (Uradni list RS, št. 20/11).
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995 (Uradni list RS, št. 13/95).

Kratki znanstveni prispevek
UDK 340.134:340.12

Nomotehnika – med tehniko in občutkom

KATJA BOŽIČ,
Služba Vlade RS za zakonodajo

»Kamen potrpežljivo prenaša upodablajoče dleto, in strune odgovarjajo glasbeniku, ki jih ubira, ne da bi se upirale njegovim prstom. Le zakonodajalec obdeluje samodejno uporno snov – človekovo svobodo ...«

Friedrich Schiller

1. Koliko je bregov

V igri asociacij, ki se sproži, ko se človek osredotoči na dvojec besed »tehnika« in »občutek«, se med prvimi izlušči slutnja, da pojma rasteta na nasprotnih bregovih. Tehnika kot orodje obrtnega, fizičnega oblikovanja snovi, stvari, besed na eni strani in občutek kot odslikava čutne zaznave sveta, ki nas zadeva, na drugi. Prvo kot orodje, ki dograjuje in oblikuje, drugo kot dejavnik, ki ocenjuje in vrednoti. Prvo kot sistem (objektivnih) pravil in zakonitosti optimalnega materializiranja želje, drugo kot sistem (subjektivnih) refleksij in notranjih vzgibov, da bi želeno optimalno funkcioniralo.

Priučiti se tehnike je stvar potrpežljivosti, trme in volje, stvar izkušenj in treninga, navsezadnje tudi talenta. Priučiti se občutka pa je povsem nekaj drugega. Kos vsega prej zapisanega in še marsikaj. Če je občutek sploh nekaj, za kar smo učljivi. Tisto, kar nam dajo izkušnje, znanje in družbeno okolje, je le del zgodbe o občutku, talent in »občutek« za občutek pa je tisto, kar človek ima ali pač ne.

Ker pa vendarle ambicija tega prispevka ni brezglavo zapluti na brezmejno polje teh dveh pojmov, se omejimo na pravo, natančneje na okvir nomotehnike, te vede o oblikovanju predpisov, ki se je (še vedno) drži malodane mističen prizvok ali pa vsaj zvrhana mera pisanih predstav

o tem, kaj naj bi sploh pomenila. Nedvoumno je, da gre ob vsem, kar vsi že dobro vemo o njej, za vedo, ki kljub svoji imanentni načelni stabilnosti vendarle ni absolutna in statična, pač pa jo kot del živega sveta gnete in oblikuje duh časa, pot ji križajo nove pravne in življenjske situacije, sveže miselne konstrukcije, predrugačeni pogledi na smeri, ki jih ubira. Ne glede na zapisano je ta dinamičnost nomotehnike vendarle omejena z njenim ciljem: s čim bolj poenotenimi nomotehničnimi pristopi oblikovati pravno normo ob primernem upoštevanju, spoštovanju in poznavanju pravnega sistema, pravnih načel in vrednot, pravne kulture in tradicije ter pri tem z njenimi temeljnimi gradniki – jasnostjo, natančnostjo in sistematičnostjo v največji meri zagotavljati celovitost, konsistentnost in koherentnost pravnega sistema.

In v tem okviru, nomotehnike torej, je ta prispevek predvsem oziranje na to, v kakšni soodvisnosti, če sploh, sta (nomo)tehnika kot tehnično-obrtniški del (ki ga sicer pojmuje tudi nomotehnika v ožjem smislu) in (nomo)občutek kot vrsta pravnega občutka (ki kot eden od občutenjskih dejavnikov nastopa kot gradnik nomotehnike v širšem smislu). Pravo je po naravi pretežno togo in formalizirano. Teži k poenotenosti, ustaljenosti in navsezadnje k splošnemu konsenzu. Pravo naj bi bilo sorazmerno enako za vse, predvsem pa mora biti predvidljivo in zanesljivo v smislu pravne varnosti. Pravni občutek je kot notranji vzgib posameznika v stiku s pravom ali s tistim, kar naj bi pravo bilo, neke vrste nasprotni pol te racionalnosti.

Od premislekov glede prvega izziva (soodvisnosti in prepletenosti) je odvisen naslednji pogled, izostren skozi potovanje med teoretičnimi utemeljevanji, vrednotenji, fenomenologijo iracionalnega: ali je uporaba pravnega občutka v procesu oblikovanja predpisov upravičena in upravičljiva.

2. Tehnika (ki ni le tehnika)

»Nepretrgano se menjavajo učinki, na tisoč plati se spreminjajo vzroki.«¹

Mark Avrelij

Tehnika naj bi bila tista komponenta, ki je, kot bi lahko sklepali po splošnih predpostavkah, priučljiva. Pa vendar, če govorimo o tehniki pisanja predpisov, ne gre za golo tehnično početje. Priučljivost se nikakor ne izraža v posplošeni uporabi kalupov in receptur ter mehanskem ponavljanju vzorca. Čeprav so Nomotehnične smernice bogat nabor pravil in napotkov, kako ravnati ob tovrstnih nalogah, to posameznika ne odvezuje dodatnih znanj in lastnosti, ki so nujne za dober rezultat. Nomotehnična pravila ne implicirajo avtomatske uporabe, pač pa že tudi na povsem obrtno-tehnični ravni relativno hitro terjajo širši zorni kot, torej pre-

¹ Antonius, Marcus Aurelius, Dnevnik cesarja Marka Avrelija, Slovenska matica, Ljubljana 2006, str. 76.

skok v nomotehniko v širšem smislu. Če torej želimo pravilno uporabiti tehnična orodja, to marsikdaj zahteva razumevanje in poznavanje ne le njihovega dejanskega in pravnega dometa, pač pa zlasti poznavanje širšega pravnosistemskega okvirja, splošnih pravnih načel, pravnega okolja v najširšem smislu. In v tem je presežek, ki pomeni razliko med tehnično brezhibno pripravljenim predpisom, neoporečnim celo v smislu dobrega poznavanja prava in njegovih temeljnih predpostavk, ter predpisom, ki je nadgrajen s pravnim občutkom, neke vrste pravno intuicijo. V kolikšni meri in ali sploh ter s kakšnimi argumenti je pravni občutek dopustno vplesti v oblikovanje predpisov? Časovna umeščenost (v fazo priprave predpisov) nas omejuje predvsem na vprašanje, kaj normirati in kako normirati, medtem ko se vprašanje, kako interpretirati, na prvi pogled izmuzne izven polja nomotehnike, in vendar se tudi v procesu ustvarjanja prava nujno srečujemo tudi z interpretacijo v smislu prav(n)ega razumevanja in vrednotenja veljavnega, da bi lahko v normativni koži zaživel tisto, kar naj bi veljavno šele postalo.

In v smislu večnega potovanja med tistim, kar je (normirano) in kar naj bi bilo (normirano), se lahko vidika pravnega občutka za razlago dotaknemo tudi s to Radbruchovo mislijo: »Pravna razlaga ni preiščevanje o nečem predhodno preiščenem, temveč domišljenje nečesa mišljenega«,² kar se kaže v tem, da je volja zakonodajalca na nove pravne potrebe in pravna vprašanja spremenjenih časovnih okoliščin vselej sposobna odgovorjati z novimi pomeni.³ Prav takšno pojmovanje razlage pa se lahko hitro izrodi v pragmatično izkrivljanje prava »po potrebi«, če s pravom ne ravnamo karseda skrbno in če s pravnosistemskim pogledom v najširšem smislu, vključno s pravnim občutkom, te pasti ne zajezimo.

Da bi vedeli, kaj nas pravzaprav mika in vabi k širšemu premisleku, je treba najprej dobro vedeti, o čem pravzaprav govorimo, ko k (nomo)tehniki, še preden bi jo uspeli obdržati na svojem bregu, tesno prižmemo (nomo)občutek.

3. Občutek (ki ni le občutek)

Po eni od definicij (Obermayer) je pravni občutek posameznikovo temeljno pravno občutje oziroma razpoloženje, ki pri soočenju z nekim pravnim vprašanjem sproži intuitivno odločitev. V skladu s to teorijo je optimalni pravni občutek mogoče opredeliti le približno, o njem pa je utemeljeno govoriti takrat, ko ima pravno občutenje te značilnosti: 1. sledi zahtevam pravičnosti; 2. počiva na vseobsežnem poznavanju veljavnega prava; 3. pripoznava kot obve-

² Radbruch, Gustav, *Filozofija prava*, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, str. 147.

³ Prav tam.

zujoča takšna pravna pravila, ki so smotrna in učinkovita oziroma delujoča, čeprav so morebiti nepravilna; 4. sprejema oziroma vključuje tehnike, ki zagotavljajo prevlado prava ...⁴

Druga definicija (Eley), v kateri je osnovni poudarek na vrednostni vsebini pravnega občutka, opredeljuje pravni občutek kot osnovo, ki sproži vsa pravična človekova ravnanja oziroma kot pravičnostno intenco vseh človekovih ravnanj, pri čemer avtor med drugim ugotavlja, da počiva smisel za pravično pravo na predhodnem poznavanju tega, kaj sploh sodi v sfero prava.⁵

Na eni strani imamo tako občutek, ki ga zaradi specifične (pravne) narave ni mogoče enačiti z drugimi občutki (na primer estetskimi in seveda še najmanj z različnimi fiziološkimi občutki), po drugi strani pa je ta občutek bistveno povezan s pravom, kakršno je ali kakršno naj bo.⁶

4. Pravni občutek – razsežnost onkraj prava

»Vsako dragoceno prepričanje je iracionalno in zanosno, ker ne more priti iz spoznanja sveta, temveč se dviga iz mislečega doživljanja volje do življenja, v kateri presegamo vse spoznanje sveta.«

Albert Schweitzer, 1926

Človek ne more ničesar pravno ovrednotiti, ne da bi v iracionalnem delu tega ovrednotenja nastal tudi neki bolj ali manj zaznaven pravni občutek, ki vpliva na druga občutenja in na njegovo racionalno vrednostno presojo.

Pravni občutek kot iracionalni dejavnik je psihološki občutek, ki nas usmerja v pravne rešitve oziroma odločitve. Oba procesa, občutenjski in razumski, se dejansko odvijata hkrati in medsebojno prepleteno.⁷

Pravni občutek ni le neka prirojena danost, pač pa je pojavnost, ki jo v precejšnji meri pogojuje posameznikova pravna in siceršnja socializacija. Vsa takšna in drugačna občutenjska sporočila prihajajo namreč v našo površinsko zavest iz naše notranjosti, v katero smo v preteklih letih shranili nešteto podatkov in izkušenj, ki se nam po neki notranji, latentni logiki nezavednega mišljenja ali intuicije vedno znova oglašajo in nas opozarjajo na stvari, ki se jih

⁴ Cerar, Miro, ml., Večrazsežnost človekovih pravic in dolžnosti, Znanstveno in publicistično središče, Ljubljana 1993, str. 138.

⁵ Prav tam, str. 140.

⁶ Prav tam, str. 143 in 144.

⁷ Cerar, Miro, ml., Pravni občutek (1. del), Ius Info, kolumna, Ljubljana 2006.

v določenem trenutku razumsko morebiti še ne zavedamo.⁸ Posameznik je sicer avtor odzivov na zunanje dejavnike, ti odzivi pa torej niso zgolj racionalna izbira, pač pa se porajajo tudi iz nezavednega.

»Nebesedni govor je po razsežnosti in po resnici močnejši od izoblikovanega govora.«⁹

Pascal Quignard

Čutno zaznavno izkustvo je negotovo in tuje naravni zaznavi, ki nastaja skupaj z našim celotnim telesom in se odpira za medčutni svet.¹⁰ Pravni občutek je tako kot vsaka druga (pretežno) iracionalna pojavnost lahko tudi varljiv in nezanesljiv, zato kot tak ne more biti (edina) podlaga za pravno odločitev, pač pa ga je treba vedno racionalno preizkusiti in utemeljiti.

Pojem pravnega občutka je precej na udaru in podcenjen na račun svoje iracionalnosti, ki je tudi sicer nemalokrat po krivici odrinjena na stran. Pomembno je poudariti, da pravni občutek ni statične narave, saj ga pomembno sooblikujejo in poglobljajo številni dejavniki. Kot sestavni del pravnega vrednotenja je še kako soodvisen ne le od drugih iracionalnih dejavnikov (morala, predsodki, pravičnost), pač pa tudi od racionalnosti, med drugim tudi evolucije (racionalnega) znanja in mišljenja.

V nasprotju s pravičnostjo in drugimi temeljnimi pravnimi načeli pravni občutek nima neposrednega racionaliziranega komplementa (pravnega pojma oziroma pravnega instituta ali pravnoteoretične doktrine), skozi katerega bi lahko ta občutek racionalno povzdignili na raven splošnega in abstraktnega pravnega načela. To je povsem nemogoče zato, ker se v pravnem občutku vsa tista različna in tudi medsebojno (vsaj delno) nasprotujoča si občutenja, ki jih racionalno dogradimo ali razgradimo v pravna načela (na primer načelo pravičnosti in načelo pravne varnosti), hkrati prepletajo ali celo integrirajo. To tudi pomeni, da ima lahko dejansko razvit pravni občutek le nekdo, ki ima »naravni notranji smisel« za pravo ali si je takšen »smisel« (dodatno) priučil oziroma privzgojil.¹¹ Brez (pravnega) znanja se pravni občutek, jasno, sploh ne more razviti.

Po funkciji je pravni občutek usmerjen navzven, v »recipročno' in družbeno funkcionalno opredeljevanje odnosov med ljudmi v smislu določanja korelativnih pravic in dolžnosti.¹²

⁸ Prav tam.

⁹ Quignard, Pascal, *Sovrašтво do glasbe*, Študentska založba, Ljubljana 2005, str. 77.

¹⁰ Merleau-Ponty, Maurice, *Fenomenologija zaznave*, Študentska založba, Ljubljana 2006, str. 217.

¹¹ Cerar, Miro, ml., *Pravo in vrednote: Pravni občutek in pravno vrednotenje*, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 1131.

¹² Cerar, Miro, ml., *Pravni občutek (2. del)*, Ius Info, kolumna, Ljubljana 2006.

5. Kako je po razvojni poti (od daleč in blizu) dišalo po pravnem občutku

»V filozofiji ni drugega dokaza za resnico kot imanentna doslednost vseobsežnega mišljenja, le-ta je vsaj simptom tudi transcendentne resnice.«

Gustav Radbruch

Ob tem, ko je v pravo vgradil nekatere etične vsebine (človekovo svobodo je omejil z enako svobodo drugega), je Kant razklenil naravno in pozitivno pravo in vzpostavil »Kantovo nepravo« (tisti del pozitivnega prava, ki bi bilo skrajno nepravilno). Na tem temelju je vzbrstela znana Radbruchova formula kot nauk o ničnosti »neprava«, če je konfliktnost tako »neznosna«, da se mora zakon kot nepravilno pravo umakniti pred pravičnostjo. S to teorijo se je torej na eni strani zmeščalo vztrajanje pri nespremenljivih in večnih pravnih vrednotah ter absolutnosti vsebinsko pravilnega prava, na drugi strani pa je vzniknila možnost, da so zakoni v tolikšni meri nepravilni in splošno škodljivi, da jim moramo odreči veljavo, celo naravno prava. Ta Radbruchov most med naravnim pravom in pozitivizmom lepo orišejo besede: »K pojmu prava sodi prav toliko, da je pozitivno, kot je naloga pozitivnega prava, da je vsebinsko pravilno.«¹³

Pravnopozitivistično pojmovanje, ki preučuje pravo kot veljavno pravo, ostro zavrača vsakršne »metafizične« pristope k obravnavanju prava, tako naravno pravo, moralo in vsa vrednostna merila, kamor lahko po svoje seveda prištejemo tudi pravni občutek. Zapisano bi bilo teoretično upravičljivo le ob predpostavkah popolnosti, legitimnosti in nedvoumnosti pravne ureditve, vendar pa je v življenjski resničnosti popoln pojem prava kot kompleksnega družbenega pojava lahko le pojem, ki zajema vse vidike prava, med drugim tudi upoštevanje odnosov, izkustev in vrednot.

Radbruch se je v okviru zapisane dileme s svojimi pristopi umestil onkraj naravnega prava in pravnega pozitivizma. »Pravnik, ki si zapira oči pred omejenostjo, nepopolnostjo in nezanesljivostjo prava, kot nam je dostopno, je z njim slepo zasvojen in mu je usodno prepuščen. [...] Obe teoriji (tako naravnopravna kot pozitivnopravna, op. a.) zgrešita način eksistence prava in zato pri obeh pravo ne pride do samega sebe.«¹⁴ V smislu premagovanja nasprotij med naravnim pravom in pozitivizmom, ki sta oba zavezana racionalistični ideji, že Radbruchov nauk o pravičnosti meri k človeku kot temeljnemu cilju vsega prava in se približuje pravni

¹³ Pavčnik, Marijan, Teorija prava, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997, str. 527.

¹⁴ Kaufmann, Arthur, Uvod v filozofijo prava, Cankarjeva založba, Ljubljana 1994, str. 31.

antropologiji, panogi, ki je prispevala k prenovi prava v smislu premagovanja nasprotja med naravnim pravom in pozitivizmom.¹⁵

Pot od racionalistične ideje sklenjenega sistema sta z odprtjem sistema ubrali tako teorija pravne argumentacije kot tudi pravna hermenevtika. Za namen tega prispevka naj bo nekaj besed namenjenih predvsem slednji, ki je med drugim opredeljena kot »nauk o umetnosti razumevanja«¹⁶ ali kot »teorija prava, ki skuša postopek iskanja pravno ustrezne rešitve korektno opisati.«¹⁷ Pravzaprav ne gre za metodo, pač pa za transcendentalno filozofijo v smislu, da navaja pogoje za možnosti razumevanja smisla nasploh (zgolj kot ena od možnosti za obravnavanje sveta in s tem tudi prava).¹⁸ Hermenevtika nasprotuje objektivističnemu pojmu spoznanja, hermenevtično mišljenje pa ne ostaja zavezano naključnostim trenutka, temveč živi iz dediščine tradicije kot »skupne podlage javnega sveta, na katerem živimo«, in »zagotovljenega fonda javnih uvidov, iz katerega živimo.«¹⁹ Iskanje pravno ustrezne rešitve ni le preprosto pasivno dejanje subsumpcije, temveč oblikujoče dejanje, v katerega vstopa tisti, ki išče pravno ustrezno rešitev, kar pomeni, da pravo ni nič substancialnega, temveč ima vse pravo značaj razmerja. Pravo je nekaj relacijskega, obstaja v odnosih ljudi med seboj in do stvari. Samoumevno je, da za tako pravno mišljenje obstaja lahko samo »odprt sistem« in v njem »intersubjektivnost«.²⁰

Zanimivo je, da hermenevtika pravzaprav ni iracionalna metafizika, saj je »racionalna, ukvarja se samo s (popolnoma ali delno) iracionalnimi dogajanjem, kakršna so pri iskanju pravno ustrezne rešitve, po geslu: z iracionalnim ravnati čim bolj racionalno.«²¹ Prav racionalnost zahteva, da se tudi z iracionalnim ukvarjamo racionalno in umno. Moramo celo reči, da najvišjo stopnjo racionalnosti doseže le tisti, ki zmore avtorefleksivno spoznati, kje so meje racionalnosti in umnosti in kje prevzamejo krmilo druge sile – čustva, strasti, goni.²²

Po Radbruchovem mnenju pravni občutek »anticipira rezultat, zakon pa naj naknadno da razloge in meje«. Tej (čisto hermenevtični misli) je Radbruch pozneje še dodal: »Pravni občutek zahteva okretnega duha, ki je sposoben prehajati iz posebnega v splošno ter spet iz splošnega v posebno.« Pravni občutek je tako tudi umetnost imeti pravilna predrzumevanja.²³

¹⁵ Prav tam, str. 127.

¹⁶ Prav tam, str. 134.

¹⁷ Prav tam, str. 218.

¹⁸ Prav tam, str. 134.

¹⁹ Prav tam, str. 136.

²⁰ Kaufmann, str. 137.

²¹ Prav tam, str. 139.

²² Prav tam, str. 218.

²³ Prav tam, str. 161.

Postopek iskanja pravno ustrezne rešitve ima bistveno bolj zapleteno strukturo (v razmerju do gole subsumpcije), ki vsebuje tudi produktivne, dialektične, morda tudi intuitivne, vsekakor ne samo formalnologične sestavine.²⁴

6. (Nomo)tehnika in (nomo)občutek – dvojec v istem čolnu

»Pojem prava je kulturni pojem, to je pojem neke resničnosti, ki se navezuje na neko vrednoto, resničnosti, katere smisel je, da služi neki vrednoti. Pravo je resničnost, katere smisel je, da služi pravni vrednoti, ideji prava. Pojem prava se torej ravna po ideji prava.«²⁵

Gustav Radbruch

Tako antiracionalistična drža, ki bi se odpovedala vsakršnemu razumnemu mišljenju, kot čisti racionalizem, ki ne pride do pravih vsebin, sta radikalna pristopa. Formalnim teorijam prava je koristno dodati razumevanje smislov prava (hermenevtiko). Tak »pluralističen pogled na znanost in filozofijo, po katerem nobena disciplina nima izključnosti, vsaka pa ima svoje funkcije kot člen neke celote«,²⁶ daje pogum, da tudi nomotehnike nikakor ne obravnavamo z izključnih zornih kotov, pač pa da ob siceršnjem dobrem poznavanju širšega pravnosistemskega ustroja damo odločno težo tako tehničnim pristopom, formalnologičnim pravilom kot tudi (pred)razumevanju v smislu upoštevanja iracionalnih dejavnikov, med njimi tukaj posebej izpostavljenega pravnega občutka v smislu izkustveno sprejetega in izoblikovanega občutka kot izraza pravne kulture. In če pravni občutek dojamemo v zapisanih kontekstih, mu nikakor ne bomo nekritično sledili, pač pa ga bomo kot pomemben impulz naše pravne zavesti, kolikor je le mogoče, žlahtno nadgrajevali.

7. Nega pravnega občutka

»Steklo grdo, kaj čenčaš! Me za norca mar imaš?«

*Aleksander Sergejevič Puškin,
Pravljica o mrtvi carični in sedmih vitezi*

(Kritična) skrb za razvoj pravnega občutka (ob vsem zapisanem in ob vsem, kar se zgolj nakažuje) nikakor ni zanemarljiva. Prav stopnja razvitosti pravnega občutka je lahko pomembno

²⁴ Prav tam, str. 217.

²⁵ Radbruch, str. 63.

²⁶ Kaufmann, str. 219.

merilo za oceno o stopnji razvitosti nacionalne pravne kulture. Samo družba, v kateri imajo posamezniki na splošno relativno dobro razvit pravni občutek, lahko ustvari stopnjo pravne zavesti, ki vodi v razvito pravno kulturo, kar posledično pomeni tudi visoko stopnjo medčloveške tolerance, poštenosti in navsezadnje medsebojnega spoštovanja.²⁷ Pretirano zatekanje v normiranje, kot smo mu priča, zožuje in siromaši polje pravne kulture in je (si dovolimo skleniti) tudi izraz pomanjkanja pravnega občutka ali vsaj nezaupanja vanj. Stalno prepraševanje in nadgrajevanje lastnega pravnega občutka je presežek, h kateremu bi moral težiti vsak, ki pravo sooblikuje. Morda lahko ščep krivde za umanjkanje pravnega občutka z vidika osebnostne strukture pripišemo tudi novi sodobni »bolezni« – motnji pomanjkanja izkušenj.²⁸ A o tem na kakem drugem mestu ... In na kakem drugem mestu tudi o tem, da bi pravni občutek med drugim moral hoditi tudi z roko v roki z občutkom za jezik. Za zdaj morda le izziv z mislijo: »Jezik misli in pesni za nas – to pomeni: s tem ko mislim in govorim, svojo misel umeščam v miselni svet, ki je podvržen svojim posebnim zakonitostim.«²⁹

8. Občutek za pravni občutek

»Vsi naši čuti mislijo in strukturirajo naše razmerje s svetom, čeprav se ne zavedamo njihove nenebne dejavnosti.«³⁰

Oris pisanega potovanja pojma pravnega občutka od pozitivizma do modernih konceptov prava onkraj racionalnega in teoretičnih nihanj, ki mu dajejo zdaj tako, zdaj drugačno težo, a nikoli ne zanikajo nuje po hkratnem vseobsežnem poznavanju in spoštovanju prava in pravičnosti, je avtorico prispevka (dodatno) prepričal, da je vloga pravnega občutka za razumevanje obstoječega in kreiranje novega prava ključna ter da nomotehnika v širšem in ožjem smislu po svojem bistvu ne more in ne sme izključevati iracionalnih dejavnikov, če želi ohraniti svojo temeljno pravnosistemsko vrednost. Šele kompleksno in celovito znanje, umevanje in razumevanje so lahko podlaga za racionalno umestitev norme na njej ustrezno mesto, za njeno polno življenje in doseganje ciljev, kot jih je imel v mislih normodajalec. Še tako malenkostni normativni posegi lahko premikajo pravno realnost in na drugi strani še na videz tako koreniti posegi lahko ostanejo le črka na papirju ali zgrešijo cilj. Od prepleta racionalnih in iracionalnih dejavnikov, vključno z dobrimi nomotehničnimi spretnostmi v širšem in ožjem smislu, je odvisno, ali je norma ustavna in zakonita, razumljiva, jasna, nedvoumna in izvršljiva – da je torej njen dejanski domet tak, kot ga je nameraval doseči normodajalec.

²⁷ Cerar, Miro, ml., Pravni občutek (2. del), Ius Info, kolumna, Ljubljana 2006.

²⁸ Salecl, Renata, O tesnobi, Založba Sophia, Ljubljana 2007, str. 3.

²⁹ Radbruch, str. 152.

³⁰ Pallasma, Juhani, Oči kože: arhitektura in čuti, Studia humanitatis, Ljubljana 2007, str. 10.

S takim pristopom smo korak bližje idealu pravne države – zagotavljanju čim boljše pravne varnosti, enotnosti, koherentnosti in konsistentnosti pravnega sistema ter s tem zaupanja v pravo.

Pletenje pravne realnosti vsekakor terja tudi dober občutek za mero in intenzivnost pravnega občutka, ki ne glede na vse zapisano ne more in sme postati vir apologetstva za nesorazmerno težo iracionalnega. Še posebno pa je na mestu vprašanje kvalitete tega občutka. In s tem prav zares ni šale. Ker gre za občutek za pravni občutek.

Priprava predpisa in koherentnost pravnega reda

PROF. DR. FRANC GRAD,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Začel bom kar s tem, kar sem v enem od uvodov k Nomotehničnim dnevom zapisal o nomotehniku. Zapisalo se mi je namreč, da je nadvse pomembna pravna večšina, ki so je večji le redki pravniki, ker terja veliko znanja, izkušenj pa tudi posebnega smisla za to delo. V državnih organih se je včasih ta večšina prenašala iz roda v rod, torej prek mentorstva izkušenih kolegov. Tak način prenašanja znanja, ki je zelo preprost, naraven in učinkovit, pa terja strokovno kontinuiteto, ki je naša državna uprava že zdavnaj nima več. Če za predpise sicer lahko rečemo, da njihovo vsebino v glavnem določajo politiki, pravniki pa naj bi določali predvsem njihovo formo, potem je prav nomotehnik najbolj strokoven, s politiko najmanj obremenjen vidik pravniškega dela. Zato ima tu pravnik v svojem sodelovanju s politikom najbolj trdno in zanesljivo pozicijo. Z druge strani pa dobro poznavanje nomotehnikove pravniku omogoča, da najde ustrezne oblike in načine pravnega urejanja posamezne problematike. Vse večja dinamika družbenega razvoja hote ali nehote povzroča vse več normiranja. Novi politični projekti nujno nosijo s seboj potrebo po novi pravni ureditvi, torej po novih pravnih predpisih. Pogosto se dogaja, da želja politikov po čim hitrejših spremembah trči ob upravičene zahteve pravnikov, da se predpisi pripravijo v skladu s pravili pravne stroke, predvsem pa v skladu z ustavo in zakonom.

V predgovoru k drugi, spremenjeni in dopoljeni izdaji k delu Nomotehnične smernice, ki jih je izdala Služba vlade za zakonodajo, pravi dr. Janez Pogorelec: »Nomotehnik je prej kot veda ali znanost – obrt.« V uvodu k temu delu pa je zapisano: »Vsebinsko ustrezni, pravno pravilni in nomotehnično urejeni, skratka dobri predpisi so samo eden od številnih pogojev, vendar pa hkrati nepogrešljiv pogoj za učinkovitost prava in dobro delovanje države kot

pravne države.«¹ Nomotehniko lahko razumemo kot tehniko pisanja in oblikovanja zakonov ter drugih splošnih aktov.² Nedvomno je nomotehnika izredno pomemben del pravotvorne dejavnosti, saj je jasnost in razumljivost pravnih pravil, ki jih vsebuje splošni akt, bistveni pogoj za njegovo ustrezno razlago in učinkovito uporabo.³ Kakovostno izdelani predpisi so nujni pogoj za učinkovitost delovanja države in prava. Pomembni pa so tudi za uresničevanje načela pravne države in drugih z njim povezanih pravnih načel. Predpis mora ustrezati zahtevam pravne tehnike (nomotehnike), sicer je težko razumljiv oziroma dvoumen. To pomeni, da morajo biti pravne norme, ki ga sestavljajo, vsebinsko jasne, nedvoumne. Kot celota morajo biti ustrezno strukturirane in povezane v logično celoto. V nasprotnem otežujejo razlago in izvajanje. To velja tudi za razmerje predpisa do drugih predpisov, ki tvorijo pravni red.

Nomotehnika je torej nadvse pomembna prvina izdelave predpisa, vendar je za pripravo dobrega predpisa pomembno še nekaj prvin, ki bi jih lahko skupaj z nomotehniko v opisanem pomenu šteli za nomotehniko v širšem pomenu. Tu bi šlo torej za tehniko pravnoformalne priprave predpisa.

Če torej nomotehniko razumemo širše, je treba šteti med njene zahteve tudi zahtevo po umestitvi predpisa v celotni pravni sistem. Znotraj tega se kaže zlasti troje, namreč:

- potreba po izbiri predpisa, ki je ustrezen za ureditev določenih pravnih razmerij,
- zahteva po tem, da je predpis skladen z višjim predpisom v hierarhiji pravnih aktov, in
- zahteva po tem, da je predpis skladen s predpisi iste ravni.

2. Izbira ustreznega predpisa

2.1. Vrste pravnih aktov

Pravni red neke države tvorijo različni splošni pravni akti, ki imajo v hierarhiji pravnih aktov različno vlogo in različen pomen ter vsebino. Splošne pravne akte namreč sprejemajo različni državni organi, ki imajo v državni organizaciji vsak svoj položaj. Tudi narava teh organov je različna, zato je različen tudi postopek, po katerem sprejemajo splošne pravne akte. Vsi splošni pravni akti tvorijo pravni red, ki mora biti notranje usklajen (koherenten), če naj bo učinkovit. Koherentnost pravnega reda pa je tudi nujni pogoj za uresničevanje načela pravne države. Pravna država zajema vrsto nadaljnjih ustavnih načel oziroma je z njimi povezana.

¹ Služba vlade za zakonodajo, Nomotehnične smernice, 2., spremenjena in dopolnjena izdaja, Ljubljana 2008, str. 15.

² Iglčar, A., Zakonodajna dejavnost: viri, nomotehnika in zakonodajni postopek, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 99.

³ O uporabi prava glej: Pavčnik, M., Teorija prava: prispevek k razumevanju prava, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 310–318.

Nekatera so v naši ustavi izrecno določena (na primer načelo delitve oblasti, legalitetno načelo, prepoved retroaktivnosti, neodvisnost sodstva), druga so izvedena iz ustavnega načela pravne države (zlasti pravna varnost, zaupanje v pravo, jasnost in določnost predpisov, pravna urejenost in s tem predvidljivost delovanja državne oblasti, prepoved čezmernih posegov države – načelo sorazmernosti itd.).

Zato mora imeti predpis kot celota kot tudi vsaka posamična pravna norma, ki ga tvori, ustrezno vlogo v pravnem sistemu v skladu z načelom ustavnosti in zakonitosti. Iz vsega povedanega izhaja hierarhija pravnih aktov (supremacija ustave in zakona), ki jo zagotavlja ustavnosodna kontrola.

Najpomembnejši splošni pravni akt je ustava, ki je v hierarhiji pravnih aktov najvišji pravni akt, ker jo praviloma sprejema od ljudstva izvoljena ustavodajna skupščina oziroma izvoljeno predstavniško telo po posebno zahtevnem postopku. Vloga ustave v pravnem redu zagotavlja, da se ta ustavna pravila uveljavljajo tudi v drugih splošnih pravnih aktih, da so torej izvor in podlaga pravnega urejanja v vseh drugih splošnih aktih, ki tvorijo pravni red poleg ustave.⁴ Ustava je zaradi svojega osrednje vloge in pomena praviloma sprejeta v obliki enega samega pravnega dokumenta, poleg tega (in zato) je zanjo značilna visoka stopnja splošnosti in abstraktnosti. Zato ustava praviloma ne ureja družbenih razmerij do te mere, da bi bila neposredno uresničljiva v praksi, in potrebuje ustrezno razčlemba v zakonih.

Med ustavo in zakone so umeščene mednarodne pogodbe, ki se po 8. členu ustave uporabljajo neposredno in so zato vir prava v državi. Zakoni in drugi predpisi morajo biti namreč v skladu z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo, kot tudi s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava. Mednarodne pogodbe dosežejo svojo veljavnost seveda z ratifikacijo v državnem zboru.

Tako kot ustavo tudi zakone sprejema izvoljeno predstavniško telo, kar daje zakonu pečat demokratične odločitve. Zato sta ugled zakonov in njihov pomen v pravnem redu tako visoka, da pomenita temeljno zgradbo pravnega reda. Kot je bilo že večkrat posrečeno rečeno, je ustava srce, zakoni pa ožilje pravnega reda. Drugače kot ustava zakoni urejajo vsebinske sklope družbenih razmerij, torej različna področja družbenega življenja. Zakon torej ureja različna področja družbenega življenja ter pri tem zapoveduje in prepoveduje ravnanje vsakega subjekta, ki se znajde v položaju, ki ga ureja zakon. Pri tem zakon določa pravice in dolžnosti teh subjektov ter s tem pomembno posega v njihov pravni položaj. Zakon je (poleg ustave) najvišji pravni akt in zato tudi podlaga in vir za nižje pravne akte, ki jih izdajajo drugi državni organi.

Vsekakor pa največji del pravnega korpusa tvorijo podzakonski akti z vladno uredbo na čelu, ki so v največji meri izraz zapletenosti sodobnega življenja, kajti tudi zakoni so mnogo

⁴ Glej Kaučič v: Kaučič, Grad, Ustavna ureditev Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 32–34.

presplošni, da bi bili praviloma neposredno uresničljivi v življenju, zato terjajo obširno in natančno razčlenitev v aktih, ki jih sprejema izvršilna veja oblasti, natančneje vlada in njena ministrstva. Značilno za te akte je, da urejajo različne tehnične in organizacijske podrobnosti, torej neposredno ne urejajo družbenih razmerij, temveč omogočajo izvrševanje z ustavo in zakoni določene ureditve. Za tako podrobno ureditev namreč zakonodajno telo ni primerno, ker terja ustrezno strokovno znanje. Poleg tega je zaradi podrobnosti in hitrega družbenega razvoja podrobnejšo ureditev treba pogosto spreminjati, kar je organom, ki sprejemajo podzakonske predpise, mnogo lažje kot pa zakonodajnemu telesu.

Drugače od ustave in zakonov so podzakonski predpisi izredno raznovrstni, tako po pravni naravi kot tudi po vsebini ter obliki in nazivu. Skupno jim je le, da zavzemajo v hierarhiji pravnih aktov nižje mesto od zakona in da jih izdajajo drugi organi kot ustavo in zakon. Ti organi so predvsem izvršilnoupravni organi, torej vlada in upravni organi. Tipični podzakonski akti, ki jih izdajajo izvršilnoupravni organi, so uredbe in pravilniki, pojavljajo pa se tudi drugi akti, kot so odredbe, odloki in podobno. Ti akti imajo različno vlogo v hierarhiji podzakonskih aktov tako z vidika pravne veljavnosti kot z vidika organov, ki jih izdajajo.

2.2. Normativna pristojnost

Izbira predpisa je torej omejena z normativnimi pristojnostmi posameznega državnega organa. V sodobnih državah je izvajanje oblasti organizirano tako, da jo na različnih področjih delovanja opravljajo različni državni organi. Zato imajo državni organi različna delovna področja oziroma pristojnosti, lahko pa je njihovo delovanje omejeno tudi na različna območja države. Različni državni organi torej izvajajo različne dele državne oblasti, ki so pravno določeni kot pristojnosti državnega organa, ki vključujejo njegove pravice, obveznosti in odgovornosti. Če naj država učinkovito izvaja svoje funkcije, mora biti delovanje vseh državnih organov usklajeno, kar se zagotavlja v okviru hierarhije državnih organov ter z njihovim sodelovanjem. V hierarhiji državnih organov navadno ločimo najvišje organe, višje državne organe in nižje državne organe, med katerimi je navadno vzpostavljeno razmerje nadrejenosti in podrejenosti, med organi iste ravni z različnih področij delovanja pa je praviloma vzpostavljeno razmerje enakopravnosti.

Pravno gledano se pristojnosti temeljnih državnih organov ločijo predvsem glede na pravne akte, ki jih sprejemajo. Za razlikovanje teh pristojnosti se uporabljata dve merili, in sicer formalno in materialno. Po formalnem merilu se pravni akti državnih organov delijo po organih, ki jih sprejemajo, in po postopku njihovega sprejemanja, po materialnem merilu pa se te funkcije ločijo samo po vsebini pravnih aktov, ki so značilni za določeno državno funkcijo. Tako je funkcija zakonodajnega organa sprejemanje zakonov, izvršilnih organov in sodnih organov pa sprejemanje aktov za izvrševanje zakona. Vendar pa vsebina teh aktov ne ustreza

vedno njihovi formalni naravi. V praksi namreč lahko večkrat pride do tega, da se v okviru ene funkcije (na primer izvršilne) sprejemajo pravni akti, ki po materialni vsebini spadajo v okvir druge funkcije oblasti (na primer zakonodajne). V takem primeru pride do odstopanj od vsebine določene državne funkcije in do poseganja v drugo funkcijo, kar lahko ustvari motnje v razmerjih med temeljnimi državnimi organi in s tem tudi pri izvajanju državne oblasti sploh.

Delitev oblasti med različne državne organe lahko razumemo na dva načina, in sicer kot vertikalno in kot horizontalno delitev oblasti. Prva se nanaša na delitev oblasti med različnimi ravnmi organiziranosti državne oblasti, druga pa na delitev oblasti med organi na isti ravni. Prva se uporablja predvsem v zvezi z delitvijo oblasti v zvezni državi, kjer je državna oblast organizirana na dveh ravneh, namreč na ravni zvezne države in na ravni zveznih enot. Pogosto pa se uporablja tudi v zvezi z delitvijo oblasti med državno in lokalno ravni. Prav delitev oblasti med dvema ravnema oblasti je zlasti pomembna in značilna za organiziranost Evropske unije. Horizontalna delitev oblasti se namreč na ustavnopravni ravni kaže kot razmejitev pristojnosti med Unijo in njenimi članicami.

Državni organ lahko sprejema samo tiste predpise, za katere je pristojen. S (širše razumljivega) nomotehničnega vidika pa je izbira ustreznega predpisa lahko precej bolj zapletena, saj izbira predpisa zahteva oceno o tem, kateri predpis je ustrezen za pravno ureditev družbenih razmerij. Ali je vsebina teh razmerij taka, da terja ureditev na ustavni ravni, ker gre za ustavno naravo in vsebino razmerja, torej za ustavno stvarino (*materia constitutionis*), ali ne gre za tako raven, vendar pa je treba pri urejanju pravnega razmerja določiti pravice, obveznosti in odgovornosti, kar zahteva zakonsko ureditev – ali pa navsezadnje ne gre za nič od navedenega, temveč za vprašanja bolj tehnične narave, ki pa jih je treba urediti, da se lahko izvršuje zakon (podzakonski oziroma izvršilni predpisi). Odločitev o tem, kateri predpis bo uredil neka pravna razmerja, je izredno pomembna. Napačna odločitev namreč krši hierarhijo predpisov in ruši ustavno določena razmerja med državnimi organi, zlasti glede njihovih pristojnosti.

2.3. Razsežnost urejanja

Ustava in zakon naj bi urejala le najpomembnejša in razmeroma trajna družbena razmerja.⁵ Razmerje med ustavo in zakonom je eno najbolj zapletenih vprašanj vsebinske usklajenosti pravnega reda in njegove konsistentnosti, zlasti če je ne razumemo zgolj s pravnotehničnega, temveč tudi z vsebinskega vidika. Sodobno pojmovanje tega razmerja sicer daje dovolj načelnih izhodišč, iz katerega izhajajo pravila, ki se jih mora držati zakonodajalec. Kljub temu pa je ta pogosto pred težko nalogo, ko mora ta pravila upoštevati v praksi. Kot najpomembnejši

⁵ Pavčnik, prav tam, str. 232.

akt poleg ustave so namreč zakoni zelo neposredno vsebinsko vezani na ustavo. V praksi pa je obseg vezanosti lahko zelo različen. Nekatera področja zakonskega urejanja se le bežno dotikajo ustavne materije ali pa so ustavne določbe, ki jih vežejo, zelo splošne oziroma načelne. Nekateri zakoni pa so v bistveno večjem obsegu vezani na ustavo, ker ta vsebuje več določb s posameznega področja zakonskega urejanja oziroma trdnejše in bolj zavezujoče okvire za zakonsko urejanje. To velja za mnoge zakone, ki urejajo način izvrševanja ustavnih pravic in temeljnih svoboščin, še bolj pa za zakone, ki urejajo vprašanja s področja državne ureditve.

Vsak zakon je pri pravnem urejanju določenega področja družbenih odnosov vezan na ustavo, ker je podrejen ustavi in mora biti z njo v skladu. Kadar je temeljna ustavna norma dovolj jasna in konkretna, je temu razmeroma lahko ugoditi. Težje je, kadar ustava glede nekega vprašanja določi samo splošno pravilo. Tega se mora zakon držati in se gibati v njegovem okviru, kar pa je lahko včasih zelo težko. Najbolj težavna je vezanost zakona na ustavo, kadar ustava vprašanja, ki naj ga uredi zakon, sploh ne ureja. V tem primeru je zakon vezan na ustavo le glede njenih temeljnih načel, ki se nanašajo na področje zakonskega urejanja.

Če je neka materija urejena v ustavi, gre lahko za popolno ureditev, ki izključuje dodatno zakonsko ureditev, lahko pa gre za delno ureditev, ki dopušča ali celo zahteva še zakonsko ureditev. Slednje velja vselej, kadar ustava določa, da zakon uredi neko materijo oziroma jo lahko uredi drugače. Če tega ustava ne določa, pa je mogoče dvoje, namreč da je dodatno zakonsko urejanje dopustno ali pa ne. Za prvi primer gre, kadar je ustavna ureditev toliko splošna ali nepopolna, da je dodatno zakonsko urejanje nujno za njeno izvajanje. Pač pa bi bila dopolnilna zakonska ureditev nedopustna, kadar bi šlo za vsebino urejanja, ki je že po naravi lahko urejena samo v ustavi (na primer pristojnost državnega organa).

Ne glede na načelo vezanosti zakona na ustavo je v praksi včasih težko določiti obseg in globino zakonskega urejanja, torej mejo, do katere lahko gre zakon pri urejanju vprašanj, ki po vsebini spadajo v ustavno materijo. Pri tem je zakonodajalec omejen tako po obsegu kot tudi po vsebini urejanja. Kadar ustava nalaga ureditev nekega vprašanja z zakonom, je to preprosto, ker je zakon omejen z vsebino ustavnega naročila, čeprav so tudi tu različne možnosti.

Bistveno težje je določiti razsežnosti zakonskega urejanja, kadar ni ustavnega pooblastila za podrobnejšo zakonsko ureditev. Če ustavna ureditev vsebuje neko splošno pravilo, je zakon vezan na vsebino in okvir splošnega pravila, ki ga določa ustava, če pa ustava uredi neko vprašanje sicer delno, vendar pa podrobneje, mora dopolnilna zakonska ureditev upoštevati načela in vsebino ustavne ureditve tako, da tvori z njo skladno in delujočo celoto. Najširši okvir urejanja ima zakonodajalec takrat, kadar ustava nekega pomembnega vprašanja sploh ne ureja, pa vendar to področje družbenega življenja ne more delovati brez pravne ureditve. V takem primeru je zakonodajalec vezan s temeljnimi ustavnimi načeli in splošno ustavno ureditvijo (»duhom ustave«).

V razmerju med zakonom in podzakonskimi akti je treba poudariti, da je ključna točka izbire pravnega urejanja neke zadeve vprašanje, ali gre pri vsebini družbenega razmerja za pravice in dolžnosti pravnih subjektov, kajti to vsebino lahko ureja le zakon. Po ustavi (87. člen) namreč lahko samo zakon določa pravice in obveznosti državljanov in drugih oseb. V vsakem primeru podzakonski akti temeljijo na nekem višjem predpisu in vsebinsko izhajajo iz njega. Podzakonski akt se lahko izda šele na podlagi uveljavljenega zakona in lahko velja le toliko časa, dokler velja zakon, razen če seveda novi zakon določi drugače. Končno je treba omeniti tudi, da podzakonski akt ne sme urejati vsebine, ki je ne bi smel urejati zakon.⁶

Posebnosti veljajo glede normativne dejavnosti države, ki je članica EU. Slednja se namreč giblje v okviru lastne ustavne ureditve in v okviru pravne ureditve EU. Posledica sta dve vrsti predpisov države, namreč predpisi, ki jih država sprejema izključno v okviru svoje pristojnosti, pri čemer je omejena samo s svojo ustavo, in predpisi, ki jih sprejema na podlagi in v okviru evropskih predpisov za uresničevanje teh predpisov. **Z vidika nomotehnik je nedvomno nad vse pomembno, za katerega od teh dveh vrst predpisov gre v konkretnem primeru pravnega urejanja. Tudi vsebinska vezanost predpisov države se razlikuje glede na to, ali gre za predpise iz lastne (izključne) pristojnosti ali za izvedbene predpise. Pri izključno državni pristojnosti je vsebinska vezanost zakona naravnana zgolj na skladnost z ustavo, ki je zelo splošen pravni akt, zaradi česar je pravni okvir, v katerem se mora gibati zakon, zelo širok in večinoma ohlapen. Vsebinska vezanost podzakonskega akta pa se nanaša na ustavo in zakon. Nasprotno pa je vsebinska vezanost pri izvedbenih pravnih aktih bistveno drugačna, saj se nanaša na pravo EU kot »zunanje«, višje pravo. Stopnja vezanosti je tudi odvisna od vrste pristojnosti, saj je bistveno večja, kadar gre za akte za izvrševanje uredbe, kot kadar gre za akte za izvrševanje direktive.**

3. Skladnost predpisa z drugimi predpisi

3.1. Skladnost s predpisi višje ravni

Načelo pravne države, znotraj njega pa posebno načelo notranje skladnosti in transparentnosti pravnega reda ter pravne varnosti zahteva, da so predpisi med seboj usklajeni. Zahteva po notranji usklajenosti (koherentnosti) pravnega sistema je eden temeljnih pogojev za pravno varnost in predvidljivost pravnega urejanja.

Ker je ustava najvišji pravni akt, morajo biti z njo v skladu vsi nižji pravni akti. Zato ustava v 153. členu določa, da morajo biti zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni akti v skladu z ustavo. V skladu z ustavo pa morajo biti tudi ratificirane mednarodne pogodbe. Tu je tudi

⁶ Več o tem glej: Pavčnik, prav tam, str. 245–248.

določeno, da morajo biti zakoni v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor, kar te mednarodne akte postavlja nad zakon. Podzakonski akti kot hierarhično nižji akti pa morajo biti v skladu ne samo z ustavo, temveč tudi s hierarhično višjimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami in zakoni. Hierarhično višje od podzakonskih aktov pa niso samo mednarodne pogodbe, ki jih ratificira državni zbor, temveč tudi druge mednarodne pogodbe, kar pomeni mednarodne pogodbe, ki jih ratificira vlada.⁷

Zahteva po medsebojni skladnosti v naši ureditvi ne izhaja samo iz splošnih pravnih načel, temveč je tudi ustavno določena, in sicer v 153. členu ustave, v okviru poglavja o ustavnosti in zakonitosti, ter v 160. členu, med pristojnostmi ustavnega sodišča. Zahteva po skladnosti nižjih pravnih aktov z višjimi pravnimi akti, z ustavo na čelu, pomeni vsebinsko vezanost nižjega akta po višjem aktu, po kateri nižji akt ne sme urediti ničesar, kar je višji akt pridržal v svoji izključni sferi; ne sme tudi ničesar urediti drugače, kot je določeno v višjem aktu, če pa višji akt nekega vprašanja ne ureja, ga mora nižji akt urediti v skladu z eksplicitno ali implicitno določenimi temeljnimi načeli v višjem aktu.

Ne glede na načelo vezanosti zakona na ustavo je v praksi včasih težko določiti obseg in globino zakonskega urejanja, torej mejo, do katere lahko gre zakon pri urejanju vprašanj, ki po vsebini spadajo v ustavno materijo. Pri tem je zakonodajalec omejen tako po obsegu kot tudi po vsebini urejanja.

Razmerje med ustavo in zakonom na posameznem področju je eno najbolj zapletenih vprašanj vsebinske usklajenosti pravnega reda in njegove konsistentnosti, zlasti če je ne razumemo zgolj s pravnotehničnega, temveč tudi z vsebinskega vidika. Sodobno pojmovanje tega razmerja sicer daje dovolj načelnih izhodišč, iz katerih izhajajo pravila, ki se jih mora držati zakonodajalec. Kljub temu pa je ta pogosto pred težko nalogo, ko mora ta pravila upoštevati v praksi. Kot najpomembnejši akt poleg ustave so namreč zakoni zelo neposredno vsebinsko vezani na ustavo. V praksi pa je obseg vezanosti lahko zelo različen. Nekatera področja zakonskega urejanja so taka, da se le bežno dotikajo ustavne materije ali pa so ustavne določbe, ki jih vežejo, zelo splošne oziroma načelne. Drugi zakoni so v bistveno večjem obsegu vezani na ustavo, ker ustava vsebuje več določb s posameznega področja zakonskega urejanja oziroma trdnješe in bolj zavezujoče okvire za zakonsko urejanje. To velja za mnoge zakone, ki urejajo način izvrševanja ustavnih pravic in temeljnih svoboščin, še bolj pa za zakone, ki urejajo vprašanja s področja državne ureditve.

Ker je temeljni pravni vir državne ureditve ustava, je možnost zakonskega urejanja te materije odvisna predvsem od tega, v kolikšni meri so ta vprašanja urejena že z ustavo in koliko je

⁷ Glej Pavčnik, prav tam.

zaradi tega lahko prostora za zakonsko ureditev. Ureditev nekega vprašanja državne ureditve v ustavi namreč pomeni, da šteje ustavodajalec to za ustavno stvarino, nasprotno pa lahko pomeni, da dovoljuje ureditev v nižjem pravnem aktu. To pa ne drži, kadar je ustavodajalec neko vprašanje uredil popolno oziroma izčrpno, kar izključuje pravno ureditev z drugim splošnim aktom. V takem primeru nadaljnje zakonsko urejanje materije ni mogoče in seveda tudi ni dopustno.

Jasno je, da mora biti vsebina podzakonskega akta v skladu z višjim aktom, za izvrševanje katerega je izdan. To je lahko zakon ali podzakonski akt višjega ranga, vendar pa to ne velja samo za skladnost z aktom, ki ga podzakonski akt izvršuje, temveč mora biti v skladu tudi z drugimi zakoni in akti višjega ranga. Seveda pa mora biti – kot vsak pravni akt – v skladu tudi z ustavo. To zahteva načelo ustavnosti in zakonitosti, določeno v ustavi. Končno je treba omeniti tudi, da podzakonski akt ne sme urejati vsebine, ki je ne bi smel urejati zakon.

Skladnost z aktom višjega ranga v našem primeru pomeni, da podzakonski akt ne more urejati vprašanja, ki ga ni na bolj ali manj splošni ravni uredil že višji akt. To je še posebno občutljivo v razmerju do zakona, saj podzakonski akt ne more določati nobenih novih načel in obveznosti niti pravic, ki niso bile določene že v zakonu. Skladnost podzakonskega akta pa pomeni tudi, da ne more drugače urediti istega vprašanja, kot je urejeno v višjem aktu, temveč ga lahko samo podrobneje ureja v okviru pravne ureditve, kot je določena že v višjem pravnem aktu.

3.2. Skladnost s predpisi iste ravni

Koherentnost pravnega reda ne zahteva samo skladnosti med predpisi različnih ravni v hierarhiji predpisov, temveč tudi skladnost med predpisi na isti ravni. Predpise iste ravni v sistemu hierarhije pravnih predpisov praviloma sprejema isti državni organ, kar v celoti velja za ustavo in zakon, ne pa tudi za podzakonske akte. Toda tudi za podzakonske akte, ki jih sicer sprejemajo različni državni organi, velja temeljna zahteva, da so usklajeni.

Ustava mora biti skladna sama s seboj, ker sicer nenehno vzbujajo dvom o tem, kaj zares velja kot ustava, kaj je torej treba uresničiti na podlagi ustave s predpisi nižje ravni in s čim morajo biti nižji predpisi usklajeni. Ker je ustava najvišji pravni akt in jo tudi ustavno sodišče lahko tolmači samo na podlagi nje same, bi bila morebitna notranja neskladnost ustave vrhunski pravni (in politični) problem, katerega obravnava bi močno presegala namen tega sestavka.

V skladu z načeli pravne sistematike in nomotehniko vsak zakon ureja neko področje oziroma del tega področja celovito. Pri tem lahko iz različnih razlogov poseže tudi v zakonsko stvarino, ki jo ureja drug zakon. Formalno je to mogoče, kajti zakon je zakon, in po splošnih pravnih pravilih kasnejši in podrobnejši zakon lahko razveljavi starejšega in splošnejšega. Vendar pa načelo pravne države, znotraj njega pa zlasti načelo transparentnosti in pravne varnosti zah-

tevata, da se zakonska tvarina ureja sistematično in dosledno po sklopih, ki se oblikujejo in sprejemajo kot posamezni zakon. Zato se je treba izogibati poskusom, da se v zakonu ureja zakonska tvarina drugega zakona. Včasih se temu ni mogoče izogniti, vendar je treba tudi v takem primeru poskrbeti, da se to čim prej popravi, ker sicer trpi pravna varnost. To velja še posebno takrat, kadar en zakon posega v zakonsko tvarino več drugih zakonov.

Tudi podzakonski akt mora biti v skladu s podzakonskimi akti iste ravni. Torej mora biti v skladu tudi z istovrstnimi podzakonskimi akti, če ti posegajo v isto vsebino, ker to terja načelo koherentnosti pravnega reda kot celote.

4. Sklep

Če nomotehniko razumemo širše, namreč kot tehniko pravnoformalne priprave predpisa, zajema poleg nomotehnike v ožjem pomenu še nekatere druge pomembne prvine, ki so pomembne za pravno pravilno pripravo predpisa. Gre zlasti za izbiro ustrezne vrste predpisa, za zahtevo po njegovi skladnosti s predpisi višje ravni v hierarhiji pravnih predpisov ter za zahtevo po njegovi skladnosti s predpisi iste ravni. Pri izbiri ustrezne vrste predpisa je treba ugotoviti, kakšna je vsebina družbenega razmerja, ki ga je treba urediti s splošnim pravnim aktom. Od tega sta namreč odvisni tudi vrsta in oblika splošnega pravnega akta oziroma predpisa, ki ga je treba uporabiti. Gre torej za to, ali je torej v konkretnem primeru treba družbeno razmerje urediti z ustavno spremembo, z zakonom ali s podzakonskim aktom. Izbrani predpis mora biti pravno pravilen, torej pravilno umeščen v pravni sistem, kar pomeni, da mora izhajati iz višjega predpisa in biti vsebinsko z njim v skladu, biti pa mora tudi v skladu s predpisi iste ravni. To pomeni, da mora zakon izhajati iz ustave in biti v skladu z ustavo, podzakonski akti pa morajo temeljiti na zakonu, izhajati iz zakona in biti v skladu z zakonom kot tudi z ustavo. Prav tako mora tudi biti ustavna sprememba v skladu z veljavnim ustavnim besedilom, zakon z drugimi zakoni, podzakonski akti pa z drugimi podzakonskimi akti.



Pravni letopis 2012

Povzetki
Abstracts

VI.

UDK 341.98:347.5, 347.98: 347.5(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 9–27

DR. ALEŠ GALIČ

Pristojnost v nepogodbenih odškodninskih sporih

Tako slovensko pravo (ZMZPP glede mednarodne pristojnosti in ZPP glede krajevne pristojnosti) kot tudi Uredba Bruselj I urejata posebno (izbirno) pristojnost za spore v zadevah glede nepogodbene odškodninske odgovornosti. Tožnik lahko dodatno izbira med tožbo v kraju, kjer je prišlo do škodnega dogodka, in kraju, kjer je nastala škoda. Vendar pa slednja možnost pride v poštev, kjer je prišlo do posega v zavarovane dobrine neposrednega oškodovanca. Restriktiven pristop je nujen zaradi preprečitve forum shoppinga in zato, da ne pride do praktično neomejeno odprtega *forum actoris* (pristojnosti po prebivališču tožnika). Tudi v sporih glede čiste premoženjske škode je potreben restriktiven pristop, čeprav je prav v teh sporih večkrat zelo težko opredeliti kraj nastanka škode (oziroma ta kraj ločiti od kraja, kjer je center oškodovančevih ekonomskih interesov). Avtor poleg tega obravnava »doktrino mozaika«
glede kršitev osebnostnih pravic v medijih – tako tradicionalnih kot modernih. V zadnjem delu avtor obravnava nekatera vprašanja glede stvarne pristojnosti ter izračuna vrednosti spora v primeru kumulacije zahtevkov za premoženjsko in nepremoženjsko škodo.

Ključne besede: mednarodna pristojnost, stvarna pristojnost, škodni dogodek, delikt, Uredba Bruselj I, pravdni postopek

UDK 341.98:347.5, 347.98: 347.5(497.4)

Pravni letopis 2012, pp. 9–27

DR. ALEŠ GALIČ

Jurisdiction in Matters Relating to Liability in Tort

Both Slovenian national law (International Private Law Act concerning the international jurisdiction and Civil Procedure Act concerning territorial jurisdiction) as well as the Brussels I Regulation provide for a special (elective) jurisdiction for matters relating to tort. The claimant has the option of suing the defendant in the courts in which a harmful event occurred or in the place in which the damage is suffered. However, the latter option is only available in the place where harmful effects upon the person who was the immediate victim is a direct result of the harmful event. A restrictive approach is necessary in order to prevent forum shopping and to prevent a practically unlimited opening of a forum actoris. Such a restrictive approach is necessary in regard to disputes concerning pure economic loss as well, although particularly in such cases it is difficult to locate the place, where the damage occurred (and to differentiate it from the centre of the victim's economic interests). Furthermore, the »doctrine of mosaic« concerning claims arising out of violation of personality rights in media, is also discussed, both with regard to traditional as well as modern media. In the last chapter, the author discusses certain issues concerning subject matter jurisdiction and calculation of the amount in controversy in case of joinder of claims for non-pecuniary and pecuniary damage.

Key words: international jurisdiction, subject matter jurisdiction, harmful event, delict, Brussels I Regulation, civil procedure

UDK 347.951.2:347.5(497.4), 347.937:347.5(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 29–44

DR. DRAGICA WEDAM LUKIĆ

Vmesna sodba, predhodna vprašanja in identična vprašanja v odškodninskih sporih

Prispevek obravnava primere, v katerih je isti historični dogodek predmet obravnavanja v več sodnih postopkih. Kadar gre za dva pravdna postopka ali več, avtorica opozarja na razliko med vmesno sodbo, ki učinkuje samo v postopku, v katerem je bila izdana, ter sodbo o predhodnem pravnem razmerju, ki ima učinek pravnomočnosti in zavezuje tudi druga sodišča, ki odločajo o zahtevkih iz istega pravnega razmerja. Po drugi strani pa je civilno sodišče vezano na sodbo kazenskega sodišča v dveh primerih: ko je obstoj kaznivega dejanja predhodno vprašanje, od katerega je odvisen obstoj odškodninske odgovornosti, in v primeru tako imenovanih identičnih dejanskih stanj, ko je civilno sodišče vezano na obsodilno sodbo kazenskega sodišča, vendar le glede obstoja kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti storilca. Po večinskem stališču domneva nedolžnosti pravnemu sodišču preprečuje, da bi samo odločilo o obstoju kaznivega dejanja, če kazenskega postopka ni bilo. V primeru identičnih dejanskih stanj pa je sporno, ali vezanost na kazensko sodbo ni v nasprotju s pravico nasprotne stranke do izjave, če ni imela možnosti sodelovati v kazenskem postopku.

Ključne besede: vmesna sodba, predhodno vprašanje, identična dejanska stanja, kaznivo dejanje, pravica do izjave

UDK 347.951.2:347.5(497.4), 347.937:347.5(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 29–44

DR. DRAGICA WEDAM LUKIĆ

Interlocutory Judgement, Preliminary Questions and Identical Issues of Facts in Compensation of Damages Disputes

The article discusses situations when the same historical event is subject-matter of the procedure before different courts. Regarding two or more several civil proceedings, the author points up the difference between an interlocutory judgment, which has effects only in the proceeding in which it was rendered, and a judgement upon prejudicial legal relationship which obtains the effects of *res iudicata* and is binding for other courts deciding upon claims based on the same legal relationship. On the other hand, there are two situations in which a civil court is bound by a criminal court judgement: in the case of preliminary questions, when the existence of civil liability depends on the existence of a criminal offence and in the case of so-called identical issues of facts when a civil court is bound by the final condemnatory sentence issued in criminal proceedings but only in respect of the existence of criminal offence and criminal liability of the offender. According to the prevailing opinion the presumption of innocence prevents a civil court to decide about the existence of criminal offence if no criminal procedure took place. In the case of so-called identical issues of facts, however, the dependence on the conviction can be in contradiction with the right to be heard of the opposite party, when he or she had no possibility to participate in previous criminal proceeding.

Key words: interlocutory judgement, preliminary question, identical issues of facts, criminal offence, right to be heard

UDK 347.5:347.953(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 45–55

DR. ŠPELCA MEŽNAR

Objektivne, subjektivne in časovne meje pravnomočnosti v odškodninskem pravu

Namen prispevka je ugotoviti, v katerih primerih je oškodovanec upravičen uveljavljati tako imenovano novo škodo, ter postaviti kriterije za razmerjitev med bodočo škodo po 182. členu OZ in novo škodo, ki omogoča vložitev nove tožbe brez bojazni, da gre za *res iudicata*. Pri iskanju odgovora na zastavljeno vprašanje ima največji pomen sodna praksa (zlasti višjih sodišč in Vrhovnega sodišča), zato je predstavitvi sodne prakse namenjena posebna pozornost.

Ključne besede: odškodninsko pravo, bodoča škoda, nova škoda, nepremoženjska škoda, časovne meje pravnomočnosti, *res iudicata*

UDK 347.5:347.953(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 45–55

DR. ŠPELCA MEŽNAR

Objective, Subjective and Time Limits of the Final and Binding Court Decisions in Tort Law

The article aims to analyze the relationship between »future« and »new« damage. While future damage is expressly governed by Code on Obligations (giving the injured party a right to claim damages for future loss at the same time as damages for existing loss), new damage is a concept developed entirely by case law. Special attention is given to Supreme Court case law concerning the delimitation between future and new loss.

Key words: tort law, future loss, new loss, immaterial damage, time limits of final judgments, *res iudicata*

UDK 347.441.4(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 59–66

DR. PETER GRILC

Samoregulacija gospodarskih razmerij in Obligacijski zakonik

Prispevek obravnava pojem in pomen samoregulative oziroma avtonomnih virov v gospodarskem pravu, posebno v gospodarskem pogodbenem pravu in bančnem sektorju. Obravnava vprašanja, (i) ali je OZ z vidika samoregulacije primeren in moderen; (ii) ali je bilo črtanje v ZOR urejenih bančnih poglavij primerno; (iii) ali samoregulacija modernih (avtonomnih) pogodb (lizinške, franšizinske, faktorinske) ustrezno nadomešča zakonsko neurejenost; (iv) v kolikšni meri lahko samoregulacija oziroma avtonomna ureditev bančnih poslov, uzanc, poslovnih običajev nadomesti neobstoječe določbe OZ ali druge dele gospodarskega pogodbenega prava, pri čemer imamo s tem v mislih zlasti kodekse stanovskih združenj. Analizira tudi vprašanja, ali je OZ z vidika samoregulacije primeren in moderen, ali je bilo črtanje bančnih poglavij primerno, ali samoregulacija modernih (avtonomnih) pogodb (lizinške, franšizinske, faktorinske) ustrezno nadomešča zakonsko neurejenost, v kolikšni meri lahko samoregulacija nadomesti določbe OZ (bančni posli, uzance, poslovni običaji) in druge določbe GP. V sklepu ugotovimo, da sta nadzorovana samoregulacija in avtonomija urejanja pristopa, ki povečujeta sposobnost gospodarskega sektorja. Sta dopolnitev, ne pa nadomestek zakonske ureditve in del strategije države (*regulating smarter*). Samoregulacija in avtonomija ne pomenita zmanjšanja skrbi za varnost, okolje in pomembne vrednote.

Ključne besede: avtonomija, avtonomna ureditev, bančni posli, bančni sektor, gospodarsko pravo, kodeks, mednarodno gospodarsko pravo, moderne pogodbe, obligacijski zakonik, samoregulacija, uzance

UDK 347.441.4(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 59–66

DR. PETER GRILC

Selfregulation of Relationships in Commercial Law and the Obligation Code

The paper deals with the concept and importance of self-regulation and autonomous legal sources of commercial law, particularly contract law and the banking sector. It deals with several topics: (i) whether the Obligation Code in terms of self-regulation is appropriate and modern, (ii) whether the deletion in Law of obligations regulated banking chapters in appropriate way, (iii) whether the aspects of self-regulation or modern complex contracts, such as leasing, franchising, factoring may be considered as adequate substitute legal sources, (iv) whether the extent to which self-regulation and autonomic regulation of banking business practices replaced nonexistent provisions of the Obligation Code or other parts of the commercial contracts. The autonomy and self-control approach increase the capacity of the business sector. Both of them are considered as complementary legal sources and they are not considered as substitute for regulation and part of the strategy of the state (regulating smarter). Self-regulation and autonomy cannot be considered as a tool for reducing concern for safety, the environment and important values.

Key words: autonomous regulation, autonomy, banking contracts, banking sector, code of conduct, commercial law, international commercial law, modern contracts, obligation code, self-regulation, usages

UDK 347.44:347.754(497.4), 347.44:349.442(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 69–83

DR. ANA VLAHEK

Časovne predpostavke in vsebina zahtevkov naročnika v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe v slovenski ureditvi

Prispevek analizira veljavno slovensko ureditev glede časovnih okvirov in vsebine naročnikovih zahtevkov v primeru nepravilne izpolnitve podjemne in gradbene pogodbe ter se kritično opredeljuje do ustreznosti njenih rešitev v praksi.

Ključne besede: podjemna pogodba, gradbena pogodba, jamčevalni zahtevki

UDK 347.44:347.754(497.4), 347.44:349.442(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 69–83

DR. ANA VLAHEK

Time Limits and Content of Remedies for Non-Performance under Construction or Service Contracts in Slovenian Law

The article analyzes the remedies set out in Slovene legislation to which the client may resort if an obligation undertaken by a construction or other services contract is not performed by the service provider.

Keywords: service contract, contract for construction, remedies for non-performance

UDK 347.451.031
Pravni letopis 2012, str. 85–104

DR. DAMJAN MOŽINA

Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi

Avtor v članku predstavi predpostavke, časovne okvire in vsebino zahtevkov kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi: popravilo in zamenjava, znižanje kupnine, odstop od pogodbe ter odškodninski zahtevek. Posebno pozornost namenja razliki med splošno ureditvijo v slovenskem OZ ter ureditvijo potrošniške prodajne pogodbe v ZVPot, ki je posledica prenosa Direktive 99/44/ES o potrošniški prodaji in garancijah v slovensko pravo. V tem kontekstu obravnava tudi sodbo Sodišča EU v zadevah Weber in Putz (C-65/09 in C-87/09), ki se nanaša na obseg in omejitve kupčevega zahtevka na zamenjavo blaga z napako in njen pomen za slovensko pravo. Slovenija je 3. člen Direktive uresničila na poseben način, brez prenosa posebne hierarhije kupčevih zahtevkov, zato so možnosti za uresničevanje sodbe brez spremembe zakona v nekaterih pogledih omejene.

Ključne besede: obligacijsko pravo, prodajna pogodba, potrošniška prodajna pogodba, jamčevalni zahtevki, popravilo, zamenjava, odstop od pogodbe, znižanje kupnine, povrnitev škode zaradi stvarne napake, razlaga v skladu s pravom EU

UDK 347.451.031

Pravni letopis 2012, pp. 85–104

DR. DAMJAN MOŽINA

The Remedies of the Buyer in Case of Material Defects of the Goods Sold

The author presents the prerequisites, time-limits and the contents of the remedies of the buyer in case of material defects in a contract of sale: repair, replacement, price-reduction, termination and damages. Special attention is given to the differences between the general sales law in the Slovenian Obligations Code and the consumer sales law in Consumer Protection Act, which implements the Directive 99/44/EC on consumer sales and guarantees. In this context author presents the judgement of the Court of Justice of the EU in cases Weber and Putz (C-65/09 and C-87/09) and its significance for Slovenian law. The case deals with the scope and limitations of the buyer's claim for replacement of non-conforming goods. As Slovenia has implemented art. 3 of the Directive without transposing the special hierarchy of the remedies of the buyer, the judgement – in the absence of a law reform – is difficult to follow in some respects.

Key words: law of obligations, sales contract, consumer sales contract, remedies of the buyer, repair, replacement, termination of contract, price reduction, damages, interpretation in accordance with EU law

UDK 347.451.031

Pravni letopis 2012, str. 105–118

DR. MITJA KOVAČ, LL.M.

Garancija za brežhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna

Ta članek povzema in sistematizira dosedanjo pravnoekonomsko literaturo s področja garancije za brežhibno delovanje prodane stvari in dodajajoč nekatere nove vpoglede podaja priporočila, komentarje ter kritično analizira slovensko ureditev obvezne garancije in jamčevanja za stvarne napake.

Glavni izsledki so: 1) obstoječa ureditev je vir neučinkovitosti, saj onemogoča konkurenco, signaliziranje kakovosti (informacij) in s tem alokacijsko učinkovitost, ter vir moralnega hazarda, oportunitizma in negativne selekcije; 2) je vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za sporočanje kakovosti prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij; 3) ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za popolnoma vsa tveganja; 4) obvezna garancija zaradi problema dvostranskih spodbud sama po sebi ne zagotavlja kakovosti stvari – primernejši je sistem kogentnega jamčevanja za stvarne napake in prostovoljne garancije; in 5) sedanjo ureditev bi bilo treba odpraviti in uvesti učinkovitejši sistem kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki bi bil nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije.

Ključne besede: obligacijsko pravo, prodajna pogodba, varstvo kupca, garancija za brežhibno delovanje prodane stvari, prostovoljna garancija, obvezna garancija, stvarne napake

UDK 347.451.031

Pravni letopis 2012, pp. 105–118

DR. MITJA KOVAČ, LL.M.

Compulsory or Voluntary Legal Warranty for Non-Conformity of Goods

This article systematizes law and economics literature on the compulsory warranties for consumer goods and critically examines Slovenian regulation of compulsory warranties and guarantee for material defects of sold goods.

The main propositions are as follows: (1) existing legislation hinders competitions, signaling of quality (information) and allocative efficiency, causes moral hazard, opportunism and adverse selection (market for lemons problem) and is hence a source of inefficiencies; (2) current legislation also needlessly increases transaction costs, since sellers are, in order to signal the quality of their products, induced to employ other costly signaling mechanisms; (3) insurance function of warranties is not performed since seller insures buyer for all possible risks; (4) due to the bilateral precaution problem compulsory warranty does not warrant adequate, desirable level of quality – optional guaranteeing for material defects and voluntary warranty is a preferable option; and finally (5) current legislation should be amended and changed towards a more efficient system of mandatory protection of consumers for material defects of goods combined with optional voluntary guaranty.

Key words: contract law, sales contract, consumer protection, consumer product warranty, compulsory or optional guarantee, material defects

UDK 347.415(497.4), 347.466(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 121–136

DR. RENATO VRENČUR

Odstop terjatve v zavarovanje in zastavna pravica na terjatvi

Poslovna praksa terja uporabo različnih instrumentov zavarovanj obveznosti. S tem se okrepi upnikov položaj v primeru neplačevitosti dolžnika, zlasti v primeru stečaja ali izvršbe. Nekateri instrumenti zavarovanj so izrazito akcesorne narave (zastava terjatev), medtem ko drugi predstavljajo tipične neakcesorne modele zavarovanj (odstop terjatev v zavarovanje). Avtor primerja odstop terjatev v zavarovanje in zastavo terjatev. Poznavanje pravne narave obravnavanih instrumentov pa je več kot nujno za ustrezno izbiro in uporabo posameznih modelov v praksi.

Ključne besede: stvarno pravo, zastava terjatev, odstop terjatve v zavarovanje, insolventnost

UDK 347.415(497.4), 347.466(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 121–136

DR. RENATO VRENČUR

Assignment of Receivables by Way of Security and Pledge of Receivables

The application of various instruments of collateral is required in business practice to strengthen the position of creditors in the event of default by debtors, and in particular in bankruptcy or execution. Some collateral instruments are of a highly accessory nature (pledge of receivables), while others constitute typical non-accessory collateral models (assignment of receivables by way of security). The author compares the assignment of receivables by way of security and pledged receivables. Understanding the above mentioned legal nature of the instruments is more than necessary for adequate selection and use of specific models in practice.

Key words: property law, pledge of receivables, assignment of receivables by way of security, insolvency

UDK 347.415(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 137–147

DR. MIHA JUHART

Večkratni odstop terjatve

Do večkratnega odstopa terjatve (cediranja) pride, če odstopnik (cedent) odstopi isto terjatev več prevzemnikom (cesionarjem). Pravno pravilo mora določiti, kdo med več cesionarji pridobi terjatev v razmerju do dolžnika oziroma katera od več cesij je učinkovita in pripelje do pravnega nasledstva. V veljavnem slovenskem pravu je primarno uveljavljeno pravilo, da ima prednost cesionar, o katerem je cedent najprej obvestil dolžnika. To pravilo velja za pogodbeni odstop terjatve in različne oblike zakonite cesije. Drugačno pravilo velja za odstop terjatve v zavarovanje. V konfliktu več cesionarjev ima prednost tisti, ki mu je bila terjatev naprej fiduciarno odstopljena. Problem večkratnega odstopa se lahko pojavi tudi v razmerjih z mednarodnim elementom. V teh razmerjih naj se upošteva pravo pogodbe o odstopu terjatve, in ne pravo dolžnika.

Ključne besede: odstop terjateve, cesija, odstop v zavarovanje, konflikt več odstopov

UDK 347.415(497.4)

Pravni letopis 2012, pp. 137–147

DR. MIHA JUHART

Multiple Assignment of a Claim

Multiple assignment of a claim (*cessio*) occurs if the assignor (transferor) transfers the same claim to several assignees (transferees). The law must determine who among several assignees in such a case acquires the claim against the debtor; that is, which of the assignments effects legal succession of the claim. Under the current Slovenian law, the precedence goes to the assignee that was first notified to the debtor by the assignor. This rule applies to contractual assignments and various forms of statutory assignments. A different rule applies to the assignment for collateral: in a conflict of several assignees, the one to whom the claim was first assigned in trust gains the precedence. The problem of multiple assignment can also arise in relationships containing an international element. In such relations, the law of the assignment contract applies, and not the debtor's law.

Keywords: assignment of claims, *cessio*, assignment for collateral, conflict of assignments

UDK 347.431:347.415

Pravni letopis 2012, str. 149–165

GREGOR DUGAR

Pobot z odstopljeno terjatvijo

Upnik lahko s pogodbo, ki jo sklene s tretjim, nanj prenese svojo terjatev do dolžnika. Dolžnikov pravni položaj se s cesijo ne sme poslabšati. Dolžnik lahko uveljavlja proti prevzemniku poleg ugovorov, ki jih ima proti njemu, tudi tiste ugovore, ki bi jih lahko uveljavljal proti odstopniku do takrat, ko je zvedel za odstop. Prispevek obravnava dolžnikovo pravico do pobotanja z odstopljeno terjatvijo.

Ključne besede: cesija, pobotanje, pobotanje z odstopljeno terjatvijo, dolžnik odstopljene terjatve, razmerje med prevzemnikom in dolžnikom

UDK 347.431:347.415
Pravni letopis 2012, pp. 149–165

GREGOR DUGAR

Set-off With an Assigned Claim

A creditor may assign his claim by a contract entered into with a third party. A debtor shall not be affected in his rights by a cession. A debtor may raise against an assignee, in addition to objections he has against him, also those which he was able to raise against the assignor until the moment of being notified of the assignment. The article deals with the debtor's right to set-off with an assigned claim.

Key words: cession, set-off, set-off with an assigned claim, debtor of the assigned claim, relationship between assignee and debtor

UDK 340.134(430)

Pravni letopis 2012, str. 169–181

DR. ALBIN IGLIČAR

Analiza pogledov Nemškega združenja za zakonodajo

Pravna država izrecno in neposredno usmerja zakonodajno dejavnost. Tedaj je usmerjanje pravnega razvoja odgovorno politično in pravno delovanje. Pri njem se prepletajo politično-interesne in strokovnopravne sestavine. Postavljanje pravnih ciljev ter določanje pravnih sredstev za doseg te ciljev je bistvo pravne politike. Pravila in prijeme nomotehnike uporabljamo pri pravnem normiranju družbenih odnosov. Skupaj s pravoznanstvenimi vedami ter pravnofilozofskimi in pravnosociološkimi panogami mora tudi nomotehnika na svoj način pomagati pri določitvi kroga družbenih odnosov, ki bodo pravno normirani. Zakonodajni postopek, podobno kot drugi pravno regulirani procesi, temelji na nekaterih razmeroma trajnih načelih, ki so vključena v pravni sistem. Taka načela lajšajo uporabo in razlago poslovniških določil o poteku zakonodajnega postopka v parlamentu. Posebno so načela koristna pri novih situacijah, ki jih ni mogoče do zadnje podrobnosti vnaprej pravno regulirati, tako da jih je mogoče nato reševati z ustvarjalno uporabo zapisanih pravil postopka in njegovih načel.

Ključne besede: nomotehnika, zakonodajalec, zakonodajni postopek, poslovnik, ustavnost in zakonitost

UDK 340.134(430)
Pravni letopis 2012, pp. 169–181

DR. ALBIN IGLIČAR

Views of Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung on Legislation

The State governed by the rule of law can also explicitly and directly orientate legislative activity. Then orientating legal development is a responsible political and legal action. In it elements of politics and interest intermingle with professional and legal ones. Setting legal goals and defining legal remedies for achieving these goals is the essence of legal policy.

We use rules and procedures of nomothetics in legal standardisation of social relations. Together with jurisprudence and the disciplines of philosophy of law and sociology of law also nomotechnics must help in its way to determine the circle of social relations to be legally standardised. Legislative procedure, like other legally regulated processes, is based on some relatively permanent principles included in the legal system. Such principles facilitate the use and interpretation of provisions of standing orders referring to the course of legislative procedure in the parliament. The principles are particularly useful in new situations which can never be legally regulated in advance to the last detail, so that it is possible to solve them later by means of creative use of written rules of procedure and its principles.

Keywords: nomotechnics, legislator, legislative procedure, Rules of Procedure, constitutionality and legality

UDK 340.134:342.4.04(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 183–189

DR. MIRO CERAR

Nomotehnični vidiki spreminjanja ustave

V prispevku avtor predstavlja nekatere praktične nomotehnične izkušnje v povezavi z dosežanimi postopki spreminjanja Ustave Republike Slovenije ter opozarja na možnosti nadaljnjih izboljšav na tem področju. Pri tem se ta snov prepleta z drugimi vsebinami, predvsem z (ustavno)pravno ureditvijo ustavnorevidijskega postopka ter politično in strokovno organizacijo procesa sprejemanja ustavnih sprememb. Velik politični, pravni in simbolni pomen ustave terja največjo skrbnost in odgovornost pri pripravi besedil ustavnih sprememb. V tem procesu je pomembno ohraniti stalno sodelovanje pravnih in drugih strokovnjakov, ustrezno interakcijo med stroko in politiko ter nenazadnje v nomotehničnem smislu dosledno upoštevati naravo in pomen ustavnega besedila.

Ključne besede: postopek za spremembo ustave, nomotehnika spreminjanja ustave, ustavni zakon, ustavna komisija, strokovna skupina

UDK 340.134:342.4.04(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 183–189

DR. MIRO CERAR

Legal-Technical Aspects of Amending the Constitution

In this article author presents some practical experiences with legal-technical aspects of the procedure for amending the Constitution of the Republic of Slovenia and directs attention to the possibilities of further improvements in this field. This topic overlaps with certain others, mainly with the constitutional and legal arrangements of the procedure for amending the Constitution, and with the political and expert management of this procedure. Significant political, legal and symbolic meaning of the Constitution requires great care and responsibility in the process of the preparation of constitutional amendments. Within this process it is important to preserve permanent cooperation of legal and other experts and a necessary interaction between experts and politicians, and last but not least, to fully consider the legal-technical aspects of the nature and significance of the constitutional text.

Key words: legal-technical aspects of amending the Constitution, procedure for amending the Constitution, constitutional law, constitutional commission, group of experts

UDK 340.134:35(497.4)
Pravni letopis 2012, str. 191–201

DR. JANEZ POGORELEC

Slovenski pristop k pravnemu normiranju ali zakaj smo tam, kjer smo

Avtor, doc. dr. Janez Pogorelec, se v svojem prispevku za X. nomotehnične dneve z naslovom Slovenski pristop k pravnemu normiranju ali zakaj smo tam, kjer smo sprašuje, ali ni eden največjih posamičnih razlogov za tako neuspešno spopadanje Republike Slovenije z gospodarsko in finančno krizo, kot smo mu priča v zadnjih letih, v resnici neprimeren pristop k pravnemu normiranju, kakršnega brez izjeme prakticirajo vse vlade zadnjih desetih ali petnajstih let. Analizira glavne vzroke za podoptimalno sposobnost naše javne uprave za pripravo in izvajanje predpisov in ugotavlja, da kljub temu, da je bila v zadnjih letih sprejeta resolucija o normativni dejavnosti, pa spremembe poslovnika vlade kljub priporočilom OECD, nomotehničnim smernicam, izboljševanju informacijske podpore situacija na področju kvalitete pravnega normiranja ostaja bolj ali manj nespremenjena, še več, kaže, da krizna situacija politiki celo služi kot izgovor za še slabše upoštevanje prava in pravil dobrega pravnega normiranja, čeprav bi v resnici morale biti ravno nasprotno. Avtor se kritično ozre tudi na stanje duha v državni upravi, ki bi morala biti bolj suverena, imeti svoja stališča in jih odločneje zagovarjati.

Ključne besede: pravno normiranje, sposobnost uprave za pripravo in izvajanje predpisov, referendum, uravnoteženje javnih financ

UDK 340.134:35(497.4)
Pravni letopis 2012, pp. 191–201

DR. JANEZ POGORELEC

The Slovenian Approach to Legal Drafting or Why Have We Found Ourselves Where We are Now

In his article contributed for 10th Days of Legal Drafting with the title »The Slovenian Approach to Legal Drafting or Why Have We Found Ourselves Where We are Now?« the author, Janez Pogorelec, PhD, speculates about a possible major reason for inefficient battle of the Republic of Slovenia against the economic and financial crisis experienced in the past years, which could be actually found in an inadequate approach to legal drafting that has been practised by all our governments in the last ten or fifteen years. He analyses the main reasons for suboptimal capabilities of our public administration to draft and implement the regulations, since despite the resolution on the normative activities which was adopted in the last years, changes of the Government's rules of procedure, the OECD recommendations, legal drafting guidelines, improvement of information system support, the situation in relation to the quality of legal drafting has remained more or less unchanged, even more, it seems that the crisis serves to our politicians as a pretext for even less consideration of the law and the rules of efficient legal drafting, although the situation should be just the opposite. Furthermore, the author also demonstrates his critical attitude towards the state of mind in the public administration, which should be more sovereign and decisively defending their positions.

Key words: legal drafting, capability of administration to draft and implement regulations, referendum, public finance balancing

UDK 340.134:340.12
Pravni letopis 2012, str. 203–212

KATJA BOŽIČ

Nomotehnika – med tehniko in občutkom

Pravo je po naravi pretežno togo in formalizirano, teži k poenotenosti, ustaljenosti in k splošnemu konsenzu. Pravo naj bi bilo sorazmerno enako za vse, predvsem pa mora biti predvidljivo in zanesljivo v smislu pravne varnosti. Pravni občutek kot notranji vzgib posameznika v stiku s pravom ali s tistim, kar naj bi pravo bilo, pa je neke vrste nasprotni pol te racionalnosti. Pravni občutek kot sestavni del pravnega vrednotenja je še kako soodvisen ne le od drugih iracionalnih dejavnikov (morala, predsodki, pravičnost), pač pa tudi od racionalnosti, med drugim tudi evolucije (racionalnega) znanja in mišljenja.

Kritična skrb za razvoj pravnega občutka nikakor ni zanemarljiva. Prav stopnja razvitosti pravnega občutka je lahko pomembno merilo za oceno o stopnji razvitosti nacionalne pravne kulture. Vloga pravnega občutka za razumevanje obstoječega in kreiranje novega prava je ključna; nomotehnika v širšem in ožjem smislu po svojem bistvu ne more in ne sme izključevati iracionalnih dejavnikov, če želi ohraniti svojo temeljno pravnosistemsko vrednost. Šele kompleksno in celovito znanje, umevanje in razumevanje so lahko podlaga za racionalno umestitev norme na njej ustrezno mesto, za njeno polno življenje in doseganje ciljev, kot jih je imel v mislih normodajalec.

Ključne besede: pravni občutek, nomotehnika, pravna norma, iracionalni dejavniki, pravna kultura, pravna intuicija, pravno vrednotenje, pravno mišljenje

UDK 340.134:340.12
Pravni letopis 2012, pp. 203–212

KATJA BOŽIČ

Nomotechnics – Between Technique and Sense

Law, by its nature, is rather rigid and formalised; it strives to achieve uniformity, consistency and a general consensus. Law should apply relatively equally for all, and, above all, should be predictable and reliable in terms of legal certainty. Legal sense, as the inner urge of individuals when in contact with law or with what law should be, is at the opposite pole of rationality. As an integral part of legal evaluation, legal sense depends not only on other irrational factors (morale, prejudice, justice), but also on rationality, including the evolution of (rational) knowledge and thinking.

Critical care of the development of legal sense is by no means negligible. It is precisely the level of development of the legal sense that can be an important criterion for assessing the level of development of national legal culture. Legal sense has a key role both in understanding of the existing law and in creation of new law. Nomotechnics, in its broad and in its narrow sense, should not, by its essence, exclude irrational factors, if it is to retain its fundamental legal-systemic value. Only complex and comprehensive knowledge, understanding and comprehension can form the basis for rational placement of a norm in its proper place and ensure its full life and achievement of the goals aimed at by the legislator.

Keywords: legal sense, nomotechnics, legal norm, irrational factors, legal culture, legal intuition, legal evaluation, legal thinking

UDK 340.134

Pravni letopis 2012, str. 213–222

DR. FRANC GRAD

Priprava predpisa in koherentnost pravnega reda

Avtor razpravlja o pravnoformalnih vidikih priprave predpisa, ki poleg nomotehnike v ožjem pomenu zajema še nekatere druge prvine, ki so pomembne za pravno pravilno pripravo predpisa. Gre zlasti za izbiro ustrezne vrste predpisa, za zahtevo po njegovi skladnosti s predpisi višje ravni v hierarhiji pravnih predpisov ter za zahtevo po njegovi skladnosti s predpisi iste ravni. Merilo za izbiro je vsebina družbenega razmerja, ki ga je treba urediti s splošnim pravnim aktom. Izbrani predpis mora biti pravno pravilen, torej na pravilen način umeščen v pravni sistem, kar pomeni, da mora izhajati iz višjega predpisa in biti vsebinsko z njim v skladu, biti pa mora tudi v skladu s predpisi iste ravni. Vse povedano je nujen pogoj za zagotavljanje koherentnosti pravnega reda.

Ključne besede: koherentnost pravnega reda, priprava predpisa, nomotehnika, izbira predpisa, skladnost predpisa

UDK 340.134
Pravni letopis 2012, pp. 213–222

DR. FRANC GRAD

Preparation of a Regulation and Coherence of Legal Order

The author discusses legal aspects of preparing a legal regulation, that besides nomotechnics in the narrow sense includes also some other elements, that are important for legally correct drafting a regulation. It concerns especially proper form of the regulation, accordance with higher level regulations and accordance with regulations of the same level. The criteria for the choice is the content of the social relation that has to be regulated. The chosen form of legal act has to be legally correct, that means it must be properly located in the legal system. Thus it has to derive from the higher regulation and its content has to be in accordance with such regulation and also with regulations of the same level. All this represents essential condition of the realisation of coherence of legal order.

Key words: coherence of legal order, preparation of legal regulation, nomotechnics, choice of proper form of regulation, accordance of the regulation

