



Medijski sponzor





2009

Pravni letopis 2009

*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.

© 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 grafična priprava

Anja Tavčar

Tisk

Littera picta, d. o. o.

Naklada

150 izvodov

Cena z DDV

38,00 EUR

Naročila

tel.: 01 30 91 821

faks: 01 30 91 815

Ljubljana 2010

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. PREKLUZIJE IN SANKCIJE V CIVILNIH POSTOPKIH

- 11 **Obvezno zastopanje strank po odvetnikih v civilni pravdi?**
Lojze Ude
- 21 **Ugotavljanje dejanskega stanja na pritožbeni stopnji**
Jan Zobec
- 41 **O nekaterih vprašanjih v zvezi z dopuščeno revizijo po ZPP-D**
Mile Dolenc
- 55 **Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji**
Aleš Galič

II. JAVNOPRAVNE OMEJITVE LASTNINE

- 79 **Zakonita predkupna pravica**
Miha Juhart
- 89 **Služnost v javno korist**
Matjaž Tratnik
- 99 **Omejitve lastninske pravice v sosedskih razmerjih**
Renato Vrenčur, Martina Geč
- 129 **Lastninjenje nekdanjih dobrin v splošni rabi in varstvo javnega interesa**
Matija Damjan

III. AKTUALNE TEME DRUŽINSKEGA PRAVA

- 153 **Delitev skupnega premoženja**
Vesna Rijavec
- 165 **Notarski zapis v družinskih zadevah**
Bojan Podgoršek

177 Določanje očetovstva v luči prakse Ustavnega sodišča RS

Barbara Novak

185 Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi

Mateja Končina Peternel

IV. KONKURENČNO PRAVO**205 Program prizanesljivosti – novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi**

Klemen Podobnik

225 Konkurenčno pravo in ZGD-1

Borut Bratina

235 Novejša sodna praksa Sodišča ES in Sodišča prve stopnje ES na področju prava konkurence Skupnosti

Maja Brkan

263 Vezanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in Urada za varstvo konkurence

Martina Sever

V. ENOTIRNI IN DVOTIRNI SISTEM UPRAVLJANJA GOSPODARSKIH DRUŽB**277 Izvršni in neizvršni direktorji z vidika zastopanja družbe in odškodninske odgovornosti**

Barbara Rajgelj

293 Primernost preoblikovanja delniške družbe iz dvotirnega v enotirni sistem upravljanja

Peter Podgorelec

VI. NOMOTEHNIKA**309 (Ne)stabilnost zakonodaje**

Borut Šinkovec

317 Najpogostejše nomotehnične napake v predpisih

Marjana Glušič

- 323 **Nomotehnične smernice – smer proti dobri praksi?**
Katja Božič
- 327 **Poglavitne rešitve na področju priprave (dobrih) predpisov**
Jožica Velišček
- 343 **Subjektivni pogledi poslancev na zakonodajo in nomotehniko**
Albin Igljučar
- 355 **Pogled Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora Republike Slovenije na zakonodajni proces in nomotehniko**
Andreja Kurent
- 371 **Nomotehnični vidiki predpisov lokalnih skupnosti**
Boštjan Brezovnik
- 383 **Akti za izvrševanje zakona**
Franc Grad

VII. ŠOLSKO PRAVO

- 391 **Starševska upravičenja v zvezi s šolanjem otroka**
Barbara Novak
- 401 **Kazenska odgovornost učitelja v zvezi z nasiljem v šoli**
Damjan Korošec
- 411 **Sodelovanje šole in centra za socialno delo pri obravnavi ogroženega otroka**
Dubravka Hrovatič
- 413 **Pravni in praktični vidiki nadzorstva v vzgojno-izobraževalnih zavodih**
Janez Kostanjevec
- 429 **Zagovornik otrokovih pravic na področju šolskega prava**
Tanja Suša

VIII. POVZETKI/ABSTRACTS

Prekluzije in sankcije v civilnih postopkih

I.

LOJZE UDE

Obvezno zastopanje strank po odvetnikih v civilni pravi?

JAN ZOBEC

Ugotavljanje dejanskega stanja na pritožbeni stopnji

MILE DOLENC

O nekaterih vprašanjih v zvezi z dopuščeno revizijo po ZPP-D

ALEŠ GALIČ

Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji

*Izvirni znanstveni članek
UDK 347.965.43(497.4)*

Obvezno zastopanje strank po odvetnikih v civilni pravdi?

PROF. DR. LOJZE UDE,
*Direktor Inštituta za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

1. Sedanja ureditev v našem civilnem procesu

1.1. V našem civilnem pravdnem postopku je uveljavljeno obvezno zastopanje stranke po odvetniku na podlagi določbe tretjega odstavka 86. člena ZPP iz leta 1999 le v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi (razen če ima stranka ali njen zakoniti zastopnik sam opravljen pravniški državni izpit). To pomeni, da stranka ne more sama vložiti revizije, tožbe na razveljavitev sodne poravnave in predloga za obnovo postopka, temveč jo mora pri tem procesnem dejanju zastopati odvetnik. Sodišče po določbi prvega 91. člena ZPP zavrže kot nedovoljeno izredno pravno sredstvo, vloženo po pooblaščenca, ki ni oseba, določena v tretjem odstavku člena 86 tega zakona, ki torej ni odvetnik (stranka pa tudi nima sama opravljenega pravniškega državnega izpita). Zavrže pa po določbi zadnje novele ZPP tudi izredno pravno sredstvo, ki ga vloži stranka sama ali njen zakoniti zastopnik, če ne izkaže izpolnitve pogojev iz četrtega odstavka 86. člena ZPP, torej če ne izkaže, da ima sama ali njen zakoniti zastopnik opravljen pravniški državni izpit.

1.2. Če v postopku z izrednimi pravnimi sredstvi nasprotnik vlagatelja ne opravlja pravnih dejanj po pooblaščenca, ki je oseba iz tretjega odstavka 86. člena tega zakona, se šteje, da ta dejanja niso opravljena (prvi in drugi odstavek 91. člena ZPP).

1.3. Po določbi tretjega odstavka 87. člena ZPP je lahko v postopku pred okrožnim, višjim ali vrhovnim sodiščem pooblaščenec samo odvetnik ali druga oseba, ki je opravila pravniški državni izpit. Če tožeča stranka pri okrožnem sodišču vloži tožbo po pooblaščenca, ki nima pravniškega državnega izpita, ji sodišče s sklepom naloži, da v roku, ki ne sme biti daljši kot petnajst dni, imenuje pooblaščenca v skladu z določbo tretjega odstavka 87. člena ZPP ali izjavi, da se bo zastopala sama. V sklepu jo tudi opozori na pravne posledice, če ne rav-

na po nalogu sodišča (prvi odstavek 88. člena ZPP). Če tožeča stranka ne ravna v skladu s tem sklepom, sodišče tožbo kot nedovoljeno zavrže. Če tožeča stranka med postopkom pred okrožnim sodiščem opravlja pravdna dejanja po pooblaščenju, ki ni oseba iz tretjega odstavka 87. člena tega zakona (ni niti odvetnik niti nima pravniškega državnega izpita), se šteje, da ta dejanja niso opravljena (tretji in peti odstavek 88. člena ZPP).

Pooblaščenec pred okrajnim sodiščem je lahko tudi oseba brez pravniškega državnega izpita. Zaradi tega mora sodišče v pravnem pouku zoper sodno odločbo, ki jo izda okrajno sodišče, pravdni stranki opozoriti, da mora biti v primeru, če pritožbo vložita po pooblaščenju, pooblaščenec oseba iz tretjega odstavka 87. člena ZPP (torej odvetnik oziroma oseba s pravniškim državnim izpitom). Če je pritožba vložena po pooblaščenju, ki ni taka oseba, jo sodišče kot nedovoljeno zavrže (prvi in drugi odstavek 89. člena ZPP).

1.4. V postopku pred okrožnim sodiščem sodišče ob vročitvi tožbe opozori toženo stranko, da mora biti v primeru, če bo pravdna dejanja opravljala po pooblaščenju, pooblaščenec oseba iz tretjega odstavka 87. člena ZPP. Če tožena stranka pred okrožnim sodiščem pravdna dejanja opravlja po pooblaščenju, ki ni oseba iz 87. člena ZPP, se šteje, da ta dejanja niso opravljena (prvi in drugi odstavek 90. člena ZPP).

2. Primerjalnopravni prikaz

2.1. V Avstriji je obvezno odvetniško zastopanje predpisano v civilnopravnih in gospodarskih sporih, o katerih odločajo okrožna sodišča (*Bezirksgericht*),¹ kadar je vrednost tožbenega zahtevka višja od 4.000 EUR. Stranke ne potrebujejo odvetnika v sporih, za reševanje katerih so pristojna okrožna sodišča, ne glede na višino vrednost spornega predmeta, kot so npr. spori o ugotovitvi očetovstva, o preživnini, o razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze, o sporih med zakonci in med starši in otroki, o sporih o določitvi mej med nepremičninami ter o sporih o služnosti stanovanja in preužitka, o sporih zaradi motenja posesti, o sporih v zvezi z najemom ali uporabo stanovanj, poslovnih lokalov (vključno s parkirnimi prostori in garažami), o sporih o zakupnih pogodbah o nepremičninah, o ladjarskih sporih, o sporih med prevozniki, gostilničarji in njihovi naročniki idr. (§ 49 *Jurisdiktionsnorm*, v nadaljevanju JN) in § 27 *Zivilprozessordnung* (v nadaljevanju avstrijski ZPO). Zastopanje preko odvetnika tudi ni obvezno pri uveljavljanju zahtevkov v nepravdnih postopkih. Pač pa obstaja obveznost zastopanja po odvetniku (*Anwaltszwang* ali *Anwaltpflicht*) v postopkih pred vsemi sodišči na višji stopnji, to je

¹ Poimenovanje sodišč v drugih državah s slovenskimi izrazi je vedno vprašljivo, ker bi bilo treba upoštevati tudi organiziranje lokalne samouprave, stopnje take organiziranosti ali posebno organiziranost sodnih okolišev. Uporabljeni izrazi (poslovenjeni) so povzeti po materialih Evropske komisije, zlasti po gradivu Evropska pravosodna mreža v civilnih in gospodarskih zadevah ter po Evropskem pravosodnem atlasu v civilnih zadevah.

pred deželnimi sodišči (*Landesgericht*), ki so pristojna za vse zahtevke, za katere niso pristojna okrožna sodišča, in to ne glede na vrednost spornega predmeta, in predvsem za gospodarske spore, spore v zvezi z nelegalno konkurenco in potrošniške spore oziroma opustitvene tožbe Zveze potrošnikov. Prav tako je odvetniško zastopanje obvezno pred višjimi deželnimi sodišči (*Oberlandesgericht*) in vrhovnim sodiščem (*Oberster Gerichtshof*). Odvetniško zastopanje pa ni obvezno v delovnih sporih in v sporih iz socialnega zavarovanja, za reševanje katerih so pristojna deželna delovna sodišča (*Landesarbeitsgericht*). Sami lahko pred sodišči brez pooblaščenca nastopajo in opravljajo procesna dejanja odvetniki, notarji, osebe, usposobljene za opravljanje sodniškega poklica, in pravobranilci, ki so opravili odvetniški izpit (§28 ZPO).²

2.2. V Nemčiji lahko stranke v civilnih sporih same nastopajo le pred občinskimi sodišči (*Amtsgericht*), medtem ko jih mora pred drugimi sodišči, torej pred deželnimi sodišči (*Landesgericht*), višjimi deželnimi sodišči (*Oberlandesgericht*) in pred zveznim sodiščem (*Bundesgericht*) zastopati odvetnik. Stranka lahko pred temi sodišči nastopa sama le, če je odvetnik. Obvezno odvetniško nastopanje je predpisano tudi za družinske spore, o katerih odloča občinsko sodišče (§78 *Zivilprozessordnung*). V delovnih sporih na delovnih sodiščih (*Arbeitsgericht*) lahko stranke nastopajo same, pooblaščenca pa si morajo zagotoviti v postopkih na deželnih delovnih sodiščih (*Landesarbeitsgericht*) in na zveznem delovnem sodišču (*Bundesarbeitsgericht*).³

2.3. Obvezno zastopanje strank (razen pred najnižjimi sodišči) je v različnem obsegu uveljavljeno že v opisanem avstrijskem in nemškem civilnem procesu, pa tudi v grškem, italijanskem in španskem civilnem procesu, deloma tudi v francoskem in nizozemskem. Brez odvetnika pa lahko v civilnem procesu nastopa stranka na Danskem, Švedskem, Finskem, Irskem ter v Veliki Britaniji, razen v postopku pred najvišjim sodiščem v državi pa tudi v Belgiji in Luksemburgu, prav tako pa lahko brez odvetnika nastopa tudi v ZDA, v Švici (v večini kantonov), na Japonskem, Norveškem itd.⁴

² Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. izdaja, Manz, Dunaj, 2002, 2. Band, 1. Teilband str. 453–456.

³ Rosenberg, Schwab, Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. izdaja, München 2004, str. 331, Stein/Jonas, Kommentar zu der Zivilprozessordnung, 22. izdaja, Band 2, Tübingen 2004, str. 285–303.

⁴ Pregled je povzet po Galiču v delu Pravdni postopek, Zakon s komentarjem, skupina avtorjev, str. 365, op. 1037. Ta avtor ugotavlja, da je ureditev v svetu oz. v posameznih državah zelo različna, da uvedbe obveznega odvetniškega zastopanja ne terja izenačevanje slovenskega prava s pravom Evropske unije ter da tudi sicer ni mogoče trditi, da je institut obveznega zastopanja strank po odvetniku v svetu splošno priznan.

3. Razlogi za uvedbo obveznega odvetniškega zastopanja

3.1. Pravna teorija je v tistih pravnih sistemih, ki poznajo institut obveznega zastopanja strank po odvetnikih v širšem obsegu, kot glavni razlog navajala javni interes. V vseh državah ugotavljajo, da so sodišča preobremenjena s civilnimi spori. Moderno življenje generira nove spore in večja njihovo število. Poleg tega se je dvignila tudi pravna zavest ljudi, hkrati z njo pa tudi prizadevanja, da zavarujejo svoje interese, v skrajnem primeru tudi v postopku pred sodiščem. Zaradi tega so civilni spori vse pogostejši, pa tudi zaostreni in zaradi uvedbe vrste institutov, ki dvigujejo raven procesnega varstva na eni strani, na drugi strani pa skušajo racionalizirati in pospešiti sodne postopke, pravno vse zahtevnejši. Kolikor udeleženci v teh postopkih ne poznajo vse bolj zapletenih materialnopравnih razmerij in prav tako tudi ne ureditve procesnih institutov, prihaja do dolgotrajnih postopkov, ki na koncu lahko ogrozijo celo pravico do sodnega varstva. Prav preobremenjenost sodišč z reševanjem civilnih sporov je po mnenju pravne teorije glavni razlog, ki v javnem interesu utemeljuje uvedbo obveznega zastopanja strank po odvetnikih.⁵

3.2. Pravna teorija pa kot podlago za uvedbo obveznega zastopanja strank po odvetnikih v civilnih sporih navaja tudi interese same stranke. Vse bolj zapletena materialnopравna razmerja in zahtevni civilni procesi otežkočajo prava neveščim strankam uspešno sodelovanje v sodnih postopkih. Civilni proces je v rokah strank, one so tiste, ki s tožbo začnejo postopek, ki ga usmerjajo s svojimi materialnimi in procesnimi dispozitivnimi dejanji (odpoved zahtevku, umik tožbe, pripoznava zahtevku, vložitev in umik pravnega sredstva), prav tako pa se civilni pravdni postopek po njihovi volji pogosto tudi zaključí. Tudi procesno gradivo zbirajo predvsem stranke. Po našem pravu, ki je v tem pogledu tudi primerljivo s tujimi pravnimi sistemi, so stranke tiste, ki razvijajo aktivnosti pri zbiranju procesnega gradiva. Člen 7 ZPP uveljavlja razpravno načelo, to je načelo, da sme sodišče ugotavljati le tista dejstva, ki jih stranke zatrjujejo, in izvajati tiste dokaze, ki jih stranke predlagajo. Sodišče sme ugotoviti dejstva, ki jih stranke niso navajale, in izvajati dokaze, ki jih stranke niso predlagale, le tedaj, če izhaja iz obravnave in dokazovanja, da imajo stranke namen razpolagati z zahtevki, s katerimi ne morejo razpolagati, ali nasprotujejo prisilnim predpisom ali pa moralnim pravilom (določba tretjega odstavka 3. člena ZPP). Seveda zahteva pravilno navajanje dejstev poznavanje materialnega prava, saj materialno pravo pove, katera dejstva so relevantna. Stranke pa pogosto nimajo dovolj znanj, da bi bile pri zbiranju procesnega gradiva aktivne v tolikšni meri, kolikor je potrebno za uveljavitev njihovih interesov.

⁵ Glej o razlogih za uvedbo obveznega zastopanja za avstrijsko pravo pri Fasching, Kommentar, cit. v op. 2, str. 449–452, za nemško pravo pa Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, Zivilprozessordnung, 62. izdaja, München 2004, str. 232

Pa tudi sam proces je pogosto vse bolj zapleten in obremenjen s številnimi procesnimi dolžnostmi, ki jim mora stranka slediti, če ne želi doživeti neugodnih procesnih posledic, od katerih je najtežja tako imenovana prekluzija, ko stranka izgubi možnost opraviti določeno procesno dejanje. V interesu strank je torej, da imajo v postopku pomoč prava večše osebe. Prav tako pomoč pa jim lahko nudijo odvetniki, ki so še posebej izobraženi za sodelovanje v sodnih postopkih.⁶

3.3. Slovenska pravna teorija se z obveznim zastopanjem ni pogosto in poglobljeno ukvarjala. Od slovenskih teoretikov civilnega procesnega prava je predlagala uvedbo obveznega zastopanja po odvetnikih še pred sprejemom ZPP iz leta 1999 N. Betetto, kasneje pa se je zanj zavzemal tudi K. Plauštajner.⁷ A. Galič po sprejemu ZPP iz leta 1999, ki je uvedel obvezno zastopanje po odvetnikih le v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi, izraža pomisleke proti širši uveljavitvi obveznega zastopanja po odvetnikih. Po njegovem mnenju mora biti stranki omogočeno, da za zastopanje pred sodiščem pooblasti odvetnika, vendar to ni prepričljiv razlog za uvedbo obveznega zastopanja. Po njegovem mnenju v ureditvi, ki izhaja iz spoštovanja človeka kot svobodne in za lastna dejanja odgovorne osebe, velja načelo, da je človeku sicer nujno omogočiti, da ravna v skladu s svojimi koristmi, da ga je k takemu ravnanju mogoče tudi spodbujati, da pa mu ni mogoče določenega ravnanja vsiliti, z utemeljitvijo, da je to zanj dobro. Po njegovem mnenju je uvedba obveznega odvetniškega zastopanja bolj v interesu pravnega reda kot celote kot pa v interesu strank. Če se človek ne odloči za tako vodenje postopka, ki je za varstvo njegovih pravic najprimernejše (to je pooblastitev odvetnika), to ni razlog, da bi ga k takemu ravnanju prisilili prek instituta obveznega zastopanja (doktrina *parens patriae*). Pač pa se tudi on strinja z tezo, da obvezno odvetniško zastopanje lahko pripomore k povečanju kakovosti sojenja ter s tem k razvoju prava v sodni praksi in da lahko pripomore tudi k razbremenitvi sodišč, k pospešitvi postopkov ter zmanjšanju zaostankov na sodiščih.⁸ Ta pisec tudi ugotavlja, da so vloge, ki jih sestavi odvetnik, v primerjavi z vlogami laičnih strank preglednejše, procesno gradivo jasneje opredeljeno in tudi omejeno, kar vse prispeva k pospešitvi postopka in kakovosti sojenja. Vloge odvetnikov pred sodiščem so bolj objektivne in nevtralne, okleščene subjektivnosti in čustvenosti ter sodišču olajšujejo delo. Odvetniško zastopanje po njegovem mnenju pripomore h kakovosti sojenja in s tem k utrditvi in razvoju pravnega reda skozi sodno prakso. Obvezno odvetniško zastopanje lahko deluje tudi kot sito,

⁶ Fasching, Kommentar, delo cit. v op. 2 pri tem, ko obravnava namen zakonodajalca, da z uvedbo obveznega zastopanja po odvetnikih zavaruje interese strank, izraža tudi dvome, ali obvezno zastopstvo interese strank dejansko zavaruje. Če sodnik izpolnjuje svojo obveznost materialnega procesnega vodstva, nepoznavanje prava stranki ne more odločilno škodovati. Po njegovem mnenju obvezno zastopanje v mnogo večji meri uveljavlja javni interes, saj se s sodelovanjem pravno kvalificiranih pooblaščenecv pospešujejo sodni postopki in razbremenjujejo sodišča.

⁷ Glej Betetto, Ob predlogu novega ZPP, Pravna praksa, št. 25/1995, str. 10, Plauštajner, Odvetniška ekskluziviteta, da ali ne?, Pravna praksa, št. 31/2004, str. 9

⁸ Glej Galič, delo cit. v op. 4, str. 365.

ki preprečuje, da nekatere zadeve sploh pridejo do sodišča. Odvetnik lahko pripomore k temu, da očitno neutemeljene tožbe sploh ne bodo vložene.⁹

4. Problem ustavnosti obveznega odvetniškega zastopanja

4.1. Ob uvedbi obveznega odvetniškega zastopanja strank se zlasti v zadnjih desetletjih, ko so se v večji meri uveljavila ustavna sodišča, zastavlja tudi vprašanje, ali je uvedba obveznega odvetniškega zastopanja v skladu z ustavo, v Nemčiji npr. z določbo Art 2, Abs 1 Grundgesetzes (GG) o svobodnem ravnanju, v Sloveniji pa z določbo 35. člena Ustavne RS, ki pravi, da je zagotovljena nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic, ter z določbo 23. člena Ustave RS o pravici do sodnega varstva. Zlasti določbe Art. 2, Abs 1 nemškega GG in 35. člena Ustave RS govorijo o svobodnem ravnanju človeka kot posameznika in o prepovedi omejevanja tega svobodnega ravnanja. Zaradi tega je razumljivo, da nekateri teoretiki še posebej opozarjajo na ta vidik uvedbe obveznega zastopanja po odvetnikih (glej npr. izvajanja Galiča v točki 3.3. tega sestavka).¹⁰ Sam osebno priznavam določeno tehtnost teh argumentov, saj sem imel zlasti v preteklosti podobne pomisleke proti uvedbi obveznega zastopanja oziroma temeljni pomislek, da tako obvezno zastopanje pomeni omejevanje svobode človekovega ravnanja in s tem omejevanja njegove osebnosti. Kot številnim teoretikom procesnega prava in tudi teorije prava se mi je torej zastavljalo in se mi še vedno zastavlja vprašanje, ali so razlogi, ki opravičujejo uvedbo obveznega zastopanja strank po odvetnikih z varstvom javnega interesa (razbremenitev sodišč, manjšanje sodnih zaostankov, hitrejši sodni postopki, izvensodno reševanje sporov, itd.) in varstvom interesov strank, zadostni, da pretehtajo v korist uvedbe obveznega zastopanja po odvetnikih.

4.2. Kljub takim tehtnim pomislekom pa je doslej ustavnosodna praksa ocenila institut obveznega odvetniškega zastopanja kot skladen z ustavo. Tako je na primer nemško ustavno sodišče ocenilo, da je uvedba obveznega zastopanja strank po odvetnikih v skladu z ustavnimi določbami, zlasti z določbo Art 2, Abs 1 GG.¹¹ Tudi Evropsko sodišče za človekove pravice je ocenilo uvedbo obveznega odvetniškega zastopanja kot skladno s 6. členom Evropske

⁹ Glej Galič, delo cit. v op. 4, str. 366, op. 1038.

¹⁰ Stališče proti institutu obveznega zastopanja stranke po odvetniku je v svojem članku, v katerem je argumentirano kritiziral stališče Ustavnega sodišča RS, zavzel tudi V. Began, O obveznem odvetniškem zastopanju v pravnem postopku, Pravna praksa, št. 29/2004, str. 32.

¹¹ Glej odločbo nemškega ustavnega sodišča, v zadevi 1 BvR 154/55, z dne 22. 1. 1959, Glej tudi Stein-Jonas, Kommentar, delo cit. v op. 3, str. 290, ki pravi, da ne držijo ugovori, ki uveljavljajo protiustavnost določbe o obveznem odvetniškem zastopanju. Obveznost služi kvaliteti sojenja in zagotovitvi pravnega varstva in s tem posredno tudi ustavni ureditvi. Sodelovanje odvetnika vsebinsko pripelje do izčrpnješe razjasnitve dejanskega in pravnega procesnega gradiva. Stranke lahko odvrne od nesmiselnih postopkov, pomislek, da lahko postane pravno varstvo zaradi cene odvetniških storitev nedosegljivo, pa je mogoče odstraniti z učinkovito brezplačno pravno pomočjo.

konvencije o človekovih pravicah.¹² Prav tako je tudi Ustavno sodišče RS ocenilo uvedbo obveznega zastopanja stranke po odvetniku v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi kot skladno z Ustavo RS, češ da tako obvezno zastopanje v postopku z revizijo in drugimi izrednimi pravnimi sredstvi uveljavlja javni interes zagotoviti delovanje sodstva kot veje oblasti in da je obvezno zastopanje tudi v interesu stranke – vlagatelja revizije, saj povečuje učinkovitost takega pravnega sredstva.¹³

4.3. Dejansko je mogoče kljub pomislekom pritrčiti stališču, da je institut obveznega odvetniškega zastopanja kot omejitev postulacijske sposobnosti dopusten tudi z vidika 23. člena Ustave RS,¹⁴ predvsem pa po mojem mnenju z vidika skladnosti tega instituta z določbo 35. člena Ustave RS. Vsebina pravice do sodnega varstva iz 23. člena Ustave RS po mojem mnenju ni predvsem svobodno nastopanje v sodnih sporih, pač pa pravica iz 35. člena Ustave RS, ki varuje zasebnost, nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti in osebne pravice, brez dvoma vsebuje tudi pravico svobodnega ravnanja na vseh življenjskih področjih, torej tudi v sodnem postopku. Zaradi tega se bolj kot vprašanje skladnosti obveznega odvetniškega zastopanja z ustavno pravico do sodnega varstva zastavlja vprašanje skladnosti tega instituta s pravico iz 35. člena Ustave RS. Strinjam se s sklepom, da bi tudi naše Ustavno sodišče najverjetneje zavzelo stališče, da obvezno zastopanje strank po odvetnikih ni v nasprotju z ustavnimi pravicami, čeprav je doslej to stališče zavzelo le v primeru obveznega odvetniškega zastopanja v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi (z revizijo) ter pri tem izrecno poudarilo, da revizija ni ustavna kategorija, ni pravno sredstvo, ki bi ga zagotavljala določba 25. člena Ustave RS.

To pa seveda še ne pomeni, da je tak sklep dovolj prepričljiv argument za uvedbo instituta obveznega odvetniškega zastopanja v sodnih postopkih. Če niti obvezno odvetniško zastopanje ni v nasprotju z ustavo, je še toliko bolj v skladu z ustavo samostojno nastopanje stranke v sodnem postopku.

4.4. Zastavlja se tudi vprašanje, ali je poglobljena diskusija o ustavnosti instituta obveznega odvetniškega zastopanja sploh najbolj relevantna. Če se strinjamo s stališčem, da obvezno odvetniško zastopanje strank v civilnem sodnem postopku ni v nasprotju z ustavo, se še vedno zastavlja vprašanje, ali je tako obvezno odvetniško zastopanje potrebno zaradi varstva javnih interesov, pa tudi zaradi varstva posameznikovih interesov, torej varstva interesov strank, ki v civilnem pravnem postopku sodelujejo. Zaradi tega je vendarle treba oceniti tudi vse argumente, ki govorijo za uvedbo obveznega odvetniškega zastopanja ali proti njemu. Pri

¹² Tako stališče je zavzelo Evropsko sodišče za človekove pravice v zadevi *Gillow v. The United Kingdom*, odločba št. 9068/80 z dne 24. 11. 1986, A 109.

¹³ Glej odločbo Ustavnega sodišča RS št. U-I-137/00 z dne 10. 7. 2003, objavljeno v Uradnem listu RS, št. 73/2003.

¹⁴ Glej Galič, delo cit. v op. 4, str. 367.

tem izhajam iz predpostavke, da je pravna teorija enotna v oceni, da je uvedba obveznega odvetniškega zastopanja v javnem interesu, ker povečuje učinkovitost sodišč, zmanjšuje sodne zaostanke in včasih celo preprečuje nepotrebne sodne spore.

5. Formalizem in položaj stranke v sodnem postopku

5.1. Že ob prehodu iz ureditve po ZPP iz leta 1977 v ureditev iz leta 1999 je prišlo do nekaterih ostrejših formalnih zahtev, ki strankam nalagajo določene aktivnosti oziroma njihova dejanja časovno in terminsko omejujejo, pri čemer uveljavljajo tudi prekluzije, to je ureditev, po kateri v primeru zamude pri opravljanju posameznega procesnega dejanja nastopi posledica, da stranka takega dejanja kasneje ne more več opraviti. Največjo spremembo iz prehoda ureditve iz leta 1977 v ureditev iz leta 1999 predstavlja splošno uveljavljena omejitev pravice navajati nova dejstva in predlagati nove dokaze (*beneficium ali ius novorum*). Po določbi prvega odstavka 286. člena ZPP iz leta 1999 mora stranka najkasneje na prvem naroku za glavno obravnavo navesti vsa dejstva, ki so potrebna za utemeljitev njenih predlogov, ponuditi dokaze, ki so potrebni za ugotovitev njenih navedb, in se izjaviti o navedbah in ponujenih dokazih nasprotne stranke. Po določbi četrtega odstavka istega člena ZPP lahko stranke na poznejših narokih za glavno obravnavo navajajo nova dejstva in predlagajo nove dokaze, vendar le, če jih brez svoje krivde niso mogle navesti na prvem naroku. Taka ureditev seveda zahteva od stranke določeno razumevanje sodnega postopka in ji narekuje aktivno ravnanje, ki ga prava nevešča stranka le težko opravi brez pomoči.

5.2. Raznih formalnih zahtev oziroma obveznosti strank je pod grožnjo škodljivih procesnih posledic (fikcija umika tožbe, odpovedi zahtevku, pripoznave zahtevka, priznanja dejstev, ipd.) še cela vrsta. Naj navedem samo nekatere izmed njih:

- Po določbi tretjega odstavka 44. člena ZPP mora toženec, če tožnik v tožbi navede očitno previsoko ali prenizko vrednost, pravočasno ugovarjati, da navedena vrednost ni pravilna, če si npr. zaradi prenizko navedene vrednosti želi zagotoviti revizijo.
- Po določbi 72. člena ZPP mora stranka zahtevati izločitev sodnika, takoj ko zve za izločitveni razlog, najpozneje pa do konca obravnave pred pristojnim sodiščem. zahteva lahko le poimensko določenega sodnika, za zahtevo za izločitev pa se ne uporabljajo določbe 108. člena ZPP o vračanju nerazumljivih in nepopolnih vlog v popravo oziroma dopolnitev (sodišče takoj izreče zavrženje take vloge).
- Po določbi 91. člena ZPP sodišče zavrže izredno pravno sredstvo, ki ga je vložila stranka sama ali njen zakoniti zastopnik, če ne izkaže izpolnitve pogojev iz četrtega odstavka 86. člena.
- Po določbah 141. in 144. člena ZPP nastopijo v določenih procesnih situacijah fikcije vročitve, ki lahko pripeljejo do izjemno neugodnih posledic za stranko, predvsem do tega, da stranka v postopku ne bo sodelovala in da ne bo pravočasno opravila svojih dejanj.

- Po določbi drugega odstavka 214. člena ZPP veljajo dejstva, ki jih stranka zanika brez navajanja razlogov, za priznana.
- Po določbah četrtega in petega odstavka 226. člena ZPP lahko sodišče stranki naloži, da v določenem roku poda pisni povzetek najbolj bistvenih navedb in podatkov v priloženih listinah; če tega ne stori, se šteje, da je tak dokaz umaknjen.
- Po določbi 236.a člena lahko stranka na poziv ali soglasjem sodišča predloži sodišču pisne ali podpisane izjave predlaganih prič o dejstvih, o katerih bi priča lahko izpovedala na naroku. Če stranko k taki predložitvi pisnih izjav pozove sodišče, pa stranka take izjave ne predloži, lahko sodišče dokaz z zaslišanjem te priče tudi zavrne. V 236.a členu ZPP so opredeljene še druge obveznosti, ki jih mora stranka v izogib škodljivih posledic upoštevati. Po določbi 286. a člena lahko sodišče strankam naloži, da v roku, ki ga določi sodišče, odgovorijo na posamezna vprašanja glede okoliščin, ki so pomembne za odločitev, da dopolnijo ali dodatno obrazložijo svoje predhodne navedbe, da predlagajo dodatne dokaze, predložijo listine, na katere so se sklicevale, se izjavijo o izvedenskem mnenju ali drugih izvedenih dokazih, podajo pisne izjave prič, se izjavijo o navedbah nasprotne stranke, podajo svoja pravna naziranja ali predložijo sodne odločbe glede sodne prakse, na katere se sklicujejo. Za tako predložitev sodišče strankam določi rok, po poteku roka pa se te listine in navedbe upoštevajo le, če jih stranka brez svoje krivde v postavljenem roku ni mogla predložiti.
- Po določbi 286.b člena mora stranka kršitev določb pravnega postopka pred sodiščem prve stopnje uveljavljati takoj, ko je to mogoče. Sicer nastopijo škodljive posledice, tudi prekluzija za uveljavljanje teh kršitev.
- Po določbi 282. člena ZPP nastopijo za stranke različne škodljive posledice, če se ne udeležijo razpisanih sodnih narokov (izdaja zamudne sodbe, zavrnitev zahtevka, fikcija umika).
- Po določbi 336. člena ZPP se v postopku s pritožbo ne uporabljajo določbe 108. člena Zakona o vračanju nepopolnih vlog v dopolnitev. Nepopolna pritožba se torej zavrže.

5.3. V prejšnji podtočki primeroma navedene formalnosti oziroma obveznosti strank pri opravljanju procesnih dejanj ter uveljavljene sankcije za primer, da stranka posameznih dejanj ne opravi pravilno ali v zakonskih oziroma s strani sodišča opravljenih rokih, seveda na eni strani zahtevajo od stranke, da je v postopku neprestano aktivna, na drugi strani pa zahtevajo te procesne obveznosti tudi poznavanje same ureditve pravnega postopka, saj zakon vedno ne določa, da je treba pravdo stranko s posebnim poukom poučiti o njenih obveznostih. Stranka sama torej v postopku le težko sodeluje, vsaj učinkovito. Zato ji v primeru, če ni uveljavljeno obvezno zastopanje po odvetnikih, bolj malo pomaga, da je pri svojem ravnanju svobodna. Resnično svobodno ravnanje je povezano z določenim poznavanjem odnosov, v tem konkretnem primeru pa s poznavanjem procesa. Zaradi tega sem po tehtanju vseh argumentov vendarle mnenja, da je opredelitev obveznega zastopanja po odvetnikih tudi v interesu strank

samih. Seveda je res, da lahko položaj, v katerem je stranka v primeru sodelovanja v civilnem procesu, stranka razumno oceni in si sama poišče pooblaščenca oziroma pooblasti odvetnika za zastopanje v civilni pravdi. Vendar je lahko tudi ta odločitev razumna le tedaj, če se stranka zaveda vseh pasti sodelovanja v sodnem postopku. Zlasti stranka, ki je trdno prepričana v svojo pravico, pogosto minimalizira nevarnost pasivnega vedenja v civilni pravdi, češ, da vendar ni mogoče, da bi pri tako jasnem položaju sodišče lahko odločilo v njeno škodo. To je celo običajen odnos prava nevesčje stranke do sodnih postopkov. Zaradi tega je kljub upravičenim pomislekom, da predstavlja obveznost odvetniškega zastopanja za stranko neke vrste omejevanje svobode njenega ravnanja, vendarle tudi v njenem interesu, da jo zastopa odvetnik, pa čeprav na podlagi določene prisile z uvedbo instituta obveznega odvetniškega zastopanja.

5.4. Seveda pa je predpogoj za uvedbo obveznega odvetniškega zastopanja tudi uveljavitev učinkovitega sistema brezplačne pravne pomoči. Ocena sedanjega sistema brezplačne pravne pomoči ni najbolj pozitivna. Brez take pravne pomoči pa bi bila ekonomsko šibka stranka v civilni pravdi v izrazito podrejenem položaju. V sodobnem življenju pogosto srečamo položaj, ko ekonomsko močne stranke z vlaganjem tožb in vseh razpoložljivih pravnih sredstev poskušajo izčrpati ekonomsko šibkejšega nasprotnika. Zaradi tega je seveda možnost, da ima stranka v primeru slabšega ekonomskega stanja pravico do brezplačne pravne pomoči, nujen predpogoj za uveljavitev ustavne pravice do sodnega varstva iz 23. člena Ustave RS.

Izvorni znanstveni članek
UDK 347.956.6(497.4)

Ugotavljanje dejanskega stanja na pritožbeni stopnji

JAN ZOBEC,
Ustavni sodnik na Ustavnem sodišču
Republike Slovenije

1. Uvod

Drugače od pravnih sredstev, o katerih odloča Vrhovno sodišče, je pravica do pritožbe izrazito zasebno, individualno usmerjena. Njen namen ni zagotavljati pravno varnost na sploh, vzpostavljati, zagotavljati in varovati enotnost prava (sodne prakse) ter skrbeti za razvoj prava preko sodne prakse (*das Leitmodell*). Namenjena je varovanju zakonitosti (in pravilnosti) v posamičnem primeru. Smisel in cilj pritožbe je v celoti izčrpan s tem, da je pritožniku omogočeno varstvo njegovega konkretnega, torej posamičnega pravnega položaja – pritožba je služabnik stranke, njenega upravičenega pričakovanja zakonite in pravilne sodne odločbe; javni interesi stopajo tu v ozadje – oziroma jih sploh ni (morebiten učinek na razvoj prava in občo pravno varnost je kvečjemu slučajen in stranski produkt odločbe o pritožbi). Pritožbo zato opredeljuje retrospektiven (in jasno hierarhično strukturiran) pristop,¹ po katerem ima stranka možnost doseči preizkus zakonitosti in pravilnosti sodbe prve stopnje z vidika vseh vprašanj, na katera je moralo odgovoriti sodišče prve stopnje – tako vsebinskih kot postopkovnih. Pritožba je torej redno pravno sredstvo in pritožbeni postopek samo faza rednega postopka. Ustavno varovana vsebina pravice do pravnega sredstva (25. člen Ustave)² je zato v spoštovanju načela instančnosti, katerega bistvo je, da lahko sodišče druge stopnje presoja

¹ Drugačen je prospektiven pristop z bolj amorfno (in manj hierarhično) strukturo, pri katerem je v ospredju javni interes; sojenje ni usmerjeno v iskanje in odpravljanje napak na nižji stopnji sojenja in v produkcijo odločb, s katerimi se varuje zakonitost in pravilnost odločitve o zahtevku v posamezni zadevi, ampak se ima pred očmi precedenčna vloga sodne odločbe kot usmerjevalca in regulatorja bodočih pravnih razmerij in odločitev (izčrpno Bobek, *Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe* *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, 2009, str. 40–43).

² Uradni list RS/I, št. 33/91 – Uradni list RS, št. 68/06.

odločitev prvostopenjskega sodišča z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o pravici oziroma obveznosti.³ Zahteva, da je pritožba utemeljena na sistemu polnega, univerzalnega izpodbijanja, ki strankam omogoča izpodbijanje sodbe iz vseh razlogov, torej tudi izpodbijanje spodnje premise sodniškega silogizma, spada v ustavno varovano jedro pravice do pritožbe.⁴ Tisto, kar je za pritožbo (kot pravno sredstvo, ki je namenjeno varovanju pritožnikovih, torej posameznikovih pravic in pravnih interesov – zato je tudi lahko opredeljena kot človekova pravica) najbolj značilno, je ravno to, da je mogoče z njo izpodbijati spodnjo premiso sodniškega silogizma.

Kajti če je dejansko stanje nepravilno ugotovljeno, potem tudi pravilna uporaba materialnega prava ne pripelje do pravilne sodbe. Taka sodba je zakonita le formalno, na videz (zgolj s stališča pravilne uporabe materialnega prava), ni pa ustrezen urejevalec pravnih razmerij med strankama – in zato ne izpolnjuje cilja, h kateremu je usmerjen institut pritožbe: zagotavljati zakonito in pravilno rešitev konkretnega, posamičnega spora (zagotavljati konkretno, posamično, zasebno pravičnost, pravičnost za stranko). »Zakonitost« take sodbe je le privid: z vidika operacije logičnega silogizma je sicer korektna, z vidika ureditve življenjskega primera (oziroma razmerja med strankama) pa napačna. Reči, da je na nepravilno ugotovljeno dejansko stanje materialno pravo pravilno uporabljeno, se zato (v vulgarnem, ne pa v pravnotehničnem smislu) zdi *contradictio in adiecto*.⁵ Kakšen smisel bi imela kontrola pravilnosti uporabe materialnega prava (kontrola pravilne izbire in razlage materialnopravne norme in njene silogistične aplikacije), če bi dopustili, da je spodnja premisa napačna. Sodbe so lahko navzven pravno neoporečne, vendar vsebinsko ne bodo izpolnjevale garancije pravne varnosti, če bodo temeljile na nepravilnem dejanskem stanju. Z vidika končnega rezultata sojenja je napačna pri ugotovitvi dejanskega stanja povsem enakovredna napaki pri izbiri, razlagi in uporabi materialnega prava. V obeh primerih bo sodba vsebinsko nepravilna.⁶

Zato se na prvi pogled zdi, da je nepravilna ugotovitev dejanskega stanja nedeljiv pritožbeni razlog – kot je to drug, na vsebinsko stran nanašajoči se pritožbeni razlog – nepravilna uporaba materialnega prava. Temu pritrjuje tudi redakcijski pristop tako v 340. členu kot v

³ Tako US RS že v sklepu U-I-309/94 z dne 16. 2. 1996; podobno tudi v odločbah U-I-219/03 z dne 1. 12. 2005 in U-I-98/07 z dne 12. 6. 2008.

⁴ Izjema velja za spore majhne vrednosti, kjer sodbe ni mogoče izpodbijati zaradi zmotne ali zaradi nepopolne ugotovitve dejanskega stanja. Vendar ta poseg v pravico do pravnega sredstva ne more biti ustavno sporen (glej Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 392 in tam naveden sklep US RS Up-128/01 z dne 26. 2. 2002).

⁵ Grubiša, Dejansko stanje v kazenskem postopku (prevod), Ljubljana 1989, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, str. 79.

⁶ To seveda ne pomeni, da bi bilo mogoče (pravilno) uporabo materialnega prava na zmotno ugotovljeno dejansko stanje kvalificirati kot zmotno uporabo materialnega prava (Wedam - Lukič, Preizkus dejanskih ugotovitev na revizijski stopnji, Pravnik, št. 7-9/1976, str. 271).

2. točki prvega odstavka 338. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP).⁷ Vendar analiza pokaže, da gre v resnici za dva različna pritožbena razloga, ki imata različno podlago (izvirata iz raznovrstnih napak sojenja) in ki imata lahko za posledico različno obliko pritožbenega obravnavanja (seja senata, pritožbena obravnava) in različno odločanje pritožbenega sodišča (pri enem ima pritožbeno sodišče samo revizijsko pooblastilo, pri drugem tudi kasatorično).

2. Dejansko stanje

Za pravilno razumevanje pritožbenih razlogov, ki se nanašata na napake pri ugotovitvi dejanskega stanja, je treba najprej razčistiti, kaj sploh pomeni dejansko stanje. Dejansko stanje namreč lahko zajema pravno pomembna dejstva ali pa tudi druga (dokazno) pomembna dejstva (indice, kontrolna dejstva), lahko predstavlja celotno trditveno gradivo, ali pa le prečiščeno trditveno gradivo, ki ga je sodišče vzelo kot podlago za uporabo materialnega prava in se zato tudi opredelilo o njegovi dokazanosti (dejansko stanje sodbe). Ker je predmet pritožbenega izpodbijanja sodba, se mora pojem dejanskega stanja vezati na sodbo, torej na dejansko stanje sodbe. Dejansko stanje sodbe pa zajema le tista dejstva, ki so odločilna.⁸ Zato predstavlja dejansko stanje skupek dejstev, o katerih se je kot o zatrjevanih pravno pomembnih dejstvih opredelilo sodišče prve stopnje. Vendar v okvir dejanskega stanja ne spadajo le dejstva, ki jih je sodišče ugotovilo (torej dokazana dejstva), pač pa tudi tista pravno pomembna dejstva, ki jih je ta ali ona stranka zatrjevala, a so po mnenju sodišča ostala nedokazana (in zato sploh ne obstajajo – negativna). Stališče o neobstoju teh dejstev je prav tako ugotovitev dejanskega stanja. Če bi dejansko stanje definirali le kot pozitivno ugotovitev (kot tista pravno pomembna dejstva, ki so po oceni sodišča dokazana), sodbe, ki bi temeljila na nedokazanosti katerega od pravno pomembnih dejstev, ne bi bilo mogoče izpodbijati zaradi zmotne ugotovitve dejanskega stanja.

Dejansko stanje se nanaša le na tista dejstva, ki so pravno pomembna za odločitev o utemeljenosti tožbenega zahtevka.⁹ Napake in pomanjkljivosti pri ugotavljanju procesnopravno pomembnih dejstev sodijo v okvir pritožbenega razloga bistvenih kršitev določb pravnega postopka.¹⁰ Tak tretma teh dejstev narekuje specifičen način njihovega ugotavljanja, ki je (če

⁷ Uradni list RS, št. 26/99 do 45/08.

⁸ Člen 340 ZPP govori zgolj o odločilnih dejstvih, o pravno pomembnih dejstvih, torej o dejstvih, ki tvorijo konkretni dejanski stan pravnice odločitve.

⁹ Triva, Dika, Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb 2004, str. 681, Fasching, Zivilprozessrecht, Manz, 1990, Dunaj, str. 748, Juhart, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, Univerzitetna založba Ljubljana, 1961, str. 478.

¹⁰ Prim. sklep VS RS II Ips 159/2005 z dne 9. 6. 2005: »Nepravilna ugotovitev datuma vročitve sodbe (v zvezi z zavrnjenjem pritožbe) lahko predstavlja relativno bistveno kršitev določb pravnega postopka pred sodiščem druge stopnje.«

ne gre za pomembne procesne odločitve) manj formalen (prim. tudi pooblastila za opravo poizvedb in za poročilo po drugem odstavku 345. člena in po drugem odstavku 346. člena ZPP), ter njihova specifična narava in funkcija (med njimi je večina takih, ki so neposredno naslovljena na sodišče, v bistvu zapovedne norme, ki predpisujejo, kako mora sodišče ravnati v določenih situacijah – npr. določbe o vročanju, dokazovanju, protokoliranju in sploh o procesnem vodstvu). Pri procesnih tožbah, ki so po svoji vsebini izredna pravna sredstva (npr. tožba za razveljavitev arbitražne odločbe, tožba za razveljavitev sodne poravnave, tožba za obnovo zapuščinskega postopka), pa je dejansko stanje (ki je pomembno za odločitev o utemeljenosti tožbenega zahtevka) procesnopravne narave. Vendar se obravnava kot materialnopravno dejansko stanje. To je namreč vselej tisto, ki tvori spodnjo premiso logičnega silogizma, izraženega v sodbi.

Odgovor na vprašanje, kaj je dejansko stanje, bi moral razjasniti tudi, kdaj je zmotno in kdaj nepopolno ugotovljeno. Vendar je redakcija določbe 340. člena nejasna in zato slaba. Najprej zato, ker dva različna pritožbena razloga ureja hkrati v enem stavku, tako rekoč *promiscue*, potem pa, ker ju definira z nejasno pripadajočima definicijama. To na prvi pogled napeljuje na zaključek, da se na oba pojma – zmotno in nepopolno koordinirano vežeta obe karakteristiki – zmotno ugotovljeno in nepopolno ugotovljeno dejstvo, iz česar bi sledilo, da je dejansko stanje zmotno ugotovljeno, če je sodišče kako odločilno dejstvo zmotno ugotovilo in če kakega takega dejstva ni ugotovilo. Problem je, ker v enem stavku drug ob drugem nastopata dva pojma, nato pa ločeno od njiju njuni definiciji. Ker ne gre za sopomenke (veznik »ali« bi lahko napeljeval tudi na tak zaključek) in ker različnih pojmov ni mogoče opredeljevati z istimi definicijami, je treba na prvi pojem vezati prvo definicijo, na drugi pojem pa drugo. Da bi bila določba 340. člena jasna in logična, bi se morala glasiti: Dejansko stanje je zmotno ugotovljeno, ko je sodišče kakšno odločilno dejstvo napačno ugotovilo, nepopolno ugotovljeno pa takrat, ko sodišče kakšnega odločilnega dejstva ni ugotovilo.¹¹

3. Zmotna ugotovitev dejanskega stanja

Ker je dejansko stanje skupek pravno pomembnih dejstev, na katerih temelji sodba, je zmotno ugotovljeno takrat, kadar je sodišče sicer zavzelo stališče o (ne)obstoju vseh teh dejstev, a je to stališče napačno – dovolj da že glede obstoja enega od teh dejstev. Ta pritožbeni razlog je v najtesnejši povezavi s prosto presojo dokazov (8. člen ZPP). Avtonomija sodišča pri izbiri

¹¹ ZPP nima več določbe, s katero je ZPP-76 dopolnjeval definicijo o zmotni ali nepopolni ugotovitvi dejanskega stanja (ki je bila sicer enaka definiciji v 340. členu aktualnega ZPP). V drugem odstavku (355. člena) je določal, da je nepopolna ugotovitev dejanskega stanja podana tudi tedaj, kadar kažejo na to nova dejstva ali novi dokazi. Dobro je, da ZPP te določbe nima več, saj je v pojma zmotno ugotovljeno in nepopolno ugotovljeno dejansko stanje vnašala dodatno nejasnost. Pomenila je namreč, da je dejansko stanje nepopolno ugotovljeno tudi takrat, ko je nepopolno dokazno gradivo.

dokaznih sredstev in pri oceni njihove dokazne moči ne more biti kontrolirana z vidika pravilne uporabe (procesnega) prava, pač pa z vidika tistih nepravilnih pravil (logike, izkušenj), na podlagi katerih si je sodišče oblikovalo predstave o obstoju dejstev. Pri pritožbenem razlogu zmotne ugotovitve dejanskega stanja mora biti zato ne le sam rezultat (napačno stališče o obstoju pravno pomembnega dejstva), ampak tudi njegov vzrok dejanske narave. Tak bo (kolikor gre za kontrolno funkcijo tega pritožbenega razloga), če se bo gibal v okvirih proste dokazne ocene, ki jih določajo metodološki napotki 8. člena ZPP.¹² Področje, ki ga zajema pritožbeni razlog zmotne ugotovitve dejanskega stanja, je torej področje, kamor pravo ne seže, torej področje proste dokazne ocene.¹³

Pritožbeni razlog zmotne ugotovitve dejanskega stanja je zasnovan tako, da pokriva kontrolno in tudi kreativno funkcijo pritožbe. Z njim se prvenstveno uveljavljajo dejanske napake sodišča pri ugotavljanju dejanskega stanja (slaba izbira in izraba dokaznih sredstev, slaba, nepravilna in neprepričljiva ocena njihove dokazne moči, nelogično ali s stališča splošnih pravil izkušenj nesprejemljivo sklepanje o obstoju pravno pomembnih dejstev iz drugih dokaznih dejstev), kadar pa pritožnik navaja novote – nova dokazna dejstva (npr. indice) in/ali dokaze, ne kritizira dela sodišča, ampak odpravlja »napake«, ki izvirajo iz njegove sfere (tu ima ta pritožbeni razlog kreativno funkcijo). Čeprav se na prvi pogled zdi, da je v primerih pomanjkljivosti postopka, ker sodišče ni izvedlo katerega od dokazov, ali ni ocenilo katerega od dokazno pomembnih dejstev, ali je v primerih dovoljenih dokaznih novot dejansko stanje nepopolno ugotovljeno (ker gre za nepopolno metodo ugotavljanja),¹⁴ definicija dejanskega stanja pove,

¹² V tem smislu tudi Rechberger-Simotta, *Zivilprozessrecht*, Manz, 2003, Dunaj, str. 462. Prim. sklep VS RS II Ips 674/2003 z dne 9. 12. 2004: »V reviziji je dovoljeno grajati dokazno oceno, če je bila opravljena brez upoštevanja metodološkega napotka, ki ga daje 8. člen ZPP (kršitev postopkovne določbe), ne pa tudi, kadar je vsebinsko neprepričljiva (zmotna ugotovitev dejanskega stanja).«

¹³ Glej Ude, Galič in drugi, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 1. knjiga, Uradni list in GV Založba, Ljubljana, 2005, str. 95, 96 in tam citirano judikaturu. Edina izjema, ki bi jo bilo treba dopustiti, je vprašanje dokaznega standarda. Čeprav gre za pravno vprašanje, ga je zaradi organske vraščenosti v dejansko sodbo v večini primerov nemogoče povsem ločiti od dokazne ocene. Samo v izjemnih primerih, ko bi se sodišče jasno opredelilo do dokaznega standarda in povedalo, da se je (iz takšnih ali drugačnih razlogov – npr. zaradi dokazne stiske) zadovoljilo z nižjo dokazno mero (npr. s pretežno verjetnostjo), bi bilo uporabo dokaznega standarda mogoče ločiti od dokazne ocene in pravilnost njegove uporabe ločeno obravnavati (v okviru pritožbenega razloga bistvene kršitve določb pravnega postopka). Sicer pa je treba pritožnikovo kritiko, ki temelji na očitku, da je bilo sodišče pri ocenjevanju dokazov prestrogo ali preblago, obravnavati kot pritožbeni razlog zmotne ugotovitve dejanskega stanja.

¹⁴ V to smer lahko zapelje razmišljanje, da neizvedba ali neocenitev kakšnega dokaza še ne pomeni, da je dejansko stanje zmotno ugotovljeno, da je dokazna ocena izvedenih dokazov napačna. Lahko je pravilna (če so dokazi, ki jih je sodišče izvedlo, pravilno ocenjeni), a ker niso ocenjeni vsi dokazi, je nepopolna. Zmotna ugotovitev dejanskega stanja bi se zato nanašala le na primere napačne dokazne ocene izvedenih in ocenjenih dokazov, ko sodišče prve stopnje pri ugotavljanju dejanskega stanja ni uporabilo ali pa ni pravilno uporabilo katerega od pravil logike, življenjskih izkušenj ali pravil znanosti, ki spadajo v okvir splošne razgledanosti, zaradi česar se zdi dokazna ocena nelogična, površna, nedosledna ali pomanjkljiva. To stališče ima oporo tudi v sodni praksi (višjih sodišč in delno

da gre tudi v teh primerih za zmotno ugotovitev dejanskega stanja.¹⁵ Nepopolna ugotovitev dokazno pomembnih dejstev (npr. indicev) tako ni nepopolna, temveč zmotna ugotovitev dejanskega stanja. Prav tako trditev o novem dokazno pomembnem dejstvu (npr. indicu) ali sklicevanje na novo dokazno sredstvo, pri čemer se z enim ali z drugim izpodbija stališče sodišča o obstoju določenega pravno pomembnega dejstva. Ta kategorija pritožbenih novot namreč ni usmerjena v širitev trditvenega gradiva, pač pa predstavlja dopolnitev dokaznega gradiva.¹⁶ Razlika med zmotno ugotovitvijo dejanskega stanja, ki je posledica zmotne dokazne ocene izvedenih in ocenjenih dokazov in zmotno ugotovljenim dejanskim stanjem, ki ima vzrok v pritožbenih novotah ali v izostanku ocene kakega dokaznega dejstva ali dokaza, je z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku (novela ZPP-D)¹⁷ tako rekoč izginila. Prej je bila namreč razlika samo v posledicah: zmotna dokazna ocena je pripeljala do spremembe (1., 2. in 3. točka bivšega 358. člena ZPP), novote in izostanek ocene določenih dokazov ali dokaznih dejstev pa do razveljavitve izpodbijane sodbe (bivši 355. člen ZPP). Ker je novo slovensko civilno procesno pravo odstopilo od atomističnega koncepta pravice do pritožbe (po katerem mora biti zagotovljeno dvostopenjsko sojenje ne le o vsakem posameznem elementu konkretnega dejanskega stanu, ampak tudi o vsakem dokaznem sredstvu, ki je bilo uporabljeno v postopku preverjanja resničnosti trditev strank o pravno pomembnih dejstvih), se je ta razlika izgubila. Zdaj mora namreč pritožbeno sodišče v vseh teh primerih

tudi Vrhovnega sodišča), ki opredeljuje te napake pri ugotavljanju dejanskega stanja ter pomanjkljiv dokazni postopek kot nepopolno ugotovitev dejanskega stanja. Prim. delni sklep in delno sodbo III Ips 64/2003 z dne 13. 1. 2004: »Opustitev izvedbe dokaza z zaslišanjem MŠ in RJ bi tako lahko kazala le na nepopolno ugotovitev dejanskega stanja, kar pa glede na tretji odstavek 370. člena ZPP ni dovoljen revizijski razlog; enako stališče je to sodišče sprejelo tudi v sodbi II Ips 434/98 z dne 15. 12. 1999. Višja sodišča so kot nepopolno ugotovitev dejanskega stanja kvalificirala to, da izvedenec ni pojasnil metode, s katero je prišel do svoje ugotovitve (sklep VSL II Cpg 680/99 z dne 21. 10. 1999), nedoslednosti v mnenju izvedenca, ki niso odpravljene (VSK Cp 288/99 z dne 10. 11. 1999), da sodišče ni raziskalo, od kod razlike med privatnim mnenjem in mnenjem izvedenca (sklep VSL II Cp 785/2000 z dne 29. 3. 2000), da je sodišče napačno valoriziralo znesek že plačane odškodnine (sklep VSL II Cp 821/99 z dne 5. 4. 2000), da je pritožnik predlagal nov dokaz (sklep VSL I Cp 1284/99 z dne 17. 5. 2000), nerazjasnjeno dejanskega stanja (sklep VSL I Cp 698/99 z dne 29. 3. 2000), neutemeljeno zavrnitev dokaznega predloga (sklep VSL I Cpg 360/2000 z dne 23. 11. 2000), opustitev zaslišanja priče (sklep VSL I Cpg 44/99 z dne 28. 3. 2000) in sploh neizvedbo predlaganih dokazov (sklep VSM Cp 338/96 z dne 15. 11. 1996, sklep VSL II Cp 256/2001 z dne 23. 1. 2002).

¹⁵ Ude, Galič, Reforma pravnih sredstev v pravnem postopku, Podjetje in delo, št. 6-7/2002, str. 1576, Galič, Uvodna pojasnila k noveli Zakona o pravnem postopku (ZPP-A), Zakon o pravnem postopku, Ljubljana 2003, str. 32, Triva, Dika, str. 681, Dolenc, Uporaba določb ZPP o razveljavitvi ali spremembi sodb prve stopnje v gospodarskih sporih, Pravosodni bilten, št. 3/2003, str. 100–102, Grubiša, str. 108. V tem smislu tudi novejša judikatura VS RS (npr. sodba III Ips 8/2004 z dne 29. 9. 2004).

¹⁶ Z dokaznimi novotami (z novimi dokazi ali z novimi dokaznimi dejstvi) izpodbija pritožnik stališče sodišča prve stopnje o (ne)dokazanosti določenega pravno pomembnega dejstva. Dejansko stanje tedaj ni nepopolno ugotovljeno (sodišče je namreč zavzelo stališče o vseh pravno pomembnih dejstvih), ampak je nezanesljivo (in zato nepravilno) ugotovljeno.

¹⁷ Uradni list RS, št. 45/08.

sámo odpraviti pomanjkljivosti (naj bodo posledica napak sodišča prve stopnje ali pa uspešne uveljavitve dokaznih novot) – pri čemer ni pomembno, ali ima to za posledico spremembo sodbe, ali samo spremembo dejanskega stanja sodbe, ali pa ničesar (ker je kljub dokazom, ki jih je izvedlo pritožbeno sodišče, rezultat dokazne ocene isti).

Bistvo zmotne ugotovitve dejanskega stanja je tako v nepravilnosti metode ugotavljanja (slaba izbira dokazov, neustrezna ocena njihove dokazne moči, napačno indično sklepanje itd.)¹⁸ in šele prek nje sklepamo o zmotnosti njenega rezultata (ugotovljenega dejanskega stanja). Nezaupanje v postopek in v argumentacijo (torej v dejanske metode ugotavljanja dejanskega stanja) implicira tudi nezaupanje v rezultate, dobljene s takim postopkom in s tako argumentacijo.¹⁹

4. Nepopolna ugotovitev dejanskega stanja

Pri preizkušanju popolnosti ugotovitve dejanskega stanja pa je kontrola pritožbenega sodišča usmerjena neposredno na sam rezultat ugotavljanja – na ugotovljeno dejansko stanje. Ker je dejansko stanje skupek pravno pomembnih (odločilnih) dejstev,²⁰ torej konkretni dejanski stan,²¹ je tudi brez posebnega razčlenjevanja jasno, da je dejansko stanje nepopolno ugotovljeno takrat, kadar ni ugotovljeno neko odločilno dejstvo.²² Medtem ko za opredelitev zmotne ugotovitve dejanskega stanja ni objektivnega kriterija, je za nepopolno ugotovitev dejanskega stanja ta vselej objektivni – to so pravne norme, ki jih je treba v konkretnem primeru (pravilno) uporabiti.²³ Nepopolna ugotovitev dejanskega stanja ima praviloma svoj vzrok v nepravilnem oblikovanju konkretnega dejanskega stanu, ko sodišče iz zatrjevanega življenjskega primera izlušči dejstva, za katera na podlagi izbire in razumevanja pravne norme zmotno misli, da so pravno pomembna. Zaradi nepravilne izbire pravne norme ali zaradi njene nepravilne razlage se sodišču zdijo nekatera od zatrjevanih dejstev pravno nepomembna in se zato do njih zavestno ne opredeli (ne pove, ali po njegovem obstajajo). Taka dejstva ne tvorijo dejanskega stanu sodbe, čeprav bi ga ob pravilni uporabi materialnega prava morala.²⁴ Dejansko

¹⁸ Triva, Dika, str. 681.

¹⁹ Prim. Triva, Dika, str. 163.

²⁰ Grubiša, str. 13.

²¹ M. Pavčnik, *Argumentacija v pravu*, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana, 2004, str. 34, 35.

²² Grubiša, str. 107.

²³ Grubiša, str. 107.

²⁴ Prim. sodbo VS RS II Ips 401/2003 z dne 27. 11. 2003 (Zbirka odločb – C 2003, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 397, 401): »Predmet pravne presoje ne more biti dejstvo, da sta toženca že leta 1997 ob pot pričela postavljati ovire in jo zato zoževati. Res so to dejstvo tožniki zatrjevali že v tožbi, a je to tudi vse. Ne le, da se toženca na to t. i. anticipirano (vnaprejšnje) priznanje nista sklicevala, marveč sodišče tega dejstva tudi ni sprejelo

stanje je torej nepopolno ugotovljeno, kadar se sodišče v sodbi ne opredeli do vseh tistih pravočasno zatrjevanih dejstev, ki ob pravilni uporabi materialnega prava (pravilno oblikovanem abstraktnem dejanskem stanju) tvorijo konkretni dejanski stan. Glede takega dejstva sodišče ne navede niti da obstaja niti da ne obstaja.²⁵ Nepopolna ugotovitev dejanskega stanja je tako rekoč vselej posledica zmotne uporabe materialnega prava²⁶ in je zato kot samostojen kontrolni pritožbeni razlog pravzaprav odveč (to dokazuje zlasti določba drugega odstavka 380. člena ZPP, pa tudi 355. člen ZPP). Če namreč sodišče nehote prezre kako strankino trditve o pravno pomembnem dejstvu (pri zmotni uporabi materialnega prava gre vselej za zavestno preztje) in se zato do tega dejstva (v resnici do strankine trditve o tem dejstvu) ne opredeli, gre za kršitev strankine pravice do izjave v postopku (8. točka drugega odstavka 339. člena ZPP). Prava nepopolna ugotovitev dejanskega stanja (ki ni posledica zmotne uporabe materialnega prava ali bistvene kršitve postopka iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP) je podana samo v primerih dovoljenega navajanja novih (ne dokaznih, pač pa pravno pomembnih) dejstev. ZPP sicer nima več določbe, kot jo je imel drugi odstavek 355. člena ZPP-76 (da je nepopolna ugotovitev dejanskega stanja podana tudi tedaj, ko na to kažejo nova dejstva ali novi dokazi), vendar je tudi brez nje jasno, da so dovoljena nova pravno pomembna dejstva najbolj čist (v resnici edini) primer nepopolne ugotovitve dejanskega stanja.²⁷

v podlago svoje odločbe. To, da je del procesnega gradiva (kamor ga uvedejo stranke s [pravočasnimi] trditvami), še ne pomeni, da je tudi del dejanskega stanja sodbe. Dejansko stanje sodbe predstavlja namreč le tista dejstva, na katera je sodišče oprlo svoj pravni zaključek o (ne)utemeljenosti tožbenega zahtevka, in ki jih je (kot pravno pomembna) obravnavalo v razlogih sodbe.«

²⁵ Ude, *Civilno procesno pravo*, Uradni list, Ljubljana, 2002, str. 329, Triva, Dika, str. 681, Pimmer v Fasching, Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Manz, Dunaj, 2005, 4. Band/ 1. Teilband, str. 198, 199, Juhart, Ude, Wedam - Lukić, *Pravdni postopek*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1974, str. 329.

²⁶ Ni pa nepopolna ugotovitev dejanskega stanja, če so pravno pomanjkljive že trditve strank (če stranke niso zatrjevale vseh pravno pomembnih dejstev). V tem primeru je pomanjkanje ugotovitev pravno pomembnih dejstev posledica nesklepčnosti tožbe ali ugovorov. Sodišče lahko upošteva le tiste pravne norme, ki ustrezajo dejstvu, ki so jih stranke navedle (Pimmer, str. 198). Prav tako ne gre za nepopolno ugotovitev dejanskega stanja, če sodišče ni ugotovilo obstoja določenega pravno pomembnega dejstva, ker je mnenja, da ni dokazano. Vzrok nepopolne ugotovitve dejanskega stanja ni nepravilna rešitev dejanskega vprašanja (npr. zmotna dokazna ocena), ampak nepravilna pravna ocena (Pimmer, str. 199). Zato je nepravilno stališče, ki ga izraža sodba in sklep VSL I Cpg 360/2000 z dne 23. 11. 2000, da je sodišče prve stopnje nepopolno ugotovilo dejansko stanje, ko je zaključilo, da tožeča stranka ni dokazala, da je poslovno razmerje med pravnima strankama trajalo tudi v spornem obdobju. Dejansko stanje je namreč popolno ugotovljeno tudi tedaj, če sodišče ugotovi, da katero od pravno pomembnih dejstev ni dokazano. Bistveno je, da se dokazno opredeli do vseh zatrjevanih pravno pomembnih dejstev.

²⁷ V avstrijskem pravu (kjer velja striktna prepoved pritožbenih novot) se nepopolna ugotovitev dejanskega stanja (definira jo 3. točka 1. odstavka 496. par. ZPO) obravnava kot zmotna uporaba materialnega prava – kot pomanjkljiva ugotovitev zaradi nepravilne pravne presoje zadeve (Fasching, str. 896), oziroma kot pravno pomanjkljiva ugotovitev ali kot sekundarna pomanjkljivost ugotovitev (Pimmer, str. 198). Ta napaka ne sodi v kategorijo pomanjkljivosti postopka (s tem izrazom, ki izhaja iz 2. točke 1. odstavka 496. par. ZPO, se v avstrijskem procesu označujejo tiste procesne kršitve, ki ustrezajo pojmu relativnih bistvenih kršitev določb pravnega postopka), pač pa med napake pri sojenju. Če pa je nepopolna ugotovitev dejanskega stanja posledica pomanjkljivega material-

5. Bistvo novega koncepta pravice do pritožbe

Prejšnja ureditev pritožbenega postopka je temeljila na atomističnem konceptu pravice do pritožbe (normativno zasidranem v takratnem 355. členu ZPP), katerega bistvo je izražala zahteva, da lahko pritožbeno sodišče odloča samo na podlagi dejstvenega in dokaznega procesnega gradiva, ki je bilo predmet obravnavanja pred sodiščem prve stopnje; v nasprotnem bi se (po stališču zakonodajalca) spremenilo v sodišče prve stopnje, katerega ugotovitve o dejanskem stanju ne bi bilo več mogoče izpodbijati s pravnim sredstvom.²⁸ Pritožbeno sodišče je sicer smelo uporabiti drugo materialnopravno normo kot sodišče prve stopnje, ni pa smelo (zunaj okvirov 1., 2. in 3. točke tedanjega 358. člena ZPP) spreminjati dejanskega stanja. Zakonodajalec je bil trdno na stališču, da je treba zagotoviti pritožbeno kontrolo ugotovitve sodišča prve stopnje o dokazanosti slehernega elementa konkretnega dejanskega stanja in slehernega dokaznega sredstva (dokaza v ožjem pomenu besede in dokaznega dejstva), ki je bilo uporabljeno za zaključek o njegovi dokazanosti. Pritožbeno sodišče (ki ima glede izbire, razlage in uporabe materialnopravne norme neomejena pooblastila) ni smelo ugotavljati dejstev, o katerih dokazanosti se sodišče prve stopnje ni opredelilo (četudi je glede njih morda izvedlo dokaze) ter ni smelo ocenjevati dokazov in drugih dokaznih sredstev (dokaznih dejstev), ki niso bili predmet dokazne ocene sodišča prve stopnje (četudi so bili ti dokazi morda izvedeni), ne glede na to, da se je sodišče prve stopnje o pravno pomembnih dejstvih, ki naj bi se s temi dokaznimi sredstvi dokazovala ali ovrgla, sicer dokazno opredelilo.

Ta koncept (ki ima morda oporo v strogo pojmovanem načelu instančnosti)²⁹ lahko pride navzkriž z zahtevami po sojenju v razumnem roku oziroma brez nepotrebnega odlašanja.³⁰ Opozorila iz Strasbourg³¹ so zato zakonodajalca spodbodila, da se je (opogumljen z demolo teorije)³² lotil reforme pritožbenega postopka. Kot enega od glavnih ciljev si je postavil

nega procesnega vodstva (zaradi katerega stranke niso navedle vseh pravno pomembnih dejstev), potem gre za pomanjkljivost postopka, torej za relativno bistveno kršitev postopka (Pimmer, str. 199).

²⁸ Tako Triva, Dika, str. 709.

²⁹ Glej spredaj in opombo 2.

³⁰ Statistični podatki za obdobje od 1. 1. 2003 do 31. 12. 2005 so pokazali, da predstavlja delež razveljavitev zaradi zmotne in zaradi nepopolne ugotovitve dejanskega stanja skupaj približno tretjino vseh razveljavitev (glej Zobec, Reforma pritožbenega postopka, Izbrane teme civilnega prava II, Inštitut za Primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2007, str. 46).

³¹ Šlo je za sodbi v zadevah Huseinović in Lesjak (obe z dne 6. 4. 2006), v katerih ESČP slovenskim sodiščem sploh ni očitalo neaktivnosti – nasprotno, ekscesna dolgotrajnost postopkov je bila v glavnem posledica številnih razveljavitev in posledično ponovnih postopkov. Strasbourgški tribunal je pri tem (z enakimi besedami kot v zadevi Wierciszewska proti Poljski) nakazal, da tolikšno število razveljavitev (ki je vzrok predolgega sojenja in posledica napak sodišč prve stopnje) lahko kaže na resne pomanjkljivosti sodnega (procesnega) sistema. Ta očitke je bil potem ponovljen v še kar nekaj sodbah (npr. Umek z dne 8. 1. 2009 in Rogelj z dne 3. 3. 2009).

³² Kritika atomističnega pojmovanja pravice do pritožbe poudarja predvsem neuravnoveženost med dejstvi in pravom: če lahko sodišče druge stopnje najde in uporabi neko pravno kvalifikacijo, ki prej ni bila predmet obrav-

zmanjšanje deleža razveljavitev odločb sodišča prve stopnje.³³ Da bi dosegel bistveno povečanje zadev, ki so pravnomočno rešene »v teku ene poti«, je moral razširiti revizijska pooblastila pritožbenega sodišča (in obenem odstopiti od prejšnjega, v slovenskem civilnem postopku ukoreninjenega atomističnega koncepta pravice do pritožbe) ter posledično razširiti možnosti za odločanje o pritožbi na podlagi opravljene pritožbene obravnave. Ne zato, ker bi bil to prvi pogoj za uresničitev cilja – rešitev zadeve »v teku ene poti« (sredstvo za doseg tega cilja je razširitev revizijskih pooblastil pritožbenega sodišča, ki hkrati pomeni opustitev atomističnega koncepta pravice do pritožbe), ampak zato, ker se mora to (rešitev zadeve »v teku ene poti«) zgoditi v korektnem postopku – v postopku, v katerem so spoštovana načela poštenega sojenja, med drugim tudi načelo neposrednosti, ustnosti, kontradiktornosti in javnosti.³⁴ (Samó) uresničevanju teh postulatov je namenjena pritožbena obravnava. Zato povsod tam, kjer je mogoče doseči cilj (pravnomočno rešitev spora brez vračanja zadeve na prvo stopnjo) tudi brez obravnave, ne da bi taka oblika sojenja posegla v katero od konvencijskih in ustavnih garancij poštenega postopka, ni nobenega razloga za razpis obravnave. Sodišče bo moralo takrat odločiti na seji. Najpomembnejša novost pritožbenega postopka zato ni sprememba koncepta pritožbene obravnave in razširitev možnosti za njen razpis (oziroma obveznosti njenega razpisa), temveč razširitev revizijskih pooblastil pritožbenega sodišča. Po novem lahko namreč pritožbeno sodišče ugotavlja dejstva (tako pravno kot dokazno pomembna), ki jih sodišče prve stopnje ni ugotavljalo (ali se ni opredelilo do njihove dokazanosti), in izvaja ter ocenjuje dokaze, ki jih sodišče prve stopnje ni izvedlo (ali jih ni ocenilo) – pritožbena obravnava je samo sredstvo za doseg tega cilja.

Nov, spremenjen koncept pritožbenega postopka, katerega bistvo so razširjena revizijska pooblastila pritožbenega sodišča, zelo značilno odseva napovedni stavek 358. člena ZPP. Za razliko od prejšnje ureditve, ko je zapovedoval spremembo izpodbijane sodbe, v aktualni ureditvi prepoveduje njeno razveljavitev. Videti je kot izraz ničkolikokrat ponovljene mantre o »enosmerni poti skozi sodne postopke« (ko naj bi bila ena od najpomembnejših vrednot pritožbenega postopka to, da pritožbeno sodišče s svojo sodbo dokončno reši zadevo, da se zadeve s pritožbene stopnje ne vračajo več na prvo stopnjo), v resnici pa je dosledna izpeljava novih pooblastil pritožbenega sodišča (ki pa so seveda ravno izraz načela enosmernosti). Po novem namreč pritožbeno sodišče nima samo kontrolne funkcije, ima tudi dolžnost dopolniti prvostopenjski postopek ter dolžnost ta postopek korigirati (odpravljati bistvene kršitve po-

navanja, potem ne more biti razlogov, da pritožbeno sodišče na obravnavi ne bi smelo ugotavljati dejstev, ki jih ni ugotavljalo sodišče prve stopnje, ter izvajati in ocenjevati dokazov, ki niso bili izvedeni in ocenjeni na prvi stopnji (Galič, *Ustavno civilno procesno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 408; izčrpno o tej temi tudi v članku *Izvajanje nekaterih določb Zakona o delovnih in socialnih sodiščih*, *Pravosodni bilten*, št. 2, 2007, str. 35-40; glej tudi *Zakon o pravdnem postopku*, *Uradni list*, 2008, Ljubljana, str. 46).

³³ Glej Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije z dne 15. 2. 2008, str. 16, 146.

³⁴ Prim. Rechberger–Simotta, str. 175.

stopka brez vračanja zadeve na prvo stopnjo). Bistvo torej ni v pooblastilu (pravilneje zahtevi) za spremembo sodbe prve stopnje. Bistvo je v pooblastilu (zahtevi) za izvajanje in ocenjevanje dokazov, ki jih sodišče prve stopnje ni izvedlo in ocenilo ter v pooblastilu za ugotavljanje in ocenjevanje ne samo dokaznih, pač pa tudi pravno pomembnih dejstev, o katerih se sodišče prve stopnje ni izreklo – ter na tej podlagi v pooblastilu za spremembo dejanskega stanja sodbe. Ključna, najpomembnejša in v samo bistvo koncepta pravice do pritožbe posegajoča sprememba, ki jo je v pritožbeni postopek vnesla novela ZPP-D, je prav zadnje – pooblastilo ne samo za spremembo, temveč tudi za dopolnitev dejanskega stanja sodbe prve stopnje.

Tudi po dopolnitvi postopka na pritožbeni stopnji se namreč lahko pokaže, da je bila odločitev sodišča prve stopnje v izreku pravilna, da se torej po drugi, pravilni poti pride do istega. In ker je za samo odločitev o pritožbi pomembno zgolj to – kakšna je odločitev o zahtevku, bo lahko potrjena tudi sodba, ki je bila izdana v hibnem postopku (če se je po odpravi pomanjkljivosti izkazalo, da niso vplivale na odločitev), sodba, ki je temeljila na zmotno ugotovljenem dejanskem stanju (v postopku pred pritožbenim sodiščem se lahko izkaže, da tudi pravilna ugotovitev dejanskega stanja, vendar na drugi pravni podlagi pripelje do istega) in sodba, ki je temeljila na nepopolni ugotovitvi dejanskega stanja (dopolnitev postopka lahko ovrže pritožnikove trditve o pravno pomembnih dejstvih, zaradi katerih bi bila sodba drugačna). Čeprav bo taka (potrditvena) sodba pritožbenega sodišča, tako kot tista, s katero pritožbeno sodišče izpodbijano sodbo spremeni, lahko temeljila na dejstvenem substratu, drugačnem od tistega, ki je podlaga z njo potrjene sodbe prve stopnje (kar omogočajo nova, kreativna pooblastila pritožbenega sodišča – pritožbeno sodišče mora po novem dopolniti postopek tudi z novimi dejstvi, ki na prvi stopnji niso bila obravnavana; vendar pod pogojem, da s tem nesorazmerno ne poseže v pravico do pritožbe), to še ne bo pomenilo, da bi bile zato spremenjene objektivne meje pravnomočnosti (enako velja za sodbo, s katero je pritožbeno sodišče sodbo prve stopnje spremenilo). Kajti če bi bile, potem ne bi imeli več opraviti z istim zahtevkom – v pritožbenem postopku pa sprememba tožbe ni dopustna (prvi odstavek 184. čl. ZPP) – še manj bi bila dopustna dokončna odločitev o zahtevku, o katerem sodišče prve stopnje sploh ni odločalo (nasprotno bi namreč pomenilo popoln odvzem pravice do pritožbe). Meje pravnomočnosti bodo zato vselej nespremenjene (torej opredeljene z življenjskim dogodkom, ki predstavlja dejansko podlago tožbe) – ne glede na to, kakšna je sodba druge stopnje: ali običajna potrditvena sodba, ali sodba, s katero je bila prvostopenjska sodba potrjena, vendar na drugi (lahko tudi dejanski) podlagi (ki pa ne gre preko življenjskega dogodka, ki je bil podlaga tožbe), ali pa sodba, s katero je sodba prve stopnje spremenjena. Tisto, v čemer se bo sodba, s katero je pritožba zavrnjena in sodba prve stopnje potrjena na drugi (tudi dejanski) podlagi, vendar ne na taki, ki bi vodila v spremembo identitete zahtevka, razlikovala od »klasične« sodbe, s katero je potrjena sodba prve stopnje, je (ne dejanska podlaga sodbe, pač pa) dejansko stanje sodbe. Samo v tem pogledu bo ta sodba podobna sodbi, s katero je pritožbi ugodeno in sodba prve stopnje spremenjena. Obe namreč temeljita na drugačnem dejanskem stanju, obe dejansko

predstavljata novo sodbo, s katero se sodba prve stopnje spreminja. Tudi sodba, s katero je pritožba zavržena in potrjena sodba prve stopnje, vendar na drugačni podlagi, ni sodba, ki bi zgolj potrjevala tisto, kar je že reklo sodišče prve stopnje in ki bi se omejevala samo na zavračanje pritožbenih argumentov.

6. Ustavnopravne pasti nove ureditve

Že v prejšnji ureditvi je moralo pritožbeno sodišče sanirati zmotno ugotovitev dejanskega stanja, ki je imela svoj vzrok v neprepričljivi dokazni oceni izvedenih dokazov. To je storilo tako, da je razpisalo obravnavo in na njej ponovilo vse ali le nekatere od že izvedenih dokazov, ali pa je ob pogojih iz takratnega 358. člena ZPP brez obravnave drugače dokazno ocenilo listine, posredno izvedene dokaze ali indice. Nova ureditev pa zahteva od pritožbenega sodišča odpravo zmotne ugotovitve dejanskega stanja tudi, ko je posledica nepopolnega dokaznega postopka (ker sodišče prve stopnje ni izvedlo vseh dokazov ali ker je pritožnik uspešno predlagal nove dokaze) ali tega, ker sodišče prve stopnje ni ocenilo katerega od (sicer izvedenih) dokazov, ki je po mnenju pritožbenega sodišča pomemben za dokazno oceno, ali ker pri dokazni oceni ni upoštevalo katerega od po mnenju pritožbenega sodišča pomembnih indicev. Tretje in najbolj sporno novo revizijsko pooblastilo pritožbenega sodišča se nanaša na primere nepopolne ugotovitve dejanskega stanja – ki ima svoj vzrok bodisi v zmotni uporabi materialnega prava (kadar se sodišču prve stopnje določena dejstva, ki sta jih stranki spravili v procesno gradivo, niso zdela pravno pomembna, pritožbeno sodišče pa meni, da zahteva pravilna uporaba materialnega prava ugotovitev tudi teh dejstev – pomanjkanje dejanskega substrata za subsumpcijo pod pravilno izbrano in pravilno interpretirano materialnopravno normo), bodisi v novih dejstvih, za katere je pritožbeno sodišče mnenja, da so pravno pomembna in dovoljena (337. čl. ZPP).

Načelo prepovedi razveljavitve je normativno umeščeno v 358. člen ZPP. Uvodni (napovedni) stavek namreč prepoveduje razveljavitev v vseh primerih, ko mora pritožbeno sodišče razpisati obravnavo (in seveda v primerih iz druge, tretje, četrte in pete alineje tega člena): torej ne samo, kadar pritožbeno sodišče dvomi o pravilnosti dokazne ocene izvedenih in ocenjenih dokazov, ampak tudi, ko ima zmotna ugotovitev dejanskega stanja vzrok bodisi v nepopolnem (neizčrpanem) dokaznem postopku – ker so pritožbeno sodišče prepričali argumenti pritožbe, da je dejansko stanje zmotno ugotovljeno zato, ker sodišče ni izvedlo kakega od pravočasno predlaganih dokazov, misleč, da izvedba tega dokaza (četudi bi potrdil zatrjevano dokazno tezo) ne bi mogla vplivati na drugačno dokazno oceno (pri čemer ne gre za nedopustno vnaprejšnjo dokazno oceno, ki bi pomenila kršitev pravice do dokaza), bodisi v dovoljenih in relevantnih dokaznih pritožbenih novotah.

Zapoved pritožbenemu sodišču, da v teh primerih sprejme (afirmativno ali reformativno) stališče o dejanskem stanju sodbe na podlagi dokazov, ki so bili prvič izvedeni in nato prvič

ocenjeni šele na pritožbeni stopnji, ne bi smela biti ustavno sporna (kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, tudi to ne drži povsem). Je pa problematična, ker je toga, predpisovalna in s premalo posluha za posebnosti konkretnih pritožbenih situacij ter za možnosti prilagajanja postopka tem posebnostim, kar bi omogočalo doseganje sodobnih vrednot procedure – hitrosti, enostavnosti, učinkovitosti, koncentracije, prijaznosti do uporabnikov.³⁵ Včasih se lahko pokaže, da bi bilo obravnavo lažje, enostavneje, z manj stroški, ali celo manj zamudno izvesti pred sodiščem prve stopnje,³⁶ v nekaterih primerih pa obravnava sploh ne bi bila potrebna – ker bi bila lahko zadeva vrnjena sodišču prve stopnje samo v novo izdajo sodbe.³⁷

Z ustavnopravnega vidika pa je vprašljivo revizijsko pooblastilo v primerih, ko je dejansko stanje nepopolno ugotovljeno. Sporno je namreč lahko že, ali nov (»molekularni«) koncept pravice do pritožbe oži (posega v) ustavno varovano jedro te pravice ali pa gre samo za način njenega izvrševanja.³⁸ Ustavno sodišče se o tem še ni neposredno izreklo. Vendar je v dosedanji

³⁵ O teh kvalitetah, ki izražajo novo filozofijo civilnega postopka Uzelac, A new objective for judicial systems (predavanje na konferenci »Towards an ideal trial: a few examples of the most successful judicial civil proceedings in Europe«, Bruselj, 18. do 20. 10. 2004).

³⁶ V nemškem postopku lahko pritožbeno sodišče sodbo razveljavi in zadevo vrne sodišču prve stopnje, če bi bilo nujno obsežno in zahtevno izvajanje dokazov pred sodiščem druge stopnje. Po mnenju doktrine je treba tudi tu upoštevati v noveli ZPO-RG izraženi ideji koncentracije in pospešitve postopka; zakonodajalec je dal malo opornih točk – npr. zaslišanje velikega števila prič, stroški zaradi zasliševanja v zelo oddeljenem kraju, nikakor ne zaslišanje samo ene prič; sicer pa je vse odvisno od konkretnega primera, se pravi od stanja stvari in dokazne teme – tudi zaslišanje dveh prič je lahko zapleteno in zamudno (tako Gummer, Heßler v Zöller, Zivilprozessordnung, Otto Schmidt, Köln, 2007, str. 1368). Vse to bi lahko veljalo tudi za slovensko pravo – če bi zakon pustil pritožbenim sodiščem več manevrskega prostora (tako, kot ga pušča § 496 odst. 3 avstrijskega ZPO, po katerem mora sodišče druge stopnje dopolniti postopek in potem samo odločiti o stvari, kadar ne bi bilo mogoče sprejeti, da bi taka rešitev v primerjavi z vrnitvijo zadeve na prvo stopnjo povzročila zavlačevanje in znatno povečanje stroškov postopka – prim. Fasching, str. 897).

³⁷ Na primer takrat, ko je napaka v tem, da sodišče prve stopnje ni ocenilo vseh izvedenih dokazov ali ni ugotovilo katerega od zatrjevanih dokaznih dejstev, čeprav je dokaze o obstoju takega dejstva izvedlo. Razveljavitev sodbe in vrnitev zadeve na prvo stopnjo bi tu pomenila zgolj vrnitev zadeve v novo sojenje (pri katerem bi se moralo sodišče prve stopnje opredeliti tudi do dokazov in dokaznih dejstev, ki jih je prej prezrl), torej v novo izdajo sodbe. Po novi ureditvi je pritožbena obravnava v takih primerih vselej obvezna (čeprav je nesmiselna, saj je bil postopek pred sodiščem prve stopnje popoln – izvedeni so bili vsi dokazi, ki bi po mnenju pritožbenega sodišča morali biti izvedeni, in zato postopka ni s čim dopolnjevati) – po prejšnji pa je bilo treba sodbo razveljaviti in zadevo vrniti v novo sojenje (kar je pomenilo vrnitev v novo izdajo sodbe – ne pa v ponovno izvajanje že izvedenih dokazov).

³⁸ Pravica do pravnega sredstva je namreč tipična pravica pozitivnega statusa, za katere je po naravi stvari značilno široko pooblastilo zakonodajalcu za določitev načina njenega izvrševanja (drugi odstavek 15. člena Ustave). Vendar zakonodajalec pri tem ne sme poseči v samo ustavno bistvo pravice – razen takrat, ko zasleduje ustavno dopusten cilj, pri čemer mora biti poseg v pravico primeren in nujen za doseg tega cilja, ter temu cilju (ožje) sorazmeren (vrednost in pomen doseženega cilja morata odtehtati okrnitev ustavno varovanega bistva pravice do pritožbe, vendar le v ustavno potrebnem obsegu – v skladu z načelom medsebojnega omejevanja v kar najmanjšem obsegu). Problem pravice do pravnega sredstva je v tem, da je njeno ustavno varovano jedro težko definirati – nekateri zastopajo klasično, atomistično stališče, po katerem mora biti zagotovljen pritožbeni preizkus glede slehernega elementa pravniškega silogizma (tako Wedam - Lukić v razpravi na konferenci »Modernizacija sodstva« dne

presoji večkrat poudarilo pomen načela instančnosti, katerega bistvena vsebina je v tem, da lahko organ druge stopnje presoja odločitev prvostopenjskega organa z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o pravici ali obveznosti,³⁹ ter tudi, da je pravica do pritožbe spoštovana, če podlaga za spremembo (pravnomočne) sodbe niso bila novo ugotovljena dejstva ali njihova drugačna ocena, temveč samo drugačna pravna presoja dejanskega stanja, ugotovljenega v (pravnomočni) sodbi.⁴⁰ Pri iskanju ustavno varovanega bistva pravice do pravnega sredstva ne bo mogoče mimo odločbe U-I-98/07 z dne 12. 6. 2008,⁴¹ iz katere izhaja, da kadar instančno sodišče (tudi v sporu polne jurisdikcije je to Upravno sodišče) samo ugotavlja dejansko stanje in na podlagi drugače ugotovljenega dejanskega stanja spremeni izpodbijani akt, mora biti stranki dana možnost, da s pritožbo izpodbija novo odločitev instančnega sodišča.⁴² Pri presoji ustavnopravne razsežnosti novih revizijskih pooblastil pritožbenega sodišča v civilnem postopku bi dosledna uporaba tega stališča najbrž pomenila, da gre za poseg v ustavno varovano jedro pravice do pravnega sredstva (katerega pomemben vidik izraža v ustavnosodni presoji večkrat poudarjeno načelo instančnosti) ne samo tam, kjer je omogočena (oziroma celo zapovedana) sprememba sodbe prve stopnje v primerih nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, ki je posledica zmotne uporabe materialnega prava, ampak tudi, ko gre za pritožbene novote - ne samo dejstvene, temveč tudi dokazne, ter celo takrat, ko je dejansko stanje zmotno ugotovljeno (tako zaradi pomanjkljivega dokaznega postopka ali neocenitve katerega od dokaznih sredstev kot zaradi zmotne dokazne ocene izvedenih dokazov - zadnje bi pomenilo, da bi bila neskladna z ustavno pravico do pravnega sredstva celo že prejšnja

27. do 29. 6. 2001 [cit. po Galič, Ustavno civilno, str. 406] in na izobraževanju svetovalcev US RS v Strunjanu dne 4. in 5. 9. 2008), drugi pa menijo, »da ni ovire, da višje sodišče sodbo spremeni na podlagi na novo ugotovljenega dejanskega stanja na podlagi dokazov oziroma dejstev, ki jih sodišče prve stopnje ni izvedlo oziroma ugotavljalo« (Galič, Ustavno civilno, str. 406–408).

³⁹ Glej op. 2.

⁴⁰ Tako npr. v sklepu Up-13/92 z dne 15. 2. 1995 (in v odločbi Up-46/99 z dne 18. 12. 2002), ko je US RS pojasnilo, da pristojnost Vrhovnega sodišča za spremembo pravnomočne sodbe, ki je samo posledica drugačnega pravnega stališča sodišča, in ne spremembe dejanskega stanja, kot je bilo ugotovljeno v pravnomočni sodbi, ni v nasprotju s pravico do pravnega sredstva.

⁴¹ S to odločbo je Ustavno sodišče presojalo ustavno skladnost določbe prvega odstavka 73. člena Zakona o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/06 – ZUS-1), ki jo izda Upravno sodišče, dovoljuje pritožbo le, kadar je Upravno sodišče samo ugotovilo drugačno dejansko stanje, kot ga je ugotovila tožena stranka, in je na tej podlagi spremenilo izpodbijani upravni akt (ter v primeru, ko je Upravno sodišče odločalo o zakonitosti posamičnega akta ali dejanja, s katerim se posega v človekove pravice in temeljne svoboščine posameznika).

⁴² V 17. točki obrazložitve je Ustavno sodišče navedlo: »Drugačen pravni položaj pa je, ko Upravno sodišče samo na glavni obravnavi ugotavlja dejansko stanje in na podlagi tako ugotovljenega dejanskega stanja spremeni izpodbijani akt (torej samo drugače odloči o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika). V takem primeru pa mora biti stranki dana možnost, da s pritožbo izpodbija vsebinsko odločitev Upravnega sodišča. Ker je zakonodajalec v takem primeru in v primerih, kadar Upravno sodišče odloča v sporu o zakonitosti posamičnega akta ali dejanja, s katerim se posega v človekove pravice in temeljne svoboščine posameznika, omogočil pritožbo, prvi odstavek 73. člena ZUS-1 ni v neskladju s 25. členom Ustave.«

ureditev, ki je omogočala spremembo dejanskega stanja in na tej podlagi spremembo sodbe). Tako stališče bi bilo verjetno pretirano (najmanj glede spremembe dejanskega stanja sodbe na podlagi drugačne ocene na prvi stopnji izvedenih in nato v izpodbijani sodbi ocenjenih dokazov) – tudi ob klasičnem, atomističnem pojmovanju pravice do pritožbe. Drugače pa je v primerih nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, ko se šele v pritožbenem postopku pojavijo določena vprašanja, ki predstavljajo samostojne in zaključene pravne celote; npr., če je sodišče prve stopnje pravno zmotno ugotovilo, da med strankama ni bilo zunajzakonske skupnosti in se zato ni ukvarjalo z ugotavljanjem obsega skupnega premoženja in deležev na njem, ali je pravno zmotno ugodilo ugovoru zastaranja, in zato same terjatve, ki je predmet zahtevka, sploh ni obravnavalo – in obratno, če je sodišče prve stopnje zmotno misleč, da terjatev ne obstaja, opustilo odločanje o ugovorih, ki predstavljajo samostojne (nasprotne) zahtevke. V takih in podobnih primerih gre za v sebi sklenjena in zaključena vprašanja, ki pomenijo samostojne pravne celote, in ki v nobenem pogledu (ne v dejanskem in ne v pravnem) niso bila predmet presoje sodišča prve stopnje – pri njih bi moralo pritožbeno sodišče v celoti in prvič ugotoviti celoten konkretni dejanski stan, oblikovati celoten abstraktni dejanski stan in opraviti subsumpcijo.⁴³ V takih primerih bi bilo težko reči, da stranki z odločitvijo pritožbenega sodišča nista izgubili ene stopnje sojenja. Tudi če bi na ustavno varovano bistvo pravice do pritožbe gledali »molekularno«, se pravi kot na pravico, da se o konkretnem pravovarstvenem zahtevku (ki ima tudi svoje zrcalno nasprotje v zahtevku toženca, da se tožbeni zahtevek zavrne) odloča na dveh stopnjah, in da lahko pritožnik (v skladu z načelom instančnosti) doseže preizkus izpodbijane sodbe z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o spornem zahtevku,⁴⁴ bi bilo v takih primerih težko zanikati poseg v ustavno pravico do pravnega sredstva. Tu gre za bistven (in v praksi večkrat kompleksen) kreativen prispevek pritožbenega sodišča, ki je v tem, da se je to sodišče izreklo o vseh premisah nekega novega odločilnega vprašanja, ki se je pojavilo šele na drugi stopnji in ki pomeni samostojno pravno celoto. In če je bistvena vsebina pravice do pravnega sredstva v upravičenju stranke doseči preizkus sodbe prve stopnje z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o konkretnem zahtevku, potem je brez posebnega razčlenjevanja jasno, da gre tu za poseg v ustavno varovano bistvo te pravice (glede odločitve o novem odločilnem vprašanju, ki se je pojavilo šele na drugi stopnji in ki pomeni samostojno pravno celoto, stranka nima rednega pravnega sredstva, ki edino zagotavlja bistveno vsebino načela instančnosti).

⁴³ V nemškem postopku lahko pritožbeno sodišče izpodbijano sodbo razveljavi in zadevo vrne sodišču prve stopnje v nov postopek le v taksativno naštetih primerih, med katere pa spada tudi primer, ko je po podlagi in znesku spornega zahtevka vnaprej odločeno o podlagi zahtevka ali je tožba zavrjnena, razen če je spor o višini zahtevka zrel za odločitev (4. točka 2. odstavka 538. par. ZPO).

⁴⁴ Če dejstva, ki so bila predmet obravnavanja šele pred sodiščem druge stopnje, niso taka, da bi imela vpliv na identiteto zahtevka, če je zahtevek, o katerem odloča sodišče druge stopnje, isti (kot zahtevek, ki ga je obravnavalo sodišče prve stopnje), potem bi bilo z vidika »molekularne« konceptije pravice do pritožbe (ki vključuje tudi kreativen značaj pritožbenega postopka) tej ustavni pravici zadoščeno.

Morda se je tega zavedal tudi zakonodajalec, ko je v 355. členu ZPP izjemoma dopustil razveljavitev sodbe prve stopnje, če sta izpolnjena dva pogoja: prvič, dejansko stanje mora biti nepopolno ugotovljeno zaradi zmotne uporabe (izbire) materialnega prava (pomanjkanje dejanskega substrata za uporabo [pravilno] izbrane materialnopravne norme) – in ne zaradi v pritožbi uveljavljanjih novih dejstev, za katera je pritožbeno sodišče mnenja, da so pravno pomembna in dovoljena; in drugič, narava stvari in okoliščine primera morajo biti taki, da sodišče ne more samo dopolniti postopka oziroma odpraviti omenjenih pomanjkljivosti.⁴⁵ Kadar bi dopolnitev postopka in nato sprememba dejanskega stanja izpodbijane sodbe pomenila poseg v ustavno bistvo pravice do pritožbe, je drugi stavek 355. čl. ZPP pomembna (ne pa tudi izčrpana in zadostna) varovalka, ki pritožbenemu sodišču omogoča (v resnici to od njega zahteva) presojo, ali z obravnavanjem določenih vprašanj, ki predstavljajo samostojne in zaključene pravne celote (zlasti primeri, ko se sodišče prve stopnje o bistvenih vprašanjih utemeljenosti zahtevka sploh ni izreklo – ker je npr. zmotno ugotovilo, da je zastaral, ali da je iztekel rok, v katerem bi ga bilo sploh mogoče uveljavljati, da med strankama ni bilo zunajzakonske skupnosti in da se zato ni bilo treba ukvarjati z ugotavljanjem skupnega premoženja in deležev na njem, primeri, ko zaradi napačnega stališča, da zahtevkov po podlagi ni utemeljen, sodišče prve stopnje ni ugotavljalo višine škode) in potem na tej podlagi ne samo s spremembo (ali dopolnitvijo) dejanskega stanja sodbe, ampak s končnim stališčem o tem vprašanju (se pravi z dokončno odločitvijo o samostojni in zaključeni pravni celoti) ne bi stranke nesorazmerno prikrajšalo za pravico do dvostopenjskega sojenja (v takih primerih bi se o bistvenih

⁴⁵ Ta pogoj je določen zelo ohlapno in ne povsem jasno in določno. Kar pa niti ni tako slabo. Omogoča namreč uporabo zdrave procesnovodstvene pameti, s pomočjo katere bo pritožbeno sodišče (kadar bo ugotovilo, da je izpolnjen prvi pogoj – nepopolna ugotovitev dejanskega stanja, ki je posledica zmotne uporabe materialnega prava) izpodbijano sodbo razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje, ker je očitno, da bi bilo dopolnjevanje postopka pred pritožbenim sodiščem v primerjavi s tistim, kar bi moralo po razveljavitvi sodbe in vrnitvi zadeve na prvo stopnjo storiti prvostopenjsko sodišče, neprimerno zamudnejše, dražje in v vseh pogledih nesmotrno. Za tak, zelo izrazit primer bi šlo takrat, ko je sodišče prve stopnje izvedlo vse predlagane dokaze, ki so dali odgovore glede (obstoja ali neobstoja) vseh dejstev, ki so z vidika pravne kvalifikacije, ki jo je sprejelo pritožbeno sodišče, odločilna, in je napaka sodišča prve stopnje samo v tem, ker se zaradi zmotne uporabe materialnega prava (napačne izbire materialnega prava, napačne pravne kvalifikacije) ni opredelilo do dokazanosti katerega od teh dejstev (čeprav bi se glede na izčrpen dokazni postopek lahko). V takih primerih je bil namreč postopek pred sodiščem prve stopnje izčrpen – izvedeni so bili vsi dokazi, ki bi po mnenju pritožbenega sodišča morali biti izvedeni (narobe je le, ker so ostali nekateri od njih neocenjeni – torej to, da se sodišče pri sojenju na njih ni oziralo, se do njih ni opredelilo, skratka, jih tako ali drugače ni upoštevalo pri dokazni oceni). Zato v primeru razveljavitve sodbe postopka pred sodiščem prve stopnje ne bi bilo treba dopoljevati (če so bili izvedeni vsi dokazi in to glede vseh dejstev, ki so s stališča pritožbenega sodišča pomembna, potem postopka ni s čim dopolnjevat). Vrnitev v novo sojenje bi v takem primeru pomenila ne vrnitev v dopolnitev postopka, pač pa v ponovno sojenje (pri katerem se mora sodišče prve stopnje opredeliti tudi do dejstev in dokazov, ki jih je prej prezrlo) – v bistvu (ker gre za sodnika posameznika) v ponovno izdelavo sodbe. Pritožbeno sodišče pa je v takem primeru v povsem drugačnem položaju. Če se ne odloči za razveljavitev sodbe in vrnitev zadeve na prvo stopnjo, pač mora (zaradi varovanja načel neposrednosti in ustnosti) opraviti obravnavo in na njej ponovno izvesti vse tiste dokaze, ki jih je sodišče prve stopnje že izvedlo, jih pa ni ocenilo.

vprašanih utemeljenosti zahtevka prvič izreklo šele pritožbeno sodišče).⁴⁶ Če (po uporabi tehnik ustavnosodne presoje) pritožbeno sodišče ugotovi, da bi se to lahko zgodilo, potem pač (ne more, ampak) mora razveljaviti sodbo in zadevo vrniti sodišču prve stopnje v novo sojenje (ker bi sicer kršilo ustavno pravico do pravnega sredstva – 25. čl. Ustave).

Vendar rešitev, ki jo daje drugi stavek 355. čl. ZPP, ni popolna in tudi ni povsem ustrezna. Neustrezna je zato, ker dopušča možnost razveljavitve sodbe prve stopnje le kot izjemo, pomanjkljiva pa, ker omejuje možnost razveljavitve na tiste primere nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, ki so posledica zmotne uporabe materialnega prava – kar (ob izrecno izraženem stališču zakona, da mora biti razveljavitev izjema) vsekakor pomeni, da kadar ta pogoj (da je nepopolna ugotovitev dejanskega stanja posledica zmotne uporabe materialnega prava) ni izpolnjen, mora pritožbeno sodišče vselej samo dopolniti ugotovitve o pravno pomembnih dejstvih – tudi za ceno (v konkretnem primeru pravici do sojenja v razumnem roku nesorazmernega) posega v ustavno jedro pravice do pritožbe. Zakon torej ne dopušča razveljavitve sodbe prve stopnje v primerih, ko je nepopolna ugotovitev dejanskega stanja posledica pritožbenih novot (čeprav lahko uspešna uveljavitev novih pravno pomembnih dejstev aktualizira pomembna vprašanja, ki so se zdela prej nepomembna – npr. pritožbena novota, da je toženec posredno pripoznal dolg, kar ima za posledico pretrganje zastaranja [364. čl. Obligacijskega zakonika - OZ]⁴⁷, ustvari potrebo po ugotavljanju obstoja in višine terjatve, ki je predmet zahtevka) in tudi ne primerov zmotne ugotovitve dejanskega stanja. Kajti lahko se zgodi, da je sodišče prve stopnje (kljub pravilni materialnopравни kvalifikaciji spora) določeno pravno dejstvo zmotno ugotovilo, zaradi take (zmotne) dejanske ugotovitve pa ni bilo več treba ugotavljati, ali obstajajo preostala pravno pomembna dejstva: Zaradi zmotne ugotovitve dejanskega stanja, ki se nanaša, recimo, na obstoj ene od predpostavk odškodninskega zahtevka (na primer vzročne zveze – sodišče zmotno ugotovi, da naravna vzročnost ne obstaja, ali zmotno ugotovi datum nastanka škode in zato pravno čisto pravilno sklene, da je odškodninski zahtevke zastaral) sodišče zahtevke zavrne in se z drugimimi pravnimi in dejanskimi vprašanji (na primer z ostalimi [ali sploh z vsemi] predpostavkami odškodninske obveznosti in z višino škode) ne ukvarja. V takih primerih bi bilo lahko vprašljivo, ali bi bila ureditev, ki pritožbenemu sodišču zapoveduje, da mora samo (čeprav na pritožbeni obravnavi) dopolniti postopek z ugotovitvami o pravno pomembnih dejstvih, ki tvorijo samostojne in zaključene pravne celote, vselej skladna z ustavno varovano pravico do pritožbe.

⁴⁶ Pri odločanju o tem, ali naj sledi načelu enosmernosti sodnega postopka in v skladu z njim kar samo dopolni postopek, bo moralo pritožbeno sodišče (z uporabo tehnik, ki se uporabljajo pri ustavnosodni presoji – predvsem Schumannove formule in strogega testa sorazmernosti) v vsakem primeru posebej dognati, kaj predstavlja ustavno varovano jedro pravice do pritožbe in koliko bi od njega (ob dopolnitvi, kakršno bi terjal konkreten primer) sploh še ostalo ter nato, ali je tak poseg (kolikor pravice do pritožbe ne bi povsem izničil – v tem primeru bo brez nadaljnje nujna razveljavitev sodbe in vrnitev zadeve na prvo stopnjo) nujen in sorazmeren pospešitvi in ekonomičnosti postopka ter učinkovitosti pravice do sodnega varstva.

⁴⁷ Uradni list RS, št. 83/01 – Uradni list RS, št. 40/07.

7. Sklep

Razmišljanje o ugotavljanju dejanskega stanja lahko sklenem tam, kjer sem ga začel: S temeljnim problemom spremenjenega koncepta pravice do pritožbe – torej z vprašanjem ustavne skladnosti razširjenih revizijskih dolžnosti pritožbenega sodišča. Narobe se mi zdi pravzaprav »samo« to, da je dal zakonodajalec pritožbenim sodiščem premalo avtonomije pri odločanju, kako daleč lahko gredo pri ugotavljanju (in ne samo preizkušanju pravilnosti ugotovitve) dejanskega stanja in kakšna je lahko (ustavnoskladna) cena te aktivnosti. S trdim, togim in predpisovalnim pristopom je pritožbenim sodiščem v marsikaterem položaju onemogočil uporabo argumenta sorazmernosti in iskanja prave mere med pravicami in interesi, ki so si v konfliktu in s tem (ne glede na izid tehtanja kolizije teh pravic in interesov) preprečil ustavno skladno rešitev vseh potencialno mogočih situacij. Tam, kjer je vnaprej ocenil, da ima ne glede na posebnosti posameznega primera vselej prednost (sicer ustavno skladen cilj) načelo ene poti skozi sodne postopke, četudi bi lahko imelo to za posledico nesorazmeren poseg v pravico do pravnega sredstva, in četudi končni cilj (pospešitev in ekonomičnost postopka) niti ne bi bil dosežen (ker bi morda dopolnitev postopka lažje, hitreje in ceneje izpeljalo sodišče prve stopnje), je prekorachil mejo še dovoljene avtonomije. Kako bodo ravnala višja sodišča, ne vem, ampak jim ne bi smeli preveč zameriti, če ne bodo zelo dosledna pri upoštevanju revizijskih zapovedi.

Literatura

- Bobek Michal, Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, 2009.
- Dolenc Mile, Uporaba določb ZPP o razveljavitvi ali spremembi sodb prve stopnje v gospodarskih sporih, *Pravosodni bilten*, 2003, št. 3.
- Fasching Hans W., *Zivilprozessrecht*, Manz, Dunaj, 1990.
- Fasching Hans W., Konecny Andreas (in drugi), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 4. Band, 1. Teilband, Manz, Dunaj, 2005.
- Galič Aleš, Izvajanje nekaterih določb Zakona o delovnih in socialnih sodiščih, *Pravosodni bilten*, 2007, št. 2.
- Galič Aleš, *Ustavno civilno procesno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2004.
- Galič Aleš, Uvodna pojasnila k noveli Zakona o pravnem postopku (ZPP-A), *Zakon o pravnem postopku*, Ljubljana, 2003.
- Galič Aleš, *Zakon o pravnem postopku*, Uradni list, Ljubljana, 2008.
- Grubiša Mladen, *Dejansko stanje v kazenskem postopku (prevod)*, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1989.

- Juhart Jože, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetna založba Ljubljana, 1961.
- Juhart Jože, Ude Lojze, Wedam - Lukić Dragica, *Pravdni postopek*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1974.
- Pavčnik Marjan, *Argumentacija v pravu*, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana, 2004.
- Rechberger Walter H., Simotta Daphne-Ariane, *Zivilprozessrecht*, Manz, Dunaj, 2003.
- Triva Siniša, Dika Mihajlo, *Gradansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
- Ude Lojze, *Civilno procesno pravo*, Uradni list, Ljubljana, 2002.
- Ude Lojze, Galič Aleš in drugi, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 1. knjiga*, Uradni list in GV Založba, Ljubljana, 2005.
- Ude Lojze, Galič Aleš, *Reforma pravnih sredstev v pravnem postopku*, Podjetje in delo, št. 6-7/2002.
- Uzelac Alan, *A new objective for judicial systems* (predavanje na konferenci: Towards an ideal trial: a few examples of the most successful judicial civil proceedings in Europe, Bruselj, 18. do 20. 10. 2004).
- Wedam - Lukić Dragica, *Preizkus dejanskih ugotovitev na revizijski stopnji*, *Pravnik*, 1976, št. 7-9.
- Zobec Jan, *Reforma pritožbenega postopka, Izbrane teme civilnega prava II*, Inštitut za Primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2007.
- Zöllner Richard (in drugi) *Zivilprozessordnung*, Otto Schmidt, Köln, 2007.

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.958(497.4)

O nekaterih vprašanjih v zvezi z dopuščeno revizijo po ZPP-D

DR. MILE DOLENC,
Vrhovni sodnik na Vrhovnem sodišču RS

1. Uvod

Novela ZPP-D je med številnimi novostmi prinesla tudi drugačno ureditev revizije. Sprememba je daljnosežnejša, kot se morda zdi na prvi pogled.

Nova ureditev revizije je bila sprejeta predvsem zaradi preobremenjenosti Vrhovnega sodišča. Statistični podatki potrjujejo povečano obremenjenost civilnega oddelka Vrhovnega sodišča, ki v največji meri uporablja določbe ZPP glede revizije (poleg gospodarskega in delovno-socialnega oddelka). Civilni oddelek je v letu 1999 prejel v reševanje 637 zadev (pripad), v letu 2008 pa 1275 zadev, torej dvakrat več zadev. Medtem ko je imel oddelek v letu 1999 9 vrhovnih sodnikov, se je njihovo število v letu 2008 zvišalo (le) na 10. Zato ni nepričakovano, da se je v desetletnem obdobju bistveno povečalo število nerešenih zadev. Medtem ko je bilo takih zadev konec leta 1999 387 (polovica pripada), je njihovo število konec leta 2008 znašalo 1994 (enainpolkrat več, kot je znašal pripad). Temu ustrezno se je povečal tudi povprečen čas reševanja zadev. Stanje bi bilo gotovo še neprimerno slabše, če se ne bi v zadnjem času na oddelku bistveno povečalo število strokovnih sodelavcev. Opisano stanje je vsekakor zahtevalo rešitev problema.

2. Vrednost izpodbijanega dela odločbe

Novela ZPP-D je pravnomočne sodne odločbe glede revizibilnosti razdelila na tri skupine, upoštevaje vrednost izpodbijanega dela odločbe:

- a) če vrednost izpodbijanega dela ne presega 2.000 eurov, revizija nikoli ni dovoljena (ne velja za delovne in socialne spore);

- b) če vrednost izpodbijanega dela presega 40.000 eurov (v gospodarskih sporih 200.000 eurov), je revizija vedno dovoljena;
- c) če gre za vmesno vrednost izpodbijanega dela (med 2.000 in 40.000 oziroma 200.000 eurov), veljajo pravila o dopuščeni reviziji.¹

Vrednost izpodbijanega dela odločbe je le na prvi pogled neproblematična. Na podlagi določb ZPP pred uveljavitvijo novele ZPP-D se je razvila razvejena praksa Vrhovnega sodišča prav v zvezi z vrednostjo izpodbijanega dela sodne odločbe.

Problematicni so primeri objektivne kumulacije zahtevkov. Tudi za dovoljenost revizije Vrhovno sodišče uporablja določbe 41. člena ZPP² z argumentacijo, da so uvrščene v poglavje »ugotovitev vrednosti spornega predmeta« in vsebinsko dopolnjujejo 39. člen ZPP, ki vsebuje temeljno pravilo tega poglavja in se uporablja tudi za ugotovitev pravice do revizije.³ Če imajo tožbeni zahtevki različno dejansko ali različno pravno podlago, je zato za dovoljenost revizije odločilna vrednost vsakega posameznega zahtevka (drugi odstavek 41. člena ZPP). Enakost dejanske in pravne podlage je razumljena bolj ali manj dobesečno.⁴ Posledica je ta, da tudi tedaj, ko tožnik oblikuje en sam tožbeni predlog, Vrhovno sodišče pogosto »cepi« zahtevek na več zahtevkov, pač glede na to, koliko različnih dejanskih ali pravnih podlag ga utemeljuje. Posledice so lahko zelo nenavadne. Če je npr. reverzibilen le del odškodninskega zahtevka, nastalega iz istega škodnega dejanja, lahko odločanje revizijskega sodišča pripelje do tega, da bo npr. po sodbi pritožbenega sodišča obstajala odgovornost toženca za povzročeno nematerialno škodo, po odločbi revizijskega sodišča pa za isti škodni dogodek ne bo njegove odgovornosti za povzročeno materialno škodo.⁵ Tak rezultat je gotovo težko uskladiti z elementarnim pravnim občutkom.

ZPP-D poskuša problem odpraviti z določbo petega odstavka 367. člena, po kateri se vrednost izpodbijanega dela pravnomočne sodbe ne glede na drugi odstavek 41. člena tega zakona

¹ V Avstriji je po par. 502 ZPO spodnja meja določena s 4000 euri, zgornja pa z 20.000 euri; upoštevajoč gospodarsko razvitost obeh držav, se zdi naša zgornja meja, zlasti v gospodarskih sporih, nesorazmerno visoka.

² To podlago za presojo dovoljenosti revizije je ostro grajala N. Šorli v Lukenda – nov razlog za zavrnjenje revizije? Pravna praksa, št. 8/2007.

³ Tako na primer sklep III Ips 28/2000 z dne 24. 5. 2000, sklep II Ips 271/2001 z dne 24. 1. 2002, sklep III Ips 125/2001 z dne 30. 5. 2002, sklep III Ips 94/2002 z dne 6. 2. 2003, sklep III Ips 28/2004 z dne 15. 2. 2005, sklep III Ips 167/2006 z dne 24. 4. 2007; vseh je že nepregledna množica.

⁴ V zadevi III Ips 119/2006 je npr. Vrhovno sodišče v sklepu z dne 17. 10. 2006 po ugotovitvi, da je tožeča stran-ka vsak mesec po prejemu računov od dobavitelja elektrike pripravila razdelilnik stroškov po kriteriju zasedbe m², zaključilo, da ima zahtevke za določeno obračunsko obdobje (ki znaša mesec dni). Zato je tožbeni zahtevek »cepilo« na mesečne zahtevke, ki imajo različno dejansko podlago (nanašajo se na različno obdobje, v vsakem obdobju pa je bila poraba električne energije različna), in posledično zaradi nezadostne vrednosti posameznih zahtevkov revizijo zavrglo.

⁵ Cepitev odškodninskega zahtevka na premoženjski in nepremoženjski del je grajal T. Mavri v Revizija in vrednost spornega predmeta, Pravna praksa, št. 48/2006.

ugotovi s seštevkom vrednosti posameznih zahtevkov oziroma delov teh zahtevkov, ki so še sporni, če je odločitev o reviziji odvisna od rešitve pravnih vprašanj, ki so skupna za vse navedene zahtevke, ali če so posamezni zahtevki med seboj tako povezani, da je odločitev o posameznem zahtevku odvisna od odločitve o drugem zahtevku. Določba bo odločanje o dopustnosti revizije prej zapletla kot olajšala.⁶ Ne samo, da ni povsem jasno, kdaj so posamezni zahtevki med seboj tako povezani, da je odločitev o posameznem zahtevku odvisna od odločitve o drugem zahtevku, pač pa že sam postopek odločanja o dopustnosti revizije pogosto ne bo dal zanesljive podlage za odločitev. Stranke same namreč zahtevkov ne »cepijo« glede na različno dejansko in pravno podlago, pač pa to naredi samo revizijsko sodišče, pri čemer se opira na podatke iz celotnega spisa, nemalokrat upoštevajoč tudi listinsko dokumentacijo. Ker bo po novi ureditvi revizijsko sodišče o dopustnosti revizije praviloma odločalo le na podlagi predloga stranke in drugostopenjske odločbe (2. odstavek 367.b člena ZPP), včasih ne bo imelo na voljo dovolj podatkov za odločanje. Primerneje bi bilo, če bi se določba petega odstavka 367. člena glasila: »Vrednost izpodbijanega dela pravnomočne sodbe se ne glede na drugi odstavek 41. člena tega zakona ugotovi s seštevkom vrednosti posameznih zahtevkov oziroma delov teh zahtevkov, ki so še sporni.«

3. Kriteriji za dopustitev revizije

Kriteriji za dopustitev revizije so določeni v 1. odstavku 367.a člena ZPP. Vrhovno sodišče jo dopusti, če je od njegove odločitve mogoče pričakovati odločitev o pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali za razvoj prava preko sodne prakse. Temeljno pravilo o dopustnosti revizije je podobno nemškemu pravilu iz 2. odstavka par. 543 ZPO, po katerem se revizija dopusti, če ima zadeva načelen pomen ali če je odločitev revizijskega sodišča potrebna zaradi razvoja prava ali zagotovitve enotnosti sodne prakse. Zdi se, da je imel naš zakonodajalec manj zaupanja v presojo Vrhovnega sodišča, kot ga ima nemški zakonodajalec v presojo nemških instančnih sodišč, in je zato želel pravilo še natančneje izoblikovati, tako da ga je dopolnil z naslednjim stavkom:

»Sodišče dopusti revizijo zlasti v primerih:

- če gre za pravno vprašanje, glede katerega odločitev sodišča druge stopnje odstopa od sodne prakse vrhovnega sodišča, ali
- če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodne prakse vrhovnega sodišča ni, še zlasti, če sodna praksa višjih sodišč ni enotna, ali
- če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodna praksa vrhovnega sodišča ni enotna.«

⁶ Tako tudi L. Ude v *Reforma revizije in zahteva za varstvo zakonitosti*, Podjetje in delo, št. 7/2007.

V obrazložitvi predloga novele ZPP-D⁷ je navedeno, da je ureditev povzeta po par. 502 avstrijskega ZPO. Na avstrijsko ureditev res zelo spominja, ni pa identična.⁸ V napovednem stavku iz 1. odstavka 367.a člena manjka beseda »lahko«. Tako, kot se sedaj glasi, napeljuje na sklepanje (razlago), da bi morale Vrhovno sodišče revizijo v navedenih primerih vedno dopustiti. Namera oblikovalcev zakonskega besedila je bila očitno drugačna. V obrazložitvi predloga novele je zapisano: »... so naštetih tudi najpogostejši primeri, v katerih bo mogoča dopuščena revizija, vse seveda pod pogojem, da gre za pravna vprašanja, ki so pomembna za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali za razvoj prava preko sodne prakse.« Tudi A. Galič razume zakonsko ureditev tako, da je treba temeljno pravilo uporabiti v vsakem primeru.⁹ Pričakovati je, da bo tako razumevanje nove ureditve dopuščene revizije sprejela tudi sodna praksa. Če bo šlo po tej poti, bo Vrhovno sodišče s tem (s selekcioniranjem zadev, o katerih bo odločalo) prevzelo izjemno odgovornost za delovanje celotnega sodnega sistema in s tem pravne države sploh. Le z občutkom za pravo mero bo lahko kos zaupani nalogi.

Kriterij, postavljen v prvem stavku 1. odstavka 367.a člena ZPP, je zelo raztegljiv. H. W. Fashing poudarja, da pomembnost pravnega vprašanja ni isto kot načelen pomen vprašanja. Gre za nižjo stopnjo pomembnosti. Zadostuje že, da pomen rešitve pravnega vprašanja sega preko konkretne zadeve.¹⁰ Tako stališče se zdi razumno tudi za naš pravni red. Če ta kriterij prilagajamo še (vsakokratni) oceni, koliko zadev lahko Vrhovno sodišče kakovostno obvlada,¹¹ dobimo najbrž sprejemljivo rešitev tudi za naš pravni red. Drugačno razumevanje določbe pa je mogoče razbrati iz obrazložitve predloga novele ZPP-D. Ta npr. pojasnjuje, da pogoj »pričakovanja odločitve o pravnem vprašanju« predpostavlja, da gre za pravna vprašanja, ki še niso rešena – torej glede katerih sodne prakse Vrhovnega sodišča še ni ali ni enotna ali pa je, pa se v praksi sodišč nižjih stopenj še ni dovolj uveljavila. Zato naj bi bilo možno, da tudi v primeru celo verjetne kršitve glede kakšnega pomembnega instituta (na primer načelo kontradiktornosti) revizija ne

⁷ Poročevalec DZ, št. 21/2007.

⁸ Prvi odstavek par. 502 avstrijskega ZPO se glasi:

»Gegen das Urteil des Berufungsgerichts ist die Revision nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist.«

⁹ V prispevku: Za reformo revizije v pravnem postopku, objavljenem v Pravni praksi, št. 43/2007, pove:

V omenjenem predlogu 367.a člena ZPP so sicer primeroma naštetih še primeri, ki lahko ustrezajo generalni klavzuli: »... zlasti v primerih: če gre za pravno vprašanje, glede katerega odločitev sodišča druge stopnje odstopa od sodne prakse vrhovnega sodišča, ali če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodne prakse vrhovnega sodišča ni, še zlasti, če sodna praksa višjih sodišč ni enotna, ali če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodna praksa vrhovnega sodišča ni enotna.« Vendar primarna ostaja generalna klavzula.

¹⁰ Lehrbuch des oesterreichischen Zivilprozessrechts, 2. izdaja, 1990, str. 938.

¹¹ Tako A. Galič v Za reformo revizije v pravnem postopku, Pravna praksa, št. 43/2007.

bo dopuščena, če Vrhovno sodišče oceni, da je glede teh vprašanj že izoblikovalo dovolj jasna stališča in da ni potrebe, da bi jih v tej zadevi še enkrat ponavljalo. Pretiravanje v tej smeri utegne pripeljati do stanja, ko bi se Vrhovno sodišče izreklo o vseh zanj pravno pomembnih vprašanjih, praksa nižjih sodišč pa bi tekla po svoje, še zlasti glede »manj pomembnih« pravnih vprašanj. Enotna uporaba prava pač ni v tem, da se najvišje sodišče v državi izreče o vseh pomembnih pravnih vprašanjih, pač pa predvsem v tem, da se udejanji v konkretnih primerih skozi odločbe (predvsem) prvostopenjskih sodišč. To pa je mogoče zagotoviti le tako, da se s sveta spravijo sodne odločbe, ki ne pomenijo enotne uporabe prava.¹²

Po določbi 22. člena Ustave RS je vsakomur zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem. Enako varstvo pravic predvsem pomeni, da mora sodni sistem proizvajati take (končne) sodne odločbe, ki zagotavljajo enako (končno) odločanje v primerih, ki so v bistvenih elementih dejanskega stanja enaki. Drugače povedano, pravo mora biti za vse enako uporabljeno. Potreba po tretji instanci korenini prav v tej zahtevi. Najvišje sodišče v državi mora z odločanjem o rednih in izrednih pravnih sredstvih zagotavljati enotno uporabo prava na celotnem območju njegove veljave.¹³ Pretirano zapiranje dostopa do Vrhovnega sodišča in njegov umik zgolj v »akademsko sfero« bi bila zato najbrž zelo sporna tudi z ustavnega vidika.

4. Potreba po boljšem informacijskem sistemu

V praksi bo nedvomno največ primerov, ki so navedeni v drugem stavku 1. odstavka 367.a člena ZPP. Vsi zadevajo sodno prakso. Vsako pravno vprašanje je bodisi tako, da je nanj Vrhovno sodišče že odgovorilo ali pa nanj še ni odgovorilo. To je razvidno iz njegovih odločb. Med tistimi, na katere je že odgovorilo, so lahko le primeri, ko je sodna praksa Vrhovnega sodišča enotna, in primeri, ko sodna praksa ni enotna. Tretje možnosti ni. Tudi take primere je vsaj načeloma mogoče zlahka razbrati iz judikature Vrhovnega sodišča. Zakonsko navedeni primeri so zato taki, da abstraktno vzeto ne bi smeli predstavljati problema. Problem pa se, kot običajno, pokaže na konkretni ravni. Z njim se bodo najprej soočile stranke, ki bodo hotele zadostiti zahtevam iz 4. in 5. odstavka 367.b člena ZPP.

Po določbi 4. odstavka navedenega člena mora stranka v predlogu za dopustitev revizije med drugim natančno in konkretno izkazati tudi obstoj sodne prakse Vrhovnega sodišča, od katere naj bi odločitev odstopala, oziroma neenotnost sodne prakse. V ta namen mora po določbi naslednjega odstavka navesti opravilne številke zadev, o katerih je odločalo Vrhovno sodišče, kopije sodnih odločb sodišč druge stopnje, na katere se sklicuje, pa mora kar predložiti.

¹² Tako je razumeti tudi stališče D. Wedam - Lukič v: Ali naj bo dovoljenost revizije v »diskreciji« vrhovnega sodišča? Pravna praksa, št. 36/2007.

¹³ S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo, 7. izdaja, str. 719.

Vsa sodna praksa strankam ni dostopna. Odločbe Vrhovnega sodišča se objavljajo na njegovi internetni strani šele nekaj zadnjih let. Nekaj sodnih odločb je prav tako v zadnjem času objavljenih v zbirkah odločb Vrhovnega sodišča. Mnoge sodne odločbe so sicer dostopne preko IUS INFO, a ne brezplačno. Mnoge sodne odločbe pa niso nikjer objavljene. To še zlasti velja za starejše odločbe in za odločbe sodišč druge stopnje. Vprašanje dostopnosti judikature sicer ni slovenska specifičnost. Problematizira ga tudi avstrijska literatura v zvezi z revizijskim odločanjem po ZPO.¹⁴

Poseben problem je odnos do judikature, nastale pred osamosvojitvijo Slovenije. Nikoli ni bilo zavzeto jasno stališče, kakšen pomen ji gre v današnjem času. Po eni strani gre za obsežno judikaturu najvišjih sodišč z območja drugih republik nekdanje skupne države, glede katere je opazna močna zadržanost pri njihovi uporabi, po drugi strani pa za sodne odločbe slovenskih sodišč, ki imajo ali bi morale imeti vsaj za nekatere zakone (npr. ZOR, ZPP, ZIP ipd.) še vedno bolj ali manj enak pomen za pravni red Republike Slovenije, kot ga imajo sedanje.

V praksi se pri iskanju relevantne judikature najpogosteje uporablja informacijski sistem IUS INFO. Iskanje relevantnih odločb v tem sistemu pa se pogosto izkaže za izjemno zamudnega, včasih tudi jalovega. Razlog je v obdelavi sodnih odločb.¹⁵ Nadaljnji problem je vsebina sodnih odločb. Pogosto so namreč pisane samo za konkreten sodni spor, ne pa tako, da bi na njihovi podlagi lahko razpoznali stališče sodišča za nedoločeno število primerov iste vrste. Iz marsikaterih sodnih odločb ni mogoče razbrati relevantnega dejanskega stanja. Za pravno državo bi se vsekakor spodobilo, da bi vzpostavila enoten in brezplačen informacijski sistem, ki bi trajno zajemal na pregleden in lahko dostopen način vse odločbe Vrhovnega sodišča in sodišč druge stopnje. Na ta način bi bilo sploh omogočeno objektivizirano odločanje o dopustnosti revizij.

Ne nazadnje kaže dodati, da so za odločanje o dopustitvi revizije relevantni tudi primeri, ko obstaja sodna praksa Vrhovnega sodišča, odločitev sodišča druge stopnje pa je skladna s tako sodno prakso. V takih primerih pride v poštev ponoven razmislek Vrhovnega sodišča o lastni sodni praksi, razmislek o tem, ali je njegov prejšnji odgovor na pomembno pravno vprašanje še vedno ustrezen.

5. Nekateri praktični problemi

Nova ureditev revizije je povzročila prve probleme na nepričakovanem področju. V praksi se je namreč najprej zastavilo vprašanje, kako v luči nove ureditve revizije (po določbah ZPP-D) razumeti določbe posebnih predpisov, ki določajo, da je revizija v posebnem postopku dopust-

¹⁴ Npr. H. W. Fasching, navedeno delo, str. 941.

¹⁵ Pri označbi institutov, na katere se odločba nanaša, se vpisujejo vsi instituti, ki se jih odločba »dotakne,« kar vodi do kopičenja nepomembnih odločb na istem mestu in s tem do težavnega »prebiranja;« t. i. »jedra« odločb so pogosto premalo informativna glede *ratio decidendi* odločitve.

na. Nova ureditev dovoljenosti revizije med drugim ne pozna več delitve na premoženjske in druge (nepremoženjske) spore, kot jo je poznala stara ureditev, ki je v 2. odstavku 367. člena ZPP določala vrednosti prag za dovoljenost revizije v premoženjskih sporih. V nepremoženjskih sporih je bila (*argumentum a contrario*) vedno dovoljena, prav tako v nekaterih posebej določenih sporih (navedenih v 3. odstavku 367. člena ZPP).

Ker po ureditvi iz ZPP-D ni več nobenega spora (po določbah ZPP), ki bi imel že sam po sebi (predvsem zaradi posebne pomembnosti pravice ali obveznosti, o kateri teče spor) prost vstop v revizijski postopek, se kar sama po sebi ponuja misel, ali ni nemara zakonodajalec želel s tako ureditvijo poseči tudi na tiste določbe posebnih zakonov, ki so bile sprejete pred uveljavitvijo ZPP-D in (na splošno) dovoljujejo revizijo v posebnih postopkih, ter jih derogirati v tem smislu, da zoper pravnomočne odločbe v takih postopkih ne bi bila vedno dovoljena revizija, pač pa le ob izpolnitvi pogojev iz 367. člena noveliranega ZPP. Največ posebnih postopkov je urejenih v Zakonu o nepravdnem postopku. Ta v 34. členu postavlja splošno pravilo, po katerem revizija ni dovoljena, razen če zakon določa drugače. ZNP drugače določa glede sklepa o popolnem ali delnem odvzemu poslovne sposobnosti (52. člen), glede sklepa o podaljšanju roditeljske pravice (60. člen), glede odločbe sodišča druge stopnje o določitvi odškodnine (103. člen) ter v stanovanjskih zadevah glede odločbe sodišča druge stopnje, s katero je odločeno o stanovanjski pravici ali pravici uporabe stanovanja (2. odstavek 111. člena). Po določbi 103. člena ZNP je zoper odločbo sodišča druge stopnje dovoljena revizija, če vrednost izpodbijanega dela pravnomočne odločbe presega vrednost, ki jo zakon o pravnem postopku predpisuje kot pogoj za dovoljenost revizije, kar najbrž dovolj zgovorno izkazuje namero zakonodajalca, da naj bo revizija dovoljena pod pogoji vsakokratne ureditve revizije v ZPP. V vseh drugih primerih ZNP revizijo zgolj na splošno dovoljuje. Za te primere in tudi druge, določene na podoben način v drugih zakonih,¹⁶ se zaenkrat na Vrhovnem sodišču večinsko zagovarja stališče, da je revizija dovoljena brez omejitev iz ZPP-D.

Revizijski postopek poteka »dvofazno«. Smisel tako zastavljenega postopka je predvsem v tem, da ima Vrhovno sodišče pri odločanju o dopustnosti revizije pred očmi zgolj ali vsaj predvsem pomen samega pravnega vprašanja, o katerem naj odloči, in ne celotne konkretne zadeve. Služi predvsem temu, da se ločeno obravnava pomembnost pravnega vprašanja od njegove pravilne rešenosti na pritožbeni ravni.¹⁷ Temu primerno je oblikovan tudi sam postopek odločanja o dopustitvi revizije. Senat treh sodnikov o njej odloči brez sodnega spisa in brez izjave nasprotne stranke, saj gre za nekontradiktoren postopek.¹⁸ Taka ureditev pa

¹⁶ Npr. po 4. odstavku 39. členu Zakona o medijih (objava popravka in odgovora) ali po 4. odstavku 50. in 4. odstavku 67. členu Zakonu o duševnem zdravju (sprejem na oddelek s posebnim nadzorom, v varovani oddelek ali v nadzorovano obravnavo).

¹⁷ Tako A. Galič v Za reformo revizije v pravnem postopku, Pravna praksa, št. 43/2007.

¹⁸ A. Galič, Novela zakona o pravnem postopku (ZPP-D), Pravna praksa, št. 22/2008.

ni brez pomanjkljivosti. Predlog za dopustitev revizije mora stranka podati v 30 dneh po vročitvi pravno močne sodbe sodišča druge stopnje (1. odstavek 367.b člena ZPP). Čeprav o tem ni posebne določbe, bo moral senat treh sodnikov presojati tudi pravočasnost vloženih predlogov za dopustitev revizije in prepozne predloge zavreči (oziroma skleniti, da revizija ni dopustna).¹⁹ To pa lahko naredi le na podlagi podatkov (iz vročilnice) o datumu vročitve pravno močne sodbe sodišča druge stopnje, ki jih vsebuje sodni spis.

Zelo redka so pravna vprašanja, ki jih je mogoče rešiti ne oziraje se na konkreten dejanski stan, ugotovljen v posamezni zadevi. Dejansko stanje, ki ga opisujejo revidenti v revizijah, je pogosto prilagojeno (zavestno ali nezavedno) želji po njeni uspešnosti. Celotno relevantno dejansko stanje tudi ni vedno razvidno iz odločbe sodišča druge stopnje, ki jo mora stranka priložiti predlogu za dopustitev revizije. Če bo senat treh sodnikov vedno odločal brez sodnega spisa, bo prihajalo do primerov, ko se bo ob odločanju o reviziji pokazalo, da sploh ne bi smela biti dovoljena.

Za obrazložitev sklepa, s katerim se predlog za dopustitev revizije zavrne, zadošča, da se senat treh sodnikov splošno sklicuje na neobstoj pogojev iz 367.a člena ZPP (2. odstavek 367.c člena ZPP). Ta določba je seveda dobrodošla, saj odločilno prispeva k nujno potrebni razbremenitvi Vrhovnega sodišča. Ima pa seveda tudi pomanjkljivost. Ta je v tem, da tretje osebe (tiste, ki niso stranke v konkretni pravdni zadevi) ne bodo vedele, zakaj je bil predlog zavrnjen. To bi lahko vodilo do kopičenja predlogov za dopustitev revizij v podobnih primerih. Neobrazloženost sklepov o zavrnitvi predlogov za dopustitev revizije bi utegnila voditi tudi do nekonsistentnosti odločanja samega Vrhovnega sodišča.

Po določbi 4. odstavka 367.a člena ZPP zoper sklep o dopustitvi revizije oziroma sklep, da revizija ni dopustna, ni pritožbe. Brez te določbe bi celotna ureditev dopuščene revizije izgubila vsak smisel.

Po določbi 3. odstavka 367.c člena ZPP Vrhovno sodišče v sklepu o dopustitvi revizije navede, v katerem delu oziroma glede katerih konkretnih pravnih vprašanj se revizija dovoli. Na tako začrtane meje revizijskega preizkusa je tudi samo vezano. Po določbi 2. odstavka 371. člena ZPP namreč v primeru dopuščene revizije sodišče preizkusi izpodbijano sodbo samo v tistem delu in glede tistih konkretnih pravnih vprašanj, glede katerih je bila revizija dopuščena. To samo po sebi ne more biti vprašljivo, če bi odločalo samo o zastavljenih pravnih vprašanjih. Vendar pa revizijsko sodišče odloči tudi o sami reviziji (zadevi).

Če revizijsko sodišče revizijo zavrne, to ne povzroči nobenih posebnih problemov. Drugače pa je, če bi reviziji ugodilo in samo odločilo o stvari. Po določbi 1. odstavka 380. člena ZPP re-

¹⁹ Prek določbe 383. člena ZPP vodi pot do 1. odstavka 346. člena ZPP, po katerem bi predlog za dopustitev revizije zavrgel že sodnik poročevalec.

vizijsko sodišče, če ugotovi, da je bilo materialno pravo zmotno uporabljeno, ugotovi reviziji in spremeni izpodbijano sodbo. Ta določba je že sama po sebi slabo oblikovana, ker ne upošteva možnosti, da je lahko odločitev kljub napačni uporabi materialnega prava še vedno pravilna.²⁰ Izjema od pravila je določena v 2. odstavku istega člena, po katerem ugotovi revizijsko sodišče s sklepom reviziji in v celoti ali deloma razveljavi sodbo sodišča prve in druge stopnje ali samo sodbo sodišča druge stopnje in vrne zadevo v novo sojenje sodišču prve oziroma druge stopnje, če ugotovi, da je bilo zaradi zmotne uporabe materialnega prava dejansko stanje nepopolno ugotovljeno in da zato ni pogojev za spremembo izpodbijane sodbe. Tako določena izjema pa zaradi omejenosti materialno pravnega preizkusa ne zajema vseh primerov, ko sprememba izpodbijane odločbe ne bi smela biti dopustna. Nemško zvezno sodišče po izrecni zakonski določbi (3. odstavek par. 557 ZPO) ni vezano na revizijske razloge.²¹ Če podvomi v pravilno uporabo materialnega prava, na katerega sicer revizije ni mogoče opreti,²² vrne po 4. odstavku par. 563 ZPO zadevo v obravnavo in odločanje pritožbenemu sodišču. Nova ureditev dopuščene revizije bo vsekakor terjala previdnost pri izvajanju reformatoričnih pooblastil revizijskega sodišča.

6. Kakšno bo število dopuščenih revizij

V splošnem velja prepričanje, da bo dopuščenih revizij sorazmerno malo, ne več kot deset odstotkov.²³ Če se opremo na izkušnje Vrhovnega sodišča zvezi z ureditvijo revizije v ZUS-1, ki sicer ni enako urejena kot dopuščena revizija po ZPP,²⁴ je pa v določeni meri vendarle podobna, bi bila ocena lahko tudi drugačna. V letu 2007 je upravni oddelek Vrhovnega sodišča obravnaval 834 revizij, zavrnil jih je 345 ali 41 odstotkov, v letu 2008 pa je obravnaval 1226 revizij, zavrnil pa je 802 revizij ali 65 odstotkov.

²⁰ Nemški ZPO ima za tak primer posebno določbo v par. 561.

²¹ Obravnavati mora procesne kršitve, ki jih mora upoštevati po uradni dolžnosti, druge zatrjevane procesne kršitve le, če so bile pravočasno grajanje, v ničemer pa ni vezano na revidentove razloge glede zmotne uporabe materialnega prava; tako tudi Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. izdaja, 2004, str. 1022.

²² Po 1. odstavku par. 545 ZPO revizije ni mogoče opreti na zmotno uporabo prava, katerega veljavnost ne sega prek območja višjega deželnega sodišča.

²³ Tako npr. A. Galič v *Za reformo revizije v pravdnem postopku*, *Pravna praksa*, št. 43/2007.

²⁴ Po določbah 2. odstavka 83. člena ZUS-1 je revizija dovoljena:

»1. če vrednost izpodbijanega dela dokončnega upravnega akta oziroma pravnomočne sodbe, če je sodišče odločilo meritorno, v zadevah, v katerih je pravica ali obveznost stranke izražena v denarni vrednosti, presega 20.000 evrov;

2. če gre po vsebini zadeve za odločitev o pomembnem pravnem vprašanju ali če odločba sodišča prve stopnje odstopa od sodne prakse vrhovnega sodišča glede pravnega vprašanja, ki je bistveno za odločitev, ali če v sodni praksi sodišča prve stopnje o tem pravnem vprašanju ni enotnosti, vrhovno sodišče pa o tem še ni odločalo;

3. če ima odločitev, ki se izpodbija v upravnem sporu, zelo hude posledice za stranko.«

Potreba po vlaganju revizij zoper odločbe sodišče druge stopnje je načeloma odvisna predvsem od:

- kvalitete odločanja pritožbenih sodišč; čim več je napačnih odločitev, toliko večja je potreba po popravkih v revizijskem postopku;
- od jasnosti in koherentnosti doktrin, teorij, konceptov, na katerih temelji odločanje Vrhovnega sodišča; pretirana kazuističnost odločanja povečuje potrebo po vedno novem odločanju, ker se ustvarja vtis, da je vsak primer specifičen in da zato terjaja posebno obravnavo;
- od kvalitete pravnih predpisov; slabi, notranje neusklajeni predpisi zahtevajo vedno nova tolmačenja;
- od pogostnosti spreminjanja pravnih predpisov; stalno spreminjanje predpisov izničuje ustaljenost sodne prakse;
- od kvalitete dela odvetnikov; če odvetnik stranki dovolj strokovno in pošteno prikaže možnosti za uspeh, prepreči vlaganje nepotrebnih pravnih sredstev.

Dopusčena revizija je bila prvič uvedena v naš pravni red z novelo ZDSS-1. Določen pa ji je bil le zelo ozek prostor za udejanjenje. Zato ni naključje, da ni mogla bistveno vplivati na revizijskih pripad zadev delovnega in socialnega oddelka Vrhovnega sodišča. Medtem ko je ta znašal leta 2004 322 zadev, pa se je v letu 2008 povzpел na 547 zadev. Ob tem se je še bistveno povečalo število pritožb zoper sklepe Višjega delovnega in socialnega sodišča. V letu 2005 je bilo pritožb le 7, v letu 2008 pa kar 127. Velikanska večina jih zadeva odločanje Višjega delovnega in socialnega sodišča o dopustnosti revizij. Zanimivi so tudi podatki o uspešnosti pritožb. Medtem ko so bile v letu 2006 zavrnjene 4 pritožbe (ob 7 pripadlih zadevah), je bilo v letu 2006 neuspešnih 26 (ob pripadu 45 zadev), v letu 2007 je bilo takih pritožb 90 (ob pripadu 134 zadev) in v letu kar 116 (ob pripadu 127 zadev). Ti podatki govoriyo v prid manjšemu odstotku dopuščenih revizij.

7. Potreba po drugačni organiziranosti Vrhovnega sodišča

Ni mogoče dovolj poudariti pomena enotne sodne prakse samega Vrhovnega sodišča. Če tega ne zagotavlja, postane poglavitna ovira za hitrejše sojenje na nižjih stopnjah. Najpomembnejši razlog za zastoje v zahtevnejših zadevah je namreč v tem, da sodnik ne ve, kako naj reši pravna vprašanja. Ob slabih zakonih (z dvoumnimi, protislovnimi ali nepopolnimi pravnimi pravili) se lahko opre predvsem na (ustaljeno) sodno prakso. V kontekstu nove ureditve revizijskega odločanja problem samo še pridobiva pomen.

Najbolj splošno vzeto sodni senati različno odločajo zato, (a) ker ne vedo za drugačno odločanje drugih senatov, ali (b) če obstajajo med senati čvrsto zasidrana drugačna stališča o istem vprašanju (vedo, da drugi drugače mislijo, pa vztrajajo pri svojem). Prvih primerov je

neprimerno več kot drugih. Povzroča jih prav organiziranost Vrhovnega sodišča in utečene metode dela.

Vrhovno sodišče sestavljajo oddelki. Smisel take organiziranosti je lahko zgolj v tem, da se znotraj oddelkov zagotovi poenotenje sodne prakse. Taka organiziranost pa ima svoje pomanjkljivosti, ki se pokažejo v primerih prevelikih in (v nekaj manjši meri) tudi premajhnih oddelkov. Prevelik oddelek je neobvladljiv. Nikogar ni, ki bi imel pregled nad vsemi tekočimi zadevami in bi lahko opozarjal na divergentno sodno prakso. Za odstopajoče odločitve vodja oddelka zve šele, ko so že sprejete. Poleg tega ni nobene logike v tem, da bi se moral senat, ki je odločal kasneje, držati odločitve, ki jo je sprejel drug senat pred njim, samo zato, ker je bila po nekem naključju sprejeta prej. Pri majhnih oddelkih je problem v tem, da je senat, ki odloča o zadevah, naključno izbran in »gostujoči« člani senata (iz drugih oddelkov) včasih ne sodelujejo dovolj aktivno pri odločanju o zadevah, ki »niso njihove«.

Rešitev bi bila najbrž v tem, da bi bilo Vrhovno sodišče razdeljeno na senate, in ne na oddelke. Nemško Zvezno sodišče ima npr. 12 civilnih senatov s po sedmimi do devetimi sodniki. Vsakemu senatu je določena (in vnaprej objavljena) drugačna stvarna pristojnost. Senati zato praviloma ne posegajo na področje drugega senata. Na ta način je znotraj senatov zagotovljeno enotno odločanje. Isti sodniki pač odločajo v bistveno enakih primerih enako.

Zakon o sodiščih (ZS) je iz prejšnje ureditve, veljavne še v času nekdanje SFRJ, prevzel načelna pravna mnenja in pravna mnenja. Jasne distinkcije med njimi v ZS ni najti. V 1. točki 110. člena je rečeno le, da Vrhovno sodišče »sprejema načelna pravna mnenja o vprašanjih, ki so pomembna za enotno uporabo zakonov«, v 2. točki pa, da »sprejema pravna mnenja o vprašanjih sodne prakse«. Po eni strani si je težko predstavljati, da enotna uporaba zakonov ni kar se da tesno povezana z vprašanji sodne prakse, po drugi strani pa tudi, zakaj bi Vrhovno sodišče sprejemalo tudi taka pravna mnenja, ki niso pomembna za vprašanja sodne prakse. Pomembnost vprašanja za sodno prakso je torej nujen pogoj za sprejem tako načelnih pravnih mnenj kakor tudi pravnih mnenj in na tej podlagi ni mogoče potegniti ločnice med njimi. V praksi se zgornji določbi tolmačita tako, da se načelno pravno mnenje sprejme tedaj, ko (še) ni nobenega judikata o spornem vprašanju, pravno mnenje pa tedaj, ko je podlaga za njegov sprejem že sprejeti judikat.

Načelna pravna mnenja nastajajo po povedanem neodvisno od konkretnega primera. Zato se z njimi ustvarja situacija, v kateri Vrhovno sodišče na neki način izdaja splošne abstraktne pravne akte. To pa je z ustavnopravnega vidika najbrž lahko vsaj sporno, če že ne povsem nesprejemljivo. Vrhovno sodišče je postavljeno v vlogo razlagača predpisov, ne da bi ga k temu silila konkretna zadeva, v kateri mora odločiti na podlagi vloženega pravnega sredstva. Velik problem načelnih pravnih mnenj pa je tudi v tem, ker se z njimi odloči o pravem vprašanju, ne da bi se v sodni praksi sploh pokazalo, v čem je pravzaprav dejanski problem, in

ne da bi stranke imele kakršenkoli vpliv na njihovo oblikovanje. Pravica do izjave, utemeljena z določbo 1. odstavka 6. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin terja, da se strankam omogoči, da vplivajo tudi na pravne zaključke sodišča. Kljub temu ni mogoče zanikati nekaterih praktičnih koristi, ki jih nudi možnost sprejemanja načelnih pravnih mnenj. Te so gotovo v tem, da ni treba čakati na sprejem ustrezne sodne odločbe. Odziv Vrhovnega sodišča na probleme sodne prakse je zato lahko hitrejši.

V praksi se je sprejemanje načelnih pravnih mnenj in pravnih mnenj praktično skoraj povsem opustilo. Pogosto se občna seja niti ne skliče v predvidenem terminu, ker ni o čem odločati.

8. Potreba po drugačnem postopku pri revizijskem odločanju

Postopanje Vrhovnega sodišča pri odločanju o dopustnosti predloga za dopustitev revizije in za odločanje o sami reviziji je urejeno pomanjkljivo in zastarelo.

Po sedANJI ureditvi je pričakovati, da bo isti sodnik (sodnik poročevalec) poročal v senatu trojice, ki bo odločala o dopustitvi revizije, kakor tudi v senatu, ki bo odločal o sami reviziji. To bi kazalo spremeniti. Na sodnikovo poročanje o dopustnosti revizije ne sme vplivati težavnost pravnih vprašanj, ki se jih bo moral lotiti v primeru dopustitve revizije, niti morebitna medijska ali drugačna občutljivost primera. Najprimerneje bi bilo, da bi se oblikoval poseben senat za odločanje o vseh civilnih in gospodarskih zadevah. Na ta način bi se zagotovila, vsaj v začetnem obdobju, tudi čim bolj enotna uporaba kriterijev za dopustitev revizij.

Po določbi 2. odstavka 346. člena ZPP, do katere pridemo s pomočjo določbe 383. člena ZPP, se postopek odločanja o sami reviziji odvija tako, da sodnik poročevalec pripravi poročilo za obravnavo na senatu. To poročilo je podlaga za sprejem odločitve na seji senata in brez obravnave (376. člen ZPP). Skoraj vsa teža reševanja zadeve je položena na njegova ramena.²⁵ Tak postopek je bil gotovo primeren za čas, ko je bilo Vrhovno sodišče preobremenjeno z zadevami. V na novo nastalih razmerah, ko bo odločanja o samih revizijah bistveno manj, terjalo in omogočalo pa bo bolj poglobljeno odločanje o zadevah, je tak način dela povsem neprimeren. Sodnik poročevalec bi moral zagotavljati le vse potrebne informacije za odločanje senata. Po udarek pri delu senata bi se moral premakniti od izreka odločitve na obrazložitev. Primerno bi bilo, da bi senat odločil o celotni vsebini odločbe, ne le o izreku.

V novih razmerah tudi ni več razloga, da pri odločanju o reviziji ne bi bila opravljena obravnavna. Ustna predstavitev argumentov strank lahko le prispeva k boljšemu razumevanju, v čem

²⁵ V glavih sodnikov in najbrž tudi strank je še vedno predstava, da prav sodnik poročevalec »reši« zadevo; tudi v merilih o pričakovanem obsegu dela sodnikov, ki ga je sprejel Sodni svet, šteje pri instančnih sodnikih le poročevalstvo v zadevi, ne pa tudi samo sodelovanje v senatu.

je spor med strankama, in k boljši odločitvi. Pri strankah pa tudi utrjuje prepričanje, da so bili njihovi argumenti slišani, da niso bili spregledani.

9. Potreba po enotnejši ureditvi postopkov pred Vrhovnim sodiščem

Če ni utemeljenega razloga, ki korenini v različni naravi samih zadev, se sodni postopki pred Vrhovnim sodiščem ne bi smeli razlikovati med seboj. Trenutna situacija pa je naravnost bizarna. Vrhovno sodišče je v številnih postopkih postavljeno celo v vlogo prvostopenjskega sodišča. To so npr. postopki po Zban-1, ZZavar, ZTFI, Zrev-2, ZPOmK-1. Ne le, da je vsak malo drugače urejen, kar otežuje položaj tako strankam kakor tudi Vrhovnemu sodišču, pač pa tudi ni videti, po kakšnem vzgledu so ti postopki naprteni prav Vrhovnemu sodišču. Če vzamemo npr. samo ureditev po ZPOmK-1 in jo primerjamo z ustrežno nemško ureditvijo, vidimo, da ni nikakršne podobnosti. Po našem zakonu odloča v postopku sodnega varstva Vrhovno sodišče Republike Slovenije v senatu treh sodnikov (56. člen).²⁶ Po ureditvi v nemškem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen se lahko stranke zoper odločbo kartelnega organa (organa, pristojnega za varstvo konkurence) pritožijo na pristojno višje deželno sodišče (par. 63).²⁷ Zoper odločbo višjega deželnega sodišča je možna še t. i. dopuščena revizija (glede pravno pomembnih vprašanj) na Zvezno sodišče (Bundesgerichtshof). Tudi v drugih pravnih redih velja podobna ureditev. V Veliki Britaniji odloča o pritožbah zoper odločbe Office of Fair Trading posebno sodišče, Competition Appeal Tribunal. Zoper njegove odločbe je možna pritožba na Court of Appeal (oziroma Court of Session na Škotskem in Court of Appeal v Severni Irski) zaradi nepravilne uporabe prava. Sedanja ureditev ne samo, da počne prav nasprotno, kar se želi doseči z novelo ZPP-D, pač pa tudi povsem neutemeljeno zožuje pravice strank do sodnega varstva.

10. Sklep

Nova ureditev revizije, ki jo zaznamuje predvsem uvedba dopuščene revizije, je gotovo daljnosežnejša, kot se morda zdi na prvi pogled. Razbremenila bo tisti del Vrhovnega sodišča, ki odloča v pravnem postopku, in mu omogočila, da se bo ukvarjalo na dovolj poglobljen

²⁶ Tožnik v tem postopku ne more navajati novih dejstev in predlagati novih dokazov (57. člen). V 58. členu je določeno, da (Vrhovno) sodišče preizkusi odločbo urada v mejah tožbenega zahtevka in mejah razlogov, ki so navedeni v tožbi, pri tem pa po uradni dolžnosti pazi na bistvene kršitve določb postopka v skladu s tretjim odstavkom 27. člena Zakona o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/06), v 59. členu pa, da odloča praviloma brez obravnave.

²⁷ Višje deželno sodišče raziše dejansko stanje po uradni dolžnosti, torej tudi mimo predlogov strank, ki sicer po izrecni zakonski določbi lahko navajajo tudi nova dejstva in nove dokaze (1. odstavek par. 63).

način z bistvenimi vprašanji sodne prakse. Vrhovno sodišče bo s tem prevzelo izjemno odgovornost za delovanje celotnega sodnega sistema in s tem pravne države sploh. Pri tem bo morale s pretanjenim občutkom za pravo mero tehtati med interesi strank v posameznih revizijskih zadevah in interesi pravnega sistema. Najprej bo morale rešiti marsikatero praktično težavo, ki se že kaže ali se bo še pokazala ob udejanjanju novega sistema dopuščene revizije. Da bi svojo vlogo najvišjega sodišča v državi lahko uspešno opravičila tudi v očeh javnosti in strank postopka, pa bo najbrž treba temeljito razmisliti o drugačnih metodah dela in o drugačni organiziranosti.

Literatura

- H. W. Fasching, Lehrbuch des oesterreichischen Zivilprozessrechts, 2. izdaja, 1990.
Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. izdaja, 2004.
Rechberger – Simotta, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren, 6. izdaja, 2003.
A. Galič, Novela zakona o pravdnem postopku (ZPP-D), Pravna praksa, št. 22/2008.
A. Galič, Za reformo revizije v pravdnem postopku, Pravna praksa, št. 43/2007.
D. Wedam - Lukić, Ali naj bo dovoljenost revizije v »diskreciji« vrhovnega sodišča?
Pravna praksa, št. 36/2007.
L. Ude, Reforma revizije in zahteva za varstvo zakonitosti, Podjetje in delo, št. 7/2007.
Poročevalec DZ, št. 21/2008.

Izvorni znanstveni članek
UDK 347.91/.95(497.4)

Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji

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

1. Uvod

Do doslej najpomembnejše novele Zakona o pravnem postopku¹ je prišlo v letu 2008 (nove-la ZPP-D). Najpomembnejša vsebinska novost se sicer nanaša na institut dopuščene revizije, obširne pa so tudi spremembe pritožbenega postopka. Vendar je do pomembnih, deloma tudi spornih novosti prišlo tudi glede postopka na prvi stopnji. V prispevku poskušam podati od-govore na nekatera vprašanja, ki so se v prvem letu izpostavljala na različnih predstavitvah za sodnike, za odvetnike ter za pravnike v gospodarstvu.

2. Prekluzije

1. Ali mora sodišče, ko na naroku v okviru materialnega procesnega vodstva opozarja stranke na pomanjkljivosti, vedno dati rok za odpravo le teh ali pa sodnik lahko zahteva, da stranka ustrezne navedbe in dopolnitve poda že na naroku?

Določbi čl. 286/2 in 286.a člena ZPP na neki način razširjata materialno procesno vodstvo na pisne faze postopka. Vendar to nikakor ne pomeni, da se spreminja uveljavljen način postopa-nja sodišča na naroku. Izvajanje materialnega procesnega vodstva na naroku ostaja primarno (omenjeni določbi čl. 286/2 in čl. 286.a sta le možnosti, ki ju sodišče lahko uporabi). Tudi ravnanje sodišča in strank na naroku se zato ne spreminja. Ali bo sodišče v primeru, ko materi-alno procesno vodstvo izvaja na naroku, od stranke zahtevalo takojšnjo izjavo ali pa ji bo dalo rok, v katerem naj sodišču predloži npr. pisne dokaze ali se pisno izjavi, je odvisno od okoliščin primera in prepuščeno presoji sodišča.² Novela ZPP-D glede tega ničesar ne spreminja.

¹ ZPP, Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

² Tako tudi Cerar, str. 66.

2. *Po uveljavitvi ZPP-D so se v praksi razširili pozivi, kakršen je naslednji: »Pošiljamo vam odgovor na tožbo nasprotne stranke, ter vam hkrati določamo rok 8 dni, da vložite pripravljalno vlogo, v kateri boste odgovorili na navedbe iz prejetega odgovora na tožbo ter hkrati za svoje navedbe predložili ustrezna dokazila. Če v danem roku ne boste vložili pripravljalne vloge oziroma predložili listin, se kasnejše vloge ne bodo upoštevale, razen če jih stranka predhodno brez svoje krivde ni mogla predložiti ali če njihova dopustitev po presoji sodišča ne bi zavlekla reševanja spora (2. odst. in 4. odst. 286.a člena ZPP).«*

Takšni pozivi ne ustrezajo smislu novele ZPP-D. V čl. 286/2 ZPP je sedaj res vsebovana možnost, da sodišče z ustreznimi pozivi strankam doseže, da stranke več ne bodo imele neomejene možnosti navajanja novih dejstev in dokazov na prvem naroku. Vendar je določba uravnotežena, saj ob tem, ko postavlja dodatno breme strankam (nujnost pravočasnih navedb pod grožnjo prekluzije), predpostavlja tudi ustrezno pripravo sodnika. Le sodnik, ki se je na zadevo že sam dobro pripravil (ki je torej vloge strank že proučil in postavil preliminarno pravno kvalifikacijo), bo lahko podal usmerjena vprašanja, s katerimi stranki vzpodbudi, da se dodatno izjavijo o tistem, kar je za odločitev relevantno.³ Pozivi pred prvim narokom po čl. 286/2 ZPP ne bi smeli biti »po vzorcu«.⁴ Ne le, da mora sodišče oceniti, koliko dolg mora biti rok za izjavo, da ne pride do nesorazmerne omejitve pravice do izjavljanja in s tem kršitve jamstev iz 22. člena Ustave (8 dni je le zakonski minimum, kar pa ne pomeni, da je ta minimum v vsakem primeru tudi ustrezen – npr. ob zelo obsežnih vlogah strank v zapleteni gospodarski zadevi). Predvsem je bistveno, da iz čl. 286/2 dovolj jasno izhaja, da morajo biti pozivi sodišča dovolj konkretizirani in usmerjeni. Treba je namreč upoštevati, da s pozivom po čl. 286/2 sodišče omeji možnost stranke, da na prvem naroku neomejeno navaja nova dejstva in dokaze, s tem pa tudi smiselnost materialnega procesnega vodstva na prvem naroku. MVP se zato s pozivom po čl. 286/2 prestavi v pisno fazo postopka.⁵ Zato velja logika: kakor na prvem naroku za glavno obravnavo sodnik (praviloma) ne bi zadostil zahtevam čl. 285 ZPP, če bi strankam le rekel, »če želite odgovoriti na navedbe nasprotnika, to storite«, tako tudi ni dovolj, če je takšen poziv sodišča dan po čl. 286/2 ZPP. Obstaja pa še tretji razlog proti pozivom »po vzorcu«: čl. 286/2 ZPP daje sodišču le možnost. Ali jo sodišče izkoristi, je odvisno od okoliščin primera. Nekateri primeri so, nekateri pa niso primerni za pisni pripravljalni postopek. Uporaba čl. 286/2 ZPP mora biti posledica premisleka sodnika (in tudi ustreznega poznavanja spisa). Slednje seveda ne pomeni, da naj sodišče, če se odloči, da čl. 286/2 ZPP ne bo uporabilo, npr. odgovora na tožbo ne pošlje tožeči stranki. Pomeni le, da ta vročitev odgovora na tožbo pač ne bo vezana na poziv na odgovor pod grožnjo prekluzije po čl. 286/2 ZPP.

³ Tudi v tem je najbrž razlog, da novost v praksi še ni prav zaživela. Voglar ugotavlja, da od sodnika zahteva dodatno aktivnost, podroben študij zadeve in skrbno oblikovanje vprašanj ter napotil strankam. Nekaterim sodnikom je, kot ugotavlja avtor, takšno delo odveč, po drugi strani pa je slaba tudi odzivnost strank. Voglar, str. 1654.

⁴ Enako Voglar, str. 1654.

⁵ O tem glej Bergant Rakočević, str. 1602.

Res je, da čl. 286.a ZPP v drugem odstavku določa, da sodišče stranki lahko določi rok, v katerem naj predložijo naslednjo pripravljalno vlogo, in to *tudi po prejemu odgovora na tožbo*. Pri tem pa ne določa, da bi sodišče moralo stranki postaviti kakšna usmerjena vprašanja. Vendar pa je pozive pred narokom po čl. 286a/2 (glede pripravljalne vloge po prejemu odgovora na tožbo) treba obravnavati v kontekstu čl. 286/2 ZPP. Iz tega pa nedvomno izhaja, da morajo biti pozivi vsebinsko usmerjeni – takšne pa lahko izdelata le sodnik, ki je vloge strank že sam proučil.

Predvidevam, da bodo sodišča tudi sama kmalu ugotovila, da se postavljanje (kratkih) rokov za vlaganje nadaljnjih odgovorov (tožniku glede navedb toženca v odgovoru na tožbo in nato tožencu v pripravljalni vlogi tožnika itd.) ne izplača in da koristi od takšnega vodenja postopka ni. Stranke bodo namreč v strahu pred prekluzijo najbrž skoraj vedno podale nove pripravljalne vloge (»odgovore«), kar bo v primeru, ko med vložitvijo tožbe in prvim narokom poteče npr. eno leto, povzročilo zasutje sodišča s pripravljalnimi vlogami. Za racionalizacijo postopka in ustrezno pripravo glavne obravnave to ne more biti koristno.

4. Je na prvem naroku dokaze dovolj predlagati ali jih je treba tedaj tudi že predložiti (če gre za dokaze, ki so v posesti stranke – listine)?

To vprašanje ni izključno povezano z novelo ZPP-D, saj isti problem lahko nastane že z uporabo splošnih pravil o prekluziji po čl. 286/1 ZPP. Določba govori o »ponudenu« dokazov. Ali stranka listinski dokaz »ponudi« že s tem, da se na listino sklicuje, ali pa jo mora (če je v njeni posesti) tudi že predložiti. Vendar glede na smisel določb o prekluzijah ni pretirano od stranke pričakovati, da bo h koncentraciji in pospešitvi postopka prispevala s tem, da bo listino, na katero se je predhodno sklicevala, prinesla s seboj na prvi narok. Beseda »ponuditi« takšno razlago omogoča. Obenem tudi ni poseg v pravice stranke, če se od nje pričakuje, da bo listino, ki je v njeni posesti in na katero se sklicuje, sodišču predložila vsaj na prvem naroku. Od uveljavitve novele ZPP-D dalje pa je sodniku dana tudi možnost, da stranko, ki se je (npr. v tožbi ali odgovoru na tožbo) sklicevala na listino, nato po čl. 286/2 ZPP pozove, da to listino (pod grožnjo prekluzije) tudi predloži še pred prvim narokom.

5. Kakšen smisel ima določba o prekluzijah v zvezi z pozivom stranki, da navede svoja pravna naziranja in da predloži sodno prakso, na katero se sklicuje (čl. 286a/1 ZPP), če glede uporabe prava velja načelo iura novit curia?

Upoštevati je treba, da je Ustavno sodišče vzpostavilo zahtevo, da se mora sodišče opredeliti do nosilnih pravnih argumentov⁶ ter da se mora opredeliti do argumenta precedensa.⁷ Če navedbe strank (po pozivu) s tem v zvezi niso pravočasne, odpade dolžnost sodišča, da bi se

⁶ Odločba US RS Up 373/97.

⁷ Sklep US RS Up 203/01.

moralo do teh navedb v obrazložitvi sodbe opredeliti. Seveda pa bo sodišče tako in tako tudi prepozne pravne navedbe strank, če jih bo štelo za tehtne, upoštevalo pri odločanju.

6. Prekluziji po čl. 286. in 286.a se stranka, ki navedbo poda po poteku roka, izogne ne le v primeru, ko izkaže pogoj nekrivde, pač pa tudi v primeru, če dopustitev zapoznele navedbe »ne bi zavlekla reševanja spora«. Kako tolmačiti ta pravni standard?

Predvsem je treba pojasniti, da ne gre za standard namena zavlačevanja (*dolus coloratus*).⁸ Za stališče, da naj bi bila zapoznela navedba dopustna že tedaj, ko stranki ni mogoče očitati namena zavlačevanja, v besedilu zakona očitno ni opore. Standard je drugačen: gre le za preizkus objektivnega učinka na *zavlečenje* postopka, ne pa za subjektivni očitek strankinega *zavlačevanja*. Zavlečenje postopka ni nujno posledica zavlačevanja strank. Da bi za dopustitev zapoznele navedbe zadoščalo že, da stranka ni imela namena zavlačevanja, v sistemu ZPP-D tudi ne bi imelo nobenega smisla. Pogoj »nekrivde« je že samostojen subjektiven razlog za dopustitev zapoznele navedbe. Če bi za dopustitev zapoznele navedbe zadoščal že izkaz stranke, da »ni imela namena zavlačevanja«, za opredelitev posebnega (strožjega) pogoja nekrivde (ki vključuje tudi malomarnost) ne bi bilo nobene potrebe.

Relevantni sta zato le drugi dve možni razlagi. Gre za isto problematiko, kot je obširno že obravnavana v nemškem pravu, od koder so določbe o prekluzijah in o rešitvi pred prekluzijami tudi (nepopolno) prevzete. Pri standardu »zavlečenja« (tj. podaljšanja) postopka gre za dilemo, ali naj se uporabi absolutni ali relativni kriterij (*Absoluter oder relativer Verzögerungsbe-griff*). Pri absolutnem kriteriju je preizkus naslednji: ali bi postopek trajal dlje, če se prepozen dokaz izvede, kot če se ne izvede. Po tem kriteriju je stranka prekludirana npr. v primeru, če bi bilo brez zapoznele navedbe treba izvesti več narokov, kot če se zapoznele navedbe ne upošteva (vendar: če bi sodišče tako ali tako še moralo izvesti narok, npr. zaradi dokaza z izvedencem ali za zaslišanje pravočasno predlaganih prič,⁹ potem v običajnem položaju postopka ne bo zavleklo, če se na tem naroku zasliši še prepozno predlagano pričo;¹⁰ vsaj kolikor to ne bi od sodišča zahtevalo obširne spremembe delovne metode spora). Po absolutnem kriteriju postopka ne zavleče (vsaj ne nujno), če stranka npr. priče ne predlaga dovolj zgodaj, vendar jo pripelje s seboj na narok (razen če bi sodišče ocenilo, da se na zaslišanje te priče ni moglo ustrezno pripraviti ali če bi ocenilo, da je zaradi varstva načela kontradiktornosti nasprotni stranki treba dati čas, da se pripravi na zaslišanje priče). Do zavlečenja v slednjem primeru pride tudi, če sodišče zato, ker ni moglo računati na (prepozen) dokazni predlog, ni predvidelo dovolj časa za izvedbo naroka in bi zato dopustitev dokaza povzročila nujnost novega naroka. Pri relativnem kriteriju (imenovanem tudi hipotetičen preizkus) pa se mora sodišče

⁸ O zavlačevanju postopka (sicer brez podrobnejše obrazložitve) govori s tem v zvezi Ude in Rijavčeva, str. 48.

⁹ Glede zadnjega enako: Cerar, str. 65.

¹⁰ Tako v Nemčiji; glej Stein, Jonas, 22. Aufl., Band 4, robna št. 58.

vprašati, ali bi v primeru, da se dokaz izvede, postopek bil daljši, če je bil ta dokaz predlagan prepozno, kot če ne bi bil predlagan prepozno. V nemški sodni praksi je prevladal strožji, to je absolutni kriterij.¹¹ Zvezno sodišče je utemeljilo, da pravna varnost zahteva, da se sodišem ni treba ukvarjati s špekuliranjem, koliko bi postopek trajal, če bi navedba bila dana pravočasno in ali bi to bilo enako kot v primeru dopustitve zapoznele navedbe. Vendar je Ustavno sodišče ta stališča precej razrahljalo. Sedaj (poenostavljeno) vendarle prevladuje zahteva, da sodišče prepozno navedbo mora dopustiti, če je očitno (ugotovljivo brez napora), da bi postopek tudi brez zamude pri navedbah trajal enako dolgo. Če pa obstaja možnost, da bi prav zaradi zamude pri navedbah strank prišlo do zamud in zapletov v postopku, je treba odločiti v prid prekluziji.¹²

7. Sodišče materialnega procesnega vodstva (pozivi po čl. 286/2 ZPP) pred prvim narokom ni izvajalo. Na prvi narok nato stranka prinese pripravljalno vlogo. Ali je to dopustno ali pa velja prekluzija iz čl. 286a/4 ZPP?

Določba čl. 286.a/4 o tem, da mora stranka sodišču pripravljalne vloge poslati *dovolj zgodaj, da jih je mogoče vročiti nasprotni stranki pravočasno pred narokom*, tako da zaradi zagotovitve pravice nasprotne stranke do izjavljanja ne bo potrebna preložitev naroka, je splošna in ne razlikuje med prvim narokom in drugimi naroki. Iz te določbe bi torej izhajalo, da stranka (obsežne) pripravljalne vloge (take, ki bi zahtevala preložitev naroka zaradi zagotovitve kontradiktornosti postopka) na prvi narok ne more prinesiti.¹³ Vendar je to stališče sporno. Iz čl. 286/2 ZPP namreč izhaja, da je stranka z navedbami na prvem naroku prekludirana le, če je sodišče na ustrezen način s pozivi izvajalo materialno procesno vodstvo pred narokom. Če teh pozivov ni bilo, velja ureditev po čl. 286/1, kakršna obstaja že od leta 1999 dalje: na prvem naroku lahko stranke neomejeno navajajo nova dejstva in dokaze.¹⁴ Ali velja to tudi za (obsežne) pripravljalne vloge? Sam vedno bolj (kljub resnim argumentom tudi za nasprotno stališče¹⁵) menim, da prekluzija iz čl. 286a/4 glede pripravljalnih vlog velja tudi za položaj, ko stranka

¹¹ Glej Npr. BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988.

¹² Glej (vključno s citirano sodno prakso) Stein, Jonas, 22. Aufl., Band 4, robna št. 66–68.

¹³ Prinese lahko vlogo, ki jo lahko sodišče in nasprotna stranka proučita hitro, na naroku. Takšna zapoznela vloga namreč ne zavleče postopka (čl. 286a/5 ZPP). Isto velja za primer, ko sodišče namerava izvesti več narokov, pripravljalna vloga, ki jo je stranka predložila na prvem naroku, pa nima takšne vsebine, da bi lahko vplivala na tek tega naroka. V tem primeru se namreč postopek zaradi tega, ker bo sodišče nasprotni stranki dalo rok za opredelitev glede navedb v pripravljalni vlogi, ne zavleče.

¹⁴ Tako Cerar, str. 64. Avtorica zastopa stališče, da je na prvem naroku prekluzija (glede česarkoli, torej tudi glede pripravljalnih vlog, ki jih stranka vloži po lastni iniciativi) dopustna le, če so bili pred tem narokom dani ustrezni, usmerjeni pozivi po čl. 286/2 ZPP.

¹⁵ Cerar (str. 65) meni, da se sodišče pred tem, da stranke na prvi narok prinesejo pripravljalne vloge, lahko »ubraniti« le tako, da uporabi instrumentarij pisnih pozivov po čl. 286 ZPP. Res je, da je prednost tega stališča v tem, da sodišča stimulira k izvajanju pooblastil iz čl. 286 ZPP pred prvim narokom za glavno obravnavo.

pripravljajno vlogo prinese na prvi narok. Ni upravičenega razloga, da bi tolerirali ravnanje stranke, ki potem, ko so bile vse vloge (tožba, odgovor na tožbo) izmenjane že npr. eno leto pred prvim narokom (in je torej stranka imela kar eno leto časa, da s pravočasno predložitvijo pripravljajne vloge zagotovi, da se bo prvi narok lahko vsebinsko obravnaval), ne predloži pravočasno pripravljajne vloge. Predvsem pa ga tudi ni mogoče opravičevati z argumentom, da bi s prekluzijo v tem primeru žrtvovali vsebinsko kvaliteto sodnega varstva na račun nekih procesnih operacij. Prav nasprotno je res: omenjeni primer (kakršnih je v praksi veliko) zelo nazorno pokaže, da grožnja s prekluzijo posledično izboljša prav vsebinsko kvaliteto sodnega varstva. Ta je namreč nedvomno boljša, če se lahko tako sodišče kot tudi nasprotna stranka pravočasno seznanita z relevantnimi navedbami stranke in se na novo odprte vidike ustrezno pripravita. To stališče tudi ne posega v institut materialnega procesnega vodstva (čl. 285 ZPP). Ni ovire, da stranka na prvem naroku poda dejanske navedbe in dokazne predloge, če je to posledica obveznosti izvajanja materialnega procesnega vodstva.

Vsekakor pa mora pristop biti isti za primer, če stranka na narok pripravljajno vlogo prinese, in za primer, če na naroku pripravljajno vlogo želi prebrati (»diktirati na zapisnik«). To izhaja iz 5. odst. čl. 286a ZPP.

8. Ali gre za relativno bistveno kršitev postopka, če sodišče prve stopnje upošteva navedbo, ki bi jo bodisi po čl. 286 bodisi po čl. 286a ZPP moralo šteti za nedopustno?

Za relativno bistveno kršitev postopka gre, če je ta mogla vplivati na pravilnost in zakonitost sodbe. Vprašanje je, ali se pojem »pravilnost in zakonitost« sodbe nanaša le na njen vsebinski vidik – v smislu, ali je sodba takšna, da zagotavlja pravno varstvo resničnemu nosilcu pravice iz materialnopravnega razmerja. Vendar bi moral preizkus biti drugačen. Vprašati se je treba, ali bi sodna odločba brez določene procesne kršitve bila enaka, ali je torej kršitev vplivala na rezultat postopka.¹⁶ Tako kot tudi glede drugih vidikov ne velja, da je sodba pravilna in zakonita le, če je »odsev« resničnega stanja v materialnopravnem razmerju. Saj tudi sodba, s katero sodišče npr. ugotovi zahtevku, ker toženec nikoli ni navedel ugovora spolnitve (čeprav v resnici obveznost je izpolnil), ni »nepravilna in nezakonita« zgolj zato, ker ne »odseva« resničnega stanja iz materialnopravnega razmerja. Sodba je glede na to, kar je sodišče moglo in *smelo* upoštevati, pravilna. V nasprotnem primeru bi morali reči npr., da tudi ravnanje sodišča, ki mimo navedb upošteva dejstva, ki jih stranki nista zatrjevali, ali ki izvede dokaz, ki ga nobena od strank ni predlagala, ali ki izvede dokaz, pridobljen s kršitvijo človekovih pravic (npr. pravice do zasebnosti – pa se ob tehtanju izkaže, da ta dokaz ne bi smel biti izveden), ali sodba, pri kateri je sodišče ignoriralo, da je bil zamujen procesni prekluzivni rok za vložitev tožbe, ali pa je celo ignoriralo, da prišlo do pripoznave zahtevka, na instanci ne bi smela pasti. Saj je po omenjeni logiki sodba zaradi teh kršitev kvečjemu »še bolj pravilna« (v smislu, da izraža

¹⁶ Obširno: Zobec v: Ude in drugi, 3. knjiga, str. 260–261.

resnično stanje v materialnopравnem razmerju). Morda je ta sodba na neki poenostavljeni način res »pravilna«. Gotovo pa ni zakonita. Enako mora načeloma veljati tudi glede kršitve pravil o prekluzijah po čl. 286 ZPP. Če bi sodba brez kršitve bila drugačna, je podan zakonski stan iz čl. 339/1 ZPP in gre za relativno bistveno kršitev postopka. Morebitno nestrinjanje ali zavračanje instituta prekluzij kot takšnih ne bi smelo povzročiti, da se zgolj zato glede njih vzpostavlja drugačen standard preizkusa relativno bistvenih kršitev postopka, kot velja za druge procesne institute. Seveda to lahko povzroči, da bo tisti, ki je resnični upravičenec iz materialnopравnega razmerja, na koncu lahko ostal brez ugodne sodne odločbe.¹⁷ Pa vendar je to posledica, ki jo procesno pravo že ves čas nosi s seboj, pa zato še nisem zasledil, da bi npr. bilo treba dopustiti tudi prepozno pritožbo, »če je ta res utemeljena«. Ob tem pa bi povsem isti pomislek lahko postavili že pred sodnika prve stopnje. Ni logično, da bi neko procesno določbo smelo upoštevati sodišče prve stopnje, sodišče druge stopnje pa ne (češ, da se ne sme zgoditi, da bi zato resnični upravičenec iz materialnopравnega razmerja ostal brez sodnega varstva).

Vendarle se postavlja določen pomislek. Določbe o prekluzijah po čl. 286 in 286a ZPP niso same sebi namen. Namen prekluzij je, da »aktivirajo« stranke, kar pozitivno vpliva na vsebinsko pripravo zadeve ter koncentracijo in pospešitev postopka. Če sodišče prve stopnje določbe zakona o prekluzijah prekrši, je za zagotovitev tega cilja že prepozno. Sankcioniranje na pritožbeni stopnji je lahko celo kontraproduktivno – postopek bo trajal še dlje (še posebej če bi prišlo do razveljavitve sodbe in vrnitve zadeve v nov postopek). To je vsekakor resen protiargument in zato je v Nemčiji sprejeto stališče, da se kršitev pravil o prekluziji na pritožbeni stopnji ne da več sanirati. Vendar je pri tem treba upoštevati, da je preizkus, ali bi upoštevanje prepozne navedbe zavleklo postopek (in je v nasprotnem primeru tudi prepozna navedba dopustna), v Nemčiji tudi izrecno vključen v določbe o prekluzijah (npr. par. 296 ZPO).¹⁸ Velja torej logika: ker lahko sodišče prve stopnje pri tehtanju o uporabi določb o prekluzijah upošteva vidik »zavlečenja postopka«, lahko to stori tudi višje sodišče. V Sloveniji pa to velja le za nove določbe o prekluzijah po čl. 286/2 in čl. 286a ZPP. Ni pa ta omilitev (da se upošteva tudi prepozno navedbo, če to ne bi zavleklo reševanja spora) vključena v splošno pravilo o prekluziji iz čl. 286/1, 4 ZPP – torej tisto, kar je bilo v ZPP uvedeno že leta 1999). Glede na zadnjo ugotovitev in upoštevanje stališča nemške teorije in sodne prakse je zato mogoče zastopati tudi stališče, da je kršitev splošnega pravila o prekluziji (čl. 286/1,4) na instanci treba upoštevati, novih določb o prekluzijah po čl. 286/2, 3 in po čl. 286a ZPP pa ne. Le pri slednjih je namreč v samo normo vključena presoja, ali bi njihovo upoštevanje zavleklo reševanje spora, in možno je šteti, da mora to upoštevati tudi sodišče druge stopnje.

¹⁷ Pomisleke glede stališča, da pritožbeno sodišče upošteva kršitev, da sodišče prve stopnje ni uporabilo določb o prekluzijah, ima npr. Wedam Lukić, Profesor Cigoj ..., str. 64.

¹⁸ Glej sodno prakso, citirano v: Stein, Jonas, 22. Aufl., Band 4, robna št. 184 k par. 296.

Vendar je po drugi strani treba upoštevati tudi vidik enakosti pred zakonom in vidik preventivne funkcije prekluzij. Zavedanje, da kršitve pravil o prekluzijah (v smislu, če sodišče dopusti navedbo, ki je ne bi smelo) ne morejo biti podvržene instančni presoji, bi lahko povzročilo, da bi (vsaj v delu sodne prakse) zakonske določbe o prekluzijah povsem »odmrle«.

3. Vabilo stranki na zaslišanje

Na izjemno negativen odziv med odvetniki je naletela novost, da sodišče vabilo stranki na zaslišanje pošlje – tako kot pač vsa druga pisanja in vabila – njenemu pooblaščenцу (čl. 261 ZPP). Odvetniki v tej določbi vidijo nič manj kot to, da se jih spreminja v poštarje. Ocena je populistična, vsebinsko zgrešena, obenem pa vzbuja tudi skrb glede tega, kako si nekateri odvetniki predstavljajo svoje delo in razmerje do stranke. Je res tako nezaslišana določba, ki zgolj izhaja iz predpostavke, da med odvetnikom in stranko, ki ga je pooblastila (in med katerima obstaja razmerje mandatne pogodbe) obstaja možnost komunikacije? Je res tako nepojmljivo pričakovanje, da odvetnik ima kontaktne podatke svoje stranke? Čemu doslej odvetniki niso protestirali, ker so morali npr. kontaktirati svojo stranko, da jim je za vložitev revizije dala novo pooblastilo (čl. 87 ZPP), ali pa, ko je po koncu pravde bilo treba doseči plačilo ... Ali ni normalno, da odvetnik stranko o pomembnem naroku obvesti, obvesti pa jo tudi o rezultatih naroka, še posebej če so se na naroku odprli novi vidiki, o katerih odvetnik potrebuje nove informacije? Zanimivo je tudi takšno silovito izpostavljanje naroka, na katerem se zaslišuje stranka, kot najpomembnejšega procesnega dejanja. Je pa to povezano s pojmovanjem nekaterih, ki ne razumejo, čemu je zaslišanje strank sploh namenjeno. Ni namreč namenjeno temu, da se dajo nove dejanske navedbe, pač pa le temu, da se ugotovi resničnost že podanih navedb (kot tudi ni namenjeno temu, da bo šele ob zaslišanju stranke tudi odvetnik prvič »z zanimanjem« poslušal svojega klienta – izčrpno »zaslišanje« bi moral on opraviti že davno prej v svoji pisarni;¹⁹ žal se pogosto poraja občutek, da odvetnik tudi to delo želi preložiti na sodišče). Kakšen drug narok je v resnici bistveno bolj pomemben – npr. prvi narok, saj je nanj vezana prekluzija navajanja novih dejstev in dokazov (čl. 286 ZPP). Čemu tam ni problem, da se vabilo na narok vroča le odvetniku, ne pa stranki? Pravde ni mogoče uspešno voditi, če odvetnik nima možnosti komunikacije s stranko (npr. kako naj ustrezno prereka dejstva, če ne more pridobiti ustreznih informacij od stranke?). Če pa stranka, od katere je odvetnik sicer pridobil kontaktne podatke, »izgine« (se odseli)²⁰ in je ni mogoče najti (po telefonu, pošto,

¹⁹ O tem prepričljivo Slivnik, str. 1608–1610.

²⁰ Mimogrede: prav v dosedanji ureditvi je bilo za stranko, ki se med pravdo odseli, bistveno slabše. Res je, da na splošno tudi od laika lahko pričakujemo, da v primeru, ko ima odprt sodni postopek, o spremembi bivališča obvesti sodišče. Vendar pa ni tako, če ima stranka odvetnika. Najbrž je človeško razumno ravnanje stranke, da v primeru, ko ima odvetnika, o spremembi bivališča ne obvešča še sodišča – saj sodišče z njo nikoli neposredno ne

prek e-maila ...), odvetniku stranka v notranjem razmerju ne bo mogla očitati kršitve dolžne skrbnosti dobrega strokovnjaka, ker obvestila o vabilu na narok za zaslišanje stranki ni mogel prenesti. Stališče, da bi v opisanem primeru odvetnik stranki odškodninsko odgovarjal, ni vredno komentarja.

1. Kaj če stranka, vabljena na narok zaradi njenega zaslišanja, ne pride (pride le odvetnik), nato pa pride na naslednji narok in izostanka s prejšnjega naroka ne opraviči?

Tako kot listina, ki je v posesti stranke, je tudi dokaz z zaslišanjem stranke v sferi stranke in zato stranko lahko zadenejo negativne posledice (prekluzija), če ne poskrbi za pravočasno izvedbo dokaza. Menim, da je v čl. 286 in 286a dovolj podlage za sklep, da sodišče v takem primeru ni dolžno na naslednjem naroku zaslišati stranke. Navsezadnje tudi iz čl. 258 ZPP izhaja, da sodišče lahko zavrne dokaz z zaslišanjem stranke, če se stranka sodnemu vabilu ne odzove. Drugačen sklep je seveda možen, če stranka izostanek z naroka, na katerem naj bi bila zaslišana kot stranka, ustrezno opraviči.

2. Ali mora sodišče vabilo na narok zaradi zaslišanja stranke obvezno vročiti pooblaščenca stranke ali pa ga lahko vroči bodisi stranki bodisi pooblaščenca?

Čl. 261/2 določa: »Če ima stranka pooblaščenca, se šteje, da je vabilo iz prejšnjega odstavka stranki vročeno osebno, če je vročeno njenemu pooblaščenca«. Ta določba dopolnjuje prvi odstavek, ki govori o osebnem vabilu stranki. Menim, da ne predstavlja izjeme od splošnega pravila čl. 137 ZPP, po katerem se pisanja, če ima stranka pooblaščenca, vročajo *obvezno* pooblaščenca (vročitev neposredno stranki ni pravilna). Tako je možno sklepati iz zgodovine nastanka zakona, saj se je z drugim odstavkom 261. člena ZPP hotelo poudariti, da se vabilo vroča pooblaščenca. Res pa je, da bi bila bolj čista rešitev, da bi prvi in drugi odstavek čl. 261 ZPP črtali in bi le med vlogami, ki se vročajo osebno (čl. 142/1 ZPP), dopisali vabilo stranki na narok zaradi zaslišanja. S tem bi bilo zagotovljeno »osebno vročanje« (kot modaliteta v nasprotju z navadnim vročanjem), komu pa se ta osebna vročitev opravi, če ima stranka pooblaščenca, izhaja iz čl. 137 ZPP.

4. Popolnost vloge in pooblastilo

Sam sem že zgodaj izrazil kritiko rešitev, da se nepopolna vloga odvetnika takoj zavrže, prav tako, da ista sankcija velja za primer nepravilne predložitve oz. nepredložitve pooblastila. Tega na tem mestu ni treba ponavljati. Očitno pa je, da so se bojazni o zapletanju postopkov izka-

komunicira. Pri zaslišanju stranke pa bi sodišče po prejšnji ureditvi stranki vabilo vročilo na naslov, na katerem več ne živi. Ker obvestila o novem bivališču sodišče od stranke ni dobilo, bi sledilo vabilo z nabitjem na sodno desko ...

zale za utemeljene. Do težav pri razmejitvi med pravilnostjo in nepravilnostjo pooblastila ali popolnostjo in nepopolnostjo tožbe je v prejšnji ureditvi prihajalo bistveno redkeje. Odvetniki so namreč v veliki večini primerov sledili pozivu sodišča na dopolnitev, popravo ali predložitev drugačnega pooblastila, čeprav so sami morda menili, da že s prvotno vlogo ni nič narobe. Zadeve so bile glede tega torej rešene neformalno. Danes te možnosti več ni, saj sodišče npr. nepopolno tožbo mora takoj zavreči, sledila pa bo seveda pritožba. Pravo pooblastil postaja zapletena in razvejena pravna veda. Vidno je tudi, da trdoto določb o zavrnjenju sodišča poskušajo omiliti z nižanjem kriterijev o popolnosti vlog oz. pravilnosti pooblastila. To je v določenih primerih dobrodošlo (npr. da je tudi pooblastilo v kopiji v redu ali da je tožba popolna, če je v njej navedena stranka, pravna oseba, in pooblaščenec, ne pa tudi zakoniti zastopnik pravne osebe, je pa ta nedvomno in pravilno naveden v pooblastilu, priloženem tožbi). V določenih primerih pa padanje standarda popolnosti ni v redu, še posebej ko gre za vprašanje, ali je zahtevke v tožbi dovolj konkretiziran. Najhujše namreč je, če bo problem konkretizacije zahtevka (in nato izreka sodbe) viden šele v izvršbi.

1. Se odvetnik grožnji, da bo tožba takoj zavrnjena kot nepopolna, lahko učinkovito izogne tako, da se na tožbo podpiše še stranka (z istim pa se lahko reši tudi tveganja, da bo sodišče štelo pooblastilo za nepravilno)?

Lahko, saj gre v tem primeru za vlogo, ki jo je vložila sama stranka. Zavedati pa se je seveda treba, da v tem primeru stranka, če bo v postopku uspela, ni upravičena do povračila stroškov za odvetnika glede sestave tožbe. Varianti sta namreč le dve: ali gre za tožbo odvetnika ali pa ne. V prvem primeru obstaja grožnja takojšnjega zavrnjenja tožbe, po drugi strani pa tudi pravica do povračila stroškov za odvetnika. Če pa takšne tožbe ne bi zavrgli, s tem povemo, da to ni tožba, ki jo je vložil odvetnik, in logično zato tudi ne more biti pravice do povračila stroškov odvetniku za sestavo tožbe. Ne podpiram določbe ZPP, da se nepopolna vloga odvetnika (vedno) takoj zavreže. Vendar takšno določbo ZPP (trenutno) ima. Ne moremo reči, da gre za vlogo odvetnika, kar zadeva pravice do povračila stroškov, ne gre pa za vlogo odvetnika, kar zadeva sankcije za nepopolnost vloge in nepredložitev pooblastila. Isto velja tudi za primer, če bi odvetnik npr. tožbo vložil kot pooblaščenec, ob tem pa zamolčal svojstvo odvetnika (pri čemer se ne spuščam v vprašanje, ali bi bilo takšno ravnanje z vidika pravil odvetniške etike sploh dopustno).

2. V 5. odst. 98. čl. ZPP je izrecno navedeno le za tožbo in za pravno sredstvo, da se zavrzeta. Kako pa ravnati, če pooblastilo ni priloženo odgovoru na tožbo?

Čl. 198/5 ZPP določa: »... sodišče ne dovoli odvetniku, da začasno opravlja pravná dejanja za stranko, če vlogi ni predložil pooblastila, ampak tožbo ali pravno sredstvo zavreže.« V določbi (izrecno) ni predvidena sankcija za primer, če ne gre za tožbo ali pravno sredstvo. Pooblastilo bi namreč moralo biti priloženo tudi odgovoru na tožbo, prav tako kakšni kasnejši vlogi, če

med postopkom pride do zamenjave odvetnika oz. do tega, da šele med postopkom stranka imenuje pooblaščenca. Logično sicer je, da bi tudi v teh primerih morala slediti enaka sankcija. Vprašanje je, ali gre za redakcijsko napako. Menim, da ne nujno. Saj tudi doslej sodišče, če odvetnik (po dodatnem roku) ni predložil pooblastila za odgovor na tožbo, odgovora na tožbo ni posebej zavrglo, pač pa je uporabilo sankcijo, ki sledi opustitvi predložitve pooblastila – izdaja zamudne sodbe. Gre torej za to, da se pri teh vlogah (odgovor na tožbo, kasnejša vloga) pri izostanku pooblastila enostavno šteje, da niso bile predložene. Glede tega novela ničesar ne spremeni – spremeni se zgolj to, da je doslej sodišče, preden je takšno vlogo stranke štelo za neobstoječo, odvetniku moralo dati dodaten rok za predložitev pooblastila.

3. Kako naj ravna sodišče, če odvetnik tožbo vloži 1. 11. 2008, tožbi pooblastilo ni priloženo, tudi sodišče tega ne opazi in razpiše prvi narok za 30. 3. 2009, nato pa odvetnik vendarle 15. 3. 2009 predloži pooblastilo?

Če pooblastilo tožbi ni priloženo, jo sodišče lahko zavrže (čl. 98 ZPP). Če pa stranka zahtevano ravnanje opravi, še preden sodišče reagira na njeno napako, to stranki, menim, ne more iti v škodo. Kakšnega posebnega roka ZPP ne določa in tudi sodišče ga ni postavilo (po novem ga niti več ne more postaviti). ZPP sicer govori o tem, da mora biti vlogi predloženo pooblastilo, vendar bi bil pretiran formalizem, če bi rekli, da mora biti to storjeno prav v istem pisanju, naslovljenem na sodišče. Če bi npr. zavrgli tožbo odvetnika, ki v dveh ločenih vlogah na sodišče pošlje tožbo in nato (naslednji dan) še pooblastilo, bi gotovo šlo za pretiran in nepotreben formalizem.

Od opisanega položaja je treba ločiti primer, ko sodišče stranki postavi določen rok, stranka pa ta rok zamudi, nato pa zahtevano procesno dejanje opravi prepozno, vendar še preden sodišče izreče sankcijo, vezano na zamudo roka. Npr.: toženec (brez odvetnika) vloži nepopoln odgovor na tožbo. Sodišče mu naloži, da odgovor na tožbo dopolni. Rok poteče 1. 3. 2009. Nato pa toženec dne 10. 3. 2009 dopolnitev odgovora na tožbo vendarle pošlje. Ali lahko sodišče izda zamudno sodbo? Lahko. Postavljeni rok je namreč prekluziven (tudi sodni roki so prekluzivni; so sicer podaljšljivi, vendar mora biti podaljšanje predlagano pred potekom roka). Sankcije prekluzije tu ni mogoče izničiti.

4. Kako naj ravna sodišče, ko tožnik tožbo vloži brez odvetnika, nato pa na prvi narok pride le odvetnik, vendar brez pooblastila?

V čl. 98/2 ZPP določa, da sodišče dovoli, da začasno opravlja procesna dejanja za stranko oseba, ki ni predložila pooblastila. V čl. 98/5 nato ZPP sicer določa, da za pooblaščenca, ki so odvetniki, to ne velja. Vendar pa čl. 98/5 govori le o položaju, ko odvetnik pooblastila ne predloži vlogi. Položaja, ko odvetnik pooblastila ne predloži pri tem, ko je prvo procesno dejanje, ki ga želi opraviti, pristop na narok, čl. 98/5 ZPP ne zajema. Zato velja možnost iz čl. 98/2 ZPP o tem, da sodišče osebi, ki se predstavlja kot pooblaščenec, lahko dovoli zastopanje na naroku.

5. Ali je vloga odvetnika, ki ji ni priloženo pooblastilo, šteti za vlogo stranke, ta pa, razen če se stranka ni sama podpisala, ni popolna, nepopolna vloga stranke pa se vrača v popravno?

Ne. Kot rečeno, ne podpiram določb ZPP o takojšnjem (obveznem) zavrženju ob nepredložitvi pooblastila. Vendar dokler takšno določbo ZPP ima, je ni mogoče izničiti z nemogočimi razlagami. Vloga odvetnika, ki ji manjka pooblastilo, je vloga odvetnika (v imenu stranke), in ne stranke same.

6. Ali naj se tožba, ki jo vloži odvetnik, pa ni priloženo potrdilo o plačilu sodne takse, takoj zavrže?

Ne. V čl. 105.a/II je določeno: »Sodna taksa mora biti plačana najkasneje v roku, ki ga določi sodišče v nalogu za plačilo sodne takse.« Gre za lex specialis v razmerju do 108. člena ZPP, ki na splošno določa sankcijo za nepopolne vloge in ki določa, da se nepopolna vloga odvetnika zavrže. Čl. 105a ne dela razlike med primerom, ko sodne takse ne plača odvetnik, in primerom, ko je ne plača stranka. V obeh primerih je predvideno, da sodišče izda nalog za plačilo sodne takse in določi dodaten rok.

7. Ali je dopustno takoj zavreči vlogo, vloženo s strani odvetnika, ki ni vložena v zadostnem številu izvodov (108/2 člen ZPP)?

Ne. Zavrženje se po čl. 108/2 ZPP nanaša na vloge, navedene v prvem odstavku tega člena. Položaj nezadostnega števila vlog pa ZPP ureja v čl. 108/6; tam je določeno, da se vložnika pozove k predložitvi manjkajočega števila izvodov in pri tem ni razlike med strankami, ki jih in ki jih ne zastopa odvetnik.

8. Ali je mogoče razlikovati med nepopolnim pooblastilom in primerom, ko pooblastilo sploh ni predloženo?

Ne. Tudi doslej nikoli ni bilo sporno, da čl. 98 ZPP pod pojmom »nepredložitev pooblastila« vsebuje tudi »predložitev nepravilnega oz. nepopolnega pooblastila«. Saj tudi pred uveljavitvijo ZPP-D nihče ni rekel, da se določba o tem, da sodišče lahko dovoli pooblaščenca, da začasno opravlja procesna dejanja, čeprav ni predložil pooblastila, ne uporablja v primeru, če pooblaščenec pooblastilo je predložil, vendar to ni bilo pravilno oz. popolno. Če bi ZPP res ločil med nepredložitvijo pooblastila in predložitvijo nepopolnega oz. nepravilnega pooblastila, bi imeli v ZPP pravno praznino. ZPP namreč govori le o predložitvi in nepredložitvi pooblastila. Logično je, da torej nepravilno pooblastilo enači z nepredložitvijo pooblastila.

9. Ali je pooblastilo lahko v fotokopiji? Ali ga mora odvetnik podpisati?

Za stališče, da mora biti pooblastilo v originalu (in da ne zadošča kopija ali pooblastilo, poslano po faxu), že doslej ni bilo nujnega razloga. Tudi tožbo je mogoče poslati na tak način, če pa sodišče dvomi o avtentičnosti, lahko zahteva naknadno predložitev originala. Po novi ureditvi, ko sodišče sploh ne sme več dovoliti zastopanja odvetniku brez predložitve pooblastila, pa je

takorekoč nujno, da se dopusti predložitev pooblastila tudi v kopiji. Dejansko namreč pogosto ne bo mogoče, da bo stranka odvetniku pravočasno po pošti dostavila original. Dostavo po faxu ali skenirano v priponki e-maila pa je vedno mogoče pravočasno opraviti.

Pooblastitev je enostranski pravni posel in zato seveda ni nujno, da pooblastilo podpiše odvetnik. Kot enostranski pravni posel pooblastilo odvetnika le upravičuje k zastopanju in ga k ničemer ne zavezuje. Dodatek v formularjih slovenskih odvetnikov, da »odvetnik sprejema pooblastilo« in njegov podpis je z vidika pooblastila odveč. V bistvu je to izkaz nastanka mandatne pogodbe, prav tako kot npr. navedba, da se stranka zavezuje k plačilu (je pa tudi mandatna pogodba neobličen pravni posel in tudi s tega vidika podpis odvetnika ni bistven).

5. Izostanek z naroka

1. ZPP v čl. 282/2 določa, da sodišče v primeru, da tožena stranka brez upravičenega razloga ne pride na poravnalni narok oz. na prvi narok za glavno obravnavo, izda zamudno sodbo pod pogoji, ki jih določa ZPP. Ali to pomeni, da sodišče v takšnem primeru ne upošteva trditev tožene stranke iz odgovora na tožbo?

Da. Ureditev je seveda toga in se lahko upira občutku (sodnik npr. iz odgovora na tožbo vidi, da ima toženec prav in je morda odgovoru na tožbo tudi priložil prepričljive dokaze). Vendar, če toženec na prvi narok ne pride, se presoja zgolj (glede vsebine) sklepčnost tožbe (torej miselni preizkus, ali bi iz dejstev, ki jih zatrjuje tožnik, če bi se ta izkazala za resnična, izhajalo, da je zahtevek po materialnem pravu utemeljen) in poleg tega še vprašanje, ali so dokazi tožnika (ne toženca!) v nasprotju s tistim, kar sam trdi. Rezultat je sicer lahko neživljenjski – toda, takšen je bil lahko tudi doslej, npr. če je toženec predložil prepozen odgovor na tožbo, ga mora sodišče tudi ignorirati, pa čeprav iz njega vidi, da je zahtevek neutemeljen. Je pa seveda vprašljivo, ali je v našem sistemu zamudne sodbe ustrezno, da je predvidena tako stroga sankcija za izostanek z naroka. Vprašanje je, ali bo ureditev prestala ustavnosodni preizkus. Vprašanje je, ali gre za sorazmerno (oziroma že pred tem sploh za primerno) sredstvo za zagotovitev koncentracije in pospešitve postopka.

2. Ali naj v primeru, če je sodba sodišča I. stopnje razveljavljena in pride do novega postopka, pa tožeča stranka ne pride, sodišče izda sodbo na podlagi odpovedi ali kakšno drugo sodbo?

»Prvi narok« po razveljavitvi sodbe in vrnitvi v novo sojenje ni prvi narok v smislu čl. 286 in čl. 282 ZPP (saj tudi ni možnosti na tem naroku neomejeno navajati nova dejstva in dokaze). Zato pri izostanku s tega naroka ni možna sankcija izdaje sodbe na podlagi odpovedi zahtevka (čl. 282/2 ZPP), pač pa le posledice izostanka s kasnejših narokov; torej presumpcija umika tožbe, izdaja sodbe na podlagi stanja spisa ali pa oprava naroka v odsotnosti stranke (čl. 282/3 ZPP).

3. Stranka je prišla na poravnalni narok, nato pa je pred začetkom prvega naroka za glavno obravnavo odšla. Ali je možna kakšna sankcija?

Čl. 282 ZPP določa: »Če na poravnalni narok ali na prvi narok za glavno obravnavo, če poravnalni narok ni bil razpisan, ne pride ...«; čl. 282/4 ZPP pa določa: »Če na kakšen poznejši narok ne pride tožeča stranka ...« Gramatikalno bi lahko prišli do zaključka, da prav za primer, če je poravnalni narok bil razpisan (in se ga stranka udeleži), stranke ne zadene nobena sankcija, če ne pride na prvi narok za glavno obravnavo (doleti pa jo sankcija, če ne pride na kakšen kasnejši narok). Takšna razlaga pa ne more imeti nobenega smisla. Po čl. 282 ZPP je treba šteti, da je v primeru, če sodišče razpiše poravnalni narok, vsak naslednji narok (torej tudi »prvi narok za glavno obravnavo«) »kasnejši narok« in torej za izostanek pride v poštev sankcija po čl. 282/4 ZPP.

4. Kakšno je pravilno postopanje sodišča v primeru, kadar tožena stranka ne odgovori na tožbo, iz dejstev, navedenih v tožbi, pa ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, zato sodišče tožeči stranki v skladu tretjim odstavkom 318. člena ZPP določi rok za odpravo nesklepčnosti tožbe, tožeča stranka pa na poziv sodišča podano nesklepčnost ustrezno odpravi?

Gotovo je, da sodišče v tem primeru ne sme kar takoj izdati zamudne sodbe. To bi namreč bila kršitev načela kontradiktornosti (toženec na »popravljen« tožbo ni mogel odgovoriti). Vprašanje pa je, ali naj se »popravljen« tožba pošlje tožencu v odgovor, kot da gre za prvič vloženo tožbo (s posledicami zamude, če toženec ne reagira), ali pa se tožencu zgolj pošlje v vednost in morebiten odgovor (kot da bi šlo za pripravljalno vlogo). Menim, da je pravilna prva varianta; takšna je bila, kolikor mi je znano, tudi sodna praksa v letih med 1999 in 2002, ko je ZPP že predvideval, da se nesklepčna tožba v položaju zamude toženca vrne v »popravo«. Torej, »popravljen« tožba naj se pošlje ponovno v odgovor tožencu (ne glede na to, ali »poprava« predstavlja spremembo tožbe ali le spremembe, ki ne pomenijo spremembe tožbe).

5. Kaj naj stori sodišče v primeru, če tožena stranka ne pride na prvi narok za glavno obravnavo, sodišče pa, ker iz tožbenih navedb ne izhaja utemeljenost tožbenega zahtevka, tožečo stranko na naroku pozove, da tožbo ustrezno popravi, kar ta tudi stori?

Gotovo je, da tudi v tem primeru sodišče ne more kar izdati zamudne sodbe. Gotovo je tudi, kako naj ravna sodišče, če »odprava nesklepčnosti« pomeni spremembo tožbe. Na ta položaj se namreč nanaša čl. 185/6 ZPP (preložitev naroka in vročitev prepisa zapisnika tožencu). Vprašanje pa je, kako ravnati, če tožnik nesklepčnost tožbe odpravi z dopolnitvijo posameznih relevantnih dejstev, ne da bi to obenem pomenilo spremembo tožbe. Menim, da je v takšnem primeru treba ravnati, kot se je ravnalo tudi doslej, če ena stranka ni prišla na narok, druga pa je na tem naroku navajala nova dejstva in dokaze. Saj tudi doslej sodišče v takšnih primerih naroka ni prelagalo, češ da naj bi bilo to nujno zaradi zagotovitve pravice do obrambe nasprotni stranke (ki je bila pravilno vabljen). Stranka, ki je na narok pravilno vabljen,

mora vzeti v zakup, da če na ta narok ne pride, ne bo mogla komentirati navedb nasprotnne stranke, danih na tem naroku. ZPP le za primer spremembe tožbe varuje odsotno stranko (čl. 185/6 ZPP). Naroka torej zaradi novih navedb tožnika na naroku ni treba prelagati. Seveda pa tudi ne pride do izdaje zamudne sodbe. Za to je namreč že prepozno, saj narok s tem, ko tožeča stranka na naroku »odpravi nesklepčnost tožbe«, očitno že teče. Narok je torej treba izvesti (vključno z dokazovanjem spornih dejstev – torej tudi glede na to, kaj je v odgovoru na tožbo navedel toženec).

6. Sodišče odredi osebno prisotnost stranke na poravnalnem naroku. Na poravnalni narok pristopi le pooblaščenec. Ali naj sodišče izda zamudno sodbo (če gre za toženca) oz. sodbo na podlagi odpovedi (če gre za tožnika)?

Po čl. 305b ZPP lahko sodišče odredi, da se mora stranka udeležiti osebno in osebno odgovarjati na vprašanja sodišča. Seveda stranke k temu ni mogoče prisiliti (niti k temu, da pride, niti da odgovarja na vprašanja). Določba zgolj pomeni, da mora sodišče šteti, da poravnalni narok, če stranka ne pristopi osebno, čeprav ji je sodišče to naložilo, ni uspel. Predaleč pa bi šli, če bi za primer, ko stranka na poravnalni narok ne pristopi osebno (pristopi pa njen pooblaščenec), tudi z vidika sankcij po čl. 282 ZPP šteli, da na poravnalni narok ni pristopil nihče. Splošno pravilo je, da prisotnost strankinega pooblaščenca seveda pomeni isto kot prisotnost stranke.

7. Ali je v primeru, če toženec ne pristopi na narok, mogoče šteti vse navedbe tožnika, dane na tem naroku, za priznane, ker jih pač toženec, ki ni prisoten, ne prereka (čl. 214/2 ZPP)?

Menim, da gre takšna razlaga predaleč. Čl. 214/2 ZPP ne ustvarja fikcije, pač pa domnevo priznanja. Razumljivo je sklepanje, da se stranka, ki je z navedbami nasprotnika seznanjena, pa jim ne oporeka, s temi navedbami strinja. Predvidevamo lahko zavestno odločitev, da naj se dejstva štejejo za resnična. Tega pa ni mogoče sklepati za stranko, ki se z navedbami nasprotnika – ker ni prišla na narok – sploh seznanila ni. To pomeni, da so ta dejstva podvržena dokazovanju (na tem naroku); če pa nasprotna stranka tudi tedaj, ko se s temi navedbami realno lahko seznanila (tj. ko si lahko pridobi prepis zapisnika z naroka ali ko ji je vročena pripravljala vloga, dana na tem naroku), ne prereka novih zatrjevanih dejstev, lahko tedaj pride do presumpcije priznanja po čl. 214/2 ZPP.

6. Pisne izjave prič

1. Ali določbi čl. 236a ZPP (pisne izjave prič) ustreza, če pooblaščenec stranke v danem roku predloži pisno izjavo priče, v kateri priča izjavlja: »Sodišču lahko izpovem o tem, kdaj sem možu posredovala novico o prodaji stanovanja na Koroški cesti, kako sem zvedela zanj in kakšna najemnina in kateri obratovalni stroški tega stanovanja so bremenili najemnico.«

Ne. Smisel določbe o pisnih izjavah prič je, da ta izjava (če bo tako ocenilo sodišče in če tudi nobena stranka ne bo zahtevala ustnega zaslišanja) nadomesti ustno zaslihanje. Gre za način izvedbe dokaza s pričo. Ne gre le za to, da se sodišču omogoči, da lažje sprejme dokazni sklep (čeprav je tudi to eden od ciljev). Cilja sta še dva: morda bo pisna izjava nadomestila ustno zaslihanje in (2) tudi če bo do ustnega zaslišanja prišlo, bo sodnik glede na pisno izjavo prič lažje vodil postopek zaslišanja in pripravo na zaslihanje. Če bi šlo le za to, da priča pove, o čem bo izpovedovala, ta institut ne bi imel nobenega smisla. To, kar je zapisano v vprašanju, bi odvetnik moral že sam napisati v dokaznem predlogu (da bo ta substanciran, naj bo iz njega razvidno, ugotovitvi katerega spornega dejstva je dokaz namenjen in čemu bi dokaz lahko bil uspešen).

Očitek, da naj bi bila določba kar protiustavna, češ da omogoča »okuženost« sodnika, je neutemeljen. Ustavno sodišče logiko prestavljanja »okuženosti« iz kazenskega v pravdni postopek zavrača. Načelo kontradiktornosti je zavarovano, saj je pričo, če bo stranka tako želela, še vedno treba zaslišati. Gre za institut, ki ga primerljive pravne ureditve (zavezane k istim standardom varstva človekovih pravic kot Slovenija) že dolgo poznajo (Nemčija, Francija, Anglija...).

2. Ali je določbe ZPP o pisni predložitvi izjave priče mogoče uporabiti tudi za predložitev zapisnika o zaslišanju priče iz drugega sodnega postopka?

Da; po analogiji in po sklepanju z manjšega na večje. Zapisnik o zaslišanju priče iz drugega postopka je kvečjemu še bolj verodostojen kot samostojna izjava priče. Za to, da se preberejo zapisniki o zaslišanju prič iz drugega spisa, sicer že doslej ni bilo ovir – vendar le ob strinjanju obeh strank. Ker ima tudi po novem stranka pravico vztrajati pri ustnem zaslišanju, novela glede tega pravzaprav ne prinaša bistvene novosti.

7. Neprerekana dejstva se štejejo za priznana

1. Ali mora toženec, da se izogne presumpciji priznanja dejstev, razčleniti vsako dejstvo, ki ga navede tožnik, in napisati, ali ga prereka? Ali zadošča, da poda svojo verzijo dogodkov?

Brez potrebe je na buren odziv med odvetniki naletela določba čl. 214/2 ZPP, ki določa presumpcijo, da se neprerekana ter pavšalno prerekana dejstva štejejo za priznana. Brez potrebe zato, ker določba ničesar ne spreminja, le pedagoško povzame tisto, kar je že doslej bilo uveljavljeno tako v sodni praksi²¹ kot tudi teoriji²² Buren odziv je pravzaprav le izkaz nepoznavanja

²¹ Npr. VSL sklep IV Cp 929/2005 z dne 8. 6. 2005: »Novejša pravna teorija in sodna praksa sta si enotni, da so neprerekana dejstva izenačena s priznanimi dejstvi, zato niso predmet dokazovanja.«

²² Tako že Juhart, str. 357.

tako teorije kot uveljavljene sodne prakse! Norma je dovolj odprta, da omogoča življenjsko razlago (smiselno prerekanje, namen prerekanja iz drugih navedb ...). Seveda ni treba, da stranka secira vsako navedeno dejstvo, ki ga je zatrjevala nasprotna stranka in ob njem navede, ali ga prereka ali priznava. Če poda svoj zaključen pogled na določen sklop dejstev in če se ta razlikuje od nasprotnikovega, presumpcije priznanja razumljivo ne more biti. Tudi dodatek o »nevedenju« v čl. 214/2 ZPP je zapleten le na prvi pogled. Logično je, da se stranka presumpcije priznanja ne more zlahka rešiti s tem, da odgovori, da »ne ve« – to bi smisel določbe povsem izničilo. Po drugi strani pa je prav tako logično, da od stranke ni mogoče pričakovati in pod grožnjo sankcije zahtevati, da obrazloženo zanika dejstva, za katera ne more vedeti (ker ne izhajajo iz njene sfere; npr. kakšne bolečine trpi tožnik pri izvajanju določenih aktivnosti ...).

Salvatoričnim klavzulam v smislu »prerekam vse, razen kar izrecno priznavam« obravnavana določba izrecno zapira vrata – čeprav seveda, kot omenjeno, že doslej niso imele pravne veljave. Ugovor, ki sem ga pogosto slišal od odvetnikov, češ da je določba neživljenjska, zavračam. Ravno nasprotno je: neživljenjska je fraza »prerekam vse, razen kar izrecno priznavam«. *Kako pogosto pa v življenju v sporih, polemikah, diskusijah, izmenjavah mnenj, argumentiranjih ... rečemo »prerekam vse, razen kar izrecno priznavam«? Prav to je neživljenjsko. Življenjsko je, da tisto, kar se nam zdi pomembno in s čimer se ne strinjamo, izrecno povemo in da ponudimo tudi svoje nasprotno argumente oz. svojo verzijo. Prav to je tudi tisto (dialektična izmenjava mnenj), kar na koncu omogoča boljšo in kvalitetnejšo odločitev tretjega. Nепrepričljivo je, da se novi določbi upira s sklicevanjem na slabšanje vsebinskega vidika reševanja sporov. Kako naj to, da se od obeh strank zahteva aktivno podajanje svojih verzij dogodkov oz. aktivno razmejevanje spornega od nespornega (kar sodišču omogoča, da svoje potenciale pri ugotavljanju dejstev usmeri v tisto, kar je res sporno) negativno vpliva na vsebinski vidik odločanja? Kritiki očitno tudi ne poznajo splošnega razvoja civilnega procesnega prava v dvajsetem stoletju od Amerike do kontinentalne Evrope. Civilnemu procesu 19. stoletja ustreza pojmovanje »jaz ne rečem nič, na vas je dokazno breme«. Ameriško in angleško pravo danes z razkritjem dokazov (discovery in disclosure) in npr. z zahtevo, da mora nasprotna stranka konkretno odgovoriti na pisna vprašanja nasprotnika glede spornih dejstev (interrogatories) zelo poudarja izhodišče, da stranka ne sme imeti koristi od tega, da sama ve več od nasprotnne stranke. Enako tudi npr. nemško in avstrijsko pravo z zahtevo po obrazloženem prerekanju dejstev in načelno zahtevo, da nasprotnik poda tudi svojo verzijo dogodkov (kakor je pač tudi značilno za izmenjavo mnenj zunaj sodišča). Prav neverjetno je, da se omenjeni določbi nekateri upirajo prav iz razloga domnevne skrbi za vsebinsko kvaliteto sojenja (v smislu zagotovitve sodnega varstva resničnemu nosilcu pravic materialnega prava).*

8. Vmesna sodba na podlagi sporazuma strank

1. *Ali je pogoj za izdajo vmesne sodbe na podlagi sporazuma strank, da se stranki izrecno strinjata z izdajo takšne sodbe ali pa zadošča, da sodišče ugotovi, da med strankama ni spora o temelju?*

Čl. 315/4 ZPP določa: »Če sodišče ugotovi, da podlaga tožbenega zahtevka med strankama ni sporna, lahko izda vmesno sodbo (Vmesna sodba na podlagi sporazuma strank).« Določba izrecno ne omenja sporazuma o tem, da se izda omenjena sodba, pač pa zgolj nespornost temelja. Kljub temu menim, da je smiselno, da sodišče od strank pridobi izrecno soglasje za izdajo vmesne sodbe na podlagi sporazuma strank (tudi zato, ker tedaj ni realno pričakovati, da se bo katera od strank pritožila zoper to sodbo). Naj omenim še, da nov institut odpira nove možnosti poravnavanja. Npr. pri vprašanju deljene odgovornosti ni nerealno pričakovanje, da bi sodišče lahko doseglo, da se stranki sporazumeta o deležih odgovornosti in da se izda vmesna sodba na podlagi sporazuma strank o deljeni odgovornosti.

9. Spor majhne vrednosti

Očitno je, da je prav ureditev spora majhne vrednosti ena od najbolj šibkih točk novele ZPP-D; spornih vprašanj, nejasnosti in zapletenosti je namreč veliko (pri čemer pa je res, da se jih precej nanaša na prehodni režim – torej na nekaj, kar ne bi smelo imeti trajnejšega pomena). Sicer pa so sporna vprašanja povezana s kombinacijo določb o tem, da sodišče lahko odloči brez glavne obravnave, če nobena od strank glavne obravnave ne zahteva, ter določb o sankcijah za izostanek. V izhodišču je pristop ZPP-D logičen: smiselno je, da je zakon bolj strog do stranke v primeru, če je prav ta stranka zahtevala izvedbo naroka, nato pa na narok ni prišla. Smiselno je tudi, da strank v sporu majhne vrednosti ne gre pod grožnjo tako ostrih sankcij, kot so v rednem postopku, siliti, da pristopijo na narok. Cilj ureditve spora majhne vrednosti mora biti med drugim v tem, da je postopek za stranke ekonomičen. Pristop na narok pa je lahko (še posebej če gre za stranke iz različnih krajev) povezan s stroški (potni stroški, izguba zaslužka, sicer pa plačilo odvetniku za zastopanje na naroku). Najbrž bi bilo najbolj smiselno, če bi sankcije za izostanek z naroka (vsaj za stranko, ki izvedbe naroka ni izrecno zahtevala) v sporu majhne vrednosti povsem izključili. Menim pa tudi, da (kar velja že od leta 1999 dalje) da poudarek na pisnosti postopka v sporu majhne vrednosti ni najboljša rešitev. Morda bi bilo bolje vztrajati pri izvedbi enega naroka, na ta narok pa strogo vezati prekluzijo.

1. *Na kakšen način stranka v sporu majhne vrednosti zahteva izvedbo naroka oziroma ali je dovolj, da v pisni vlogi kot dokaz predlaga zaslišanje stranke ali priče?*

Sodišče v sporu majhne vrednosti lahko opusti izvedbo naroka, če nobena od strank tega ne zahteva (čl. 454/2 ZPP). Na prvi pogled je videti pretiran formalizem, če stranki očitamo, da

ni zahtevala izvedbe naroka, kljub temu, da je predlagala dokaz z zaslišanjem priče (ali stranke). Vendar je stališče, da bi tudi predlog za zaslišanje priče ali stranke, morali šteti za konkludentno zahtevo za izvedbo naroka, za stranko zgolj navidezno ugodno. Treba je namreč upoštevati, da so za stranko, ki izvedbo naroka zahteva, pa potem na ta narok ne pride, vezane zelo stroge sankcije (fikcija pripoznave oz. odpovedi zahtevku; čl. 454/3 ZPP). Torej gre v bistvu lahko zelo v škodo stranki, če bi njen dokazni predlog (zaslišanje priče) že šteli za zahtevo za razpis naroka – če stranka na narok ne bi prišla, bi jo zadele zelo hude sankcije. Zato je – tudi z vidika stranke – bolje vztrajati pri gramatikalni razlagi in šteti, da je sodišče dolžno razpisati narok le, če katera od strank to izrecno zahteva. Navsezadnje je dvomljivo reči, da predlogu za zaslišanje priče vedno ustreza obveznost naroka – sodišče lahko dokazni predlog namreč iz določenih razlogov (nerelevantnost, nespornost, neprimernost) tudi zavrne; za kar mu ni treba razpisati ustne obravnave. Pri tem velja upoštevati, da sodišče narok lahko razpiše tudi v primeru, če ga nobena od strank ne zahteva. Odločitev brez glavne obravnave namreč pride v poštev le, če sodišče oceni, da je o spornih dejstvih mogoče odločiti na podlagi predloženih pisnih dokazov. Če iz navedb strank izhaja, da ni tako, sodišče narok mora razpisati, tudi če ga nobena od strank ne zahteva.

2. Kaj storiti v primeru, ko tožeča stranka po razpisu zadnje glavne obravnave v rednem postopku skrči zahtevek na 2.000,00 EUR ali manj? Ali je v tem primeru le pravni pouk v končni odločbi drugačen (8 dni in omejeni pritožbeni razlogi)?

Čl. 449 ZPP določa: »Če tožeča stranka pred koncem glavne obravnave, ki teče po določbah tega zakona o rednem postopku, zmanjša tožbeni zahtevek, tako da ne presega 2.000 eurov, se postopek nadaljuje po določbah tega zakona o postopku v sporih majhne vrednosti.« Sam menim, da sicer ne bi bilo prav nobene ovire, da bi se postopek nadaljeval kot spor majhne vrednosti (SMV) tudi v primeru, če šele po koncu glavne obravnave pride do znižanja zahtevka. Upravičenih razlogov, da bi stranka v postopku ravnala glede česar koli drugače, če bi vedela, da so pritožbeni razlogi omejeni, ni. Ne moremo reči, da je stranka upravičeno v postopek na prvi stopnji »vložila nekoliko manj truda«, saj se je zanesla, da bo tako in tako še možna polna pritožba. Vendar pa je težko iti mimo citirane določbe čl. 449 ZPP. Iz te dovolj jasno izhaja, da do »pretvorbe« iz rednega postopka v SMV lahko pride le, če je tožbeni zahtevek zmanjšan pred koncem glavne obravnave.

Omeniti velja še, da možnost pretvorbe rednega postopka v SMV ne sme povzročiti negativnih posledic za toženca, ki se je zanesel na to, da gre za redni postopek. Če npr. tožnik na začetku prvega naroka zmanjša tožbeni zahtevek pod 2.000 EUR, gotovo ni mogoče izreči, da toženec zato na prvem naroku za glavno obravnavo ne sme več navajati novih dejstev in dokazov (čl. 286 ZPP), češ da je v SMV prekluzija strožja (čl. 452 ZPP).

3. Kako vabiti v sporu majhne vrednosti, kjer so se vloge v skladu s 451. in 452. čl. ZPP že izmenjale pred uveljavitvijo sprememb in stranke niso zahtevale izvedbe naroka?

Predlagam, da v času »prehodnega« režima, da se izogne zapletom, sodišče uporabi možnost, da glavno obravnavo razpiše tudi v primeru, če nobena od strank izvedbe naroka ni zahtevala (čl. 454/2 ZPP).

4. Kako razumeti določbo 455. čl. ZPP, da »sodišče odloči na podlagi listinskih dokazov ali teh dokazov in drugih dokazov, ki jih je mogoče izvesti na naroku«? Ali to pomeni, da mora sodišče na narok vabiti predlagane priče, opraviti predlagane poizvedbe? Na katerem naroku? Čemu je za odločitev na podlagi listinskih dokazov in dokazov, ki jih je mogoče izvesti na naroku, potreben predlog druge stranke? Ali ne bi bilo racionalno, da sodišče to stori po uradni dolžnosti?

Sodišče, če razpiše obravnavo, vabi priče in opravi poizvedbe. Saj sodišče ne more vnaprej vedeti, da stranka ne bo prišla na narok. Če stranka na narok ne pride, sodišče izvede dokaze, ki jih je mogoče izvesti na *tem* naroku. Če bi imeli v mislih kateri koli (kasnejši) narok, določba ne bi imela smisla.

Logično je, da je za odločitev na podlagi sumarno pridobljenih dokazov potreben predlog nasprotne (tj. prisotne) stranke.²³ Treba se je namreč zavedati, da gre lahko odločitev na podlagi teh dokazov (glede na dokazno breme) tudi v škodo prisotne stranke. Prisotni stranki odsotnost druge stranke ne sme iti v škodo. Ni nujno, da je za prisotno stranko odločitev na podlagi prezentnih dokazov ustrezna rešitev – morda se ta stranka za ugotovitev dejstev, glede katerih ima dokazno breme, zanaša na dokaze, ki jih ni mogoče izvesti na prvem naroku (npr. priča se ni odzvala vabilu, potreba po dokazu z izvedencem ...).

6. Če narok v SMV zahteva zgolj ena stranka, kakšne posledice zadenejo stranko, ki naroka ni zahtevala in na narok ne pride, izostanka pa ne opraviči?

V prvem odstavku čl. 455 ZPP določa: »Če je sodišče izvedlo narok, čeprav ga nobena stranka ni zahtevala, pa ena pravilno vabljen stranka ne pride, se šteje, da umika vse dokazne predloge, razen listinskih dokazov, ki jih je predhodno že predložila sodišču. V tem primeru sodišče na predlog nasprotne stranke odloči na podlagi listinskih dokazov ali teh dokazov in drugih dokazov, ki jih je mogoče izvesti na naroku.«

Logična je ureditev, da je zakon strožji do stranke, ki na narok ne pride, vendar je sama predlagala izvedbo naroka. Ni potrebe po takšni strogosti do stranke, ki izvedbe naroka ni zahtevala. Ta položaj naj bi urejal čl. 455 ZPP. Vendar ZPP ureja le položaj, ko sodišče izvede narok, ko ga nobena stranka ni zahtevala. Ne ureja pa položaja, ko sodišče izvede narok, ker ga je zahtevala ena stranka, na narok pa nato ne pride druga stranka. Možne rešitve so tri: (1) po analogiji uporabiti rešitev iz 455. čl. ZPP – položaj, ko na narok ne pride stranka, ki naroka ni zahtevala, sodišče pa je narok razpisalo na predlog nasprotne stranke, je z vidika

²³ Drugače Testen A., str. 13.

odsojne stranke enak kot položaj, ko je sodišče narok razpisalo po lastni presoji; (2) ker ZPP omenjenega položaja ne ureja, se uporabi sistem sankcij po splošnem delu ZPP; to pomeni (glede prvega naroka za glavno obravnavo) ob izostanku tožnika sodbo na podlagi odpovedi, ob izostanku toženca pa sodbo na podlagi pripoznave; (3) ker ZPP obravnavane situacije pri sporu majhne vrednosti ne ureja, sicer pa vprašanje izostanka strank v poglavju o SMV ureja izčrpno, ni podlage za uporabo določb o izostanku iz splošnega dela ZPP. Zato v obravnavanem položaju odsotne stranke ne zadene nobena sankcija.

Sam menim, da je varianta (2) gotovo prestoga in tudi ne ustreza smislu ureditve.²⁴ V poštevek prideta varianti (1) in (3), pri čemer se sam zavzemam za zadnjo – torej da ni nobenih sankcij.²⁵ Položaj, ko sodišče razpiše narok po lastni presoji, ni povsem primerljiv s položajem, ko sodišče narok razpiše na podlagi zahteve nasprotnne stranke. Če sodišče to stori po uradni dolžnosti, ga pri odločitvi vodi načelo smotrnosti. Razpis naroka pa morda v primeru, če je stranka iz oddaljenega kraja (in obenem ni odvetniško zastopana) ni smotrno. Če pa narok zahteva nasprotna stranka, sodišče narok mora razpisati. Ni pravično, da bi nasprotna stranka z lastno zahtevo po izvedbi naroka v bistvu naložila breme drugi stranki, da se mora tudi sama naroka udeležiti (saj jo v nasprotnem primeru zadenejo stroge sankcije).

Literatura

- Betto N., Sankcije za neaktivnost strank v pravdnem postopku, *Pravna praksa*, št. 42/2007.
- Bergant Rakočević V., Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2008, .
- Cerar R., Izvajanje dokazov v pravdnem postopku, *Magistrska naloga (neobjavljena)*, Pravna fakulteta v Ljubljani, 2009.
- Čujovič M., Spori majhne vrednosti v ZPP – tisto, kar ni urejeno, *Pravna praksa*, št. 20/2009, str. 11.
- Dolenc M., Materialno procesno vodstvo – sredstvo za racionalizacijo postopka ali dodatno breme in prelaganje odgovornosti, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2008.

²⁴ Za to varianto sicer Čujovič, Spori majhne vrednosti v ZPP – tisto, kar ni urejeno, *Pravna praksa*, 2009, št. 20, str. 11. Avtor meni, da je absurdno, da bi bile sankcije v rednem postopku strožje kot v sporu majhne vrednosti. Na splošno to drži, vendar je logika prav pri siljenju strank (pod grožnjo sankcij), da pridejo na narok, drugačna. Razumljivo je, da je zakon manj strog do strank v sporu majhne vrednosti. Eden izmed ciljev posebne ureditve spora majhne vrednosti je namreč v tem, da se zagotovijo čim manjši stroški. Pristop na narok pa je (še posebej za stranko iz oddaljenega kraja) že sam po sebi povezan z občutnimi stroški. Prav zaradi cilja, da je postopek ekonomičen, ni smiselno, da se stranke v sporu majhne vrednosti strogo sili k prisotnosti na naroku (in se jim s tem povzroča stroške, ki niso sorazmerni z vrednostjo spora).

²⁵ Enako Betetto v: Ude et al., *Pravdni postopek – zakon s komentarjem*, III. knjiga, str. 723.

- Ilc J., Pravdno-represivni postopek, *Odvetnik*, 2008, št. 40.
- Rosenberg, Schwab, Gottwald, 16. Aufl.
- Stein, Jonas, *ZPO Kommentar*, 22. Aufl., Mohr, Tuebingen, 2003–2005.
- Slivnik A., Materialno procesno vodstvo z vidika odvetnika – spodbuda za boljše ali slabše delo?, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2008.
- Testen A., Postopek v sporih majhne vrednosti, *Pravna praksa*, št. 47/2008.
- Ude L., Rijavec V., *ZPP z uvodnimi pojasnili*, GV Založba, 2008.
- Voglar M., Prekluzije in sankcije po ZPP-D v praksi: izkušnja sodnika, *Podjetje in delo*, št. 6-7/2009.
- Wedam Lukić D., Profesor Cigoj in civilno procesno pravo, v: *Zbornik razprav s simpozija SAZU ob 20-letnici smrti, SAZU, Razprave 24*, Ljubljana, 2009.



Javnopravne omejitve lastnine

II.

MIHA JUHART

Zakonita predkupna pravica

MATJAŽ TRATNIK

Služnost v javno korist

RENATO VRENČUR, MARTINA GEČ

Omejitve lastninske pravice v sosedskih razmerjih

MATIJA DAMJAN

*Lastninjenje nekdanjih dobrin v splošni rabi in varstvo
javnega interesa*

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.239:351.712.5(497.4)

Zakonita predkupna pravica

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

1. Uvod

Namen tega prispevka ni obravnava posameznih kategorij zakonite predkupne pravice na nepremičninah, ki so sicer precej pogosto posejane po našem pravnem sistemu. Posamična obravnava pojavnih oblik ali celovit pregled je bil že večkrat predmet obravnave in do posameznih vprašanj so se izoblikovala bolj ali manj izčrpana stališča. Tokrat pa želim obravnavati nekatera splošna vprašanja ureditve zakonite predkupne pravice, ki pomembno vplivajo na vsebinsko natančnejšo določitev pravnega razmerja. Od posamičnih oblik zakonite predkupne pravice na nepremičninah bo nekaj prostora namenjeno le prednostni pravici na kmetijskih zemljiščih, predvsem zaradi njenih posebnosti, ki po mojem mnenju vendar vodijo tudi v posebne rešitve.

Z vidika lastnika nepremičnine zakonita predkupna pravica po mojem mnenju ne pomeni pomembnega posega v lastninsko pravico, kljub drugačni odločbi Ustavnega sodišča. To je na primeru zakonite predkupne pravice na stanovanjih brez posebnega argumenta odločilo, da uzakonitev predkupne pravice pomeni poseg v pravico do lastnine.¹ Predkupna pravica lastnika omejuje le pri razpolaganju s stvarjo in zanj so praviloma mnogo bolj boleče omejitve rabe in uživanja. Tudi kot omejitev razpolaganja pomeni predkupna pravica šibko obliko omejitve. Za lastnika mnogo hujše posledice nastopijo z izvzetjem stvari iz pravnega prometa ali po njegovi lastni volji z ustanovitvijo odkupne pravice. Zato teorija uči, da je predkupna pravica mirujoča latentna pravica, ki se aktivira šele potem, ko se lastnik sam odloči razpolagati s stvarjo. Spet pa za aktiviranje predkupne pravice ne pride v poštev vsako razpolaganje, ampak

¹ Odločba Ustavnega sodišča U-I-119/94.

le tisto kjer se lastnik odloči prodati svojo stvar. Institut predkupne pravice temelji na izhodišču, da je primerni interes prodajalca pri prodaji prejem kupnine, ki je izražena v denarju. Zato je zanj pomembno, da je kupnina plačana, ne pa kdo kupnino plača. Predkupni upravičenec lahko stopi na mesto kateregakoli kupca, saj bo obveznost iz prodajne pogodbo izpolnjena enako. Pomembno je le plačilo kupnine in zaradi doseganja tega cilja pravna ureditev določa, da mora predkupni upravičenec hkrati z izjavo, da sprejema predkupno ponudbo plačati kupnino oziroma zagotoviti primerno zavarovanje. Pri drugih zavezovalnih poslih za prenos lastninske pravice predkupna pravica ne preide v aktivno stanje. Pri menjalni pogodbi si stranki obljubljata specifične izpolnitve, ki jih ni mogoče nadomestiti, zato predkupni upravičenec te stranke ne more zamenjati, ne da bi posegel v upravičen interes lastnika, ki pričakuje prav to natančno določeno specifično izpolnitev. Stališče je bilo večkrat potrjeno tudi v sodni praksi.² Seveda pa menjalna pogodba ne sme prikrivati resničnega namena pogodbenih strank, da naj se stvar zamenja za denar. V tem primeru velja splošno pravilo simuliranih pravnih poslov, da velja prikrit pravni posel, in je vidni pravni posel neveljaven. Ob tej posledici pa lahko tudi menjalna pogodba pomeni kršitev predkupne pravice.³ Enako se predkupna pravica ne aktivira pri drugih pravnih podlagah prenosa lastninske pravice, kjer ravnanja pridobitelja iz zavezovalnega pravnega posla ni mogoče nadomestiti. Samoumevno velja enako tudi za neodplačne pravne posle. Varovan je interes darovalca, da daruje točno določeno stvar in ne morebiti vrednost.

2. Namen zakonite predkupne pravice na nepremičninah

Vsaka ustanovitev zakonite predkupne pravice s posebno zakonsko določbo mora temeljiti na določenem interesu. Ker gre za omejevanje lastninske pravice, je treba upoštevati določbo 67. člena Ustave RS. Zato moramo v vsakem konkretnem primeru poiskati interes gospodarske, socialne ali ekološke funkcije. Ob tem pa je treba upoštevati tudi splošni ustavnopravni test sorazmernosti. Namen ustanovitve je najlažje ugotavljati preko predkupnega upravičenca, saj je temu podrejen končni cilj. Predkupni upravičenec naj postane lastnik stvari, ki je predmet

² »Prednostno pravico nakupa po 24. členu ZKZ je mogoče uveljavljati samo v primeru, ko se kmetijsko zemljišče prodaja. Za menjavo po 69. členu ZKZ prednostna pravica nakupa ne pride v poštev.« VS RS sodba II Ips 580/94.

»Predkupno upravičenje lahko upravičenec uveljavlja le, če lastnik odsvoji stvar s prodajno pogodbo. Posledica temeljnih značilnosti menjalne pogodbe je, da pri njej predkupna pravica ne more obstajati. S predkupno pravico se namreč lastnik stvari zavezuje, da bo stvar prodal po enaki ceni predkupnemu upravičencu (527. člen ZOR), pri menjalni pogodbi pa cena ni določena in je zato predkupnemu upravičencu nemogoče prodati nepremičnino po isti ceni. Enako je tudi pri sklenitvi mešane menjalno-prodajne pogodbe, saj je pri njej cena le deloma določena v denarju.« VS RS sodba III Ips 69/2003.

³ »Pravila o predkupni pravici so uporabna pri menjalni pogodbi le takrat, ko ta pogodba pomeni ali je vsaj zelo blizu simulirani pogodbi, ki prikriva prodajo.« VSL sodba I Cpg 126/99.

predkupne pravice. V grobem lahko ugotovimo, da je zakonita predkupna pravica najpogosteje ustanovljena v korist osebe javnega prava, redkeje pa v korist drugega posameznika, bodisi lastnika druge nepremičnine ali imetnika pravice na obremenjeni nepremičnini.

Zakonita predkupna pravica v korist oseb javnega prava je večinoma določena v korist države ali občine. Nameni so lahko različni. Močan javni interes za določitev zakonite predkupne pravice obstaja na vseh nepremičninah, kjer so že izpolnjeni pogoji za uvedbo razlastitvenega postopka oziroma kjer gre za nepremičnine, na katerih je mogoče utemeljeno pričakovati, da se bodo ti pogoji izpolnili v skladu z določili prostorskih izvedbenih aktov. V tem pogledu je treba na zakonito predkupno pravico in možnost razlastitve obravnavati kot dopolnjujoča ukrepa prostorske politike. Razlastitveni postopek je skrajno sredstvo za pridobitev lastninske pravice nosilca javnega interesa in v sodobni pravni državi se izvedbi razlastitvenega postopka poskušamo izogniti. Zato razlastitveni predpisi določajo kot procesno predpostavko dolžnost poskušati pridobiti lastninsko pravico s pravnim poslom. Predkupna pravica je učinkovit instrument, ki omogoča pridobivanje lastninske pravice vnaprej v tistih primerih, ko pride do prodaje nepremičnin na območju, na katerem bo mogoča kasnejša razlastitev. Na ta način se omogoča pridobitev lastninske pravice s pravnim poslom namesto razlastitve, kar je brez dvoma smiselno. Tudi zaradi tega, ker otežuje špekulativno pridobivanje nepremičnin s pričakovanjem, da bo nadomestilo v razlastitvenem postopku višje od stroškov pridobitve. V tem pogledu je veljavna zakonodaja slaba, saj država oziroma občina pogosto ni investitor objektov, ki se bodo gradili na teh nepremičninah. Ker je ta predkupna pravica določena s posebnim aktom, bi lahko z istim aktom določili tudi posebnega predkupnega upravičenca, ki mu je nepremičnina resnično namenjena. To bi olajševalo pravni položaj koncesionarjev in izvedb različnih oblik javno-zasebnega partnerstva.

Če je zakonita predkupna pravica ustanovljena v korist posameznika, to še ne pomeni odsotnosti javnega interesa. Čeprav danes ni nobenega dvoma, da so omejitve lastninske pravice dopustne tudi zaradi interesa drugih lastnikov, bomo v omejitvah zlahka zaznali tudi elemente javnega interesa oziroma uresničevanje ene od funkcij lastnine v pomenu iz 67. člena Ustave. Med zakonitimi predkupnimi pravicami v korist posameznika je omeniti predkupno pravico solastnika in etažnega lastnika ter predkupno pravico najemnika stanovanja. Pri predkupni pravici najemnika stanovanja je v ospredju zaznaven socialni interes, ki naj omogoči uporabniku stanovanja nadaljnjo rabo na podlagi lastninske pravice. Bolj zanimiva je predkupna pravica solastnikov oziroma etažnih lastnikov v manjših skupnostih etažne lastnine. Gre za primerljiva položaja in smiselno enaka vsebinska izhodišča, ki omogočajo enako obravnavo. Uresničevanje predkupne pravice je predvsem v interesu ohranjanja odnosov v skupnosti, kjer prihaja do prepletanja interesa posameznikov z javnim interesom. V konfliktu različnih zakonitih predkupnih pravic določenost v korist posameznika nujno ne pomeni šibkejše moči v primerjavi s tisto, ki je ustanovljena v korist osebe javnega prava. V tej smeri se je po mojem

mnenju povsem pravilno in primerno opredelila tudi sodna praksa.⁴ Obrazložitev odločbe utemeljeno opozarja tudi na ureditev prednostne pravice nakupa kmetijskih zemljišč, kjer ima solastnik prednost pred drugimi nosilci javnega interesa.

3. Smiselna uporaba pravil o pogodbeni predkupni pravici

Določba 513. člena OZ določa, da se za zakonito predkupno pravico smiselno uporabljajo pravila, ki veljajo za pogodbeno predkupno pravico. Določba je splošen okvir, ki velja za ureditev zakonite predkupne pravice. Zakonita in pogodbeno predkupna pravica se vsebinsko razlikujeta po pravnem temelju nastanka. Zakonita predkupna pravica nastane neposredno na podlagi zakona ne glede na voljo lastnika nepremičnine, ki jo predkupna pravica omejuje. Pogodbena predkupna pravica pa izvira iz volje strank, ki o ustanovitvi predkupne pravice skleneta poseben dogovor. Zato je pogodbeno predkupna pravica kot obligacijska pravica vezana na predkupnega upravičenca. Predkupni upravičenec iz naslova zakonite predkupne pravice pa je lahko določena oseba, ki jo določi zakon, ali pa oseba z določenimi lastnostmi. Zato je tudi pravna posledica, ki je izrecno določena z drugim odstavkom 513. člena OZ samoumevna. Zakonita predkupna pravica ni časovno omejena in nastane z uveljavitvijo zakonske določbe, ki jo določa, in preneha s prenehanjem veljavnosti te določbe. Nekateri sicer govorijo o tem, da zakonita predkupna pravica traja ves čas življenja predkupnega upravičenca, vendar je takšno stališče napačno.⁵ Za zakonito predkupno pravico ni pomembno življenje upravičenca ampak veljavnost zakonskega predpisa.

Za zakonito predkupno pravico se smiselno uporabljajo pravila, ki veljajo za pogodbeno predkupno pravico, če ni predpisano drugače. Gre za splošno razmerje med posebnim in splošnim predpisom. Omeniti pa velja, da že iz samega OZ izhajajo nekatere posebnosti, ki veljajo za zakonito predkupno pravico. Tako je treba pri obravnavanju kršitev zakonite predkupne pravice izhajati iz tega, da je zakonita predkupna pravica vsakomur znana in se nihče ne more sklicevati, da za njen obstoj ni vedel oziroma mu tega ni bilo treba vedeti. Zato lahko z vidika kršitev pripišemo zakoniti predkupni pravici podobne učinke (*erga omnes*), kot jih imajo izključujoče pravice.⁶ Med določbami OZ, ki se smiselno uporabljajo tudi pri zakoniti

⁴ »Solastninska pravica se nanaša na celotno nepremičninsko izvrševanje lastninskih upravičenj vsakega solastnika pa je omejena s solastninsko pravico drugega solastnika. Navedene pravice in omejitve dajejo (posamezniku) solastniku avtonomen ter hkrati soodvisen položaj do drugih solastnikov. Soodvisnost solastnika do objekta lastninske pravice in cilji, ki jih zasleduje zakonska določba tretjega odstavka 66. člena SPZ, da se s priznanjem predkupne pravice solastniku odpravljajo solastne skupnosti, ki so za pravni promet nezaželjena pravna oblika, dajejo prednost zakoniti predkupni pravici solastnika pred predkupno pravico občine po ZUreP-1.« VSL sklep I Cp 1200/2008.

⁵ Stojan Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana 1984, str. 1566.

⁶ Stojan Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana 1984, str. 1562.

predkupni pravici velja posebej omeniti določbo 508. člena, ki določa postopek s predkupno ponudbo, in predvsem pravilo iz drugega odstavka, da mora predkupni upravičenec skupaj z izjavo, da kupuje stvar (sprejema ponudbo), plačati kupnino ali jo položiti pri sodišču. Le na ta način se lahko varuje interes lastnika stvari, ki je omejen s predkupno pravico. Zanj je pomembno, da je kupnina plačana. Ker pri prodaji s predkupno pravico sam ne izbira kupca kot druge pogodbene stranke, je za zaščito njegovega interesa pomembno, da je kupnina plačana takoj oziroma da je dano primerno zavarovanje. Vendar to pravilo ne velja pri prodaji s prednostno pravico na kmetijskih zemljiščih in gozdovih, saj ima ponudba iz 21. člena ZKZ drugačno pravno naravo in izvedba objave in njenega sprejema ustvarja zavezo skleniti prodajno pogodbo.

Zakonita predkupna pravica ima poseben učinek na podlagi 182. člena ZIZ tudi pri prodaji nepremičnine na javni dražbi. Kdor ima zakonito predkupno pravico na nepremičnini, ki je predmet prodaje v izvršbi, ima prednost pred najugodnejšim dražiteljem, če takoj po končani dražbi izjavi, da kupuje nepremičnino pod enakimi pogoji.⁷ Če je bila nepremičnina prodana z neposredno pogodbo, povabi sodišče predkupnega upravičenca, naj izjavi na zapisnik pri sodišču, ali želi izkoristiti svojo pravico. Če predkupni upravičenec izkoristi svojo pravico, ima najboljši dražitelj ali kupec pri neposredni pogodbi pravico takoj po končani dražbi ali po prejemu obvestila, da je predkupni upravičenec izjavil, da želi izkoristiti svojo pravico, ponuditi višjo ceno. Čeprav se določba ZIZ tu konča, jo je treba po mojem mnenju razlagati tako, da lahko predkupni upravičenec ponovno sprejme ponudbo za višjo ceno, ki jo je naknadno ponudil najboljši dražitelj. To dejansko pomeni, da se po opravljeni javni dražbi izvede še ena dražba, na kateri lahko tekmujeta samo najboljši dražitelj in predkupni upravičenec.⁸

Posebna pravila, ki urejajo posamezne zakonite predkupne pravice, od splošnih pravil o pogodbeni predkupni pravici odstopajo predvsem pri določitvi roka, ki ga ima predkupni upravičenec na voljo za sprejem ponudbe. Ta rok je pogosto podaljšan s tridesetih na šestdeset dni. Posebna pravila določajo tudi posebno obliko predkupne ponudbe (pisnost) in nekatere druge postopke, ki jih mora opraviti prodajalec.

⁷ »Določba čl. 182/I ZIZ jasno določa, da mora predkupni upravičenec uveljavljati predkupno pravico takoj po končani javni dražbi, torej na naroku, na katerem se je javna dražba opravila.« Višje sodišče v Celju, sklep I Ip 783/2007.

⁸ Tako tudi sodna praksa. »Potem, ko je predkupni upravičenec svoje upravičenje izkoristil z izenačenjem cene, ki jo je ponudil najugodnejši posrednik, lahko slednji, in noben drug udeleženec dražbe, ponudi še višjo ceno.« Sodba VS RS III Ips 85/96.

4. Nekateri problemi sklepanja pravnih poslov s predkupnim upravičencem

Pri prodaji nepremičnin s predkupno pravico je treba upoštevati tudi posebna pravila o omejitvah pravnega prometa, predvsem vse vrste zahtev za odobritev pravnega posla, ki se praviloma nanašajo na lastnosti pridobitelja lastninske pravice (na primer odločba o vzajemnosti pri tujem državljanu ali soglasje na podlagi izjave o upoštevanju varovalnega režima naravnega spomenika). Te postopke je treba opraviti v skladu s splošnimi pravili in imetništvo predkupne pravice upravičenca nič bolj ne upravičuje za pridobitev lastninske pravice. Problem je po naravi stvari pomemben, ko je imetnik predkupne pravice posameznik.⁹

Eden od problemov sklepanja pravnih poslov glede nepremičnin, ki so predmet predkupne pravice, je vprašanje pravnih posledic njenega neuveljavljanja. Gre za primere, ko predkupni upravičenec ne sprejme ponudbe, ki jo je prejel od lastnika, kar načeloma pomeni, da lahko lastnik nepremičnino proda tretji osebi. Bistvo predkupne pravice je v tem, da ima upravičenec pravico stvar kupiti pod enakimi pogoji pred drugim kupcem. Če upoštevamo takšno izhodišče, moramo sprejeti sklep, da mora lastnik ponoviti ponudbo predkupnemu upravičencu, ko se pogoji nakupa zaradi poteka časa spremenijo. Splošnega roka, ki bi določal obveznost ponavljanja ponudbe, ni mogoče določiti. V stabilnih finančnih razmerah gre lahko za daljše časovno obdobje, v nestabilnih razmerah pa se okoliščine lahko hitreje spreminjajo. Lastnik mora ponudbo ponoviti in se ne more sklicevati, da je bila predkupna pravica kakorkoli konzumirana s prvo zavrnitvijo.

Lastnik s predkupno pravico obremenjene nepremičnine včasih iz takšnega ali drugačnega razloga ne želi nepremičnine prodati predkupnemu upravičencu. Vprašamo se lahko, ali je takšen interes v določenih položajih lahko legitimen in postane pravno upošteven. Izhodišče za razmišljanje je lahko odločitev sodišča, ki je bila sprejeta v primeru kršitve predkupne pravice. »Če dolжник iz naslova predkupne pravice in tretji (kupec) kasneje sporno pogodbo sama razveljavita in vzpostavita prejšnje zemljiškoknjižno stanje, predkupni upravičenec več ne more uveljavljati zahtevkov iz 512. člena OZ. Njegova predkupna pravica je znova postala speča.«¹⁰ Odločba je zanimiva. Šlo je za prodajo solastninskega deleža na nepremičnini in posel, ki ga je eden od solastnikov sklenil s tretjo osebo. Predkupni upravičenec je zaradi kršitve predkupne pravice vložil tožbo in zahteval, da se delež pod pogoji iz sklenjene prodajne pogodbe prenese nanj. Še pred zaključkom postopka sta stranki razvezali prodajno pogodbo in vzpostavili prejšnje zemljiškoknjižno stanje. Sodišče je v obrazložitvi zapisalo: »Predkupna

⁹ V tej smeri tudi sodna praksa: »Sodišče izda sklep o domiku nepremičnine, ko je odločba UE o odobritvi pravnega posla dokončna.« Višje sodišče v Celju, sklep I Ip 1/2008.

¹⁰ Višje sodišče v Ljubljani, sodba II Cp 4079/2007.

pravica je omejitve temeljne (tj. lastninske) pravice ter je v tem pogledu v razmerju do nje v izrazito subsidiarnem položaju. V celoti je odvisna od volje tistega solastnika, ki je iz naslova predkupne pravice dolžnik, da s stvarjo razpolaga. V obravnavani zadevi je po tem, ko sta toženca razveljavila prodajno pogodbo in vzpostavila prejšnje zemljiškopravno stanje, položaj z vidika predkupne upravičenke (torej tožnice) enak kot je bil pred kršitvijo njene predkupne pravice. Njena predkupna pravica je navzlic vmesni kršitvi sedaj po vsebini povsem enaka, kot je bila prej. Tožnica ima znova spečo predkupno pravico in, kar je bistveno, tudi dolžnik iz naslova predkupne pravice je isti, kot je bil doslej (tj. prvotoženka). Če bi bilo torej tožnici navkljub navedenim ugotovitvam sedaj priznано, da lahko zahteva prodajo prvotoženčinega solastninskega deleža, bi bilo v razpolagalno pravico (ter s tem v lastninsko pravico) slednje poseženo preko meja, ki jih določa zakon. Ali drugače: šlo bi za pretirano razširjujočo razlago določb o predkupni pravici na rovaš lastninske pravice. Tak poseg bi bil z vidika 33. člena URS tudi protiustaven.« Navedeni argumenti so prepričljivi in jih kaže upoštevati tudi v podobnih primerih. Podobna vprašanja se pogosto postavljajo v povezavi s prodajo kmetijskih zemljišč in gozdov s prednostno pravico. Ponudba za prodajo je dana nedoločenemu krogu oseb in lastnik nima nadzora nad tem, s kom bo pogodba sklenjena. Zato se lahko zgodi, da bo mu bo upravna enota sporočila, da mora skleniti prodajno pogodbo z osebo, s katero tega ne želi. Sodna praksa povsem pravilno opozarja, da objava ponudbe na podlagi 20. člena ZKZ nima pravne narave ponudbe za sklenitev pravnega posla, zato prodajna pogodba ni sklenjena s prejemom izjave kateregakoli upravičenca, da ponudbo sprejema.¹¹ Izvedeni postopek z objavo ponudbe in njenim(i) sprejemom(i) ustvarja obveznost lastnika in tistega, ki je sprejel ponudbo, in ga je upravna enota določila kot upravičeno osebo za sklenitev pogodbe. To obveznost sodna praksa primerja z obveznostjo iz predpogodbe in zavrača možnost, da bi si lastnik premislil in svojo ponudbo umaknil. »Sprejem ponudbe za nakup kmetijskega zemljišča prodajalca zavezuje k temu, da s predkupnim upravičencem oziroma osebo, ki je sprejela ponudbo, sklene prodajno pogodbo pod pogoji iz ponudbe, sprejemnik ponudbe pa s sprejemom ponudbe pridobi pravico zahtevati od lastnika sklenitev prodajne pogodbe. Če je sprejemnik ponudbe obenem tudi predkupni upravičenec, pomeni nesklentitev prodajne pogodbe tudi kršitev predkupne pravice, če pa ni predkupni upravičenec, je njegov položaj primerljiv s položajem, kadar je sklenjena predpogodba: lastnik kmetijskega zemljišča je z izročitvijo ponudbe upravni enoti za prodajo zemljišča prevzel obveznost, da bo s sprejemnikom ponudbe sklenil pogodbo o prodaji tega zemljišča (torej je prevzel obveznost, kot jo opredeljuje 1. odstavek 33. člena OZ) – tudi nesklentitev take (glavne) pogodbe je mogoče nato zahtevati s tožbo (4. odstavek 33. člena OZ). Tako 1. odstavek 512. člena kot tudi 5. odstavek 33. člena OZ določata 6-mesečni rok za uveljavitev zahtevka za sklenitev pogodbe; oba roka sta tudi prekluzivna.«¹² Navedeni odločbi

¹¹ Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Cp 7151/2006; Višje sodišče v Mariboru, sklep I Cp 1639/2007.

¹² Višje sodišče v Ljubljani, sklep I Cp 7151/2006.

lahko očitamo dvojje. Težko se je strinjati s stališčem, da nepripravljenost za sklenitev pogodbe s predkupnim upravičencem pomeni kršitev predkupne pravice. Kršitev predkupne pravice pomeni sklenitev prodajne pogodbe s tretjo osebo na način, ko predkupnemu upravičencu ni zagotovljena prednost. Zato ni nobene podlage za razlikovanje med pravnim položajem predkupnega upravičenca in tretjega, ki v postopku prodaje kmetijskega zemljišča želi kupiti nepremičnino. Pravni položaj obeh je enak, smiselna pa se zdi do neke mere tudi primerjava s predpogodbo. Kljub temu pa se mi zdi, da bi bilo treba lastniku nepremičnine priznati možnost, da zavrne sklenitev pogodbe, če te ne želi skleniti z osebo, ki jo določi upravna enota. Pri tem lahko upoštevamo prejšnjo argumentacijo o odnosu med predkupno pravico in lastninsko pravico. Objava ponudbe iz 20. člena ZKZ na oglasni deski upravne enote ima naravo ponudbe nedoločenemu krogu oseb in v skladu s tretjim odstavkom 22. člena OZ se moramo na podlagi okoliščin primera odločiti, ali gre za zavezujočo ponudbo ali ne. Proti pravni naravi zavezujoče ponudbe¹³ govori predvsem zakonsko določena posledica, da pogodba ni sklenjena s prejmemom izjave o sprejemu, ampak je postopek namenjen le določitvi »pravih, željenih« strank prodajne pogodbe. Če lastnik z izbrano osebo ne bi želel skleniti pogodbe, bi lahko to njegovo nasprotovanje enako utemeljili s primarnostjo lastninske nad predkupno pravico. Zato bi bilo zanimivo, kako bi sodišče odločilo o zahtevku na sklenitev prodajne pogodbe, če bi lastnik pogodbe ne hotel skleniti. Predvsem pa se mi zdi, da lastnika ni mogoče siliti v sklenitev pogodbe s tretjo osebo, ki nima položaja predkupnega upravičenca. V tem primeru ni mogoče zaznati nobenega posebnega interesa, zaradi katerega bi posegli v lastnikovo pravico razpolaganja z nepremičnino in obveznost skleniti prodajno pogodbo se mi zdi prekomeren poseg, ki je v nasprotju z opredelitvijo lastninske pravice v Ustavi RS.

5. Soobstoj več predkupnih pravic na isti stvari

Razširjenost zakonite predkupne pravice v veljavnem pravnem sistemu pogosto pripelje v položaj, da na isti nepremičnini obstaja več predkupnih pravic. Po naravi stvari ima zakonita predkupna pravica prednost pred pogodbeno, čeprav to ni povsem jasno določeno. Razmerje med več zakonitimi predkupnimi pravicami pa je v nekaterih primerih posebej določeno, včasih pa se moramo do rezultata prebiti z razlago. Pri tem si moramo predvsem pomagati z razlago po namenu in pravnosistemsko razlago.¹⁴

Prvo pravilo, ki velja, če je na nepremičnini več predkupnih pravic, je načelo kumulacije. Predkupne pravice se med seboj ne izključujejo na način, da ima pravico le tisti predkupni upravičenec z najmočnejšo pravico. Če prvi predkupni upravičenec svoje pravice ne izkoristi, potem

¹³ Za zavezujočo naravo se je izrekla sodna praksa, Višje sodišče v Mariboru, sklep I Cp 1639/2007.

¹⁴ O konfliktu med zakonito predkupno pravico solastnikov in predkupno pravico občine po ZUreP-1 glej prej.

so na vrsti naslednji. To pravilo ni izrecno zapisano, vendar na takšno rešitev kaže sistem, kot je postavljen v ureditvi prednostne pravice na kmetijskih zemljiščih. V teh pravilih je izoblikovan model, kako postopati, če je več predkupnih upravičencev. Najprej je treba določiti predkupnega upravičenca, ki ima najmočnejšo pravico. Prodaja tretji osebi pa je dopustna šele potem, ko nihče od upravičencev ne uveljavlja svoje pravice.

Ko iščemo najmočnejšo predkupno pravico, je odgovor najbolj jasen, če je ta določena s posebno določbo. Izrecna zakonska določba praviloma daje prednost zakoniti predkupni pravici, ki jo ureja. Tipičen primer takšne določbe je 84. člen ZON. Ta določba povsem jasno postavlja na prvo mesto predkupno pravico države na nepremičnini na zavarovanem območju varovanja narave. Če ta svoje pravice ne uporabi, pa sledi postopek v skladu z drugimi pravili, predvsem bo to postopek v skladu z določbami o prednostni pravici po ZKZ. Nekoliko nejasno je postavljeno razmerje glede predkupne pravice na varovanih gozdovih. Iz določbe 47. člena ZG pa vendar lahko sklepamo, da je namen te določbe drugačna določitev prednostnega vrstnega reda pri uveljavljanju prednostne pravice, ki se za gozdove uporablja na podlagi ZKZ. V odsotnosti posebne določbe, pa se je treba po mojem mnenju nasloniti na splošno pravilo o splošnem in posebnem pravilu. Posebna je tista zakonita predkupna pravica, ki se nanaša na ožji krog nepremičnin oziroma na specialnejšo lastnost. Splošnejša pa je tista, ki zajema več nepremičnin na podlagi splošnejše lastnosti. Tako je splošna lastnost določitev namenske vrste rabe ali pravnega režima, kot je na primer lastnost kmetijskega zemljišča ali gozda. Nadalje je splošna lastnost lega na območju določenim z občinskim odlokom po ZUreP-1. Specialna lastnost nepremičnine pa je poseben status, kot je na primer lastnost naravnega ali kulturnega spomenika, lastnost vodnega zemljišča in podobno. Vendar nas tudi ta metoda ne vodi vselej k pravemu odgovoru. Kot že rečeno, je sodna praksa izrekla, da ima predkupna pravica solastnika prednost pred tisto iz ZUreP-1, čeprav se zdi, da gre za splošnejšo pravico. V tem primeru v ospredje stopi poseben namen, kot ga je pravilno opredelila sodna praksa. Podoben primer je hkratna prodaja več stvari, ki skupaj tvorijo enoten varovalni režim. Šolski primer, ki pokaže, da kumulacija predkupnih pravic ni v skladu z namenom predpisa, je razpolaganje s kulturnim spomenikom. Kulturni spomenik lahko sestavlja več nepremičnin z različnimi splošnimi statusi, kot so na primer pozidana zemljišča, kmetijska zemljišča in gozdovi. Namen zavarovanja kulturnega spomenika je ohranjanje njegove celovitosti, zato bi bilo v nasprotju z njegovim namenom, če bi ob neuveljavitvi zakonite predkupne pravice po 63. členu ZVKD zahtevali, da se opravi postopek še po ZKZ in ZUreP-1.

Služnost v javno korist

PROF. DR. MATJAŽ TRATNIK,
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. Uvod

Služnosti v javno korist so služnosti, ki so ustanovljene v korist države, lokalne skupnosti, izvajalcev javnih služb in nosilcev različnih infrastrukturnih dejavnosti. Gre za posebno obliko služnosti, glede katerih veljata dve posebnosti. Prva je namen služnosti. Drugače kot »navadne« služnosti stvarnega prava, ki se ustanovijo v zasebnem interesu, se služnosti v javno korist vedno ustanovijo v javnem interesu. Razlika je tudi pri nosilcih pravice. Pri služnostih v javno korist je nosilec vedno država, lokalna skupnost ali drug subjekt, ki ga je država ali lokalna skupnost pooblastila za izvajanje javne službe ali javne infrastrukturne dejavnosti.¹

Naša zakonodaja ureja služnosti v javno korist v Zakonu o urejanju prostora (ZUreP-1)² in v vrsti posebnih zakonov. Ureditev v ZUreP-1 se uporablja tudi glede služnosti v javno korist po drugih zakonih, če ti drugi zakoni ne vsebujejo posebnih ureditev. Poleg tega vsebuje splošna pravila o služnostih Stvarnopravni zakonik (SPZ),³ medtem ko je glede vpisovanja služnosti v javno korist v zemljiško knjigo treba upoštevati določila Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1).⁴ Služnost v javno korist lahko nastane na podlagi pogodbe med služnostnim upravičencem in lastnikom nepremičnine, ki naj bi se obremenila, ali prisilno, z upravno odločbo. V prvem primeru nastane služnost z vpisom v zemljiško knjigo, v drugem primeru pa v trenutku, ko postane upravna odločba pravnomočna. Vpis v zemljiško knjigo tu nima konstitutivnega učinka.

¹ Glej drugi odstavek 110. člena ZUreP-1.

² Uradni list RS, št. 110/2002, 8/2003, 58/2003, 33/2007.

³ Uradni list RS, št. 87/2002.

⁴ Uradni list RS, št. 58/2003, 37/2008, 45/2008.

Vedno pa mora upravičenec najprej poskusiti pridobiti služnost na pravnoposlovni podlagi. Šele če to ne uspe, se lahko predlaga prisilna ustanovitev služnosti.

Služnost v javno korist je posebna oblika razlastitve. To pomeni, da je pri ustanavljanju služnosti treba upoštevati ustavnopravne in mednarodnopravne zahteve glede dopustnosti razlastitve. Razlastitev je prisilen odvzem ali omejitev lastninske ali druge premoženjske pravice v korist države, lokalne skupnosti ali drugega subjekta javnega prava.⁵ Slovenska ustava v 69. členu določa, da mora biti razlastitev izvedena:

- v javno korist,
- na podlagi zakona in
- proti nadomestilu ali odškodnini.⁶

Pogoj javne koristi oziroma javnega interesa je temeljni pogoj, ki glede razlastitve oziroma nacionalizacije nastopa tako v nacionalnih pravnih redih kot tudi v mednarodnem pravu. Pri javni koristi gre za zelo splošen pojem, ki je glede služnosti v javno korist konkretiziran v drugem in tretjem odstavku 110. člena ZUreP-1. Tako se te lahko ustanovijo le, če je to nujno potrebno za postavitve omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture in njihovo nemoteno delovanje. Če tako določa poseben zakon pa se služnost lahko ustanovi tudi za postavitve in nemoteno delovanje omrežij in objektov druge javne infrastrukture.⁷ Predlagatelj mora izkazati nujno potrebo, ali da ustanovitev služnosti izhaja iz posebnega zakona. Nujno potrebo se izkaže tako, da izkaže, da brez ustanovitve služnosti ni mogoče doseči oziroma zagotoviti postavitve in/ali nemotene delovanja gospodarske javne infrastrukture ter da je potrebna služnost prav s takšno vsebino, kot se predlaga in prav v takšnem obsegu.⁸ ZUreP-1 predvideva ustanovitev trajne ali začasne služnosti. Izraz trajna je tu treba razumeti tako, da se služnost lahko ustanovi za nedoločen čas. Če se predlaga trajna služnost, je treba tudi utemeljiti, zakaj ni mogoče doseči zasledovane javne koristi z začasno služnostjo.⁹

Za javno koristjo je povezano tudi načelo sorazmernosti. Tako je Ustavno sodišče zapisalo v svojo odločbo:

»Javni interes, ki opravičuje odvzem ali omejitev lastninske pravice na nepremičninah, pa mora biti opredeljen, stvarno upravičen in ustavno legitimen. Ukrepi za dosego cilja, temelječega na javnem interesu, morajo biti primerni in nujni. Izkazana pa mora biti tudi sorazmernost med posegom v lastninsko pravico in njegovimi učinki. Zato je razlastitev v

⁵ Primerjaj Virant 1994, stran 556; Virant 1998, stran 84.

⁶ Glej obširneje Virant, 1998, strani 84–93.

⁷ Drugi in tretji odstavek 110. člena ZUreP-1; Čebulj, strani 603, 604.

⁸ Čebulj, stran 604.

⁹ Prav tam.

našem pravnem sistemu, ki sledi zahtevam 69. člena Ustave, urejena tako, da je za konkretni primer, tj. za konkretno zemljišče, treba v ustreznem postopku ugotoviti, ali so izpolnjeni z zakonom določeni pogoji za odvzem ali omejitev lastninske pravice v javno korist.»¹⁰

Odkodnina oziroma nadomestilo naj bi izravnala izgubo, ki jo je pretrpel razlaščenec. Tako se varstvo lastninske pravice v primeru razlastitve spremeni v varstvo njene premoženjske vrednosti.¹¹ Podlaga za odškodnino oziroma postopek njene določitve morata biti zakonsko urejena. V tej zvezi je treba navesti stališče *Viranta*, da je zakon, ki daje podlago za razlastitev, ne določa pa odškodnine, protiuustaven.¹² Razlaščenec ima načeloma pravico do polne odškodnine. Tako tudi osmi odstavek 110. člena ZUreP-1 izrecno določa, da služnostnemu zavezancu pripada odškodnina. Iz tega sledi, da je tudi služnost v javno korist vedno odplačna, tako da je nedopustno, če služnostni upravičenec zahteva od lastnika nepremičnine neodplačno služnost.¹³

2. Pravna narava služnosti v javno korist

ZUreP-1 pri ureditvi služnosti v javno korist uporablja zgolj izraz »služnost«, ne da bi opredelil, kateri tip služnosti ima v mislih. Tako bi vsaj teoretično lahko prišel v poštev poseben tip »služnosti v javno korist« ki bi bila posebej prilagojena namenu, ki ga ta institut zasleduje. Vendar pa ZUreP-1 takšnega posebnega tipa služnosti ne predvideva. Enako velja za druge predpise, ki predvidevajo ustanovitev služnosti v javno korist. Iz ostalih pravil ZUreP-1, predvsem glede vpisa služnosti v zemljiško knjigo pa izhaja, da ima ZUreP-1 očitno v mislih tipe služnosti kot jih določa SPZ, in ki jih je v skladu z določili ZZK-1 možno vpisati v zemljiško knjigo.¹⁴ Glede na dejstvo, da ZUreP-1 ne določa tipa služnosti, ki se lahko (ali celo mora) uporabiti za služnosti v javno korist, bi vsaj teoretično lahko prišli v poštev vsi trije tipi služnosti, ki jih pozna naše stvarno pravo:

- prave stvarne služnosti,
- osebne služnosti in
- neprave stvarne služnosti.

Vsi trije tipi služnosti se razlikujejo med seboj tako po vsebini (osebne služnosti na eni strani in (neprave) stvarne služnosti na drugi) kot po tem, kako je določen služnostni upravičenec

¹⁰ Glej odločbo US št. U-I-224/00.

¹¹ *Virant*, 1998, stran 91.

¹² Prav tam.

¹³ Erdelič, *Pravna praksa*, št. 38/2007, strani 7–9.

¹⁴ V 13. členu ZZK-1 so pravice, ki se vpisujejo v zemljiško knjigo, taksativno navedene. Ker ta določba ne predvideva služnosti v javno korist kot posebne knjižne pravice, temveč govori zgolj o služnostih.

(osebne in neprave stvarne služnosti na eni strani in prave stvarne služnosti na drugi). Če pogledamo najprej vsebino služnostnih upravičenj pri služnostih v javno korist lahko ugotovimo, da ZUreP-1 ne govori o vsebini tovrstnih služnosti, ne našteva posameznih oblik uporabe obremenjene nepremičnine, kakor tudi ne ravnanj ki jih mora njen lastnik opustiti nepremičnine. Glede na namen služnosti v javno korist so njihova vsebina praviloma uporabnostna upravičenja glede obremenjene nepremičnine, kot je pravica imeti v oziroma na služeči nepremičnini določene objekte, naprave in podobno. Prav tako služnost zagotavlja dostop do teh objektov ki je potreben zlasti zaradi upravljanja, vzdrževanja in popravil. Pogosto je tudi omejena lastnikova pravica do uporabe zemljišča, na katerem stoji oziroma je položen infrastrukturni objekt. Denimo prepoved gradnje objektov in sajenja dreves v določenem pasu okrog objekta. Z vidika lastnika obremenjene nepremičnine torej pomeni služnost dopuščanje ravnanj služnostnega upravičenca na nepremičnini in opuščanje lastnih ravnanj, katerih mu kot lastniku sicer ne bi bilo treba opustiti. Tako lahko ugotovimo, da gre pri vsebini služnosti v javno korist za služnosti, ki so po svoji vsebini stvarne služnosti.¹⁵ Tudi tu gre za služnosti, ki imajo splošno določeno vsebino. Lastnik obremenjene nepremičnine mora nekaj trpeti ali opustiti, kar je treba ob ustanovitvi ustrezno opredeliti kot konkretno vsebino služnosti, da jo je moč vpisati v zemljiško knjigo. Pri osebnih služnostih pa gre za s tipom določeno v bistveni meri obvezno vsebino, ki ne potrebuje dodatne konkretizacije.¹⁶ Vsebinske osebne služnosti tako praviloma ni primerna za služnosti v javno korist. Po vsebini so služnosti v javno korist torej stvarne služnosti. Ostaja vprašanje, ali gre pri služnostih v javno korist za prave ali neprave stvarne služnosti. *Juhart* zastopa stališče, da se služnost v javno korist od prave stvarne služnosti razlikuje po tem, da:

»Nosilec interesa gradnje javne infrastrukture in lastnik nepremičnine ne moreta ustanoviti prave stvarne služnosti, saj nosilec nima nepremičnine, ki bi imela lastnost gospodujočega zemljišča ... glede na tipsko prisilo, ki velja v stvarnem pravu, je po mojem mnenju najprimernejša neprava stvarna služnost.«¹⁷

Podobno ugotavljam tudi sam:

»Od pravih stvarnih služnosti se služnosti v javno korist razlikujejo po tem, da se ne ustanovijo v korist vsakokratnega lastnika neke druge (gospodujoče) nepremičnine, temveč v korist poimensko določenega subjekta. Največkrat je to nosilec določene infrastrukturne dejavnosti. 'Gospodujoča nepremičnina' praviloma niti ne obstaja.«

Tu sva očitno oba izhajata iz predpostavke, da služnosti v javno korist ni mogoče ustanoviti kot prave stvarne služnosti, torej v korist vsakokratnega lastnika neke druge nepremičnine. Pri te

¹⁵ *Juhart*, Komentar SPZ, stran 895.

¹⁶ Prav tam.

¹⁷ *Juhart*, Stvarno pravo, stran 616.

oba vidiva kot poglavitno težavo dejstvo, da upravičenec nima v lasti nepremičnine, ki bi se lahko štela za gospodujočo nepremičnino.

Kljub temu so se v praksi pojavili primeri, ko so se služnosti v javno korist ustanovljale tudi kot prave stvarne služnosti. Tako se zastavlja vprašanje, ali je takšna konstrukcija dopustna. Ugotovili smo že, da ZUreP-1 opredeljuje namen, pogoje in postopek za ustanovitev služnosti, medtem ko se glede izbire stvarnoppravne konstrukcije ne opredeljuje. Kot sem že omenil, je praktičen argument proti uporabi prave stvarne služnosti ta, da služnostni upravičenec praviloma nima nepremičnine, ki bi imela lastnost gospodujoče nepremičnine. Vendar pa se zastavlja vprašanje, ali je to nujno tako. Ali bi se lahko nepremičnina, kjer ima služnostni upravičenec določen temeljni infrastrukturni objekt (na primer elektrarno, plinski terminal, razdelilno transformatorsko postajo), lahko štela za gospodujočo nepremičnino? V tem primeru je treba upoštevati tradicionalni načeli služnostnega prava, po katerih mora biti stvarna služnost v korist gospodujoče nepremičnine (*praedio utilis, servitus fundo utilis esse debet*) in da morata služeča in gospodujoča nepremičnina biti sosednji nepremičnini (*praedio vicina*), ali vsaj med seboj prostorsko povezani. Ti predpostavki v SPZ sicer nista več izrecno zapisani,¹⁸ vendar ju lahko še vedno štejemo za nekakšni splošni nezapisani načeli našega služnostnega prava. Vendar menim, da ju je treba ob upoštevanju modernega tehničnega razvoja široko interpretirati. Tako bi na primer lahko šteli, da je predpostavka prostorske povezanosti izpolnjena pri služnosti daljnovoda v korist nepremičnine, kjer leži elektrarna, in v breme nepremičnin (zemljišč), preko katerih daljnovod poteka. V tem primeru obstaja (preko stolpov in vodov) celo fizična povezava med gospodujočo in služečimi nepremičninami. Prav tako bi morala zadostovati brezžična povezava, na primer med TV-oddajnikom in repetitorji, oziroma centralnimi antenskimi instalacijami.

Tudi zahteva, da mora biti služnost v korist gospodujoče nepremičnine, pri služnostih v javno korist ni nujno problematična. Kot je bilo poudarjeno, se služnost v javno korist razlikuje od »klasične« prave stvarne služnosti po tem, da ni ustanovljena v korist določene nepremičnine, ampak zaradi namena doseganja neke javne koristi. Kaj pa, če je korist gospodujoče nepremičnine hkrati tudi javna korist? Tako na primer elektrarna nedvomno služi javni koristi, kar vodi do zaključka, da tudi vsaka stvarna služnost, ki se ustanovi v korist nepremičnine, na kateri stoji elektrarna, prav tako služi javni koristi.

Glede na to, da je služnost v javno korist omejitev lastninske pravice, je treba upoštevati načelo sorazmernosti, kar pomeni, da ta ne sme biti bolj omejena, kot je za doseganje zasledovane javne koristi nujno potrebno. Tako se je treba vprašati, ali je konstrukcija prave stvarne služnosti za lastnika služeče nepremičnine bolj omejujoča kot neprava stvarna služnost. Ker je

¹⁸ Primerjaj § 473 ODZ, ki zahteva, da zemljiška služnost služi boljši ali udobnejši uporabi gospodujočega zemljišča.

vsebina služnostnih upravičenj v obeh primerih lahko povsem enaka, je treba iskati razliko glede imetnika pravice in glede dobe trajanja. Prava stvarna služnost se ustanovi v korist vsakokratnega lastnika gospodujoče nepremičnine, kar pomeni, da se subjekt upravičenca v času trajanja služnosti lahko menja. Izhajajoč iz podmene, da so neprave stvarne služnosti v javno korist prenosljive, se lahko menja tudi imetnik neprave stvarne služnosti, tako da tu tudi ne moremo najti razlike. Edina razlika je tako v dobi trajanja. Medtem ko se prava stvarna služnost lahko ustanovi za nedoločen čas, je neprava stvarna služnost v korist pravnih oseb omejena na 30 let.¹⁹ Po izteku te dobe pa se služnost ob nadaljevanju javne koristi lahko ustanovi ponovno, bodisi pogodbeno, bodisi prisilno. Tako se zdi, da je obremenitev z nepravo stvarno služnostjo nekoliko manjša, saj se bo največ po 30 letih ponovno morala presojati njena utemeljenost in potrebnost. Po drugi strani pa ima lastnik služneče nepremičnine možnost, da kadarkoli predlaga ukinitve služnosti po 113. členu ZUreP-1 ter s tem prav tako sproži ponovno presojo njene potrebnosti in utemeljenosti. Tako lahko ugotovimo, da služnost v javno korist, ki se ustanovi kot prava stvarna služnost, za lastnika obremenjena (služeče) nepremičnine ni bolj omejujoča kot v primeru, če bi se ustanovila kot neprava stvarna služnost. Nedvomno pa je konstrukcija prave stvarne služnosti ugodnejša za služnostnega upravičenca, saj je po 30 letih ni treba znova ustanovljati.

Iz povedanega izhaja, da se služnost v javno korist lahko ustanovi tudi kot prava stvarna služnost. Kljub temu pa je prevladujoča konstrukcija neprave stvarne služnosti. To pomeni, da se glede tovrstnih služnosti poleg določil ZUreP-1 uporabljajo splošna pravila o nepravih stvarnih služnostih v SPZ. Neprave stvarne služnosti v SPZ niso urejene neposredno, temveč 226. člen SPZ glede njihovega nastanka in prenehanja napotuje na uporabo pravil o osebnih služnostih, medtem ko izrecno ne določa, katera pravila se uporabljajo glede drugih (zlasti vsebinskih) vprašanj. Kljub temu ni sporno, da se tu uporabljajo pravila glede pravih stvarnih služnosti, saj 226. člen SPZ izrecno določa, da gre pri nepravi stvarni služnosti za »*služnost, ki je po svoji vsebini stvarna služnost*«. Poleg tega je zakonodajalec neprave stvarne služnosti uredil v poglavju, ki ureja stvarne služnosti, in ne v poglavju, ki ureja osebne služnosti.

3. Nekatera praktična vprašanja v zvezi s služnostmi v javno korist kot nepravimi stvarnimi služnostmi

3.1. Prenosljivost služnosti v javno korist

Pri služnosti v javno korist so upravičenci največkrat operaterji infrastrukturnih dejavnosti, ki se izvršujejo dolgo vrsto let. Tako lahko pride do zamenjave operaterja, bodisi zaradi reorganizacij ali iz drugih razlogov. Tako se pri uporabi instituta služnosti v javno korist kot posebne

¹⁹ Glej 226. člen v zvezi z drugim odstavkom 227. člena SPZ.

oblike neprave stvarne služnosti zastavlja vprašanje njihove prenosljivosti. To vprašanje v naši zakonodaji ni splošno urejeno. Le Zakon o žičniških napravah za prevoz oseb, ZŽNPO,²⁰ v četrtem odstavku 36. člena izrecno predvideva prenos neprave stvarne služnosti uporabe zemljišča za smučanje na novega upravljavca smučišča. Zunaj (zelo ozkega) področja uporabe ZŽNPO pa je naša literatura na splošno zavzela stališče, da so tovrstne služnosti prenosljive. Tako Juhart ugotavlja:

»Ker zemljiškoknjižni predpisi ne dovoljujejo vpisa služnosti v korist vsakokratnega obratovalca oziroma nosilca določene dejavnosti, se lahko služnost v javno korist glasi samo na določeno osebo. Zato pa je potrebno dopustiti prenos služnosti v javno korist na drugega obratovalca omrežja javne infrastrukture, če se zamenja subjekt obratovanja.«²¹

Upravičenec do služnosti v javno korist je nosilec neke infrastrukturne dejavnosti (na primer operater določenega omrežja javne gospodarske infrastrukture). Vendar pri služnostih v javno korist ni bistvena identiteta služnostnega upravičenca kot taka (na primer da gre za gospodarsko družbo X, d. o. o.) temveč njena določena lastnost, dejavnost oziroma funkcija, ki jo opravlja. Na primer upravljanje z električnim omrežjem na nekem področju). Če se upravljanje zaradi reorganizacije ali kateregakoli drugega razloga prenese na gospodarsko družbo Y, d. o. o., potem tudi ni nobenega razloga, da bi X, d. o. o., ostala služnostni upravičenec, saj taka služnost izgubi svoj smisel. Prav tako služnostni upravičenec izgubi interes pri služnosti in takšna služnost ne more več služiti javnemu interesu, zaradi katerega je bila ustanovljena. Edino smiselno je, da pravni red dopusti, da se takšna služnost prenese na novega nosilca dejavnosti. Tu lahko potegnemo vzporednico s pravnimi stvarnimi služnostmi, ki se ustanovijo v korist gospodujočega zemljišča. Pri tovrstnih služnostih upravičenec ni določen s svojo identiteto (imenom ali firmo), temveč ga opredeljuje njegova »funkcija« lastnika gospodujoče nepremičnine. Ko to funkcijo izgubi, ker postane lastnik gospodujoče nepremičnine nekdo drug, ta subjekt samodejno postane tudi novi služnostni upravičenec. Ugotovimo lahko, gre tako pri pravih kot pri nepravih stvarnih služnostih za funkcionalno, in ne poimensko določitev služnostnega upravičenca.

Naj še poudarimo, da prenos služnosti v javno korist ne pomeni otežitve položaja lastnika služeče nepremičnine. Vsebina služnosti ostane povsem enaka, tako da lahko novi služnostni upravičenec izvršuje služnost zgolj v enakem obsegu kot njegov predhodnik. Prav tako se ob prenosu služnosti ne pretrga (največ 30-letni) rok, za katerega je bila služnost ustanovljena.

Neprava stvarna služnost je omejena stvarna pravica, tako da se glede njenega prenosa v skladu s 13. členom SPZ uporabljajo enaka pravila kot za prenos lastniške pravice na obreme-

²⁰ Uradni list RS, št. 126/03.

²¹ Juhart, Komentar, stran 896; Enako tudi Tratnik, Pravna praksa št. 9/2006, priloga, stran VI.

njeni nepremičnini. To pomeni, da je treba smiselno uporabiti 40. in 49. člen SPZ, kjer je urejen prenos lastninske pravice na nepremičninah. Zahteva se pogodba med starim in novim služnostnim upravičencem kot zavezovalni posel, iz katerega izhaja pravni naslov, zemljiškknjižno dovolilo kot razpolagalni posel in vpis v zemljiško knjigo kot pridobitni način. Zemljiškknjižno dovolilo mora izstaviti prenosnik, to je stari služnostni upravičenec. Sodelovanje ali privolitev lastnika obremenjene nepremičnine ni potrebno.²² V zemljiško knjigo se vpis opravi kot vknjižba, in sicer v bremenski list C.

3.2. Omejitev trajanja na 30 let

Čas trajanja služnosti v javno korist, ki je ustanovljena kot neprava stvarna služnost v korist poimensko določene pravne osebe, je po drugem odstavku 227. člena SPZ v zvezi s 226. členom SPZ, omejen na 30 let. Služnosti v javno korist so omejitve lastninske pravice, zato je treba možnosti njihove ustanovitve razlagati restriktivno. To pomeni, da so izjeme od pravila drugega odstavka 227. člena SPZ, ki omejuje trajanje nepravih stvarnih služnosti na 30 let, možne le, če jih zakon izrecno predvideva. Možno pa je seveda po preteku 30 let ponovno dogovoriti služnost z enako ali spremenjeno vsebino.

3.3. Služnosti v javno korist po noveli EZ-C

Novela Energetskega zakona (EZ-C)²³ je leta 2008 prinesla rešitev tako glede vprašanja prenosljivosti kot glede omejitve na 30 let. Tako 19. člen EZ-C določa: Na koncu tretjega odstavka 59. člena se doda stavek, ki se glasi:

»Pogodbe o pridobitvi služnosti v javno korist se sklepajo za čas obratovanja infrastrukture in v korist vsakokratnega izvajalca dejavnosti systemskega operaterja posamezne infrastrukture.«

To pomeni, da se služnost v javno korist na področjih, ki jih pokriva EZ, lahko ustanovi v korist vsakokratnega operaterja infrastrukture. Tako je odpadla potreba po prenosu služnosti ob zamenjavi operaterja, ker novi operater samodejno pridobi služnost, takoj ko pridobi funkcijo operaterja. Ta konstrukcija vpeljuje nov tip neprave stvarne služnosti, ki predstavlja izjemo od splošnega pravila, da se neprava stvarna služnost ustanovi v korist poimensko določene osebe.

Ker se služnost po 59. členu EZ ustanovi za celoten čas obratovanja infrastrukture, tudi ni več vezanosti tovrstnih služnosti na 30 let. Treba pa je upoštevati, da lahko lastnik služeče nepremičnine tako v primeru energetskih omrežij kot v primeru pravih ali nepravih stvarnih

²² Juhart, Komentar, str. 896.

²³ Uradni list RS, št. 70/2008.

služnosti, po 113. členu ZUreP-1 s predlogom za ukinitvev služnosti, vedno sproži ponovno presojo upravičenosti in potrebnosti služnosti v javno korist.

Dodati je treba, da se nova ureditev EZ lahko uporablja samo za služnosti, ki se ustanovljajo po uveljavitvi novele EZ-C, to je po 28. juniju 2008. Služnosti, ki so bile kot nepravne stvarne služnosti ustanovljene pred novelo, so še vedno ustanovljene v korist poimensko določenega upravičenca ter največ za 30 let. Obstaja pa relativno zapletena možnost ukinitve teh služnosti in njihova nadomestitev z novimi, ki so v skladu z 59. členom EZ. Poleg tega velja nova ureditev samo na področjih, ki jih »pokriva« EZ. Na vseh drugih področjih še vedno veljajo splošna pravila.

3.4. Stavbna pravica v javno korist kot alternativa za služnost v javno korist?

Stavbna pravica je po svoji vsebini in pravni naravi najbolj podobna nepravim stvarnim služnostim. Lahko bi celo rekli, da je stavbna pravica posebna vrsta nepravih stvarnih služnosti, ki poleg uporabnih upravičenj na tuji nepremičnini daje »služnostnemu upravičencu« tudi lastninsko pravico na zgradbi. Stavbna pravica je širša za upravičenca in bolj omejujoča za lastnika obremenjene nepremičnine kot nepravna stvarna služnost. Tudi stavbna pravica se ustanovi v korist določene osebe. Tako se lahko pojavi vprašanje, ali je institut stavbne pravice možno uporabiti za omejitve lastninske pravice na nepremičninah v javno korist. To možnost doslej izrecno predvidevajo le EZ, ZŽNPO in Zakon o vodah (ZV-1).²⁴ Stavbna pravica v javno korist bi prišla v poštev kot alternativa za služnost v javno korist ali razlastitev. Konstrukcija stavbne pravice bi bila lahko zanimiva alternativa za služnosti v javno korist, ker je nesporno prenosljiva in je njena največja dolžina trajanja 99 let.

Ko govorimo o možnosti ustanovitve stavbne pravice v javno korist, moramo razlikovati med pravnoposlovno ustanovitvijo in prisilno ustanovitvijo z odločbo državnega organa. Glede pravnoposlovne ustanovitve ne vidim ovir, da ne bi upravičenec namesto odkupa zemljišča ali ustanovitve služnosti v javno korist lastniku zemljišča predlagal ustanovitev stavbne pravice. Drugače pa je glede prisilne ustanovitve stavbne pravice. Glede na to, da gre za omejevanje lastninske pravice, je potrebna restriktivna razlaga. To pomeni, da je prisilna ustanovitev stavbne pravice možna le, če za to obstaja izrecna zakonska podlaga. Takšne izrecne zakonske podlage pa naša zakonodaja ne predvideva. Možnost ustanovitve stavbne pravice v javno korist predvidevajo le EZ, ZŽNPO in ZV-1, vendar so te možnosti omejene na *pravnoposlovno* ustanovitev stavbne pravice.²⁵

²⁴ Uradni list RS, št. 9/1999, 110/2002, 2/2004, 10-441/2004 – odl. US, 41-1694/2004, 57/2008.

²⁵ Glej tretji odstavek 59. člena EZ, drugi odstavek 35. člena ZŽNPO, 120. in 153.a člen ZV-1.

4. Sklep

Služnosti v javno korist so problematika, kjer pride do interakcije med zasebnim in javnim pravom. Javna oblast za doseganje javnih ciljev uporablja institut služnosti, ki sodi na področje zasebnega prava. Tako se glede služnosti v javno korist prepleta uporaba ZUreP-1 in drugih javnopravnih predpisov na eni strani ter SPZ in ZZK-1 na drugi. Uporaba zasebnopravnih oblik za javnopravni namen služnosti v javno korist nujno vodi do določenih dilem, ker sta obe obliki stvarnih služnosti v SPZ urejeni kot instituta zasebnega prava, kjer se skuša doseči izravnava zasebnih interesov služnostnega upravičenca in služnostnega zavezanca. Pri služnostih v javno korist pa se zasebni interes služnostnega zavezanca srečuje z (višje rangiranim) javnim interesom, ki ga uresničuje služnostni upravičenec. Tako določeni vidiki ureditve služnosti v SPZ in ZZK-1 nujno omejujejo povsem legitimne interese služnostnih upravičencev pri služnostih v javno korist. Naš zakonodajalec tovrstnih konfliktov (še) ni uspel zadovoljivo rešiti. Tako le peščica novejših sektorski zakonov predvideva izjeme od splošnega režima služnosti in še te ureditve se med seboj razlikujejo. V vseh drugih primerih pa je treba težave reševati z interpretacijo, preko splošnih pravil in načel. Menim, da pot parcialnih sektorskih rešitev ni prava, temveč je treba vzpostaviti splošno ureditev služnosti v javno korist, kjer mora zakonodajalec izrecno urediti določene izjeme od splošne ureditve služnosti v SPZ in ZZK-1. Tako pride zlasti v poštev možnost ustanovitve služnosti v korist vsakokratnega izvajalca infrastrukturne dejavnosti, izrecna določba o tem, da so služnosti v javni korist prenosljive, in možnost ustanovitve služnosti za določen čas, brez omejitve na 30 let.

Literatura

- Janez Čebulj, *Zakon o urejanju prostora s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2005.
- Biljana Erdelič, *Ustanovitev služnosti v javno korist brez odškodnine za poseg v lastninsko pravico*, Pravna praksa, št. 38/2007.
- Miha Juhart, Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur (red.), *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur, *Stvarno pravo*, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Matjaž Tratnik, *Služnosti v javno korist*, Pravna praksa, št. 9/2006.
- Grega Virant, *Javnopravni posegi v lastninsko pravico*, Javna uprava, letnik 1996, št. 4.
- Grega Virant, *Oblastni posegi v lastnino*, Zbornik znanstvenih razprav, Visoka upravna šola, Ljubljana 1998, str. 77–98.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.234:347.241(497.4)

Omejitve lastninske pravice v sosedskih razmerjih

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

AS. MARTINA GEČ,
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. Uvod

Sosedstvo lahko opredelimo kot družbeno razmerje sosedov, torej ljudi, ki so prostorsko neka-ko povezani, hkrati pa je to tudi osrednji pojem sosedskega prava, katerega naloga je sosedom omogočiti prijetno sobivanje na prostorsko povezanih nepremičninah. Pri nas sosedsko pravo ni bilo nikdar obravnavano kot neko zaključeno področje, ki bi imelo natančno določeno vsebino. V našem pravnem prostoru smo pred sprejetjem Obligacijskoprnega zakonika (OZ)¹ in Stvarnopravnega zakonika (SPZ)² črpali pravila, ki so urejala tipična medsosedska razmerja, predvsem iz ODZ (§ 364b, § 421, § 422 in tako dalje), Zakona o nepravdnem postopku (ureditev meje in nujna pot) ter iz Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (imisije) in Zakona o obligacijskih razmerjih (imisije – *actio popularis*). Poleg SPZ in OZ pa je virov, ki bi jih lahko obravnavali kot relevantne za sosedskopravno ureditev, več, kot se sprva dozdeva, saj lahko mednje prištejemo nekatere zakone javnopravne narave, katerih določbe ščitijo tudi zasebnopravne interese. Pravna razmerja med lastniki sosednjih nepremičnin urejajo namreč tudi javnopravni predpisi, ki se pogosto zelo prepletajo s civilnimi.

2. Zasebno in javnopravno varstvo v sosedskih razmerjih

Medsosedski odnosi so nedvomno podvrženi omejitvam, ki jih pravo postavlja zaradi vzdržnega sobivanja, tako so neizbežne določene omejitve zlasti v zvezi z izvrševanjem lastninske pravice na nepremičninah, ki se pojavljajo bodisi kot omejitve zasebnopravne ali javnopravne

¹ Obligacijski zakonik, OZ, Uradni list RS, št. 83/2001 s spr.

² Stvarnopravni zakonik, SPZ, Uradni list RS, št. 87/2002.

narave. Na tej izhodiščni točki lahko sosedsko pravo delimo na javno- in zasebnopravno; v nemški literaturi najdemo zanimivo tezo, namreč da sosedsko pravo predstavlja konglomerat javnega in zasebnega prava.³ Posledično lahko govorimo o dvotirnem sosedskopravnem varstvu, ki omogoča, da sosed kot stranka (ali drug udeleženec postopka) istočasno nastopa v postopku pred rednim ali upravnim sodiščem. Načelno velja, da je zasebnopravno varstvo v večji meri namenjeno varstvu pred že obstoječim motenjem oz. poseganjem v pravice posameznika (izjemoma je npr. podano varstvo v primeru grozeče nevarnosti) in odpravljanju posledic takih motenj, javnopravni predpisi pa so predvsem preventivne narave, saj se z njimi običajno vnaprej poskuša izogniti negativnim, socialno nesprejemljivim vplivom. Pravna razmerja med lastniki sosednjih nepremičnin so urejena torej tako z zasebnopravnimi kot tudi javnopravnimi predpisi, ki se pogosto med sabo zelo prepletajo. Javnopravno varstvo v sosedskopravnih razmerjih pa je že samo razpršeno po številnih predpisih (na primer predpisih s področja graditve objektov, urejanja prostora, varstva okolja, evidentiranja nepremičnin).

Lastninska pravica kot temeljna pravica stvarnega prava svojim nosilcem ne predstavlja zgolj upravičenj, ampak jim postavlja tudi določene zahteve in omejitve, s katerimi se poskuša doseči socialno sprejemljiva ureditev družbenih razmerij. Z vidika sosedskega prava je še posebno pomembna nepremičninsko-lastninska ureditev, ki pa je bila pred izoblikovanjem nove stvarnopravne zakonodaje v našem pravnem sistemu precej poenostavljena.⁴ Nepremičnina je danes pojmovana kot prostorsko odmerjeni del zemeljske površine, ki nosilcu lastninske pravice omogoča, da stvar uporablja in uživa na najobsežnejši način ter z njo razpolaga, hkrati pa zakon tem temeljnim upravičenjem določa potrebne omejitve (18. in 37. člen SPZ). Lastninska pravica tako ni absolutna pravica, saj zahteva tako omejitve v javnem (npr. varstvo okolja, naravne in kulturne dediščine) kot tudi v zasebnem interesu (npr. prepoved vznemirjanja, povzročanja škode). Lastninska pravica lahko konkurira z drugo lastninsko pravico, zato lahko neomejeno izvrševanje ene od njih onemogoči izvrševanje druge lastninske pravice. Prav zaradi tega predpisujejo pravni redi pravila, ki rešujejo tako nastale kolizije pravnih oblasti glede nepremičnin.

Enotne definicije sosedstva in sosedu v slovenskem pravu ni, kar bi glede na številne vire, v katerih lahko najdemo izrecne določbe sosedskega prava, in take, ki le posredno urejajo vprašanja s tega področja, tudi težko pričakovali. Tudi s primerjalnega vidika je situacija podobna, tako npr. tudi nemško pravo ne pozna enotne definicije omenjenih pojmov.⁵ Pa vendar sta se v nemški pravni teoriji izoblikovala dva kriterija, na podlagi katerih se zdi določitev kroga oseb, ki tvorijo sosedstvo, relativno omejena. To je pomembno predvsem z vidika legitimacije

³ Prim. Seidel, str. 8.

⁴ Prim. Sajovic, str. 29.

⁵ Prim. Seidel, str. 32.

(aktivne in pasivne), saj je v postopku pred sodiščem vselej potrebno zadostiti formalnemu pogoju možnosti udeležbe v postopku (aktivna in pasivna stranka, sosporništvo, stranska udeležba). Krog oseb je le relativno omejen zato, ker kriterija ne omogočata vnaprejšnje absolutne določitve upravičencev za sodelovanje v postopkih, ampak nakazujeta nujne predpostavke, brez katerih nikakor ni mogoče govoriti o položaju sosedu. Prvi kriterij je določena – kvalificirana – pravna vez s prizadetim zemljiščem, drugi pa prostorska in časovna bližina vira motenja.⁶ Kvalificirana pravna vez s prizadetim zemljiščem je nedvomno podana pri lastniku zemljišča, prav tako pa je z ozirom na konkretno pravno normo podana tudi pri nosilcih omejenih stvarnih in obligacijskih pravic. Preozko je torej pojmovanje, da je sosedsko pravo zbir pravil, ki urejajo razmerja med lastniki sosednjih nepremičnin; nedvomno pa ta pravila rešujejo kolizije pravnih oblasti glede nepremičnin.⁷ V vsakem posameznem primeru je torej treba ugotoviti, koga in kaj konkretna pravna norma štiti oz. kakšno varstvo zagotavlja. Predvsem je pomembno, da se pojem sosedstva ne interpretira preozko ter da ga ne zaznamuje le teritorialna povezanost nepremičnin.⁸ Tako sosedsko pravo ni omejeno le na razmerja med neposrednimi sosedi, saj sosedska razmerja obsegajo ves tisti prostor, do koder seže potreba po varovanju uporabnosti zemljišč.⁹ Za sosedstvo je značilno, da predstavlja krog oseb, ki se na podlagi nekih skupnih elementov, pomembnih z vidika posamezne pravne norme, loči od neke večje skupnosti ljudi in uživa subjektivne pravice, ki izvirajo iz take konkretne pravne norme. V nemški teoriji javnega prava se je tako izoblikovala ena temeljnih idej sosedskega prava: »Ni sosed tisti, ki je upravičen do vložitve sosedskopravne tožbe, temveč je upravičenec do tožbe sosed.«¹⁰ Prav ta upravičenost se presoja vselej v razmerju do konkretne pravne norme, pa naj bo to norma javnega ali zasebnega prava. Najprej je treba ugotoviti, katere pravne norme so tiste, katerih cilj je urejanje (med drugim) sosedskopravnih razmerij, šele nato je možna določitev kroga upravičencev za sodelovanje v civilnih sodnih in upravnih postopkih.

V zasebnem sosedskem pravu nastane bipolarno pravno razmerje med subjekti, katerih položaj ustreza prej navedenim kriterijem kvalificirane pravne vezi z zemljiščem in oddaljenosti od vira motenja; običajno so to lastniki neposredno meječih zemljišč. Zahtevki na podlagi zasebnega sosedskega prava se uveljavljajo pred rednimi sodišči v pravnem in nepravdnem postopku. Za zasebnopravno razmerje je odločilna avtonomija volje strank, kar pomeni, da stranke same in po svoji volji vstopajo v pravna razmerja ter izvršujejo iz njih izhajajoče pravice in obveznosti. Tako je na primer imetnik lastninske pravice na stvari upravičen le-to

⁶ Prav tam, str. 33.

⁷ Prim. Vrenčur, 2001, str. I.

⁸ Prim. Vrenčur, 2004, str. I.

⁹ Prim. Frantar, str. 749 in nasl.

¹⁰ Laubinger, str. 54: »Nicht der Nachbar ist zur Erhebung der Nachbarklage berechtigt, sonder der zur Klage Berechtigte ist Nachbar.«

uporabljati in z njo razpolagati, pa vendar je v izvrševanju svoje pravice tudi omejen, saj je ne sme izvrševati šikanozno, nepošteno, trpeti mora nebitvene sosedske imisije, dovoliti nujno pot, ureditev meje itd. Pripadnost stvari pomeni tedaj tudi odgovornost.¹¹

Za javno pravo so značilna pravna razmerja, v katerih so si pravni subjekti nad- in podrejeni. V javnopravnem razmerju nastopa nosilec oblasti kot stranka z močnejšo izvršilno močjo, saj lahko izvrševanje pravic in obveznosti iz javnopravnega razmerja doseže tudi z uporabo prisile. Zaradi udejanjanja splošnega, javnega interesa je v pristojnosti države (nosilec oblasti), da se po uradni dolžnosti (*ex officio*) odziva na pravne kršitve ter izreka in izvršuje pravne sankcije, kadar je to potrebno. Vendar je za sosedskopravno razmerje javnega prava značilno posebno tripartitno pravno razmerje,¹² namreč med motilcem (na primer graditeljem), upravnim organom in motenim sosedom. T. i. »trikotna konstelacija« (*Dreieckskonstellation*¹³) pa se ne da razdeliti na tri samostojna pravna razmerja, saj med motilcem in motenim sosedom ne obstaja nobeno neposredno pravno razmerje. Tako lahko moteni sosed, če je prizadet v svojih subjektivnih pravicah, izrabi pravna sredstva, ki jih ima na voljo v upravnem postopku, pri čemer pa bo zahtevek vselej naslovljen na pristojni upravni organ oz. njegovega nosilca. V sosedskopravnem razmerju javnega prava tako nedvomno primanjkuje neposredno soočenje motenega soseda in motilca, saj nista nasprotni stranki postopka, kot to velja za razmerje zasebnega prava.

3. Zasebnopravna ureditev sosedskopravnih razmerij

V okviru zasebnopravne ureditve sosedskih odnosov lahko ugotovimo, da je ta razpršena zlasti med stvarnopravno in obligacijskopravno zakonodajo. V 73. členu SPZ je predvidena splošna norma, po kateri morajo lastniki nepremičnin zaradi sosedstva ali prostorske povezanosti nepremičnin svojo lastninsko pravico izvrševati tako, da se medsebojno ne vznemirjajo in da si ne povzročajo škode. Pravice, ki omejujejo lastninsko pravico lastnika sosednje ali prostorsko povezane nepremičnine, se morajo izvrševati pošteno, v skladu s krajevnimi običaji in na način, ki najmanj obremenjuje lastnika nepremičnine. S tem je SPZ meje sosedskopravnih odnosov razširil tako daleč, do koder sega potreba za varstvo. Prav tako je SPZ v 74. členu določil, da se določbe poglavja o sosedskem pravu, ki se nanašajo na lastnika, smiselno uporabljajo tudi za neposrednega posestnika. Ni namreč samo lastnik nepremičnine tisti, ki lahko s svojimi ravnanji pri uporabi nepremičnine povzroči vznemirjanje ali škodo na drugih (prostorsko povezanih) nepremičninah, še zlasti, če je oblikovano posestnospredovalno razmerje.

¹¹ Prim. Frantar, str. 749 in nasl.

¹² Prim. Reetz, str. 26.

¹³ Prim. Heidelbach, str. 134.

V takih primerih je nelastniški neposredni posestnik (na primer najemnik) v neposrednem stiku z nepremičnino. Zaradi tega se mnogi sosedskopravni instituti nanašajo tudi nanj, tako glede omejevanja pri uporabi nepremičnine kot tudi glede upravičenosti do sosedskopravnega varstva. Vendar je treba opozoriti, da se glede na citirani 74. člen SPZ določbe o sosedskem pravu (73. do 91. člen SPZ) uporabljajo zgolj smiselno, kar pomeni, da v vseh sosedskopravnih situacijah nelastniški neposredni posestnik ne more nastopati v vlogi aktivno ali pasivno legitimirane stranke. Določeni sosedskopravni instituti so namenjeni izključno varstvu lastninske pravice (na primer ureditev meje).

Izhajajoč iz temeljnega načela prepovedi medsebojnega vznemirjanja (73. člen) je zakonodajalec določil nekatere institute sosedskega prava: prepovedane imisije (75. člen), vzdrževalna dela (76. člen), ureditev meje (77. člen in nasl.), uporaba meje (79. člen), mejna znamenja (80. člen), drevo na meji (81. člen), plodovi, ki padejo na sosednjo nepremičnino (82. člen), pravica odstraniti veje (83. člen), zasledovanje živali (84. člen), prepoved poglobljanja nepremičnine (85. člen), prepoved spreminjanja vodotoka (86. člen), otekanje meteornih padavin (87. člen), nujna pot (88. člen in nasl.) ter priključitev na komunalno omrežje (91. člen). Vendar pa ni moč trditi, da so v tem poglavju urejeni vsi instituti sosedskega (stvarnega) prava, saj služi negatorna tožba, ki ima svoj temelj v 99. členu SPZ pod naslovom zaščita pred protipravnim vznemirjanjem, ravno uveljavljanju zahtevkov iz naslova varstva lastninske pravice; je lastninska (petitorna) tožba, ki trajno ureja lastninska razmerja.¹⁴ Ker so sosedskopravni instituti oblikovani kot omejitve lastninske pravice,¹⁵ jih je treba uveljavljati kot varstvene zahtevke iz naslova lastninske pravice. V SPZ je urejen tudi institut gradnje čez mejo nepremičnine (47. člen), za primere ko graditelj z gradnjo poseže na, nad ali pod tujo nepremičnino. Tako lastnik nepremičnine kot graditelj lahko predlagata, da o nastalem razmerju odloči sodišče v nepravdnem postopku.

Med sosedskopravne institute lahko prištejemo tudi etažno lastnino, ki omogoča lastništvo na posameznem delu zgradbe in solastnino na skupnih delih. Zakon določa, da so pravice in obveznosti etažnih lastnikov na skupnih delih sorazmerne z njihovim solastniškim deležem, če ni z zakonom ali pogodbo drugače določeno. SPZ določa, kaj naj bo zlasti določeno v taki pogodbi (116. člen SPZ) in tako nudi možnost pogodbenega urejanja notranjih razmerij med etažnimi lastniki (seveda dogovor ne sme biti v nasprotju s prisilnimi predpisi). Na to pogodbo se navezuje tudi pogodba o medsebojnih razmerjih iz 33. člena Stanovanjskega zakona (SZ-1)¹⁶ poleg tega pa lahko etažni lastniki po SZ-1 sprejmejo še hišni red. Z vidika obveznosti etažnih lastnikov velja omeniti še obveznost plačila v rezervni sklad za kritje bodočih

¹⁴ Prim. Berden, str. 502.

¹⁵ Prav tam, str. 382.

¹⁶ Stanovanjski zakon, SZ-1, Uradni list RS, št. 69/2003.

stroškov rednega upravljanja, za stanovanjsko področje pa veljajo še specialna pravila SZ-1, ki dopuščajo dogovor o višjem vplačilu od obveznega minimalnega vplačila (41. člen SZ-1). V okviru omejitev etažne lastnine zakon določa nujne omejitve lastninske pravice zaradi zagotavljanja gospodarske, socialne in ekološke funkcije.¹⁷ Skrajni ukrep, ki ga zakon predvideva v primeru grobih kršitev sosedskega sožitja, je izključitvena tožba (123. člen SPZ), ki jo lahko uveljavijo etažni lastniki, ki imajo več kot polovico solastniških deležev na skupnih delih; pred vložitvijo tožbe morajo kršitelja opozoriti z opominom. Tožbeni zahtevek glasi na dolžnost prodaje toženčeve etažne lastnine, po poteku paricijskega roka pa se sodba izvrši s prodajo posameznega dela po pravilih, ki urejajo izvršbo na nepremičnine.

Tudi OZ vsebuje določbe, ki urejajo sosedskopravne odnose. Med temeljnimi načeli so z vidika sosedskega prava pomembna načelo vestnosti in poštenja (5. člen), ki od udeležencev zahteva določen način vedenja pri sklepanju obligacijskih razmerij ter izvrševanju pravic in obveznosti, ki iz takih razmerij izhajajo, ter načelo prepovedi zlorabe pravice (7. člen), ki udeležencem obligacijskega razmerja prepoveduje ravnanje, ki je formalno sicer v skladu s priznano pravico, vendar so njegove posledice očitno v nasprotju z namenom priznane pravice.¹⁸ Načelo *neminem laedere* je kot temeljno načelo obligacijskopравnih razmerij ključnega pomena tudi v sosedskem pravu. Načelo prepoveduje povzročanje škode in nalaga, da se je vsakdo dolžan vzdržati se ravnanja, s katerim bi drugemu utegnil povzročiti škodo (10. člen); prepovedano je torej vsako aktivno kot tudi pasivno ravnanje, zaradi katerega bi nekomu utegnila nastati škoda. Konkretizacija tega načela je določitev temeljev odškodninske odgovornosti, ki je lahko krivdna z obrnjenim dokaznim bremenom (prvi odstavek 131. člena) ali pa objektivna, torej po načelu vzročnosti in ne glede na krivdo (drugi in tretji odstavek 131. člena). Slednja je možna le tedaj, ko je z zakonom izrecno predvidena (npr. za škodo od stvari ali dejavnosti, iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico). Škoda je lahko materialna (premoženjska, ekonomska) ali nematerialna (nepremoženjska, moralna), velja pa, da niso vse škode tudi pravno priznane, kar zlasti velja za nepremoženjsko škodo. V praksi se lahko pojavi vprašanje o povrnitvi materialne škode v primeru zmanjšanja tržne vrednosti zemljišča ali zmanjšanja kvalitete bivanja zaradi onesnaženja okolja. Z vidika sosedskega prava je pomembna določba 133. člena, na podlagi katere lahko vsak zahteva od drugega, da se odstrani vir nevarnosti, od katerega grozi njemu ali nedoločenemu številu oseb večja škoda, ter da se vzdrži dejavnosti, iz katere izvira vznemirjanje ali škodna nevarnost, če nastanka vznemirjanja ali škode ni mogoče preprečiti z ustreznimi ukrepi. Določba predstavlja ureditev obligacijskopравnega varstva pred imisijami.

¹⁷ Prim. Rijavec, 2004, str. 586.

¹⁸ Prim. Strohsack, 1995, str. 61.

Temeljno vodilo pri izvrševanju pravic v civilnem pravu nasploh je načelo, da je potrebno pravice izvrševati civiliter,¹⁹ kar pomeni, da je potrebno pravice izvrševati obzirno, da je treba upoštevati interese drugih udeležencev v pravnih razmerjih, da je prepovedana vsaka zloraba pravice ipd. Seveda je treba v današnjem času upoštevati tudi tehnični razvoj, ki je večkrat krivec za povečane negativne vplive in s tem večje onesnaževanje okolja, po drugi strani pa nudi vedno večje možnosti za zaščito pred negativnimi vplivi z nameščanjem raznih čistilnih, protihrupnih naprav. Predvsem slednje dejstvo mora biti vodilo pri presojanju dopustnosti negativnih vplivov. Imisije predstavljajo enega najbolj tipičnih sosedskopravnih institutov, v našem pravu pa imamo kar nekaj določb, ki urejajo to materijo. Tako najdemo določbe o varstvu pred imisijami v SPZ, OZ ter tudi v Zakonu o varstvu okolja (ZVO-1)²⁰ in v Zakonu o graditvi objektov (ZGO-1),²¹ ki kot javnopravni predpis v splošnem interesu zagotavlja predvsem zdravo življenjsko okolje, ki je tudi z ustavo zajamčena pravica.

3.1. Prepovedane imisije po SPZ

Klasično imisijsko varstvo je v prvi vrsti namenjeno mirnemu sobivanju sosedov, saj omogoča pravno zaščito pred imisijami, pred drugimi negativnimi vplivi (npr. odtegnitev svetlobe), kot tudi pred nelagodnimi občutki, ki niso neposredno zdravju škodljivi (npr. pasji lajež).²² Pojem prepovedane imisije ni izrecno opredeljen, posredno pa ga določa SPZ v 75. členu, in sicer so to dejanja in vzroki, ki izvirajo iz nepremičnine in otežujejo uporabo drugih nepremičnin čez mero, ki je glede na naravo in namen nepremičnine ter glede na krajevne razmere običajna, ali povzročajo znatnejšo škodo. Takšna definicija ne ustreza povsem strogemu pojmovanju imisije; ta je po prejšnjem Zakonu o varstvu okolja (ZVO)²³ predstavljala koncentracijo snovi in drugih pojavov v okolju kot posledica emisije in delovanja naravnih in antropogenih dejavnikov. Vidimo torej lahko, da SPZ dosti širše določa pojem prepovedane imisije, saj ne zajema le »klasičnih« imisij, ampak vsa dejanja in vzroke, ki izvirajo iz neke nepremičnine, torej pojem vključuje tudi t. i. negativne imisije (odvzem svetlobe, onemogočanje prezračevanja ...).²⁴ Z

¹⁹ Prim. Berden, str. 383, 384.

²⁰ Zakon o varstvu okolja, ZVO-1, Uradni list RS, št. 41/2004 s spr.

²¹ Zakon o graditvi objektov, ZGO-1, Uradni list RS, št. 110/2002 s spr.

²² Prim. Vrenčur, 2004, str. III.

²³ Zakon o varstvu okolja, ZVO, Uradni list RS, št. 32/93.

²⁴ V nemškem pravu so imisije nomotehnično podobno urejene, kot so bile prej v ZTLR. Zakon primeroma določa, kateri vplivi predstavljajo imisije; to so substance, ki jih ne gre tehtati (»unwägbbare Stoffe«) in izhajajo iz ene nepremičnine ter vplivajo na drugo. Po nemškem pravu nematerialni vplivi (»immaterielle, ideelle Einwirkungen«), torej taki, ki vplivajo na moralna, estetska občutja, ne predstavljajo imisij. Glej Jarass, str. 125. Avtor obravnava moteč videz kolektorjev za zbiranje sončne energije in ugotavlja, da pravno varstvo zoper moteč videz ni možno. Enako velja v avstrijskem pravu. Glej Vrenčur, 2004, str. III-VI. Tudi negativne imisije po nemškem pravu

imisijami razumemo delovanje, vplivanje, učinkovanje na tuje nepremičnine, tudi premičnine in osebne vrednote. Glede imitivnega ravnanja je treba vedno izhajati iz imitentove dolžnosti, ki mu jo nalaga pravni red, namreč, da se vzdrži ravnanj, ki bistveno vplivajo na sosednje nepremičnine, če taki vplivi niso krajevno običajni.

Pri vprašanju, katere imisije je treba trpeti in katere so nedopustne in s tem prepovedane, SPZ ponuja klasifikacijo imisij na bistvene in nebistvene; pravno varstvo je dano le v primeru bistvenih imisij, nebistvene se ne upoštevajo (75. člen SPZ). Poleg omenjene delitve so lahko imisije glede na način vplivanja neposredne (direktne) in posredne (indirektne). Neposredne imisije niso dovoljene, če zanje ne obstaja poseben pravni naslov (75. člen SPZ), posredne, torej take, ki na nepremičnino vplivajo po naključju, z naravnimi silami ipd., pa so prepovedane, če glede na naravo in namen nepremičnine presegajo krajevno običajno mero ali povzročajo znatnejšo škodo.²⁵ Prepovedane imisije so torej vse direktne imisije, za katere ne obstaja potreben pravni naslov, ter tiste bistvene imisije,²⁶ ki otežujejo uporabo drugih nepremičnin čez mero, ki je glede na naravo in namen nepremičnine ter glede na krajevne razmere običajna, ali povzročajo znatnejšo škodo. Znatnejša škoda je pravni standard, ki ga je treba presojati v vsakem konkretnem primeru; imisije, ki povzročajo takšno škodo, so vselej prepovedane.

Nekoliko težje je določiti vsebino pojma krajevno običajne mere. Gre za določen standard, način vedenja v določenem kraju, ki pa nikakor ni vedno enak, saj se spreminja hkrati s spremembami v kraju samem. Da lahko govorimo o običaju, mora biti določen način ravnanja prisoten dalj časa, poleg tega pa ga moramo presojati za vsak kraj posebej; z vidika sosedskega

niso klasične imisije in zoper njih ni možno klasično imisijsko varstvo kot ga opredeljuje § 906 BGB. Varstvo zoper negativne imisije se običajno doseže preko predpisov o gradnji objektov. Glej Reetz, str. 21 in nasl.

²⁵ Prim. Vrenčur, 2004, str. III-V.

²⁶ V nemškem pravu zasledimo nekoliko drugačno nomotehnično ureditev, saj BGB v § 906 kot nebistvene imisije definira tiste, ki na podlagi opravljenih meritev in ocen ne presegajo mejnih vrednosti, določenih z zakoni ali uredbami oz. podzakonskimi akti. V BGB je izrecno navedeno, da je pri tem treba upoštevati določbe Zveznega zakona o varstvu pred imisijami (»Bundes-Immissionsschutzgesetz«) oziroma upravne predpise, ki so bili sprejeti na podlagi tega predpisa in odražajo stanje tehnološkega razvoja (»Stand der Technik«). S tako ureditvijo je nemški zakonodajalec dosegel določeno stopnjo poenotenja med civilno- in upravnopravno sodno prakso, ki je bila prej zelo neenotna. Cilj takega poenotenja je, da mora sosed v zasebnopravni sferi trpeti to, kar je obratovalcu (motilcu) z javnopravnimi predpisi dovoljeno. Kljub vsemu pa mejne vrednosti niso nujno odločilne, saj norma vsebuje pravno domnevo; za nebistveno imisijo gre praviloma (»in der Regel«) dokler ostaja v mejah predpostavljenih vrednosti in torej ne vedno, ko je tako. Poudariti je še treba, da bo v primeru izpodbijanja zakonske domneve prišlo v dokaznem postopku do obrnjenega dokaznega bremena. Po izrecni določbi BGB je treba trpeti tudi tiste bistvene imisije, ki nastanejo ob krajevno običajni uporabi nepremičnine in se ne dajo odpraviti z ukrepi, ki bi se jih tovrstnim uporabnikom z gospodarskega vidika lahko naložilo. V slednjem primeru lahko prizadeta oseba od uporabnika sosednje nepremičnine zahteva primerno nadomestilo (»angemessenen Ausgleich in Geld«), v kolikor vpliv prekomerno otežuje krajevno običajno uporabo njene nepremičnine. Ta člen predstavlja podlago za t. i. izravnalne zahtevke (»Ausgleichsanspruch«). Glej Säcker, str. 650 in nasl. Glej tudi Frantar, str. 749 in nasl.

prava velja to tudi za manjšo sosesko.²⁷ O krajevno običajnem načinu uporabe nepremičnine lahko govorimo, kadar več oseb v nekem kraju nepremičnine uporablja na isti način in za iste oziroma podobne namene. Odločilna je dejanska, konkretna situacija, torej trenutno stanje, ne pa na primer obstoječi zazidalni načrti²⁸ ali morebitne spremembe v prihodnosti. Z vidika nemškega prava je za vprašanje krajevno običajne mere odločilnega pomena območje namenske rabe prostora (le-ta se določijo z občinskim prostorskim načrtom, glej 42. člen ZPNačrt), od katerih bo odvisno, ali vpliv presega dopustno predpostavljeno mejo ali ne. Takšna ureditev, ki sicer dopušča tudi izjeme, omogoča dokaj poenoteno razumevanje krajevno neobičajnih motenj. Presojanje vplivov kot krajevno običajnih temelji na primerjavi uporabe moteče (in ne motene) nepremičnine z ostalimi v okolici (nem. t. i. »*Geprägetheorie*«). Pri ugotavljanju, ali gre za krajevno neobičajne motnje, je torej treba izhajati iz obstoječih zazidalnih načrtov in drugih upravnih aktov, kar pa ne bo mogoče v primerih, ko se neki okoliš dejansko razvija povsem drugače, kot je to v ustreznih aktih predvideno. Tako je lahko na primer izdano uporabno dovoljenje industrijskemu obratu indic krajevne običajnosti, prav tako lahko ima tako vlogo sprememba namembnosti zemljišča.²⁹

Upoštevati pa je treba tudi časovno komponento, namreč trenutek nastalega motenja. Ni pomembno, ali so motenja občasna ali trajna in tudi ne, ali se pojavljajo redno, na primer ob istih urah ipd. Seveda pa prepovedane motnje ne morejo predstavljati enkratni ali krajši čas trajajoči vplivi (npr. zaradi obnove stanovanja, ki je vsekakor krajevno običajna). Pomembno pa je vsekakor dejstvo poprejšnjega obstoja motenj; tako bo položaj prizadetega manj ugoden, če se bo ta priselil na območje, kjer so bili negativni vplivi prisotni pred njegovim prihodom (»*Vorbelastungsprinzip*«).³⁰ Omeniti pa je treba še eno zanimivo dilemo, namreč ali lahko zgolj odobravanje motenj kaže na njihovo krajevno običajnost. Zanimivo je, da nemška sodna praksa glede tega ni enotna. Opozoriti je treba, da povzročanje motenj nima enake narave kot na primer izvrševanje služnostne pravice; le-to je namreč po izrecni zakonski določbi mogoče priposestvovati. Motenje, ki velja za prepovedano, pa ne more postati dovoljeno zgolj zato, ker ga nekdo izvaja; za to tudi ni ustrezne pravne podlage, zgoraj nakazana analogija pa se zaradi tako različne kvalitete institutov zdi nemogoča. Glede tega se je treba postaviti na stališče, da tudi dolgotrajno toleriranje oziroma prenašanje motenj ne more zmanjšati ali odvzeti pravice zahtevati, da se z motenjem preneha.³¹ Do takega sklepa lahko pridemo tudi na podlagi izrecne določbe SPZ, saj je v tretjem odstavku 99. člena določeno, da zahteva za prenehanje

²⁷ Prim. Berden, str. 384 in Säcker, str. 654 in nasl.

²⁸ Obstoječi zazidalni načrti pa lahko služijo kot indic za dejansko stanje. Prim. Säcker, str. 657.

²⁹ Prav tam, str. 674–676.

³⁰ Glej Classen, str. 1045 in nasl. in Roth, str. 183, 184.

³¹ Tako tudi OLG Nürnberg NJW-RR 1991, 1230, 1231, cit. v Säcker, str. 676.

in prepoved nadaljnjega vznemirjanja ne zastara. Gre za lastninsko tožbo iz naslova varstva lastninske pravice, ki ne zastara; zahtevke je torej možen, vse dokler vznemirjanje traja.³²

3.2. Negatorna tožba po SPZ

Pravno varstvo pred imisijami po SPZ se uveljavlja z negatorno tožbo, ki ima podlago v 99. členu SPZ - Zaščita pred vznemirjanjem. Današnja vsebina tožbe zajema varstvo pred vsakršnim vznemirjanjem; s tega stališča je to petitorna tožba, ki trajno ureja lastninska razmerja in nima ničesar skupnega s provizorno zaščito, ki jo daje tožba zaradi motenja in odvzema posesti iz 32. člena SPZ.³³ Aktivno legitimiran za negatorno tožbo je po zakonski določbi lastnik ali domnevni lastnik. Posebnost te tožbe, s katero se uveljavlja tudi varstvo pred imisijami, pa je, da nujno terja razširitev aktivne legitimacije, saj bi bilo sicer potrebno pravno varstvo v mnogih primerih onemogočeno;³⁴ takšno interpretacijo omogoča tudi 74. člen SPZ. Pravno varstvo bi tako uživali tudi imetniki omejenih stvarnih kot tudi obligacijskih pravic: užitar, najemnik, zakupnik, ali kak posestnik, ki izvršuje svojo posest na podlagi pravnega posla. Kljub temu pa del naše pravne teorije in naša sodna praksa aktivne legitimacije za negatorni tožbeni zahtevke ne razlagata tako široko. Zdi se, da je s tem okrnjeno pravno varstvo, saj so določbe o prepovedanih imisijah in varstvu pred vznemirjanjem sicer res v prvi vrsti namenjene varstvu lastninske pravice, hkrati pa gre za splošno prepoved vznemirjanja in povzročenja škode; le-to je tudi boljše odvrniti oziroma preprečiti, preden sploh nastane. Nemška sodna praksa razlaga aktivno legitimacijo za negatorno tožbo, ki je urejena enako kot v našem pravu, širše, in jo priznava »upravičnim posestnikom« (*»berechtigte Besitzer«*), in sicer tistim, ki so stvarno- ali obligacijskopравни upravičenci. Zaradi (lastniške) vezanosti zahtevka na nepremičnino pa varstvo na primer ni bilo priznано najemniku počitniške hiše in tudi ne delavcem, ki so delali na zemljišču in jim je prah s sosednje nepremičnine poškodoval avtomobile; vez z zemljiščem je bila po mnenju nemške sodne prakse premajhna.³⁵

Z negatorno imisijsko tožbo je mogoče postaviti tako opustitveni zahtevke kot tudi zahtevke, da se nekaj stori, če je tako moč preprečiti ali zmanjšati imisije.³⁶ Zahtevke je po svoji naravi dajatveni. Da pa ne bi prišlo do prevelikega poseganja v lastninsko pravico, je treba motilcu omogočiti, da ta sam in po lastni presoji sprejme ustrezne ukrepe za preprečitev oziroma

³² Drugače je z odškodninskim zahtevkom, ki je izrecno urejen v drugem odstavku 99. člena SPZ. Z nomotehničnega vidika gre za podvajanje, saj pravila o odškodninski odgovornosti vsebuje OZ, SPZ pa nanje le napotuje. Odškodninski zahtevke zastara po splošnih pravilih o zastaranju odškodninskih terjatev.

³³ Glej v Berden, str. 502.

³⁴ Glej v Vrenčur, 2004, str. IV-VI.

³⁵ Glej Roth, str. 152, 153.

³⁶ Prim. Vrenčur, 2004, str. VI in Frantar, str. 128.

zmanjšanje imisij. Tako načeloma ni mogoče postaviti zahtevka za povsem določeno spremembo stanja nepremičnine, razen v primeru, kadar bi bilo po naravi stvari mogoče imisije preprečiti le na tak način.³⁷ Sicer pa tožniku ni prepuščeno, da bi izbral oziroma določal toženčeve aktivnosti, saj za to tudi nima ustrezne materialnopravne podlage. Zradi tega tudi ni mogoče govoriti o nezadostni določenosti zahtevka,³⁸ ki izhaja iz 186. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP).³⁹ Določenost zahtevka pa je zlasti pomembna za vprašanje izvršbe v skladu z Zakonom o izvršbi in zavarovanju (ZIZ).⁴⁰ Od dolžnika se namreč zahteva opustitev določenega ravnanja oziroma obveznost kaj storiti (uvedba določenih ukrepov), kar pomeni, da gre pri izvršbi za izterjavo nedenarne terjatve, in sicer za t. i. nenadomestno dejanje, ki ga lahko opravi samo dolžnik (226. člen ZIZ). V takem primeru sodišče s sklepom o izvršbi tožencu določi še dodaten rok za izpolnitev obveznosti. Hkrati pa določi tudi denarno kazen, za primer, če dolžnik naloženega ne bo izpolnil. Če je potrebno, denarno kazen po uradni dolžnosti izterja sodišče in hkrati izda nov sklep z višjo denarno kaznijo za primer ponovne neizpolnitve obveznosti; to ponavlja tako dolgo, dokler seštevek iz posameznih sklepov ne doseže desetkratnega zneska najvišje prave zagrožene kazni. Če dolžnik obveznosti iz izvršilnega naslova ne izpolni, lahko izvršilno sodišče na upnikov predlog s sklepom dovoli, da upnik sam ali s pomočjo izvršitelja na dolžnikove stroške in nevarnost vzpostavi prejšnje stanje. Tako je dolžniku s sklepom naložena položitev zneska, potrebnega za opravo dejanja; tak sklep je naslov za prisilno izterjavo v izvršbi.⁴¹

3.3. Obligacijskopravno varstvo pred nastankom škode, škodne nevarnosti in nedopustnega vznemirjanja

Potrebe po varstvu zdravega življenjskega okolja na civilnopravnem področju so presegle možnosti, ki jih ponuja pravo imisij kot del stvarnega (sosedskega) prava.⁴² Pravno varstvo pred imisijami in drugimi oblikami povzročanja škode, škodne nevarnosti in nedopustnega vznemirjanja je v našem pravu tako urejeno tudi v OZ, ki v 133. členu določa, da lahko vsak zahteva od drugega, naj odstrani vir nevarnosti, od katerega grozi njemu ali nedoločnemu številu oseb večja škoda, ter da se vzdrži dejavnosti, iz katere izvira vznemirjanje ali škodna nevarnost, če nastanka vznemirjanja ali škode ni mogoče preprečiti z ustreznimi ukrepi. Odstranitveni in opustitveni zahtevek nista vezana na nastanek škode; zadostuje namreč že konkretna škod-

³⁷ Prim. Frantar, str. 128.

³⁸ Glej Pravno mnenje VSS 1/95.

³⁹ Zakon o pravnem postopku, ZPP, Uradni list RS, št. 26/1999 s spr.

⁴⁰ Zakon o izvršbi in zavarovanju, ZIZ, Uradni list RS, št. 51/1998 s spr.

⁴¹ Prim. Rijavec, 2003, str. 317, 318.

⁴² Prim. Pensa, str. 763.

na nevarnost ali vznemirjanje. V primeru, da škoda nastane pri opravljanju splošno koristne dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ, pa je mogoče zahtevati samo povrnitev škode, ki presega normalne meje. Vendar se lahko tudi v tem primeru zahtevajo primerni ukrepi za preprečitev škode ali za njeno zmanjšanje.⁴³ Takšna ureditev je utemeljena na ideji o protipravnosti škodljivega ravnanja; škoda, ki izvira iz dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ, ne izvira iz protipravnega ravnanja. Protipraven je le obstoj škode, ki presega običajne meje, kar pa ne velja za dejavnost samo. Za takšne primere tudi ni predviden (dovoljen) opustitveni zahtevek.

Gre za konkretizacijo načela prepovedi povzročanja škode (10. člen OZ), sodno varstvo pa je podano že pred nastankom škode, ko ta šele grozi. Določba hkrati predstavlja konkretizacijo pravice do zdravega življenjskega okolja (72. člen Ustave RS), ki jo je sodišče umestilo med osebnostne pravice. Posebno varstvo v primeru kršitev osebnostnih pravic je urejeno v 134. členu OZ, na podlagi katerega se lahko kršitelju, ki s kršenjem osebnostnih pravic ne preneha, naloži plačilo denarnega zneska, ki ima drugačno funkcijo kot odškodnina in ni vezan na dokazovanje predpostavk o odškodninski odgovornosti. Tako stališče je v preteklosti zavzela tudi sodna praksa.⁴⁴

3.4. Popularna tožba po OZ

Z vidika aktivne legitimacije je obligacijskoppravna tožba dosti širša kot stvarnopravna. Gre za t. i. popularno tožbo (*actio popularis*), ki jo lahko vloži vsakdo, ki dokaže, da njemu ali nedoločnemu številu oseb grozi večja škoda. Tožba se imenuje tudi ljudska tožba, saj lahko ena izmed prizadetih oseb, pa čeprav njena škoda sama po sebi ni tako velika, nastopa tudi v imenu drugih ljudi, ki so prizadeti; posameznik lahko pretrpi le majhno škodo, če pa se sešteje škoda, ki jo pretrpijo ljudje kakšnega področja, je lahko ta škoda ogromna.⁴⁵ Odločitev na podlagi popularne tožbe po OZ veže vse prizadete posameznike, za katere je dokazano, da jim grozi večja škoda, če pa je s sodbo naloženo, da se vzdrži določene dejavnosti, potem to velja, četudi bi kateri izmed članov izrecno privolil v nastanek škode.⁴⁶ Ker zahtevek ni vezan na pravni položaj (domnevnih) lastnikov (sosednjih) nepremičnin, kot je to v primeru

⁴³ Prim. Ude, str. 12.

⁴⁴ »Pravica do zdravega življenjskega okolja (72. člen ustave) je osebnostna pravica. Če je do posega v osebnostno pravico (v konkretnem primeru zaradi hrupa, ki je presegal dovoljeno mejo hrupa in ki mu je bila oseba izpostavljena v daljšem časovnem obdobju) že prišlo, gre prizadetemu zahtevek za povračilo nastale škode. Po 200. členu ZOR so pravno priznana škoda tudi duševne bolečine zaradi okrnitve pravice osebnosti, odvisno od stopnje bolečin in njihovega trajanja, pri čemer ni potrebno, da bi zaradi posega v osebnostno pravico prišlo do okvare zdravja.« Tako VSS II Ips 507/92 z dne 25. 3. 1993.

⁴⁵ Prim. Cigoj, str. 167, 168.

⁴⁶ Prim. Rijavec, 1996, str. 30.

stvarnopravne ureditve, ga lahko postavijo vse osebe, ki jim grozi nevarnost, ne glede na to, ali imajo stvarne pravice na (potencialno) prizadeti nepremičnini. Razširjen je torej krog dobrin, ki ga varstvo zajema. Škoda se lahko kaže kot nematerialna škoda (na primer vpliv na zdravstveno stanje oseb, ki se nahajajo v bližini vira nevarnosti) ali kot materialna, na premičninah ali nepremičninah. Pojem večja škoda je pravni standard, katerega vsebina bo vedno odvisna od konkretnega primera. Poleg tega ni potrebno, da bi nevarnost oziroma škoda že obstajala, saj lahko le-ta komaj grozi. Tako se lahko zahteva odstranitev vira nevarnosti, četudi škoda še ni nastala, dokazati pa bo treba, da je nastanek škode potencialno možen. Obseg nevarnosti se interpretira široko; ne gre zgolj za nevarnost, pač pa tudi za vznemirjanje, torej tudi neprijetnosti, ki se ne kvalificirajo kot škoda;⁴⁷ po mnenju teorije pa mora biti vznemirjanje takšno, da mu lahko sledi večja škoda, enako kot pri škodni nevarnosti.⁴⁸ Meje tolerance in posledično odločitev, katera škodna nevarnost ali vznemirjanje je pravno upošteveno, bodo pogosto izhajale iz predpisov, ki določajo dovoljeno stopnjo posegov v prostor, okolje.

V drugem odstavku 133. člena OZ je še določeno, da odredi sodišče na zahtevo zainteresirane osebe ustrezne ukrepe za preprečitev nastanka škode ali vznemirjanja ali odstranitev vira nevarnosti na stroške njegovega posestnika, če ta tega ne stori sam. Tako je moč sklepati, da je potrebno zahtevk naperiti zoper posestnika vira motenja oziroma osebo, ki ima vir nevarnosti pod svojim nadzorom, ne pa na primer zoper pristojni organ, ki je dal dovoljenje za obratovanje; glede tega sodna praksa ni bila enotna.⁴⁹ Na podlagi 133. člena OZ se tako lahko zahteva vzpostavitev prejšnjega stanja, kakršno je bilo pred škodnim dogodkom (razen v primeru opravljanja splošno koristne dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ), prav tako naložitev ustreznih, primernih ukrepov za preprečitev nastanka škode ali vznemirjanja ali odstranitve vira nevarnosti na stroške njegovega posestnika, če ta sam tega ne stori. V obeh navedenih primerih sodišče naloži plačilo odškodnine za že nastalo škodo, enako v primeru, če je škoda nastala pri opravljanju splošno koristne dejavnosti.⁵⁰ V slednjem primeru pa je mogoče zahtevati, da se uvedejo ustrezni ukrepi za preprečitev nastanka škode ali za njeno zmanjšanje. Odstranitveni ali opustitveni zahtevk prideta v poštev, če vznemirjanja ali škode ni mogoče preprečiti z ustreznimi ukrepi, načeloma pa velja, da sta zahtevka v razmerju do zahtevka po uvedbi ustreznih ukrepov subsidiarna.⁵¹ Za vse navedene zahtevke velja, da

⁴⁷ Prim. Šinkovec, Tratar, str. 129 in nasl.

⁴⁸ Prim. Strohsack, 1991, str. 56.

⁴⁹ Prim. Strohsack, 1991, str. 57.

⁵⁰ Ker ne gre za povsem običajen odškodninski zahtevk, je treba poudariti, da med predpostavkami za uveljavitev odškodninske odgovornosti v primeru nastanka škode, ki presega običajne meje, ne bo treba dokazovati krivde, saj je podlaga odgovornosti vedno v načelu vzročnosti; odgovarja se torej objektivno (pa čeprav ne gre za primere nevarnega obratovanja) in ne glede na krivdo (tretji odstavek 131. člena OZ).

⁵¹ Prim. Pensa, str. 765.

morajo biti konkretizirani na primer z opisom dejavnosti, iz katere vznemirjanje izvira, ter z ukrepi, ki naj jih naloži sodišče. Tožbeni predlog, naj sodišče »odredi ustrezne ukrepe, ki bodo preprečili škodno nevarnost in odpravili vznemirjanje«, ni dovolj določen v procesnoprnem pogledu (180. člen ZPP). Zahtevek, da se z ustreznimi ukrepi prepreči škodna nevarnost ali vznemirjanje, je torej primaren, presoja o ustreznosti ukrepov pa ne bo mogla mimo teh-tanja mogočih različnih, a učinkovitih načinov. Obveznosti izvršitve določenih ukrepov se povzročitelj lahko izogne s tem, da odstrani vir nevarnosti oziroma vznemirjanja; bistvenega pomena je, da ga k izvršitvi ukrepov nihče ne more prisiliti, če je poseg v njegovo sfero lahko zanj lažji.⁵²

4. Okoljevarstvena zakonodaja v luči sosedskega prava

Zgoraj prikazano stvarno- in obligacijskopravno varstvo pred nedopustnimi vplivi na pravno zavarovane dobrine predstavlja podlago za t. i. zasebno, privatno pravo varstvo okolja (*»privatrechtliches Umweltschutzrecht«*⁵³). Sicer pa je skrb za uresničevanje varstva okolja bolj v pristojnosti javnega prava, saj je zdravo življenjsko okolje predvsem v splošnem, javnem interesu. Na tem mestu lahko omenimo temeljno idejno razliko med zasebno- in javnopravno ureditvijo preprečevanja negativnih vplivov v okolju. Zasebnopravne norme zasledujejo idejo o vzpostavitvi stanja, kakršno je bilo pred nastankom vplivov, in povračilo nastale škode (le izjemoma je dano varstvo v primeru grozeče nevarnosti), javnopravni predpisi pa poizkušajo zagotoviti preventivni pristop. Da bi se ta lahko izoblikoval, so temeljna načela in splošni pogoji varstva okolja vgrajeni v predpise, ki urejajo sistem ali posamezna vprašanja poseganja v prostor in gradenj,⁵⁴ ter v predpise, ki urejajo izvajanje gospodarskih in drugih dejavnosti.

⁵² »Zahtevek, naj tožena stranka zazida troje oken ali pa naj plača tožeci stranki zaradi manjvrednosti hiše določen denarni znesek, ni utemeljen, ker je bilo ugotovljeno, da so na voljo različne možnosti, ki bi zatrjevano vznemirjanje lahko preprečile. Zato vsebina izbranega pravnega varstva ni bila v skladu z drugim odstavkom 156. člena ZOR. Toženčeva hiša je bila sicer sezidana brez dovoljenja.« Tako VSS II Ips 622/95 z dne 12. 6. 1997.

⁵³ Glej Roth, str. 116.

⁵⁴ Tako je bil na primer priznan pravni interes v postopku ocene ustavnosti in zakonitosti prostorskega akta pred Ustavnim sodiščem prebivalcem iz širše okolice Blejskega jezera, ko so opozarjali na ogroženost zdravega življenjskega okolja. Iz utemeljitve odločbe ustavnega sodišča U-I-30/95, objavljeno v Ogorelec, str. 33: »Ustavno sodišče sodi, da pobudniki v konkretnem primeru izkazujejo pravni interes. Na podlagi 72. člena ustave ima vsakdo pravico do zdravega življenjskega okolja. Ustavna določba kot programska državi nalaga skrb za zdravo življenjsko okolje in ji še posebej nalaga, da v ta namen določi pogoje in načine za opravljanje gospodarskih in drugih dejavnosti. Posameznikov interes, da se preprečujejo škodljivi posegi v prostor, pri tem ni omejen samo na ožje okolje, v katerem živi, ali na preprečitev minimalne škode, temveč je gotovo širši. Ustavno sodišče meni, da lahko v določenih primerih posameznik ali skupina oseb v imenu skupine ljudi, ki je prizadeta vložijo pobudo za oceno ustavnosti in zakonitosti. Posameznik utrpi morda manjšo škodo, toda če se upošteva škoda, ki jo utrpijo ljudje kakšnega področja, je lahko škoda velika. V primeru neustreznega posega v prostor /.../ so po mnenju Ustavnega

V okviru te razprave so zanimive zlasti tiste določbe ZVO-1, ki dajejo podlago za učinkovito varstvo sosedov pred vplivi iz okolja oziroma pred nedopustnimi posegi v okolje, ki hkrati predstavljajo poseg v njihove pravno zavarovane pravice. V 2. členu je določeno, da je namen varstva okolja spodbujanje in usmerjanje takšnega družbenega razvoja, ki omogoča dolgoročne pogoje za človekovo zdravje, počutje in kakovost njegovega življenja ter ohranjanje biotske raznovrstnosti. Težav pri zagotavljanju ustreznega varstva skoraj zagotovo ne gre pričakovati v primerih vpliva na zdravje ljudi in drugih organizmov, počutje in kakovost življenja pa sta precej nedoločna pojma, ki jima bo treba posvetiti več časa pri presoji konkretnih primerov. Tovrstne določbe se v teoriji rado pojmuje kot norme programske narave, s čimer pa se njihova vsebina odtegne pravni presoji kot ne dovolj natančna. Med pojmi, ki jih opredeljuje ZVO-1 v 3. členu, naj tukaj izpostavimo poseg v okolje, ki pomeni vsako človekovo ravnanje ali opustitev ravnanja, ki lahko vpliva na okolje tako, da škodi človekovemu zdravju, počutju in kakovosti njegovega življenja ter preživetju, zdravju in počutju drugih organizmov. Poseg v okolje se nanaša zlasti na rabo naravnih dobrin, onesnaževanje delov okolja, gradnjo in uporabo objektov, proizvodne in druge dejavnosti ter dajanje izdelkov na trg in njihovo potrošnjo. Zakon definira tudi pojem emisije⁵⁵ ter določa, kdaj gre za obremenitev okolja; to je vsak poseg oziroma posledica posega v okolje, ki je izključno ali hkrati povzročila ali povzroča onesnaževanje okolja, tveganje za okolje, okoljsko škodo⁵⁶ ali rabo naravne dobrine. Pri tem je dopustna obremenitev okolja tista, ki ne presega predpisanih normativov ali okvirov dovoljenih posegov v okolje (mejne vrednosti), kot čezmerna pa je opredeljena vsaka tista obremenitev okolja, ki presega mejne vrednosti emisije, standarde kakovosti okolja, pravila ravnanja ali dovoljeno rabo naravne dobrine. Z vidika varstva pred prepovedanimi imisijami je moč ugotoviti, da za stvarnopravni pojem prepovedane imisije ne veljajo enaki kriteriji kot pri čezmerni obremenitvi okolja, saj se v slednjem primeru kot relevantne v prvi vrsti štejejo vnaprej določene mejne vrednosti. Vprašanje, ki se zastavlja, je, ali lahko mejne vrednosti predstavljajo merilo prepovedanih imisij v stvarnem pravu. Zagotovo lahko služijo kot indic pri presoji, ali gre za bistvene imisije, kadar bodo mejne vrednosti presežene, ločeno pa je treba presojati kriterij krajevne običajnosti. Že omenjena rešitev v nemškem pravu, ki je privedla do določenega poenotenja standardov, kriterijev v javnem in zasebnem pravu, se zdi z vidika pravne varnosti zelo dobrodošla.

sodišča lahko prizadete tudi pravice širšega kroga oseb in ne samo oseb, ki so neposredno, kot npr. lastniki spornega zemljišča ali mejaši, prizadeti s spornim odlokom.«

⁵⁵ Tretja točka 3. člena ZVO-1 se glasi: »Emisija je neposredno ali posredno izpuščanje ali oddajanje snovi v tekočem, plinastem ali trdnem stanju ali energije (hrup, vibracije, sevanje, toplota in svetloba) ali organizmov ali mikroorganizmov iz posameznega vira v okolje.«

⁵⁶ »Okoljska škoda« je večja škoda, povzročena t. i. posebnim delom okolja, ki so opredeljeni v 3. členu ZVO-1 v točki 1.3.1.

Sodobne okoljevarstvene ureditve (tudi ZVO-1) dajejo podlago za odgovornost za povzročene negativne učinke v okolju in z njimi povezane neposredne in posredne škode. Tako je povzročitelj čezmerne obremenitve kazensko in odškodninsko odgovoren. Pri tem so podlaga za kazensko odgovornost določbe Kazenskega zakonika (KZ-1)⁵⁷ – v dvaintridesetem poglavju so kriminalizirana dejanja zoper okolje, prostor in naravne dobrine, za odškodninske zahtevke pa določbe OZ; za dopustno obremenjevanje in poseganje v okolje takšne odgovornosti ni (9. člen ZVO-1). Skladno z načelom plačila za obremenjevanje okolja krije povzročitelj obremenitve vse stroške predpisanih ukrepov za preprečevanje in zmanjševanje onesnaževanja, tveganja za okolje, rabo okolja ter odpravo posledic obremenjevanja okolja. Podlaga za odgovornost državnih organov in organov lokalnih skupnosti pa je podana v 11. členu zakona pri t. i. obveznosti subsidiarnega ukrepanja. Tako država ali občina skrbita za odpravo posledic čezmerne obremenitve okolja in krijeta stroške odprave teh posledic, če jih ni mogoče naprtiti določenim ali določljivim povzročiteljem ali ni pravne podlage za naložitev obveznosti povzročitelju obremenitve ali posledic ni mogoče drugače odpraviti. Zakon pa izrecno omejuje odgovornost države oziroma občine, saj določa, da stroški subsidiarnega ukrepanja ne pokrivajo stroškov odškodninskih zahtevkov oškodovancev zaradi posledic čezmerne obremenitve okolja.

Poleg nekaterih definicij, ki jih vsebuje ZVO-1 (npr. emisije, obremenitev okolja idr.), so pomembna tudi načela varstva okolja, kot so: načelo preventive, odgovornosti povzročitelja obremenitve, plačila za obremenjevanje idr. ZVO-1 je zakon javnopravne narave, saj v prvi vrsti poskuša varovati širši družbeni interes, za kar je pristojna predvsem Republika Slovenija pa tudi lokalne skupnosti v zadevah lokalnega pomena. Zakon ima predvsem preventivno naravo, saj poskuša vnaprej izključiti nesprejemljive vplive na okolje. Na to kaže tudi obvezna presoja vplivov na okolje, kadar je ta potrebna in s katero se ugotavlja sprejemljivost posameznih nameranih posegov v okolje glede na njihove dolgoročne, kratkoročne, posredne in neposredne posledice za okolje z vidika najmanjše možne spremembe naravnih razmer v okolju oziroma z vidika največjih možnih zahtevanih vrednosti varstva okolja. Presoja vplivov na okolje je potrebna pri vseh tistih posegih, za katere so predpisana soglasja in dovoljenja in ki bi lahko občutno vplivali na okolje. Iz navedenega je razvidna tesna povezanost med zasebnopravnim in javnopravnim varstvom različnih interesov, ki jih ne gre povsem razmejiti in obravnavati ločeno; kršitev javnopravnega predpisa lahko ima učinek v zasebnem pravu. Z zadnjo novelo ZVO-1 (ZVO-1B⁵⁸) je bilo v zakon vnesenih tudi nekaj določb, ki se nanašajo na tehniko – torej uporabo tehnologije in načina načrtovanja, gradnje, vzdrževanja, obratovanja in razgradnje naprave; pri tem je najboljša razpoložljiva tehnika najbolj učinkovita in napredna razvojna stopnja dejavnosti in z njo povezanih načinov obratovanja, ki kaže prak-

⁵⁷ Kazenski zakonik Republike Slovenije, KZ-1, Uradni list RS, št. 55/2008.

⁵⁸ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu okolja, ZVO-1B, Uradni list RS, št. 70/2008.

tično primernost posamezne tehnike, da se na njeni podlagi določajo mejne vrednosti emisije za preprečevanje, in če to ni izvedljivo, za zmanjševanje emisij na splošno in njihovega vpliva na okolje kot celoto.⁵⁹

4.1. Organizacijska tožba po ZVO-1

V ZVO-1 je v 14. členu, ki ima naslov »načelo varstva pravic«, urejena t. i. organizacijska tožba (nem. *Verbandsklage*),⁶⁰ s katero lahko državljani kot posamezniki ali njihova društva, združenja in organizacije s tožbo zahtevajo od (rednega) sodišča, da nosilcu posega v okolje odredi njegovo ustavitev, če bi poseg povzročil ali povzroča neposredno nevarnost za okolje, kritično obremenitev ali poškodbo okolja ali če bi povzročil ali povzroča neposredno nevarnost za življenje ali zdravje ljudi, oziroma mu prepove pričetek izvajanja posega v okolje, če je izkazana velika verjetnost, da bi povzročil take posledice. Ta popularna tožba je v primerjavi s tožbo, urejeno v OZ, omejena z vidika upravičencev za njeno vložitev, z vidika primerov, kdaj je tožba dopustna, in z vidika ukrepov, ki jih lahko naloži sodišče. Tožbo tako lahko vložijo slovenski državljani⁶¹ neposredno ali preko svojih društev, združenj ali organizacij. Če vložijo tožbo organizacija⁶² ali pravna oseba zasebnega prava, lahko z njo uveljavlja pravno varstvo bodisi svojih članov ali pa pravno varstvo celotne skupine oseb, katerih varstvu je organizacija namenjena.⁶³ Gre za vrsto skupinske tožbe, ki je v našem pravu redka; naše civilno procesno pravo sicer omogoča skupinsko uveljavljanje interesov le preko institutov sosporništv in združitve pravn (191. člen in nasl. ter 182. člen ZPP). Posameznik lahko sicer samostojno uveljavlja svoja upravičenja, vendar odločitev v njegovem primeru vpliva tudi na pravni in dejanski položaj drugih članov skupine. Pod pojmom skupinski interes je namreč treba razumeti upravičenja, pravice, ki pripadajo večjemu številu ljudi in se nanašajo na isto ali istovrstno pravno in dejansko podlago.

⁵⁹ Takšno ureditev vsebuje tudi nemški Zvezni zakon o varstvu pred imisijami (»Bundes-Immissionsschutzgesetz«), z vidika upravljavca naprave pa je pomembna tudi definicija razpoložljive tehnike; to je tista, katere stopnja razvoja ob upoštevanju stroškov in prednosti omogoča njeno uporabo v posamezni industrijski panogi pod ekonomsko in tehnično izvedljivimi pogoji ne glede na to, ali se uporablja ali razvija v posamezni državi članici EU ali v drugi državi, če je le upravljavcu naprave primerno dostopna (11.2. točka 3. člena ZVO-1).

⁶⁰ Prim. Rijavec, 1996, str. 21.

⁶¹ Takšna nomotehnična ureditev je zagotovo pomanjkljiva in ustavnopravno sporna, saj je namen uveljavljanja pravice do zdravega in čistega življenjskega okolja, da se zagotovi varstvo vsem (glej 72. člen Ustave RS), ki prebivajo na območju Slovenije, in ne le njenim državljanom, ki so po zakonu kot posamezniki edini aktivno legitimirani za vložitev tožbe.

⁶² Po slovenskem ZPP je lahko stranka v postopku tudi tista oblika združevanja (društvo, združenje ali organizacija), ki ni pravna oseba, če izpolnjuje pogoje, da ji sodišče lahko podeli sposobnost biti stranka; to je zlasti tedaj, če ima premoženje, na katerega je mogoče poseči z izvršbo (76. člen ZPP).

⁶³ Prim. Ude, str. 14.

Hkrati gre za obliko tožbe za zaščito javnega interesa, ki se uveljavlja v civilnem sodnem postopku, vložiti pa jo lahko tudi državni organ (*t. i. public action*).⁶⁴ Po izrecni zakonski določbi je namreč za varovanje pravice do zdravega življenjskega okolja pristojen tudi varuh človekovih pravic, katerega delovanje je urejeno z Zakonom o varuhu človekovih pravic (ZVarCP).⁶⁵ Opozoriti pa je treba, da je njegovo delovno področje omejeno na varstvo pravic državljanov v razmerju do državnih organov, organov lokalne samouprave in nosilcev javnih pooblastil. To pomeni, da pri njem ne bo mogoče zahtevati varstva pravice do zdravega življenjskega okolja v razmerju do zasebnopravnih subjektov (na primer gospodarskih družb in podjetnikov). Smotrno bi bilo, da bi lahko tudi ombudsman v imenu prizadete skupine oseb vložil tožbo za uresničevanje pravice do zdravega življenjskega okolja, vendar te pravice na podlagi obstoječe ureditve nima, saj ne more nastopati kot stranka v sodnem postopku. Varuh pa lahko s svojimi predlogi, mnenji, kritikami in priporočili od državnih organov zahteva, da se izjasnijo o določenih vprašanih in da sprožijo ustrezne postopke, kadar je to potrebno.

Na tem mestu lahko dodamo, da se nadzor nad izvajanjem določb ZVO-1 izvaja tudi preko inšpekcijskega nadzorstva, ki ga izvaja inšpekcija, pristojna za varstvo okolja (prav tako tudi inšpekcije, pristojne za ohranjanje narave, rudarstva, kemikalije, kmetijstvo, prehrano, gozdarstvo, lovstvo in ribištvo, veterino ...). Nadzor obsega zlasti nadzor nad posegi v okolje, obremenjevanjem okolja, nadzor nad skladnostjo delovanja naprave ali obrata z okoljevarstvenim dovoljenjem, nad stanjem okolja, odpadki idr. Zlasti slednji postajajo v moderni družbi velik problem, zaradi česar je zakonodajalec predvidel posebno določbo in z novelo ZVO-1B uredil »ukrepanje v primeru nezakonito odloženih odpadkov«. Tako odredi občinska inšpekcija izvajalcu javne službe, da odstrani komunalne odpadke, ki so nezakonito odloženi na zemljišču v lasti države ali občine, v kolikor gre za posebne odpadke pa odredi državna inšpekcija, pristojna za okolje, izvajalcu javne službe ali osebi, ki je pooblaščenca za ravnanje z določenimi vrstami odpadkov, njihovo odstranitev. Stroške odstranitve odpadkov nosi v obeh primerih lastnik zemljišča oziroma oseba, ki izvaja posest (če posestnik ni tudi lastnik zemljišča). V 5. točki 157.a. člena ZVO-1 pa je določena pristojnost inšpekcijskih služb v primeru, ko so odpadki nezakonito odloženi na zemljišču v lasti osebe zasebnega prava. Tako odredi odstranitev komunalnih odpadkov občinska, drugih pa državna inšpekcija lastniku ali drugemu posestniku zemljišča; pritožba je nesuspendivna, saj ne zadrži izvršitve izdane odločbe. Takšna ureditev pa je sporna, saj bi lahko na tujem zemljišču nezakonito odpadke odložil tudi kdo drug kot lastnik ali posestnik zemljišča; v upravnem postopku tako ne bi bila deležna posebnega varstva.

⁶⁴ Prim. Rijavec, 1996, str. 20.

⁶⁵ Zakon o varuhu človekovih pravic, ZVarCP, Uradni list RS, št. 71/1993.

4.2. Udeležba v postopkih sprejemanja predpisov, izdaje okoljevarstvenih soglasij in dovoljenj po ZVO-1

Poseg v okolje bo tako dopusten le, če ne povzroča čezmerne obremenitve, zakon pa določa primere, ko je za poseg v okolje treba pridobiti okoljevarstveno soglasje ali dovoljenje. Ločeno od popularne tožbe tako ZVO-1 določa tudi krog upravičencev, ki imajo za uresničevanje pravice do zdravega življenjskega okolja pravico biti stranka⁶⁶ v postopku, v katerem se odloča o dovolitvi posega v okolje, če bi odločitev o stvari, ki je predmet postopka, lahko posegla v to pravico. Zakon določa, kdaj je za poseg v okolje potrebno pridobiti okoljevarstveno soglasje in kdaj dovoljenje, ker pa se okoljevarstvena soglasja in dovoljenja za posege v okolje izdajajo v upravnem postopku, ZVO-1 določa kriterije, po katerih se določajo stranke in stranski udeleženci, torej osebe, ki imajo pravico udeleževati se tovrstnih postopkov. Z novelo ZVO-1B je bilo v zakon vključeno tudi poglavje o sodelovanju javnosti pri sprejemanju predpisov, ki lahko pomembneje vplivajo na okolje; tako je treba javnosti omogočiti, da se seznanijo z osnutki predpisov ter daje mnenja in pripombe.

Zlasti je z vidika varstva tretjih oseb pomembna opredelitev območja, na katerem nameravani poseg povzroča obremenitve okolja, ki lahko vplivajo na zdravje ali premoženje ljudi, saj zakon izrecno določa, da ima oseba, ki na tem območju stalno prebiva ali je lastnik ali drug posestnik nepremičnine, izkazan pravni interes, da zaradi varstva svojih pravic vstopi v postopek izdaje okoljevarstvenega soglasja (64. člen ZVO-1). V vlogi za pridobitev okoljevarstvenega dovoljenja pa je treba navesti podatke o napravi in njenem obratovanju ter elaborat o določitvi vplivnega območja naprave (2. odstavek 70. člena ZVO-1), kar je zlasti pomembno z vidika varstva pravic tretjih, saj ima oseba, ki na območju, opredeljenem v elaboratu o vplivnem območju naprave, stalno prebiva ali je lastnik ali drug posestnik nepremičnine, izkazan pravni interes, da se vključuje v postopke izdaje okoljevarstvenega dovoljenja (73. člen ZVO-1). Tako je stranski udeleženec vsakdo, ki izpolnjuje navedene pogoje, vendar mora v roku 30 dni (3. odstavek 58. in 71. člena ZVO-1) vložiti zahtevo za vstop v postopek za izdajo okoljevarstvenega soglasja ali dovoljenja (ter njegovega podaljšanja ali spremembe). Ker pa ni mogoče vnaprej izključiti, da tudi kdo, ki ne sodi v naveden krog prizadetih oseb, ima pravni interes, zakon določa, da javno naznanilo, ki se opravi v postopku sodelovanja javnosti (glej 64., 73. in 84. a člen ZVO-1) vsebuje tudi vabilo vsem, ki menijo, da nameravani poseg zadeva njihov pravni interes, da uveljavijo svoje pravice do sodelovanja v postopku, saj je zaradi varstva pravice do zdravega življenjskega okolja treba zaščititi prav vse osebe, ki izkažejo pravni interes. Položaj

⁶⁶ Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP, Uradni list RS, št. 80/1999 s spr.) v 42. in 43. členu določa, kdo je lahko stranka v upravnem postopku. To je oseba, na zahtevo katere je bil postopek uveden (t. i. aktivna stranka), zoper katero teče postopek (t. i. pasivna stranka) ali ki ima za varstvo svojih pravic ali pravnih koristi pravico udeleževati se postopka (t. i. stranski udeleženec).

stranskega udeleženca v postopku izdaje okoljevarstvenega soglasja ali dovoljenja ima tudi nevladna organizacija (glej 64., 73. in 153. člen ZVO-1), ki je dala svoje mnenje in pripombe skladno z določbo o sodelovanju javnosti. Zakon določa tudi, da mora v primeru upravnega spora sodišče o tožbi v zvezi z navedenimi postopki odločiti v roku treh mesecev od vložitve tožbe, o pritožbi ali reviziji pa v enem mesecu od vložitve pravnega sredstva.

5. Preventivno sosedskopravno varstvo ter udeležba v postopkih urejanja prostora in gradnje objektov

Tudi Zakon o prostorskem načrtovanju (ZPNačrt)⁶⁷ in Zakon o graditvi objektov (ZGO-1)⁶⁸ sta po svoji naravi javnopravna predpisa in hkrati podlaga številnim upravnim postopkom (npr. izdaji gradbenih dovoljenj). ZPNačrt je podlaga za prostorsko načrtovanje, ki je preventivno naravnano, saj poskuša omogočiti skladen prostorski razvoj z obravnavo in usklajevanjem različnih potreb in interesov razvoja z javnimi koristmi na področju varstva okolja, ohranjanja narave in kulturne dediščine, varstva naravnih virov idr. (3. člen). Temeljni cilji prostorskega načrtovanja, pomembni z vidika sosedskega prava, so nedvomno: zagotavljanje skladnega⁶⁹ prostorskega razvoja, kakovostnega življenjskega okolja s takšno rabo prostora, ki ob upoštevanju dolgoročnega varovanja okolja, ohranjanja narave in trajnostne rabe naravnih dobrin in drugih virov ter celostnega ohranjanja kulturne dediščine omogoča zadovoljevanje potreb sedanje generacije ter ne ogroža zadovoljevanja potreb prihodnjih generacij (4. člen ZPNačrt). ZGO-1 ima podobne cilje, saj z vnaprejšnjim določanjem pogojev za graditev objektov poskuša zaščititi širši družbeni interes. V zakonu je izrecno določeno, da je treba zagotavljati skladnost objektov s prostorskimi akti, kar se zagotavlja s projektiranjem, v postopku izdaje gradbenih dovoljenj, z gradnjo oziroma izvajanjem del, v postopku izdaje uporabnih dovoljenj ter z uporabo objektov oziroma prostorov v njih (14. člen ZGO-1). Iz tega je razvidna povezanost obeh navedenih predpisov; le z upoštevanjem vseh zahtev, ki jih predpisa postavljata, bo možen obziren prostorski razvoj, ki bo dejansko ustrežal interesom vseh, ki prebivajo na določenem območju. Vprašanje, ki si ga je moč zastaviti, je, kako se zagotavlja uresničevanje omenjenih predpisov; ali je potrebna skrb državnih organov samih, kar je nedvomno, ali se kot stranke ali stranski udeleženci postopkov lahko udeležujejo ljudje, ki prebivajo na določenem območju in so izpostavljeni vplivom v okolju. S tega vidika je

⁶⁷ Zakon o prostorskem načrtovanju, ZPNačrt, Uradni list RS, št. 33/2007.

⁶⁸ Zakon o graditvi objektov, ZGO-1, Uradni list RS, št. 110/2002 s spr.

⁶⁹ Namesto izraza »skladen prostorski razvoj«, bi bilo morda bolje uporabiti izraz »obziren razvoj«, saj je slednji bolj oprijemljiv in kaže na razmerje med različnimi zaščite potrebnimi interesi. V nemški pravni teoriji se je oblikovalo načelo t. i. »*bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme*«, ki jasno kaže na idejo obzirnosti (»*Rücksicht nehmen*« namreč pomeni vzeti v obzir oz. upoštevati). Glej Dürr, str. 722.

treba preučiti, kakšne možnosti imajo sosedje kot prizadete osebe, da se udeležujejo postopkov pred upravnimi organi in sodišči ter kakšne zahtevke imajo na voljo. S tem se v nemški pravni teoriji že vrsto let ukvarja »*öffentliches Nachbarrecht*« (javno sosedsko pravo).

V skladu z načelom javnosti (5. člen ZPNačrt) morajo pristojni državni in občinski organi pri prostorskem načrtovanju omogočiti izražanje interesov posameznic in posameznikov, skupin prebivalstva in udeležbo vseh zainteresiranih oseb v postopkih pripravljanja in sprejemanja prostorskih aktov. V skladu z ZPNačrt ima vsakdo pravico biti obveščen o postopkih priprave prostorskih aktov ter v teh postopkih sodelovati s pobudami, mnenji in na druge načine, prav tako morajo pristojni organi omogočiti vpogled v podatke, ki štejejo za informacije javnega značaja, vpogled v prostorske akte, strokovna gradiva idr. Ne glede na navedene široko osnovane programske norme je ZPNačrt primarno javnopravni predpis, kar se odraža tudi skozi načelo prevlade javnega interesa, v skladu s katerim morajo pristojni organi pri prostorskem načrtovanju in opremljanju stavbnih zemljišč upoštevati tako javni kot tudi zasebni interes ter ju skladno s cilji prostorskega načrtovanja med seboj skrbno pretehtati, pri čemer zasebni interes ne sme škodovati javnemu. Konkretizacija načela sodelovanja javnosti se kaže v določbah o sodelovanju javnosti pri sprejemanju državnih in občinskih prostorskih načrtov (32., 50., in 60. člen ZPNačrt). Tako je treba v okviru javne razgrnitve, ki mora trajati vsaj 30 dni, zagotoviti tudi javno obravnavo akta, razgrniti pa je treba vse variantne rešitve, ki se jih tudi ovrednoti in primerja s prostorskega, okoljskega, funkcionalnega in ekonomskega vidika. Javnost je o javni razgrnitvi treba obvestiti vsaj sedem dni pred njeno izvedbo, javnosti pa je treba omogočiti, da poda svoje pripombe in predloge. V zvezi s sprejemom občinskega prostorskega akta je treba poudariti, da morajo biti v javnem naznanilu, ki se objavi za namen javne razgrnitve, navedene vse zemljiške parcele, katerih namenska raba se spreminja (razen pri sprejemu prvega prostorskega akta). Občina mora preučiti pripombe in predloge javnosti in do njih zavzeti stališče, ki ga objavi na krajevno običajen način in v svetovnem spletu, lastnike zemljišč, katerih namenska raba se spreminja, pa mora občina pisno seznaniti s svojimi stališči glede pripomb in predlogov, ki so bili izraženi v času javne razgrnitve (glej 50. člen ZPNačrt).

5.1. Gradbeni predpisi z vidika sosedskega prava

Na podlagi pravil o prostorskem načrtovanju ZGO-1 določa pogoje za graditev objektov ter bistvene zahteve in njihovo izpolnjevanje glede lastnosti objektov. Zakon in na njegovi podlagi sprejeti podzakonski predpisi urejajo gradnjo objektov s pravili, ki so po svoji vsebini javnopravne narave, kljub vsemu pa so te določbe pomembne tudi z vidika sosedskega prava, saj kot že omenjeno služijo varstvu skupnega življenja sosedov, kar pomeni, da poleg varstva javnega interesa zasledujejo tudi zasebni interes.

Varstvo zasebnopravnih pravic oziroma interesov pri graditvi objektov pa pride po določbah ZGO-1 v poštev samo deloma, kajti z ZGO-1 ni niti popolnoma izključeno niti v celoti zajeto; praviloma se zagotavlja le, če ta zakon ali na njegovi podlagi sprejet predpis to izrecno določa (na primer varstvo lastninske pravice v okviru instituta pravice graditi, vprašanje vplivnega območja objekta ipd.).⁷⁰ Zlasti bo to pomembno v postopku izdaje gradbenih dovoljenj in v inšpekcijskih postopkih, saj se varstvo pravic tretjih zagotavlja samo, če gre za varstvo nekoga upravičenja ali pravnega položaja, ki ga ureja javnopravni predpis. V nemškem pravu so se izoblikovali trije kriteriji, na podlagi katerih se ugotavlja, ali predpis oziroma pravna norma zagotavlja varstvo pravic tretjih (*»Schutznormtheorie«*); tako mora biti iz predpisa razpoznaven omejen krog upravičencev, predpis mora poleg javnopravnih zasledovati tudi zasebnopravne interese, posamezniku pa mora biti podeljeno javnopravno upravičenje.⁷¹

Zasebnopravne posledice graditev objektov, ki sodijo izključno v zasebnopravno sfero, ne morejo biti predmet odločanja v upravnih postopkih, prav tako se v teh primerih ne more priznati položaj stranke v postopku. Prizadete osebe imajo glede takšnih posledic graditve pravno varstvo zagotovljeno v civilnih sodnih postopkih. Naj dodamo še, da se za postopek odločanja na podlagi gradbenih predpisov subsidiarno uporabljata ZUP in Zakon o upravnem sporu (ZUS),⁷² saj gre za postopke, v katerih pristojni upravni organi odločajo o pravicah, obveznostih in pravnih koristih strank. ZUP vsebuje enotna pravila upravnega postopka, v 3. členu pa določa, da se lahko posamezna vprašanja upravnega postopka za določeno upravno področje v posebnem zakonu uredijo drugače, če je to potrebno. V takih primerih gre za posebne upravne postopke, pri čemer so posamezne procesne določbe vključene v materialne zakone, ki urejajo posamezna področja (kot je to v primeru ZGO-1). Tako je za vprašanja, ki so urejena v posebnem zakonu, treba uporabiti ta zakon, za vprašanja, ki v zakonu niso posebej urejena, pa se uporabi ZUP. Tako bo na primer pritožbo zoper odločbo, ki jo v postopku izdaje gradbenega dovoljenja izda pristojni upravni organ, treba vložiti v osmih dneh po njeni vročitvi (70. člen ZGO-1), in ne v petnajstih dneh, kot določa rok za pritožbo 235. člen ZUP.

Zakon o graditvi objektov določa formalne in materialne pogoje graditve objektov; za prve velja, da določajo, kdaj je gradnja sploh mogoče začeti (npr. dokončno oziroma pravnomočno gradbeno dovoljenje), za druge pa, da določajo vsebinske pogoje gradnje (npr. bistvene zahteve objekta). Gradbeno dovoljenje je odločba, s katero pristojni upravni organ po ugotovitvi, da je nameravana gradnja v skladu z izvedbenim prostorskim aktom, da bo zgrajeni ali rekonstruirani objekt izpolnjeval bistvene zahteve in da z nameravano gradnjo ne bodo prizadete pravice tretjih in javna korist, dovoli takšno gradnjo in predpiše konkretne pogoje, ki jih je

⁷⁰ Prim. Breznik, str. 32.

⁷¹ Prim. Peine, str. 211, 212.

⁷² Zakon o upravnem sporu, ZUS, Uradni list RS, št. 50/97 s spr.

treba pri gradnji upoštevati. Pravico graditi uvaja zakon v 4. odstavku 54. člena, v 56. členu in 6. točki 1. odstavka 66. člena, kot dokazilo o pravici graditi pa pridejo v poštev izpisek iz zemljiške knjige, iz katerega izhaja, da ima investitor na določeni nepremičnini lastninsko ali kakšno drugo stvarno ali obligacijsko pravico, ki mu omogoča gradnjo, notarsko overjena pogodba z dokazilom o vložitvi predloga za vpis pogodbe o pridobitvi lastninske ali kakšne druge stvarne oziroma obligacijske pravice, ki investitorju dovoljuje gradnjo ali izvajanje del na nepremičnini, ali druga listina, ki v skladu z zakonom izkazuje to pravico.⁷³ Ta pravica je določena kot materialni pogoj graditve objektov in brez nje investitor ne bo mogel pridobiti gradbenega dovoljenja. Pravica graditi pa mora biti izkazana ne le glede pravnega naslova, ampak tudi glede na obseg nameravane gradnje; tako je na primer ne sme ovirati na zemljišču ustanovljena služnost. Prav tako pa predvidena gradnja ne sme presegati upravičenj, ki jih ima investitor v okviru izkazane pravice razpolaganja.⁷⁴

5.2. Stranke v postopku izdaje gradbenega dovoljenja

V postopku izdaje gradbenega dovoljenja sta zelo pomembni načelo zaslišanja stranke ter načelo varstva pravic strank in varstva javnih koristi. To se kaže tako v določbah o tem, kdo je lahko stranka v postopku pridobitve upravnega dovoljenja, kot tudi v določbi 143. člena ZUP, s katero je določeno, da mora uradna oseba, ki vodi postopek, po potrebi opozoriti stranko na njene pravice v postopku in na pravne posledice njenih dejanj ali opustitev v postopku. V

⁷³ Poleg lastninske pravice, naj bo to izključna lastnina (37. člen SPZ), solastnina (65. člen SPZ), skupna (72. člen SPZ) ali etažna (105. člen SPZ) lastnina izkazuje pravico graditi tudi stavbna pravica (256. člen SPZ), v povezavi z njima pa tudi stvarna služnost poti oziroma napeljave komunalnih vodov (213. člen in nasl. SPZ). Pravico graditi omogoča tudi služnost v javno korist (glej 110. člen ZureP-1), med obligacijskimi pravicami pa je to pravica uporabe javnega dobra (glej 4. točko 2. odstavka 13. člena ZZK-1), pa tudi, če je to v skladu z zakupno pogodbo, zakupna pravica (2. točka 2. odstavka 13. člena ZZK-1 ter 37. in 38. člen ZKZ).

⁷⁴ »Zaradi služnosti poti, ki naj bi jo sosedje imeli na investitorjevem zemljišču, je vprašljivo razpolaganje z zemljiščem, na katerem naj bi stala ograja.« Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. U-243/93-8 z dne 8. 6. 1994, VS11026.

»Po presoji sodišča tožena stranka v obrazložitvi izpodbijane odločbe pravilno ugotavlja, saj to izhaja iz podatkov in listin v upravnih spisih in iz pritožbenih in tožbenih navedb samih tožnikov, da streha navedenega objekta (prizidka) sega na sosednje zemljišče, za katero pa tožnika kot investitorja nista izkazala upravičenosti takšnega razpolaganja. /.../ Po presoji sodišča je tožena stranka v obrazložitvi izpodbijane odločbe dala tožnikoma tudi pravilno pojasnilo o tem, da v upravnem postopku ni prav nič pomembno, koliko bosta mejaša prizadeta v uživanju svojih nepremičnin zaradi posega navedenega objekta tožnikov v zračni prostor nad njunim zemljiščem.« Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. U-316/92-8 z dne 6. 5. 1993, VS10295.

»Po presoji sodišča je tožena stranka utemeljeno zavrnila zahtevo za izdajo gradbenega dovoljenja, ker se investitorja nista izkazala s pravico razpolaganja z zemljiščem, na katerem nameravata graditi, in ki je eden od pogojev po 78. členu zakona o graditvi objektov (Uradni list SRS, št. 34/84 in 29/86). Pogoj iz 78. člena zakona o graditvi objektov bi tožeči stranki izpolnili, če bi v postopku predložili soglasje ostalih solastnikov spornega stavbnega zemljišča. V obravnavanem primeru pa, kot je tožena stranka pravilno ugotovila, soglasja ni, saj solastnik J. K. nasprotuje nameravani gradnji.« Tako sodba U-70/94-6 z dne 3. 4. 1996, VS12032.

60. členu ZGO-1 so določene vrste postopkov izdaje gradbenega dovoljenja. Tako se na območjih, ki se urejajo z državnim prostorskim načrtom ali občinskim podrobnim prostorskim načrtom, gradbena dovoljenja izdajajo v skrajšanem ugotovitvenem postopku, razen če poseben zakon za določeno vrsto objekta na določeni lokaciji izrecno določa drugače. Na drugih območjih se gradbena dovoljenja izdajajo v posebnem ugotovitvenem postopku. Ne glede na to splošno določbo so v 61. členu ZGO-1 predvidene tudi druge možnosti skrajšanega ugotovitvenega postopka.⁷⁵

Priznanje lastnosti (položaja) stranke v postopku je odvisno od materialnega predpisa, torej od določb ZGO-1 (62. člen). Zakon ločuje dve situaciji:

- Kadar se izdaja gradbeno dovoljenje za objekt na območju, ki se ureja z državnim prostorskim načrtom ali občinskim podrobnim prostorskim načrtom, je stranka v postopku samo investitor.
- Kadar pa se izdaja dovoljenje za objekt na območju, ki se ureja na drugih območjih, se imajo pravico postopka poleg investitorja kot stranski udeleženci udeleževati tudi:

(1) lastniki nepremičnin in imetniki služnostne oziroma stavbne pravice⁷⁶ na nepremičninah, na katerih bo potekala gradnja in na katere sega območje za določitev strank, in (2) lastniki zemljišč, na katerih je predvidena dovozna cesta in na katerih so predvideni komunalni priključki, ter imetniki služnostne oziroma stavbne pravice na takšnih nepremičninah in (3) drugi subjekti, če tako določa zakon.

V postopku izdaje gradbenega dovoljenja, razen na območju, ki se ureja z državnim prostorskim načrtom ali občinskim podrobnim prostorskim načrtom, pa je stranka tudi občina, na območju katere leži nameravana gradnja, če najpozneje v osmih dneh po prejemu obvestila o vložitvi zahteve za izdajo gradbenega dovoljenja priglasi svojo udeležbo pristojnemu upravnemu organu za gradbene zadeve. Če svoje udeležbe ne priglasi v predpisanem roku, se šteje, da se je odpovedala pravici sodelovati kot stranka v postopku (4. odstavek 62. člena ZGO-1).

⁷⁵ Tako lahko na zahtevo investitorja pristojni upravni organ za gradbene zadeve izda gradbeno dovoljenje v skrajšanem ugotovitvenem postopku tudi za gradnjo manj zahtevnega objekta, ki je predviden na območju, ki se ureja z občinskim prostorskim načrtom, če so izpolnjeni naslednji pogoji: (1) da je predmet gradbenega dovoljenja stanovanjska stavba, ki ima pritličje in največ tri nadstropja z mansardo, (2) da območje za določitev strank ne sega preko meje parcel, na katerih je predvidena nameravana gradnja in (3) da iz prikaza komunalnih priključkov in dostopa v projektu za pridobitev gradbenega dovoljenja izhaja, da ti priključki ne potekajo po sosednjih zemljiščih. V skrajšanem ugotovitvenem postopku se lahko izda gradbeno dovoljenje tudi za rekonstrukcijo stanovanjske stavbe ali za spremembo namembnosti, če investitor zahtevi za izdajo gradbenega dovoljenja priloži notarsko overjena soglasja takšnega števila etažnih lastnikov, kot ga določajo predpisi o stanovanjskih razmerjih, da se strinjajo z nameravano gradnjo, kot je razvidna iz projekta za pridobitev gradbenega dovoljenja oziroma če takšni lastniki dajo takšno izjavo na zapisnik pri pristojnem upravnem organu za gradbene zadeve.

⁷⁶ Stranka v postopku izdaje gradbenega dovoljenja, ki je imetnik služnostne oziroma stavbne pravice, ki še ni vpisana v zemljiško knjigo, lahko dokaže z overjeno listino, da je imetnik te pravice (3. odstavek 62. člena ZGO-1).

Glede vprašanja, kdo so drugi subjekti, ki jih določa zakon, lahko ugotovimo, da bo treba položaj stranke v postopku priznati v skladu s 43. členom ZUP na primer tudi osebi, ki uveljavlja ugovor neobstoja investitorjeve pravice graditi na gradbeni parceli (tega ugovora ni mogoče uveljavljati na podlagi ugovorov iz 2. odstavka 62. člena ZGO-1. Prav tako je treba udeležbo priznati vsakemu lastniku sosednje nepremičnine, ki je prizadet v pogledu odmika objekta od parcelne meje (ne glede na določbo 61. člena ZGO-1, ki ima le omejen doseg).⁷⁷

Po prejšnji zakonski ureditvi je krog stranskih udeležencev določil projektant, saj je ta določil vplivno območje objekta, na podlagi katerega se je določal krog prizadetih oseb.⁷⁸ Upravni organ ni bil dolžan po uradni dolžnosti preverjati pravilnosti s strani projektanta določenega vplivnega območja in se je v obravnavanje take zadeve spustil le na predlog osebe, ki predlaga udeležbo v postopku zaradi varstva svojih pravic. Če taka oseba udeležbe ni priglasila, ker morda za postopek niti ni vedela, upravni organ pa je upošteval navedeni krog oseb, je lahko investitor dosegel pravnomočnost takšnega gradbenega dovoljenja. Takšna ureditev je bila problematična, saj je omogočala zlorabo pravil postopka.⁷⁹

Stranke z nameravano gradnjo seznanjeni pristojni upravni organ za gradbene zadeve ter jim da možnost, da se o njej izrečejo na obravnavi. Stranke je treba opozoriti, da se bo v primeru njihovega neopravičenega izostanka štelo, da z nameravano gradnjo soglašajo. V primeru opravičenega izostanka lahko stranke svojo izjavo podajo tudi pisno do konca obravnave; če take izjave stranka ne poda, se šteje, da se z nameravano gradnjo strinja (63. člen ZGO-1). Če pa kdo med postopkom zahteva vključitev v postopek in dokazuje, da je vplivno območje objekta v projektu za pridobitev gradbenega dovoljenja, ki je predstavljal podlago za določitev strank v postopku, prikazano napačno, mora o tem predložiti dokaz, ki ga načeloma predstavlja mnenje osebe, ki je strokovnjak za gradbeno projektiranje. V primeru, da se ugotovi, da je bila zahteva utemeljena, gredo stroški, ki so nastali z izdelavo ekspertnega mnenja, in stroški po-

⁷⁷ »Lastnost prizadete stranke v postopku izdaje lokacijskega dovoljenja ugotavlja upravni organ v vsakem primeru posebej, odvisno od vpliva objekta na okolico, kajti le na podlagi obstoja konkretnih okoliščin lahko organ ugotovi, katere pravice ali pravne koristi varuje prizadeta oseba, zaradi česar ji prizna lastnost stranke.« Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. U-178/94-9 z dne 19. 2. 1997, VS12451.

»V postopku izdaje odločbe o priglasitvi del imajo sosedje – mejaši kot prizadete stranke pravico udeleževati se upravnega postopka zaradi varstva pravic in pravnih koristi.« Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. U-482/94-6 z dne 16. 5. 1996, VS12097.

⁷⁸ Do uveljavitve Uredbe o območju za določitev strank v postopku izdaje gradbenega dovoljenja (Uradni list RS, št. 37/2008) iz drugega odstavka 49.a člena ZGO-1 se je v projektih za pridobitev gradbenega dovoljenja območje za določitev strank v postopku izdaje gradbenega dovoljenja prikazovalo kot vplivno območje po dosedanjih predpisih. Vplivno območje objekta je stari ZGO-1 uvedel na novo in je bil definiran kot tridimenzionalni prostor ob, nad in pod načrtovanim objektom, v katerem je ob upoštevanju gradbenih predpisov in pogojev za gradnjo predvidena dopustna emisija snovi ali energije iz objekta v okolje in drugi vplivi objekta na okolico (prej točka 5.7., 2. člena ZGO-1).

⁷⁹ Prim. Breznik, str. 151, 152.

stopka v breme investitorja. Če se zahteva izkaže za neutemeljeno in se ugotovi, da je vplivno območje v projektu prikazano pravilno, grede navedeni stroški v breme osebe, ki je zahtevala vključitev v postopek. Stranka, ki nasprotuje nameravani gradnji, mora za utemeljitev svojih trditev predložiti dokaze. Investitor lahko v postopku izdaje gradbenega dovoljenja predloži overjeno listino katerekoli stranke, da se z nameravano gradnjo strinja. Če investitor predloži overjene izjave vseh strank v postopku, pa ustna obravnava ni potrebna. Prav tako ni potrebno overiti pisne izjave stranke, če je njen podpis overjen na listini, s katero investitor izkazuje pravico graditi (65. člen ZGO-1). Kot overjeno izjavo stranke bi bilo najverjetneje treba šteti notarsko overjeno listino, saj bo le v takšnem primeru stranka opozorjena na pravne posledice svoje izjave, to je, da se z nameravano gradnjo strinja in da pri tem ne uveljavlja varstva svojih pravic. Zgolj notarsko overjen podpis stranke ne zagotavlja ustreznega pravnega varstva in taka izjava načeloma ne more nadomestiti siceršnje udeležbe v postopku. Z novelo ZGO-1B⁸⁰ pa je zakonodajalec črtal besedo »notarsko«; tako ni povsem jasno, kakšno overitev je imel zakonodajalec sploh v mislih, kar je z vidika pravne varnosti tudi nekoliko nenavadno.

Z Uredbo o območju za določitev strank v postopku izdaje gradbenega dovoljenja se določa način izračuna in prikaza območja za določitev strank in velikost območja za določitev strank glede na posamezne vrste objektov (1. člen uredbe). Območje za določitev strank se prikaže tako, da se na geodetskem načrtu ali na katastrskem prikazu vriše zaključen poligon, ki nastane s tlorisno projekcijo najbolj izpostavljenih nadzemnih in podzemnih delov objekta na zemljišče, vključujoč napušče, nadstreške, balkone in podobne gradbene elemente, in okrog njega vriše pas za določitev strank. Če se za posamezen objekt prikazuje le z osjo, se pas za določitev strank vriše okoli te osi. Pas za določitev strank se za vsak objekt prikaže posebej. Uredba v nadaljevanju natančneje določa širine pasov (3. člen) in posebnih pasov (4. člen) za določitev strank za posamezne objekte, način izračunavanja prostornine ipd., določa torej tehniko oziroma način določanja območja za določitev strank. Ker gre za konkretno določene vrednosti (širin, prostornin ...), se območje določa kot matematični izračun, in torej ne dopušča odprtih pravnih standardov za različne interpretacije. Z vidika pravne varnosti je rešitev dobrodošla, odgovor na vprašanje, ali je tudi sicer dobra, pa bo dala praksa.

5.3. Pravna sredstva v postopku izdaje gradbenega dovoljenja

Ker ima odločba v upravnem postopku pravne učinke samo pod pogojem, da je vročena strankam, tudi ZGO-1 določa, da se odločba, izdana v postopku izdaje gradbenega dovoljenja, investitorju in drugim strankam postopka vroči z vročilnico, skladno s predpisom o splošnem upravnem postopku. Morebitnim soglasjedajalcem, pristojnemu upravnemu organu ter pristojnemu inšpektorju za gradbene zadeve pa se odločba samo pošlje (69. člen ZGO-1). Vroči-

⁸⁰ ZGO-1B, Uradni list RS, št. 126/2007.

tev odločbe vsem strankam postopka je pomembna z vidika varstva njihovih pravic, nekoliko sporna je le zakonska ureditev vprašanja, kaj se stranki vroči. Tako zakon določa, da se projekt za pridobitev gradbenega dovoljenja in druge listine, ki so bile podlaga za odločitev, vročijo samo investitorju, ne pa tudi drugim udeležencem postopka. Takšna ureditev postavlja stranke v različen položaj glede njihovih dejanskih možnosti uveljavljanja pravnih sredstev, kar lahko predstavlja kršitev 25. člena Ustave RS, to je pravice do pritožbe ali drugega pravnega sredstva.⁸¹

Zoper odločbo, ki jo izda pristojni upravni organ v postopku izdaje gradbenega dovoljenja, je dopustna pritožba v osmih dneh po vročitvi odločbe; z namenom skrajšanja postopka je zakon tukaj predvidel spremembo od splošne ureditve, saj je po ZUP rok za pritožbo petnajst dni. Stranke se lahko po vročitvi gradbenega dovoljenja pisno ali ustno na zapisnik pri pristojnem upravnem organu odpovejo pravici do pritožbe oziroma pravici do sprožitve upravnega spora. Taka prepoved je nepreklicna, za upravni organ pa velja dolžnost, da pomaga neuki stranki in jo opozori na posledice njene izjave, predvsem na to, da če se odpove pravici do pritožbe, tudi izgubi možnost vložitve tožbe v upravnem postopku (34. člen ZUS). S tem ko se stranke odpovedo pravici do pritožbe, odločba postane pravnomočna. Če se vlaga pritožba ali obnova postopka iz razloga, ker pritožniku ni bila dana možnost udeležbe v postopku kot stranskemu udeležencu, ker takšna oseba meni, da je vplivno območje objekta prikazano napačno ali da je predvidena gradnja v nasprotju s prostorskim aktom, je treba pritožbi ali predlogu za obnovo postopka najpozneje v petnajstih dneh po vloženi vlogi pristojnemu upravnemu organu za gradbene zadeve predložiti ekspertno mnenje, iz katerega izhaja utemeljenost ugovorov. Če pritožnik uspe, mu je investitor dolžan povrniti vse stroške, ki jih je imel v zvezi z naročilom in izdelavo ekspertnega mnenja (70. člen ZGO-1). Zoper dokončno odločbo, izdano v postopku pridobitve gradbenega dovoljenja, ima vsaka stranka, ki s svojimi zahtevki ali ugovori v postopku ni uspela, pravico do vložitve tožbe v upravnem sporu, seveda pod pogojem, da se ni odpovedala pravici do pritožbe in s tem posledično tudi pravici do tožbe.

5.4. Komunalna opremljenost zemljišča kot pogoj za izdajo gradbenega dovoljenja

Z vidika sosedskega prava pa je zanimivo tudi vprašanje, ali mora imeti investitor za pridobitev gradbenega dovoljenja izkazano tudi pravico dostopa do gradbene parcele iz javnega cestnega omrežja. ZGO-1 v 66. členu določa, da preden pristojni organ izda gradbeno dovoljenje, preveri, ali iz projekta za pridobitev gradbenega dovoljenja izhaja, da bo zagotovljena minimalna komunalna oskrba objekta, če se gradi nov objekt ali če se objekt prizidava, nadzidava ali rekonstruira tako, da se zato spreminjajo osnovni parametri obstoječih priključkov oziroma se povečujejo zahteve v zvezi z njegovo komunalno oskrbo; zakon določa tudi vsebi-

⁸¹ Prim. Breznik, str. 164, 165.

no minimalne oskrbe in dokazilo o takšni oskrbi. Omenjenega vprašanja neposredno ne ureja ZPNačrt, ki (v 70. členu in nasl.) določa le opremljenost zemljišč, pojem komunalne opreme in pojem opremljenega stavbnega zemljišča. Namen opremljanja je, da se prostorske ureditve oziroma objekti, načrtovani z občinskim (tudi podrobnim) prostorskim načrtom, izvedejo in služijo svojemu namenu. ZPNačrt v 72. členu določa, da je gradnja objektov in omrežij (razen gospodarske javne infrastrukture) dovoljena na opremljenih stavbnih zemljiščih; stavbno zemljišče pa šteje za opremljeno: če so v enoti urejanja prostora zgrajeni in predani v upravljanje komunalna oprema ter objekti in omrežja druge gospodarske javne infrastrukture, ki so določeni v prostorskem aktu občine, ali če so v prostorskem aktu občine predvideni komunalna oprema ter objekti in omrežja druge gospodarske javne infrastrukture, vključene v občinski načrt razvojnih programov v okviru občinskega proračuna za tekoče ali naslednje leto. Sicer pa je gradnja objektov dopustna tudi na neopremljenih stavbnih zemljiščih, če se sočasno z gradnjo objektov zagotavlja tudi opremljanje stavbnih zemljišč po pogodbi (glej 78. člen ZPNačrt); v takem primeru se za zgrajeni objekt lahko pridobi uporabno dovoljenje le, če so bili zgrajeni in predani v uporabo vsa predvidena komunalna oprema ter objekti in omrežja druge gospodarske javne infrastrukture (3. in 4. odstavek 72. člena ZPNačrt).

Tako je na podlagi navedenih predpisov moč sklepati, da je takšna komunalna opremljenost zemljišča nujna za pridobitev gradbenega dovoljenja. V primeru, da nepremičnina nima za redno rabo potrebne zveze z javno potjo ali pa bi bila taka zveza povezana z nesorazmernimi stroški (88. člen SPZ), jo lahko določi sodišče po pravilih nepravdnega postopka, ob določitvi primerne nadomestila lastniku obremenjene nepremičnine (nujna pot). Takšna pot bo torej morala biti vzpostavljena, predno bo za gradnjo izdano gradbeno dovoljenje, s čimer se bo zmanjšala tudi možnost zlorabe instituta nujne poti. Po obstoječi upravnosodni praksi, ki je temeljila na prejšnjih predpisih, ki so komunalno opremljenost določali kot pogoj za dopustnost gradnje (39. člen Zakona o stavbnih zemljiščih), je moral investitor potno zvezo med gradbeno parcelo in javnim potnim omrežjem izkazati, enako pa je veljalo glede pravice napeljevanja komunalnih vodov preko tujega zemljišča;⁸² takšno stališče pa lahko zavzamemo tudi na podlagi veljavnih predpisov.

⁸² »Tožnika ne izpodbijata dejanske ugotovitve, da je po predloženi lokacijski dokumentaciji dostop do hiše predviden po obstoječi poti, ki poteka tudi prek zemljišč parc. št. 129/6, 250 in 194, ki so v solastnini sosedov R. Sporno tudi ni, da tožnika nimata urejene služnosti voženj prek navedenih parcel in da solastnika R. tudi v tem postopku nista dala dovoljenja za uporabo poti. Na podlagi takšnega dejanskega stanja je pravičen materialnopravni zaključek obeh organov, da tožnika za načrtovano stanovanjsko hišo nimata zagotovljenega dostopa na javno pot ali cesto. Ne zadostujeta namreč zgolj fizična možnost dostopa in prepričanje tožnikov, da imata pravico voženj, temveč mora biti dostop tudi legalen.« Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. U-895/92-6 z dne 15. 7. 1993, VS10324.

6. Sklep

Sosedsko pravo je širok pojem, ki mu ne gre določiti natančne vsebine, saj so področja in instituti, ki jih zajema, zelo obsežni. V temeljih lahko sosedsko pravo delimo na javno in zasebno pravo, pri čemer ta delitev ni tako stroga. V zasebnopravni sferi se namreč vedno bolj uveljavljajo javnopravni elementi, pa tudi v javnopravnih postopkih se upoštevajo zasebnopravni interesi. Načelna delitev, na podlagi katere se zasebni interesi varujejo v zasebnopravnih postopkih in javni v javnopravnih, sicer velja, vendar pa prihaja tudi do odstopanj oziroma prekrivanja postopkov.

Stvarnopravna negatorna tožba je temelj varstva lastninske pravice pred nedopustnim vznemirjanjem in nastankom škode. Obligacijskopravno varstvo se v tem oziru razlikuje po širši aktivni legitimaciji v postopkih varstva pravic tretjih in vrstah zahtevkov, zato je predstavljena tudi popularna tožba po OZ. Med možnosti zasebnopravnega varstva pravic je treba prišteti tudi popularno tožbo po ZVO-1, ki je zaradi specifike glede aktivne legitimacije v teoriji imenovana tudi organizacijska tožba, četudi gre za predpis z javnopravno vsebino in služi primarno varstvu javnega interesa in javnih koristi.

Pravica do zdravega življenjskega okolja je zasidrana v Ustavi RS, sodišče pa ji je priznalo status osebnostne pravice. Tako je dobila mesto v zasebno- kot tudi javnopravni ureditvi. ZVO-1 preko mehanizmov presoje vplivov na okolje, okoljevarstvenih soglasij, dovoljenj idr. omejuje posege v okolje oziroma določa pogoje zanje z namenom, da se doseže in izvaja okolju prijazen razvoj in se omogoči mirno sobivanje ljudi, ki so prostorsko kakorkoli povezani. Poleg ZVO-1 sta zlasti pomembna tudi predpisa ZGO-1 in ZPNačrt, ki določata pogoje urejanja prostora in graditve objektov. Z vidika sosedskega prava je najbolj pomembno vprašanje pravice udeležbe v postopkih odločanja o posegih v prostor in o gradnjah ter vprašanje pravnih možnosti, ki jih imajo stranke in udeleženci na voljo za varstvo svojih pravic in interesov.

Literatura

- Berden, Andrej, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2004.
Breznik, Janez, Zakon o graditvi objektov s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2005.
Cigoj, Stojan, Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Ljubljana, ČZ Uradni list RS, 1978.
Classen, Claus Dieter, Erheblichkeit und Zumutbarkeit bei schädlichen Umwelteinwirkungen, Juristische Zeitung (JZ), 1993.
Dürr, Hansjochen, Das Gebot der Rücksichtnahme – eine Generalklausel des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht, Neue Verwaltungs Zeitung (NVwZ), 1985.

- Frantar, Tone, Sosedsko pravo. Podjetje in delo, št. 5/1994.
- Heidelbach, Michael, Der bauplanungsrechtliche Schutz qualifizierter obligatorisch Berechtigter, Tübingen, Campus – Druck, 2000.
- Jarass, Hans, Rechtsprobleme der Sonnenenergie, JZ, 1990.
- Laubinger, Hans-Werner, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Göttingen, 1967.
- Ogorelec, Breda, Prostorski dokumenti pred ustavnim sodiščem. Ljubljana, Ministrstvo za okolje in prostor, Urad RS za prostorsko planiranje, 1997.
- Peine, Franz-Joseph, Öffentliches Baunachbarrecht. Tübingen, Mohr, 1993.
- Pensa, Jadek, Obligacijski zakonik s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2003.
- Reetz, Wolfgang, Der Schutz vor negativen Immissionen als Regelungsaufgabe des zivilrechtlichen und des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- Rijavec, Vesna, Civilno izvršilno pravo. Ljubljana, GV Založba, 2003.
- Rijavec, Vesna, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2004.
- Rijavec, Vesna, Varstvo skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje v pravnem postopku, Pravne možnosti varovanja skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje, Zbornik referatov in razprav z mednarodne konference z dne 10. in 11. novembra 1995, Maribor, Inštitut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 1996.
- Roth, Herbert, Staudingers Kommentar zum BGB (§906), Berlin, Sellier – de Gruyter, 2002.
- Sajovic, Bogomir, Osnove civilnega prava, Stvarno pravo 1. Ljubljana, ČZ Uradni list RS, 1994.
- Säcker, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum BGB (§ 906), München, Verlag C. H. Beck, 2004.
- Seidel, Achim, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz. München, Verlag C. H. Beck, 2005.
- Strohsack, Boris, Obligacijska razmerja 1, Ljubljana, ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1995.
- Strohsack, Boris, Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, Obligacijska razmerja, II. Ljubljana, ČZ Uradni list RS, 1991.
- Šinkovec, Janez, Tratar, Boštjan, Obligacijski zakonik s komentarjem in sodno prakso, Lesce: Oziris, 2001.
- Ude, Lojze, Oblike procesnega varstva pravice do zdravega okolja, v Pravne možnosti varovanja skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje, Zbornik referatov in razprav z mednarodne konference z dne 10. in 11. novembra 1995, Maribor, Inštitut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 1996.
- Vrenčur, Renato, Sosedsko pravo – ureditev meje. Pravna praksa, št. 32-33/2001.
- Vrenčur, Renato, Sosedsko pravo – Varstvo pred imisijami po SPZ, Pravna praksa, št. 7/2004.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.235:33.025.28(497.4)

Lastninjenje nekdanjih dobrin v splošni rabi in varstvo javnega interesa

DR. MATIJA DAMJAN,
*Inštitut za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

1. Uvod

Prispevek obravnava problematiko položajev, v katerih je nepremično premoženje, ki je bilo prej namenjeno splošni oziroma javni rabi, med postopki preoblikovanja nekdanje družbene lastnine prešlo v zasebno last, tako da danes njegova javna raba ni več mogoča oziroma jo ima lastnik vsaj možnost prepovedati. Medtem ko je včasih tovrstne objekte pred zasebnim prisvajanjem in zlorabami varoval že sam institut družbene lastnine, v današnjem pravnem sistemu poznamo le eno, klasično obliko lastnine, za katero veljajo enaka osnovna pravila o razpolaganju in uporabi ne glede na vrsto lastnika ali namen uporabe. Zaradi tega je treba javni interes v zvezi s splošno uporabo takih nepremičnin varovati drugače. Prispevek preučuje nekatere pravne podlage, ki so se v sodni praksi pokazale za relevantne v tem kontekstu. Čeprav je opisana problematika izrazito povezana s tranzicijo iz družbenolastninskega v klasični civilnopravni sistem, bodo ta vprašanja ostala aktualna še nekaj časa, saj zahtevki iz lastninske pravice niso omejeni z roki, razmerja v zvezi z nepremičninami pa so izrazito dolgotrajna, zato se bodo iz njih izhajajoči spori še vedno pojavljali pred sodišči.

2. Pravni režim varstva javnega premoženja

2.1. Poseben režim varstva družbene lastnine

V obdobju družbenolastninskega sistema je institut družbene lastnine zajemal tudi dobrine v splošni rabi.¹ Družbena lastnina ni pripadala nobenemu konkretnemu subjektu, temveč vsej družbi skupaj in vsakemu posameznemu članu te družbe, bila je torej skupna in osebna. Na

¹ Krisper-Kramberger, Javno dobro ..., str. 17.

njej ni bilo mogoče izvajati takih lastninskih pravic, kot jih lahko izvaja lastnik nad svojo lastnino, ki jo lahko celo uniči, temveč se jo je lahko samo uporabljalo, z njo upravljalo in razpolagalo v mejah zakonov.²

Družbena lastnina je bila posebej varovana že na sistemski ravni. Ustava SRS iz leta 1974³ je med temeljnimi načeli določala: »Izhajajoč iz tega, da nihče nima lastninske pravice na družbenih produkcijskih sredstvih, si ne more nihče – ne družbenopolitična skupnost ne organizacija združenega dela ne skupina občanov ne posameznik – na nikakršni lastninskopravni podlagi prilaščati proizvoda družbenega dela, niti ne more upravljati družbenih produkcijskih in delovnih sredstev in ne razpolagati z njimi in tudi ne samovoljno določati pogojev za delitev.« Zakon o združenem delu (ZZD),⁴ ki je v VI. poglavju urejal upravljanje družbenih sredstev, je določal, da do prehoda kakršnegakoli upravičenja, ki se je nanašalo na nepremičnino v družbeni lastnini (odtujitev družbene lastnine, oddaja v začasno uporabo drugi družbeni pravni osebi, oddaja v zakup, menjava za drugo sredstvo v družbeni lastnini ali za sredstvo, na katerem ima kdo lastninsko pravico), lahko pride le na podlagi pisnega samoupravnega sporazuma oziroma pogodbe (204. člen). Produkcijskih in drugih delovnih sredstev ter sredstev skupne porabe načeloma ni bilo mogoče neodplačno odtujiti iz družbene lastnine (205. člen), medtem ko kmetijskega in stavbnega zemljišča, gozda, gozdnega zemljišča ali drugega naravnega bogastva kot tudi dobrine v splošni rabi sploh ni bilo mogoče odtujiti iz družbene lastnine, če ni zakon določil drugače (206. člen).

Zakon o prometu z nepremičninami (ZPN)⁵ je v celoti prepovedoval pravni promet z dobrinami v splošni rabi (3. člen) in določal, da na stavbnem zemljišču v družbeni lastnini ni mogoče pridobiti lastninske pravice, temveč samo pravice, ki jih določa zakon (4. člen). Pravica uporabe oziroma lastninska pravica na nepremičnini se je lahko prenesla samo s pisno pogodbo, sicer je bil posel ničen (5. člen). Prepovedan je tudi neodplačan prenos nepremičnin iz družbene v zasebno lastnino (6. člen). Družbene pravne osebe pa so smele prodati stavbe in posamezne dele stavb občanom, društvom in drugim civilnim pravnim osebam samo na javni dražbi, sicer je bila pogodba nična, razen če je šlo za prvo prodajo nenaseljene stavbe oziroma njenega dela (8.–11. člen).⁶ Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR)⁷

² Kostanjevec, str. 5.

³ Uradni list SRS, št. 6/1974, RS, št. 24/1990, 35/1990.

⁴ Uradni list SFRJ, št. 53/1976 (63/1979 popr., 6/1988 popr., 19/1988 popr., 38/1988 popr.), 57/1983, 85/1987, 11/1988, 77/1988 - ZPod, 40/1989, 40/1989, 60/1989, RS, št. 37/1990.

⁵ Uradni list SRS, št. 19/1976, 42/1986, RS, št. 57/1999.

⁶ Darilna pogodba in gradnja na tujem svetu nista pravni podlagi za pridobitev lastninske pravice na družbeni lastnini. Možna je le menjalna ali kupoprodajna pogodba pod pogojem, da se obseg fonda družbene lastnine ne zmanjša. Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 309/2008 z dne 22. 5. 2008. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 205/93 z dne 24. 2. 1994.

⁷ Uradni list SFRJ, št. 6/1980 (20/1980 popr.), 36/1990, RS, št. 50/2002 Odl. US: U-I-224/00-15, 87/2002 - SPZ.

je določal, da se na stvari, ki je družbena lastnina, lastninska pravica ne more priposestovati (29. člen), prav tako pa se ni mogla priposestovati stvarna služnost na nepremičnini, ki je družbeno sredstvo v družbeni pravni osebi (55. člen).⁸

2.2. Sedanji režim varstva »javne lastnine«

Po spremembi političnega in ekonomskega sistema in sprejemu nove Ustave Republike Slovenije leta 1991⁹ je bilo treba pravna upravičenja na premoženju v družbeni lastnini preoblikovati v klasična lastninska razmerja. Že amandma XCIX k prejšnji ustavi¹⁰ je predvidel preoblikovanje družbene lastnine v javno in v druge oblike lastnine, vendar nova ustava kasneje ni uveljavila razlike med javno in zasebno lastnino kot dvema oblikama lastninske pravice, temveč govori v 33. in 67. členu le o lastninski pravici.¹¹ Sprejeta je bila torej doktrina nemškega in avstrijskega prava, po kateri so dobrine ali stvari v splošni rabi predmet lastninske pravice, ta pa je omejena z vsakemu pristoječo pravico splošne rabe.¹²

S preoblikovanjem družbene lastnine je prenehal tudi poseben pravni režim varstva tega premoženja. Pač pa je ustava v 70. členu uvedla pojem javnega dobra, v zvezi s katerim je zgolj določila, da se na njem lahko pridobi posebna pravica uporabe pod pogoji, ki jih določa zakon. Temeljno pravilo v zvezi s tem uvaja Stvarnopравни zakonik (SPZ),¹³ ki v 19. členu določa, da je javno dobro stvar, ki jo v skladu z njenim namenom ob enakih pogojih lahko uporablja vsakdo (splošna raba). Bistvo javnega dobra je torej dostopnost anonimnemu in tudi vnaprej nedefiniranemu krogu oseb pod enakimi pogoji. Kaj je pojem javnega dobra, podrobneje določajo posamezni področni zakoni, pri čemer se javno dobro skladno deli v dve kategoriji: naravno javno dobro in grajeno javno dobro.¹⁴ Pridobitev statusa naravnega javnega dobra temeljno ureja Zakon o varstvu okolja (ZVO-1),¹⁵ grajenega javnega dobra pa Zakon o graditvi objektov (ZGO-1).¹⁶ Javno dobro ni v pravnem prometu oziroma je na njem možen le ome-

⁸ Priposestovanje lastninske pravice na družbeni lastnini je bilo torej vedno izključeno, medtem ko je bilo mogoče priposestovati stvarno služnost na družbeni lastnini, ki jo je uporabljala fizična oseba oziroma pravna oseba civilnega prava. Prim. sodbo Urvrhovnega sodišča RS II Ips 34/2000 z dne 20. 9. 2000.

⁹ Uradni list RS, št. 33I/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 69/2004, 68/2006.

¹⁰ Uradni list RS, št. 7/91.

¹¹ Ude, Razvoj ..., str. 739.

¹² Finžgar, Preoblikovanje ..., str. 12.

¹³ Uradni list RS, št. 87/2002, 18/2007 Skl. US: U-I-70/04-18.

¹⁴ Kerševan, str. 1430.

¹⁵ Uradni list RS, št. 41/2004, 17/2006, 20/2006, 28/2006 Skl. US: U-I-51/06-5, 39/2006 – UPB1, 49/2006 – ZMetD, 66/2006 Odl. US: U-I-51/06-10, 112/2006 Odl. US: U-I-40/06-10, 33/2007 – ZPNačrt, 57/2008 – ZFO-1A, 70/2008.

¹⁶ Uradni list RS, št. 110/2002, 97/2003 Odl. US: U-I-152/00-23, 41/2004 – ZVO-1, 45/2004, 47/2004, 62/2004 Odl. US: U-I-1/03-15, 102/2004 – UPB1 (14/2005 popr.), 92/2005 – ZJC-B, 93/2005-ZVMS,

jen pravni promet glede posebne pravice uporabe in na njem ni mogoče pridobiti lastninske pravice na originaren način s priposestvovanjem (prvi odstavek 44. člena SPZ). Upravljalcu in koncesionarju pa je v določenih primerih priznано posestno varstvo.

Zakon o javnih cestah (ZJC)¹⁷ v 3. členu npr. posebej ureja, da je na javni cesti mogoče pridobiti služnost za napeljevanje vodovoda in kanalizacije, električnih, telefonskih in telegrafskih napeljav, plinovodov ter podobnih objektov in naprav javnega pomena, pod pogoji, določenimi s predpisi, ki urejajo javne ceste. Na prometnih površinah zunaj vozišča javne ceste in na površinah ob njej, ki so določene za opravljanje dejavnosti, namenjenih udeležencem v prometu, pa je mogoče za opravljanje takih dejavnosti pridobiti posebno pravico uporabe.

Zakon o stvarnem premoženju države, pokrajin in občin (ZSPDPO)¹⁸ pa ureja uporabo, upravljanje in razpolaganje s premoženjem v lasti subjektov javnega prava, tako da se zagotavlja gospodarnost, preglednost in javnost (javna dražba, javno zbiranje ponudb in neposredna pogodba). Z vidika teme tega prispevka je torej bistveno vprašanje, ali in kako so nekdanje dobrine v splošni rabi prešle iz družbene lastnine v nov, na zasebni lastnini temelječ, a vsebinsko soroden pravni režim varstva javnega premoženja.

3. Prenehanje družbene lastnine

V vlogah strank, ki se sklicujejo na priposestvanje pravic na nepremičninah v nekdanji družbeni lastnini, je večkrat najti trditev, da je družbena lastnina prenehala že z uveljavitvijo sedanje Ustave Republike Slovenije, torej 23. decembra 1991.¹⁹ Ta trditev gotovo ne drži. Ustavni zakon za izvedbo Ustave Republike Slovenije (UZIU)²⁰ je v 1. členu določil, da predpisi in drugi splošni akti, ki so veljali na dan razglasitve te ustave, ostanejo v veljavi, kolikor niso v skladu s to ustavo, pa jih je treba z njo uskladiti najkasneje do konca leta 1993. Na podlagi določb Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (UZITUL)²¹ pa so v času uveljavitve Ustave še naprej veljali nekdanji republiški in se smiselno uporabljali nekdanji zvezni predpisi o družbeni lastnini.

111/2005 Odl. US: U-I-150/04-19, 120/2006 Odl. US: U-I-286/04-46, 126/2007.

¹⁷ Uradni list RS, št. 29/1997, 18/2002, 50/2002 Odl. US: U-I-224/00-15, 110/2002 – ZGO-1, 131/2004 Odl. US: U-I-96/02-20, 92/2005, 33/2006 – UPB1, 33/2006 Odl. US: U-I-325/04-8, 45/2008, 57/2008 – ZLDUVCP.

¹⁸ Uradni list RS, št. 14/2007.

¹⁹ Glej npr. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 7560/2006 z dne 17. 10. 2007 ter sodbo in sklep Vrhovnega sodišča II Ips 401/2005 z dne 29. 3. 2006.

²⁰ Uradni list RS, št. 33/1991-I, 21/1994.

²¹ Uradni list RS, št. 11/1991-I, 45I/1994.

Ustava torej ni prepovedala obstoja družbene lastnine v prehodnem obdobju do uveljavitve predpisov o njenem preoblikovanju.²²

Datuma preoblikovanja družbene v zasebno lastnino ni mogoče definirati z enotno časovno točko. Zakonodajalec je sistemsko najprej uredil lastninjenje družbenega kapitala z zakonodajo o lastninskem preoblikovanju pravnih oseb, vendar ta ni olastnila tudi nepremičnin, ki so spadale med sredstva lastninsko preoblikovanih podjetij,²³ temveč je to vprašanje urejalo več področnih zakonov, večinoma med prehodnimi določbami, in sicer različno glede na tip in namen premoženja v družbeni lastnini.²⁴ Približevanje novemu ustavnemu redu je na področju lastnine potekalo postopoma in počasi.²⁵ Za vsako nepremičnino v družbeni lastnini je torej do tedaj, ko je bila olastninjena v skladu z relevantnim predpisom, veljal pravni režim družbene lastnine in z njim povezane omejitve glede razpolaganja ter možnostjo priposestvanja, kolikor so še veljale, ter nova zakonodaja, ki je urejala njeno preoblikovanje in varstvo.²⁶

4. Predpisi o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini

Kot rečeno, je bilo predpisov, ki so urejali (tudi) lastninjenje nekdanjih družbenih nepremičnin, mnogo.

Komunalni objekti in naprave (infrastrukturni objekti, naprave oziroma omrežja ter mobilna in druga sredstva), ki so bili namenjeni izvajanju dejavnosti posebnega družbenega pomena, so na podlagi 76. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (ZGJS)²⁷ postali lastnina države oziroma občine. Na podlagi Zakona o zavodih (ZZ)²⁸ so nepremičnine, ki so sodile v

²² Prim. Finžgar, Lastninjenje ..., str. 6.

²³ Ude, Dobra vera ..., str. 141; sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 559/2005 z dne 6. 12. 2007; drugače Vrenčur, str. 16.

²⁴ Finžgar ob upoštevanju 12. člena Ustave SFRJ in 14. člena Ustave SRS, obeh iz leta 1974, razlikuje med naslednjimi vrstami družbene lastnine: 1. sredstva za delo in poslovanje, 2. sredstva za zadovoljevanje splošnih družbenih potreb, 3. sredstva za zadovoljevanje skupnih družbenih potreb, 4. naravna bogastva in 5. dobrine v splošni rabi. Finžgar, Preoblikovanje ..., str. 10.

²⁵ Predlog ZLNDL, str. 15.

²⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-77/93 z dne 6. 7. 1995, točka 19. Prim. tudi sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 432/94 z dne 25. 4. 1996: »Ob sklenitvi pogodbe in ob zemljiškopravnem vpisu dne 15. 11. 1993 v Republikli Sloveniji še ni bilo izvedeno lastninjenje stavbnih zemljišč v družbeni lastnini. Tako je še vedno v veljavi 4. člen Zakona o prometu z nepremičninami, po katerem na teh zemljiščih ni mogoče pridobiti lastninske pravice, temveč samo pravice, ki jih določa zakon (pravico uporabe).« V tem smislu tudi sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 275/93 z dne 20. 1. 1994 in sklep II Ips 828/94 z dne 24. 11. 1994. Prim. Jenull, str. 4, 5.

²⁷ Uradni list RS, št. 32/1993, 30/1998 – ZZLPPO, 127/2006 – ZJZP.

²⁸ Uradni list RS, št. 12/1991, 45/1994 Odl. US: U-I-104/92, 8/1996, 18/1998 Odl. US: U-I-34/98, 36/2000 – ZPDZC, 127/2006 – ZJZP.

premoženje delovnih organizacij s področja vzgoje in izobraževanja, znanosti, kulture, športa, zdravstva, otroškega varstva ali socialnega varstva ter RTV Slovenija (po novem zavodov), postale s 1. aprilom 1991 lastnina ustanovitelja te organizacije. Če je bil objekt zgrajen s samoprispevkom, pa je postal lastnina občine, na katere območju se nahaja (65. in 66. člen ZZ). Z uveljavitvijo Zakona o uresničevanju družbenega interesa na področju kulture (ZUJIPK)²⁹ so prešle v javno lastnino države oziroma občin nepremičnine in oprema, ki so bile družbena lastnina v upravljanju države ali lokalne skupnosti in namenjene pretežno opravljanju kulturnih dejavnosti, ter iz sredstev samoupravnih interesnih skupnosti ali proračunov pridobljeno premoženje, ki je bilo kot družbena lastnina v upravljanju podjetij in drugih pravnih oseb, ki so opravljale dejavnosti posebnega družbenega pomena na področju kulture (63.–68. člen ZUJIPK). Lastninjenje kulturne in naravne dediščine, ki je bila kot družbena lastnina v sredstvih podjetij in drugih pravnih oseb, je najprej urejal Zakon o lastninjenju spomenikov in znamenitosti v družbeni lastnini (ZLSZDL),³⁰ ki pa ga je Ustavno sodišče RS razveljavilo, ker je vladi dajal prevelika pooblastila pri določanju, kateri spomeniki imajo take lastnosti in pomen, da postanejo last države. Nadomestil ga je Zakon o lastninjenju kulturnih spomenikov in družbeni lastnini (ZLKSDL),³¹ ki je v prilogi poimensko naštel vse spomenike državnega in občinskega pomena, ki so z uveljavitvijo zakona postali last države oziroma občine, skupaj s premičninami, ki služijo upravljanju, rabi, vzdrževanju ali varstvu spomenika.

Z dnem uveljavitve Zakona o varstvu okolja (ZVO)³² so voda, mineralne surovine, prosto živeče divje živali, ribe in druge prosto živeče oziroma prosto rastoče vodne živali in rastline v odprtih vodah in v ribolovnem morju prešle v lastnino države in naj bi se v enem letu po tem izkazale v bilancah, ki jih izdelajo pristojna ministrstva v sodelovanju z ministrstvom za finance (111. člen ZVO). Zakon o vodah (ZV-1)³³ vsebuje podrobnejše prehodne določbe o lastninjenju vodnih zemljišč in objektov. Po 182. členu zemljišča, ki so vpisana v zemljiško knjigo kot vodna zemljišča, voda, vodotok, jezero, reka, potok in podobno, in so javno dobro, splošno ljudsko premoženje, družbena last ali imajo na njih pravne osebe pravico uporabe, preidejo z dnem uveljavitve tega zakona v last Republike Slovenije. Poleg tega preidejo v last države tudi vsa zemljišča, ki so bila poplavljeni zaradi posega v prostor, potrebnega za pridobivanje električne energije, na njih pa je bila na dan uveljavitve tega zakona vpisana pravica

²⁹ Uradni list RS, št. 75/1994, 22/2000 – ZJS, 96/2002 – ZUJIK.

³⁰ Uradni list RS, št. 16/1996, 9/1999 Odl. US: U-I-312/96, 56/1999 – ZON (31/2000 popr.), 89/1999 (107/1999 popr.).

³¹ Uradni list RS, št. 89/1999 (107/1999 popr.), 63/2007 Odl. US: Up-395/06-24, U-I-64/07-13.

³² Uradni list RS, št. 32/1993, 44/1995 Odl. US: U-I-32/95-20, 1/1996, 9/1999 Odl. US: U-I-312/96, 56/1999 – ZON (31/2000 popr.), 86/1999 Odl. US: U-I-64/96, 22/2000 – ZJS, 82/2001 Odl. US: U-I-92/99-9, 67/2002 – ZV-1, 41/2004 – ZVO-1.

³³ Uradni list RS, št. 67/2002, 110/2002 – ZGO-1, 2/2004, 41/2004 – ZVO-1, 57/2008.

uporabe pravnih oseb, razen če mednarodna pogodba določa drugače. Kmetijska in gozdna zemljišča, na katerih je v zemljiški knjigi vpisana lastninska pravica vodnih zadrug, preidejo v last lokalne skupnosti, na območju katere ležijo, razen če se dokaže pravno nasledstvo. Po 183. členu ZV-1 pa objekti na vodnih ali priobalnih zemljiščih, ki se jih lahko nameni splošni rabi, ki so na dan uveljavitve tega zakona vpisani v zemljiško knjigo kot javno dobro, splošno ljudsko premoženje ali družbena last, preidejo z dnem uveljavitve tega zakona v last Republike Slovenije, razen objektov, katerih investitor je bila lokalna skupnost, ki postanejo njena last. Če se ne dokaže drugačno pravno stanje, se šteje, da so v lasti Republike Slovenije tudi tisti tovrstni objekti, ki niso bili vpisani v zemljiško knjigo oziroma so bili vpisani v zemljiško knjigo, pa ni nihče naveden kot njihov lastnik.

Na podlagi Zakona o zadrukah (ZZad)³⁴ so postali last Republike Slovenije neodplačno pridobljena kmetijska zemljišča in gozdovi v družbeni lasti, s katerimi so upravljale zadruge. Po Zakonu o lastninskem preoblikovanju podjetij (ZLPP)³⁵ so bila podjetja iz svojih sredstev dolžna izločiti kmetijska zemljišča in gozdove in so ti postali last Republike Slovenije ali občine. Na podlagi Zakona o Skladu kmetijskih zemljišč in gozdov Republike Slovenije (ZSKZ)³⁶ pa so last države ali občin postala tudi kmetijska zemljišča, kmetije in gozdovi v družbeni lastnini, ki niso postali last države ali občin po ZLPP oziroma ZZad, ter kmetijska zemljišča in gozdovi, ki so jih organizacije kooperantov dobile v upravljanje in razpolaganje na neodplačen način.³⁷

Celotni stanovanjski fond v družbeni lastnini je na podlagi Stanovanjskega zakona (SZ)³⁸ postal last republike, občine ali drugih pravnih oseb, ki so prej imele pravico uporabe na družbenih stanovanjih in stanovanjskih hišah. Novi lastniki so stanovanja pod določenimi pogoji morali ponuditi v odkup imetnikom stanovanjske pravice.

³⁴ Uradni list RS, št. 13/1992, 7/1993, 13/1993, 22/1994, 68/1995 Odl. US: U-I-78/93, 35/1996, 41/2007, 62/2007 – UPB1.

³⁵ Uradni list RS, št. 55/1992, 7/1993, 31/1993, 43/1993 Skl. US: U-I-133/93-19, 32/1994 Odl. US: U-I-133/93-56, 43/1995 Odl. US: U-I-77/93, 1/1996, 30/1998 – ZZLPP, 72/1998 Odl. US: U-I-302/98, 101/1999 Odl. US: U-I-26/96.

³⁶ Uradni list RS, št. 10/1993, 68/1995 Odl. US: U-I-78/93, 1/1996 (23/1996 popr.), 108/2001 Odl. US: U-I-13/00 (4/2002 popr.), 33/2003 Skl. US: U-I-151/01-15, 91/2007, 109/2008 Odl. US: U-I-64/08-12.

³⁷ Kasneje so bila ta zemljišča prenesena na občine na podlagi določb Zakona o javnih skladih (ZJS), Uradni list RS, št. 22/2000, 126/2007 – ZFPPIP, 77/2008. Podrobneje Senčur, str. 255–281.

³⁸ Uradni list RS, št. 18I/1991-I (19/1991 popr.), 13/1993, 9/1994 Odl. US: U-I-9/92, 21/1994, 22/1994 Odl. US: U-I-212/93-14, 29/1995 – ZPDF, 23/1996, 24/1996 Odl. US: U-I-119/94, 1/2000, 1/2000 Odl. US: U-I-268/96, 22/2000-ZJS, 81/2000 Odl. US, 57/2001 Odl. US: U-I-157/00-9, 87/2002 – SPZ, 29/2003 Odl. US: U-I-303/00-12, 69/2003 – SZ-1, 133/2003 Odl. US: U-I-8/01-17, 132/2004 Skl. US: Up-761/03-9.

Zakon o društvih (ZDru)³⁹ je v 37. členu določil, da se družbena lastnina, s katero razpolagajo društva na dan uveljavitve tega zakona, lastninsko preoblikuje v skladu s posebnimi zakoni, do njihove uveljavitve pa društva kot dober gospodar upravljajo in gospodarijo z družbeno lastnino, s katero razpolagajo. Zakon o športu (ZSpo)⁴⁰ je v 64. členu določil, da športni objekti v družbeni lastnini ali lasti razvojnih skladov, ki so v upravljanju društev, ki so na dan uveljavitve tega zakona opravljala dejavnost v športu, postanejo družbena lastnina (tj. zasebna lastnina društev), razen če jih lokalna skupnost najkasneje v enem letu od uveljavitve tega zakona določi za športne objekte občinskega pomena, s čimer preidejo v last občine. Za športne objekte, ki so postali lastnina društev v skladu z določili ZSpo, pa se uporabljajo določbe o javnih športnih objektih. Zakon o gasilstvu (ZGas)⁴¹ je določil, da prostovoljna gasilska društva in njihove zveze pridobijo lastninsko pravico na premičnem in nepremičnem premoženju, ki je namenjeno gasilstvu in s katerim upravljajo ob uveljavitvi tega zakona. Gasilsko društvo pa teh objektov ne sme odtujiti brez poprejšnjega soglasja lokalne skupnosti. Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-B)⁴² je v 58. členu predvidel, da društva upokojencev pridobijo z dnem uveljavitve tega zakona lastninsko pravico na družbeni lastnini, s katero razpolagajo na dan uveljavitve tega zakona.

Po Zakonu o sodiščih (ZS)⁴³ so poslovni prostori, ki so bili ob uveljavitvi tega zakona v uporabi temeljnih sodišč, postali last Republike Slovenije. Posebne določbe o lastninjenju družbenega premoženja vsebuje tudi Zakon o Kobilarni Lipica (ZKL).⁴⁴ Povsem specialno ureditev preoblikovanja družbene lastnine na konkretnih nepremičninah v zasebno lastnino vsebuje še Zakon o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini v uporabi Zveze sindikatov Slovenije (ZLNZSS).⁴⁵

Edini splošni predpis o lastninjenju družbenih nepremičnin je Zakon o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini (ZLNDL),⁴⁶ ki je uredil lastninjenje stavb in zemljišč v družbeni

³⁹ Uradni list RS, št. 60/1995, 49/1998 Odl. US: U-I-223/96, 89/1999, 80/2004 – ZUARLPP, 61/2006 – ZDru-1.

⁴⁰ Uradni list RS, št. 22/1998, 97/2001 – ZSDP, 27/2002 Odl. US: U-I-210/98-32, 110/2002 – ZGO-1, 15/2003 – ZOPA.

⁴¹ Uradni list RS, št. 71/1993, 1/1995-CZ, 28/1995, 73/1997 Odl. US: U-I-341/94, 28/2000, 91/2005, 113/2005 – UPB1, 120/2008 Odl. US: U-I-61/06-14.

⁴² Uradni list RS, št. 7/1996, 1/1997 Skl. US: U-I-29/96-21, 29/1997 Odl. US: U-I-29/96-39, 106/1999 – ZPIZ-1.

⁴³ Uradni list RS, št. 19/1994, 45/1995, 26/1999-ZPP, 38/1999, 45/1999 Skl. US: U-I-144/95, 28/2000, 26/2001-PZ, 56/2002 – ZJU, 16/2004 – ZZZDR-C, 73/2004, 23/2005 – UPB1, 72/2005, 100/2005 – UPB2, 49/2006 – ZVPSBNO, 127/2006, 27/2007 – UPB3, 67/2007, 94/2007 – UPB4, 101/2007 Odl. US: Up-679/06-66, U-I-20/07, 31/2008 Skl. US: U-I-304/07-11, 45/2008.

⁴⁴ Uradni list RS, št. 29/1996, 110/2002 – ZGO-1, 79/2006, 107/2006 – UPB1.

⁴⁵ Uradni list RS, št. 66/2007.

⁴⁶ Uradni list RS, št. 44/1997, 59/2001, 27/2002 Odl. US: U-I-210/98-32.

lastnini, ki niso predmet lastninjenja po drugih zakonih, razen vodnih zemljišč, sindikalnega premoženja, nepremičnin športnih društev ter nepremičnin v družbeni lastnini, na katerih imajo tuje osebe pravico uporabe ali razpolaganja. Ta zakon je torej izrazito subsidiarne narave, saj naj bi veljal samo za tiste družbene nepremičnine, katerih lastninjenja ni uredil še noben drug predpis, in na ta način zaključil lastninjenje. Zakon je določil, da nepremičnine postanejo lastnina fizičnih oseb oziroma pravnih oseb, ki imajo na nepremičnini pravico uporabe, oziroma njihovih pravnih naslednikov. Nepremičnine, na katerih ima pravico uporabe država, občina ali mesto, postanejo lastnina teh javnih subjektov.⁴⁷

5. Zapleti v postopkih lastninjenja

5.1. Nevpis lastnika v zemljiški knjigi in napačna pravna podlaga vpisa

Na podlagi navedenih zakonov se je preoblikovanje družbene lastnine na nepremičninah praviloma zgodilo *ex lege*.⁴⁸ Vseeno pa je bilo treba z novim lastniškim stanjem uskladiti še vpise v zemljiški knjigi. Nekateri zakoni so izrecno predvideli, da se to zgodi na podlagi predloga novega lastnika in njegove pisne izjave o pridobitvi lastnine na podlagi zakona (76. člen ZGJS, 68. člen ZUJIPK, 2. – 5. člen ZLN DL)⁴⁹ oziroma da sodišče po uradni dolžnosti vpiše novega lastnika na podlagi posebne (ugotovitvene) odločbe pristojnega državnega oziroma občinskega organa (185. člen ZV-1, 64. člen ZSpo). Podrobneje pa način zemljiškooknjižne izvedbe tega prenosa ni bil urejen.⁵⁰ V mnogih primerih pa novi lastniki iz različnih razlogov (nepoznavanje zakonodaje, nepopolne evidence premoženja, nejasno stanje pravic na objektih, nezainteresiranost zaradi stroškov upravljanja in vzdrževanja javnih površin ...) dolgo časa niso vložili takšnih predlogov oziroma izdali ustreznih ugotovitvenih odločb, kar pomeni, da zemljiška knjiga ni izkazovala pravilnega stanja pravic.⁵¹

⁴⁷ Prof. Juhart je ob sprejemu zakona ugotavljal, da vsebino zakona lahko strnemo v enem stavku: dosedanja pravica uporabe se *ex lege* spreminja v lastninsko pravico. Hkrati je opozarjal, da zaradi tega ostajajo povsem odprti in nedorečeni primeri, v katerih lahko pride do spora glede nosilca pravice uporabe in določanja njenega obsega. Juhart, str. 1.

⁴⁸ »Posledica lastninjenja po ZLN DL je originarni način pridobitve lastninske pravice na nepremični, ki so pred tem imele status družben lastnine. Predpostavka za pridobitev lastninske pravice na nepremičnini v družbeni lastnini po ZLN DL pa je bila pravica uporabe na tej nepremičnini v času uveljavitve zakona (2. in 5. člen ZLN DL).« Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1061/2004 z dne 15. 10. 2006.

⁴⁹ Za utemeljenost predloga za vknjižbo v zemljiško knjigo ne zadošča le predložitev predpisane listine, ampak mora iz vsebine listine izhajati utemeljenost zahtevka za vpis (4. točka 1. odstavka 86. člena ZZK). Vpis v zemljiško knjigo torej ni abstrakten, ampak mora listina izkazovati pravni naslov za pridobitev ali prenehanje pravice. Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 889/2004 z dne 13. 10. 2004.

⁵⁰ Glej Senčur, str. 265, 266.

⁵¹ Ude, Dobra vera ..., str. 142.

Tudi ZLNDL je prvotno predvideval, da se večina vpisov v zemljiški knjigi opravi na predlog novega lastnika. Ker se je izkazalo, da usklajevanje zemljiškooknjižnega stanja na ta način poteka zelo počasi, pa je štiri leta kasneje novela zakona določila, da se v primerih, ko je pravica uporabe v korist fizične ali pravne osebe vpisana v zemljiški knjigi, vpis lastninske pravice na to osebo opravi po uradni dolžnosti. Glede na to, da je bil pristop ZLNDL k določitvi znanih lastnikov nepremičnin najbolj splošen in enostaven, se je v več primerih zgodilo, da je prišlo do vpisa lastninske pravice v zemljiško knjigo na podlagi določb ZLNDL, bodisi na predlog bodisi po uradni dolžnosti, čeprav bi bilo v resnici potrebno uporabiti drug, specialnejši predpis.⁵² Čeprav naj bi bil ZLNDL predvsem subsidiaren zakon, ki bi uredil s preostanki družbene lastnine nepremičnin, je bil zaradi svoje splošnosti in enostavnosti pogosto uporabljen kot prvi, kadar rešitve na podlagi posebnih zakonov niso bile zemljiškooknjižno izvedene.

Prvotni predlog ZLNDL, ki ga je oblikovala strokovna skupina pri Ministrstvu za okolje in prostor, je sicer predvideval lastninjenje po ugotovitvenem upravnem postopku, kjer bi se za vsako nepremičnino, ki je še v družbeni lastnini, posebej ugotavljalo, ali je bila pridobljena na odplačen ali neodplačen način in ali je bilo plačilo primerno.⁵³ Ministrstvo je tak postopek izločilo iz koncepta zakona z obrazložitvijo, da bi bilo izvajanje takšnih postopkov preveč zamudno in z dvomljivim argumentom, da načelo enakosti pred zakonom terjaja, da se vse imetnike pravice do uporabe obravnava enako, brez razlikovanja glede na to, kako so do te pravice prišli.⁵⁴ Na tem mestu nima smisla navajati argumentov proti taki rešitvi, mogoče pa je ugotoviti, da je avtomatizem pretvorbe pravice uporabe v lastninsko pravico lahko omogočil izvedbo lastninjenja na napačni materialnopravni podlagi in pridobitev lastninske pravice formalno vpisanim nosilcem pravice uporabe ne glede na to, ali so to pravico dejansko imeli in izvrševali ter bili na tej podlagi upravičeni do pridobitve lastnine.

Če je bil upravičenec do lastninske pravice na podlagi specialnega predpisa drug, kot je bil v zemljiški knjigi vpisani imetnik pravice uporabe, je bila vknjižba lastninske pravice na podlagi ZLNDL nezakonita. Zakoniti lastnik, ki je pravico pridobil na podlagi specialnega zakona, lahko svoje pravice varuje z ugovorom v zemljiškooknjižnem postopku oziroma z izbrisno tožbo. Ker gre za zahtevek iz lastninske pravice, njegovo uveljavljanje ni vezano na rok. Pač pa do dodatnih zapletov lahko pride, če je na podlagi napačnega zemljiškooknjižnega stanja v vmesnem obdobju že prišlo do pravnega prometa.

⁵² Glej npr. sklep Višjega sodišča v Kopru I Cp 415/2003 z dne 31. 3. 2004 in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 335/2006 z dne 9. 2. 2009.

⁵³ Priloga k predlogu ZLNDL (str. 23–32) je vsebovala obsežen seznam vseh preteklih in veljavnih predpisov o odplačni in neodplačni pravici uporabe.

⁵⁴ Predlog ZLNDL, str. 16, 20–21. Prim. Finžgar, Lastninjenje ..., str. 6.

5.2. Stanje pravic na presečni datum

Z vidika ZLNDL in še nekaj drugih zakonov je odločilnega pomena za lastninjenje, kdo je bil na presečni dan, ki ga opredeljuje relevantni zakon, upravičeni imetnik pravice uporabe družbene lastnine. Pogoj, da bi stranka na podlagi samega zakona (*ex lege*) pridobila lastninsko pravico na sporni nepremičnini, je, da je nastopala v pravnih razmerjih glede te nepremičnine kot nosilec absolutnega stvarnopravnega upravičenja, ki so ga omejevala le nekdanja pravila o družbeni lastnini. Takšni absolutni upravičenji sta bili pravica uporabe (prvi odstavek 12. člena ZTLR), ki se je nanašala na zemljišča v družbeni lastnini, na katerih je zgrajena lastniška stavba, ter pravica razpolaganja na družbenem sredstvu (200. in 201. člen ZZD).⁵⁵

Pripadnost teh pravic je torej vedno treba presojati po starih predpisih o razpolaganju in uporabi družbene lastnine.⁵⁶ Pri tem je treba upoštevati, da se je pravica uporabe družbene lastnine po svoji naravi in načinu prenosa bistveno razlikovala od lastninske pravice. Upravičenj, ki so izvirala iz znane »triade« družbenolastninskih upravičenj – uporaba, upravljanje in razpolaganje – po njihovi vsebini, določeni v izvedbenih predpisih, ni (bilo) mogoče enačiti z upravičenji, ki jih imajo v pogledu svojih stvari pravi lastniki.⁵⁷ Pravica uporabe je bila družbenolastninski pravni odsev »dela z družbenimi sredstvi«. ⁵⁸ Bistveno je bilo, kdo je družbena sredstva uporabljal, katera družbena pravna oseba je z njimi opravljala svojo funkcijo. Odsotnost posesti praviloma izključuje pravico uporabe (ki je bila zasnovana kot izrazito ekonomska kategorija ter zato neločljivo in organsko vezana na njeno ekonomsko bistvo).⁵⁹ Subjekt, ki določene nepremičnine v družbeni lasti dejansko ni imel v posesti, torej na njej praviloma ni mogel imeti pravice uporabe, četudi je bil kot nosilec take pravice vpisan v zemljiški knjigi. Prenosi te pravice so namreč lahko potekali izvenknjižno.

Za promet z upravičenji na nepremičninah v družbeni lastnini so veljala drugačna pravila, kot jih pozna pravni režim lastnine. Pravica uporabe družbene lastnine se je pridobila z odločbo in prenašala z različnimi oblikami sporazumov med družbenimi subjekti. Vpis upravičenj na nepremičninah v družbeni lastnini v zemljiško knjigo ni bil konstitutivnega, temveč le deklaratornega značaja, zato se je pogosto dogajalo, da dejansko izvršenemu pravnemu prometu

⁵⁵ Sodba Upravnega sodišča RS II Ips 457/2003 z dne 3. 2. 2005.

⁵⁶ To lahko predstavlja praktično težavo, ker mlajši pravniki teh predpisov ne poznajo dovolj dobro (v celoti niti niso dostopni v elektronskih bazah), hkrati pa je zaradi velikih konceptualnih razlik težavno kombiniranje družbenopravnih in klasičnih civilnopravnih predpisov. Najbrž je tudi iz tega razloga Vrhovno sodišče v več svojih odločbah »pedagoško« pojasnilo nekatere značilnosti družbenolastninskih razmerij.

⁵⁷ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-77/93 z dne 6. 7. 1995, točka 20.

⁵⁸ ZZD je tak koncept izražal v VI. poglavju, ko je sredstva družbenih pravnih oseb, imenovana »družbena sredstva« opredelil kot sredstva, ki jih upravljajo delavci ali drugi delovni ljudje v družbeni pravni osebi in so materialni pogoj za njihovo delo oziroma materialna osnova uresničevanja funkcije v tej družbeni pravni osebi.

⁵⁹ Sodba Upravnega sodišča RS II Ips 559/2005 z dne 6. 12. 2007.

z nepremičninami vpisi v zemljiško knjigo niso sledili. Sklenjeni samoupravni sporazumi in drugi zapisi odločitev organov družbenega dogovarjanja in samoupravljanja niso bile listine, na podlagi katerih bi bilo mogoče doseči, da bi bile dejanske spremembe v razpolaganju z nepremičninami vpisane v zemljiško knjigo. Razpolaganje pa ni imelo derivativne narave in zato zanj ni veljalo načelo, da je mogoče prenesti le toliko pravic, kolikor jih imaš sam.⁶⁰ Zemljiškoknjžna praksa je bila vse do leta 1995 pri svojem delu vezana na pravila Zakona o zemljiških knjigah iz leta 1930⁶¹ in prometu s pravicami na nepremičninah v družbeni lastnini pogosto ni sledila. V zemljiški knjigi pogosto tudi niso bile zaznamovane statusne spremembe gospodarskih subjektov, ki so imeli na nepremičninah v družbeni lastnini pravico razpolaganja.⁶² Zaradi tega izostanek vpisa pravice uporabe v zemljiški knjigi še ne pomeni, da upravičena stranka ne bi mogla postati lastnica spornega zemljišča na podlagi določbe 3. člena ZLNDL.⁶³

Zanimivo je, da je predlog ZLNDL v obrazložitvi posebej izpostavil problematiko neažurnega zemljiškoknjžnega stanja, vendar je predlagatelj zakona optimistično pričakoval, da se bo po uveljavitvi novega Zakona o zemljiški knjigi (ZZK)⁶⁴ to stanje hitro uredilo in ne bo povzročalo težav pri lastninjenju nepremičnin.⁶⁵ To pričakovanje pa se v praksi ni izkazalo za povsem utemeljeno, zato je rešitev iz ZLNDL-A, po kateri se je po uradni dolžnosti vpisala lastninska pravica v korist vknjiženega imetnika pravice uporabe družbene lastnine, lahko pripeljala do materialno napačnih posledic.

Navedeno pa še ne pomeni, da je vsakršno posest in dejansko uporabo določene nepremičnine v družbeni lastnini že mogoče enačiti s pravico uporabe v smislu ZLNDL. Oseba, ki se sklicuje na izvenknjižno pridobitev pravice uporabe, mora to izkazati z ustreznimi listinami, kakršne bi omogočile vpis te pravice v zemljiško knjigo. Zakon o vknjižbi nepremičnin v družbeni lastnini (ZVNDL)⁶⁶ je v zvezi s tem določal, da se pravica uporabe na nepremičnini, ki je družbena lastnina, vknjiži na podlagi pravnomočne odločbe, s katero sodišče ali drug pristojen organ ugotavlja, da ima določena pravna oseba to pravico, kot tudi na podlagi overjene pogodbe, kadar zakon določa, da se ta pravica lahko prenese s tako pogodbo (4. člen). Po Zakonu o

⁶⁰ Krisper-Kramberger, *Pravne praznine ...*, str. 705; Sajovic, str. 37.

⁶¹ Službene novine Kraljevine Jugoslavije z dne 1. julija 1930, št. 146/LII/307.

⁶² Predlog ZLNDL, str. 19.

⁶³ Sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 220/2004 z dne 13. 7. 2005 in II Ips 664/2001 z dne 29. 11. 2002.

⁶⁴ Uradni list RS, št. 33/1995, 50/2002 Odl. US: U-I-224/00-15, 58/2003 – ZZK-1.

⁶⁵ Predlog ZLNDL, str. 19.

⁶⁶ Uradni list SRS, št. 43/1973.

stavbnih zemljiščih (ZSZ)⁶⁷ pa se je stavbno zemljišče (v družbeni lastnini) oddalo v uporabo za gradnjo s pogodbo (51. člen) po postopku oddaje stavbnega zemljišča za graditev, v katerem je odločala komisija za oddajo stavbnega zemljišča Sklada stavbnih zemljišč (46. člen). Do prehoda kakršnegakoli upravičenja, ki se je nanašalo na nepremičnino v družbeni lastnini, je lahko prišlo le na podlagi pisnega samoupravnega sporazuma oziroma pogodbe (204. člen ZZD).⁶⁸ Takšen pravni naslov je zakon zahteval ne le za prenos pravice razpolaganja, marveč tudi le za začasno oddajo družbenega sredstva v uporabo drugi družbeni organizaciji.⁶⁹

Predlagatelj vpisa lastninske pravice na podlagi določb ZLNDL, ki ni vpisan v zemljiški knjigi kot imetnik pravice uporabe, mora torej predložiti ustrezno odločbo pristojnega organa oziroma overjeno pogodbo v pisni obliki, s katero izkazuje, da je izvenknjižno pridobil pravico uporabe.⁷⁰

5.3. Ugotovitev obsega upravičen in pretvorba v lastnino

Kot rečeno, se je zakonodajalec odločil, da se pri lastninjenju nepremičnin po ZLNDL ne bo upoštevalo, ali je bila pravica uporabe nepremičnine v družbeni lastnini pridobljena odplačno ali neodplačno. Vseeno pa je treba pri načinu preoblikovanja te pravice v lastninsko pravico ustrezno upoštevati tudi namen, zaradi katerega je imetnik pridobil pravico uporabe, in način, na katerega je to pravico uresničeval. Pravica uporabe namreč nikakor ni bila enovit pojem in vsako pravico uporabe spremeniti v lastninsko pravico je imelo pogosto za posledico obogatitev nekaterih in prizadetost drugih.

Zemljišča v družbeni lastnini so bila npr. pogosto »locirana« pri kateri od družbenih pravnih oseb (zlasti organizacij združenega dela) zaradi nameravanih bodočih gradenj, včasih zaradi zagotovitve gospodarjenja z njimi oziroma zaradi zagotovitve njihovega urejanja ipd. V takšnih primerih je bila pravica uporabe (neodplačno) dodeljena samo začasno, z namenom, da

⁶⁷ Uradni list SRS, št. 18/1984 (32/1985 popr.), 33/1989, RS, št. 24/1992 Odl. US: U-I-105/91-18, 29/1995 – ZPDF, 44/1997 – ZSZ, 27/1998 Odl. US: U-I-83/96, 120/2006 Odl. US: U-I-286/04-46, 21/2007 Odl. US: U-I-218/05-7.

⁶⁸ Vsebino in pravno naravo samoupravnega sporazuma sta določala 120. in 121. člen Ustave SFRJ (Uradni list SFRJ, št. 9/74). Iz navedenih določb izhaja, da gre za urejanje medsebojnih razmerij med pravnimi subjekti, ki jih v imenu udeležencev sklenejo njihovi pooblašteni organi. Samoupravni sporazum je tako le drugo ime za dvo- ali večstransko izjavno ravnanje, s katerim pravni subjekti uskladijo svojo pravnoposlovno voljo z namenom, da nastane, se spremeni ali preneha določeno pravno razmerje, katerega udeleženci so ti subjekti (povedano v današnjem jeziku: pogodba). Sklep delavcev pojmu takšnega pravnoposlovnega akta ne ustreza. Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 457/2003 z dne 3. 2. 2005.

⁶⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 457/2003 z dne 3. 2. 2005.

⁷⁰ Glej npr. sklepa Višjega sodišča v Kopru I Cp 561/2004 z dne 21. 6. 2005 in I Cp 313/2007 z dne 3. 4. 2007 ter sklepa Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 5056/2006 z dne 18. 1. 2007.

se jo po izvedbi celotnega gradbenega projekta v ustreznem obsegu prenese na uporabnike funkcionalnih zemljišč in na občino, kolikor gre za javne površine oziroma javno infrastrukturo. Po končani gradnji se je v praksi dogajalo, da so bile nepremičnine dejansko predane javnemu namenu, za katerega so bile zgrajene, ni pa prišlo do ustreznih zemljiškoknjžnih prenosov pravic uporabe. Pogosto sploh niso bile odmerjene ločene zemljiške parcele nepremičnin glede na njihovo različno rabo, kar je kasneje oteževalo tudi razglasitev statusa grajenega javnega dobra. Glede na to so se nekatera gradbena podjetja, ki so ostala vpisana kot imetniki stavbne pravice na zemljiščih celotnih kompleksov ali stanovanjskih sosesk, na podlagi ZLNDL lahko vpisala v zemljiški knjigi tudi kot lastniki tistih zemljišč, na katerih so javne ceste in drugi infrastrukturni objekti oziroma ki so po svoji naravi funkcionalna in skupna funkcionalna zemljišča stanovanjskih blokov.⁷¹

V takšnem položaju je na prvi pogled mogoče razmišljanje, da iz nekdanjih samoupravnih sporazumov in drugih pogodb izhaja zgolj obligacijska pravica občine, da zahteva povratni prenos pravice uporabe (oziroma danes lastnine) določenih nepremičnin. Z lastninjenjem nepremičnin takšne terjatve same po sebi niso prenehale, bi pa bile v večini primerov danes že zastarane in torej zadeva zaključena. Vendar pa takšna razlaga ni najbolj prepričljiva. Nekdanjih sporazumov o prenosu pravice uporabe ni mogoče preprosto enačiti z današnjimi pogodbami o prenosu lastninske pravice. Medtem ko je vsebina lastninske pravice v celoti tipsko opredeljena v zakonu, je bila pravica uporabe vedno namensko določena z aktom, ki jo je podelil.⁷² Ta namen je nekako obremenil pravico do uporabe in postal del njene vsebine kot dolžnostna vezanost imetnika.⁷³ Naknadni neodplačni prenos sredstva v družbeni lastnini na dejanske uporabnike je bil sestavni del dolžnostne vezanosti upravljavcev družbenih sredstev, da ta sredstva uporabljajo v skladu z njihovo naravo in namenom (prim. 231. čl. ZZD).⁷⁴ Zaradi tega je namen neodplačne podelitve pravice uporabe treba upoštevati tudi pri njenem preoblikovanju v lastninsko pravico in ustrezno pretvoriti tudi vsebino obveznosti, s katerimi je bila obremenjena.⁷⁵

S tega vidika je zlasti relevanten tudi način, na katerega so se zadevne nepremičnine v družbeni lastnini tudi dejansko uporabljale. Kot že rečeno, sta bila posest in dejansko izvrševanje bistveni element pravice uporabe, inherenten njenemu ekonomskemu značaju, zato je treba pred lastninjenjem ugotoviti, ali in na katerem delu nepremičnine je formalni imetnik pravice

⁷¹ Ude, *Dobra vera ...*, str. 142–144.

⁷² Prim. Finžgarjevo stališče o družbeni lastnini kot namenskem premoženju. Finžgar, *Preoblikovanje ...*, str. 6.

⁷³ Prim. Sajovic, str. 30–32.

⁷⁴ Prim. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 646/2005 z dne 26. 10. 2006.

⁷⁵ »Sodišče prve stopnje bo moralo v novem sojenju ugotoviti, ali je pravna prednica prve toženke pravico uporabe pridobila neodplačno z namenom, da izgradi objekt in po končani gradnji pravico uporabe brezplačno prenese na tožnico.« Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 259/2006 z dne 9. 10. 2008.

uporabe to pravico tudi dejansko izvrševal. Pravica uporabe se lahko pretvori v lastnino samo v tistem delu, ki je imel naravo absolutnega stvarnopravnega upravičenja, omejenega zgolj s splošnimi pravili o družbeni lastnini.⁷⁶ Če se je npr. del kompleksa nepremičnin dejansko uporabljal kot javna infrastruktura, javna površina ali funkcionalno zemljišče drugih objektov (ki je stavbam na družbenih zemljiščih pripadalo na podlagi zakona),⁷⁷ potem formalno vknjižena pravica uporabe na tem delu nepremičnin na podlagi ZLNDL ne more biti pretvorjena v lastninsko pravico zasebnega subjekta, ki je pravni naslednik gradbenega podjetja. Če je do take vknjižbe lastninske pravice že prišlo, je materialno napačna in jo je mogoče napasti z izbrisno tožbo in tožbo na ugotovitev obstoja lastninske pravice upravičenih oseb.

Pri ugotavljanju obsega obstoječih pravic uporabe na nepremičninah je treba upoštevati tudi, da v družbenolastninskem sistemu niso veljala nekatera klasična pravila stvarnega prava. Razdelitev na pravni režim družbene in navadne lastnine ni dopuščala graditve splošnih temeljev, ki bi omogočala povezavo teh dveh sistemov, čeprav sta se nujno prepletala med seboj. Ker je družbenolastninski režim izključeval lastninskega, je prihajalo do specifičnih pravnih praznin, ki jih ni bilo dopustno zapolniti s pravnim instrumentarijem lastninskega prava.⁷⁸ Z vidika obravnavane problematike je bistveno zlasti, da ni veljalo načelo povezanosti zemljišča in objekta (*superficies solo cedit*). Stavbna zemljišča v mestih in mestnih naseljih so bila praviloma v družbeni lasti, na njih zgrajene nepremičnine pa v zasebni lasti, pri čemer je imel lastnik stavbe po zakonu pravico uporabe zemljišča, na katerem je stavba zgrajena in nujnega funkcionalnega zemljišča. Ta pravica uporabe se je prenašala samo skupaj z lastninsko pravico na stavbi (12. člen ZTLR in 7. člen ZPN). Veljalo je torej, da zemljišče sledi objektu, in ne obratno.

Kadar obstaja na isti nepremičnini več imetnikov pravic, je treba ob preoblikovanju družbene lastnine to razmerje uskladiti z novimi (klasičnimi) načeli stvarnega prava. To pa ob upoštevanju namena in vsebine pravice uporabe družbene lastnine praviloma ne sme pripeljati do tega, da bi v zemljiški knjigi vpisani imetnik pravice uporabe preprosto postal lastnik vseh zemljišč v gradbenem kompleksu in na podlagi načela *superficies solo cedit* samodejno še lastnik na teh zemljiščih zgrajenih objektov (tudi tistih, ki so dejansko služila javni rabi). Položaj je največkrat mogoče razrešiti z uporabo posebne prehodne določbe 271. člen SPZ, po kateri v primeru, ko lastnik zgradbe ni isti kot lastnik zemljišča, postane z dnem uveljavitve SPZ

⁷⁶ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 457/2003 z dne 3. 2. 2005.

⁷⁷ 7. člen ZPN je npr. določal, da se s prenosom uporabe na stavbi v družbeni lastnini prenese tudi pravica uporabe na zemljišču pod stavbo in na zemljišču, ki je potrebno za njeno redno uporabo. Prim. 217. člen ZGO-1, ki določa, da se v primeru stavbe v etažni lastnini šteje, da med skupne dele takšne stavbe spadajo zemljiške parcele ali njihovi deli, na katerih so imeli pravico uporabe etažni lastniki, ne glede na to, ali so bile te parcele odmerjene kot funkcionalno zemljišče ali ne.

⁷⁸ Krisper-Kramberger, *Pravne praznine ...*, str. 705.

zgradba sestavina nepremičnine, lastnik zgradbe pa pridobi na nepremičnini stavbno pravico, ki traja toliko časa, dokler stoji zgradba (torej lahko tudi več kot devetindevetdeset let). Če ima nepremičnina status javnega dobra, se na njem stavbna pravica pridobi kot posebna pravica uporabe javnega dobra. Stranki morata medsebojna razmerja urediti s pogodbo, če jima to ne uspe, pa lahko vsak od lastnikov zahteva, da vsebino sporazuma določi sodišče v nepravdnem postopku. Sodišče pri določanju vsebine upošteva okoliščine, v katerih je bila postavljena zgradba, in razmerja med lastnikoma pred uveljavitvijo tega zakona.

5.4. Naknadni promet z nepremičninami in zaupanje v zemljiško knjigo

V primerih, ko je v zemljiški knjigi na podlagi ZLNLD prišlo do vpisa lastninske pravice na imetnika pravice uporabe, ki pa do tega materialnopravno ni bil upravičen, in pravi lastniki uveljavljajo svoje pravice, lahko nastane dodaten zaplet, če je po lastninjenju že prišlo tudi do razpolaganja z lastninsko pravico, npr. njenega prenosa na tretjo osebo. Novi pridobitelj se bo namreč lahko skliceval na načelo zaupanja v zemljiško knjigo in zatrjeval, da je dobroverno originarno pridobil lastninsko pravico v vpisanem obsegu, ne glede na pravice pravnega prednika.

Prvostopenjska sodišča so ob soočenju s prvimi takimi primeri rada dala prednost načelu zaupanja v zemljiško knjigo, vendar je iz nadaljnjega razvoja sodne prakse razvidno stališče, da je v takšnih tranzicijskih primerih treba to načelo uporabljati z nekaj rezerve. Zlasti ga je neprimerno aplicirati za nazaj, ko je pravni promet potekal v pogojih povsem neurejene zemljiške knjige, saj pravni sistem desetletja zlasti pri vpisovanju upravičenj na nepremičninah v družbeni lastnini in posledično tudi pri vpisovanju klasičnih stvarnopravnih upravičenj na nepremičninah v zasebni lasti ni zahteval tako discipliniranega vpisovanja v zemljiško knjigo.⁷⁹

Po ustaljeni sodni praksi se načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne nanaša samo na poznavanje zemljiškoknjžnega stanja, ampak tudi na nepoznavanje izvenknjžnega stanja. Zato se nanj ne more sklicevati tisti, ki je vedel, da se zemljiškoknjžno stanje ne ujema z izvenknjžnim, oziroma se lahko nanj sklicuje samo tisti, ki ni vedel ali ni mogel vedeti, da se izvenknjžno stanje ne ujema z zemljiškoknjžnim.⁸⁰ Načelo zaupanja v zemljiško knjigo in varstva dobre vere lahko v polni meri obvelja šele potem, ko je v zemljiški knjigi pravilno vzpostavljena klasična lastnina, in tudi tedaj velja samo za dobroverno osebo. Domneva dobre vere pa ni neizpodbojna in se ne nanaša samo na poznavanje zemljiškoknjžnega stanja, temveč tudi na dejansko védenje o načinu uporabe določene nepremičnine. Kupec nepremičnine, za katero je na prvi pogled razvidno, da se dejansko uporablja kot javna infrastruktura, je težko ostal v

⁷⁹ Ude, *Dobra vera ...*, str. 145.

⁸⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 320/2003 z dne 30. 9. 2004.

dobri veri, da gre za objekt v povsem zasebni lasti. Poleg načela publicitete zemljiške knjige se namreč šteje, da je vsakomur poznana tudi vsebina veljavnih zakonov, zato se kupec ne more uspešno sklicevati na nepoznavanje specialnih zakonov, ki urejajo status javne infrastrukture, njenega lastninjenja ter pravna razmerja in upravičenja v zvezi z njo. Kupec katere od javnih nepremičnin ne more z uspehom trditi, da za ta pravna upravičenja ni vedel in da je bil torej pri pridobitvi nepremičnine v dobri veri.⁸¹

Z besedami Vrhovnega sodišča: »Pri sklepanju neodplačne pogodbe, ko naj bi bil predmet pravice uporabe objekt gospodarske infrastrukture, ki ni bil vpisan kot javno dobro v zemljiški knjigi, se ni mogoče zanašati izključno na podatke v zemljiški knjigi. Stranki pogodbe morata upoštevati tudi obstoječe in veljavne zakone, ki opredeljujejo pravice na takšnih nepremičninah in upravičenja v zvezi z njimi. [...] Glede na neurejeno stanje zemljiških knjig v času družbene lastnine in tudi po njem, predvsem povsod tam, kjer je bila družbena lastnina še vpisana v zemljiško knjigo, o dobrovernosti pravne prednice druge toženke ni mogoče sklepati le na podlagi podatkov o zadnjem vpisu v zemljiško knjigo. Prav tako se ni mogoče sklicevati na nepoznavanje predpisov, ki urejajo pridobitev lastninske pravice mimo vpisov v zemljiško knjigo.«⁸²

Če se izkaže, da je kupec poznal pravo stanje glede uporabe in pravic na nepremičnini, pa je verjetno (zlasti če je šlo za neodplačen posel), da je bila pogodba namenjena prav obidu oziroma zlorabi pravil o lastninjenju javne infrastrukture in je zaradi tega tudi sama nična.

5.5. Neurejen status javnega dobra

V zvezi z veljavnostjo preoblikovanja in naknadnega pravnega prometa je relevanten tudi status javnega dobra, ki pa žal pogosto ni bil pravočasno razglašen z ustrežno odločbo države ali občine, čemur so botrovali podobni razlogi kot nevpisu lastninske pravice v zemljiško knjigo ter razmeroma neenotna in nejasna zakonodaja, ki je urejala objekte in dobrine v splošni rabi. ZGO-1 je zato skušal med prehodnimi določbami uskladiti različne predpise, ki urejajo grajeno javno dobro. Zaradi tega je v 211. členu določil, da se šteje, da grajeno javno dobro v smislu ZGO-1 urejajo tiste sestavine prostorskih izvedbenih načrtov in lokacijski načrti, ki določajo javne površine, ter naslednji zakoni: Zakon o javnih cestah, Zakon o železniškem prometu (ZZelP),⁸³ Pomorski zakonik (PZ),⁸⁴ Zakon o letalstvu (ZLet),⁸⁵ Zakon o

⁸¹ Ude, Dobra vera ..., str. 146, 151.

⁸² Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 259/2006 z dne 9. 10. 2008.

⁸³ Uradno prečiščeno besedilo ZZelP-UPB4, Uradni list RS, št. 44/2007.

⁸⁴ Uradno prečiščeno besedilo PZ-UPB2, Uradni list RS, št. 120/2006.

⁸⁵ Uradno prečiščeno besedilo ZLet-UPB1, Uradni list RS, št. 113/2006.

vodah, Zakon o športu, Zakon o varstvu pred utopitvami (ZVU),⁸⁶ Zakon o varnosti na javnih smučiščih (ZVJS)⁸⁷ in Zakon o pokopališki in pogrebni dejavnosti ter o urejanju pokopališč (ZPPDUP).⁸⁸ Šteje se tudi, da ima tudi zemljišče, na katerem je zgrajen objekt, ki se na tej podlagi lahko šteje za grajeno javno dobro državnega pomena, pridobljen status grajenega javnega dobra državnega pomena, če je z dnem uveljavitve ZLNDL imela na njem pravico uporabe država ali če je z dnem uveljavitve tega zakona za takšno nepremičnino v zemljiški knjigi vpisano, da je splošno ljudsko premoženje ali družbena lastnina. Na ta način so torej neposredno na podlagi zakona pridobili status grajenega javnega dobra objekti v družbeni lastnini, ki so bili namenjeni splošni rabi v smislu navedenih zakonov. Pristojno ministrstvo oziroma občinska uprava je morala v zvezi s tem izdati le še ustrezno ugotovitveno odločbo (212. člen ZGO-1).

Zakon pa v 213. členu olajšuje pridobitev statusa grajenega javnega dobra tudi za tista zemljišča že zgrajenih objektov, pri katerih v zemljiški knjigi ni vpisano, da so splošno ljudsko premoženje ali družbena lastnina. V takšnem primeru je sicer potrebna izdaja upravne odločbe o pridobitvi statusa grajenega javnega dobra državnega oziroma lokalnega pomena, vendar predlagatelju ni treba odkupiti ali razlastiti nepremičnin, saj se šteje, da ima predlagatelj zadostno pravico razpolaganja z nepremičnino že:

- če je imel z dnem uveljavitve ZLNDL na zemljiščih, na katerih je zgrajen objekt, ki naj bi pridobil status grajenega javnega dobra, pravico uporabe vpisano v zemljiško knjigo ali
- če z dnem uveljavitve ZGO-1 razpolaga s pisnimi kupoprodajnimi ali menjalnimi pogodbami, pisnimi izjavami ali soglasji lastnikov zemljišč, na katerih je zgrajen objekt, ki naj bi pridobil status grajenega javnega dobra, da na svojem zemljišču dovolijo gradnjo, in podobne izjave volje, overjene pri notarju, ali
- če zahtevi predloži pisne izjave lastnikov zemljišč, na katerih je zgrajen objekt, ki naj bi pridobil status grajenega javnega dobra, da se odpovedujejo lastninski pravici na njih, overjene pri notarju.

Če ti pogoji niso izpolnjeni ali če se ugotovi, da je lastnik ali solastnik objekta oziroma dela objekta (torej ne le zemljišča), ki naj bi pridobil status grajenega javnega dobra, posameznik ali oseba zasebnega prava, lahko pristojni organ izda sklep o pridobitvi statusa grajenega javnega dobra samo v primeru, da država oziroma občina takšno nepremičnino odkupi ali pa jo pridobi v last po postopkih o razlastitvi. Tudi v takem primeru pa zemljiškoknjizni lastnik

⁸⁶ Uradno prečiščeno besedilo ZVU-UPB1, Uradni list RS, št. 42/2007.

⁸⁷ Uradni list SRS, št. 16/1977, 42/1986, RS, št. 4/1992, 29/1995 – ZPDF, 110/2002-ZGO-1, 110/2002.

⁸⁸ Uradni list SRS, št. 34/1984, 83/1989, RS, št. 5/1990, RS, št. 26/1990, 10/1991, 17/1991-I-ZUDE, 13/1993, 66/1993, 66/2000 Odl. US: U-I-48/97-12, 61/2002 Odl. US: U-I-54/99-14, 110/2002-ZGO-1, 2/2004.

zemljišča, na katerem je zgrajen tak objekt gospodarske javne infrastrukture, ne more prepo-vedati njegove nadaljnje uporabe brez soglasja izvajalca gospodarske javne službe.

6. Javne površine v stanovanjskih soseskah

Kot rečeno, po izgradnji stanovanjskih sosesk na kompleksih zemljišč v družbeni lasti pogosto ni prišlo do odmere funkcionalnih zemljišč posameznih stanovanjskih blokov, skupnih funkcionalnih zemljišč in splošnih javnih površin (zlasti javnih cest) ter ustreznega prenosa pravic uporabe, četudi so bili novi objekti dejansko predani načrtovani uporabi. ZGO-1 je predvidel možnost, da se takšen položaj uredi s pogodbeno komasacijo, tako da se najprej ob upoštevanju vseh razpoložljivih listin in dejanske rabe zemljišč ugotovi, kakšen obseg zemljišča je bil pridobljen za gradnjo, nato pa se izvede nova parcelacija celotnega območja ob upoštevanju vseh listin in okoliščin tako, da je omogočena raba vseh stavb in da se ohrani funkcija vseh javnih površin. Praktična težava pri izvedbi pogodbene komasacije je veliko število strank v postopku, ki se morajo z novo parcelacijo strinjati (upravniki vseh večstanovanjskih stavb, etažni lastniki stavb brez upravnika, lokalna skupnost, zemljiškoknjižni lastniki parcel na komasacijskem območju ter eventualne druge osebe), zaradi tega so bili takšni postopki razme-roma redki.

Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi (ZVEtL)⁸⁹ je skušal uvesti bolj praktičen po-stopek, v katerem bi se lahko v konkretnih primerih določbe prejšnjih predpisov dosledno realizirale v smislu uskladitve zemljiškoknjižnega stanja z dejanskim pravnim stanjem. Zakon zato omogoča, da sodišče v postopku vzpostavitve etažne lastnine na predlog pridobitelja po-sameznega dela stavbe objektu določi t. i. pripadajoče zemljišče,⁹⁰ ki ga predstavlja vsaj tisti del zemljiške parcele, na katerem stavba stoji in ki je neposredno namenjen za redno rabo stavbe. Pri tem gre zlasti za zemljišče, ki je bilo kot tako načrtovano v prostorskih aktih ali določeno v upravnih dovoljenjih ali v drugih upravnih aktih, na podlagi katerih je bila stavba zgrajena. Če pripadajočega zemljišča na tak način ni mogoče ugotoviti, ga določi sodišče, upoštevajoč vse okoliščine primera, zlasti: dostopne poti, dovoze, parkirne prostore, prostore za smetnjake, prostore za igro in podobno; preteklo redno rabo zemljišča ter merila in pogoje iz prostorskih aktov, ki v času odločanja sodišča veljajo na območju, kjer zemljišče leži (7. člen).⁹¹ Predvidena je tudi možnost, da določeno pripadajoče zemljišče pripada več stavbam skupaj (nekdanja skupna funkcionalna zemljišča). V zvezi s stavbami, zgrajenimi pred uveljavitvijo SPZ 1. ja-nuarja 2003, zakon lastnikom omogoča, da zahtevajo ugotovitev pripadajočega zemljišča v

⁸⁹ Uradni list RS, št. 45/2008.

⁹⁰ Ta pojem nadomešča dosedanji pojem funkcionalnega zemljišča.

⁹¹ Prim. Fajs, str. 19.

nepravdnem postopku ne glede na to, ali je bil pred tem izveden postopek za vzpostavitev etažne lastnine na stavbi. Če pripadajočega zemljišča ni mogoče ugotoviti na podlagi prostorskih aktov ali upravnih dovoljenj, na podlagi katerih je bila stavba zgrajena, sodišče upošteva merila in pogoje iz tistih prostorskih aktov, ki so veljali v času izgradnje stavbe (torej ne sedaj veljavnih aktov, kot to določa 7. člen). Če so bila funkcionalna zemljišča ali gradbene parcele že pravnomočno ugotovljene po dosedanjih predpisih, pa je sodišče vezano na takšne pravnomočne odločbe (30. člen ZVEtL).

Po navedenem postopku se lahko v še nerazdeljenih zemljiških kompleksih razmeji med zemljišči, namenjenimi zasebni rabi posamezne stanovanjske zgradbe, skupni rabi več zgradb ter splošni javni rabi, in sicer ne glede na to, kdo je v zemljiški knjigi vpisani lastnik celotnega zemljišča, o morebitnih sporih z zemljiškoknjžnimi lastniki pa se odloča naknadno v pravdi. Seveda se na ta način rešuje predvsem problematika pripadajočih zemljišč k večstanovanjskim zgradbam, ureditev lastniškega statusa javne infrastrukture pa je le stranska posledica teh postopkov, saj zakon ne predvideva možnosti, da bi lahko npr. občina zahtevala določitev zemljišč, ki so po namenu in dejanski uporabi javne površine, čeprav je bila v zemljiški knjigi na njih vpisana lastnina zasebnih subjektov.⁹² Morda bi bilo *de lege ferenda* smotno občinam (na smiselno enak način kot etažnim lastnikom po ZVEtL) omogočiti sprožitev nepravdnega postopka, v katerem bi se na podlagi dejanske rabe in starih prostorskih aktov odmerile javne ceste in druge javne površine znotraj lastniško neurejenih stanovanjskih območij.

7. Sklep

Čeprav zakonodaja o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini najbrž ni bila zastavljena optimalno, v pravni ureditvi obstajajo mehanizmi, s katerimi je mogoče preprečiti neupravičeno pretakanje nekdanjih javnih dobrin v zasebno last. Zlasti je treba pri presoji lastninjenja upoštevati celotno relevantno zakonodajo, ki v določeni meri že sama zagotavlja varstvo tovrstnega javnega interesa in ni se mogoče slepo zanašati na podatke iz zemljiške knjige kot edino in dokončno merilo. Seveda pa ni mogoče pričakovati, da bodo to nalogo v celoti opravila sodišča, temveč morajo za ureditev pravnega statusa javnih objektov in površin v prvi vrsti poskrbeti zainteresirani javni subjekti, torej občine in država – ne le z vlaganjem civilnih pravnih sredstev, temveč tudi z razglasitvijo javnega dobra, kulturnih in naravnih spomenikov, vzpostavitev jasnih evidenc nepremičnin v javni lasti itd. V sistemu enotne lastnine je pač potrebno aktivnejše gospodarjenje tudi z javnim premoženjem in pojem dobrega gospodarja ne sme ostati rezerviran za zasebni sektor.

⁹² Prim. Šlamberger, str. 19.

Viri in literatura

- Fajs, Mateja Tamara. Lastništvo funkcionalnega zemljišča po denacionalizaciji. *Pravna praksa*, št. 14/2009, str. 19.
- Finžgar, Alojzij. Lastninjenje podružbljenih stavbnih zemljišč: ob pobudi za zakonsko ureditev. *Pravna praksa*, št. 19/1993, str. 6–7.
- Finžgar, Alojzij. Preoblikovanje družbene lastnine v drugo obliko lastnine. *Zbornik znanstvenih razprav*. Letn. 52 (1992), str. 5–16.
- Finžgar, Alojzij. Dobra u opštoj upotrebi i prirodna bogastva kao vrsta društvenih sredstava. *Pravni život – separat za naučni skup o savremenoj etapi razvoja instituta društvene svojine*, Beograd, 2. – 3. 3. 1978.
- Jenull, Hinko. Promet nezazidanih stavbnih zemljišč v družbeni lastnini. *Pravna praksa*, št. 25/1993, str. 4–6.
- Juhart, Miha. Zbogom, družbena lastnina! *Pravna praksa*, št. 16/1997, str. 1.
- Kerševan, Erik. Morsko javno dobro: slabo. *Podjetje in delo*, št. 7/2007, str. 1430–1438.
- Kostanjevec, Mirko. Ob zakonu o lastninjenju nepremičnin v družbeni lasti. *Pravna praksa*, št. 20/1997, str. 5–6.
- Krisper Kramberger, Marija. Javno dobro v novi pravni ureditvi. *Pravna praksa*, št. 4/1998, str. 17–24.
- Krisper Kramberger, Marija. Pravne praznine v lastninskopravnih predpisih: (odnos do jugoslovanske stvarnopravne zakonodaje). *Podjetje in delo*, št. 6/1992, str. 705–711.
- Predlog Zakona o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini (ZLNNDL), EPA 218-II-hitri postopek. *Poročevalec Državnega zbora*, št. 31/1997, str. 15–32.
- Sajovic, Bogomir. Temeljne opredelitve pravic na sredstvih družbene lastnine. V: *Družbeno varstvo samoupravnih pravic in družbene lastnine*. Ljubljana: Center za samoupravno normativno dejavnost, 1980, str. 24–48.
- Senčur, Miloš. (Ponovno) lastninjenje nezazidanih stavbnih zemljišč. *Javna uprava*, št. 3/2000, str. 255–281.
- Šlamberger, Miha. Prenos pripadajočih zemljišč na pridobitelja dela stavbe. *Pravna praksa*, št. 13/2009, str. 19.
- Ude, Lojze. Dobra vera pri pravnem prometu z nepremičninami v obdobju lastninjenja nepremičnin v družbeni lastnini, v *Izbrane teme civilnega prava II*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2007, str. 141–151.
- Ude, Lojze. Razvoj lastninske zakonodaje. *Podjetje in delo*, št. 5/1994, str. 739–748.
- Vrenčur, Renato. Lastninjenje nepremičnin v družbeni lastnini v odnosu na lastninsko preoblikovanje podjetij. *Pravna praksa*, št. 19/1998, str. 16 in 45.



Pravni letopis 2009

Aktualne teme družinskega prava

III.

VESNA RIJAVEC

Delitev skupnega premoženja

BOJAN PODGORŠEK

Notarski zapis v družinskih zadevah

BARBARA NOVAK

Določanje očetovstva v luči prakse Ustavnega sodišča RS

MATEJA KONČINA PETERNEL

Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.626(497.4)

Delitev skupnega premoženja

PROF. DR. VESNA RIJAVEC,
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. Premoženski režim med zakoncema ali zunajzakonskima partnerjema

Premoženje je celota aktiv in pasiv, povezanih po njihovem nosilcu v pravno in gospodarsko enoto.¹

Za premoženjska razmerja, ki so posledica življenjske skupnosti v zakonski zvezi kot tudi v priznani zunajzakonski skupnosti, po slovenskem pravu ne veljajo zgolj splošna pravila civilnega prava, temveč poseben pravni režim (členi 51–62 ZZZDR). Obstajata dve kategoriji premoženja ena poleg druge, skupno premoženje zakoncev kolektivne narave in ločeno, posebno premoženje zakoncev, individualne narave.

Določbe zakona glede režima skupnega premoženja so še vedno *ius cogens*, tako za sedaj še ne pride v poštev avtonomija strank glede izbire prava ali premoženjskega režima. V pripravi je nova družinska zakonodaja, ki bo omogočala tudi pogodbeno izključitev režima obveznega skupnega premoženja. Če pa tudi po novem ne bo sklenjen poseben sporazum, bo veljal zakonski režim, ki ga poznamo sedaj.

Pravno priznana zunajzakonska skupnost (12. člen ZZZDR) je po tem zakonu zlasti v premoženjskih posledicah izenačena z zakonsko zvezo. Zato se ureditev skupnega premoženja in v tem okviru skupne lastnine smiselno nanaša tudi na zunajzakonska partnerja.

¹ Albin Smole, Prehod posebnega zakončevega premoženja v skupno premoženje zakoncev in pretvorba njihovega skupnega zakončevega premoženja v posebno premoženje, *Pravnik*, 9-10/68, str. 575.

2. Posebno premoženje

Zakonec sam v času trajanja zakonske zveze ne more ustvarjati posebnega premoženja, ker bi sam tako hotel, tudi če se z drugim zakoncem o tem sporazumeta, takšen dogovor v nasprotju z obveznim režimom nima pravne veljave. V času trajanja zakonske zveze nastane posebno premoženje zakonca le na podlagi posebej predvidenih naslovov, ki omogočajo nastanek posebnega premoženja, na podlagi dedovanja, daril temu zakoncu, odškodnine za nepremoženjsko škodo kot rezultat posebnega premoženja.

ZZZDR ne omogoča nastanka posebnega premoženja, čeprav bi zakonec morda na posebnem računu zgolj na svoje ime nalagal sredstva, če ta sredstva izvirajo iz skupnega premoženja ali iz dela.

Vendar pa lahko zakonec pridobi posebno premoženje med trajanjem zakonske zveze tudi iz naslova dela, če drugi zakonec v nobeni obliki in na noben način ni sodeloval pri pridobitvi ali ohranitvi skupnega premoženja, ki ga obravnavamo kot celoto, in ne kot posamezne premoženjske objekte. Če življenjska skupnost med zakoncema ne obstaja več in drugi zakonec sploh ne sodeluje pri pridobivanju ali ohranitvi skupnega premoženja, lahko nastane posebno premoženje.

Na predpisani način, to je iz naslova dela, po pogodbi in iz naslova skupnega premoženja lahko zakonec ustvarja le skupno premoženje. Če skupno premoženje vloži v svoje posebno premoženje, ima drugi zakonec pravico do obligacijskega zahtevka za nadomestilo zaradi uporabe skupnega premoženja. Nespojeno vloženo skupno premoženje ostane v celoti skupno premoženje. Če se je vložek iz skupnega premoženja spojil s posebnim premoženjem, ima prav tako obligacijski zahtevek za denarno protivrednost. Vlaganje skupnega premoženja v posebno premoženje ob soglasju lastnika posebnega premoženja, da nastane solastnina, omogoča stvarnopravni zahtevek. Zakončev prispevek se ocenjuje tudi, če je vlagal le delo v podjetje, ki predstavlja posebno premoženje.

Tudi vse, kar je zakonec v lastnem imenu ustvaril samo s svojim delom, predstavlja skupno premoženje, čeprav drugi zakonec konkretno k nastanku tega objekta ni ničesar prispeval. Takšno situacijo je mogoče upoštevati šele pri delitvi ob določitvi deležev posameznega zakonca. Tudi osebni avtomobil, kjer je lahko kot lastnik vpisana samo ena oseba, predstavlja skupno premoženje zakoncev, če je bil pridobljen v času trajanja zakonske zveze kot rezultat skupnih prihrankov. Četudi je nepremičnina vpisana le na ime enega zakonca, lahko drugi uveljavlja svoj delež iz skupnega premoženja na tej nepremičnini.

Po času nastanka posebnega premoženja razlikujemo posebno premoženje, ki ga ima zakonec ob sklenitvi zakonske zveze, in premoženje, ki ga zakonec zase pridobi med trajanjem zakonske zveze. Tudi med trajanjem zakonske zveze lahko zakonec pridobi svoje posebno premoženje, če niso dani in izpolnjeni pogoji za nastanek skupnega premoženja.

3. Skupno premoženje

Skupno premoženje zakoncev je kot družinskopravni premoženjski institut posebna premoženjskopravna kategorija. Je skupnost vseh premoženjskih, to je vrednostno ocenljivih pravic, ki pripadajo obema partnerjema skupno v nedoločenih deležih. Kolikor je predmet skupnega premoženja lastninska pravica na stvari, se ta pojavlja kot skupna lastnina. S tem režimom je povezana tudi odgovornost za obveznosti, ki je solidarna v zunanjem razmerju. To pomeni, da lahko upnik svojo terjatev uveljavlja proti vsakemu zakoncu v celoti. V posamezni skupnosti je nato v notranjem razmerju mogoča ustrezna izravnava.

Skupno lastnino ima več oseb, če lahko samo skupno izvršujejo lastniška upravičenja na nerazdeljeni stvari, ker njihovi deleži niso vnaprej določeni (72. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ).² Definicija po ZTLR je vsebovala še pristavek, da morajo biti deleži določljivi, česar pa ni treba posebej zapisati, in pristavek, da lahko skupna lastnina nastane le v primerih in pod pogoji, ki jih določa zakon (18. člen ZTLR). V SPZ je takšna izrecna omejitev nastanka z določitvijo v zakonu izpadla, vendar je izpuščeno mogoče nadomestiti s korektno interpretacijo ureditve skupne lastnine. V prid temu sklepu lahko navedemo, da SPZ za primer nedoločenosti deležev pri lastninski pravici več oseb na nerazdeljeni stvari določa domnevo, da so v takem primeru deleži solastnikov enaki in da kljub nedoločenosti deležev gre za solastnino (2. odst. 65. člena SPZ). Samo nedoločenost deležev torej ni dovolj, da bi lahko nastala skupna lastnina, ker se takrat domneva solastnina. Skupna lastnina nastane le, če je pri določeni skupnosti oseb zaradi njihove tesne osebne povezanosti njen nastanek predviden z zakonom. Skupno lastnino je torej treba razumeti kot zakonsko predvideno izjemo.³ Le v nekaterih skupnostih, temelječih na osebni povezanosti, je zaradi njihove narave boljše, da delitev pravic in obveznosti ni matematično predvidena (na primer skupnost zakoncev). Takšne primere pa zakonodajalec posebej upošteva.

V Franciji in državah, ki so navezane na Code civil, skupne lastnine ne poznajo.⁴ Sicer pravni redi kontinentalne Evrope do skupne lastnine niso povsem odklonilni, vendar dajejo prednost solastnini, skupna lastnina pa se pojavlja kot izjema.⁵ Tako je v švicarskem, nemškem in

² Uradni list RS, št. 87/2002.

³ Drugi odstavek 646. člena ZGB; Peter Tuor, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10. izdaja, Schulthess, Zürich 1986, stran 622.

⁴ Posledica francoske revolucije je uveljavitev individualističnega koncepta pri urejanju civilnih razmerij. Skupna lastnina pa naj bi bila v nasprotju s tem konceptom ostanek preživelih fevdalnih oblik kolektivne lastnine, ki je bila tuja tudi rimskemu pravu. Pomenila naj bi čezmerno omejitev za lastnika, ker brez preostalih skupnih lastnikov ne more razpolagati z ničimer, zato se za njeno dopustitev v Code civile niso odločili; Pierre Dupont Delestraint, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Pariz 1979, stran 25.

⁵ Tako tudi na Hrvaškem, Gavella, stran 525.

avstrijskem pravu v zakonu ali teoriji sprejeto, da lahko skupna lastnina nastane le v primerih, predvidenih z zakonom. Zunaj tega okvira s pogodbo ni mogoče ustanoviti podlage za skupno lastnino.⁶ Solastnina izvira iz samostojnega temelja za njen nastanek. Skupna lastnina pa izvira iz predhodno nastale skupnosti.⁷

Zakon predvideva nastanek skupne lastnine v skupnosti zakoncev oziroma zunajzakonskih partnerjev, v dediščinski skupnosti in v skupnosti etažnih lastnikov. Skupna lastnina so tudi mejna znamenja. Na skupni lastnini pa pri nas ni zasnovana družba civilnega prava, čeprav primerjalnopravne rešitve to možnost poznajo.⁸

Na zunaj je skupno lastnino težje spoznati kot solastnino, ker notranje razmerje med skupnimi lastniki ni navzven spoznavno, medtem ko so pri solastnini idealni deleži določeni tudi za zunanje razmerje. Zato je določena milejša domneva o dobrovernosti tretjega. Če posamezni skupni lastnik sam razpolaga s skupno stvarjo, je tretji nedobroveren samo, če je vedel, da je stvar v skupni lastnini in da se razpolaga brez soglasja skupnega lastnika. To pa pomeni, da mu ni mogoče očitati malomarnosti, da bi se moral pozanimati, kot na splošno velja pri ugotavljanju dobre vere. Vprašanje dobre vere je na splošno odločilno pri pogodbi, ki jo je sklenila neupravičena oseba, kar je tudi posamezni skupni lastnik, če sam sklene pogodbo za skupno stvar. Pogodba, ki jo je sklenila neupravičena oseba kot pooblaščenec v imenu drugega, brez njegovega pooblastila, po splošnih pravilih obligacijskega prava zavezuje neupravičeno zastopane samo, če jo pozneje odobri (73. člen OZ).

Če s stvarjo razpolaga posamezni skupni lastnik sam brez soglasja preostalih skupnih lastnikov, lahko štejemo, da ima skupno stvar v posesti po volji vseh skupnih lastnikov, ker ima tudi sicer pravico do posesti. Za tretjega pa je zahtevana dobra vera podana že, če ni vedel, da je stvar v skupni lastnini. Pri sklepanju pravnega posla glede stvari torej ni treba ugotavljati, ali je pogodbenik poročen in ali stvar spada v skupno premoženje. Pri nepremičninah pa se lahko stranke zanesejo na podatke v zemljiški knjigi. Če je nepremičnina vpisana samo na enega zakonca, čeprav sta jo pridobila v času trajanja zakonske zveze in spada v skupno premoženje, velja domneva, da je lastnik nepremičnine tisti, ki je vpisan v zemljiško knjigo (1. odst. 11. člena SPZ).

Če pa je tretji vedel, da je stvar v skupni lastnini in da posamezni skupni lastnik nima soglasja preostalih za razpolaganje, tak pravni posel drugih skupnih lastnikov ne veže, razen če ga pozneje odobrijo. Tretji lahko preostalim predlaga, da v primernem roku posel odobrijo. Če tega ne storijo, se šteje, da pogodba ni bila sklenjena (73. člen OZ).

⁶ Švicarski ZGB določenost v zakonu izrecno zahteva (652. člen). V avstrijskem in nemškem pravu je enak sklep izoblikovala teorija; Manfred Wolf, Sachenrecht, Beck, München 2003, stran 25; Iro, stran 58.

⁷ Tuor, stran 622.

⁸ Tako je v Nemčiji.

Pogodba glede skupnega upravljanja stvari, ki jo sklene posamezni nepooblaščen skupni lastnik, kljub morebitni dobrovernosti tretjega, brez naknadne odobritve ne veže. Dobra vera tretjega ob sklenitvi je v tem primeru odločilna le za njegovo pravico, da sme od neupravičenega zastopnika zahtevati odškodnino (4. odst. 73. člena OZ). Tudi tu zadostuje, da ni vedel za obstoj skupne lastnine, in ni pomembno, ali bi za to dejstvo mogel vedeti.

4. Pridobivanje skupnega premoženja

Za nastanek skupnega premoženja je prvi pogoj obstoj zakonske zveze ali pravno priznane zunajzakonske skupnosti, v okviru katere partnerja vsak zase ali s skupnim delom ustvarjata premoženje na neposreden ali posreden način. Neposredno ustvarjata novo vrednost z lastnim vloženim delom, posredno pa tako, da en zakonec ne sodeluje neposredno pri ustvarjanju premoženja, temveč le omogoča drugemu, da lahko to opravlja za oba (npr. žena skrbi za gospodinjstvo, dom in otroke, da lahko mož opravlja pridobitno delo).

Skupno premoženje je rezultat delovnih naporov in delovnih prispevkov zakoncev. V glavnem je vir pridobitve premoženja zaslužek zakoncev iz službenega razmerja ali dohodek iz pridobitne dejavnosti. Kot pridobitev premoženja iz naslova dela štejemo rezultate zakončevih fizičnih in psihičnih prizadevanj. Tudi rezultati zakončevih posebnih delovnih in pridobitnih zmožnosti spadajo v času trajanja zakonske zveze v skupno premoženje. Enako velja za premoženjske pravice iz avtorske pravice in iz pravic intelektualne lastnine. Če predstavljajo pravice iz industrijske lastnine vložek v d. o. o., je očitno, da je to premoženjsko ocenljiva vrednost, ker mora biti stvarni vložek prej ocenjen. Iz tega torej sledi, da je rezultat premoženjske komponente, ki je med trajanjem zakonske zveze podlaga za nastanek skupnega premoženja. Z denarnimi sredstvi, ki iz tega izvirajo, nabavljene premičnine in nepremičnine so skupno premoženje. Skupno premoženje so tudi donosi skupnega premoženja in donosi posebnega premoženja, ustvarjeni z delom zakoncev.

Zakonca lahko tudi s pogodbo določita, da njuno posebno premoženje, njegov del ali posamezni premoženjski objekti postanejo skupno premoženje, ker lahko na dispozitivnem področju medsebojno sklejata pogodbe in z njimi urejata premoženjskopravna vprašanja. Kadar zakonca skupaj nabavita določeno stvar vsak s svojim posebnim premoženjem postaneta le solastnika, če se nista drugače sporazumela.

Obratno zakonca ne moreta veljavno skleniti pogodbe, ki bi bila v nasprotju s prisilnimi predpisi o obveznem nastanku skupnega premoženja. Neveljavna je tudi pogodba zakoncev, s katero bi v naprej določila višino svojih deležev na skupnem premoženju ali s katero bi se zakonec v naprej odrekel svojemu deležu.

Pri pridobivanju nepremičnin in pri vpisih v zemljiško knjigo je kar običajna praksa, da se zakonci ne vknjižujejo kot skupni lastniki, čeprav je nepremičnina pridobljena z delom v času

zakonske zveze, delitev skupnega premoženja pa ni bila izvedena. Partnerja pa z napačnim vpisom v zemljiško knjigo ne izgubita pravic iz skupnega premoženja. Po 2. odst. 51. člena ZZZDR se pridobi skupno premoženje originarno v trenutku pridobitve oziroma nastanka premoženja. S tem pridobi vsak zunajzakonski partner stvarnopravno pravico do tega premoženja v obsegu svojega prispevka, ne glede na to, da je v zemljiški knjigi kot lastnik vpisan samo eden.⁹

5. Delitev skupnega premoženja

Splošno

Legitimno zahtevo po delitvi skupnega premoženja imata predvsem oba zakonca oziroma zunajzakonska partnerja, upnik enega izmed njih, zaradi obveznosti, za katere drugi zakonec ali partner ne odgovarja solidarno, in dediči umrlega zakonca ali zunajzakonskega partnerja.

Pri delitvi je treba ugotoviti obseg skupnega premoženja in ga ločiti od posebnega premoženja. Vsakemu zakoncu se v njegov delež vračuna vse, kar dolguje skupnemu premoženju. Šteje se, da sta deleža zakoncev enaka, zakonca pa lahko dokažeta, da je to razmerje drugačno. Če obstaja spor o obsegu skupnega premoženja ali višini deleža, se to vprašanje rešuje v pravdi, kljub temu, da se vodi nepravdni postopek za delitev.

Pri delitvi skupnega premoženja določimo delež vsakega zakonca na vsem premoženju, torej za vse njegove sestavine enako. Ugotovitev deleža velja nujno za vse skupno premoženje, ki je obstajalo ob ugotovitvi. V praksi stranke pogosto napačno postavljajo zahtevo za določitev različnih deležev pri posamezni konkretni stvari. Prispevek zakonca k skupnemu premoženju se namreč določa na podlagi vseh njegovih prizadevanj v zakonski skupnosti. Zato ne more biti hkrati različen pri posameznih stvareh in pravicah, ki sestavljajo to premoženje. Delež pri posamezni stvari lahko le izgleda različen v primerih, ko v skupno premoženje ne spada cela stvar, temveč le njen idealni del, če se zakonca npr. sporazumeta o gradnji hiše na zemljišču, ki je posebno premoženje enega zakonca (drugi odstavek 48. člena SPZ). Pri delitvi se zaradi vpisa v zemljiško knjigo zakoncu prišteje ta idealni delež iz naslova posebnega premoženja.

Če se izvrši fizična, realna delitev, tedaj vsak izmed zakoncev postane samostojni lastnik konkretno določenih stvari. Predmeti, ki so namenjeni za opravljanje obrti ali poklica in zakoncu omogočajo pridobivanje osebnega dohodka, ter predmeti, namenjeni izključno njegovi osebni rabi, se mu dodelijo na njegovo zahtevo na račun njegovega deleža (61. člen ZZZDR).

Lahko pa se samo določijo idealni deleži, s čimer na stvareh nastane solastnina.

⁹ VS SRS, Pž 530/77 z dne 27. 7. 1977, PSPL, str. 46.

V primeru delitve nedeljive stvari lahko posamezni zakonec dobi celo stvar in drugega izplača. Prevzem stvari in izplačilo v denarju je seveda zmeraj možno, če ga je drugi zakonec pripravljen sprejeti.¹⁰

Delitev je možna, če zakonska zveza preneha ali se razveljavi. Za sporazumno razvezo zakonske zveze (64. člen ZZZDR) je predhodno sklenjen sporazum o delitvi skupnega premoženja v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa celo procesna predpostavka. Nujen pogoj za sklenitev tega sporazuma je soglasje zakoncev o dokončnem obsegu skupnega premoženja (o tem, kaj vse spada v to skupno premoženje), o deležu posameznega zakonca in o načinu delitve. Zato pozneje ni mogoče sodno uveljavljati, da v skupno premoženje spadajo še določene stvari ali pravice, ki s sporazumom niso bile zajete, čeprav so bile pridobljene v času trajanja zakonske zveze.¹¹

Delitev je možna tudi med trajanjem zakonske zveze, vendar lahko zajame le premoženje, ki takrat obstaja. Novo ustvarjeno premoženje je spet skupno premoženje, ker delitev ne pomeni tudi razdružitve skupnosti.

Sporazumna delitev v času trajanja zakonske zveze mora biti v obliki notarskega zapisa, ki je predpisan za veljavnost pravnih poslov med zakoncema.

6. Načini delitve

Če sporazumna delitev ni mogoča, se na predlog opravi sodna delitev. ZNP razlikuje med postopkom za delitev stvari v solastnini in postopkom za delitev skupnega premoženja. Med solastnike se razdeli posamezna stvar, iz skupnega premoženja pa se posameznim udeležencem dodelijo posamezne stvari ali ustanovi solastnina na prej skupni stvari.

Pri delitvi skupnega premoženja zakoncev je treba najprej ugotoviti obseg skupnega premoženja in ga ločiti od njunega posebnega premoženja. Pri delitvi skupnega premoženja se šteje, da sta deleža zakoncev enaka, zakonca pa lahko dokažeta, da je to razmerje drugačno. Če postane to vprašanje sporno, se rešuje v pravdi (59. in 60. člen ZZZDR). Potem ko je mimo ta prva faza in so deleži določeni, veljajo naprej za delitev enaka splošna pravila kot za delitev solastnine, razen kadar posebni zakoni, glede na naravo in obliko skupne lastnine, predpisujejo posebnosti pri delitvi.

Vsakemu zakoncu se v njegov delež vračuna vse, kar dolguje skupnemu premoženju. Predmeti, ki so namenjeni za opravljanje obrti ali poklica in zakoncu omogočajo pridobivanje

¹⁰ Odločba Vrhovnega sodišča NR Srbije, Gž 135/49, Politika 18. 1. 1965.

¹¹ Sodba VS SRS, II Ips 165/84, z dne 13.9.1984, Poročilo VS SRS, 1985/I, str. 18–20.

osebnega dohodka, ter predmeti, namenjeni izključno njegovim osebnim rabam, se mu dodelijo na njegovo zahtevo na račun njegovega deleža (61. člen ZZZDR).

Če se izvrši fizična, realna delitev, tedaj vsak izmed zakoncev postane samostojni lastnik svojega konkretno določenega dela stvari. Kadar pa je predmet delitve zgolj nepremičnina, se z določitvijo deležev skupno premoženje spremeni v solastnino in ni nujno, da pride do dejanske delitve.

Na deležu skupnega premoženja imata zakonca stvarno pravico in sodišče pri delitvi ne more odločiti tako, da ima eden stvarno pravico, drugi pa obligacijskopravni zahtevek. Samo v primeru delitve nedeljive stvari sodišče lahko, glede na delež vsakega izmed zakoncev, odloči, kateri izmed njiju ima pravico, da drugega izplača. Izplačilo v denarju je seveda zmeraj možno, če ga je drugi udeleženec pripravljen sprejeti.

Naturalna delitev

Splošno velja tako za delitev stvari v solastnini kot v skupnem premoženju, da so interesi udeležencev najbolj varovani takrat, kadar vsi dobijo dele stvari v naravi, in to v sorazmerju s solastninskimi deleži. ZNP poudarja tudi načelo, da se delitev opravi s prodajo stvari in razdelitvijo izkupička le takrat, kadar fizična delitev stvari ni mogoča ali je mogoča le ob znatnih spremembah same stvari ali ob znatnem zmanjšanju njene vrednosti. Dolžnost ugotavljanja in upoštevanja vseh subjektivnih okoliščin udeležencev delitve je še bolj poudarjena pri delitvi skupnega premoženja (128. člen ZNP).

Uporabljeni izrazi »upravičeni interes« (2. odst. 70. člena SPZ), »močnejši interes« (3. odst. 70. člena SPZ) in »upravičeni interes« (2. odst. 128. člena ZNP) ne bi smeli v praksi povzročati večjih problemov. Predstavljajo pravni standard, ki ga sodišče v konkretnem primeru dopolni po intenciji zakona in na podlagi namena stvari. V praksi omogoča upoštevanje vseh najrazličnejših dejanskih stanj, ki se pojavljajo pri delitvi stvari in skupnega premoženja tako glede udeležencev delitve kakor glede predmetov delitve. Izmed množice okoliščin, ki utegnejo biti pomembne pri presoji obravnavanih »upravičenih interesov« oziroma »močnejšega interesa« posameznih udeležencev delitve, morda ni odveč opozoriti na poklicno dejavnost, usposobljenost za uporabo določene stvari, lastništvo sosednjih nepremičnin, stanovanjske razmere, osebne potrebe in interese, zanimanja. SPZ pa primeroma navaja, da ima pri prevzemu celotne stvari prednost tisti solastnik, ki ga določi sodišče, upoštevaje velikost deležev, dosedanji način rabe, in potrebe solastnikov (5. odst. 70. člena SPZ).

Civilna delitev

Fizična delitev stvari ni vedno mogoča ali vsaj ni mogoča povsem v sorazmerju s solastninskimi deleži oziroma deleži na skupnem premoženju. Popolno ali delno izplačilo deležev ne-

katerih udeležencev delitve naj v takih primerih pomeni čimbolj realno protivrednost deleža na stvari oziroma premoženju. Ta namen imata tudi določbi o izplačilnem roku največ treh mesecev (2. in 3. odst. 122. člena ZNP) in o obrestih, ki tečejo od dneva izdaje sodne odločbe do plačila po obrestni meri zamudnih obresti (4. odst. 122. člena ZNP).

SPZ za civilno delitev z izplačilom razlike določa: Na predlog solastnika lahko sodišče odloči, da namesto prodaje pripada stvar v celoti njemu, če izplača druge solastnike tako, da jim plača sorazmerni del prodajne cene, ki jo določi sodišče. Če to predlaga več solastnikov, ima prednost tisti solastnik, ki ga določi sodišče, upošteva velikost deležev, dosedanji način rabe stvari in potrebe solastnikov (5. odst. 70. člena SPZ).

Sodišče opravi prodajo stvari v postopku za delitev stvari, in sicer po določbah 10. poglavja ZNP, če to predlagajo vsi solastniki, najkasneje v 30 dneh od pravnomočnosti sklepa o prodaji in razdelitvi izkupička. Po preteku tega roka lahko predlaga vsak udeleženec na podlagi sklepa nadaljevanje postopka s prodajo stvari po določbah ZIZ o razdelitvi stvari, vsi solastniki sporazumno pa lahko predlagajo, da sodišče opravi cenitev in prodajo po določbah ZNP (123. člen ZNP).

Pri prodaji cenitev ni nujna in lahko solastniki sami postavijo najnižjo ponudbo (107. člen ZNP). Solastniki si lahko tudi v dražbenih pogojih pridržijo pravico, da bodo v določenem roku sprejeli ali pa odklonili najvišjo ponudbo. Zdražitelj postane lastnik šele z vknjižbo. Zdražitelj mora prevzeti vsa bremena, ne glede na to, ali najvišji ponudek zadostuje za njihovo kritje (109. člen ZNP). V vseh teh okoliščinah se prostovoljna prodaja bistveno razlikuje od prodaje po pravilih ZIZ.

7. Procesna pravila

Postopek za delitev stvari in skupnega premoženja spada med postopke o dispozitivnih civilnih pravicah, o katerih v večini držav odločajo sodišča v pravnem postopku. Z drugo delno novelo avstrijskega ODZ leta 1915 je bila ta materija prenesena iz pravnega v nepravdni postopek. Ta novela je bila prevzeta v bivši jugoslovanski zakon o nepravdnem postopku iz leta 1934. Razlog za prenos iz pravnega v nepravdni postopek je bil takrat predvsem v tem, da je število teh zadev poraslo, da se v teh postopkih pogosto pojavljata več kot dve stranki z nasprotnim pravnim interesom, pravnici postopek pa je prirejen reševanju sporov le med dvema strankama. Razen tega pa pri večini teh postopkov pride do združitve odločanja o pravnem razmerju in izvršitve take odločbe. Rešitev je prevzel tudi ZNP.

Za postopek delitve stvari in skupnega premoženja velja, da se začne samo na predlog in nikdar po uradni dolžnosti. Tudi za ta postopek se upošteva v 4. členu ZNP izrecno uveljavljeno načelo zaslišanja udeležencev, saj je v tem postopku še posebej pomembno, da imajo

udeleženci možnost, da se izjavijo o trditvah drugih udeležencev. Če pa te možnosti ne izkoristijo, lahko sodišče odloči po opravljenem naroku brez udeležbe tistega, ki je bil nanj v redu vabljen. Narok je obvezen. Glede izvajanja dokazov je uveljavljena kombinacija razpravnega in preiskovalnega načela. Postopek je javen, lahko pa pride do izključitve s sklepom, kadar to terjajo upravičeni interesi udeležencev, ki se včasih pojavijo še zlasti pri razvezanih zakoncih. Proti sklepu, izdanem na prvi stopnji, je dopustna samostojna pritožba, predvidena je obnova postopka, revizije pa ni.

Po določilu 118. člena ZNP odloči nepravdno sodišče na zahtevo kateregakoli solastnika ali skupnega lastnika o tem, ali naj se solastna stvar razdeli in na kakšen način naj se razdeli, če med njimi ni spora:

1. o predmetu delitve in o obsegu solastne oziroma skupne stvari, tako glede aktiv, kot pasiv;
2. o sami pravici ali o velikosti njihovih deležev.

Če obstaja med udeleženci spor o predmetu delitve oziroma o velikosti njihovih deležev, jih sodišče napoti na pravdo (9. in 10. člen ZNP). Sodišče napoti na pravdo tistega udeleženca, katerega pravico šteje za manj verjetno, lahko pa tudi drugega udeleženca, glede na njegov interes za ureditev pravnega razmerja. Če udeleženec, ki ga je sodišče napotilo na pravdo v določenem roku, sproži pravdo, se nepravdni postopek nadaljuje, ko se pravnomočno konča pravdni postopek. Če udeleženec po napotilu ne sproži pravde v določenem roku, sodišče odloči ne glede na zahtevke, glede katerih je bil na pravdo napoten. Kljub temu to ni ovira, da se pozneje o istem zahtevku ne bi mogla sprožiti pravda.

Pri tem se v praksi postavlja vprašanje, s kakšnim vsebinskim zahtevkom naj se udeleženca napoti na pot pravde.

Pogost je primer, da razvezani zakonec zahteva delitev skupnega premoženja, ki ga predstavlja nepremičnina, pridobljena z delom v zakonski zvezi, oba bivša zakonca pa sta vknjižena v zemljiški knjigi kot solastnika, npr. vsak do ene polovice. Običajna je namreč praksa, da se v zemljiški knjigi zakonci ne vknjižujejo kot skupni lastniki, temveč kvečjemu kot solastniki po določenih idealnih deležih, četudi je nepremičnina pridobljena na podlagi skupnega dela, v času trajanja zakonske zveze, delitev skupnega premoženja pa ni bila izvršena. Če torej ne bi bilo sporno, da nepremičnina, ne glede na vpis v zemljiški knjigi po določenih idealnih deležih, spada v skupno premoženje, je na pravdo treba napotiti tistega udeleženca, ki izpodbija zakonito domnevo polovičnega prispevka vsakega izmed zakoncev, razen če ima drugi večji interes za ureditev spornega razmerja. Vsebinsko pa bi se zahtevek moral glasiti na določitev idealnih deležev na skupnem premoženju, ker je to sporno predhodno vprašanje, od katerega je odvisna odločitev v nepravdnem postopku, če seveda obseg skupnega premoženja ni sporen.

S tem v zvezi bi omenili samo še stališče evidenčne seje Vrhovnega sodišča SRS, ki je bilo sprejeto pred sprejetjem ZNP, vendar pa ima še vedno praktični pomen, ki ni v nasprotju z

zakonsko ureditvijo. Če je nepremičnina, ki naj bi bila skupno premoženje, že vpisana v zemljiško knjigo na enega zakonca, mora nepravdni sodnik v postopku zaradi delitve premoženja napotiti na pravdo tistega zakonca, ki ni vpisan v zemljiško knjigo. Domneva iz 59. člena ZZZDR ima pomen samo v morebitni pravdi.

V pravdni postopek spadata le prvi dve fazi, to je ugotavljanje skupnega premoženja in določitev idealnih deležev zakoncev na njem. Gre za prejudicialno ugotovitveno pravdo. Tretja faza – delitvena realizacija je predmet nepravdnega postopka. Če je tak dajatveni zahtevek, ki sodi v tretjo fazo, uveljavljen v pravdi, se uporabi določba 21. člena ZPP.

Najti je tudi drugačno stališče,¹² ki delitveno pravdo omogoča ob upoštevanju posebnih okoliščin, kar se zdi sporno. Delitvena faza se lažje izpelje po pravilih nepravdnega postopka, ki nimajo enakih zahtev glede postavljenih zahtevkov, kot to velja za tožbo. Zato je vprašljivo, katere posebne okoliščine omogočajo odstop od uporabe pravil nepravdnega postopka. Če pravdni sodnik razpravlja v nepravdni zadevi po pravilih pravnega postopka, pa s tem ne bo storjena kršitev in bodo opravljena dejanja tudi sodba vseeno veljavna (2. odst. 21. člena ZPP), le postopek bo morda težje izpeljati.

8. Sklep o delitvi

V 124. členu ZNP je določeno, kaj mora vsebovati sklep o delitvi stvari. Pri fizični delitvi mora biti določen ne samo fizični del, ki ga dobi posameznik, temveč določeno tudi to, kaj mora kdo storiti za izvedbo delitve. Udeležencem, ki imajo v posesti stvari, mora biti naloženo, da jih izroče tistim, ki jim po delitvi pripadajo. Urejena morajo biti vprašanja v zvezi s fizično delitvijo, npr. o ustanovitvi služnostne pravice po uradni dolžnosti, če se po delitvi to pokaže za potrebno.

Po SPZ nastane z delitvijo zakonita zastavna pravica za druge solastnike, ki dobe plačilo deleža v denarju, do trenutka plačila. Pri delitvi premičnin pa v enakem primeru obdrže lastninsko pravico do izplačila.

Z delitvijo nepremičnin ne prenehajo stvarne in druge pravice, ki jih imajo na nepremičninah tretje osebe, zato mora sodišče pri odločitvi urediti način nadaljnjega izvrševanja. To izrecno predvideva SPZ.

Razdelilni sklep se v zemljiški knjigi realizira na predlog udeležencev (1. tč. 2. odst. 68. člena ZZK).

¹² Sklep VS RS, II Ips 22/98: Po oceni revizijskega sodišča ni zakonske ovire za uveljavljanje zahtevkov, ki merijo na civilno delitev skupnega premoženja že v pravnem postopku (brez predhodnega nepravdnega postopka in morebitne napotitve na pravdo), seveda le, če to upravičujejo posebne okoliščine, ki jih je zato v pravnem postopku nujno ugotoviti. Tako načelno stališče je izraženo že v dosedanji sodni praksi.

Kadar sodišče opravi fizično delitev stvari; dobi vsak solastnik tisti del stvari, za katerega izkaže upravičen interes. Ne more biti dvoma, da vsak solastnik dobi ustrezeni fizični del stvari v izključno last. Iz tega izhaja, da pri fizični delitvi vsakemu od udeležencev delitvenega postopka sodišče naloži izročitev določenih stvari ali pravic, ki po delitvi pripadejo drugemu zakoncu. Za pridobitev lastninske pravice je tudi pri pridobitvi na podlagi sodne odločbe potrebna izročitev, način izročitve pa je pri nepremičnini vpis v zemljiško knjigo. Za pridobitev lastninske pravice ob delitvi se namreč smiselno uporabljajo določbe, ki urejajo pridobitev lastninske pravice s pravnim poslom (1. odst. 72. člena SPZ). Razdelilni sklep ima tako dajatveno naravo in nalaga, kaj mora kateri zakonec drugemu izročiti.

V primeru, da en zakonec prevzame premoženje, mora biti v sklepu določena tudi njegova obveznost, da mora drugega zakonca v določenem roku izplačati. Ta rok ne sme biti daljši od treh mesecev od pravnomočnosti odločbe, skupaj z obrestmi, po katerih se v kraju, kjer leži nepremičnina, obrestujejo bančni depoziti za dobo treh mesecev, od dneva pravnomočnosti odločbe do dneva plačila.

Če je predmet delitve nepremičnina, imajo drugi solastniki do izplačila na njej zastavno pravico do višine vrednosti svojih deležev, kot so bili ugotovljeni v sklepu o delitvi.

Če je predmet delitve premičnina, obdržijo solastniki do izplačila na njej lastninsko pravico do višine vrednosti svojih deležev, kot so bili ugotovljeni s sklepom o delitvi.

9. Sklep

V nepravdnem postopku se sodniki pogosto srečujejo s problemi delitve stvari in premoženja, še zlasti z urejanjem razmerij med razvezanimi zakonci. Število razvez je v porastu, premoženjske razmere pa so se izboljšale in tako že mlada razvezana zakonca po kratkem skupnem življenju razdeljujeta številno skupno premoženje. Z ene strani so roki za izplačilo prekratki, ker zavezanci ne morejo zbrati dovolj sredstev, z druge strani pa vsaka zamuda plačila pade v breme upnika. Kljub bogatemu premoženju, ki je predmet delitve, pa pogosto v delitveni izvedbi, tisti, ki bi moral po načelu pravičnosti stvar prevzeti, nima možnosti, da bi drugega izplačal, ker nima denarja. Pri prodaji se nato spet pojavijo težave, ker ni vedno preprosto prodati stvari, še zlasti, če ta ni tržno zanimiva. Poleg tega pa običajno nasprotni udeleženec sam moti postopek s prodajo. Poseben problem po navadi predstavlja tudi skupno stanovanje, v katerem kateri od udeležencev želi ostati.

V sodnem postopku je pomembno, da se v čim večji meri upošteva sporazum med udeleženci, vendar pa pri tem ne smemo prezreti, da ZNP vendarle določa prisilne mehanizme, da se razmerje uredi tudi proti volji nasprotnika. Ustrezna rešitev, ki je sprejeta dovolj hitro, je v razmerjih, ki se urejajo v nepravdnih postopkih, nujen pogoj za odstranitev možnih žarišč sporov. V tem je tudi preventivni namen nepravdnega sojenja.

Strokovni članek
UDK 347.135.224:[347.626+347.63]

Notarski zapis v družinskih zadevah

BOJAN PODGORŠEK,
notar v Ljubljani

1. Uvod

Zakon dovoljuje zakoncema in zunajzakonskima partnerjema medsebojno sklepanje vseh pravnih poslov, ki bi jih lahko sklepala tudi z drugimi osebami.¹ Pred uveljavitvijo Zakona o notariatu (ZN)² je bila za veljavnost teh pravnih poslov potrebna overitev sodnika, sedaj pa morajo biti pogodbe o urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema in zunajzakonskima partnerjema³ sklenjene v obliki notarskega zapisa, sicer so nične (1. točka 47. člena ZN). Zakonca si lahko neoblično izročata le običajna in manjša darila. Notarski zapis sporazuma zakoncev o delitvi skupnega premoženja je obvezna priloga predloga za sporazumno razvezo zakonske zveze. Zakonca lahko skleneta sporazum o preživnini za nepreskrbljenega zakonca, ki mora biti prav tako v obliki notarskega zapisa. Zakon torej za veljavnost premoženjsko-pravnih poslov med zakoncema določa strogo obliko notarskega zapisa.⁴

V razmerju med starši in otroki določa zakon dolžnost staršev preživljati otroke do polnoletnosti oziroma do dopolnjenega šestindvajsetega leta starosti, če se redno šolajo. Za izdajo izvršilnega naslova na podlagi sporazuma staršev o preživljanju mladoletnih otrok zakon določa

¹ Tako določa 62. člen Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR, Uradni list SRS, št. 15/76 – Uradni list RS, št. 101/07).

² Uradni list RS, št. 13/94 do 45/08.

³ Kar je v nadaljevanju tega prispevka povedano o zakoncih, velja na podlagi 12. člena ZZZDR tudi za zunajzakonska partnerja.

⁴ To velja tudi za pogodbo o prenosu lastninske pravice na osebnem avtomobilu, pri dosledni uporabi zakona pa bi morala biti v obliki notarskega zapisa tudi pogodba, na podlagi katere zakonca pridobita lastninsko pravico, če hkrati določita svoje deleže.

pristojnost sodišča, ki v nepravdnem postopku izda o tem sklep na predlog staršev. Zakon ne ureja načina in oblike sporazuma staršev in polnoletnih otrok o preživljanju slednjih. Vendar je tudi v tem primeru mogoče doseči izvršilni naslov s sklenitvijo sporazuma v obliki notarskega zapisa. Zakon določa tudi dolžnost polnoletnih otrok preživljati nepreskrbljene starše. V tem primeru lahko po izrecni zakonski določbi zavezanec (polnoletni otrok) in upravičenec skleneta sporazum v obliki notarskega zapisa.

2. Razlogi predpisane obličnosti

Predpisano strogo obličnost v družinskem pravu je, vsaj kar zadeva premoženjskopravne posle med zakoncema, mogoče razložiti s preprečevanjem lahkomišelnega razpolaganja s premoženjem zaradi čustvene povezanosti med zakoncema. Iz tega razloga je že v rimskem pravu v Avgustovem času nastalo običajno pravno pravilo, po katerem so bila darila med zakoncema prepovedana in nična.⁵ Razlog predpisane oblike je tudi pomembnost pravnih poslov med družinskimi člani in drugimi sorodniki, ki lahko dolgoročno vplivajo na njihovo življenje in premoženjsko stanje. Poleg tega pogostost in zapletenost sporov med sorodniki utemeljuje previdnost v fazi sklepanja njihovih medsebojnih poslov. Pravni posli družinskega prava vzpostavljajo daljnosežne in dolgoročne pravice in obveznosti med čustveno in drugače prepletenimi osebami. Iz razlogov, ki so se oblikovali v pravni zgodovini, jih ni mogoče prepustiti sklepanju »mimogrede«. Razlogi pravne varnosti govorijo v prid večji obličnosti.

3. Notarski zapis

Za sestavljanje notarskih zapisov veljajo najstrožja vsebinska in oblična pravila. Ta notarska listina mora poleg navedbe udeležencev, navedbe načina ugotovitve njihove istovetnosti in njihovih lastnoročnih podpisov vsebovati celotno vsebino pravnega posla in predvsem navedbo, da je bil notarski zapis udeležencem prebran in da so ga udeleženci odobrili. Domneva resničnosti, ki velja za javno listino, se pri notarskem zapisu razteza na dejstvo, da sta stranki resnično izjavili voljo za sklenitev pravnega posla v celotni vsebini, ki je navedena v notarskem zapisu. Pred sklenitvijo mora notar pri izpolnjevanju svoje svetovalne dolžnosti po 42. členu ZN pomagati strankam svobodno in resno oblikovati izjave volje, preprečevati napake volje in nesporazume, opozarjati na tveganja ter zapisati njihovo voljo v pravnem jeziku.

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

- strankam na razumljiv način opisati vsebino in pravne posledice nameravanega pravnega posla ali izjave volje,

⁵ Več o tem glej v Korošec, str. 372 in Cigoj, str. 64.

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

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

Za sestavljanje notarskih zapisov velja 23. člen ZN, ki notarju prepoveduje opravljanje zadev v poslih, ki so po zakonu nedopustni ali o katerih sumi, da jih stranke sklepajo samo navidezno ali zato, da bi se izognile zakonskim obveznostim ali da bi protipravno oškodovale tretjo osebo. Prav tako notar ne sme poslovati z osebo, o kateri ve, da zaradi mladoletnosti ali iz drugega zakonskega razloga ne more veljavno sklepati pravnega posla. Ta prepoved ne velja pri overitvi podpisov (osmi odstavek 64. člena ZN).

Glede na to, da notarski zapis vsebuje ugotovitev istovetnosti in lastnoročne podpise udeležencev, njihovo odobritev vsebine, ter podpis in žig notarja, ni dvoma, da notarski zapis vključuje potrdilo o overitvi podpisov udeležencev. Sicer pa je to sedaj tudi posebej določeno v drugem odstavku 41. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1).⁶

Notarski zapis je mogoče sestaviti tudi s potrditvijo že vnaprej sestavljene zasebne listine po 49. členu ZN, če takšna listina izpolnjuje oblične in vsebinske pogoje, določene v ZN. Tako potrjena listina o pravnem poslu ima lastnost notarskega zapisa in je pod pogoji, določenimi v 4. členu ZN, neposredno izvršljiva. Notar sme v notarskem zapisu potrditi zasebno listino, ki vsebuje zemljiškknjižno dovolilo, in listino, na podlagi katere se pridobi lastninska ali kakšna druga stvarna pravica na nepremičnini samo, če listino sestavi notar ali odvetnik. Sestavljavec mora listino podpisati in žigosati s svojim žigom.

⁶ Uradni list RS, št. 58/03 do 37/08.

4. Izvršljivi notarski zapis

Pogodba, ki v izvršilnem postopku lahko nadomesti pravnomočno sodno odločbo, je bila pred uvedbo notariata zgolj želja upnikov. Ti so morali v primeru dolžnikove neizpolnitve iskati svojo pravico v dolgotrajnih sodnih postopkih in so šele nato lahko začeli izvršilni postopek. ZN in nato še Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)⁷ pa sta uvedla možnost, da upnik in dolžnik že v fazi sklepanja pravnega posla uredita svoje pravno razmerje za primer, če dolžnik ne bo prostovoljno izpolnil svoje obveznosti. To pa se v življenju pogosto zgodi. Seveda pa tudi izvršljivi notarski zapis ni vsemogočen. Pri sklepanju poslov v tej obliki je treba poznati njegove značilnosti in njegove meje.

ZN v 4. členu določa, da je notarski zapis izvršilni naslov, če:

- se nanaša na obveznost, glede katere je dovoljena poravnava,
- zavezanec izjavi soglasje za njegovo neposredno izvršljivost in
- je terjatev zapadla.

Po 1053. členu Obligacijskega zakonika (OZ)⁸ je predmet poravnave lahko vsaka pravica, s katero lahko kdo razpolaga, poravnava pa ni dovoljena o sporih, ki zadevajo statusna razmerija.

Soglasje za neposredno izvršljivost zavezanec izjavi v notarskem zapisu. Če se v obliki notarskega zapisa sklepa vzajemna pogodba, pri kateri sta obe stranki hkrati upnika in dolžnika, lahko izjavita svoje soglasje z neposredno izvršljivostjo obe stranki, da torej lahko upnik v primeru dolžnikove neizpolnitve, po zapadlosti na podlagi sklenjenega notarskega zapisa in brez posebnega pravnega postopka, vloži predlog za izvršbo za izterjavo svoje terjatve in se v izvršilnem postopku v celoti poplača iz dolžnikovega premoženja.

Po 20.a členu ZIZ je notarski zapis izvršljiv:

- če je dolžnik v njem soglašal z njegovo neposredno izvršljivostjo in
- če je terjatev, ki izhaja iz notarskega zapisa, zapadla.

Da je notarski zapis primeren za izvršbo, mora vsebovati navedbo dolžnikove obveznosti (predmet, vrsta, obseg in čas izpolnitve). Pomembna pa je tudi pogodbena določba o zapadlosti.

Zapadlost terjatve se, po 20.a členu ZIZ, ki je začel veljati marca 2006, dokazuje z notarskim zapisom, javno listino ali po zakonu overjeno listino. Če zapadlost terjatve ni odvisna od poteka roka, temveč od drugega dejstva, ki je navedeno v notarskem zapisu, za dokaz zapadlosti terjatve zadostuje upnikova pisna izjava dolžniku, da je terjatev zapadla, z navedbo dneva

⁷ Uradni list RS, št. 51/98 do 37/08.

⁸ Uradni list RS, št. 83/01 do 40/07.

zapadlosti in dokazilom o vročitvi pisne izjave o zapadlosti terjatve dolžniku. Notar mora stranke ob sestavi notarskega zapisa opozoriti na opisani način dokazovanja zapadlosti v izvršilnem postopku in tudi na to, da lahko upnik pooblasti notarja, da zapadlost sporoči dolžniku. V tem primeru notar zapadlost nemudoma sporoči dolžniku in o tem sestavi zapisnik. Izjava upnika oziroma sporočilo notarja se vroča dolžniku priporočeno po pošti.

V zvezi z določanjem in dokazovanjem zapadlosti je pomembna sodna odločba,⁹ po kateri je dokazovanje zapadlosti terjatve, ki izhaja iz notarskega zapisa, v upnikovi sferi. Za potrditev upnikove izjave o tem, da je terjatev iz notarskega zapisa zapadla, ker je dolžnik izostal s plačilom mesečnih obrokov, ni potrebno dolžnikovo sodelovanje. Pogojevanje veljavnosti zapisa o zapadlosti terjatve s sodelovanjem dolžnika bi notarskemu zapisu odvzelo učinek in pomen izvršilnega naslova in ga spustilo celo pod nivo kriterijev, ki jih zakon uveljavlja za izvršbo na podlagi verodostojne listine.

Pravilo o načinu dokazovanja zapadlosti v izvršilnem postopku se uporablja za obstoječe terjatve. Od vprašanja dokazovanja zapadlosti terjatev po 20.a členu ZIZ pa je treba ločiti vprašanje dokazovanja pogojnih in vzajemnih terjatev po 26. členu ZIZ. To so terjatve, katerih nastanek je odvisen od negotovega dejstva (pogoja). Če je izvršba odvisna od poprejšnje izpolnitve kakšne upnikove obveznosti ali od nastopa kakšnega pogoja, mora upnik v predlogu za izvršbo določno označiti javno ali po zakonu overjeno listino, s katero lahko dokaže, da je obveznost izpolnil oziroma da je pogoj nastopil. Če upnik tega ne more dokazati s takšno listino, mora dokazati izpolnitev svoje obveznosti oziroma nastop pogoja s pravnomočno odločbo, izdano v pravnem postopku. Če je dolžnik po izvršljivem notarskem zapisu dolžan izpolniti obveznost pod pogojem, da upnik hkrati izpolni obveznost proti njemu, mora upnik v predlogu za izvršbo opisati dokaz, da je zagotovil izpolnitev svoje obveznosti. V zvezi s tem je pomembna sodna odločba,¹⁰ po kateri je upnik zadostil določbi tretjega odstavka 26. člena ZIZ, ko je izvršilnemu predlogu za izterjavo nasprotne vzajemne obveznosti od dolžnika (na podlagi uresničene odstopnega upravičenja), v dokaz izpolnitve svoje obveznosti, priložil izjavo o vrnitvi poslovnega deleža in predlog za vpis spremembe družbenika v sodni register.

Ko govorimo o izvršljivem notarskem zapisu, moramo omeniti še eno pomembno sodno odločbo,¹¹ s katero je sodišče odločilo, da terjatve, ugotovljene z neposredno izvršljivim notarskim zapisom, zastarajo v desetletnem zastaralnem roku, ne glede na splošni petletni zastaralni rok. S tem je sodna praksa izenačila terjatve, ki jih dolžnik prizna v neposredno izvršljivem notarskem zapisu, s terjatvami, ki jih ugotovi sodišče ali drug pristojni organ s pravnomočno odločbo.

⁹ Sklep VS RS, opr. št. II Ips 469/2005 z dne 18. 4. 2006.

¹⁰ Sklep VS RS, opr. št. III Ips 16/2004 z dne 21. 6. 2005.

¹¹ Sklep VS RS opr. št. II Ips 75/2006 z dne 8. 5. 2008.

5. Sporazum zakoncev o delitvi skupnega premoženja v času trajanja zakonske zveze

Po drugem odstavku 58. člena ZZZDR se lahko skupno premoženje v času trajanja zakonske zveze razdeli po sporazumu zakoncev. Sporazum mora biti sklenjen v obliki notarskega zapisa, sicer je ničen (1. točka 47. člena v zvezi z 48. členom ZN). Razlogi za delitev skupnega premoženja zakoncev, ki se hkrati ne razvežeta, so lahko različni. Zakonca s takšnim sporazumom potegneta črto in razdelita skupno premoženje, ki obstaja v trenutku sklenitve sporazuma. Za premoženje, ki ga bosta pridobila z delom v času po sklenitvi sporazuma, bo zopet veljal režim skupnega premoženja. Podoben položaj je pri sklepanju predporočne pogodbe, le da gre za ugotavljanje posebnega premoženja, ki ga ima vsak od bodočih zakoncev ob sklenitvi zakonske zveze.

Zakonca, ki nimata skupnih otrok, pogosto želita urediti medsebojna premoženjska razmerja zaradi jasnejše določitve obsega zapuščine v primeru smrti enega od njiju. S tem lahko vplivata na obseg nujnih deležev. Odpoved dedovanju med zakoncema je prepovedana. Izjemoma se sme po 137. členu Zakona o dedovanju (ZD) le potomec v sporazumu s prednikom odpovedati dediščini, ki bi mu šla po prednikovi smrti. Takšen sporazum mora biti sklenjen v obliki notarskega zapisa. Zakonci zaenkrat niso uvrščeni v to izjemo. Vendar je sprememba pravil dedovanja v tem delu težko pričakovana.

Pogost razlog za delitev skupnega premoženja zakoncev v času trajanja zakonske zveze je tudi strah pred posegi upnikov enega izmed zakoncev. Pravna dejanja zakoncev so v tem primeru izpostavljena tveganju izpodbijanja upnikov.

Notar si mora pri izpolnjevanju svoje pojasnilne dolžnosti po 42. členu ZN prizadevati izluščiti razloge in včasih celo skrite nagibe, ki vodijo zakonce k sklenitvi sporazuma. To je v življenju zelo težko, pogosto nemogoče. Zakonec namreč največkrat vstopi v notarsko pisarno z laično izraženo željo, da želi prepisati premoženje ali del premoženja na drugega zakonca in je pri navajanju razlogov skrivnosten. Stranki bi najraje čimprej podpisali darilno pogodbo in prepričani sta, da bosta tako najhitreje uresničili zastavljeni cilj. Notar si mora v pogovoru s strankami prizadevati za pridobitev zaupanja in za ugotovitev dejanskega stanja. Ali imata zakonca otroke. Kakšen je obseg njunega premoženja. Kdaj in kako sta ga pridobila. Ali imata upnike. Predstaviti jima mora posledice in tveganja razpolaganja z vidika strank, pa tudi z vidika pravic tretjih. Tu gre predvsem za upnike in zakonite dediče. Razložiti jima mora pravila ugotavljanja skupnega premoženja in deležev zakoncev na skupnem premoženju ter pravila delitve. Če želja po darilni pogodbi še ni usahnila, jima mora predstaviti tudi predpostavke in posledice darila. Posebej zanimiva je reakcija zakoncev, ko izvejo za pravila vračanja daril po razvezi.

Zakonca lahko v skladu z drugim odstavkom 58. člena ZZZDR skleneta sporazum o delitvi celotnega skupnega premoženja. Pogosto pa želita urediti svoje razmerje parcialno le glede posamezne stvari, ki spada v skupno premoženje, na primer glede stanovanja. Notar tega ne more preprečiti. Strankama mora razložiti pravila in vrstni red delitve skupnega premoženja ter posledice delitve dela skupnega premoženja na preostalo skupno premoženje, ki ni zajeto s sporazumom. Tega premoženja zakonca ob sklepanju sporazuma tudi ne želita razkriti. Vedeti morata, da je za celovito ureditev njunega premoženjskopravnega razmerja treba najprej ugotoviti, kaj spada v njuno skupno premoženje in kaj v posebno premoženje vsakega od zakoncev, nato določiti deleže na skupnem premoženju in ga nazadnje razdeliti. Seveda pa se brez aktivnega sodelovanja obeh zakoncev notar ne more dokopati do vseh potrebnih podatkov. Notar nima pooblastil sodišča za raziskovanje dejanskega stanja.

Notarjevo delo je lažje, kadar sodeluje s strankama pri sestavi notarskega zapisa že od začetka pogajanja. Težje je, kadar stranki prvič obiščeta notarsko pisarno z izdelanim sporazumom in želita sestavo notarskega zapisa s potrditvijo zasebne listine po 49. in 50. členu ZN. Notar se z vsebino posla seznanja šele po opravljenem pogajanju med strankama, pri katerem ni sodeloval. Običajno se strankam pri takšnem načinu sklepanja poslov tudi zelo mudi, poleg tega pa vsebino listine dobro poznajo, saj so posel v pisni obliki samostojno sklenile že prej in brez sodelovanja notarja. Notarjevo spraševanje in razlaganje jim je pogosto odveč. Notar mora pri opozarjanju na morebitne nejasnosti in pomanjkljivosti zasebne listine paziti tudi na ugled njenega sestavljavca (na primer odvetnika) v očeh strank.

6. Sporazum o delitvi skupnega premoženja pri sporazumni razvezi zakonske zveze

Po prvem odstavku 64. člena ZZZDR sodišče razveže zakonsko zvezo na podlagi sporazuma zakoncev, če sta se sporazumela o varstvu, vzgoji in preživljanju skupnih otrok ter o njihovih stikih s staršema in če sta predložila v obliki izvršljivega notarskega zapisa sklenjen sporazum o delitvi skupnega premoženja, o tem, kdo od njiju ostane ali postane najemnik stanovanja in o preživljanju zakonca, ki nima sredstev za življenje in brez svoje krivde ni zaposlen. Oblika izvršljivega notarskega zapisa je predpisana zgolj za sporazum o delitvi skupnega premoženja, o določitvi najemnika in o preživljanju nepreskrbljenega zakonca. Sporazum o varstvu, vzgoji, preživljanju in stikih z otroki morata zakonca zapisati v predlog sodišču za sporazumno razvezo.

Izvršljivi notarski zapis ne sme vsebovati dogovora o varstvu, vzgoji, preživljanju otroka in o otrokovih stikih s staršema, sicer bi lahko po oceni sodišča, da sta se starša dogovorila za prenzko preživnino, imeli dva vsebinsko različna izvršilna naslova. To lahko sodišče prepreči z navedbo v izreku razvezne sodbe, da sporazum, ki je vnesen v razvezno sodbo, nadomešča

sporazum, ki je bil sklenjen v obliki izvršljivega notarskega zapisa.¹² Citirano stališče je utemeljeno. Težava v resničnem življenju je v tem, da notar ne more nadomestiti volje strank, ki hočejo svoj dogovor glede otrok zapisati v notarski zapis. Še težje jih je prepričati o nepotrebnosti takšne vsebine notarskega zapisa, kadar pridejo v notarsko pisarno z odvetniško sestavljeno zasebno listino. Takšna želja strank ni razlog za odklonitev notarske storitve. Notar sme odkloniti notarsko storitev samo iz zakonsko določenih razlogov (tretji odstavek 6. člena ZN) in ne sme sestavljati listin v poslih, ki so po zakonu nedopustni (prvi odstavek 23. člena ZN). Posel je nedopusten, če pogodbeno obveznost oziroma izpolnitveno ravnanje prepovedujejo pravna pravila. Zakon ne predpisuje notarskega zapisa sporazuma zakoncev o preživljanju otrok, vendar pa ga tudi ne prepoveduje. Zakon celo nalaga zakoncema, da se sporazumeta o svojih obveznostih do otrok (prvi odstavek 64. člena ZZZZDR). Zato ne bi bilo v skladu z načelom prostega urejanja obligacijskih razmerij (3. člen OZ), če bi notar odklonil sestavo notarskega zapisa sporazuma. Problematična pa ni oblika sporazuma, ampak zgolj njegova izvršljivost. Po prvem odstavku 421. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)¹³ sodišče vnese v sodbo, s katero razveže zakonsko zvezo na podlagi predloga za sporazumno razvezo, tudi sporazum zakoncev o varstvu, vzgoji in preživljanju skupnih otrok ter o stikih med zakoncema in skupnimi otroki. Pravnomočna sodba je izvršilni naslov in zato notarski zapis v tem delu ne more biti izvršljiv. Rešitev je lahko v že omenjeni vsebini izreka razvezne sodbe. Še bolje pa je, če notar pomaga sodišču tako, da v skladu z 42. členom ZN opozori zakonca, da se njuno soglasje z izvršljivostjo po določbi prvega odstavka 64. člena ZZZZDR lahko nanaša zgolj na njuna medsebojna premoženjska razmerja (tudi na določitev najemnika in na dogovor o medsebojnem preživljanju), ne pa tudi na njuna razmerja z otroki, ter opozorilo vnese v notarski zapis. Stranke po takšnem opozorilu običajno dopolnijo sporazum tako, da izjavijo soglasje z izvršljivostjo preostalih določenih obveznosti v sporazumu in je notarski zapis zato izvršilni naslov le glede medsebojnih obveznosti zakoncev pri delitvi premoženja, morebitne izselitve iz najemniškega stanovanja in medsebojnega preživljanja, ne pa tudi glede obveznosti pri vzgoji in preživljanju otrok ter pri stikih z otroki.

V zvezi s predpisano izvršljivostjo notarskega zapisa se postavlja tudi vprašanje, kako ravnati, kadar zakonca v sporazumu zgolj ugotovita, da nimata nobenih medsebojnih pravic in obveznosti. V takem primeru seveda ne more biti izvršljivosti in je soglasje strank z izvršljivostjo v notarskem zapisu odveč. Ali pa v primeru, kadar se zakonca dogovorita o pogojni obveznosti in bo moral upnik nastop pogoja šele izkazati v morebitnem izvršilnem postopku v skladu s 26. členom ZIZ. To posledico oziroma tveganje je treba strankam predstaviti v okviru notarjeve svetovalne dolžnosti.

¹² Končina Peternel, str. 15.

¹³ Uradni list RS, št. 26/99 do 121/08.

Soglasje zakoncev z izvršljivostjo se lahko nanaša na obveznost za izselitev iz najemnega stanovanja. Po prvem odstavku 110. člena Stanovanjskega zakona (SZ)¹⁴ se lahko zakonca v primeru razveze zakonske zveze sporazumeta o tem, kdo od njiju ostane ali postane najemnik stanovanja, drugi zakonec pa se iz stanovanja izseli. Če imata zakonca sklenjeno najemno pogodbo, je to obvezna sestavina notarskega zapisa sporazuma o delitvi skupnega premoženja. Notarski zapis mora biti priložen predlogu za sporazumno razvezo. Določba 110. člena SZ se ne uporablja, kadar je najemna pogodba sklenjena za službeno stanovanje. Soglasje z izvršljivostjo se lahko nanaša tudi na obveznost preživljanja zakonca, ki nima sredstev za življenje in brez svoje krivde ni zaposlen. Sodišče v postopku sporazumne razveze zakonske zveze ne odloča o najemniku in o preživljanju zakonca. Zato ne more priti do podvajanja izvršilnih naslovov.

Pri spreminjanju družinske zakonodaje bi v skladu s prizadevanjem za razbremenitev sodišč kazalo razmisliti tudi o notarskem zapisu sporazuma zakoncev o razvezi zakonske zveze, na podlagi katerega bi bila zakonska zveza razvezana brez sodelovanja sodišča, če bi se zakonca v notarskem zapisu sporazumela o primerni preživnini za mladoletnega otroka. Zakon bi v tej zvezi lahko določil najnižjo preživnino, za katero ne bi bila potrebna sodna presoja primernosti. Preživnina bi bila zgolj v primeru nižjega dogovorjenega zneska predmet obvezne sodne presoje.

7. Sporazum o preživnini nepreskrbljenega zakonca v primeru razveze zakonske zveze

Zakonec, ki nima sredstev za življenje in brez svoje krivde ni zaposlen, ima pravico od drugega zakonca zahtevati preživnino. Po 81.b členu ZZZDR lahko zakonca v primeru razveze zakonske zveze skleneta sporazum o preživnini v obliki izvršljivega notarskega zapisa. Notar pošlje izvršljivi notarski zapis pristojnemu centru za socialno delo. Z izvršilnim naslovom določena preživnina se uskladi enkrat letno z indeksom rasti cen življenjskih potrebščin v Republiki Sloveniji. Center za socialno delo pisno obvesti upravičenca in zavezanca o vsakokratni uskladitvi in novem znesku preživnine. Obvestilo centra za socialno delo je skupaj z izvršljivim notarskim zapisom izvršilni naslov. Če zakonca skleneta sporazum o medsebojnem preživljanju pred sporazumno razvezo, ga vneseta v notarski zapis sporazuma o delitvi premoženja (prvi odstavek 64. člena ZZZDR).

Ne glede na zakonske določbe o medsebojnem preživljanju nepreskrbljenega zakonca lahko razvezana zakonca kadarkoli (tudi po preteku enoletnega obdobja od pravnomočnosti razvezne sodbe za vložitev preživninske tožbe po prvem odstavku 81a. člena ZZZDR) skleneta sporazum o preživnini. Takšno pravico imata že v skladu z načelom prostega urejanja obli-

¹⁴ Uradni list RS, št. 69/03 do 57/08.

gacijskih razmerij (3. člen OZ). Sporazum mora biti sklenjen v obliki izvršljivega notarskega zapisa, tudi če ga stranki sklepata po razvezi zakonske zveze. S sporazumom ne smejo biti prizadete koristi otrok. Vprašanje je, ali lahko sodišče po 82.č členu ZZZDR spremeni preživnino, ki je bila določena z izvršljivim notarskem zapisom, ki ni povsem v skladu z ZZZDR. Če je bil na primer sklenjen po preteku enoletnega obdobja od pravnomočnosti razvezne sodbe za vložitev preživninske tožbe ali če pogoji za preživljanje ob razvezi še niso obstajali (zakonec je na primer ostal brez zaposlitve leto in pol po razvezi). Odgovor na vprašanje je pritrdilen, vendar sodišče odloča o razvezi ali spremembi sporazuma o preživljanju po pravilih o razvezi ali spremembi pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin (112. do 115. člen OZ).

8. Sporazum o preživnini za polnoletnega otroka

Starši so dolžni preživljati svoje polnoletne otroke, ki se redno šolajo (ne glede na redni ali izredni način izvajanja študija) do dopolnjenega šestindvajsetega leta starosti. Tisti polnoletni otroci, ki že imajo izvršilni naslov za svoje preživljanje (pravnomočno sodbo o razvezi zakonske zveze staršev, ki mora po prvem in drugem odstavku 421. člena ZPP vsebovati tudi odločitev o preživljanju skupnih otrok), morajo vsako leto izkazati centru za socialno delo, da se redno šolajo (peti odstavek 132.a člena ZZZDR). Tisti, ki nimajo izvršilnega naslova, pa se lahko o preživljanju dogovorijo s starši. Dogovor staršev o preživljanju polnoletnega otroka bi imel pravno naravo pogodbe v korist tretjega (126. do 130. člen OZ). Polnoletni otrok, ki bi ocenil, da je upravičen do višje preživnine po določbah ZZZDR, bi jo lahko uveljavljal s tožbo. Starša, ki sta se sporazumela o preživnini za mladoletnega otroka, lahko po 130. členu ZZZDR predlagata, da sodišče v nepravdnem postopku izda o tem sklep. Ni videti razloga proti smiselni uporabi 130. člena ZZZDR, po kateri bi lahko predlog za izdajo sklepa o preživljanju polnoletnega otroka, ki se redno šola, v nepravdnem postopku vložili starši in polnoletni otrok. Vsekakor pa ni ovir za sklenitev notarskega zapisa sporazuma o preživljanju polnoletnega otroka, v katerem starši izrazijo soglasje z izvršljivostjo svojih obveznosti.

9. Sporazum o preživnini, ki jo je polnoletni otrok zavezan plačevati staršem

Po 124. členu ZZZDR je polnoletni otrok dolžan po svojih zmožnostih preživljati svoje starše, če ti nimajo dovolj sredstev za življenje in si jih ne morejo pridobiti. Vprašanje je, ali to velja tudi za polnoletnega otroka do šestindvajsetega leta starosti, ki se redno šola. Po 130.a členu ZZZDR lahko upravičenec in zavezanec skleneta sporazum v obliki izvršljivega notarskega zapisa o preživnini, ki jo je polnoletni otrok zavezan plačevati staršem. Tudi ta sporazum mora notar poslati pristojnemu centru za socialno delo zaradi letnega usklajevanja z indeksom rasti cen.

Notarski zapisi sporazumov o preživljanju staršev po ZZZDR so redki. Otroci najpogosteje pogodbeno prevzemajo obveznost preživljanja staršev s pogodbami, ki so urejene v V. do VII. poglavju OZ (izročilna, prežutkarska in pogodba o dosmrtnem preživljanju), še posebej z izročilno pogodbo, ki ima tudi dednopravne elemente.¹⁵ Sicer pa ob upoštevanju pravil ZZZDR tudi za razmerje med polnoletnimi otroci in nepreskrbljenimi starši velja načelo prostega urejanja obligacijskih razmerij (3. člen OZ).

10. Sklep

Predpisana stroga obličnost pravnih poslov med družinskimi člani ima v zgodovini utemeljene razloge. Treba je zagotoviti, da so družinski člani ob sklepanju medsebojnih poslov, ki pomembno vplivajo na njihovo življenje, seznanjeni z njihovo vsebino, posledicami in tveganji. To mora biti iz razlogov kasnejšega dokazovanja izkazano z javno listino. Zavedati pa se je treba meja notarskega zapisa. Na primer tega, da notar nima pristojnosti, ki jih imata pri ugotavljanju pravno pomembnih dejstev sodišče v pravnem postopku ali center za socialno delo v upravnem postopku. Notar lahko v notarskih listinah potrjuje obstoj dejstev in okoliščin, ki jih neposredno zazna, in ne more izvajati posrednih dokazov. Pri opravljanju svoje javne službe nima oblastvenih vzvodov. Notar na primer ne ugotavlja višine stroškov življenjskih potreb otrok in materialnih ter pridobitnih zmožnosti zavezancev ter ne določa preživnine, ampak ob opravljanju svoje zakonske svetovalne in opozorilne dolžnosti poskrbi, da notarski zapis pravnega posla vsebuje pravo voljo strank.¹⁶ Poleg tega je treba upoštevati tudi pomen in domet izvršljivega notarskega zapisa. Ob upoštevanju vseh značilnosti notarskega zapisa bo z ustrezno spremembo zakonodaje to obliko sklepanja pravnih poslov v prihodnosti mogoče učinkovito uporabiti v prid zmanjševanja obremenitve sodišč z nespornimi zadevami.

Literatura

- Cigoj, Stojan. Institucije obligacij. Kontrakti in reparacije. Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1991.
- Končina Peternel, Mateja. Sporazumna razveza zakonske zveze – notarski zapis. Pravna praksa, št. 7/2005, stran 15.
- Korošec, Viktor. Rimsko pravo. Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani, 1980.
- Podgoršek, Bojan v Plavšak in drugi, Obligacijski zakonik s komentarjem, 3. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004, str. 503 do 582.

¹⁵ Več o teh pogodbah v Podgoršek, str. 503 do 582.

¹⁶ Skupnost centrov za socialno delo je leta 2006 opozorila notarje, naj se sklepajo taki dogovori o preživnini, pri katerih bodo upoštevane tako potrebe otroka kot tudi zmožnosti staršev.

Kratki znanstveni prispevek
UDK 347.63:342.565.2(497.4)

Določanje očetovstva v luči prakse Ustavnega sodišča RS

PROF. DR. BARBARA NOVAK,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Pravico otroka do tožbe na ugotavljanje očetovstva ureja določba prvega odstavka 92. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – ZZZDR,^{1,2} ki se je do nedavnega glasila: *»Tožbo na ugotovitev očetovstva za otroka, rojenega izven zakonske zveze, lahko vloži v otrokovem imenu mati, dokler izvršuje roditeljsko pravico oziroma otrokov skrbnik s privolitvijo centra za socialno delo, otrok pa, ko postane polnoleten, vendar najkasneje pet let od dneva, ko postane polnoleten.«*

Zakonodajalec je pravico polnoletnega otroka, da zve za svoj izvor, omejeval tako, da je možnost sodnega ugotavljanja očetovstva vezal na rok petih let od dopolnitve polnoletnosti. Po preteku navedenega roka otrok ni imel več možnosti, da bi razčistil svoj izvor. Eden od takih otrok je menil, da je njegova pravica do ugotovitve očetovstva neodtujljiva in da je pravica biti seznanjen z morebitnimi dednimi boleznimi, ki jih lahko prenaša na potomce, močnejša od pravice biološkega očeta biti izpostavljen ugotavljanju očetovstva samo določen krajši čas otrokovega življenja, zato je na ustavno sodišče vložil pobudo za presojo ustavnosti prvega odstavka 92. člena ZZZDR.

Ustavno sodišče RS je v odločbi zapisalo, da je pravica poznati svoj izvor ključna za posameznikovo predstavo o samem sebi, njegovem mestu v družbi, za pridobitev pomembnih informacij o lastni medicinski zgodovini (zlasti o dednih boleznih, kakršni sta npr. hemofilija

¹ Uradni list RS, št. 69/04 – UPB1, 101/07, 122/07.

² O določanju starševstva glej tudi Novak, B., v: Spickhoff, A. in drugi (izd.), nav. delo (2007), str. 259–277; Novak, B., nav. delo (2006), str. 11–22, in Novak, B., nav. delo (2005), str. 279–299.

in sladkorna bolezen) in za uveljavljanje premoženjskih interesov (pravice do dedovanja).³ Ocenilo je, da ugotavljanje izvora otroka daleč po njegovi polnoletnosti sicer lahko povzroči neprijetne posledice v osebnem in družinskem življenju vpletenih, a interes otroka zvedeti za svoj izvor v tem primeru pretehta nad interesom pravne varnosti in potrebo po varovanju zasebnega ter družinskega življenja drugih (tudi trajnosti njihovih družinskih razmerij). To pa še posebej, ker je otrok pri ugotavljanju očetovstva povsem odvisen od informacij drugih (zlasti njegovih staršev) in nima vpliva na to, kdaj mu jih bodo ti razkrili. Ustavno sodišče RS je zato presodilo, da pomeni ureditev, ki pravico polnoletnega otroka do ugotavljanja očetovstva veže na objektivni rok petih let od njegove polnoletnosti, prekomeren poseg v otrokovo pravico zvedeti za svoj izvor.

Odločilo je, da se v prvem odstavku 92. člena ZZZZDR, ki ureja otrokovo pravico do tožbe na ugotovitev očetovstva, razveljavi besedilo »*vendar najkasneje pet let od dneva, ko postane polnoleten*«. Odločitev je bila sprejeta z enoletnim odložnim rokom (razveljavitev je bila odložena do 5. novembra 2008), ker je ustavno sodišče ocenilo, da za omejitev pravice do ugotavljanja očetovstva lahko obstaja ustavno dopusten cilj. V tem primeru naj bi bil rok v skladu z napotki ustavnega sodišča v prihodnje določen tako, da bo omejitev z vidika pravne varnosti in trajnosti družinskih razmerij sorazmerna.

2. Ali naj zakonodajalec otrokovo pravico do ugotavljanja očetovstva omeji

Med enoletnim odložnim rokom, ki ga je Ustavno sodišče RS določilo za ureditev problematike ugotavljanja očetovstva, bi moral zakonodajalec v skladu z napotki ustavnega sodišča preizkusiti, ali bi bilo otrokovo pravico v prihodnje primerneje **omejiti ali pa pustiti, da začne učinkovati razveljavitev**.

Ustavno sodišče je v odločbi nakazalo, da bi bila ustavo dopustna ureditev, po kateri bi rok tek el od trenutka, ko otrok izve za okoliščine, ki so odločilne za vložitev tožbe (t. i. **omejitev pravice s subjektivnim rokom**). To so v obravnavanem primeru okoliščine, ki govorijo za očetovstvo določenega moškega. Ustavno sodišče je tudi nakazalo, da bi bil ta subjektivni rok lahko krajši od sedanjega (tj. **krajši od petih let**). Ta ureditev se mi načeloma ne zdi sporna.

V skladu z napotki ustavnega sodišča naj bi bila ustavo dopustna tudi ureditev, kjer bi »zakonodajalec še na druge načine omejil učinke ugotovitve otrokovega izvora na pravno varnost in obstoječa družinska razmerja (npr. z **omejenim učinkovanjem ugotovitve otrokovega izvora**

³ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-328/05-12 z dne 18. 10. 2007, Uradni list RS, št. 101/07 (z dne 5. 11. 2007).

na obstoječa družinska razmerja)«. Podrobnejših napotkov zakonodajalcu za praktično izpeljavo te zamisli v odločbi ni najti, zato je težko predvideti, kaj točno je Ustavno sodišče RS ob tem imelo v mislih. Tovrstni postopki določanja očetovstva z omejenim učinkovanjem na obstoječa družinska razmerja so bili do zdaj slovenskemu pravu tuji. Šele primerjalnopravni pregled pokaže, da se je slovensko ustavno sodišče pri tej zamisli najverjetneje navdihovalo v nemškem pravnem redu, kjer je zakonodajalec na temelju odločbe nemškega zveznega ustavnega sodišča⁴ pred kratkim uzakonil nekaj podobnega.

Nemški Zakon o določanju očetovstva neodvisno od postopka za izpodbijanje očetovstva (*Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*)⁵ je bil sprejet zato, ker sodna praksa nemškega zveznega vrhovnega sodišča za sklepčnost tožbe za izpodbijanje očetovstva zahteva, da mora tožnik ob vložitvi tožbe izkazati začetni dvom v svoje očetovstvo. Tega sodna praksa razume kot okoliščino, ki je objektivno sposobna vzbuditi dvom v očetovstvo. Njenega obstoja zaradi visokih dokaznih standardov vrhovnega sodišča v praksi skoraj ni mogoče dokazati,⁶ zanj ne zadostuje niti rezultat skrivnega DNK testa očetovstva.⁷ To ima za posledico, da domnevni oče v praksi na more uveljaviti svoje pravice do izpodbijanja očetovstva, zato je zvezno ustavno sodišče naložilo zakonodajalcu, da ustvari primeren postopek za uresničitev pravice zvedeti za svoj izvor oziroma za svoje starševstvo. Zakonodajalec je v ta namen sprejel Zakon o določanju očetovstva neodvisno od postopka za izpodbijanje očetovstva. Z njim je omogočil ugotovitev očetovstva v posebnem sodnem postopku. Rezultati tega posebnega postopka nimajo za posledico avtomatičnih sprememb v statusu otroka, lahko pa služijo kot začetni dvom v postopku izpodbijanja očetovstva ali zgolj kot informacija o izvoru otroka.⁸

Nemška literatura je idejo o postopku, ki nima neposrednega vpliva na otrokov status, močno kritizirala. Odločbo ustavnega sodišča je pospremila z besedami: »Človek bi si želel, da bi ustavno sodišče pogledalo tuje odločitve, preden je sprejelo svojo. Tak pregled bi pokazal, da niti v angloameriškem pravnem krogu niti v Evropi ne obstaja niti en sam pravni red,⁹ ki dopušča ugotavljanje očetovstva v sodnem postopku brez pravnih posledic. Morda bi na

⁴ Sodba nemškega zveznega ustavnega sodišča št. 1 BvR 421/05 z dne 13. 2. 2007, v: *FamRZ* 54 (2007) 6, str. 441 in nasl.

⁵ *BGBI* 2008, I 441.

⁶ Sodba nemškega zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZR 173/04 z dne 12. 12. 2007, v: *FamRZ* 55 (2008) 5, str. 501, 502.

⁷ O uporabi rezultatov skrivnih DNK testov očetovstva Huber, C., nav. delo (2004), str. 826.

⁸ Glej pri Schwab, D., nav. delo (*Familienrecht*, 2008), str. 259 in nasl.

⁹ Nemška literatura sicer opozarja, da sta v predloženem vladnem osnutku kot taki državi omenjeni Irska in Italija, vendar naj ta napotek ne bi ustrezal resničnemu pravnemu stanju v Evropi – Reiner, F. in Helms, T., nav. delo (2007), str. 1278.

ta način ustavno sodišče bolje presodilo, ali je tak postopek z ustavnega vidika potreben.«¹⁰ Novi postopek za razjasnjevanje očetovstva nemška literatura ocenjuje zgolj kot nesmiselno podvajanje postopkov,¹¹ poleg tega novemu zakonu očita tudi številne druge pravne pomanjkljivosti.¹²

Tudi sama zavračam možnost, da bi slovenski zakonodajalec po napotku slovenskega ustavnega sodišča ustvaril možnost razjasnjevanja očetovstva brez oziroma le z omejenim učinkom na statusno razmerje otroka. Predlog slovenskega sodišča se mi zdi neprimeren, ker se zgleduje po evropski posebnosti sumljivega slovesa, ki je bila sprejeta iz povsem drugih razlogov od slovenskih, predvsem pa tudi, ker ne vidim nobenega smisla v pravnem ugotavljanju podatkov, ki naj bi bili v skladu z napotki slovenskega ustavnega sodišča za spremembo otrokovega statusa neuporabljivi. Taka kafkajanska situacija, v kateri bi posameznik vedel, kdo je njegov oče, vendar ne bi mogel vzpostaviti razmerja z njim, se mi zdi za posameznika praviloma še bolj frustrirajoča, kot če sploh ne more izvedeti, kdo je njegov oče.

Tretja ustavno dopustna možnost, ki jo je nakazalo ustavno sodišče, naj bi bila ta, da zakonodajalec ne sprejme nove ureditve in pusti, da s **potekom odložnega roka stopi v veljavo razveljavitev besedila prvega odstavka 92. člena ZZZDR**, ki se glasi »vendar najkasneje pet let od dneva, ko postane polnoleten«. To se je tudi zgodilo in od 5. novembra 2008 otrokova pravica vložiti tožbo na ugotavljanje očetovstva ni več omejena z rokom. Postavlja se vprašanje, ali ta ureditev bolje zagotavlja sorazmerje med pravno varnostjo in trajnostjo družinskih razmerij na eni strani ter pravico otroka zvedeti za svoj izvor na drugi strani kot ureditev, kjer bi bila otrokova pravica po polnoletnosti omejena s subjektivnim rokom.

Obe pravni ureditvi lahko v končni posledici privedeta do tega, da šestdesetletni otrok toži na ugotovitev očetovstva svojega štiriinosemdeset let starega očeta, razlika med eno in drugo možnostjo je predvsem v otrokovem subjektivnem dojemanju pravice zvedeti za svoj izvor. V primeru, kjer je otrokova pravica vložiti tožbo na ugotavljanje očetovstva omejena s subjektivnim rokom, je otrok, ko zve za okoliščine, ki utemeljujejo dvom o očetovstvu, pod pritiskom, ker mora ustrezno hitro sprejeti odločitev o vložitvi tožbe, medtem ko lahko otrok, kadar roka za vložitev tožbe ni, o morebitni tožbi premišljuje neomejeno dolgo. Glede na to, da druga ureditev ob enakih možnih posledicah za življenje drugih, kot jih ima prva, primerneje služi otrokovi pravici zvedeti za svoj izvor, menim, da je bila odločitev zakonodajalca, naj stopi v

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Po mnenju nemških piscev je nelogično, da ustavno sodišče začetni dvom napravi za ustavno dopustnega, potem pa zahteva uvedbo postopka, ki bi to oviro premagal – ibidem.

¹² Nemška literatura tudi o zakonu poroča zelo kritično – Schwab, D., nav. delo (Abstammungsklä rung, 2008), str. 23 in nasl.; Reiner, F. in Helms, T., nav. delo (2007), str. 1278 in nasl.; Henrich, D., kratek komentar k sodbi nemškega zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZR 173/04 z dne 12. 12. 2007, v: FamRZ 55 (2008) 5, str. 502; Helms, T., nav. delo (2008), str. 1033 in nasl.

veljavo kar razveljavitev, primerna. Takšna rešitev je podprta tudi s primerjalnopravnim argumentom, saj je ureditev, po kateri otrokova pravica ugotavljati očetovstvo ni časovno omejena, uveljavljena tudi v drugih evropskih državah.¹³

3. Vpliv ustavne odločbe na otrokovo pravico do izpodbijanja očetovstva

Skoraj enaka ureditev, kot je veljala za otrokovo pravico po polnoletnosti ugotavljati očetovstvo, je v ZZZDR še vedno predvidena za izpodbijanje očetovstva. Po njej sme otrok izpodbijati očetovstvo v petih letih od dneva, ko postane polnoleten (98. člen ZZZDR). Pravilo, da sme otrok izpodbijati očetovstvo v petih letih od dneva, ko postane polnoleten, je treba razumeti, da sme otrok sam izpodbijati očetovstvo tudi že pred polnoletnostjo, in sicer s petnajstim letom starosti, če je razsoden (prvi odstavek 409. člena Zakona o pravdnem postopku – ZPP).¹⁴ To stališče jasneje izraža 125. člen predloga DZ, po katerem sme otrok izpodbijati očetovstvo do dopolnjenega 23. leta starosti.¹⁵ Čeprav ima otrok možnost izpodbijati svoje očetovstvo pred polnoletnostjo, njegov rok za izpodbijanje očetovstva zaradi posebnega varstva njegove koristi ne glede to, kakšno pravno ureditev sprejme posamezna država, ne more poteči pred polnoletnostjo.¹⁶ Otrok mora imeti namreč v vsakem primeru po polnoletnosti na razpolago določen čas, v katerem bo lahko v miru razčistil svoje starševstvo,¹⁷ vendar pa za odmero tega časa ne bi smelo biti odločilno, koliko časa je poteklo od njegove polnoletnosti, temveč koliko časa je poteklo, odkar polnoletni otrok ve za okoliščine, ki utemeljujejo njegov dvom v očetovstvo.¹⁸ Zakonodajalec bi zato moral rok za otrokovo izpodbijanje očetovstva po polnoletnosti določiti subjektivno.¹⁹ Z opisano ureditvijo bi bila še vedno varovana pravna varnost in trajnost družinskih razmerij, a hkrati tudi zagotovljena otrokova pravica zvedeti za svoj izvor. Uveljavljanje le-te pa je otroku po veljavni ureditvi nesorazmerno oteženo, saj

¹³ Npr. nizozemska, češka, nemška in avstrijska pravna ureditev – Breemhaar, W., v: Spickhoff, A. in drugi (izd.), nav. delo (2007), str. 161; Hrušáková, M., v: Spickhoff, A. in drugi (izd.), nav. delo (2007), str. 172; Schwab, D., nav. delo (Familienrecht, 2008), str. 253; Lurger, B. in Schwimman, M., v: Bergmann, A., Ferid, M. in Henrich D., nav. delo (1976): Avstrija – stanje 1. 3. 2008.

Za pravno ureditev, po kateri otrokova pravica do vložitve tožbe na ugotovitev očetovstva ne bi bila omejena z rokom, se zavzema tudi hrvaška literatura – Hrabar, D., v: Alinčić, M. in drugi, nav. delo (2006), str. 168.

¹⁴ Uradni list RS, št. 73/07 – UPB3, 45/08, 62/08, 111/08, 116/08, 121/08.

¹⁵ Zupančič, K., v: Zupančič, K. in drugi, nav. delo (2009), str. 228.

¹⁶ Argument za to je tudi v nizozemski pravni ureditvi – Breemhaar, W., v: Spickhoff, A. in drugi (izd.), nav. delo (2007), str. 155.

¹⁷ Glej Schwab, D., nav. delo (Familienrecht, 2008), str. 248.

¹⁸ Primerjaj argumente v odločbi US RS, št. U-I-328/05-12 z dne 18. 10. 2007, Uradni list RS, št. 101/07.

¹⁹ O tem Schwab, D., nav. delo (Familienrecht, 2008), str. 248. Primerjaj tudi odločbo US RS, št. U-I-328/05-12 z dne 18. 10. 2007, Uradni list RS, št. 101/07.

mu po dopolnjenem 23. letu starosti brez izjeme onemogoča doseči spremembo družinskega statusa.²⁰

4. Sklep

Nova ureditev otrokove pravice ugotavljati očetovstvo zahteva razmislek, ali naj bo otrokova pravica do tožbe na izpodbijanje očetovstva v prihodnje omejena s subjektivnim rokom, kot je bilo prej prikazano, ali pa naj ureditev poenotimo s pravno ureditvijo ugotavljanja očetovstva. To bi pomenilo odpravo roka za vložitev otrokove tožbe na izpodbijanje očetovstva. Menim, da sta načeloma primerni obe rešitvi, čeprav primerjalni pregled kaže, da večina držav, ki otrokove tožbe na ugotovitev ne omejuje z rokom, določa subjektivni rok za otrokovo vložitev tožbe na izpodbijanje očetovstva. Razlog je najbrž v tem, da je za otroka, ki nima pravnega očeta, ugotavljanje izvora bolj usodno kot pa za otroka, ki pravnega očeta že ima in išče zgolj biološkega očeta.²¹

Literatura

Mira Alinčič in drugi: *Obiteljsko pravo*. Narodne novine, Zagreb 2006.

Arnold Bergmann, Ferid Murat in Dieter Henrich: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (III)*. Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt a. M. 1976.

Christian Huber: OLG Celle, 15. ZS – Urteil v. 29. 10. 2003 – 15 UF 84/03, v: *FamRZ* 51 (2004) 10, str. 825–826.

Tobias Helms: *Das neue Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung*, v: *FamRZ* 55 (2008) 11, str. 1033–1037.

Barbara Novak: *Die Vaterschaftsvermutung in den Ländern des ehemaligen Jugoslawien im Lichte heimlich eingeholter DNA-Tests*, v: *JOR* 47 (2006) 1, str. 11–22.

Barbara Novak: *Pravni položaj domnevnega očeta*, v: *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani* 65 (2005), str. 279–299.

²⁰ Tako tudi sodba nemškega zveznega ustavnega sodišča št. 1 BvL 17/87 z dne 31. 1. 1989, v: *FamRZ* 36 (1989) 3, str. 255, in sklep nemškega zveznega ustavnega sodišča št. 1 BvR 1299/89 in 1 BvL 6/90 z dne 26. 4. 1994, v: *FamRZ* 41 (1994) 14, str. 881.

²¹ Npr. nizozemska, nemška in avstrijska pravna ureditev – Breemhaar, W., v: Spickhoff, A. in drugi (izd.), nav. delo (2007), str. 155; Schwab, D., nav. delo (*Familienrecht*, 2008), str. 248; Lurger, B. in Schwimman, M., v: Bergmann, A., Ferid, M. in Henrich D., nav. delo (1976): *Avstrija – stanje 1. 3. 2008. Češko pravo pa otroku sploh ne daje pravice do izpodbijanja očetovstva* – Hrušáková, M., v: Spickhoff, A. in drugi (izd.), nav. delo (2007), str. 174.

- Frank Reiner in Tobias Helms: Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines »Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren«, v: FamRZ 54 (2007) 16, str. 1277–1281.
- Dieter Schwab: Abstammungsklärung – leicht gemacht. Oder: Neuer Dialog in der Familie, v: FamRZ 55 (2008) 1, str. 23–27.
- Dieter Schwab: Familienrecht. 16. nova in predelana izdaja, Beck, München 2008.
- Andreas Spickhoff in drugi (izd.): Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich. Giesecking, Bielefeld 2007.
- Karel Zupančič in drugi: Reforma družinskega prava – predlog novih predpisov s komentarjem. Uradni list RS, Ljubljana 2009.

Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi

DR. MATEJA KONČINA PETERNEL,
višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. Uvod

Starševstvo ima ustavnopravni status človekove pravice.¹ Ustava Republike Slovenije (URS)² v 54. členu določa, da imajo starši pravico in dolžnost vzdrževati, izobraževati in vzgajati svoje otroke. Ta pravica in dolžnost se staršem lahko odvzame ali omeji samo iz razlogov, ki jih zaradi varovanja otrokovih koristi določa zakon. Pravni izrazi starševstva so roditeljska pravica, ki je opredeljena v 4. členu Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR),³ pravica staršev do stikov z otrokom, ki je opredeljena v prvem odstavku 106. člena ZZZDR, in dolžnost staršev da preživljajo otroka, urejena v 123. in naslednjih členih ZZZDR.⁴ Pravica in dolžnost staršev do stikov z otrokom in do preživljanja otroka namreč nista vezani na roditeljsko pravico, saj obstajata tudi, če se staršem roditeljska pravica odvzame ali preneha.⁵ Vsebina roditeljske pravice so dolžnosti in pravice, ki izvirajo iz skrbi za osebo otroka in iz skrbi za njegovo premoženje, ter s tema elementoma povezana dolžnost zastopanja otroka.⁶

¹ K. Zupančič, 1995, str. 3.

² Uradni list RS, št. 33/1991-I do 68/2006.

³ Uradni list RS, št. 69/2004.

⁴ K. Zupančič, 2008, str. 63, in K. Zupančič, 1999, str. 134.

⁵ K. Zupančič, 2008, str. 65, op. 85.

⁶ K. Zupančič, 1999, str. 182.

2. Oddaja otroka v rejništvo ali zavod s soglasjem staršev

Starši lahko v okviru izvrševanja roditeljske pravice sami otroka zaupajo v varstvo in vzgojo drugi osebi. Tako lahko starši v skladu z določbo 155. člena ZZZDR otroka sami oddajo v rejništvo. Rejništvo je oblika nadomestnega varstva, ki obsega le vsakodnevno nego in varstvo otroka, ne pa tudi zastopanja otroka niti skrbi za otrokovo premoženje. Starši pa morajo, če želijo, da bo oseba, kateri so otroka zaupali, pridobila status rejnika s pravico do mesečne rejnine po določbah Zakona o izvajanju rejniške dejavnosti (ZIRD),⁷ o tem obvestiti pristojni center za socialno delo (CSD), ki bo moral izdati odločbo o oddaji otroka v rejništvo, v kateri bo določil tudi rejnika, pred tem pa bo po 160. členu ZZZDR moralo pristojno ministrstvo tudi izdati dovoljenje za izvajanje rejniške dejavnosti osebi, ki so jo starši izbrali, če bodo izpolnjeni pogoji po drugem odstavku 14. člena ZIRD. Otrokovemu sorodniku (stara mati, stari oče, teta, stric, brat, sestra) ni treba kandidirati za izvajanje rejniške dejavnosti po določbah ZIRD, ampak ministrstvo izda dovoljenje na podlagi pisne in obrazložene ugotovitve CSD, da je tovrstna oblika rejništva v otrokovo korist. Po izdaji odločbe o rejništvu pristojni CSD z rejnikom sklene še rejniško pogodbo.

Prvotno je ZIRD v 55. členu določal, da rejnik, če je otrokov sorodnik, nima pravice do rejnine, vendar je Ustavno sodišče Republike Slovenije v zadevi št. U-I-289/04 odločilo, da dejstvo, da otrokovemu sorodniku ni treba kandidirati v postopku za pridobitev dovoljenja za izvajanje rejniške dejavnosti, samo po sebi ne more biti razlog, ki bi utemeljeval razlikovanje glede plačila za opravljeno delo rejnika. V obrazložitvi je navedlo, da se otrokov sorodnik za izvajanje rejniške dejavnosti ne odloči samostojno, temveč ga k temu pozove center za socialno delo, ki oceni, da je tovrstna oblika rejništva v otrokovo korist. Zato kandidiranje za pridobitev dovoljenja za izvajanje rejništva v tem primeru sploh ni aktualno. Opozorilo je, da iz navedenega izhaja, da to tudi ne more biti razumen, iz narave stvari izhajajoč razlog za različno ureditev glede plačila za opravljeno delo. Ustavno sodišče RS je zato določbo 55. člena ZIRD razveljavilo.

Če starši otroka zaupajo v varstvo in vzgojo drugi osebi, ne da bi o tem obvestili CSD, lahko CSD – če ugotovi, da je otrok pri tej osebi ogrožen oziroma da pri tej osebi ne bo dosežen namen rejništva – ukrene vse potrebno za otrokovo korist (177. člen ZZZDR). V osnutku Družinskega zakonika (v nadaljevanju DZak) je predvidena smiselna uporaba določb o ukrepih za varstvo koristi otrok tudi v primerih, ko se otrok nahaja pri drugi osebi.⁸

⁷ Uradni list RS, št. 110/2002.

⁸ K. Zupančič in drugi, 2005, str. 251, 252.

Starši lahko po 121. členu ZZZDR tudi soglašajo z namestitvijo otroka v zavod zaradi otrokove osebnostne ali vedenjske motenosti, ki bistveno ogroža njegov zdrav osebostni razvoj. Vendar mora kljub soglasju staršev CSD o oddaji otroka v zavod izdati odločbo, kajti gre za ukrep, ki pomeni tudi hud poseg v pravice otroka in ne more biti izveden le na podlagi odločitve staršev.⁹

3. Zaupanje otroka v varstvo in vzgojo drugi osebi proti volji staršev

Center za socialno delo ali sodišče lahko otroka zaupata drugi osebi tudi proti volji staršev. V tretjem odstavku 105. člena ZZZDR je določeno, da lahko sodišče ob odločanju o varstvu in vzgoji otrok po razpadu družine po uradni dolžnosti tudi odloči, da se vsi ali nekateri otroci zaupajo v varstvo in vzgojo drugi osebi. Po 120. členu ZZZDR sme CSD otroka odvzeti staršem in ga dati v vzgojo in varstvo drugi osebi ali zavodu, če so starši zanemarili otrokovo vzgojo in varstvo ali če je to iz drugih pomembnih razlogov v otrokovo korist.¹⁰ V primeru, ko sodišče otroka zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi proti volji staršev, mora upoštevati pogoje, določene v 120. členu ZZZDR, pri namestitvi otroka v zavod pa tudi omejitve po 121. členu ZZZDR.¹¹

Praviloma bi morala biti pravna ureditev ukrepov za varstvo koristi otrok zasnovana tako, da bi bilo iz izrečenega ukrepa popolnoma jasno razvidno, katere pravice in dolžnosti so staršem odvzete. Nato pa bi glede na obseg omejitev pravic staršev pristojni organ otroku zagotovil nadomestno varstvo in vzgojo.¹² Sedanja pravna ureditev je v tem pogledu pomanjkljiva, saj je šele po izbiri oblike nadomestnega varstva in vzgoje (rejništvo, skrbništvo) mogoče sklepati, katere pravice in dolžnosti so bile staršem odvzete.

3.1. Katere pravice in dolžnosti v okviru roditeljske pravice starši obdržijo, čeprav jim je otrok odvzet

Obseg pravic in dolžnosti, ki bi jih starši ohranili kljub odvzemu otroka, bi moral biti odvisen od okoliščin posamičnega primera in CSD ter sodišče bi morala ob odvzemu otroka staršem odločiti tudi o tem. Vprašanje je, ali jima veljavna pravna ureditev to omogoča?

⁹ Več o pomanjkljivostih sedanje pravne ureditve tega ukrepa v M. Končina Peternel, 1998, str. 164 in nasl.

¹⁰ O najpogostejših razlogih za odvzem otroka glej K. Zupančič, 1986, str. 187.

¹¹ Podrobneje M. Končina Peternel, 2005, str. 40.

¹² Takšna je predvidena ureditev v osnutku predloga DZak, ki v 170. členu ob ukrepu odvzema otroka staršem predvideva tudi možnost omejitve posameznih pravic in dolžnosti staršev, ki izvirajo iz starševske skrbi, in omejitve pravice do stikov z otrokom.

Kot je bilo povedano uvodoma, gre za štiri sklope pravic in dolžnosti, ki izvirajo iz starševstva. Prvi sklop sestavljajo pravice in dolžnosti, povezane z neposredno skrbjo za otroka, ki ne vključuje zastopanja otroka. V drugi sklop spada zastopanje otroka v nepremoženjskih zadevah – izbira otrokovega osebnega zdravnika, urejanje državljanstva, pridobitev osebnih dokumentov, soglasje za večje medicinske posege, vpis v šolo. V tretji sklop spada upravljanje otrokovega premoženja in zastopanje otroka v premoženjskih zadevah. V četrtem pa sta pravica in dolžnost vzdrževati stike z otrokom.

Kadar CSD in sodišče otroka odvzmeta staršem in ga CSD nato odda v rejništvo, glede na vsebino rejništva to pomeni, da sta staršem odvzela le neposredno skrb za osebo otroka, starši pa obdržijo vse druge pravice in dolžnosti, ki izvirajo iz roditeljske pravice – tudi pravico soodločanja o pomembnejših vprašanih rejenčeve oskrbe in vzgoje. ZIRD v 25. členu sicer določa, da je dolžnost rejnika preskrbeti ustrezno zdravstveno oskrbo prek izbranega osebnega zdravnika in poskrbeti za vključitev rejenca v poklicno usposabljanje ali ustrezno zaposlitev. V 27. členu ZIRD pa je določeno, da mora rejnik vsa pomembnejša vprašanja glede rejenčeve oskrbe in vzgoje urejati z rejenčevimi starši sporazumno oziroma s skrbnikom in CSD. V praksi prihaja do konfliktov med starši in rejniki in po Zupančičevem mnenju je za odločanje v sporih o izvrševanju dolžnosti glede vzgoje in varstva otroka med rejnikom in starši treba po analogiji uporabiti določbo 113. člena ZZZDR.¹³

Menim, da bi bilo treba v primeru, ko iz okoliščin primera izhaja, da starši niso sposobni tvornega sodelovanja pri sprejemanju odločitev, povezanih z neposredno skrbjo za otroka, staršem omejiti pravico do zastopanja otroka, nato pa postaviti skrbnika, ki bo otroka zastopal v zadevah, v katerih bi imeli starši pravico zastopanja omejeno (201. člen ZZZDR).

Menim, da sodišče glede na vsebino tretjega odstavka 105. člena ZZZDR lahko otroka le zaupa drugi osebi, ne more pa na podlagi te določbe omejiti posameznih pravic staršev, ki izvirajo iz roditeljske pravice. Ker pravica do stikov ne izvira iz roditeljske pravice, bomo o njej posebej govorili v nadaljevanju. Sodišče dejansko lahko staršem na podlagi tretjega odstavka 105. člena ZZZDR staršem omeji le neposredno skrb za osebo otroka, s tem ko otroka zaupa drugi osebi. Sodišče tudi ne more otroka obenem postaviti pod skrbništvo – s čimer bi omejilo pravico staršev do zastopanja otroka. Po sedanji pravni ureditvi je postavitvev pod skrbništvo v izključni pristojnosti CSD (201. člen ZZZDR). Sodišče lahko po 212. členu ZZZDR postavlja le skrbnika za poseben primer.

ZZZDR v 119. členu daje CSD splošno pooblastilo za izvajanje ukrepov za varstvo otrokovih koristi. CSD bi zato lahko na podlagi 119. člena ZZZDR ob odvzemu otroka staršem tudi omejil posamezne pravice in to navedel v izreku odločbe. S tem bi se lahko izognil morebit-

¹³ Glej K. Zupančič, 1977, str. 168, in K. Zupančič, 1973, str. 177.

nim nerešljivim konfliktom med starši in rejniki glede vprašanj vsakodnevne skrbi za otroka. Res pa je, da je Ustavno sodišče Republike Slovenije v zadevi št. U-I-312/00 opozorilo, da pomembne določbe Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije o uresničevanju otrokovih pravic (MEKOU), ki zagotavljajo posebne pravice otroka, niso neposredno uporabljive in da zato upravni postopek udeležencem, zlasti otroku, nudi manj procesnih jamstev. Odločitev Ustavnega sodišča govori za sklep, da CSD vendarle ne more na podlagi splošnega pooblastila 119. člena bistveno omejevati pravic staršev, predvsem zato, ker v upravnem postopku ne more strankam v postopku – zlasti otroku – zagotoviti zadostnih postopkovnih jamstev. Nobenega dvoma pa ni, da lahko CSD na podlagi 201. člena ZZZDR ob odvzemu otroka staršem tudi postavi otroka pod skrbništvo in odloči tudi, v kakšnem obsegu skrbnik zastopa otroka.¹⁴

3.2. Omejitev pravice do stikov z otrokom ob odvzemu otroka

Ali lahko sodišče ob tem, ko varstvo in vzgojo otroka po tretjem odstavku 105. člena ZZZDR zaupa drugi osebi, staršem tudi omeji ali odvzame pravico do stikov z otrokom? Ali lahko CSD ob odvzemu otroka po 120. členu ZZZDR na podlagi 119. člena ZZZDR tudi omeji pravico do stikov z otrokom ali te pristojnosti nima?

Po drugem odstavku 408. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)¹⁵ sodišče lahko odloči brez postavljenega zahtevka, kadar tako določa zakon. ZPP v drugem odstavku 421. člena le za primer, ko sodišče odloča o razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze, določa, da sodišče odloči o otrokovih stikih tudi, če zahtevk ni bil postavljen. Tega pa ne določa za druge primere, ko sodišče odloča o varstvu in vzgoji otroka.¹⁶ Res je sicer, da se praviloma o otrokovih stikih odloča v nepravdnem postopku in se o otrokovih stikih v pravnem postopku odloča le, kadar se obenem odloča tudi o varstvu in vzgoji otroka. V nepravdnem postopku o vezanosti na postavljen zahtevk ni mogoče govoriti, saj mora predlog vsebovati le opis razmerja oziroma stanje, o katerem naj sodišče odloči (21. člen Zakona o nepravdnem postopku – ZNP).¹⁷ Vendar pa tudi v nepravdnem postopku sodišče ne more urejati razmerij, če tega nihče ne zahteva, razen če ni izrecno določeno, da lahko sodišče postopek začne po uradni dolžnosti. Ob obstoječi pravni ureditvi zelo težko pridemo do sklepa, da lahko sodišče v vseh primerih, ko odloča o varstvu in vzgoji, po uradni dolžnosti odloči tudi o otrokovih stikih. Prav zato je v predlogu osnutka DZak to v tretjem odstavku 134. člena posebej določeno. To pa pomeni, da po sedanji pravni ureditvi lahko sodišče po uradni dolžnosti ob odvzemu otroka prepove ali omeji stike le v primerih, ko obenem odloča o razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze, v

¹⁴ Tako tudi K. Zupančič, 1999, str. 150.

¹⁵ Uradni list RS, št. 45/2008.

¹⁶ N. Betetto, 2005, str. 60.

¹⁷ Uradni list SRS, št. 30/86, do Uradni list RS, št. 87/2002.

vseh drugih primerih, ko odloča o varstvu in vzgoji otroka, pa ne. V vseh primerih, ko odloča o sporih iz razmerij med starši in otroki, pa lahko po uradni dolžnosti po 411. členu ZPP izda tudi začasno odredbo o odvzemu otroka ali omejitvi pravice do stikov. Seveda pa lahko v vseh primerih CSD v mnenju, ki ga mora podati na podlagi sedmega odstavka 105. člena ZZZDR, predlaga omejitev stikov. Res je, da v 106. členu ZZZDR ni določeno, kdo lahko sodišču predlaga odvzem oziroma omejitev stikov, in je le v 106.a členu ZZZDR, ko gre za otrokove stike z drugimi osebami, navedeno, da lahko ureditev stikov predlaga tudi CSD. Vendar je glede na pooblastila, ki jih ima CSD po Zakonu o socialnem varstvu (ZSV)¹⁸ in ZZZDR glede zaščite ogroženih otrok in glede na to, da se vsi nepravdni postopki za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij po ZNP lahko začnejo na predlog CSD, treba šteti, da je CSD lahko predlagatelj ukrepov za varstvo koristi otrok tudi v vseh drugih nepravdnih postopkih, ki tečejo zaradi ureditve vprašanj iz razmerij med starši in otroki.

Na podlagi splošnega pooblastila iz 119. člena ZZZDR lahko CSD izpelje katerikoli ukrep za varstvo otrokovih koristi, pod pogojem, da je ukrep potreben.¹⁹ Tako bi načeloma lahko CSD na podlagi 119. člena ZZZDR ob odvzemu otroka staršem tudi odločil o omejitvi stikov z otrokom. Kot pa je bilo že opozorjeno, upravni postopek udeležencem, zlasti otroku, nudi manj procesnih jamstev. Prav to govori za sklep, da CSD vendarle ne more na podlagi splošnega pooblastila 119. člena ZZZDR ob odvzemu otroka staršem ali oddaji otroka v zavod sam odločiti o omejitvi stikov, ampak mora za omejitev stikov začeti postopek pred sodiščem.

3.3. Dolžnost preživljanja otroka

Z odvzemu otroka in namestitvijo otroka k drugi osebi ne preneha dolžnost staršev preživljati otroka. Res pa je, da preživljanje otroka, kadar je zaupan v varstvo in vzgojo drugi osebi, v ZZZDR ni posebej urejeno in zato v praksi povzroča težave. Kadar o odvzemu otroka odloči CSD, po moji oceni (iz razlogov, ki so bili že navedeni) nima pristojnosti, da bi obenem na podlagi 119. člena ZZZDR odločil tudi o preživljanju otroka, saj je za to pristojno sodišče. Pravica do preživljanja je pravica otroka in otrok je aktivno legitimiran za uveljavljanje zahtevka zoper starše. V primeru, če ob odvzemu otroka staršema pravica zastopanja otroka ni odvzeta tako, da je otroku obenem postavljen skrbnik, mora CSD za vložitev preživninske tožbe zoper starše otroku postaviti kolizijskega skrbnika po 213. členu ZPP. Problem seveda je, da v primeru, če staršem ni omejena pravica razpolaganja z otrokovim premoženjem, lahko starši z denarjem na računu otroka razpolagajo. Zato bi moral CSD, če želi to preprečiti, ob odvzemu otroka staršem tudi odvzeti pravico zastopanja v zvezi z upravljanjem otrokovega

¹⁸ Uradni list RS, št. 3/2007.

¹⁹ K. Zupančič, 1999, str. 149.

denarja na računu. CSD bi moral otroku postaviti skrbnika, ki bi nato v imenu otroka s tožbo od sodišča zahteval, naj staršema naloži, da morata plačevati mesečno preživnino na račun, ki bi ga v ta namen odprl v imenu otroka.

ZZZDR in ZIRD ne vsebujeta določb o pravici države, da izplačane zneske oskrbnine v primeru rejništva ali namestitve v zavodu regresira iz tako prejete preživnine. Menim, da bi bilo ZIRD in Zakon o javnem jamstvenem in preživninskem skladu Republike Slovenije (ZJSRS)²⁰ treba dopolniti z določbo, da z izplačilom oskrbnine preidejo terjatve otroka proti preživninskemu zavezancu na Javni jamstveni in preživninski sklad RS (sklad) do višine izplačane oskrbnine. Sklad bi moral po zakonu tudi imeti pravico od otroka iz prejetih zneskov preživnine ali iz njegovega premoženja zahtevati povrnitev plačanih zneskov oskrbnine.²¹

Vprašanje je, ali lahko že po sedanjih pravni ureditvi država od staršev oziroma otroka regresira sredstva, ki jih plačuje za oskrbnino otroka v rejništvu (51. člen ZIRD) ali v zavodu. ZZZDR v 133. členu določa, da kdor je imel izdatke zaradi preživljanja kake osebe, sme s tožbo zahtevati povračilo izdatkov od tistega, ki jo je dolžan preživljati, kolikor so bili ti izdatki potrebni. Na podlagi te določbe država, ki plačuje oskrbnino za otroka v rejništvu ali v zavodu, lahko zahteva povrnitev izdatkov od staršev za obdobje, ko o preživninskem zahtevku otroka še ni bilo odločeno s sodbo. Gre za verzijski zahtevak, ki zastara v splošnem petletnem zastaralnem roku (346. člen Obligacijskega zakonika – OZ).²²

Ali lahko sodišče po veljavni pravni ureditvi ob odvzemu otroka po uradni dolžnosti odloči tudi o preživljanju otroka? Tudi za odločanje o preživljanju otroka velja enako kot pri odločanju o otrokovih stikih. Po sedanjih pravni ureditvi lahko sodišče po uradni dolžnosti ob odvzemu otroka odloči o preživljanju otroka le, če obenem odloča o razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze, v vseh drugih primerih, ko odloča o varstvu in vzgoji otroka, po obstoječi pravni ureditvi ni podlage za odločanje po uradni dolžnosti. V vseh primerih, ko odloča o sporih iz razmerij med starši in otroki, pa lahko po uradni dolžnosti po 411. členu ZPP izda začasno odredbo o preživljanju otroka.

Kadar sodišče ob odločanju o varstvu in vzgoji otroka ugotovi, da nobeden od staršev ni primeren za varstvo in vzgojo in bi bilo treba otroka zaupati drugi osebi, lahko po četrtem odstavku 409. člena ZPP otroku postavi posebnega zastopnika. Menim, da bi lahko ob predhodnem dogovoru s CSD sodišče v zadevah, ko v zakonu nima podlage, da bi o preživljanju

²⁰ Uradni list RS, št. 25/1997 do 31/2008.

²¹ V 28. členu ZJSRS je določeno: Terjatve upravičenca proti delodajalcu oziroma stečajnemu dolžniku in terjatve otroka proti preživninskemu zavezancu preidejo do višine pravic zagotovljenih po tem zakonu na sklad z dnem izvršitve odločbe o priznanju pravic po tem zakonu (subrogacija). S prehodom terjatve na sklad vstopi sklad v razmerju do preživninskega zavezanca v položaj otroka kot upnika do višine sredstev izplačanih na podlagi odločbe o nadomestilu preživnine, povečanih za pripadajoče obresti in stroške postopkov.

²² Uradni list RS, št. 83/2001 do 40/2007.

in otrokovih stikih odločalo po uradni dolžnosti, postavilo za posebnega zastopnika delavca CSD, ki bi nato v tem postopku v imenu otroka tudi postavil zahtevek za preživljanje zoper starše in zahtevek za omejitev ali prepoved stikov, če bi bilo to potrebno za zavarovanje otrokovih koristi.

Po uveljavljeni sodni praksi sodišče preživnino določi tako, da najprej oceni potrebe otroka, nato pa od ocenjenih mesečnih potreb otroka odšteje lastne prihodke otroka in otroški dodatek. Menim, da je utemeljen očitek, da sodišče pri določitvi preživnine ne bi smelo upoštevati otroškega dodatka. Z otroškim dodatkom se staršem oziroma otroku zagotovi dopolnilni prejemek za preživljanje, vzgojo in izobraževanje, kadar dohodek na družinskega člana ne presega gornje meje dohodkovnega razreda po Zakonu o starševskem varstvu in družinskih prejemkih²³ (65. člen). Zato bi bilo pravilneje, da bi preživninskemu zavezanecu najprej določili njegovo preživninsko obveznost brez upoštevanja otroškega dodatka, upoštevajoč potrebe otroka in njegove zmožnosti, nato pa bi pristojni organ na podlagi na novo določene preživnine upoštevajoč dohodek na družinskega člana nato na novo določil višino otroškega dodatka, ki bo imel v tem primeru res – kot določa zakon – naravno dopolnilnega prejemka za preživljanje.

Da je takšen način določanja preživninske obveznosti nepravilen, se je pokazalo tudi v zadevi IV Cp 4069/2005, v kateri je oče zahteval znižanje preživninske obveznosti zaradi spremenjenih okoliščin, (med drugim tudi zato) ker je bil potem, ko je bila z razvezno sodbo pravnomočno določena njegova preživninska obveznost, otrok oddan v rejništvo. Oče je trdil, da so z oskrbnino, ki jo rejniku plačuje država, pokrite že vse potrebe otroka in da zato nepokritih potreb, ki bi jih bil dolžan kriti s preživnino, ni več. Višje sodišče je odločilo, da je s plačilom oskrbnine poravnana terjatev rejnika do države, da pa preživninska obveznost staršev zaradi nastopa rejništva ne preneha. Po prvi odločbi je bil oče dolžan preživnino plačevati materi. Prav zato, ker v zakonu ni posebej urejen način plačevanja preživnine v primeru, ko je otrok zaupan drugi osebi, sodišče ni imelo pravne podlage, da ob zahtevku očeta za znižanje preživnine po uradni dolžnosti spremeni tudi odločitev o tem, komu mora oče po oddaji v rejništvo plačevati preživnino. Zapisalo je, da bo tožnik prost s plačilom preživnine otrokovi materi, ki je še vedno otrokova skrbnica in je zato dolžna ravnati v vseh pogledih v njegovo korist, torej tudi poskrbeti za izročitev od očeta izterjane preživnine (in svojega prispevka) organu, ki krije stroške rejništva. Vsekakor bi bilo treba pri ukrepu odvzema otroka staršem določiti, da sodišče obenem po uradni dolžnosti odloči o preživljanju otroka in staršem naloži plačevanje na račun otroka, ki ga v ta namen v imenu otroka odpre CSD po določbah o skrbništvu.

²³ Uradni list RS, št. 3/2004.

4. Komu lahko CSD in sodišče zaupata otroka

Kadar sodišče in CSD otroka zaupata drugi fizični ali pravni osebi, morata v odločbi navesti ime in priimek fizične osebe oziroma ime zavoda, v katerega otroka namestita, razen v primeru, ko je otrok s strani staršev tako ogrožen, da so staršem prepovedani stiki in ime osebe, kateri je otrok zaupan, v odločbi zato ne sme biti navedeno.²⁴ V tem primeru bi se morala staršem vročiti le odločba z navedbo, da se otroka zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi, odločbo z navedbo imena osebe pa bi bilo treba zapečatiti in staršem ne dovoliti vpogleda vanjo. V ZPP za takšno odločitev ni pravne podlage, zato bi bilo nujno treba to vprašanje dodatno urediti v osnutku DZak. CSD ima podlago za takšno odločitev v 119. členu ZZZDR.²⁵

V prvi vrsti lahko CSD in sodišče otroka zaupata sorodniku, CSD pa nato v skladu z (v prvem poglavju) navedenimi določbami ZIRD začne postopek izdaje dovoljenja za opravljanje rejniške dejavnosti (14. člen ZIRD).

CSD lahko ob odvzemu otroka odda v rejništvo. Sestavina odločbe mora vsebovati izrek o oddaji otroka v rejništvo in določitev rejnika. Vprašanje je, ali lahko ob obstoječi pravni ureditvi sodišče, ko na podlagi tretjega odstavka 105. člena ZZZDR otroka odvzame staršem, odloči tudi, da se otroka odda v rejništvo. Menim, da ne, glede na to, da je po 157. členu ZZZDR za oddajo v rejništvo pristojen le CSD. Po določbi tretjega odstavka 105. člena ZZZDR mora sodišče, preden odloči o varstvu in vzgoji otroka, pridobiti mnenje CSD. Sodišče bo moralo v primeru, ko ne bo sorodnikov, ki bi jim zaupalo otroka, s pomočjo pristojnega CSD otroku najti rejnika. CSD bo moral sodišču sporočiti ime rejnika, sodišče pa bo v odločbi navedlo le ime in priimek rejnika, brez odločitve, da se otroka odda v rejništvo.²⁶ S tem je odločba izvršljiva, obenem pa sodišče ne bo poseglo v pristojnost CSD. CSD pa bo nato v skladu s 157. členom ZZZDR naknadno izdal odločbo o rejništvu. Zato, da ne pride do zapletov, ki bi bili v škodo otroku, je nujno, da sodišče tesno sodeluje s CSD in upošteva mnenje CSD.

V osnutku predloga DZak je določeno, da tudi sodišče lahko otroka odda v rejništvo ob izreku ukrepov za varstvo koristi otrok. Osutek DZak je bil dopolnjen tako, da omogoča sodišču, da ob izreku ukrepov za varstvo koristi otroka – na primer ob omejitvi pravic staršev – otroku tudi postavi skrbnika oziroma da ob odvzemu roditeljske pravice odloči tudi o posvojitvi.

²⁴ K. Zupančič, 1999, str. 169.

²⁵ Prav tam.

²⁶ V članku Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori iz leta 2005 sem navedla, naj sodišče v izreku odločbe navede le, da se otroka namesti v rejniško družino, na podlagi odločbe sodišča pa bo nato CSD po 160. členu ZZZDR izdal odločbo, s katero bo otroka oddal v konkretno rejniško družino. Menim, da je bilo to stališče napačno prav iz navedenih razlogov.

CSD in sodišče lahko otroka zaupata v varstvo in vzgojo tudi pravnim osebam. Po ZSV so to predvsem javni socialno varstveni zavodi, ki so po 4. členu Zakona o zavodih (ZZ)²⁷ pravne osebe. Po ZSV so javni varstveni zavodi, v katere je mogoče nameščati otroke, CSD, v okviru katerih delujejo krizni centri za mlade in otroke, ki sprejemajo otroke za največ tri tedne in delujejo 24 ur na dan (49. člen ZSV), domovi za starejše, ki lahko opravljajo tudi institucionalno varstvo za mlajše invalidne osebe po 16. členu ZSV (50. člen ZSV), domovi za otroke, ki opravljajo naloge institucionalnega varstva otrok in mladoletnikov, prikrajšanih za normalno družinsko življenje po drugem odstavku 16. člena ZSV (53. člen ZSV), in socialno varstveni zavodi za usposabljanje, ki opravljajo institucionalno varstvo otrok in mladoletnikov z zmerno, težjo ali težko motnjo v duševnem razvoju po tretjem odstavku 16. člena ZSV (54. člen ZSV).²⁸

Krizni center za mlade	Naslov	Telefon	E-pošta
CSD Celje	Ipavčeva 8, 3000 Celje	03 493 05 30 031 576 150	kcm.celje@siol.net
CSD Ljubljana Bežigrad	Ravbarjeva 11a, 1000 Ljubljana	236 12 22 236 12 23 041 419 121 041 419 122 041 424 281 faks: 01 436 92 47	kcm.lj@siol.net
CSD Maribor	Trubarjeva 27, 2000 Maribor	051 324 211	kcm-mb@gov.si
CSD Murska Sobota	Lendavska ulica 15a, 9000 Murska Sobota	031 304 601 02 534 85 82	kcm.ms@siol.net
CSD Slovenj Gradec	Ozka ulica 1, 2380 Slovenj Gradec	041 301 050 041 962 029 02 885 01 11	csd.krizni.center@ gov.si

²⁷ Uradni list RS, št. 54/1992 do 8/2009.

²⁸ Člen 16 ZSV: Institucionalno varstvo po tem zakonu obsega vse oblike pomoči v zavodu, v drugi družini ali drugi organizirani obliki, s katerimi se upravičencem nadomeščajo ali dopolnjujejo funkcije doma in lastne družine, zlasti pa bivanje, organizirana prehrana in varstvo ter zdravstveno varstvo. Institucionalno varstvo otrok in mladoletnikov, prikrajšanih za normalno družinsko življenje po tem zakonu obsega poleg storitev iz prejšnjega odstavka že vzgojo in pripravo za življenje. Institucionalno varstvo otrok in mladoletnikov z zmerno, težjo ali težko motnjo v duševnem razvoju obsega poleg storitev iz prvega odstavka tega člena še usposabljanje po posebnem zakonu, oskrbo in vodenje.

CSD Radovljica	Alpska cesta 15, 4248 Lesce	040 436 530 040 436 531 04 531 69 30	krizni.center@ telemach.net
CSD Krško	Cesta krških žrtev 11, 8270 Krško	041 795 885 07 490 51 77	kcmkrsko@sint.net
Krizni center za otroke – Hiša zavetja Palčica CSD Grosuplje*	Taborska 13, 1290 Grosuplje	059 922 866 040 194 192 040 194 193	hisa.palcica@gmail.com

Sledijo centri za usposabljanje:

Center za usposabljanje	Naslov	E-pošta
Center za usposabljanje, delo in varstvo Črna na Koroškem	Center 144, 2393 Črna na Koroškem	group7.sgcudv@guest.arnes.si
Center za usposabljanje, delo in varstvo Dolfke Boštjančič	Draga 1, 1292 Ig	center.draga.ig@center-db.si
Center za usposabljanje, delo in varstvo Dobrna	Lokovina 10, 3204 Dobrna	uprava-zuvd@siol.net
Center za usposabljanje, delo in varstvo Matevža Langusa Radovljica	Cesta na jezerca 17, 4240 Radovljica	zvonka.stefancic@dom-ml.si
Zavod za usposabljanje, delo in varstvo dr. Marijana Borštnarja Dornava	Dornava 128, 2252 Dornava	info@zavod-dornava.si

*Navedena seznama, kakor tudi seznam domov za starejše, v katerem pa ni posebej navedeno, kateri od domov imajo oddelke za institucionalno varstvo mlajših invalidnih oseb, najdete na internetnem naslovu: http://www.mddsz.gov.si/si/delovna_podrocja/sociala/izvajalci_na_podrocu_socialnega_varstva/

Domovi za otroke so v pristojnosti Ministrstva za šolstvo in šport. V 15. členu Zakona o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami (ZUOPP)²⁹ je določeno, da se otroci s posebnimi potrebami, ki jim ni mogoče zagotoviti vzgoje in izobraževanja v kraju njihovega prebivališča in jim zaradi oddaljenosti prebivališča od kraja vzgoje in izobraževanja ni mogoče zagotoviti prevoza, lahko vključijo v zavod za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami ali se oddajo v rejništvo. Po 3. členu Pravilnika o organizaciji in načinu dela komisij za usmerjanje otrok s posebnimi potrebami ter o kriterijih za opredelitev vrste in stopnje primanjkljajev,

²⁹ Uradni list RS, št. 54/2000 do 118/2006.

ovir oziroma motenj otrok s posebnimi potrebami (pravilnik)³⁰ so otroci, mladoletniki in mlajše polnoletne osebe (v nadaljevanju: otroci) s posebnimi potrebami po ZUOPP otroci z motnjami v duševnem razvoju, slepi in slabovidni otroci, gluhi in naglušni otroci, otroci z govorno-jezikovnimi motnjami, gibalno ovirani otroci, dolgotrajno bolni otroci, otroci s primanjkljaji na posameznih področjih učenja in otroci s čustvenimi in vedenjskimi motnjami. Po 15. členu pravilnika se otroci s čustvenimi in vedenjskimi motnjami v skladu z ZUOPP usmerjajo v izobraževalne programe s prilagojenim izvajanjem in dodatno strokovno pomočjo. Strokovna pomoč se jim nudi tudi v obliki vzgojnih, socialnointegrativnih, preventivnih, kompenzacijskih in korekcijskih programov, ki so sestavni del vzgojnega programa. Otroci s čustvenimi in vedenjskimi motnjami, pri katerih je zaradi motenj ogrožen njihov zdrav razvoj oziroma ogrožajo okolico v taki meri, da potrebujejo vzgojo v zavodu, se oddajo v zavod za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami. V 15. členu pravilnika je navedeno, da o oddaji otroka v zavod odloči in spremlja izvajanje ukrepa pristojni CSD v skladu z zakonom, ki ureja področje zakonske zveze in družinskih razmerij. Navedeno je, da CSD izda odločbo v soglasju z Zavodom Republike Slovenije za šolstvo (v nadaljnjem besedilu: zavod). Glede na osnutek predloga DZak, po katerem bo pristojnost v celoti prenesena na sodišča, bo zagotovo treba prilagoditi tudi določbe pravilnika. Zlasti pri nujnih namestitvah otroka v zavod ne sme biti pogoj za namestitev soglasje zavoda, saj to zelo podaljša postopek.

Zavodi za izobraževanje otrok in mladostnikov s posebnimi potrebami

Naziv	Naslov	Tel. št., URL naslov	Poštna številka	Pošta
Center za korekcijo sluha in govora Portorož	Sončna pot 14A		6320	Portorož - Portorose
Center za izobraževanje, rehabilitacijo in usposabljanje Janka Premrla-Vojka Vipava	Vojkova ulica 33		5271	Vipava
Mladinski dom Maribor (ima 5 stanovanjskih skupin)	Ulica Saše Deva 21	tel. 02/614-44-04, http://www.mladinski-dom-mb.si	2000	Maribor
Zavod za gluhe in naglušne Ljubljana	Vojkova cesta 74		1000	Ljubljana

³⁰ Uradni list RS, št. 54/2003 do 8/2008.

Vzgojno-izobraževalni zavod Višnja Gora	Cesta Dolenjskega odreda 19	01/788-78-27 http://www2.arnes.si/~vizvgora/	1294	Višnja Gora
Stanovanjska skupina Brod (dekleta)	Na Rojah 4	01/500-15-30	1210	Lj.-Šentvid
Vzgojno-izobraževalni zavod Veržej	Ulica bratstva in enotnosti 5	02/587-16-54 http://zavod.viz-verzej.si	9241	Veržej
Zavod za vzgojo in izobraževanje Logatec	Tržaška cesta 63	01/754-12-40 http://www.z-vzl.lj.edus.si	1370	Logatec
Stanovanjska skupina Rdeča kljuka (srednješolci)	Mašera Spasića 15	01/534-78-01		
Zavod za slepo in slabovidno mladino Ljubljana	Langusova ulica 8		1000	Ljubljana
Mladinski dom Jarše Ljubljana (ima 4 stanovanjske skupne): Kokos Zeleni tir Hiša Črnuška gmajna (srednješolci)	Jarška cesta 44 Vide Pregarčeve 34 Vide Pregarčeve 34 Jarška 44 Suhadolčanova 57	http://www2.arnes.si/~osljpm2s/ 01/54-25-500 01/54-25-501 01/541-43-23 059/057-630	1000	Ljubljana
Vzgojni zavod Kranj (ima 5 stanovanjskih skupin)	Šempeterska ulica 4	04/231-50-40 http://www.vz-kranj.si	4000	Kranj
Vzgojni zavod Planina	Planina 211	05/703-12-15 http://www.z-planina.po.edus.si/	6232	Planina
Stanovanjska skupina Postojna	Cesta Dolomitskega odreda 25	05/72-62-450	6230	Postojna

Vzgojno-izobraževalni zavod Frana Milčinskega, Smlednik Stanovanjska skupina Ježek	Valburga 5 Cesta v Dvor 18	01/362-51-30 http://www2.arnes.si/~ssljfm1s/ 01/500-95-40	1216 1210	Smlednik Lj.-Šentvid
Splošna bolnišnica dr. Franca Derganca, Odd. za invalid. mlad. Stara gora	Ulica padlih borcev 13A		5290	Šempeter pri Gorici
Center za sluh in govor Maribor	Vinarska ulica 6		2000	Maribor
Vzgojni zavod Slivnica pri Mariboru	Polanska cesta 6	02/60-40-291 http://www.vzgojni-zavod-slivnica.si	2312	Orehova vas
Stanovanjska skupina	Efenkova cesta 61	03/89-86-280	3220	Velenje
Center za izobraževanje, rehabilitacijo in usposabljanje Kamnik	Novi trg 43A		1241	Kamnik
Mladinski dom Malči Beličeve, Ljubljana	Mencingerjeva ulica 65	01/283-31-96 http://www2.arnes.si/~mdljmb1s/	1000	Ljubljana

5. Odvzem otroka kot nujni ukrep

Za učinkovito zaščito ogroženega otroka mora pravna ureditev pristojnim organom omogočati takojšnjo izločitev otroka iz družine ob zagotavljanju procesnih jamstev staršem in otroku.³¹ Po 411. členu ZPP lahko sodišče med postopkom o zakonskih sporih in sporih iz razmerij med starši in otroki izda tudi po uradni dolžnosti začasne odredbe o varstvu in preživetju skupnih otrok in tudi začasne odredbe o odvzemu ali omejitvi pravice do stikov oziroma o načinu izvrševanja stikov. To pomeni, da lahko na podlagi te določbe sodišče tudi z začasno odredbo otroka odvzame staršem in zaupa drugi osebi.

³¹ Recommendation No. R (91) 9.

Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP)³² pa začasnih odredb ne ureja, zato so CSD odločbo o nujnem odvzemu otroka običajno izdali na podlagi 4. točke prvega odstavka 144. člena ZUP, po katerem lahko organ po skrajšanem postopku takoj odloči o stvari, če gre za nujne ukrepe v javnem interesu, ki jih ni mogoče odlagati, pa so dejstva, na katera se mora opirati odločba, ugotovljena ali vsaj verjetno izkazana. Nujni ukrepi so podani, če obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, za javni red in mir, za javno varnost ali za premoženje večje vrednosti. ZUP v 211. členu določa, da kadar gre za nujne ukrepe v javnem interesu po 4. točki prvega odstavka 144. člena ZUP, lahko pristojni organ odloči tudi ustno. Organ, ki ustno odloči, lahko odredi, da se odločba takoj izvrši. Organ, ki je ustno odločil, mora stranki izdati pisno odločbo v osmih dneh od ustne odločitve. V 221. členu pa ZUP določa, da če je glede na okoliščine primera neizogibno potrebno, da se pred koncem postopka izda odločba, s katero se začasno uredijo posamezna vprašanja ali razmerja, se izda taka odločba na podlagi podatkov, ki obstajajo takrat, ko se izda. CSD so tako o nujnem odvzemu otroka najprej odločili ustno, nato pa so izdali še pisne začasne odločbe na podlagi 221. člena ZUP, v povezavi s 4. točko prvega odstavka 144. člena in tretjim odstavkom 211. člena ZUP. Vrhovno sodišče Republike Slovenije pa je v zadevi I Up 523/2003 odločilo, da ZZZDR in ZSV nimata takšnih materialnih določb, ki bi lahko bile podlaga za odločanje o odvzemu otroka po 4. točki prvega odstavka 144. člena ZUP.³³ Opozorilo je, da je v 88. členu ZSV izrecno določeno, da je treba, (tudi) kadar gre za odločanje po 120. členu ZZZDR (torej ko gre za ukrepe pristojnega CSD), pridobiti mnenje strokovne komisije in razpisati ustno obravnavo. To pa pomeni, da uporaba določbe 4. točke prvega odstavka 144. člena ZUP pri odvzemu otroka ne more biti pravna podlaga za odločanje in da glede na določbe 88. člena ZSV ni možen odzem otroka po skrajšanem postopku. Navedlo je, da je sicer res, da so po določbah ZZZDR ter v skladu s Konvencijo o otrokovih pravicah vselej glavno vodilo koristi mladoletnih otrok, toda zgolj sklicevanje na koristi otrok še ne more biti podlaga za takšno odločanje upravnih organov, ki ne bi imelo podlage v postopkovnih določbah.³⁴

Iz odločitve Vrhovnega sodišča RS izhaja, da CSD ob sedanji pravni ureditvi nimajo podlage za izvajanje nujnih ukrepov za zaščito otrok. Osnutek predloga DZak zato uvaja nujni ukrep odzem otroka, pri čemer pa bi bilo treba glede na stališče Vrhovnega sodišča RS nujno urediti tudi postopek za odločanje o tem ukrepu bodisi v DZak bodisi v poglavju ZSV, ki ureja postopek. V praksi se je postavilo tudi vprašanje, ali bi bilo treba v novem DZak CSD zago-

³² Uradni list RS, št. 80/1999 do 65/2008.

³³ B. Novak, 2008, str. 150.

³⁴ Sama sem zavzela drugačno stališče, da za začasno odločbo zadošča, da so dejstva verjetno izkazana, in zato ni treba izpeljati ustne obravnave in pridobiti mnenja strokovne komisije. Za izdajo končne odločbe o ukrepu pa mora biti strokovni delavec prepričan o obstoju dejstev, to pomeni, da mora najprej dejstva ugotoviti z dokazovanjem in v skladu z 88. členom ZSV izpeljati ustno obravnavo ter pridobiti mnenje strokovne komisije. Glej M. Končina Peternel, 1997, str. 13.

toviti pravno podlago za vstop v stanovanje brez soglasja staršev. Nedotakljivost stanovanja je tako pomemben vidik človekove pravice do zasebnosti, da bi kazalo ohraniti pravno ureditev, po kateri lahko CSD vstopi v stanovanje proti volji staršev ob sodelovanju policije.³⁵ V določbi o nujnem ukrepu odvzema otroka staršem pa bi kazalo posebej navesti, da je pri vstopu v stanovanje policija dolžna CSD zagotoviti pomoč pod pogoji, določenimi v 218. členu Zakona o kazenskem postopku (ZKP).³⁶

6. Sklep

Zakonodajalec je po odločbah Ustavnega sodišča RS št. U-I-273/98 in U-I-312/00 delno spremenil pravno ureditev ukrepov za varstvo otrokovih koristi. Posledica delnega urejanja je neusklajena pravna ureditev, ki žal ne sodišču ne CSD ne daje podlage za učinkovito in celovito zaščito otroka. Če želimo doseči kvalitetno varstvo otrokovih koristi, bo treba v novem DZak pristojnost za odločanje o vseh ukrepih za varstvo koristi otroka prenesti na sodišča (razen nujnega odvzema otroka) in enotno urediti tudi, ali bo poleg odločitve o ukrepih za varstvo otrokovih koristi (odvzem otroka, omejitev pravic staršev) v pristojnosti sodišč tudi odločitev o vrsti nadomestnega varstva in vzgoje (rejništvo, namestitve v zavod, skrbništvo). Ukrepe po Zakonu o preprečevanju nasilja v družini (ZPND), ukrepe, ki jih lahko policija in sodišče izrečeta v predkazenskih in kazenskih postopkih, in ukrepe po ZZZDR bo treba povezati v celoto.³⁷ Zaradi delnega in neusklajenega spreminjanja ZZZDR in ZPP so postopkovna vprašanja delno urejena v ZZZDR, delno v ZPP, pravna ureditev v obeh pa marsikdaj tudi ni usklajena. O vrsti zadev po zadnji noveli ZZZDR sodišča odločajo v nepravdnem postopku (otrokovi stiki, spor glede izvrševanja roditeljske pravice), ZNP pa ni bil noveliran,

³⁵ URS v 36. členu varuje nedotakljivost stanovanja, ko določa, da nihče ne sme brez odločbe sodišča proti volji stanovalca vstopiti v tuje stanovanje ali v druge tuje prostore, niti jih ne sme preiskovati. Pri preiskavi ima pravico biti navzoč tisti, čigar stanovanje ali prostori se preiskujejo, ali njegov zastopnik. Preiskava se sme opraviti v navzočnosti dveh prič. Pod pogoji, ki jih določa zakon, sme uradna oseba brez odločbe sodišča vstopiti v tuje stanovanje ali v tuje prostore in izjemoma brez navzočnosti prič opraviti preiskavo, če je to neizogibno potrebno, da lahko neposredno prime storilca kaznivega dejanja ali da se zavarujejo ljudje in premoženje.

³⁶ Uradni list RS, št. 63/1994 do 118/2008. Po 218. členu ZKP smejo pooblaščenice uradne osebe organa za notranje zadeve brez odredbe sodišča vstopiti v tuje stanovanje in druge prostore in po potrebi opraviti preiskavo, če imetnik stanovanja to želi, če kdo kliče na pomoč, če je treba, da se prime storilca kaznivega dejanja, ki je bil zasačen pri samem dejanju, ali če je to potrebno za varnost ljudi in premoženja, če je v stanovanju ali kakšnem drugem prostoru kdo, ki ga je treba po odredbi pristojnega državnega organa pripreti ali prisilno privedi ali se je zaradi pregona tja zatekel. V tem primeru se ne napravi zapisnik, temveč se imetniku stanovanja takoj izda potrdilo, v katerem se navede vzrok vstopa v stanovanje oziroma v druge prostore. Če je bila v tujih prostorih opravljena tudi preiskava, se je treba ravnati po 216. členu ZKP, ki ureja hišno preiskavo. Preiskava se sme opraviti tudi brez navzočnosti prič, če ni mogoče takoj zagotoviti njihove navzočnosti, nevarno pa bi bilo odlašati. Razlogi za preiskavo brez navzočnosti prič morajo biti navedeni v zapisniku.

³⁷ Uradni list RS, št. 16/2008.

tako da nekatera postopkovna vprašanja sploh niso urejena. Prav zato bi morali ob sprejemu novega DZak tudi na novo urediti postopke za odločanje o družinskopravnih zadevah in določiti tudi, v katerem postopku se odloča o ukrepih po ZPND.

Literatura

- Betto Nina, Analiza novele Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – postopkovni problemi, *Pravosodni bilten*, št. 1/2005.
- Končina Peternel Mateja, Pomoč otrokom, ko starši odpovedo, Znanstveno in publicistično središče, Ljubljana 1998.
- Končina Peternel Mateja, Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori, *Pravosodni bilten*, št. 1/2005.
- Končina Peternel Mateja, Pristojnosti centrov za socialno delo – odvzem ogroženega otroka, *Pravna praksa*, št. 382/1997, str. 13–14.
- Recommendation No. R (91) 9 of the Committee of Ministers to Member States of the Council of Europe on Emergency Measures in Family Matters (Adopted by the Committee of Ministers on 9 September 1991 at the 461 st meeting of the ministers' Deputies).
- Zupančič Karel, Pravni položaj rejnika po slovenski družinski zakonodaji, *Pravnik*, 32, št. 4–6/1977, str. 162–172.
- Zupančič Karel, Pravni aspekti rejništva, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1973.
- Zupančič Karel, Posegi družbene skupnosti v izvrševanje roditeljske pravice, *ZZR Pravne fakultete v Ljubljani*, XLV (1986), str. 181–194.
- Zupančič Karel, Nekateri problemi izvrševanja osebnih stikov med otrokom in starši, *Pravna praksa*, št. 14/1995, str. 2–4.
- Zupančič Karel, Družinsko pravo, *Uradni list Republike Slovenije*, Ljubljana 1999.
- Zupančič Karel in drugi, Reforma družinskega prava. Predlog predpisov s komentarjem, *Uradni list Republike Slovenije*, Ljubljana 2005.
- Zupančič Karel, Barbara Novak, Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih s pojasnili, *Uradni list Republike Slovenije*, Ljubljana 2008.

Konkurenčno pravo

IV.

KLEMEN PODOBNIK

*Program prizanesljivosti – novost v slovenski
konkurenčnopravni ureditvi*

BORUT BRATINA

Konkurenčno pravo in ZGD-1

MAJA BRKAN

*Novejša sodna praksa Sodišča ES in Sodišča prve stopnje ES
na področju prava konkurence Skupnosti*

MARTINA SEVER

*Vežanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske
komisije in Urada za varstvo konkurence*

Izvirni znanstveni članek
 UDK 346.546(497.4):061.1EU,
 346.546(73)

Program prizanesljivosti – novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi

DR. KLEMEN PODOBNIK,
 Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Določba 76. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (v nadaljevanju ZPOmK-1) pomeni novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi. Institut odpustitve sankcij udeležencem omejevalnih sporazumov in usklajenih ravnanj, ki preprečujejo, izkrivljajo ali ovirajo konkurenco, je primarno namenjen hitrejšemu zaznavanju kartelnega poslovnega vedenja in posledično odpravljanju njegovih negativnih posledic, seveda pa ne gre prezreti vloge instituta pri *ex ante* preprečevanju koluzivnega vedenja. Slovenski zakonodajalec v konkurenčnopravno okolje vnaša režim, ki je v primerjalnih ureditvah dokaj intenzivno uveljavljen in metodološko dognan. Osnovno je mogoče ločevati dva temeljna tipa sistemov odpustitve in omilitve sankcij, pri čemer ločnico – kot v večini primerov konkurenčnopравниh institutov – predstavlja Atlantik. V Združenih državah Amerike je t. i. »program prizanesljivosti« vstopil v okolje protitrustovskega prava že leta 1978, po korenitih spremembah v letih 1993 in 1994 pa pomeni enega najučinkovitejših orodij boja proti kartelnemu vedenju podjetij. Program je bil sprva uveden kot dodatek sicer dokaj uspešnemu sistemu javnopravnega in zasebnopravnega varstva konkurence in je temeljil na analizi racionalnih reakcij udeležencev¹ v kartelnih sporazumih. Slednji naj bi negotovost glede negativnih posledic, ki jih v obliki visokih denarnih kazni za podjetja in potencialnih zapornih kazni za njihove odgovorne osebe lahko doletijo v primeru uspešno končanega postopka javnopravnega ali zasebnopravnega varstva, ki obstaja ves čas trajanja kartelnih dogovorov, zamenjali za pozitivno posledico odpustitve oziroma omilitve javnopravnih sankcij, navkljub izgubi pozitivnih učinkov, ki bi jih bili deležni ob vztrajanju pri sporazumu.

¹ Raziskave vedenja zastopnikov v korporativnem okolju kažejo na visoko stopnjo racionalnosti, predvsem kar zadeva odločitve o cenah oziroma glede tehtanja pozitivnih in negativnih posledic omejevalnih ravnanj.

2. Ekonomska utemeljitev programov prizanesljivosti

Ekonomska teoretična osnova temeljne oblike ameriškega (in vseh drugih) programov odpustitve sankcij je dokaj preprosta. Sankcije za identificiranega potencialnega kršitelja (udeleženca prepovedanega omejevalnega sporazuma) se zmanjšajo v zameno za priznanje dejanja in zagotovitev dokazov, s katerimi lahko pristojni organ odgovornost za takšno ravnanje dokaže tudi drugim udeležencem. Osnovna oblika programov prizanesljivosti torej temelji na modelu zapornikove dileme, a načelno le v primerih, ko so pristojni organi že identificirali vse v protikonkurenčne omejevalne sporazume udeležene subjekte.² Takšna oblika programov prizanesljivosti sicer povečuje učinkovitost že začelih postopkov, manj jasen pa je njihov pozitiven vpliv na področje generalne prevencije oziroma *ex ante* preprečevanja protikonkurenčnih ravnanj, saj je odvisen predvsem od odločitve glede časovnega okna, v katerem se lahko v sporazume udeležena podjetja vključijo v program. Načelno je mogoče ugotoviti, da sistemi programov prizanesljivosti lahko delujejo generalno preventivno predvsem v smislu preprečevanja nastajanja kartelnih sporazumov, saj zmanjšujejo raven medsebojnega zaupanja med morebitnimi udeleženci takšnih sporazumov.³ Obstoj programa prizanesljivosti namreč prinaša možnost »goljufanja« v smislu priznanja obstoja sporazuma in zagotovitve dokazov o drugih kršiteljih v zameno za odpustitev ali zmanjšanje sankcij s strani kateregakoli od udeležencev. Dodatna pozitivna posledica uvajanja programov prizanesljivosti je nedvomno tudi izboljševanje ravni detekcije »tihih«, neopaznih kartelnih sporazumov, ki jih pristojnim organom prijavijo udeležena podjetja, ki so izgubila zaupanje v soudeležence ali pa jim sporazum ne prinaša več dovolj visoke ravni pozitivnih ekonomskih posledic.

2.1. Temeljna modela programov prizanesljivosti

Temeljni razlikovalni kriterij med oblikami modelov programov prizanesljivosti je določitev sprožilnega trenutka, po katerem za podjetja, udeležena v omejevalnem sporazumu, vključitev v program ne prinaša več nikakršnih pozitivnih učinkov.

2.1.1. Vključitev v program prizanesljivosti je omogočena zgolj pred začetkom preiskave pristojnega urada

Programi prizanesljivosti, ki so oblikovani tako, da je mogoče sankcije odpustiti oziroma omiliti zgolj tistemu podjetju, ki prizna sodelovanje v omejevalnem sporazumu in razkrije način sodelovanja, druge udeležence in zagotovi zadostne dokaze za končno obsodilno odločbo

² Glej Giancarlo Spagnolo, Leniency and whistleblowers in antitrust, *Handbook of Antitrust Economics*, str. 269.

³ Id., str. 270.

pristojnega organa, so po mnenju nekaterih avtorjev⁴ le delno učinkoviti. Podjetja, ki so se odločila za sodelovanje v omejevalnem sporazumu, so svojo odločitev utemeljila na vnaprejšnji presoji potencialnih pozitivnih (monopolni dobički zaradi omejevanja konkurence) in negativnih posledic (raven verjetnosti detekcije kartela, raven verjetnosti uspešno dokončanega postopka in izreka o kršitvi, raven in oblika sankcij) sodelovanja v kartelu. Model programa prizanesljivosti, ki jim ne nudi odpustitve ali omilitve sankcij zaradi sodelovanja s pristojnim organom, če se za sodelovanje odločijo šele po trenutku začetka postopka (in torej detekciji udeležencev kartelnega sporazuma), za podjetja ne bo pretirano zanimiv. Odpustitev oziroma omilitve sankcij jim je na voljo zgolj v primerih, ko s pristojnim organom začnejo sodelovati še pred uvedbo postopka, torej v času, ko je vsota pozitivnih posledic sodelovanja v kartelu še vedno višja od vsote negativnih posledic. Samoovadba bi v takšnem primeru privedla do podoptimalnega rezultata za podjetje. Odločitev za sodelovanje v kartelu je poenostavljeno odvisna od predpostavk α (verjetnost detekcije kartela), p (verjetnost uspešno zaključenega postopka) in G (višina globe oz. kazni) na eni strani ter višine koluzivnih dobičkov na drugi strani. Če je program prizanesljivosti namenjen zgolj podjetjem, ki se samoovadijo pred začetkom postopkov pristojnega konkurenčnopravnega organa, samoovadb ni mogoče pričakovati. V odsotnosti začetka postopka je negativne posledice za podjetje namreč še vedno mogoče prikazati zgolj kot $(\alpha p G)$. Samoovadba odpravi parameter α in podjetje postavi v slabši položaj.⁵ Položaj podjetja se ne spremeni, tudi če se odloči za sodelovanje s pristojnim organom; iz istega razloga pa racionalno pričakuje nesodelovanje tudi od drugih soudeležencev kartela.⁶

2.1.2. Vključitev v program prizanesljivosti je omogočena tudi po začetku preiskave pristojnega urada

Sprememba opcije programa prizanesljivosti v smeri možnosti omilitve oziroma odpustitve sankcij podjetjem, ki se za sodelovanje s pristojnim konkurenčnopravnim organom odločijo po uvedbi postopka, kakovostno spremeni položaje v kartel udeleženih podjetij. Položaj se spremeni, tako kar zadeva odločitev za sodelovanje v kartelu kot tudi glede morebitne od-

⁴ Opozoriti je treba predvsem na prvo resno ekonomsko analizo učinkov različnih modelov programov prizanesljivosti v dinamičnem analitičnem okvirju, ki sta jo izdelala Motta in Polo (glej *infra*, op. 5).

⁵ Podrobneje glej Motta, Polo, Leniency Programs and Cartel Prosecution, *International Journal of Industrial Organization*, št. 21, 2003, str. 350.

⁶ Dodatno lahko sistem, ki omogoča odpustitev ali omilitve sankcij zgolj podjetju, ki prvo in pred uvedbo postopka začne sodelovati s pristojnimi organi, spodbuja oziroma ohranja koluzijo podjetij. V takšnih primerih podjetja, ki niso zadovoljna z ravnijo sodelovanja drugih v kartel udeleženih podjetij (vsota pozitivnih posledic sodelovanja v kartelu zaradi nesodelovanja drugih podjetij pada), zagrozijo z ovadbo (in samoovadbo) in s tem prisilijo druga podjetja v nadaljevanje omejevalnih poslovnih praks, glej Spagnolo, *Divide et impera: Optimal leniency programs*, CEPR discussion paper 4840, dostopno na www.ssrn.com.

ločitve za samoovadbo in ovadbo drugih udeležencev kartela. Po detekciji kartela in uvedbi postopka je odločitev za vztrajanje v kartelu za podjetje odvisna le še od razmerja med ravniyo koluzijskih dobičkov in stopnjo verjetnosti uspešno zaključenega postopka ter višine kazni (globe), torej $p G$, odpade pa spremenljivka verjetnosti detekcije kartela (α).

Odločitev podjetij (utemeljena na ravni negativnih posledic uspešno izvedenega postopka) za morebitno sodelovanje v programih prizanesljivosti v obeh opisanih modelih je torej poenostavljeno mogoče prikazati kot:⁷

Model 1 (prošnja za prizanesljivost mogoča zgolj v času do uvedbe postopka)

Raven morebitnih negativnih posledic sodelovanja v kartelu (postopek še ni uveden, podjetje ne sodeluje v programu prizanesljivosti): $\alpha p G$ ($\alpha < 1$)

Raven morebitnih negativnih posledic sodelovanja v kartelu, (postopek še ni uveden, podjetje začne sodelovanje v programu) – po prošnji za prizanesljivost: ($\alpha = 1$) iz česar sledi $p G$, iz česar sledi, da je $\alpha p G < p G$

Podjetje torej ne čuti spodbude po samoovadbi, saj je njegov položaj boljši brez uvedbe postopka

Model 2 (prošnja za prizanesljivost mogoča tudi po uvedbi postopka)

Med sodelovanjem v kartelu postopek še ni uveden: $\alpha p G$ ($\alpha < 1$)

Po uvedbi postopka: $p G$

Po samoovadbi in prošnji za prizanesljivost: $p = 1$, vendar je zaradi odpustitve sankcije vrednost $G = 0$

Podjetje čuti spodbudo za sodelovanje s konkurenčnopравnim organom, saj lahko vpliva na vrednost spremenljivke G in s tem lahko občutno izboljša svoj položaj po uvedbi postopka. Motta in Polo ugotavljata, da je uvedba programov prizanesljivosti primerna predvsem za okolja z relativno neučinkovitim sistemom javnopravnega nadzora protikonkurenčnega vedenja podjetij. Prav v takšnih okoljih je učinkovit zlasti model, ki podjetjem omogoča vstop v program prizanesljivosti tudi po uvedbi postopka s strani konkurenčnopравnega organa. Splošna neučinkovitost javnopravnega sistema nadzora namreč pogojuje relativno zelo nizke vrednosti prej opredeljenih spremenljivk α (verjetnost detekcije kartela) in p (verjetnost uspešno dokončanega postopka), zato je verjetnost, da bodo podjetja sodelovala v programih prizanesljivosti, ki zmanjšanje ali odpustitev sankcij strogo vežejo na naznanitev kartelnega vedenja pred uvedbo postopka s strani pristojnih organov, v takšnih okoljih še toliko nižja.

⁷ Poenostavljeno povzeto po Motta, Competition Policy, 2003, str. 196 et seq.

2.1.3. Ocena pristopa

Deloma nasprotne so ugotovitve Spagnola, ki opozarja na potrebo po spremembi izhodiščnega pogleda. Temeljna kritika modela Motte in Pola glede odločitve za najučinkovitejši model programov prizanesljivosti je usmerjena predvsem v zanemarjanje upoštevanja kriterija doseganja visoke ravni generalne prevencije oziroma vnaprejšnjega preprečevanja nastajanja kartelnih sporazumov in ustrezne analize tega kriterija. Modeli programov prizanesljivosti, ki omogočajo odpustitev oziroma omilitev sankcij podjetjem, ki za takšno možnost zaprosijo šele po uvedbi postopka s strani konkurenčnopravnega organa, naj bi ne mogli dosegati visoke ravni generalne prevencije, temveč naj bi povečevali zgolj učinkovitost že začelih postopkov, kar pa predpostavlja obstoj kartelov. Spagnolo dodatno opozarja na potencialno napačno izbiro parametrov modela Motte in Pola, ki ne ločuje med ravniyo zmanjšanja sankcij za podjetja, ki začno s sodelovanjem pred uvedbo postopka, in tistimi, ki se za takšno potezo odločijo šele po uvedbi postopka. Kljub tej kritiki Spagnolo sprejema argument učinkovitosti takšnih modelov, vendar le v primeru, ko je merilo učinkovitosti število podjetij, ki se odločijo za sodelovanje v programih prizanesljivosti, ne pa tudi raven generalne prevencije.

Če velja takšnim razmišljanjem pritrditi, pa je domala nesprejemljiva ponujena rešitev, ki naj bi povečevala skupno učinkovitost javnopravnega varstva konkurence (tako učinkovitost glede zaključevanja že začelih postopkov kot tudi učinkovitost vnaprejšnjega preprečevanja kartelnih dogovarjanj). »Optimalni« model programa prizanesljivosti naj bi namreč deloval predvsem v smislu spodbujanja samoovadbe in ovadbe sodelujočih v kartelnem sporazumu v časovnem oknu pred uvedbo postopka konkurenčnopravnega organa oziroma pred trenutkom, ko se konkurenčnopравни organ seznanil z obstojem kartelnega vedenja na trgu. Ker je takšno spodbudo nemogoče zagotoviti s klasičnim instrumentarijem programov prizanesljivosti⁸ (odpustitev ali znižanje sankcij), Spagnolo predlaga, naj bi podjetjem, ki bi razkrila kartel in svoje sodelovanje ter konkurenčnopravnim organom ponudila trdne dokaze, ki bi zadostovali za izvedbo postopka, namenili finančne nagrade v višini vsote vseh denarnih sankcij, ki bi bile naložene drugim v kartelu sodelujočim podjetjem.⁹ Takšna rešitev po mojem mnenju ne upošteva racionalnega vedenja podjetij oziroma njihovih zastopnikov, ki bi se za sodelovanje v kartelu odločili zgolj s strateškim namenom poznejšega pristopa k programu prizanesljivosti – nagrada za »spontano samoovadbo« bi v takšnih primerih lahko preseгла predvidene koluzijske dobičke, kar pomeni, da bi takšen model prizanesljivosti lahko deloval kot sprožilni mehanizem za (sicer kratkotrajno) koluzivno vedenje. Tudi če je mogoče argumentirano trditi, da bi kljub določenim deviacijam takšen model deloval generalno preventivno (prav zaradi stalne grožnje prej opisanega strateškega koluzivnega vedenja bi podjetja

⁸ Glej razdelka 2.1.2. in 2.1.3.

⁹ Spagnolo, *Optimal leniency programs*, FEEM working paper 42, 2000, str. 7.

sploh ne želela sodelovati v kartelih), pa je težko pričakovati strinjanje glede uvedbe tako darežljivega nagrajevanja »izdajalcev« kartelov.

Opisana modela odpustitve oziroma znižanja sankcij za protikonkurenčna ravnanja seveda pomenita skrajni opciji, med katerima lahko izbirajo zakonodajalci oziroma pristojni organi pri uvajanju programov prizanesljivosti. Ker gre za ekonomska modela, ki stremita k maksimizaciji učinkovitosti javnopravnega sistema varstva konkurence, in pri tem (kljub upoštevanju dinamičnih parametrov) na določenih mestih odstopata od dejansko obstoječih pravnih in družbenih omejitev, ni mogoče pričakovati obstoja delujočega programa prizanesljivosti, ki bi temeljil zgolj na enem od modelov. Zakonodajalci so pri kreiranju nacionalnih (ali nadnacionalnih) programov v veliki večini primerov kombinirali med predstavljenimi rešitvami in jih prilagajali dejanskemu stanju trga, ravni konkurence in statusu, usposobljenosti in finančnim možnostim organov za varstvo konkurence.

3. Primer učinkovitega programa prizanesljivosti – Corporate Leniency Policy v Združenih državah Amerike¹⁰

3.1. Splošno

Ameriški sistem prizanesljivosti (*Corporate Leniency Policy*) se, kot je že bilo poudarjeno, v največji meri približuje modelu, v katerem je najboljši status (torej popolna amnestija) rezerviran za podjetje, ki se samoovadi in posreduje dokaze o obstoju kartela še pred uvedbo postopka s strani pristojnega organa. Zaradi že opisanih neučinkovitosti takšnega modela je ameriški program prizanesljivosti korigiran z možnostjo prizanesljivega obravnavanja podjetij, ki informacije o kartelu in svoje sodelovanje v njem razkrijejo šele po uvedbi postopka. V svojem bistvu je ameriški program prizanesljivosti zares tisto, kar o njem razkriva njegov naziv. Gre za politiko prizanesljivosti, katere temeljni namen je predvsem povečevanje učinkovitosti delovanja oddelka za antitrust na pravosodnem ministrstvu. Seveda je politika usmerjena tudi v zagotavljanje visoke ravni generalne prevencije, kljub temu pa se njena uspešnost meri zlasti glede na število zaprosil za prizanesljivo obravnavanje in posledično število uspešno prepovedanih in s tem odpravljenih kartelov ter kaznovanih podjetij in posameznikov. Prizanesljivost glede višine sankcij je omogočena tako podjetjem, ki pravosodnemu ministrstvu razkrijejo kartel in svoje sodelovanje v trenutku, ko ministrstvo še nima nikakršnih informacij o obstoju omejevalnega sporazuma (kartel še ni detektiran), kot tudi podjetjem, ki se za sodelovanje odločijo po trenutku začetka postopka. Temeljno je bil program (verzija 1978) sicer usmerjen zgolj k spodbujanju t. i. spontanega samoprijaviteljev – takšnim podjetjem je zagotovljena av-

¹⁰ Program prizanesljivosti v okolju Evropske unije je primerjalno predstavljen v obravnavi ureditve odpustitve sankcij v ZPOmK-1. Glej v nadaljevanju, razdelek 4.

tomatična amnestija¹¹ brez kakršnekoli diskrecijske pravice ministrstva – reforma leta 1993 pa je možnost znižanja ali celo odpustitve sankcij razširila tudi na kasnejše »skesance«. Program temelji na treh ključnih predpostavkah, ki lahko služijo tudi kot izhodišča, ali bolje, pogoji za uspešno delovanje vseh drugih programov prizanesljivosti.

3.2. Strogost in narava sankcij

Koluzivno delovanje podjetij v smislu sporazumov ali usklajenih ravnanj na meddržavni, zvezni ali mednarodni ravni je prepovedano s Shermanovim zakonom, ki takšno delovanje označuje kot kaznivo dejanje, ki se kaznuje z denarno ali zaporno kaznijo.¹² V primeru uspešno zaključenega pregona je podjetjem lahko naložena relativno visoka denarna kazen¹³ (v povprečju te kazni sicer ne dosegajo ravni denarnih kazni, izrečenih s strani Evropske komisije), odgovornim osebam podjetij pa je, poleg denarnih kazni, lahko izrečena tudi kazen odvzema prostosti. Temeljna razlika med ameriškim antitrustom in konkurenčnim pravom Evropske unije je torej prav različna percepcija pomena kršitev prava konkurence in s tem posledično tudi narava sankcioniranja kršitev. Dovolj jasen je podatek, da so ameriška zvezna sodišča od leta 1998 do leta 2008 za kršitve Shermanovega zakona (vključene so torej tudi kršitve 2. člena, ki prepoveduje monopolizacijo) 187 posameznikom izrekla zaporne kazni v skupnem trajanju 261 let.¹⁴ Prav kazenska narava sankcioniranja posameznikov naj bi zaradi svojega pomembnega vpliva na racionalno vedenje zastopnikov podjetij po mnenju izvajalcev programa prizanesljivosti pomenila odločilno prednost pred podobnimi programi v drugih jurisdikcijah.¹⁵ Mogoče se je strinjati z mnenjem številnih avtorjev, ki opozarjajo, da lahko v očeh zastopnikov podjetij predvideni pozitivni učinki koluzivnega vedenja presegajo predvi-

¹¹ Glej Hammond (2000), Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program; na <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>: *»If a company comes forward and reports its wrongdoing before an investigation has begun and meets the program's other conditions, the grant of amnesty is automatic and the organization pays zero dollars in fines. There is no prosecutorial discretion involved.«*

¹² *»Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal, and is felony punishable by fine and/or imprisonment.«* The Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C.A.

¹³ Kljub temu dejstvu so zvezna sodišča v letih od 1998 do 2007 podjetjem skupno izrekla kar 3.755.136.000 ameriških dolarjev denarnih kazni. Vir kot v opombi 12.

¹⁴ Antitrust Division Workload Statistics, FY 1998 – 2007, dostopno na <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.htm>, zadnjič obiskano 1. 9. 2008.

¹⁵ Tako npr. Scott Hammond, Cornerstones of an effective leniency program: *»All else being equal, a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be as effective at inducing amnesty applications as a program that does. Individuals stand the most to lose and so avoiding jail sentences is the greatest incentive for seeking amnesty. Common sense suggests that the threat of individual exposure will tilt the balance at the margins such that some companies will report violations that they would not otherwise have reported if they were only facing financial penalties.«*

dene negativne posledice tudi v primerih obstoja izjemno visokih kaznovalnih denarnih sankcij, ta verjetnost pa je izrazito zmanjšana v okoljih kazenskega režima konkurenčnega prava.

3.3. Učinkovit sistem nadzora

Tudi obstoj strogih sankcij ne bo deloval kot spodbuda za sodelovanje v programu prizanesljivosti v primerih neučinkovitega delovanja pristojnih organov. Tveganje odkritja, uspešne preiskave in uspešno zaključenega postopka mora biti resnično in oprijemljivo. Zato je kot dodaten nujen predpogoj uspešnega sistema odpustitve ali zmanjšanja sankcij nedvomno treba opredeliti tudi strah pred organom za varstvo konkurence. Percepcija učinkovitosti je v očeh podjetij sorazmerna s številom uspešno detektiranih in prepovedanih kartelnih sporazumov. Organi, ki se ne morejo pohvaliti z bogato pahljačo uspešno preganjanih kartelov,¹⁶ si od programov prizanesljivosti ne bi smeli obetati visokih rezultatov.

3.4. Transparentnost programa prizanesljivosti

Poleg preglednosti in jasnosti glede postopkov, ki jih organi za varstvo konkurence izvajajo v okviru svojih pristojnosti javnopravnega nadzora (proti)konkurenčnih ravnanj, mora biti za uspešno delovanje modelov prizanesljivosti zagotovljena tudi dovolj visoka raven transparentnosti postopkov v okviru teh programov. Model mora biti jasen vsem potencialnim sodelujočim, njegovo delovanje mora biti preprosto, hitro in predvsem vnaprej znano. V ta namen predstavniki oddelka za antitrust pravosodnega ministrstva kot izvajalca programa prizanesljivosti delujejo izrazito proaktivno, saj je od transparentnosti programa odvisen njegov končni uspeh. Kot prvi korak je mogoče opredeliti sprejem (in kasnejše reforme) Corporate Leniency Policy, ki sicer nima zakonske veljave, a kljub temu pomeni temelj za delovanje programa prizanesljivosti. Gre za sporočilo podjetjem, iz katerega jasno izhajajo vse značilnosti programa, pravice in obveznosti podjetij, njihov status v času sodelovanja v programu in obseg ter narava pozitivnih posledic, ki so ob izpolnjevanju pogojev na voljo sodelujočim podjetjem. Ustvarjeno in objavljeno je bilo tudi vzorčno pismo o (pogojni) odpustitvi sankcij,¹⁷ s katerim se lahko vnaprej kadarkoli seznanijo vsa podjetja in na ta način presodijo pozitivne posledice njihovega potencialnega sodelovanja v programu prizanesljivosti. Ko je vzorčno pismo izdano

¹⁶ Govorimo o t. i. »Strong Enforcement Record«, ki podjetja stalno opozarja na dejstvo, da je organ za varstvo konkurence očitno izjemno usposobljen in senzibiliziran za pregon kartelov, in s tem med udeležence kartela vnaša nemir in nezaupanje do konkurentov. »To put it plainly, cartel members are starting to sweat, and the Amnesty Program feeds off that panic.« Scott Hammond, Detecting ...

¹⁷ Dostopno v dokumentu DOJ Antitrust Division na spletni strani <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.pdf>.

in podpisano, je podjetje deležno pogojne amnestije¹⁸ do zaključka postopka pred oddelkom za antitrust pravosodnega ministrstva, kar glede načina sodelovanja podjetja in pomoči, ki jo podjetje nudi oddelku za antitrust, dodatno zvišuje raven transparentnosti programa. Drugače od primerjalne ureditve Corporate Leniency Policy ne vsebuje zahteve po »odločilnosti« dokazov o obstoju kartela, ki naj bi jih predložilo podjetje. Zadošča že *iskreno* in *popolno razkritje* ter *celovito, trajno in popolno sodelovanje*, ki pripomore k izvedbi preiskave.¹⁹ Ameriška politika prizanesljivosti torej ne uporablja subjektivnega standarda odločilnosti predloženih dokazov, kar podjetjem olajšuje položaj pri sodelovanju z oddelkom za antitrust, predvsem pa povečuje privlačnost programa.

4. Model programa prizanesljivosti v 76. členu ZPOmK-1

4.1. Program prizanesljivosti ali zgolj možnost odpustitve sankcij

Čeprav naj bi bil po mnenju predlagatelja zakona 76. člen temelj in izvedbena določba za uvedbo uspešnega programa prizanesljivosti in naj bi približal slovensko konkurenčnopravno ureditev evropski, je ob kritični analizi dosega, transparentnosti in določnosti določbe moč ugotoviti, da bi bilo mogoče (in treba) program prizanesljivosti urediti drugače. Področje prizanesljivega obravnavanja je podnormirano. Očitno je, da je – sicer hvalevredna – želja po nezapleteni in neobsežni določbi privedla do relativno površne dikcije, ki ne izpolnjuje parametra *jasnosti* kot enega temeljnih kriterijev uspešnega programa prizanesljivosti. Pogrešati je predvsem jasno opredelitev glede temeljne odločitve za model programa. Je program namenjen zgolj podjetjem, ki se za sodelovanje z uradom odločijo *pred trenutkom*, ko urad sam zazna omejevalno ravnanje na trgu, ali so vanj lahko vključena tudi podjetja, ki se samo-ovadijo in ovadijo tudi druge kršitelje ter pomagajo pri pregonu kartela *po* tem, ko postopek uvede urad? Izkušnje iz Združenih držav Amerike²⁰ kažejo na dvig uspešnosti programa pri-

¹⁸ Takšno stanje je pozitivno tudi za podjetja, ki v skladu z ameriškim programom prizanesljivosti sicer pridobijo pravico do »avtomatične« amnestije, torej podjetja, ki so DOJ Antitrust Division o kartelu in svojem sodelovanju obvestila, še preden je slednji organ sploh detektiral protikonkurenčno ravnanje. Avtomatična amnestija začne veljati šele po izvedbi in zaključku postopka, tako da kakovost »avtomatičnosti« velja le, kar zadeva vprašanje ravni »popusta« pri sankcijah. Takšno podjetje torej avtomatično ne bo kaznovano, ni pa amnestirano takoj po samoovadbi. Stanje negotovosti glede končnega rezultata je za podjetja vsaj nekoliko omiljeno s pismom o pogojni amnestiji, ki jim določene pravice zagotavlja ves čas trajanja postopka. Podobno opcijo je mogoče najti tudi v sistemu prizanesljivega obravnavanja v Evropski uniji, cf. Jarret Arp in Swaak, Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Policy, Antitrust (Summer 2002), str. 52.

¹⁹ Točka 4 pododdelka A in točka 4 pododdelka B Corporate Leniency Policy: »*The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation.*«

²⁰ Glej razdelek 3.

zanesljivosti, potem ko je bilo sodelovanje podjetjem omogočeno tudi po uvedbi postopka. V nadaljevanju so predstavljeni pogoji, ki jih mora za »nagrado« odpustitve sankcij kumulativno izpolniti podjetje.

4.1.1. Razkritje svojega sodelovanja v kartelu

Samoovadba oziroma samonaznanitev je temeljni pogoj za sodelovanje v programih prizanesljivosti in v tej značilnosti se slovenska ureditev ne razlikuje od primerjalnih. Nagrada zmanjšanja oziroma odpustitve sankcij pripade zgolj podjetjem, ki takoj priznajo, da sodelujejo v prepovedanem omejevalnem sporazumu. Gre za pogoj *sine qua non*, kar je razumljivo – prizanesljivo obravnavanje si zaslužijo zgolj tisti, ki sodelujejo v kartelu, ki ga ovadijo, in se od njega takoj ob začetku sodelovanja z uradom distancirajo.

4.1.2. Dva načina sodelovanja podjetij

Zakonodajalec se je očitno odločil za »mešani« model programa prizanesljivosti, ki podjetjem omogoča, da se bodisi odločijo za »spontano samoovadbo« in z uradom začnejo sodelovati, še preden slednji pridobi relevantne informacije o obstoju omejevalnega sporazuma, ali pa s svojim sodelovanjem po začetku postopka uradu omogočijo uspešen konec postopka v smislu ugotovitve obstoja kršitve 6. člena zakona oziroma 81. člena PES (101. člen PDEU).²¹ Režim tako temeljno sledi ureditvi v okolju komunitarnega konkurenčnega prava. Neposrečena dikcija določila tako zajema dva popolnoma ločena in različna položaja. V obeh položajih je »nagrada« popolne odpustitve sankcij (amnestije) namenjena zgolj podjetju, ki se je *prvo* odločilo za sodelovanje z uradom. Ureditev je v skladu z izsledki ekonomske teorije, saj spodbuja »dirko do urada« – nagrajen je le prvi, ki uradu predloži ustrezne informacije in s tem razkrije kartel in svoje sodelovanje v njem. Tak režim med udeleženci prepovedanih omejevalnih sporazumov ustvarja nezaupanje v svoje partnerje in vpliva na njihove odločitve glede nadaljnjega sodelovanja v kartelu.

4.1.2.1. Podjetje kot prvo predloži dokaze, ki po mnenju urada omogočijo preiskavo v zvezi z domnevnim kartelom

Podobno kot v primeru ureditve programa prizanesljivosti Evropske komisije tudi določilo druge alineje 76. člena ne vsebuje natančne časovne opredelitve začetka sodelovanja podjetja. Z interpretacijo po namenu je mogoče ugotoviti, da določilo ureja položaje, ko se podjetja za sodelovanje z uradom odločijo v času, ko slednji še nima informacij o kartelnem vedenju oziroma so te informacije nezadostne za začetek preiskave. Za odpustitev sankcij v takem

²¹ O temeljnih konceptualnih razlikah med sistemoma glej razdelek 2.1.1.

primeru zadostujejo zgolj informacije oziroma dokazi, ki uradu omogočijo preiskavo. Kakovost informacij, ki se zahteva, je zaradi »spontanosti« samoovadbe nujno relativno nizka. Podjetje ni zavezano k predložitvi dokazov, ki bi omogočali izpeljavo celotnega postopka, ki bi se končal z ugotovitvijo obstoja kršitve. Postavlja se vprašanje natančne opredelitve trenutka, ko podjetje še lahko začne tako sodelovati z uradom. Dikcija določila primarno kaže na trenutek pred izdajo sklepa o preiskavi iz 28. člena zakona. Podobno je mogoče interpretirati ureditev v členu 8(a) Obvestila Komisije.²² Taka razlaga je lahko sporna; urad namreč izda sklep o preiskavi v času, ko že ima informacije o kartelnem vedenju na nekem trgu, kar je bila tudi nujna podlaga za izdajo sklepa o uvedbi postopka iz 23. člena zakona. V tem času urad torej že ima nekaj podatkov o protipravnem vedenju podjetij na trgu, zato je kakovost informacij, ki jih predloži podjetje, nujno višja kot v primerih, ko podjetja uradu dejansko razkrijejo omejevalni sporazum, kar lahko negativno vpliva na raven privlačnosti sodelovanja v programu prizanesljivosti. Zakonodajalec se je očitno odločil za uvedbo režima, ki posnema ureditev v komunitarnem pravu, pri tem pa prezrl dodatni kvalifikatorni kriterij t. i. usmerjene preiskave. Obvestilo Komisije v členu 8(a) kot pogoj za sodelovanje v programu prizanesljivosti namreč določa, da morajo informacije, ki jih predloži podjetje, zadostovati za opravilo usmerjene preiskave domnevnega kartela. Kljub tej pomanjkljivosti je mogoče ugotoviti, da je namen zakonske določbe enak namenu komunitarne ureditve. Podjetja morajo uradu omogočiti izvedbo usmerjene preiskave kartela, katerega obstoj je urad že zaznal. Odločitev o tem, ali predloženi podatki zadostujejo za izvedbo take preiskave, je na strani urada. Zakonodajalec tako v program prizanesljivosti uvaja subjektivni kriterij, katerega učinek je odvisen tudi od usposobljenosti in proaktivnosti urada. S tem je dodatno zmanjšana transparentnost celotnega programa, kar lahko negativno vpliva na število podjetij, ki se bodo odločila za sodelovanje z uradom. Do sprejema uredbe, ki bo natančneje uredila postopek odpustitve oziroma omilitve sankcij, je kot interpretativno vodilo pri presoji zahtevane kakovosti informacij mogoče uporabiti določbo člena 9(a) Obvestila Komisije, ki od podjetja zahteva posebno izjavo s podrobnim opisom domnevne ureditve kartela, z njegovimi cilji, dejavnostmi in delovanjem; z zadevnim proizvodom ali storitvijo, geografskim obsegom, trajanjem kartela in oceno obsega trgovanja, na katerega je vplival kartel; z navedbo zadevnih datumov, lokacij, vsebine in sodelujočih pri domnevnih kartelskih stikih ter z vsemi ustreznimi pojasnili v zvezi z dokaznimi sredstvi, s katerimi je podprta prošnja; ime in naslov pravne osebe, ki vloga prošnjo za imuniteto, ter imena in naslove vseh podjetij, ki sodelujejo ali so sodelovala v domnevnem kartelu; imena, položaje, lokacije pisarn in po potrebi domače naslove vseh posameznikov, ki so, kolikor je prosilcu znano, vključeni ali so bili vključeni v domnevni kartel, vključno s posamezniki, ki so bili vanj vključeni v imenu prosilca; informacije o tem, s katerimi drugimi

²² Primerjaj tudi Patricia C. Botana, Prevention and deterrence of collusive behavior: The role of leniency programs, Columbia Journal of European Law, št. 13/2006, str. 63.

organi za konkurenco v Evropski uniji ali zunaj nje je bil že vzpostavljen ali se namerava vzpostaviti stik v zvezi z domnevnim kartelom.

Določilo 76. člena ne vsebuje izrecne ureditve položajev podjetij, ki se odločijo za dejansko »spontano« samoovadbo ter uradu razkrijejo svoje sodelovanje v kartelu in njegove značilnosti v času, ko urad obstoja takega kartela še ni zaznal. V nasprotju z ameriško ureditvijo se zakonodajalec torej ni odločil za visoko nagrajevanje pravih »izdajalcev«, kar lahko povzroči morebitno pasivno vedenje podjetij vse do trenutka, ko urad na svojih spletnih straneh objavi obvestilo o sklepu o uvedbi postopka zoper kartel in s tem sproži »dirko do urada«. Relativna neučinkovitost urada pri preganjanju kartelnih sporazumov v prejšnjih letih obstoja še povečuje možnost, da se podjetja ne bodo odločala za pravo, spontano obliko samoovadbe.

4.1.2.2. *Podjetje predloži dokaze, ki po mnenju urada omogočijo ugotovitev kršitve 6. člena tega zakona ali 81. člena PES v zvezi z domnevnim kartelom*

Določilo ureja položaje, ko podjetja z uradom začnejo sodelovati po trenutku izdaje sklepa o preiskavi. Urad je torej že zaznal obstoj prepovedanega omejevalnega ravnanja na trgu in na podlagi pridobljenih informacij uvedel postopek zoper udeležena podjetja ter z namenom ugotovitve obstoja kršitve tudi začel preiskavo zoper podjetja v postopku. Položaj se kakovostno razlikuje od prej opisanega postopka sodelovanja pred uvedbo preiskave. Urad že ima relevantne informacije, ki mu omogočajo usmerjeno preiskavo, seznanjen je z naravo kršitve, njenim obsegom in posledicami ter kršitelji, niso pa mu še na voljo dokazi, s katerimi bi lahko dokazal obstoj kršitve. Podjetje mora kot pogoj za prizanesljivo obravnavanje zato v tem primeru predložiti visokokakovostne informacije, ki uradu omogočijo hitro izpeljavo postopka z obsodilnim zaključkom. Tudi v tem primeru se zastavlja vprašanje presoje kakovostne ravni informacij, ki jih predloži podjetje. Gre namreč za dokaze, ki *po mnenju urada* omogočijo ugotovitev kršitve. Zakonodajalec tudi tu uvaja izrazito subjektiven kriterij, katerega presoja je – vsaj do sprejema uredbe iz petega odstavka 76. člena, ki bo poleg čisto postopkovnih vprašanj morala urediti tudi tovrstne kriterije oziroma standarde – odvisna predvsem od ravni pravne usposobljenosti urada.

4.1.3. *Posledice sodelovanja*

Zakonodajalec je v 76. členu uredil tudi možnost delnega zmanjšanja sankcij za protikonkurenčno vedenje. Podjetju, ki kumulativno izpolni pogoje, kogentno določene v 76. členu, se v celoti odpusti sankcija. Zakonska ureditev je povezana z režimom splošnih pravil za odmero sankcije v Zakonu o prekrških, ki v sedmem odstavku 26. člena določa, da se v primerih, ko je z zakonom tako določeno, lahko storilcu prekrška odpusti globo in druge sankcije.

Iz analize primerjalnih ureditev izhaja, da je morebitna odsotnost možnosti zniževanja sankcij pomanjkljivost, ki lahko v veliki meri negativno vpliva na uspešnost programa prizanesljivo-

sti. Zato je dobro, da je zakonodajalec tako opcijo umestil v režim in jo (delno) utemeljil na konceptu Obvestila Komisije, ki natančno opredeljuje položaje podjetij, ki se za sodelovanje s Komisijo odločijo tudi v primerih, ko ne izpolnjujejo pogojev za popolno amnestijo, torej odpuščitev sankcij. Poudariti je treba, da taka možnost dodatno povečuje učinkovitost programa prizanesljivosti, saj uradu omogoča, da pridobiva dragocene dodatne informacije in dokaze tudi po tem, ko je bila »nagrada« popolne odpustitve sankcij že podeljena prvemu podjetju, ki se je odločilo sodelovati v programu. Iluzorno je namreč pričakovati, da bodo imela vsa podjetja, ki bodo k programu pristopila kot prva, informacije (prvi model) oziroma dokaze (drugi model), ki bodo v celoti zadostovali za izpeljavo in konec postopka. Prav zato je smiselna ureditev, ki pristop k programu prizanesljivosti omogoča tudi podjetjem, ki lahko občutno prispevajo k uspešnemu delovanju urada po trenutku, ko je slednji že pridobil informacije ali dokaze od časovno prvega »izdajalca« kartela. Drugi odstavek 76. člena relativno jasno ureja položaj oziroma pozitivne posledice za podjetja, ki uradu zagotovijo dokazna sredstva o domnevni kršitvi, ki pomenijo znatno dodano vrednost v primerjavi z dokaznimi sredstvi, ki jih urad sicer že ima. Po zgledu ureditve v okolju komunitarnega prava²³ je določeno stopenjsko nižanje sankcij glede na vrstni red, po katerem podjetja navežejo stik z uradom. Povsem razumljivo je, da prvi (dodatni) »izdajalec« kartela ne prejme nagrade v smislu popolne odpustitve sankcij (amnestije), temveč mu je mogoče znižati globo v razponu med 30 in 50 odstotki, naslednji storilec lahko pričakuje znižanje v razponu od 20 do 30 odstotkov, vsi drugi pa največ do 20 odstotkov. Pomemben element koncepta zniževanja sankcij je predvsem kakovost informacij, ki jih podjetje predloži uradu. Termin »znatna dodana vrednost« spet odkazuje na subjektivno naravo standarda – urad torej sam odloča o tem, kolikšno dodano vrednost pomenijo informacije, ki jih je prejel od podjetja. Nedvomno bo treba v podzakonskem aktu, ki je predviden v petem odstavku 76. člena, po zgledu komunitarne ureditve²⁴ natančno definirati kakovost zahtevanih informacij.

²³ Obvestilo Komisije natančno določa stopnjevanje ravni znižanja sankcij glede na vrstni red podjetij v 26. členu: »Komisija bo v vsaki končni odločbi, sprejeti na koncu upravnega postopka, določila stopnjo znižanja, dodeljeno podjetju, glede na globo, ki bi bila sicer naložena. Za: prvo podjetje, ki predloži dokazna sredstva, ki pomenijo znatno dodano vrednost: znižanje od 30 do 50 odstotkov; drugo podjetje, ki predloži dokazna sredstva, ki pomenijo znatno dodano vrednost: znižanje od 20 do 30 odstotkov; vsa naslednja podjetja, ki predložijo dokazna sredstva, ki pomenijo znatno dodano vrednost: znižanje do 20 odstotkov.«

²⁴ Ureditev v Obvestilu Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (2006/C 298/11) v 25. členu kakovost informacij opredeljuje v smislu dodane vrednosti za Komisijo: »Pojem 'dodane vrednosti' se nanaša na obseg, v katerem predložena dokazna sredstva po svoji naravi in/ali stopnji podrobnosti povečajo zmožnost Komisije, da dokaže obstoj domnevnega kartela. Komisija pri tej presoji na splošno šteje, da imajo pisna dokazna sredstva, ki izhajajo iz obdobja, na katero se nanašajo dejstva, večjo vrednost kot dokazna sredstva, ki so ugotovljena naknadno. Za obremenilne dokaze, ki se neposredno nanašajo na zadevna dejstva, bo na splošno veljalo, da imajo večjo vrednost kot dokazna sredstva, ki so zgolj posredno povezana z dejstvi. Na podoben način na vrednost dokaznih sredstev vpliva tudi stopnja potrebe po dopolnitvi dokaznih sredstev z drugimi viri, da bi se zadevna dokazna sredstva lahko uporabila zoper druga podjetja v zadevi, tako da bo samostojnim dokaznim sredstvom priznana

4.1.4. Oblika dokazov

Določilo 76. člena ne določa oblike, v kateri mora podjetje uradu posredovati informacije oziroma dokaze. Tudi to področje bo moralo biti natančno urejeno v predvideni uredbi iz petega odstavka. Informacije so lahko tako podane pisno ali ustno, skladno s primerjalnimi ureditvami pa je pomembno, da so predložene v smislu »izjave podjetja«,²⁵ in ne pomenijo zgolj mnenja oziroma navedb posameznih zastopnikov ali zaposlenih podjetja.²⁶ Ko podjetje informacije posreduje pisno, mora biti izjava podana v obliki (podpisanih) pisnih dokumentov. Zahteva, da so informacije podane v obliki »izjave podjetja«, je posebnega pomena za ureditev pravice do dostopa do takih samoobtoževalnih informacij s strani tretjih.²⁷ Podjetje lahko informacije predloži tudi ustno, pri tem pa mora ustni izjavi priložiti tudi vse morebitne dokumente o obstoju kartela, udeleženih osebah in naravi kartela. Obvestilo Komisije določa, da se ustne izjave podjetij posnamejo in prepišejo v prostorih Komisije, podjetjem, ki podajo ustno izjavo, pa je zagotovljena možnost, da preverijo tehnično natančnost posnetka, ki bo na voljo v prostorih Komisije, in da popravijo vsebino svojih ustnih izjav v nekem roku. Podjetja se v navedenem roku lahko odpovedo tem pravicom, pri čemer se od tega trenutka naprej šteje, da je bil posnetek potrjen. Po eksplicitni ali implicitni potrditvi ustne izjave ali predložitvi popravkov podjetje posluša posnetke v prostorih Komisije in v danem roku preveri natančnost prepisa posnetkov.²⁸ Čeprav določba 76. člena ne opredeljuje narave postopka, v okviru katerega se izvaja program odpustitve sankcij, je mogoče tudi glede na ureditev v komunitarnem pravu²⁹ sklepati, da urad izvaja procesna dejanja v skladu z določili o postopku iz prvega poglavja zakona. Izjava podjetja tako nedvomno tvori del dokumentov zadeve, pri čemer pa gre opozoriti na nujno omejitev pravice strank do pregleda teh dokumentov, ki je zakon sicer ne določa, a jo je mogoče uveljaviti s smiselno uporabo določil Obvestila Komisije. Izjava podjetja ne sme biti dostopna vsem strankam v postopku (pri čemer je treba poudariti morebitne stranske interveniente, ki so svoje sodelovanje v postopku prijavili na podlagi tretjega odstavka 16. člena zakona), obseg tistih, ki so upravičeni do seznanitve s takšno izjavo, je namreč treba omejiti zgolj na stranke, ki so naslovniki povzetka relevantnih dejstev iz 36. člena zakona, ob tem pa je nedvomno treba upoštevati tudi pravila glede varovanja poslovne skrivnosti iz 18. člena

večja vrednost kot pa dokaznim sredstvom, kot so izjave, ki v primeru ugovora potrebujejo dopolnilno gradivo v podporo.« Več v Van Barlingen, Barennes, Competition Policy Newsletter, št. 2005/3, str. 16.

²⁵ *Corporate Statement*.

²⁶ Glej na primer člen 9(a) Obvestila Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (2006/C 298/11) in točko A(4) DOJ Corporate Leniency Policy.

²⁷ O tem več v razdelku 4.1.5.

²⁸ Člen 32 Obvestila Komisije.

²⁹ Člen 32 Obvestila Komisije tako določa: »Vsaka izjava, dana Komisiji v zvezi s tem obvestilom, tvori del spisa Komisije in je lahko uporabljena kot dokazno sredstvo.«

zakona. Tako se podjetjem, ki se odločijo za sodelovanje z uradom, zagotovi višja stopnja pravne varnosti glede uporabe obremenilnih podatkov, ki so jih s samoovadbo prostovoljno razkrila uradu, kot dokazov v zvezi z morebitnimi odškodninskimi zahtevki, ki bi jih proti udeležencem kartela po zaključenem postopku vlagali oškodovani posamezniki ali podjetja.

4.1.5. Dostop do izjave podjetij

Samostojno vprašanje v zvezi s položajem podjetja, ki zaprosi za odpustitev sankcij, se nedvomno nanaša na status izjave takšnega podjetja oziroma predvsem zavarovanje take izjave in stopnjo njene zaupnosti ali tajnosti. Razlog za tako vprašanje je jasen. Podjetje, ki se odloči za sodelovanje v programu prizanesljivosti, mora uradu predložiti visokokakovostne podatke o (predvsem, a ne izključno) obstoju kartela, njegovem načinu delovanja, ciljnih, koluzijskih dobičkih, ki so takemu delovanju sledili, svoji vlogi v kartelu, vlogi in stopnji intenzivnosti sodelovanja drugih udeležencev. Gre bodisi za podatke, ki uradu omogočijo izpeljavo usmerjene preiskave, ali pa za dokaze, ki uradu zagotovijo možnost ugotovitve obstoja kršitve 6. člena zakona oziroma 81. člena PES. Podjetje (in to je za njegov položaj najpomembnejše) se torej samoobtoži, v zameno za tako dejanje in predložitev informacij o drugih udeležencih ter kartelu pa mu je odpuščena upravna sankcija, torej izrek globe s strani urada. Seveda pa bi lahko imela samoobtožba za podjetje negativne posledice v okviru zasebnopravnega varstva konkurenčnega prava. Gre za razkritje informacij, ki so za potencialne zasebne tožnike izrednega pomena, saj bi jim lahko omogočile natančno in pravno nesporno utemeljitev njihovih odškodninskih zahtevkov zoper udeleženca kartela, vključno s podjetjem, ki je odločilno prispevalo k uspešnemu zaključku postopka v okviru javnopravnega varstva. Tako stanje bi bilo nezdržljivo z osnovnim namenom programov prizanesljivosti, ki temelji na visokih spodbudah za sodelovanje. Spodbude v smislu bodočih koristi od sodelovanja z uradom morajo namreč presegati potencialne pozitivne posledice nadaljevanja kartelnega delovanja, kar pa bi bilo v primerih, ko bi potencialni zasebni tožniki lahko dostopali do vsebine izjav podjetij, nemogoče doseči. Podjetju, ki bi zaprosilo za odpustitev sankcij in izpolnilo vse kumulativno določene pogoje iz 76. člena zakona, bi bil v takem primeru sicer odpuščen izrek globe s strani urada, nedvomno pa bi bilo v kasnejšem postopku obsojeno na plačilo odškodnine, ki bi jo sodišče zasebnemu tožniku dosodilo prav na podlagi samoobtožilne izjave podjetja. Zakonodajalec je to področje v zakonu absolutno podnormiral.

Morebitna zaščita izjave podjetja tako trenutno v 76. členu zakona ni urejena, najti je ni mogoče niti v drugih delih, ki urejajo postopkovna vprašanja. Ker gre za izjemno pomembno vprašanje, ki v sedanjem stanju dekonstrukcijsko vpliva na celoten režim odpustitve in omilitve sankcij in neposredno učinkuje na pravice udeležencev v postopkih, je treba to problematiko urediti v samem zakonu. Regulacija z uredbo tukaj ne pride v poštev. Sedaj veljavna slovenska ureditev namreč močno odstopa od tiste na ravni Skupnosti, saj je leta 2006

zadnja sprememba programa prizanesljivosti v skupnostni regulatorni okvir vključila tudi izrecno zaščito izjav podjetij. Člena 33 in 34 Obvestila namreč jasno opredeljujeta, da so izjave podjetij na voljo zgolj naslovnikom povzetka relevantnih dejstev, pod pogojem, da se skupaj s pravnimi zastopniki, ki so pridobili dostop v njihovem imenu, zavežejo, da ne bodo z mehničnimi ali elektronskimi sredstvi izdelali kopije informacij iz izjave podjetja, do katere je bil dovoljen dostop, ter da bodo zagotovili, da se bodo informacije, pridobljene na podlagi izjave podjetja, uporabljale samo v posebej opredeljene namene.³⁰ Drugim strankam, pri čemer Komisija posebej omenja pritožnike, ne bo dovoljen dostop do izjav podjetij. Taka zaščita preneha s trenutkom, ko podjetje, ki sodeluje v programu prizanesljivosti, samostojno razkrije vsebino izjave tretjim.

Trenutna ureditev v zakonu je neustrezna in nesprejemljiva; kljub omenjeni možnosti smiselne razlage določb 16. in 18. člena zakona (glej razdelek 4.1.4.) je režim glede zaščite izjav podjetij povsem netransparenten, položaj pa dodatno otežuje določilo 62. člena zakona, ki sodiščem v primerih odškodninskih zahtevkov zaradi škode, ki je bila povzročena s kršitvijo določb 6. ali 9. člena tega zakona ali 81. ali 82. člena PES, nalaga vezanost na pravnomočno odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve urada in Evropske komisije. V odsotnosti izrecnega določila, ki bi zaščitilo izjave podjetij v smislu Obvestila Evropske komisije, je slovenski program odpustitve sankcij žal povsem nepriljubljen za potencialne »izdajalce« kartelov zaradi njihovega slabšega položaja v morebitnih zasebnopravnih odškodninskih postopkih. Pri tem gre opozoriti na jasno izražen namen uporabe režima zaščite izjav podjetja, kot je urejen v Obvestilu Komisije v okviru obravnavanja prošenj za odpustitev ali zmanjšanje sankcij v okviru nacionalnih programov prizanesljivosti. Urad naj zato v primeru zaprosila za odpustitev sankcij položaj podjetja v zvezi z njegovo samoobtoževalno izjavo varuje v skladu s 33. in 34. členom Obvestila Komisije. Izjava podjetja lahko sestavlja del dokumentacije o zadevi v skladu s 16. členom zakona, dostop do te izjave pa naj bo omejen zgolj na tiste stranke v postopku, ki so obenem tudi naslovniki povzetka relevantnih dejstev. Izjave podjetja ni mogoče uporabljati v morebitnih civilnih zadevah (predvsem tu poudarjamo morebitne odškodninske zahtevke), zaščita izjave pa traja ves čas postopka pred uradom in po njem. Za zaščito ni pomembno, ali

³⁰ Nameni so opredeljeni v 34. členu Obvestila: »(...) dostop do spisa (se) odobri samo naslovljencem obvestila o nasprotovanju pod pogojem, da se s tem pridobljene informacije smejo uporabljati samo za namene sodnih in upravnih postopkov za uporabo pravil konkurence Skupnosti, na katere se nanašajo zadevni upravni postopki. Uporaba takih informacij v druge namene med postopkom se lahko šteje kot nesodelovanje v smislu člena (12) in (27) tega obvestila. Poleg tega, če pride do take uporabe po tem, ko je v postopku Komisija že sprejela odločbo o prepovedi, lahko Komisija pri pravnih postopkih pred sodišči Skupnosti zahteva povišanje globe za podjetje, ki je odgovorno za tako dejanje. Če se bodo informacije kdaj koli uporabljale v drugačen namen z vključitvijo zunanjega pravnega zastopnika, bo lahko za ustrezen disciplinski ukrep Komisija prijavila dogodek zbornici tega zastopnika.«

je izjava podjetja dejansko omogočila uspešen konec postopka urada, oziroma dejstvo, da je urad zavrnil prošnjo za odpustitev sankcij.³¹

4.1.6. Sodelovanje z uradom med celotnim postopkom

Sankcije je v skladu z določbo 76. člena mogoče odpustiti le tistim »izdajalcem« kartelov, ki ves čas trajanja postopka sodelujejo z uradom. Ugotoviti je treba, da je dikcija tretje alineje žal prepovršna in lahko negativno vpliva na potencialno uspešnost programa prizanesljivosti. Zastopniki podjetja iz besedila, ki določa pogoj, ne morejo natančno razbrati kakovosti vedenja, ki se zahteva od podjetja. Ubeseditiv pogoja je najverjetneje posledica poskusa približevanja slovenskega programa prizanesljivosti programu Komisije. Sodelovanje v smislu 76. člena je zato mogoče opredeliti kot popolno, dejansko in hitro sodelovanje podjetja, ki poteka od začetka zaprosila za prizanesljivo obravnavanje do konca postopka. Podjetje naj uradu zagotovi vso pomoč z informacijami, ki jih ima, predvsem pa naj se v odnosu do urada vede iskreno in odkrito. Določilo je (do sprejema uredbe, predvidene v petem odstavku 76. člena) torej treba interpretirati v skladu s pravilom Obvestila Komisije, ki od podjetja zahteva, da Komisiji nemudoma zagotovi vse pomembne informacije in dokazna sredstva v zvezi z domnevnim kartelom, ki preidejo v posest podjetja ali so mu na razpolago; da je Komisiji na voljo za hitro izpolnjevanje vseh zahtev, ki bi lahko prispevale k ugotavljanju dejstev; da so na voljo trenutni (in po možnosti nekdanji) uslužbenci in direktorji za razgovor pri Komisiji; da ne sme uničiti, poneverjati ali prikrivati zadevnih informacij ali dokaznih sredstev, povezanih z domnevnim kartelom; in da ne sme razkriti dejstva vložitve ali katere koli vsebine njegove prošnje, preden Komisija izda obvestilo o nasprotovanju v zadevi, razen če ni dogovorjeno drugače. Če je mogoče pogoj iz 76. člena interpretirati s stališča Obvestila Komisije, lahko ugotovimo, da gre za »postopkovno« opredelitev pogoja delovanja podjetja, ki se želi s sodelovanjem v programu prizanesljivosti izogniti sankcijam za protikonkurenčno vedenje. Ravnanje podjetja v času trajanja postopka poleg subjektivnega pogoja predložitve dokazov, ki po mnenju urada omogočajo izvedbo preiskave ali ugotovitev kršitve, je torej dodaten pogoj za sodelovanje v programu prizanesljivosti. Poudariti gre, da bo tako pomemben pogoj treba v uredbi, predvideni v petem odstavku 76. člena, urediti veliko podrobneje, saj v trenutni obliki podjetjem ne daje dovolj informacij o njihovih obveznostih.

4.1.7. Takojšnje prenehanje sodelovanja v kartelu

Določilo tretje alineje jasno povzema primerjalne programe prizanesljivosti v zvezi z nadaljevanjem oziroma prenehanjem kartelnega delovanja podjetja. Velja načelna prepoved nadalj-

³¹ Primerjaj Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages for breach of the EC antitrust rules, str. 86: (COM(2008) 165 konč.), (SEC (2008) 405), (SEC (2008) 406).

njega koluzivnega ravnanja; podjetje, ki je zaprosilo za odpustitev sankcij, mora torej takoj po zaprosilu prenehati aktivno delovati v omejevalnem sporazumu. Tudi zahteva po prenehanju sodelovanja je v zakonu relativno abstraktno opredeljena, saj ni povsem jasno, kako naj podjetje ravna, saj so načini prenehanja sodelovanja različni. Podjetje lahko izstop iz kartela opravi zelo javno – torej predvsem s sporočilom drugim v sporazumu udeleženi podjetjem. Tako delovanje podjetja je zaradi potencialnih hitrih reakcij drugih kršiteljev lahko izrazito škodljivo za nadaljevanje postopka, zato takega ravnanja od podjetij ne gre zahtevati.³² Podoben učinek ima lahko tudi konkludentna izjava volje o prenehanju sodelovanja: podjetje z neudeležbo na pomembnem sestanku kartela, ki poteka takoj po začetku sodelovanja z uradom, vzbudi nezaupanje pri drugih članih sporazuma, ki učinkovito uničijo dokaze, potrebne za uspešen konec postopka. Podjetju je mogoče naložiti nadaljevanje sodelovanja v kartelnem sporazumu, če to zahtevajo interesi preiskovalnega postopka. Gre za primere, ko bo moral urad po začetku sodelovanja z ovaditeljem kartela opraviti vrsto zahtevnih preiskovalnih dejanj, s katerimi bo pridobil odločilne dokaze o obstoju kršitve 6. člena zakona. Nadaljevanje sodelovanja v omejevalnem sporazumu bo v takih primerih nujno v luči preprečevanja morebitnega uničenja dokazov s strani drugih, v sporazum udeleženi podjetij. Mogoče je ugotoviti, da bo taka dolžnost podjetju naložena zgolj v primerih, ko se bo sodelovanje podjetja z uradom začelo še pred začetkom preiskave oziroma še preden urad kartel zazna. Samo v takih primerih namreč za odpustitev sankcij zadošča predložitev informacij, ki omogočajo izvedbo preiskave v zvezi z domnevnim kartelom.

4.1.8. Odpustitev sankcij ni ponujena podjetjem, ki so druga podjetja prisilila v sodelovanje v domnevnem kartelu ali jih prisilila, da v njem še naprej sodelujejo

Iz programa prizanesljivosti zakon izključuje le podjetja, ki so zaradi svoje ekonomske moči lahko prisilno vplivala na vedenja drugih podjetij na istem oligopolnem trgu. S tem zakonodajalec sledi zgledu Evropske komisije, ki je iz svojega programa prizanesljivosti izključila v predhodnih različicah vsebovano določbo,³³ po kateri se za sodelovanje v programu niso kvalificirala podjetja, ki jim je bilo mogoče pripisati kakovost začetnika, oziroma podjetja, ki so imela odločilno vlogo pri izvajanju protikonkurenčnega delovanja.

³² Primerjaj pojasnila DOJ Antitrust Division, Corporate Leniency Policy: Answers to Some Recurring Questions, dostopno na <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>.

³³ Evropska komisija je diskvalifikatorno okoliščino začetnika in pomembnega člana kartela odpravila že s predzadnjo reformo programa prizanesljivosti. Obvestilo o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah iz leta 2002 tako sledi samokritiki Komisije, ki je prej veljavna »standarda« označila za izrazito nejasna in zavajajoča. European Commission, Question & Answer on the Leniency Policy (13. februar 2002) (Memorandum–MEMO/02/23), http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/02/23|0|RAPID&lg=EN.

5. Sklep

Program prizanesljivosti pomeni novost v slovenski konkurenčnopravni ureditvi. Glede na uspešnost, ki jo primerljivi programi dosegajo v drugih jurisdikcijah (pri tem imam v mislih predvsem Združene države Amerike), je tudi dobrodošel dodaten instrument generalne prevecije. Treba pa je opozoriti na vprašanja, ki ostajajo odprta in od katerih je odvisna učinkovitost slovenske oblike programa prizanesljivosti. Prvič, nujna bo izjemno intenzivna in proaktivna komunikacija urada, od katerega gre zahtevati, da gospodarskim subjektom (torej tudi kršiteljem in s tem potencialnim uporabnikom programa) jasno predstavi prednosti tovrstnega sodelovanja. Drugič, podjetjem, ki se bodo odločala za samoovajanje in sodelovanje z uradom, je treba zagotavljati popolno transparentnost vseh postopkov. Tretjič, presoja *kakovosti* podatkov, ki jih bodo prinašala »izdajalska« podjetja, bo morala biti izredno stroga in skrbna – v nasprotnem primeru se lahko program prelevi v zanimivo stojnico z odpustki. Četrto, urad mora nadaljevati z učinkovito politiko nadzora in krepiti svoj položaj ter doseči visoko stopnjo detekcije in kaznovanja omejevalnih ravnanj. Na ta način bo vzpostavljen oziroma ohranjan prvi pogoj za delovanje programa prizanesljivosti, tj. dvom kršiteljev o ekonomski koristnosti njihovega omejevanja konkurence.

Strokovni članek
UDK 346.546(497.4)

Konkurenčno pravo in ZGD-1

DR. BORUT BRATINA,
*izredni profesor na Ekonomsko-
poslovni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. Uvod

Temeljna statusna korporacijska pravila ustanovitve in poslovanja gospodarskih družb in drugih gospodarskih subjektov ter njihova statusna preoblikovanja v Sloveniji ureja Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/2006 (ZGD-1), 10/2008 (ZGD-1A), 68/2008 (ZGD-1B), 42/09(ZGD-1C) in 65/09 (ZGD-1-UPB3).

Državni zbor RS pa je 1. aprila 2008 sprejel prenovljeni in spremenjeni Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1, Uradni list RS, št. 36/2008), ki je začel veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu (11. 4. 2008), to je 26. 4. 2008. S tem zakonom se v slovenski pravni red v celoti prenaša evropska pravna ureditev iz Uredbe 1/2003/ES o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe ES in Uredba 139/2004/ES o nadzoru koncentracije podjetij.

Ta zakon (ZPOmK-1) tako ureja omejevalna ravnanja, koncentracije podjetij,¹ oblastna omejevanja konkurence in ukrepe za preprečitev omejevalnih ravnanj in koncentracij, ki bistveno omejujejo učinkovito konkurenco. Prav prosta konkurenca na enotnem notranjem trgu EU je eden izmed ekonomskih temeljev EU, ki naj omogoči uveljavitev štirih temeljnih svoboščin (prost pretok blaga, storitev, kapitala in ljudi).

¹ ZPOmK-1 uporablja izraz podjetje, ki ga v 3. členu definira: »Podjetje je subjekt, ki opravlja gospodarsko dejavnost, ne glede na njegovo pravnoorganizacijsko obliko in lastninsko pripadnost ...« ZGD-1 pa v 3. členu definira pojem gospodarska družba: »Po tem zakonu (torej po ZGD-1) je gospodarska družba pravna oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost kot svojo izključno dejavnost.« Iz navedenega lahko sklenemo, da je gospodarska družba ena izmed (najpomembnejših) pravnoorganizacijskih oblik podjetij.

V zadnjem času je pristojni državni organ za uveljavitev določil tega zakona, to je Urad Republike Slovenije za varstvo konkurence (v nadaljevanju UVK), začel nekaj odmevnih postopkov na podlagi ZPOmK-1, kar je seveda povzročilo večje zanimanje strokovne in druge javnosti.

Najpomembnejša slovenska podjetja so v pravnoorganizacijski obliki kapitalskih družb, to je delniških družb (d. d.) in družb z omejeno odgovornostjo (d. o. o.). Za kapitalske družbe je značilna ločitev lastniške in upravljalke funkcije, kar pomeni, da imajo kapitalske družbe posebne organe, ki vodijo, zastopajo, nadzirajo in upravljajo te družbe, pri čemer so njihove pristojnosti praviloma že zakonsko razmejene. V d. d. tako imamo organe vodenja ali nadzora, ki so lahko uprava in nadzorni svet v dvotirnem sistemu upravljanja ali upravni odbor v enotirnem sistemu. Delničarji pa svoje članske upravljalke pravice uresničujejo praviloma na skupščini. Uprava (sestavljena iz direktorjev) vodi posle družbe samostojno, na lastno odgovornost in v dobro družbe ter zastopa in predstavlja družbo. To so izvirne (zakonske) pristojnosti uprave, ki jih družba ali delničarji ne morejo omejiti. Peti odstavek 281. člena ZGD-1 posebej prepoveduje, da bi se vodenje poslov preneslo na nadzorni svet. Nadzorni svet lahko le daje soglasje k posameznim poslom uprave. Prav tako zakon prepoveduje, da bi skupščina odločala o vprašanih vodenja poslov, razen če tega ne zahteva uprava sama (šesti odstavek 293. člena ZGD-1).

Smiselno enako velja v primeru enotirnega sistema, ko je pač upravni odbor pristojen voditi družbo in nadzirati izvajanje njenih poslov ter zastopati in predstavljati družbo. Lahko pa upravni odbor prenese vodenje poslov in zastopanje ter predstavljanje družbe na izvršne direktorje, ki jih lahko imenuje izmed svojih članov ali tretjih oseb. Pri tem je pomembna razlika v samostojnosti in neodvisnosti izvršnih direktorjev v primerjavi s člani uprave, saj morajo v skladu s petim odstavkom 290. člena ZGD-1 izvršni direktorji pri opravljanju nalog upoštevati navodila in omejitve, ki jim jih postavljajo skupščina družbe, upravni odbor, statut in poslovnik o delu izvršnih direktorjev. Teh omejitev člani uprave nimajo.

Navedeno je pomembno pri opredelitvi odgovornosti članov posameznih organov, ki odločajo v d. d. ali d. o. o. Za vse člane organov vodenja ali nadzora 263. člen ZGD-1 jasno določa, s kakšno skrbnostjo morajo opravljati svoje naloge (skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika) in kakšna je njihova odgovornost. Člani organov vodenja ali nadzora so solidarno odgovorni družbi za škodo, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog, razen če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti. Svoje odgovornosti so razbremenjeni tudi, če dejanje, s katerim je družbi povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu.

2. Urad Republike Slovenije za varstvo konkurence – UVK

Urad je organ, ki je pristojen za nadzor nad izvajanjem ZPOmK-1 ter 81. in 82. člena Pogodbe ES. Tako urad spremlja in analizira razmere na trgu, če so pomembne za razvijanje

učinkovite konkurence, vodi postopke in izdaja odločbe v skladu z zakonom in po potrebi daje svoja mnenja parlamentu in vladi o splošnih vprašanjih iz svoje pristojnosti.

Pristojnosti urada lahko razdelimo na naslednja področja:

1. Presoja omejevalnih sporazumov in zlorabe prevladujočega položaja
2. Presoja koncentracije podjetij
3. Prekrškovni organ o prekrških zaradi kršitve ZPOmK-1 in določb 81. in 82. člena Pogodbe ES
4. Vloga lahko tožbe pred pristojnimi sodišči za ugotovitev ničnosti prepovedanih sporazumov in prepovedanih dejanj v zvezi s koncentracijo podjetij

V smislu 13. člena ZPOmK-1 je urad pri izvajanju svojih nalog in pristojnosti neodvisen in samostojen. Urad vodi direktor, ki odgovarja za njegovo dejavnost. Za odločanje v upravnem postopku in postopku o prekršku se vsakokrat oblikuje senat za odločanje, ki ga sestavljajo direktor kot predsednik in dve osebi, zaposleni na uradu, ki ju določi direktor urada.

3. Omejevalna ravnanja

V 6. členu ZPOmK-1 je najprej v prvem odstavku določena generalna klavzula prepovedanih omejevalnih sporazumov² in nato so v drugem odstavku še primeroma naštetih primeri omejevalnih sporazumov.³ Omejevalni sporazum torej obstaja le takrat, kadar so kumulativno izpolnjeni vsi elementi iz generalne klavzule. Po vzoru evropske zakonodaje določba zajema tako vertikalne (pogodba med dobaviteljem – proizvajalcem in kupcem – potrošnikom) kot tudi horizontalne sporazume (pogodba med dobavitelji – proizvajalci ali med kupci).

S pojmom sporazum niso mišljene le zavezujoče pogodbe, temveč se lahko le-ta pojavlja tudi v obliki neformalnih pogodb, kot splošni pogoji poslovanja, kot pravila v okviru združenj podjetij, lahko pa se pojavlja zgolj v obliki enotnega ravnanja subjektov na trgu, ki so sicer konkurenti. Sporazum je omejevalen (in torej prepovedan), če je namenjen preprečevanju, omejevanju ali izkrivljanju konkurence (to je hkrati cilj takega sporazuma) ali pa mora de-

² Prepovedani in nični so sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja podjetij, katerih cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco na ozemlju Republike Slovenije.

³ Zlasti je prepovedano:

- neposredno ali posredno določati nakupne ali prodajne cene ali druge poslovne pogoje;
- omejevati ali nadzirati proizvodnjo, prodajo, tehnični napredek ali naložbe;
- določati v razmerjih z drugimi sopogodbeniki neenake pogoje za primerljive posle, če je s tem sopogodbenik postavljen v konkurenčno slabši položaj;
- za sklenitev pogodbe zahtevati, da sopogodbeniki sprejmejo še dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje niso povezane s predmetom te pogodbe;
- razdeliti trg ali vire nabave med udeleženci.

jansko povzročiti takšen učinek. Če se lahko ugotovi protipraven namen sporazuma (to je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence), je ta ničen sam po sebi in ni potrebno dokazovati učinkov. Če pa sporazum ni bil sklenjen s protikonkurenčnim namenom, je treba njegove učinke na določenem trgu ugotoviti z ekonomsko analizo stanja pred in po njegovi sklenitvi.

V praksi se lahko zgodi, da imajo navedeni sporazumi elemente, ki so koristni za potrošnike (izboljšanje proizvodnje ali razdelitve dobrin ali ki pospešujejo tehnični in gospodarski razvoj in pri tem zagotavljajo potrošnikom pravičen delež doseženih koristi; npr. nižjo ceno, višjo kvaliteto, večjo količino ...). Toda takšni »koristni sporazumi« vseeno ne smejo udeleženi podjetjem nalagati omejitev, ki niso nujne za doseganje navedenih ciljev, in dajati udeleženi podjetjem možnosti, da bi izključila konkurenco glede znatnega dela proizvodov ali storitev, ki so predmet sporazuma. Morebitne koristne učinke sporazumov mora v postopku dokazati udeleženec sporazuma.

Izjema so tudi sporazumi manjšega pomena, kot jih definira drugi odstavek 7. člena ZPOmK-1 (predvsem se to nanaša na majhen tržni delež).

Omejevalna ravnanja praviloma izhajajo iz poslovodenja družb (pogodb, sporazumov ali dogovorov), ki jih izvaja poslovodstvo,⁴ zato lahko tudi ugotovimo, da so za te kršitve praviloma odgovorni direktorji kot člani organov vodenja ali nadzora. Čeprav se v skladu z drugim odstavkom 263. člena ZGD-1 odgovornost članov organov vodenja ali nadzora za morebitno škodo družbi predpostavlja, naj posebej poudarimo, da se člani organov vodenja ali nadzora ne morejo razbremeniti odgovornosti za škodo, če so kršili konkurenčno zakonodajo, saj je minimum skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika (to je kriterij skrbnosti iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1) prav ravnanje v skladu s predpisi.

V 9. členu ZPOmK-1 je določena prepoved zlorabe prevladujočega položaja enega ali več podjetij na ozemlju Republike Slovenije. Urad pri ugotavljanju prevladujočega položaja upošteva zlasti tržni delež, možnosti za financiranje, pravne in dejanske vstopne ovire, dostop do dobaviteljev ali trga in obstoječo ali potencialno konkurenco. Zakonska domneva je, da ima prevladujoč položaj podjetje, če je njegov tržni delež na trgu Republike Slovenije višji od 40 %, in da ima dvoje ali več podjetij prevladujoč položaj, če je njihov tržni delež na trgu Republike Slovenije višji od 60 %.

⁴ Poslovodstvo definira ZGD-1 v 10. členu: »Za poslovodstvo se štejejo organi ali osebe, ki so po tem zakonu ali po aktih družbe pooblaščen, da vodijo njene posle ... pri d. d. je to uprava ali upravni odbor in pri d. o. o. je to en ali več poslovodij.«

Zlorabo prevladujočega položaja pomenijo zlasti:

- posredno ali neposredno določanje nepoštenih prodajnih ali nakupnih cen ali drugih nepoštenih poslovnih pogojev;
- omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega napredka v škodo potrošnikov;
- uporaba neenakih pogojev za primerljive posle z drugimi sopogodbeniki, če je s tem sopogodbnik postavljen v konkurenčno slabši položaj;
- zahteva, da se za sklepanje pogodb sprejmejo dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje niso povezane s predmetom teh pogodb.

Pri omejevalnih ravnanjih in zlorabi prevladujočega položaja lahko UVK izvede preiskovalni postopek, v katerem pridobi potrebne podatke in dokumente. Na podlagi zbranega gradiva lahko UVK odloči o obstoju kršitev in z odločbo od podjetja zahteva, da s kršitvijo preneha. V skladu z drugim odstavkom 37. člena ZPOMK-1 lahko UVK z isto odločbo podjetju naloži ukrepe, ki so primerni, da se odpravi kršitev in njene posledice, zlasti odprodajo dejavnosti ali dela dejavnosti podjetja, delitev podjetja ali odsvojitve deležev v podjetjih, prenos pravic industrijske lastnine in drugih pravic, sklenitev licenčnih ali drugih pogodb, ki se lahko sklepajo pri poslovanju med podjetji, zagotavljanje dostopa do infrastrukture. V nujnih primerih, ko obstaja nevarnost težko popravljive škode za učinkovitost konkurence na trgu, lahko UVK med postopkom sprejme začasne ukrepe, zoper katere lahko stranka v treh dneh od dneva njihove izročitve vložiti tožbo, o kateri odloči sodišče brez odlašanja, najpozneje pa v 15 dneh po prejemu tožbe.

Kot je bilo že prej navedeno, običajno pride do teh kršitev zaradi ravnanj posloводства. Toda predvideni zakonski ukrepi in sankcije, ki jih lahko izreče UVK, pa spadajo v pristojnost skupščine (torej družbenikov). Pri tem mislim predvsem na ukrepe odprodaje dejavnosti ali dela dejavnosti, delitev podjetja ali odsvojitve deležev v podjetjih. Ti ukrepi posegajo v statusno organiziranost družbe in zahtevajo tudi spremembo statuta, kar vse spada v pristojnost skupščine družbe. Takšni ukrepi lahko pomembno zmanjšajo vrednost družbe in posledično vrednost delnic ali deležev družbenikov. Nedvomno lahko delničarji sprožijo tudi odškodninske tožbe zoper člane organov vodenja ali nadzora, če so le-ti odgovorni za očitane kršitve.

Za kršitev 6. in 9. člena ZPOMK-1 je določena globa do deset odstotkov letnega prometa podjetja v predhodnem poslovnem letu, kar v prvi vrsti prizadene družbenike zaradi zmanjšanja dobička družbe. Odgovorne poslovodne osebe (direktorji) pa so lahko kaznovane z globo od 5.000 eurov do 10.000 eurov, v hujših primerih pa od 15.000 do 30.000 eurov. Odgovornost članov organov vodenja ali nadzora za kršitev ZPOMK-1 je vsekakor tudi utemeljen razlog za krivdni odpoklic in odškodninsko odgovornost do družbe.

Težava pa lahko nastane tudi, če družbeniki na skupščini ne sprejmejo in potrdijo statusnih organizacijskih sprememb, ki so nujne zaradi odločbe UVK ali zavez, ki jih je družba dala

UVK v skladu z 39. členom ZPOmK-1. Tudi v takšnem primeru družbi grozi globa v višini do deset odstotkov letnega prometa.

4. Koncentracije podjetij

ZPOmK-1 definira »gospodujoče podjetje«⁵ kot tisto podjetje, ki ima neposredno ali posredno:

- večino glasovalnih pravic v drugem podjetju;
- pravico imenovati ali odpoklicati večino članov posloводства ali nadzornega sveta drugega podjetja;
- pravico voditi posle drugega podjetja na podlagi podjetniške pogodbe ali drugega pravnega posla.

»Odvisno podjetje« pa je tisto podjetje, v katerem ima drugo podjetje, to je gospodujoče podjetje, prej navedene pravice.

ZPOmK-1 v 10. členu definira pojem koncentracije:

- združitev dveh ali več predhodno neodvisnih podjetij ali delov podjetij ali
- kadar ena ali več fizičnih oseb, ki že obvladuje najmanj eno podjetje, ali kadar eno ali več podjetij z nakupom vrednostnih papirjev ali premoženja, s pogodbo ali kako drugače pridobi neposredno ali posredno kontrolo nad celoto ali deli enega ali več podjetij ali
- kadar dve ali več neodvisnih podjetij ustanovi skupno podjetje, ki opravlja vse funkcije samostojnega podjetja z daljšim trajanjem.

Po starem zakonu (ZPOmK-UPB2) je bilo v 12. členu natančneje določeno, kdaj je treba priglasiti koncentracijo (skupni letni promet udeleženih podjetij več kot 33.3 mio eurov ali če obsegajo 40 % upoštevne trga). Po novem (42. člen ZPOmK-1) je treba koncentracijo priglasiti, če je skupni promet udeleženih podjetij v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 35 mio eurov in je letni promet prevzetega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 1 mio eurov.

Čeprav koncentracija ne dosega prej navedenih pragov, lahko urad najpozneje v 15 dneh od obvestila⁶ udeležena podjetja pozove, da koncentracijo vseeno priglasijo, če imajo skupaj z

⁵ Izraz ni povsem usklajen s terminologijo ZGD-1 in Zakona o prevzemih (ZPre-1). ZGD-1 uporablja izraz obvladujoča družba in tudi ZPre-1 izraz obvladujoča oseba. Lahko pa ugotovimo, da tako obvladujoča družba po ZGD-1 kot tudi obvladujoča oseba po ZPre-1 spadata pod pojem gospodujoče podjetje po ZPOmK-1.

⁶ 24. člen ZPre-1 določa, da mora prevzemnik pred objavo prevzemne ponudbe o tem, da namerava dati prevzemno ponudbo, obvestiti ATVP, posloводство ciljne družbe in organ, pristojen za varstvo konkurence, to je Urad RS

drugimi podjetji v skupini več kot 60% tržni delež na trgu Republike Slovenije. Ločiti je torej treba obvestilo po ZPre-1 in priglasitev po ZPOmK-1.

Koncentracijo je treba uradu priglasiti pred začetkom njenega izvrševanja.

Skrajni rok za priglasitev koncentracije pa je najpozneje 30 dni od sklenitve pogodbe, objave javne ponudbe ali pridobitve kontrole (rok začne teči s prvim od teh dogodkov).

Do koncentracije praviloma pride ob predhodni odločitvi družbenikov na skupščini družbe, ki so izključno pristojni za statusne spremembe družbe in tudi za sklenitev pogodb in drugih pravnih poslov, s katerimi se delniška družba zaveže prenesti najmanj 25 % premoženja družbe (329. in 330. člen ZGD-1).

Prepovedane so koncentracije, ki bistveno omejujejo učinkovito konkurenco na ozemlju Republike Slovenije ali njegovem znatnem delu, zlasti kot posledica ustvarjanja ali krepitev prevladujočega položaja.

Urad presoja koncentracije zlasti glede na tržni položaj v koncentraciji udeleženih podjetij, njihovo možnost za financiranje, strukturo trga, izbiro, ki jo imajo na voljo dobavitelji in uporabniki, ter njihov dostop do virov ponudbe oziroma do samega trga, obstoj morebitnih pravnih ali dejanskih vstopnih ovir, gibanje ponudbe in povpraševanja na upoštevnikih trgih, koristi vmesnih in končnih uporabnikov ter glede na tehnični in gospodarski razvoj pod pogojem, da je v korist potrošnikov in ne ovira konkurence.

Podjetja ne smejo uresničevati pravic in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, za katero obstaja obveznost priglasitve, do izdaje odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence (44. člen ZPOmK-1). Navedeno se nanaša predvsem na upravljalске članske pravice gospodujočega podjetja v odvisnem podjetju. Konkretno to pomeni tudi, da ne morejo glasovati na skupščini odvisne družbe. Izjemoma lahko UVK na predlog podjetja izda sklep, s katerim dovoli izvrševanje koncentracije v določenem obsegu ali pod določenimi pogoji pred izdajo odločbe, če podjetje v predlogu izkaže, da je takšno izvrševanje nujno potrebno za ohranjanje vrednosti naložbe ali za opravljanje storitev splošnega interesa. Navedena intervencija UVK je nedvomno potrebna, če se skliče skupščina ciljne družbe, saj zaradi odvzema glasovalnih pravic prevzemniku le-ta ne more glasovati in tako drugi delničarji pridobijo nesorazmerni delež glasovalnih pravic glede na svoj delež v družbi. V odvisnosti od dnevnega reda in predvidenih sklepov na skupščini mora UVK skrbno pretehtati svojo odločitev, da ne poruši korporacijskih razmerij v družbi.

za varstvo konkurence. To pomeni, da je urad za varstvo konkurence treba obvestiti o vsakem prevzemu. Obvezo priglasitve koncentracije pa določa ZPOmK-1 in je vezana na določene pravove.

Pri uporabi ZPOmK-1 je treba upoštevati, da ZGD-1 v 527. členu predpostavlja obstoj povezanih družb, če so sicer pravno samostojne družbe v medsebojnem razmerju tako, da ima ena družba v drugi družbi večinski delež, da je ena družba odvisna od druge, da so koncernske družbe, da sta dve družbi vzajemno kapitalsko udeleženi ali da so povezane s podjetniškimi pogodbami. V praksi se najpogosteje pojavlja t. i. dejanski koncern, ki ga definira 530. člen ZGD-1. Dejanski koncern sestavljajo ena obvladujoča in ena ali več odvisnih družb, povezanih pod enotnim vodstvom obvladujoče družbe. Odvisna družba je pravno samostojna družba, ki jo neposredno ali posredno obvladuje druga družba. Domneva se, da je družba v večinski lasti odvisna od družbe, ki ima v njej večinski delež (529. člen ZGD-1). Če večina deležev pravno samostojne družbe pripada drugi družbi ali če drugi družbi pripada večina glasovalnih pravic (večinski delež), se ta družba šteje za družbo v večinski lasti, druga družba pa je družba z večinskim deležem. Kot je bilo že navedeno, pa zakon postavlja domnevo, da je družba v večinski lasti odvisna od družbe, ki ima v njej večinski delež.

ZGD-1 torej povezanost med družbami praviloma veže na imetništvo večinskega deleža ali večine glasovalnih pravic (50 + 1 glas) v drugi družbi. Drugačne deleže pa upošteva ZPre-1, ko določa obvezno javno ponudbo za prevzem. Obveznost dati javno ponudbo nastane, ko ena pravna ali fizična oseba ali povezane osebe pridobijo 25% delež glasovalnih pravic v javni delniški družbi ali družbi, ki ima najmanj 250 delničarjev ali 4 milijone eurov celotnega kapitala. Če prevzemnik v postopku prevzema ne pridobi večinskega deleža v drugi družbi, potem se po ZPOmK-1 še ne šteje za gospodujoče podjetje in tako praviloma še ne govorimo o koncentraciji podjetij.

5. Postopek odločanja UVK

ZPOmK-1 natančneje ureja postopek, po katerem urad odloča. Subsidiarno pa se uporabljajo pravila splošnega upravnega postopka.

V 42. členu ZPOmK-1 je določeno, kdaj je treba uradu priglasiti koncentracijo. Koncentracijo mora vedno priglasiti oseba ali podjetje, ki pridobi kontrolo nad celoto ali deli enega ali več podjetij (npr. prevzemnik). V primeru koncentracije, ki nastane z združitvijo ali pridobitvijo skupne kontrole, morajo skupno priglasiti podjetja, ki se združujejo, ali podjetja, ki skupaj pridobijo kontrolo.

Podjetja ne smejo uresničevati pravic in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, za katero obstaja obveznost priglasitve, do izdaje odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence. Morebitna dejanja, storjena kljub prepovedi, so nična.

Postopek presoje koncentracije se praviloma začne na podlagi priglasitve, lahko pa tudi po uradni dolžnosti z izdajo sklepa o uvedbi postopka, kadar je izkazana verjetnost, da je prišlo do koncentracije, ki je podrejena ZPOmK-1 in je podjetja niso priglasila.

Urad lahko v okviru postopka presoje koncentracije z odločbo prepove podjetjem, pristojnim organom in nosilcem javnih pooblastil uresničevati glasovalne, upravljalске, premoženjske in druge pravice in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, do izdaje odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence.

Večina priglasi tev je zgolj formalna in vsebinsko ne spada pod presojo urada, zato naj bi urad hitro odločil in le izjemoma posegel po omejevalnih ukrepih. Če urad ugotovi, da priglašena koncentracija ni podrejena ZPOmK-1, oziroma ugotovi, da ni izkazan resen sum o njeni skladnosti s pravili konkurence, z odločbo odloči, da ji ne bo nasprotoval, in izjavi, da je skladna s pravili konkurence.⁷

Šele če urad ugotovi, da je koncentracija podrejena določbam ZPOmK-1 in je izkazan resen sum o njeni skladnosti s pravili konkurence, s sklepom začne postopek.

V prej navedenih treh primerih ZPOmK-1 določa, da mora urad sprejeti odločbo oziroma izdati sklep o začetku postopka v roku 25 delovnih dni od prejema popolne priglasi tve.

V določenih primerih ima urad pravico opraviti preiskavo, o čemer odloči s sklepom, katerega vsebino natančneje določa 28. člen ZPOmK-1. Kadar namerava urad izdati odločbo o neskladnosti koncentracije s pravili konkurence, mora priglasitelja seznaniti s povzetkom relevantnih dejstev, o katerih se lahko stranke izjavijo. Primeren rok določi urad in ne sme biti daljši od 45 dni.

Urad mora po zakonu v 60 delovnih dneh od dneva izdaje sklepa o uvedbi postopka:

- izdati odločbo o skladnosti koncentracije s pravili konkurence ali
- izdati odločbo o neskladnosti koncentracije s pravili konkurence in jo prepovedati, če ugotovi, da je koncentracija v nasprotju z ZPOmK-1.

Priglasitelj lahko kar sam predlaga t. i. korektivne ukrepe, s katerimi se odpravi resen sum o skladnosti koncentracije s pravili konkurence.

Če je prišlo do izvedbe ali izvrševanja koncentracije kljub prepovedi urada, lahko urad v koncentraciji udeleženim podjetjem naloži ukrepe, s katerimi se ponovno vzpostavi stanje, ki je obstajalo pred izvedbo koncentracije, zlasti delitev podjetja ali odsvojitve vseh pridobljenih deležev. Ob tem naj posebej opozorimo, da ima delitev podjetja bistveno drugačen učinek na položaj družbenikov kot odsvojitve pridobljenih deležev. V primeru delitve kot statusne spremembe pride do razdružitve prej enotne družbe v dve ali več ločenih družb, v katerih lahko družbeniki ohranijo svoje članske pravice in zaradi načela univerzalnega pravnega nasledstva

⁷ Peti odstavek 46. člena ZPOmK-1 res določa rok 25 delovnih dni za odločitev urada, vendar menim, da lahko v očitnih primerih, ki ne spadajo pod pravila ZPOmK-1, urad odloči v nekaj dneh.

tudi upniki niso v slabšem položaju. Z odsvojitvijo deležev v drugih družbah pa se dokončno izgubijo tudi upravljalške in premoženjske pravice v teh družbah.

Za nedovoljene koncentracije in ravnanje v nasprotju z odločbo UVK je predpisana globa do deset odstotkov letnega prometa v koncentraciji udeleženega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu. Za odgovorno osebo (direktorja) je predvidena kazen od 5.000 do 10.000 evrov oziroma od 15.000 do 30.000 evrov v hujših primerih.

6. Sodno varstvo

ZPOmK-1 že sam vsebuje nekaj določb o postopku sodnega varstva zoper odločbe urada, sicer pa se subsidiarno uporabljajo določbe o upravnem sporu.

V postopku sodnega varstva odloča Vrhovno sodišče RS v senatu treh sodnikov.

Zadeve v postopku sodnega varstva po ZPOmK-1 so nujne in o njih sodišče odloča prednostno.

7. Sklep

UVK ima zakonska pooblastila, ki lahko pomembno posežejo v pridobljene korporacijske pravice družbenikov in tako tudi porušijo temeljno načelo kapitalskih družb o sorazmernosti članskih upravljalških pravic in kapitalskega deleža v družbi. Prav zaradi tega mora UVK odločati brez nepotrebnega odlašanja in skrbno ter preudarno odločati o odvzemu upravljalških pravic, da s svojim posegom ne ogrozi ravnovesja korporacijskih pravic med družbeniki.

Izvirni znanstveni članek
UDK 346.545:061.1EU

Novejša sodna praksa Sodišča ES in Sodišča prve stopnje ES na področju prava konkurence Skupnosti*

DOC. DR. MAJA BRKAN,
pravna svetovalka na Sodišču ES

1. Uvod

Steve Ballmer, predsednik uprave družbe Microsoft, je nekoč dejal, da ne ve, kaj je monopol, dokler mu tega nekdo ne pove.¹ Simbolično gledano lahko to izjavo razumemo tako, da se družbe same pri konkuriranju drugim družbam nikakor in v nobenem pogledu ne bodo samoomejevale in da si bodo, če bo le mogoče, prizadevale, da bi na trgu pridobile kar največji tržni delež. Zelo poenostavljeno lahko torej zatrdimo, da je pravo konkurence potrebno zato, da z njim družbe dobijo jasna pravila o tem, kaj smejo in česa na trgu ne smejo, in da se na ta način vzpostavi učinkovita konkurenca. Tako Pogodba ES (v nadaljevanju: PES) že v členu 3(1)(g) postavlja okvir za konkurenčnopravne določbe, ko pravi, da mora Skupnost vzpostaviti »sistem, ki zagotavlja, da na notranjem trgu ni izkrivljanja konkurence«.²

V Evropski skupnosti (v nadaljevanju: ES ali Skupnost) pa ima pravo konkurence še dodaten cilj, ki ga v drugih pravnih redih – na primer v ameriškem antitrustu – ne zasledimo, tj. vzpostavitev skupnega trga. Pravo konkurence naj bi bil v tem pogledu mehanizem, ki bi vzpodbujal čezmejno konkuriranje družb in prodor na trge drugih držav članic. Ta cilj je specifičen za Evropsko skupnost. Tako člena 81 in 82 PES kakor tudi člen 87 PES za svojo uporabo izrecno zahtevajo, da so prepovedana tista ravnanja, ki bi »lahko prizadela trgo-

* Stališča, izražena v tem članku, so osebna stališča avtorice, in niso stališča institucije, v kateri je avtorica zaposlena.

¹ »I don't know what a monopoly is until somebody tells me.« URL: http://www.businessreviewonline.com/os/archives/2008/10/ballmers_20_bes.html.

² Faull, J., Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 1999, str. 62; Grilc, P., *Pravo Evropske unije*, 2. knjiga, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, str. 572.

vino med državami članicami«. Praktična posledica tega, da so s pravom Skupnosti zajeta le ravnanja, ki bi lahko prizadela trgovino med državami članicami, je ločitev med področji, ki jih pokriva nacionalno, in področji, ki jih pokriva pravo Skupnosti,³ in s tem posledično meja med pristojnostmi nacionalnih organov in organov Skupnosti.

Uvodoma je treba opozoriti še na to, da je v Skupnosti za konkurenčnopravne zadeve pristojno Sodišče prve stopnje ES, pred katerim so tožbe s področja prava konkurence v letu 2008 obsegala 11,3 % vseh zadev;⁴ pred Sodiščem ES, ki je pristojno za odločanje o pritožbah in vprašanjih za predhodno odločanje v konkurenčnopravnih zadevah, je področje prava konkurence obsegalo le 1,7 % vseh vloženih zadev.⁵

2. Prepoved kartelnih sporazumov (člen 81 PES)

2.1. Pravna ureditev na podlagi člena 81 PES

Preden začnemo z analizo sodne prakse s področja člena 81 PES, najprej na kratko o ureditvi omejevalnih sporazumov, usklajenih ravnanj in sklepov podjetniških združenj, ki jih ureja ta člen. Na podlagi tega člena so prepovedani vsi sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu. Sodišče ES je vsakega od pojmov v tej opredelitvi razlagalo dokaj široko, da bi zagotovilo čim širšo uporabo tega člena.

Za uporabo člena 81(1) PES je ključnega pomena pojem »podjetja«, saj le-ta zajema le sporazume med podjetji. Sodišče v ta namen uporablja definicijo, ki jo je opredelilo v zadevi Höfner,⁶ po kateri je podjetje opredeljeno kot »[...] katerikoli subjekt, ki se ukvarja z ekonomsko dejavnostjo, ne glede na njegov pravni status ali način financiranja,«⁷ pri čemer ekonomska dejavnost pomeni »[...] katerokoli dejavnost, ki pomeni ponujanje dobrin ali storitev na

³ Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York 2001, str. 121. Zadeva 56 in 58/64 *Etablissements Consten SA and Grundig-Verkaufs GmbH/Komisija*.

⁴ Letno poročilo Sodišča prve stopnje ES, rubrika »Vložene zadeve – Predmet tožbe (2004–2008)«, URL: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_sl_tpi_stat.pdf.

⁵ Letno poročilo Sodišča ES, rubrika »Vložene zadeve – Predmet tožbe (2008)«, URL: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_sl_cj_stat.pdf.

⁶ Zadeva C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, točka 21. Glej tudi: C-35/96, *Komisija/Italija*, točka 49; C-244/94, *Fédération Française des Sociétés d'Assurances and Others v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, točka 14; C-55/96, *Job Centre coop arl*, točka 21.

⁷ Faull, Nikpay, *op. cit.*, opomba 2, str. 67, Whish, R., *Competition Law*, 4. izdaja, Butterworths, London 2001, str. 67.

danem trgu«. ⁸ Pojem ekonomske dejavnosti se v sodni praksi Sodišča ES namensko razlaga dokaj široko; tako med podjetja spadajo gospodarske družbe in partnerstva, samozaposleni, ⁹ kmetijske zadruge in športne zveze (na primer FIFA). Gospodarske družbe, katerih lastnik je država, in organi, ki jim država zaupa le določene naloge, so prav tako lahko podjetja v smislu člena 81(1). Zanimivo je, da v ta pojem lahko v določenih primerih spadajo tudi subjekti, ki sami ne ustvarjajo dobička. ¹⁰

Tudi pojem »sporazuma« je za potrebe člena 81(1) definiran široko, pri tem pa ni pomembno, ali gre pri sporazumu za pravno zavezujočo pogodbo, ali je (ne)podpisana, pisna ali ustna, sklenjena konkludentno; pomembna ni niti definicija v pravu države članice ¹¹ niti motiv za sklenitev sporazuma. ¹² Bistveno pa je, da sta podjetji izrazili skupen namen, da se bosta obnašali na trgu na določen način, ¹³ in da sta ta namen izrazili prostovoljno. ¹⁴ Za sporazum se lahko šteje celo sodna poravnava, ¹⁵ kakor tudi smernice, ki jih izda ena stranka in ki so namenjene drugi stranki. ¹⁶

Podobno široko se razlaga tudi pojem »podjetniškega združenja«. Tako zajema različna združenja, na primer kmetijske zadruge, gospodarsko interesno združenje, združenja podjetniških združenj, združenja brez pravne subjektivitete. ¹⁷ Pomembno je poudariti, da so, v nasprotju s sporazumi in usklajenimi ravnanji, sklepi podjetniških združenj enostranski akti, na katere podjetja, ki so člani združenja, praviloma nimajo vpliva.

Člen 81(1) pa ne prepoveduje le sporazumov in sklepov podjetniških združenj, temveč tudi usklajena ravnanja. Poleg bolj formalnih sporazumov so torej prepovedana tudi ravnanja, ki se ne pojavljajo v kakšni od formalnih oblik in ki pomenijo tudi neke vrste varnostno sito za prestreženje tistih ravnanj, ki jih prvi dve kategoriji morda ne bi zajeli. Vsebino usklajenih

⁸ Faull, Nikpay, op. cit., opomba 2, str. 67. Zadeva C-118/85, Komisija/Italija, točka 7.

⁹ Posameznik, ki nastopa kot delodajalec, ni podjetje v smislu člena 81(1).

¹⁰ Weatherill, S., Beaumont, P., EU Law, Penguin Books, London 1999, str. 806. Do takega primera je prišlo v zadevi 218/78, Van Landewyck/Komisija, ko je bilo združenje, ki je predstavljalo večino proizvajalcev cigaret v Belgiji in Luksemburgu, podjetje v smislu člena 81(1) PES, ne glede na to, da samo ni ustvarjalo dobička in je imelo zgolj predstavnisko vlogo.

¹¹ Grilc, op. cit., opomba 2, str. 591.

¹² Weatherill, Beaumont, op. cit., opomba 10, str. 795.

¹³ Faull, Nikpay, op. cit., opomba 2, str. 70.

¹⁴ Grilc, op. cit., opomba 2, str. 591.

¹⁵ Faull, Nikpay, op. cit., opomba 2, str. 75, navaja, da je Sodišče v zadevi 65/86, Bayer AG und Maschinenfabrik Hennecke GmbH v. Heinz Sillhöfer, točki 1 in 15, odločilo, da dejstvo, da sta stranki sklenili sodno poravnava, ne prejudicira odločanja o tem, ali ta poravnava krši člen 81(1).

¹⁶ Whish, op. cit., opomba 7, str. 77.

¹⁷ Faull, Nikpay, op. cit., opomba 2, str. 75, Whish, op. cit., opomba 7, str. 83.

ravnanj je Sodišče pojasnilo v zadevah ICI/Komisija (Dyestuffs)¹⁸ in Suiker Unie oziroma Sugar Cartel,¹⁹ v kateri je Sodišče izpopolnilo test iz zadeve Dyestuffs. V zadevi Sugar Cartel je šlo za usklajeno ravnanje več proizvajalcev sladkorja. Sodišče je odločilo, da je prepovedan »[...] kakršenkoli neposreden ali posreden stik med podjetji, katerega cilj ali učinek je bodisi vplivati na tržno obnašanje dejanskega ali potencialnega konkurenta bodisi razkriti takemu konkurentu smer ravnanja, ki so se ga podjetja odločila sprejeti ali ga nameravajo sprejeti na trgu.«²⁰

Pomembno je poudariti tudi, da je treba v skladu s členom 81(1) PES cilj ali učinek določenega ravnanja ugotavljati alternativno, in ne kumulativno. To izhaja že iz besedne razlage tega člena, ki vsebuje besedno zvezo cilj *ali* učinek. Tako interpretacijo je Sodišče ES potrdilo v zadevi Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm,²¹ kasneje pa še v zadevi Consten/Grundig,²² kjer je poudarilo, da je najprej treba ugotoviti cilj sporazuma oz. ravnanja in šele, če ni jasno, da ima sporazum za cilj škoditi konkurenci, ugotavljati tudi njegov učinek.²³ Če ima nek sporazum protikonkurenčen cilj, se stranki tudi ne moreta sklicevati na to, da sporazum ni imel protikonkurenčnega učinka, ker stranki na primer sploh nista imeli namena ravnati v skladu s sporazumom; cilj in učinek morata biti vedno podvržena ločeni analizi.²⁴

Primeri ravnanj, ki so prepovedana s členom 81(1) PES, so na primer razdelitev trga, dogovori o izstopu konkurentov s trga, dogovori o cenah (na primer usklajeno zviševanje ali zniževanje cen) ali dogovori o nekonkuriranju, v okviru katerih se konkurenti na primer ne prijavijo na javni razpis ali zavestno pošljejo ponudbo s previsoko ceno, da bi bila izbrana ponudba določenega konkurenta.

2.2. Novejša sodna praksa s področja člena 81 PES

2.2.1. Zadeva *Beef Industry (C-209/07)*

Zadeva pred Sodiščem ES, ki zelo dobro ponazarja, kdaj gre za sporazum, katerega cilj je omejitev konkurence, je zadeva **C-209/07, Beef Industry**,²⁵ v kateri je Sodišče ES odločalo na podlagi vprašanja za predhodno odločanje irskega vrhovnega sodišča (*Supreme Court*);

¹⁸ Zadeve 48, 49, 51-7/69, ICI/Komisija (Dyestuffs). Za dejansko stanje glej Grilc, op. cit., opomba 2, str. 601.

¹⁹ Zadeva 40/73, Suiker Unie/Komisija.

²⁰ Whish, op. cit., opomba 7, str. 84.

²¹ Zadeva 56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm.

²² Zadevi 56 in 58/64, Etablissements Consten SA and Grundig-Verkaufs GmbH/Komisija.

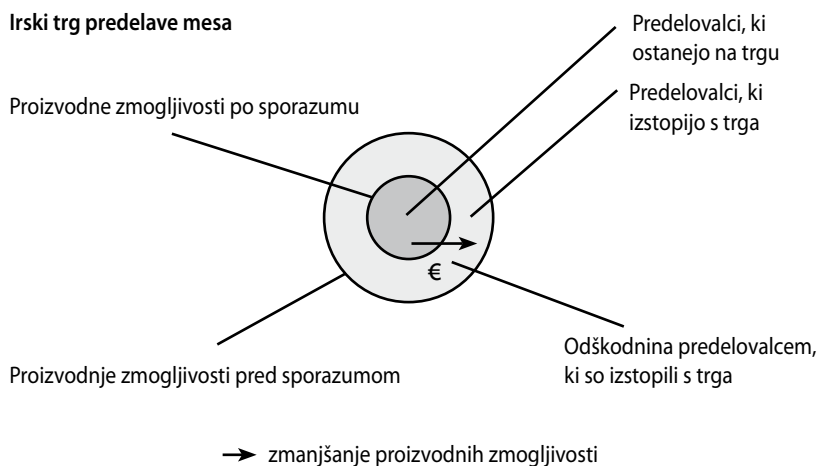
²³ Whish, op. cit., opomba 7, str. 92, 93.

²⁴ Jones, Sufrin, op. cit., opomba 3, str. 120.

²⁵ Sodba Sodišča ES z dne 20. novembra 2008 v zadevi C-209/07, Beef Industry Development Society; sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjakove so bili predstavljeni 4. septembra 2008.

ta zadeva se nanaša na problematiko zmanjšanja proizvodnih zmogljivosti na področju predelave govejega mesa. Na Irskem je bilo namreč ugotovljeno, da obstajajo velike presežne zmogljivosti predelovalne industrije govejega mesa, zaradi česar se je znižala donosnost te industrije. Irski predelovalci govejega mesa so zato ustanovili Beef Industry Development Society (v nadaljevanju BIDS); BIDS je na podlagi študije trga izdelal sporazum, ki ga je sklenilo deset glavnih predelovalcev govejega mesa in na podlagi katerega bi se zmogljivost predelovalne industrije tega mesa na Irskem zmanjšala za 25 %. Na podlagi tega sporazuma naj bi nekateri predelovalci izstopili s trga, za kar bi jim tisti predelovalci, ki so ostali na trgu, plačali odškodnino.²⁶

Naslednja shema prikazuje irski trg predelave mesa pred in po sporazumu BIDS:



Irski urad za varstvo konkurence je pred irskim sodiščem vložil zahtevo, naj prepove izvajanje tega sporazuma, saj naj bi ta omejeval konkurenco v smislu člena 81(1) PES. Irsko sodišče je zato na Sodišče ES naslovilo vprašanje za predhodno odločanje glede skladnosti tega sporazuma s členom 81(1) PES. Natančneje, vprašalo je, ali je treba sporni sporazum obravnavati tako, da je že njegov cilj omejevanje konkurence in da je že zaradi tega prepovedan s členom 81(1) PES, ali pa je treba preveriti, ali ima ta sporazum protikonkurenčne učinke. Vprašanje za predhodno odločanje se je torej nanašalo na razlago pojma »sporazum, katerega cilj oziroma posledica je omejevanje konkurence« v smislu člena 81(1) PES.²⁷

²⁶ Dejansko stanje, povzeto po točkah 6–14 sklepnih predlogov generalne pravobranilke Trstenjakove, predstavljenih 4. septembra 2008, v zadevi C-209/07, Beef Industry Development Society.

²⁷ Za vsebino vprašanja glej *ibid.*, točka 21.

Generalna pravobranilka Trstenjakova je v sklepnih predlogih predlagala, naj Sodišče ES ugotovi, da je cilj tega sporazuma omejevanje konkurence, zaradi česar ni združljiv s členom 81(1) PES.²⁸ Sodišče ES je temu predlogu sledilo in odločilo, da je cilj tega sporazuma preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence v smislu člena 81(1) ES.²⁹ Navedlo je, da je očitno, da je cilj tega sporazuma znatna sprememba strukture trga s tem, da se zagotovi mehanizem za izstop določenih podjetij s trga.³⁰ Struktura trga naj bi se spremenila tako, da se, po eni strani, z zmanjšanjem števila podjetij na trgu poveča stopnja koncentracije tega trga in, po drugi strani, odpravi skoraj 75 % presežnih proizvodnih zmogljivosti.³¹ Namen člena 81(1) PES je namreč prepovedati kakršnakoli usklajevanja, s katerimi bi se podjetja s sodelovanjem lahko izognila tveganjem konkurence.³² V argumentaciji je Sodišče ES poudarilo tudi, da ni treba ugotavljati konkretnih posledic določenega sporazuma, če se ugotovi, da je cilj določenega sporazuma omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu.³³ Sodišče ES je torej zelo jasno poudarilo, da je ugotavljanje protikonkurenčnega cilja in protikonkurenčnih posledic alternativno, in ne kumulativno.

2.2.2. Zadeva *T-Mobile Netherlands* (C-8/08)

Na področju telekomunikacij je v okviru člena 81 PES pomembna še zadeva **C-8/08, T-Mobile Netherlands**,³⁴ v kateri gre za problematiko usklajenega ravnanja petih nizozemskih telekomunikacijskih podjetij, ki delujejo na trgu mobilne telefonije. Sodišče je v njej odločalo na podlagi vprašanja za predhodno odločanje nizozemskega sodišča (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*).

Dejansko stanje v zadevi je bilo naslednje. Na nizozemskem trgu mobilne telefonije je delovalo pet podjetij³⁵ in ni bilo predvideno, da bi bilo za vstop na trg izdano šesto dovoljenje; zato bi bil vstop na trg mogoč samo na podlagi pogodbe z enim ali več od petih operaterjev. Ponudniki mobilne telefonije uporabnikom ponujajo naročniške in predplačniške pakete; naročniški paketi se prodajajo tudi prek prodajalcev, ki jim operaterji za vsak prodan

²⁸ Glej sklepne predloge generalne pravobranilke Trstenjakove, predstavljene 4. septembra 2008, v zadevi C-209/07, Beef Industry Development Society, točka 109 (predlog).

²⁹ Sodba Sodišča ES z dne 20. novembra 2008 v zadevi C-209/07, Beef Industry Development Society, točka 41 (izrek sodbe).

³⁰ Ibid., točka 31.

³¹ Ibid., točka 32.

³² Ibid., točka 34.

³³ Ibid., točka 16.

³⁴ Sodba Sodišča ES z dne 4. junija 2009 v zadevi C-8/08, T-Mobile Netherlands; sklepní predlogi generalne pravobranilke Kokottove so bili predstavljeni 19. februarja 2009.

³⁵ Gre za podjetja KPN Mobile, Orange Nederland, Telfort, T-Mobile Netherlands in Vodafone Libertel.

naročniški paket plačajo določen znesek. Leta 2001 so se nizozemski operaterji dogovorili, da bodo znižali plačila, ki jih plačujejo prodajalcem naročniških paketov. Nizozemski urad za varstvo konkurence je zato sprejel odločbo, s katero je tem podjetjem naložil denarno sankcijo. Proti tej odločbi so nizozemska podjetja sprožila postopek pred nizozemskim sodiščem, v okviru katerega je slednje na Sodišče ES naslovilo vprašanja za predhodno odločanje.³⁶

Nizozemsko sodišče je zastavilo tri vprašanja za predhodno odločanje. S prvim vprašanjem je želelo izvedeti, katera merila je pri uporabi člena 81(1) ES treba upoštevati pri presoji, ali je cilj usklajenega ravnanja preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu. Drugo in tretje vprašanje sta se nanašala na vzročno zvezo med uskladitvijo in ravnanjem na trgu, in sicer ali je treba to vzročno zvezo presojati na podlagi nacionalnega prava in ali pri dokazovanju usklajenega ravnanja velja domneva vzročne zveze med uskladitvijo in ravnanjem na trgu že, če gre za enkratno uskladitev, in podjetje, ki je udeleženo pri uskladitvi, ostane dejavno na trgu.³⁷

Sodišče ES je odločilo, da ima usklajeno ravnanje protikonkurenčni cilj v smislu člena 81(1) PES, če bi *labko* dejansko preprečevalo, omejevalo ali izkrivljalo konkurenco na skupnem trgu.³⁸ Navedlo je, da za obstoj protikonkurenčnega cilja ni treba, da je konkurenca dejansko preprečena, omejena ali izkrivljena, prav tako pa ni potrebna neposredna zveza med usklajenim ravnanjem in posledico na trgu (v obravnavanem primeru potrošniškimi cenami).³⁹ Glede vzročne zveze je Sodišče ES poudarilo, da mora nacionalno sodišče izhajati iz domneve vzročnosti o tem, da podjetja, ki so izmenjala informacije z drugimi podjetji, te informacije pri svojem delovanju na trgu tudi upoštevajo, če ostanejo dejavna na tem trgu.⁴⁰ Poleg tega za domnevo vzročne zveze zadostuje le en sestanek udeleženih podjetij, saj je bolj od števila sestankov pomembnejše to, ali podjetja, ki ostanejo dejavna na upoštevem trgu, pri delovanju upoštevajo informacije, ki so jih na tem sestanku pridobila.⁴¹

³⁶ Dejansko stanje, povzeto po sklepnih predlogih AG Kokott, predstavljenih 19. februarja 2009, točke 12–21.

³⁷ Za vprašanja za predhodno odločanje glej UL C 92, 12. 4. 2008, str.11.

³⁸ Sodba z dne 4. junija 2009 v zadevi C-8/08, T-Mobile Netherlands, 1. točka izreka.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., 2. točka izreka, v povezavi s točko 51 sodbe.

⁴¹ Ibid., 3. točka izreka, v povezavi s točko 61 sodbe.

3. Zloraba prevladujočega položaja (člen 82 PES)

3.1. Kratko o pravni ureditvi zlorabe prevladujočega položaja

Drugi sklop ravnanj, ki jih prepoveduje pravo konkurence Skupnosti, je zloraba prevladujočega položaja. Člen 82(1) PES kot nezdružljivo s skupnim trgom prepoveduje vsako zlorabo prevladujočega položaja enega ali več podjetij na skupnem trgu, kolikor bi lahko prizadela trgovino med državami članicami. Člen 82(2) PES navaja primere zlorabe prevladujočega položaja; za tako zlorabo se šteje na primer določanje nepoštenih cen ali drugih nepoštenih pogojev poslovanja, omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega razvoja, uporaba neenakih pogojev za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji ali sklepanje pogodb, ki s pogodbenikom narekujejo sprejetje dodatnih obveznosti, ki niso povezane s predmetom takšnih pogodb. Ti primeri so dokaj široko opredeljeni, sodna praksa pa jih je konkretizirala; tako je Sodišče ES oziroma Sodišče prve stopnje kot zlorabo prevladujočega položaja štelo na primer določanje previsokih,⁴² predatorskih⁴³ ali diskriminatornih⁴⁴ cen, dajanje popustov,⁴⁵ zavrnitev sodelovanja,⁴⁶ povezovanje proizvodov (*tying*)⁴⁷ ali zavrnitev posredovanja »pripomočka«, ki je bistven za vstop na trg (*essential facility*).⁴⁸

3.2. Novejša sodna praksa s področja zlorabe prevladujočega položaja

3.2.1. Zadeva Microsoft/Komisija (T-201/04)

Zadeva, ki jo je v okviru sodne prakse na podlagi člena 82 PES vsekakor treba obravnavati, je zadeva **T-201/04, Microsoft/Komisija**.⁴⁹ Postopek proti podjetju Microsoft je pred Evropsko komisijo potekal skoraj vzporedno s postopkom pred amerišskimi pristojnimi organi; v

⁴² Glej na primer zadevi T-5/97, IPS/Komisija in T-271/03, Deutsche Telekom.

⁴³ Pri predatorskih cenah gre za to, da konkurent namenoma postavi zelo nizko ceno za proizvod v upanju, da mu drugi konkurenti ne bodo mogli konkurirati in da jih bo s tem izključil s trga. Glej na primer zadevi C-62/86, AKZO, in C-202/07 P, France Télécom/Komisija.

⁴⁴ Glej na primer zadevi T-228/97, Irish Sugar/Komisija, in T-204/03, Haladjian Frères/Komisija.

⁴⁵ Glej na primer zadevo T-203/01, Michelin/Komisija; v zvezi s problematiko te zadeve glej v teoriji Sher, B., Price Discounts and Michelin: What Goes Around, Comes Around, European Competition Law Review, št. 10/2002, str. 482.

⁴⁶ Glej na primer zadevo C-7/97, Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag.

⁴⁷ Glej na primer zadevo T-201/04, Microsoft/Komisija.

⁴⁸ Glej na primer združeni zadevi C-241/91 P in C-242/91 P RTE in ITP/Komisija (Magill) ali zadevo T-201/04, Microsoft/Komisija.

⁴⁹ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. septembra 2008 v zadevi T-201/04, Microsoft/Komisija.

ZDA, kjer se je postopek začel leta 1998 in se je nanašal na povezovanje (*tying*) operacijskega sistema Windows s spletnim brskalnikom Internet Explorer, se je zadeva končala leta 2002 s poravnavo med Microsoftom in ameriškimi organi.⁵⁰ Začetek postopka proti Microsoftu pred Evropsko komisijo sega v leto 1998, ko jo je podjetje Sun Microsystems obvestilo o tem, da je Microsoft zavrnil njegovo zahtevo za posredovanje vseh informacij, ki bi omogočile interoperabilnost njegovega operacijskega sistema z operacijskim sistemom Windows.⁵¹ Po večletni preiskavi je Komisija leta 2004 sprejela odločbo,⁵² s katero je odločila, da je Microsoft zlorabil svoj prevladujoč položaj in s tem kršil člen 82 Pogodbe ES. Naložila mu je kazen 497 milijonov evrov in v odločbi zahtevala, naj Microsoft takoj preneha s kršitvijo.⁵³ Hkrati je v odločbi določila t. i. »nadzornega skrbnika«, ki naj bi nadzoroval, ali Microsoft ravna v skladu z odločbo. Proti tej odločbi Komisije je Microsoft vložil ničnostno tožbo na Sodišče prve stopnje ter predlog za izdajo začasne odredbe. Sodišče prve stopnje je predlog za izdajo začasne odredbe s sklepom zavrnilo,⁵⁴ v sodbi, izdani na podlagi ničnostne tožbe, pa je potrdilo večino ugotovitev v odločbi Komisije.⁵⁵ Sodišče prve stopnje je v sodbi potrdilo denarno kazen v višini 497 milijona evrov, hkrati pa je ugotovilo, da je Microsoft, po eni strani, zlorabil svoj prevladujoč položaj na trgu strežnikov, po drugi strani pa na trgu operacijskih sistemov zaradi povezovanja operacijskega sistema Windows s programom Windows Media Player.

Tako je Sodišče prve stopnje po eni strani ugotovilo, da je Microsoft je zlorabil svoj prevladujoči položaj, ker ni hotel posredovati informacij o interoperabilnosti operacijskih

⁵⁰ Glej na primer Renda, A., *Catch Me if You Can! The Microsoft Saga and Sorrows of Old Anitrust*, Erasmus Law and Economics Review, št. 1/2004, URL: <http://www.eler.org/>; za primerjavo med postopkoma v ZDA in EU glej Pardolesi, R., Renda, A., *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, World Competition, št. 4/2004, str. 515–520.

⁵¹ Glej Ahlborn, C., Evans, D. S., *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, URL: <http://ssrn.com/abstract=1115867>, str. 1; Lévêque, F., *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, World Competition, št. 1/2005, str. 71.

⁵² Odločba Komisije 2007/53/ES z dne 24. marca 2004 v zvezi s postopkom na podlagi člena 82 ES in člena 54 Sporazuma EGP proti Microsoft Corp. (Zadeva COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (UL 2007, L32, str. 23).

⁵³ Glej člena 3 in 5 Odločbe Komisije 2007/53/ES; natančneje, kazen je znašala 497.196.304 evre.

⁵⁴ Sklep Sodišča prve stopnje z dne 22. decembra 2004 v zadevi T-201/04 R, Microsoft/Komisija. Microsoft je v tej zadevi predlagal odlog izvršitve odločbe Komisije, vendar Sodišče prve stopnje temu predlogu ni ugodilo; menilo je, da Microsoftu s plačilom kazni 497 milijona evrov ne more nastati težka in nepopravljiva škoda, saj je letni promet podjetja Microsoft 30.701 milijonov evrov (glej točko 257 sklepa Sodišča prve stopnje v zadevi T-201/04 R). V slovenski literaturi glej Sladič, J., *Računalniški programi in konkurenčno pravo – zadeva Microsoft*, Pravna praksa, št. 40/2007, str. 35. Glej tudi Langer, J., *The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just and Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case*, Legal Issues of Economic Integration, št. 2/2008, str. 183.

⁵⁵ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. septembra 2007 v zadevi T-201/04, Microsoft/Komisija.

sistemov za strežnike za delovne skupine (t. i. *work group server operating system*).⁵⁶ Z drugimi besedami, ta zloraba prevladujočega položaja se je nanašala, po eni strani, na komunikacijo med računalniki, ki jih na primer v podjetjih ali institucijah uporabljajo zaposleni, s strežniki, preko katerih je mogoče opravljati določene funkcije, na primer shranjevanje datotek, ki so dostopne vsem zaposlenim;⁵⁷ po drugi strani pa se je zloraba nanašala tudi na komunikacijo med samimi strežniki. Računalnik (t. i. klient) s strežnikom ter strežniki med seboj komunicirajo preko komunikacijskih protokolov in če klient in strežnik ali dva strežnika uporabljata različne operacijske sisteme, lahko zaradi nekompatibilnosti pride do težav v komunikaciji; za uspešno komunikacijo morata klient in strežnik ali oba strežnika »govoriti isti jezik«. ⁵⁸ Sodišče prve stopnje je potrdilo tisti del odločbe Komisije, v katerem je Komisija od Microsofta zahtevala, naj konkurentom razkrije specifikacije komunikacijskih protokolov klient/strežnik in strežnik/strežnik.⁵⁹ V obstoječem sistemu, ki ga je vzdrževal Microsoft, ni bilo zadostne stopnje interoperabilnosti klient/strežnik in strežnik/strežnik, zato je Sodišče prve stopnje potrdilo, da mora Microsoft konkurentom dati informacije o specifikacijah komunikacijskih protokolov, da bi se zagotovila ta interoperabilnost.⁶⁰

Po drugi strani pa je Sodišče prve stopnje potrdilo tisti del odločbe Komisije, v katerem je ta ugotovila, da je Microsoft zlorabil svoj prevladujoči položaj tudi, ker je Windows Media Player vedno in brez izjeme vključil v operacijski sistem Windows. V praksi je to pomenilo, da ni bilo mogoče kupiti operacijskega sistema Windows brez programa Windows Media Playerja.

Pri vprašanju povezovanja operacijskega sistema Windows s programom Windows Media Player je Sodišče prve stopnje upoštevalo štiri vidike tega povezovanja.⁶¹ Prvič, za povezovanje, ki pomeni zlorabo, mora imeti podjetje prevladujoč položaj na trgu temeljnega proizvoda (operacijski sistem Windows), na katerega se veže dodatni proizvod (Media Player); v

⁵⁶ Ibid., na primer točke 392 in nasl.

⁵⁷ Glej Ahlborn, C., Evans, D. S., The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, URL: <http://ssrn.com/abstract=1115867>, str. 3.

⁵⁸ Podrobneje o tehničnih možnostih, s katerimi se zagotovi interoperabilnost klient/strežnik ali strežnik/strežnik, glej Pardolesi, R., Renda, A., The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?, World Competition, št. 4/2004, str. 537-540.

⁵⁹ Kot zanimivost naj dodam, da je Komisija v svoji odločbi kot dokazni material za Microsoftovo zlorabo prevladujočega položaja uporabila tudi odlomek iz govora, ki ga je imel Bill Gates februarja 1997 pred Microsoftovo prodajno ekipo in v katerem je dejal: »Poskušamo uporabiti svoje znanje o strežnikih, da bi razvili nove protokole in izključili predvsem družb[o] Sun [...] Ne vem, ali nam bo uspelo, vendar to vsekakor poskušamo doseči.« Glej uvodno izjavo 778 Odločbe Komisije 2007/53/ES.

⁶⁰ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. septembra 2007 v zadevi T-201/04, Microsoft/Komisija, točke 688 do 712.

⁶¹ Sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. septembra 2007 v zadevi T-201/04, Microsoft/Komisija, točka 869 v povezavi s točko 842.

konkretnem primeru ni bilo dvoma o tem, da je imel Microsoft na trgu operacijskega sistema Windows prevladujoč položaj.⁶² Drugič, povezujoč izdelek (operacijski sistem Windows) in povezani izdelek (Media Player) morata biti dva ločena proizvoda. Sodišče prve stopnje je ugotovilo, da je tudi ta pogoj izpolnjen; pri tem je upoštevalo tehnične značilnosti obeh izdelkov, kakor tudi povpraševanje potrošnikov posebej po multimedijskih predvajalnikih ter to, da drugi ponudniki ponujajo ta proizvod posebej, neodvisno od operacijskih sistemov (na primer RealNetworks).⁶³ Tretjič, Sodišče prve stopnje je pri presoji upoštevalo, da je potrošnikom onemogočeno, da povezani izdelek (Media Player) kupijo brez povezujočega izdelka (operacijski sistem Windows).⁶⁴ Četrtyč, ravnanje povezovanja mora omejevati konkurenco; Sodišče prve stopnje je v zvezi s tem ugotovilo, da je imel Microsoft s povezovanjem občutno prednost v primerjavi z drugimi konkurenti na trgu multimedijskih predvajalnikov.⁶⁵ Končno je Sodišče prve stopnje ugotovilo tudi, da Microsoft ni predstavil nobene objektivne utemeljitve za povezovanje obeh proizvodov.⁶⁶ Ta odločitev Sodišča prve stopnje pa ne pomeni, da bi moral Microsoft prodajati operacijski sistem Windows brez Media Playerja. Slednji se še vedno lahko prodaja z operacijskim sistemom Windows, vendar mora Microsoft ponuditi tudi različico operacijskega sistema brez Media Playerja. Sodišče prve stopnje pa ni potrdilo tistega dela odločbe Komisije, v katerem je Komisija za nadzor nad izvajanjem svoje odločbe določila neodvisnega pooblaščenca.⁶⁷ Ta je bil imenovan s seznama, ki ga je predložil Microsoft; njegova naloga naj bi bila izdajati mnenja o tem, ali Microsoft ravna v skladu z odločbo Komisije ali ne. Nadzornik naj bi imel dostop do vseh informacij, dokumentov in stavb Microsofta in je imel lahko stik z vsemi zaposlenimi v podjetju. Vse stroške, povezane s tem pooblaščencom, je moral nositi Microsoft. Sodišče prve stopnje je v argumentaciji poudarilo, da postavitve takega pooblaščenca nima pravne podlage, saj ima pristojnost za preiskovalna dejanja samo Komisija in jih ne more prenesti na tretjo osebo.⁶⁸

Zadeva Microsoft je v akademskih krogih sprožila različne odzive, ameriški organi, pristojni za konkurenco, pa so reagirali dokaj negativno, meneč, da lahko sodba škoduje potrošnikom s tem, da zavira inovacije in preprečuje konkurenco.⁶⁹ Kljub temu pa Microsoft proti sodbi

⁶² Ibid., točka 870.

⁶³ Ibid., točke 912 do 944.

⁶⁴ Ibid., točke 960 do 975.

⁶⁵ Ibid., točke 1031 do 1090.

⁶⁶ Ibid., točke 1144 do 1167.

⁶⁷ Ibid., točke 1251 do 1279.

⁶⁸ Ibid., točka 1271.

⁶⁹ Thomas Barnett, assistant US attorney general for antitrust: »[The judgment] may have the unfortunate consequence of harming consumers by chilling innovation and discouraging competition.« URL: www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm.

Sodišča prve stopnje ni vložil pritožbe. Po pravnomočnosti sodbe je izpolnil del sodbe, ki se nanaša na povezovanje operacijskega sistema Windows s programom Windows Media Player, ter na trgu ponudil različico tega operacijskega sistema brez multimedijskega predvajalnika Windows Media Player. Nasprotno pa Microsoft ni izpolnil tistega dela sodbe, ki se nanaša na zavrnitev posredovanja informacij o interoperabilnosti komunikacijskih protokolov za strežnike. Komisija mu je zato ponovno naložila denarne kazni,⁷⁰ in sicer zaradi zavrnitve posredovanja informacij o interoperabilnosti najprej kazen 280,5 evra za obdobje od 16. decembra 2005 do 20. junija 2006; nato pa februarja 2008 z novo odločbo še višjo kazen, 899 milijonov evrov, za obdobje med 21. junijem 2006 in 21. oktobrom 2007.⁷¹ Proti slednji odločbi je Microsoft vložil ničnostno tožbo.⁷² Microsoft v tožbi zatrjuje, da Komisija v svoji odločbi ni opredelila, kaj so »razumni« plačilni pogoji, in da so bile cene, ki jih je določil Microsoft, v vsakem primeru razumne. Sodišče prve stopnje v tej zadevi še ni odločilo. Pravda v zadevi Microsoft se torej nadaljuje.

3.2.2. Združene zadeve *Sot. Lélos kai Sia in drugi (C-468/06 do C-478/06)*

Združene zadeve **C-468/06 do C-478/06, Sot. Lélos kai Sia in drugi**⁷³ (v nadaljevanju: zadeva Lélos), se nanašajo na vprašanje, ali gre za zlorabo prevladujočega položaja v smislu člena 82 PES, če farmacevtska družba, ki ima prevladujoč položaj na nacionalnem trgu zdravil, zavrača dobavo trgovcem na debelo, ker ti trgovci izvajajo vzporedni izvoz teh zdravil v druge države članice.

Dejansko stanje v zadevi Lélos je naslednje. GlaxoSmithKline A EVE je grška podružnica farmacevtske družbe GlaxoSmithKline plc s sedežem v Združenem kraljestvu. GlaxoSmithKline A EVE je leta 2000 spremenila svoj distribucijski sistem in prenehala dobavljati zdravila trgovcem na debelo, temveč je vsa svoja zdravila prodajala samo prek ene grške družbe (Farmacenter). Grški trgovci na debelo so zato proti družbi GlaxoSmithKline A EVE sprožili postopek, v katerem je nacionalno sodišče Sodišču ES zastavilo več vprašanj za predhodno

⁷⁰ Denarne kazni lahko Komisija naloži na podlagi člena 23 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe, UL 2003 L 1, str. 1.

⁷¹ Odločba Komisije C(2008)764 konč. z dne 27. februarja 2008 o določitvi dokončnega zneska periodične denarne kazni, naložene Microsoft Corporation z Odločbo št. C(2005) 4420 konč. V teoriji glej Gippini Fournier, E., The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003. Institutional Report, v Koeck, H. F., Karollus, M. M., The Modernisation of European Competition Law: Initial Experiences with Regulation 1/2003, Nomos, Dunaj 2008, str. 390.

⁷² Zadeva T-167/08, Microsoft/Komisija. Za povzetek tožbe glej UL C 171, 5. 7. 2008, str. 41.

⁷³ Sodba z dne 16. septembra 2008 v združenih zadevah C-468/06 do C-478/06, Sot. Lélos kai Sia in drugi; sklepni predlogi generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomerja so bili predstavljeni 1. aprila 2008.

odločanje. Bistvo teh vprašanj je bilo, ali je prekinitev dobave trgovcem na debelo zloraba prevladujočega položaja v smislu člena 82 PES.⁷⁴

V okviru zadeve *Lélos* naj poudarim, da je hotela družba *GlaxoSmithKline A EVE* s prekinitvijo dobave trgovcem na debelo preprečiti vzporedno trgovino z zdravili, ki lahko zmanjša dobiček družbe. Zato je treba najprej pojasniti, kakšne (pozitivne) učinke ima vzporedna trgovina za konkurencu in kakšne (negativne) učinke ima vzporedna trgovina z zdravili določene znamke za družbo, ki ta zdravila proizvaja. Vzemimo za primer kar konkretno zadevo, v kateri ima družba *GlaxoSmithKline* sedež v Združenem kraljestvu in podružnico v Grčiji; cena, ki jo mora trgovec na debelo plačati na grškem trgu, je nižja od cene, ki jo mora trgovec na debelo plačati na trgu v Združenem kraljestvu. Zaradi povečevanja cenovne konkurence lahko vzporedna trgovina z zdravili določene znamke negativno vpliva na dobiček družbe *GlaxoSmithKline*, ker trgovci na debelo, ki hočejo prodajati na britanskem trgu, lahko kupijo zdravila po nižji ceni od grške podružnice tega proizvajalca zdravil, namesto da bi zdravila kupovali na primer na britanskem trgu zdravil na debelo, kjer je cena višja. Tako kupljena zdravila potem lahko prodajo na britanskem trgu. Tovrstna vzporedna trgovina ima pozitivne učinke za konkurencu in prinaša koristi končnim potrošnikom, saj vzpodbuja cenovno konkurencu, kljub temu da cene zdravil deloma določa država.⁷⁵ Zato hočejo proizvajalci to cenovno konkurencu omejiti ali preprečiti, saj se njihov dobiček zmanjša zaradi znižanja cen v državi izvoza; ker je zdravilo kupljeno ceneje na trgu prodaje zdravil na debelo, je lahko tudi končna cena, na primer na britanskem trgu, nižja, zato ima proizvajalec nižje dobičke.⁷⁶

Družba *GlaxoSmithKline A EVE* je v podporo svojim stališčem navedla več argumentov. Najprej je navedla, da je treba trg farmacevtskih proizvodov obravnavati drugače od drugih trgov. Na trgu farmacevtskih proizvodov se po mnenju te družbe namreč ne more razviti učinkovita konkurenca, saj cene na različnih ravneh določajo javni organi. Poleg tega je navedla, da ima vzporedna trgovina z zdravili različne negativne posledice. Prvič, vzporedna

⁷⁴ Dejansko stanje, povzeto po sodbi v združenih zadevah od C-468/06 do C-478/06, Sot. *Lélos kai Sia* in drugi, točke 9–23.

⁷⁵ Prim. Vialens, J., CJCE, 16 septembre 2008: Sot. *Lélos kai Sia e.a.* – *Affaires jointes C-468/06 à C-478/06*, *Gazette du Palais*, št. 83/2009, str. 18 in nasl.; Palmstorfer, R., *Missbräuchliche, parallelexportbehindernde Lieferbeschränkungen*, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, št. 12/2008, str. 563; Broussy, E., Donnat, F., Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire. Concurrence – Vente parallèle de médicaments et abus de position dominante*, *L'actualité juridique: droit administratif* 2008, str. 2335; Steffens, O., Arnold, B., *Die Entscheidung GlaxoSmithKline A EVE des EuGH – Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch Verhinderung von Parallelexporten von Arzneimitteln?*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, št. 4/2008, str. 433 in nasl. O določanju cen in ureditvi farmacevtskega sektorja glej Kingston, S., *Joined Cases C-468/06 to C-478/06*, Sot. *Lelos kai Sia EE*, *Common Market Law Review*, št. 2/2009, str. 684 in nasl.

⁷⁶ Prim. Brömmelmeyer, C., *Parallelimporte von Arzneimitteln*, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, št. 8/2008, str. 320.

trgovina naj bi imela negativne posledice za distribucijo zdravil. Farmacevtske družbe same morajo spoštovati svojo obveznost, da v države, za katere imajo dovoljenje, dobavijo svoje farmacevtske proizvode. Izvozniki pa, nasprotno, take obveznosti nimajo, saj se lahko sami odločijo, na katerem trgu bodo prodajali določen proizvod, pač odvisno od dobička. Zato v državah, kjer dobički niso tako visoki, lahko pride do pomanjkanja zdravil. Drugič, Glaxo-SmithKline A EVE je menila, da vzporedna trgovina zmanjšuje dobiček, ki bi ga farmacevtska podjetja lahko vložila v raziskave, ker imajo dobiček od vzporedne trgovine samo trgovci na debelo. Tretjič, po mnenju družbe GlaxoSmithKline A EVE vzporedna trgovina ne koristi končnim potrošnikom, ker ne povzroči znižanja cen. Ker del razlike v ceni poberejo trgovci na debelo, ni nobenega pritiska na znižanje cen v državah članicah, kjer so cene višje.⁷⁷

Vendar pa Sodišče ES ni sledilo tem argumentom družbe GlaxoSmithKline A EVE in je odločilo, da podjetje, ki ima prevladujoč položaj na trgu zdravil, zlorablja ta položaj, če zavrne dobavo trgovcem na debelo, zato da bi preprečilo vzporedno trgovino nekaterih trgovcev na debelo.⁷⁸ Sodišče ES je v argumentaciji navedlo, da se tudi takrat, ko cene zdravil določajo javni organi, z vzporedno trgovino izvaja pritisk na znižanje cen, s čimer se ustvarjajo ugodnosti tako za sklade zdravstvenega zavarovanja kakor tudi za končne potrošnike (torej bolnike). Poleg tega vzporedna trgovina lahko poveča izbiro zdravil v določeni državi članici, saj organi v državi članici lahko pridobijo zdravila na podlagi postopka javnega naročanja, kjer morajo vzporedni uvozniki cenovno konkurirati.⁷⁹ Poudarilo je tudi, da dejstvo, da države članice izvajajo nadzor nad cenami farmacevtskih proizvodov, ne pomeni, da je gibanje teh cen popolnoma neodvisno od ponudbe in povpraševanja.⁸⁰ Navedlo je, da v nekaterih državah članicah javni organi ne določajo cen ali določajo samo odstotek zdravila, ki se financira iz sistema zdravstvenega zavarovanja, v nekaterih državah članicah pa – čeprav cene zdravil določajo javni organi – proizvajalci sodelujejo pri pogajanjih z državnimi organi, v okviru katerih se določijo cene zdravil in odstotek povračila.⁸¹

Zadevo *Lélos* lahko uvrstimo v okvir dveh drugih zadev s podobno problematiko. Sodišče ES je bilo že v zadevi *C-53/03, Syfait*, pozvano, naj odloči o tem, ali gre v primeru zavrnitve dobave trgovcem na debelo, ki izvajajo vzporedno trgovino, za zlorabo prevladujočega položaja.

⁷⁷ Glej združene zadeve od C-468/06 do C-478/06, Sot. *Lélos kai Sia* in drugi, točke 41–45.

⁷⁸ Glej združene zadeve od C-468/06 do C-478/06, Sot. *Lélos kai Sia* in drugi, izrek sodbe. Fountoukakos, K., Piotrowski, D., *Parallel trade in pharmaceuticals and abuse of dominance after the ECJ's judgment in Syfait II*, *European Law Reporter*, št. 1/2009, str. 6, v zvezi s tem poudarjata, da je Sodišče ES ugotovilo, da onemogočanje vzporedne trgovine *načeloma* pomeni zlorabo prevladujočega položaja, kljub temu pa je treba pri presoji varovati legitimne interese podjetij in upoštevati specifične okoliščine trga in sektorja.

⁷⁹ Glej združene zadeve od C-468/06 do C-478/06, Sot. *Lélos kai Sia* in drugi, točka 56.

⁸⁰ *Ibid.*, točka 61.

⁸¹ *Ibid.*, točki 62 in 63.

Vendar pa se je Sodišče ES izreklo za nepristojno, saj grški urad za varstvo konkurence (*Epi-tropi Antagonismou*) ni bil sodišče v smislu člena 234 PES, ker ni šlo za neodvisen organ, poleg tega pa se postopek pred njim ne konča s sodno odločbo.⁸²

Sodišče ES pa je oktobra 2009 odločilo še v podobni zadevi glede omejevanja vzporedne trgovine, vendar v okviru člena 81 PES – gre za združene zadeve **C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P in C-519/06 P, GlaxoSmithKline**.⁸³ Čeprav gre pri teh za odločitev na podlagi člena 81 PES, je zadeva Lélou vplivala na odločitev v tej zadevi.

4. Državne pomoči (člen 87 PES)

4.1. Kratko o pravni ureditvi državnih pomoči

Smisel nadzora nad državnimi pomočmi je preprečevanje, da bi določena podjetja zaradi podpore države pridobila konkurenčno prednost v primerjavi z drugimi podjetji na trgu.⁸⁴ S skupnim trgom je na podlagi člena 87(1) PES nezdržljiva vsaka državna pomoč, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco s tem, da daje prednost posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, če prizadene trgovino med državami članicami.⁸⁵ V členu 87(2) so navedene izjeme,⁸⁶ v členu 87(3) pa primeri dopustnih državnih pomoči. Tako med dopustne državne pomoči spada na primer pomoč za pospeševanje gospodarskega razvoja revnejših območij, pomoč pri izvedbi projektov skupnega evropskega interesa, pomoč za razvoj določenih gospodarskih dejavnosti ali za pospeševanje kulture in ohranjanja kulturne dediščine.

Za nadzor nad preverjanjem združljivosti državne pomoči s skupnim trgom je v skladu s členom 88 PES pristojna Komisija. Poudariti je treba, da se pri tem nadzoru pojem države

⁸² Glej sklep z dne 31. maja 2005 v zadevi C-53/03, Syfait, točke 21 do 38. V zvezi s kriteriji za sodišče v smislu člena 234 PES glej v teoriji na primer Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. izdaja, Sweet & Maxwell, London 2006, str. 36 in nasl. Kritično glede odločitve o nepristojnosti Sodišča ES v zadevi C-53/03, Syfait, glej Kingston, S., *Joined Cases C-468/06 to C-478/06, Sot. Lelou kai Sia EE*, *Common Market Law Review*, št. 2/2009, str. 701.

⁸³ Sodba z dne 6. oktobra 2009 v združenih zadevah C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services/Komisija; C-513/06 P, Komisija/GlaxoSmithKline; C-515/06 P, EAEPK/GlaxoSmithKline in C-519/06 P, Aseprofar/GlaxoSmithKline; sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjakove so bili predstavljeni 30. junija 2009.

⁸⁴ Glej v tem smislu Lane, R., *EC Competition Law*, Pearson Education, London 2000, str. 332.

⁸⁵ Lane, op. cit., opomba 84, v zvezi s tem poudarja, da so državne pomoči *prima facie* nezdržljive s skupnim trgom.

⁸⁶ Gre za nediskriminatorno pomoč socialne narave, dodeljeno posameznim potrošnikom, pomoč v primeru naravnih nesreč ali izjemnih dogodkov ter pomoč nekaterim območjem v Nemčiji, ki so gospodarsko prizadeta zaradi delitve Nemčije.

in pojem državnih pomoči razlagata široko. Tako lahko državno pomoč poleg države podeli na primer tudi podjetje, ki je v večinski lasti države; šteje se, da je v tem primeru financiranje državnega izvora.⁸⁷ Za državno pomoč gre ne le, ko je taka pomoč podeljena v obliki denarja, dodeljenega družbi, temveč tudi z drugimi ugodnostmi, na primer če podjetje dobi davčne ugodnosti ali če državni organi podjetju napačno obračunajo davek, če mu je omogočena nižja obrestna mera za posojilo ali če mu je odpisan dolg.⁸⁸ Poleg tega je pomembno, da je državna pomoč selektivna in da je mogoče prejemnika identificirati; pri tem ni nujno, da pomoč prejme eno samo podjetje, za selektivno pomoč gre lahko tudi, če jo prejme določena kategorija podjetij.⁸⁹ Državna pomoč mora izkrivljati konkurenco ali pa mora imeti potencial za tako izkrivljanje; poleg tega je na ravni Skupnosti prepovedana le tista državna pomoč, ki prizadene trgovino med državami članicami. Če je trgovina prizadeta samo znotraj države članice, se člen 87(1) PES ne uporablja.⁹⁰

4.2. Novejša sodna praksa s področja državnih pomoči

V zadevi C-431/07 P, *Bouygues/Komisija*,⁹¹ je šlo za vprašanje, ali lahko sprememba pristojbin v okviru postopka podelitve dovoljenj za UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*) predstavlja državno pomoč v smislu člena 87(1) PES.

Francoska vlada se je leta 2000 odločila, da bo dodelila štiri dovoljenja za uvedbo komunikacijskih sistemov UMTS. V ta namen je leta 2001 objavila javni razpis, iz katerega je bilo razvidno, da je za dodelitev teh dovoljenj treba plačati pristojbino v višini 4,95 milijarde evrov za petnajstletno obdobje trajanja dovoljenja. Na razpis sta se prijavi le dve podjetji, in sicer SFR (*Société française du radiotéléphone*) ter France Télécom mobiles, ki je kasneje postala družba Orange. Tema dvema družbama sta bili leta 2001 izdani dovoljenji za uvedbo sistemov UMTS.⁹²

⁸⁷ Glej Gavalda, C., Parleani, G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec – JurisClasseur (LexisNexis), Pariz 2006, str. 486, točka 880; Quigley, C., Collins, A., *EC State Aid: Law and Policy*, Hart, Oxford, Portland Oregon 2003, str. 7.

⁸⁸ Lane, op. cit., opomba 84, str. 334. Glej tudi Quigley, C., Collins, A., op. cit., opomba 87, str. 15; Gavalda, C., Parleani, G., op. cit., opomba 87, str. 486, točka 888.

⁸⁹ Gavalda, C., Parleani, G., op. cit., opomba 87, str. 489, točka 886.

⁹⁰ Quigley, C., Collins, A., op. cit., opomba 87, str. 61.

⁹¹ Sodba Sodišča ES z dne 2. aprila 2009 v zadevi C-431/07 P, *Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji*; sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjakove so bili predstavljeni 8. oktobra 2008. Sodba Sodišča prve stopnje v zadevi T-475/04, *Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji*, je bila izdana 4. julija 2007.

⁹² Dejansko stanje, povzeto po sodbi z dne 4. julija 2007 v zadevi T-475/04, *Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji*, točke 10–15.

Ker je vlada hotela podeliti še dve dovoljenji, je leta 2002 objavila dodatni razpis z drugačnimi razpisnimi pogoji: višina pristojbine za dovoljenje UMTS je bila 619 milijonov evrov, dovoljenje pa je bilo podeljeno za obdobje 20 let. Na ta razpis se je prijavila samo družba Bouygues Télécom, ki je podružnica skupine Bouygues. Družbi Bouygues Télécom je bilo leta 2002 na podlagi tega razpisa podeljeno dovoljenje UMTS za uvedbo mobilnih in brezžičnih komunikacijskih sistemov. Četrto dovoljenje, ki ga je hotela podeliti francoska vlada, ni bilo podeljeno nobeni družbi.⁹³

Ker so bila dovoljenja UMTS podeljena pod bistveno različnimi pogoji, so leta 2002 francoski organi spremenili pogoje za dovoljenja za omrežja UMTS, in sicer tako, da je bilo določeno, da prvi del pristojbine za zasedbo javnih frekvenčnih pasov znaša 619 milijonov evrov za obdobje 20 let; ta znesek je treba plačati do konca septembra v letu izdaje dovoljenja, drugi del pristojbine pa se izračuna na podlagi odstotka od ustvarjenega prometa in se plača vsako leto posebej za uporabo frekvenc v tem letu.⁹⁴

Družbi Bouygues Télécom je bilo dovoljenje izdano za 20 let pod spremenjenimi finančnimi pogoji iz leta 2002. Francoski minister za industrijo je leta 2002 spremenil tudi odločbi o dovoljenju, izdani družbama SFR in Orange: trajanje dovoljenja je bilo podaljšano na 20 let, finančni pogoji pa so bili spremenjeni na tiste, sprejete leta 2002.⁹⁵

Ker so se finančni pogoji med prvim in drugim razpisom spremenili, sta družbi Bouygues in Bouygues Télécom leta 2002 vložili pritožbo pri Komisiji, da ti ukrepi francoske vlade pomenijo državno pomoč v korist družb SFR in Orange.⁹⁶ Komisija je leta 2004 sprejela odločbo »Državna pomoč NN 42/2004 – Francija« (v nadaljevanju: izpodbijana odločba), s katero je odločila, da v primeru spremembe pristojbin ne gre za državno pomoč v smislu člena 87(1) PES.⁹⁷

Družbi Bouygues in Bouygues Télécom sta proti tej odločbi leta 2004 vložili tožbo na Sodišče prve stopnje na podlagi člena 230 PES.⁹⁸ V postopku pred Sodiščem prve stopnje sta se stranki sklicevali na to, da so se francoski nacionalni organi, s tem ko so občutno znižali prvotno določen znesek pristojbin, odpovedali delu terjatve, ki so jo imeli do družb SFR in Orange;

⁹³ Ibid., točki 16 in 19.

⁹⁴ Ibid., točka 17.

⁹⁵ Ibid., točki 21 in 22.

⁹⁶ Ibid., točka 20.

⁹⁷ Ibid., točka 26.

⁹⁸ Ibid., točka 30.

s tem so se odpovedali delu državnih sredstev v korist teh dveh družb, kar naj bi pomenilo državno pomoč v korist teh dveh družb.⁹⁹

Sodišče prve stopnje je tožbo proti odločbi Komisije zavrnilo. Po eni strani je poudarilo, da družbi SFR in Orange dejansko nista imeli nobenih prednosti zato, ker jima je bila licenca podeljena prej, saj dejansko nista bili na trgu.¹⁰⁰ Poleg tega je Sodišče prve stopnje navedlo, da tudi če bi priznali, da so se francoski organi odpovedali delu državnih sredstev, zaradi narave in splošne sheme sistema ta izguba sredstev ne pomeni nujno državne pomoči.¹⁰¹ V zvezi s tem je treba najprej poudariti, da iz sodne prakse Sodišča ES izhaja, da državna pomoč ne obsega ukrepov, ki uvajajo razlikovanje med podjetji glede dajatev, kadar to razlikovanje izhaja iz narave in splošne ureditve spornega sistema dajatev.¹⁰² Narava in splošna ureditev sistema dajatev je torej izjema, v kateri se določena dajatev ali pomoč ne opredeli kot nedovoljena državna pomoč v smislu prava Skupnosti.¹⁰³

Proti tej sodbi sta družbi vložili pritožbo na Sodišče ES. V pritožbenem postopku je generalna pravobranilka Trstenjakova v sklepnih predlogih predlagala, naj se pritožba zavrne, vendar naj se deloma spremeni argumentacija Sodišča prve stopnje.¹⁰⁴ V argumentaciji je poudarila, da je bil v skladu s pravom Skupnosti rok za uvedbo storitev UMTS 1. januar 2002 in s tem je pravo Skupnosti francoskim organom nalagalo do 1. januarja 2002 zagotoviti minimalno število operaterjev. Če bi francoski organi prvi razpis razveljavili in razpisali novi razpis, ne bi izpolnili svoje obveznosti uvedbe storitev UMTS v roku, ki jim ga nalaga pravo Skupnosti.¹⁰⁵

⁹⁹ Sodba z dne 4. julija 2007 v zadevi T-475/04, Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji, točka 98.

¹⁰⁰ Zadeva T-475/04, Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji, točki 123 in 144.

¹⁰¹ Zadeva T-475/04, Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji, točka 106.

¹⁰² Sodba z dne 2. julija 1974 v zadevi Italija proti Komisiji, točka 33; sodba z dne 20. septembra 2001 v zadevi Banks, točka 33; sodba z dne 14. aprila 2005 v združenih zadevah C-128/03 in C-129/03, AEM in AEM Torino, točka 39.

¹⁰³ Izjema splošne sheme sistema je dobro ponazorjena v sodbi z dne 14. aprila 2005 v združenih zadevah C-128/03 in C-129/03, AEM in AEM Torino, kjer je Sodišče ES uporabilo to izjemo. V tej zadevi je Italija zvišala pristojbine za dostop do nacionalnega prenosnega sistema električne energije in za njegovo uporabo, in sicer samo za hidroelektrarne ali geotermalne elektrarne. Z zvišanjem teh pristojbin je Italija hotela izravnati korist, ki so jo ta podjetja imela z liberalizacijo trga z električno energijo zaradi prenosa Direktive 96/92/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. decembra 1996 o skupnih pravilih notranjega trga z električno energijo (UL L 27, 30. 1. 1997, str. 20). Hidroelektrarne in geotermalne elektrarne so namreč na prostem trgu lahko zahtevale višjo ceno in z zvišanjem pristojbin se je ta korist izravnala. Splošna shema sistema je torej dopuščala zvišanje pristojbin samo za določena podjetja.

¹⁰⁴ Sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjakove, predstavljeni 8. oktobra 2008, v zadevi C-431/07 P, Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji.

¹⁰⁵ Sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjakove, predstavljeni 8. oktobra 2008, v zadevi C-431/07 P, Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji, točka 178.

Sodišče ES je v sodbi sledilo temu predlogu generalne pravobranilke in pritožbo družb Bouygues in Bouygues Télécom zavrnilo.¹⁰⁶ Poudarilo je, da so imeli francoski organi tri možnosti, ko na prvem razpisu ni bilo mogoče dodeliti zadosti dovoljenj. Prva možnost je bila izvesti celoten postopek od začetka; druga možnost, objaviti dodatni razpis brez retroaktivnega spreminjanja pristojbin; in tretja možnost objaviti dodatni razpis in retroaktivno znižati pristojbine za vse ponudnike storitev UMTS.¹⁰⁷ Vendar pa prva možnost ni bila sprejemljiva, saj v tem primeru francoski organi ne bi mogli upoštevati roka za uvedbo storitev UMTS, tj. 1. januarja 2002.¹⁰⁸ Tudi druga možnost ni bila primerna, saj bi bilo s tem kršeno načelo enakega obravnavanja družb Orange in SFR na eni strani in družbe Bouygues na drugi strani.¹⁰⁹ Iz pravnega okvira Skupnosti glede telekomunikacijskih storitev namreč jasno izhaja, da morajo države članice pri dodelitvi dovoljenj UMTS spoštovati načelo enakega obravnavanja operaterjev in da zato francoski organi niso imeli druge možnosti, kot da zmanjšajo znesek pristojbin, ki jih dolgujeta družbi Orange in SFR.¹¹⁰ Zato je bila edina možnost, ki so jo imeli francoski organi, objaviti nov razpis in retroaktivno znižati pristojbine za dovoljenja UMTS. Sodišče ES je torej menilo, da v zadevi Bouygues ne gre za državno pomoč.

5. Koncentracije

5.1. Kratko o pravni ureditvi koncentracij

Nadzor koncentracij v Skupnosti ureja Uredba Sveta (EGS) št. 4064/89 z dne 21. decembra 1989 o nadzoru koncentracij podjetij (v nadaljevanju: Uredba o koncentracijah).¹¹¹ Pojem koncentracije je opredeljen v členu 3(1) Uredbe o koncentracijah; gre za situacijo, ko se dve podjetji združita ali pa – kar je v praksi pogostejše – ko eno podjetje nad drugim ali nad njegovim delom pridobi neposredni ali posredni nadzor z nakupom vrednostnih papirjev ali premoženja, s pogodbo ali kakorkoli drugače. Nadzor lahko izvaja eno samo podjetje, lahko pa ga izvajata na primer tudi dve podjetji, ki ustanovita skupni podvzem (*joint venture*).¹¹² Nadzor v skladu s členom 3(3) te uredbe pomeni, da je podjetju omogočeno izvajanje odločilnega vpliva na drugo podjetje. Omeniti je treba, da je v praksi včasih težko opredeliti, ali neka koncentracija podjetju daje odločilen vpliv, saj lahko gre za tak nadzor tudi, če eno podjetje

¹⁰⁶ Sodba z dne 2. aprila 2009 v zadevi C-431/07 P, Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji.

¹⁰⁷ Ibid., točka 93.

¹⁰⁸ Ibid., točka 94.

¹⁰⁹ Ibid., točka 94.

¹¹⁰ Ibid., točki 44 in 46.

¹¹¹ UL L 395, 30. 12. 1989, str. 1.

¹¹² Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 4. izdaja, Oxford University Press, New York 2003, str. 348.

pridobi le manjšinski delež drugega podjetja. Za tak položaj gre na primer, če imajo vsi drugi delničarji v določenem podjetju veliko manjši delež od podjetja, ki nad tem podjetjem pridobi nadzor.¹¹³

Analiza dopustnosti koncentracije poteka v več fazah. Najprej se opredeli relevantni geografski trg in relevantni trg proizvodov; nato pa se – podobno kakor v primeru člena 82 PES – ugotavlja, ali ima podjetje na tem trgu prevladujoč položaj, pri čemer se upošteva predvsem to, ali lahko podjetje na trgu deluje neodvisno od svojih konkurentov, strank in potrošnikov.¹¹⁴ Kakor izhaja iz člena 2 Uredbe o koncentracijah, je prevladujoč položaj takega podjetja nedopusten, ko je njegova posledica resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu.¹¹⁵ Če je ta pogoj izpolnjen, lahko Komisija od podjetja zahteva strukturne ukrepe (*structural remedies*), kot na primer razdružitve koncentracije, ali ukrepe, ki od podjetja zahtevajo določeno ravnanje (*behavioral remedies*), kot na primer podelitev neizključne licence za določene patente ali obveznost nediskriminacije med strankami.¹¹⁶

5.2. Novejša sodna praksa s področja koncentracij

V okviru nadzora koncentracij je pomembna zadeva **C-440/07 P, Komisija/Schneider Electric**,¹¹⁷ v kateri bo Sodišče ES odločalo proti sodbi Sodišča prve stopnje, v kateri je slednje odločalo o odškodninski odgovornosti Komisije za napačno odločitev o koncentraciji podjetij. V zadevi se torej problematika koncentracij prepleta s problematiko nepogodbene odškodninske odgovornosti Skupnosti na podlagi člena 288(2) PES v povezavi s členom 235 PES.

¹¹³ Glej na primer zadevo Arjomari/Wiggins Teape (IV/M25, 1991), v kateri je Komisija kot zadosten za nadzor štela pridobitev 39 % deleža, saj nobeden od drugih delničarjev ni imel več od 4 % deleža. V teoriji glej Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 4. izdaja, Oxford University Press, New York 2003, str. 348.

¹¹⁴ Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 4. izdaja, Oxford University Press, New York 2003, str. 358, 361. Koncentracija je izjemoma dopustna, če podjetje pridobi prevladujoč položaj v primeru, če bi prevzeto podjetje zaradi svoje plačilne nesposobnosti prenehalo obstajati. To je Sodišče ES potrdilo v zadevah C-68/94 in C-30/95, Kali und Salz, v katerih je opredelilo tri pogoje, pod katerimi je mogoč prevzem take »propadajoče« družbe, četudi to vodi do prevladujočega položaja: prvič, če taka družba ne bi bila prevzeta, bi v kratkem času šla v stečaj; drugič, da prevzem s strani druge družbe ne bi privedel do ugodnejšega položaja za konkurenco; in tretjič, da bi družba, ki prevzema »propadajočo« družbo, v vsakem primeru pridobila njen tržni delež po tem, ko bi zaradi stečaja prenehala biti na trgu. V zvezi s tem, t. i. *failing firm defence*, glej tudi Whish, R., *Competition Law*, 5. izdaja, LexisNexis, London 2003, str. 845.

¹¹⁵ Navedem naj, da je ta test drugačen od testa, ki se uporablja v ZDA ali v Združenem kraljestvu; tam je relevanten test, ali koncentracija »občutno zmanjšuje konkurenco« (*»substantially to lessen competition«*). Glej Goyder, D. G., op. cit., opomba 114, str. 368; Whish, R., op. cit., opomba 115, str. 908.

¹¹⁶ Goyder, D. G., op. cit., opomba 114, str. 383.

¹¹⁷ Sodba z dne 11. julija 2007 v zadevi T-351/03, Schneider Electric/Komisija; sklepni predlogi generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomerja so bili predstavljeni 3. februarja 2009.

Dejstva v tej zadevi so naslednja. Schneider Electric¹¹⁸ in Legrand¹¹⁹ sta francoski podjetji v sektorju električne energije. Leta 2001 sta podjetji obvestili Komisijo v skladu z Uredbo 4064/89 o nadzoru koncentracij podjetij, da naj bi družba Schneider pridobila nadzor nad družbo Legrand prek javne ponudbe za zamenjavo vrednostnih papirjev. Komisija je oktobra 2001 sprejela odločbo na podlagi Uredbe 4064/89,¹²⁰ s katero je odločila, da koncentracija med podjetjema Schneider Electric in Legrand ni v skladu s skupnim trgom. Koncentracija naj bi ustvarila ali okrepila prevladujoč položaj, ki bi izrazito omejeval učinkovito konkurenco na trgu inštalacijskih električnih izdelkov – na primer na trgu stikal, kabelskih nosilcev, na trgu električnih transformatorjev ipd. Zaradi neskladnosti s skupnim trgom je Komisija izdala še eno odločbo, s katero je podjetjema naložila razdružitev koncentracije. Podjetje Schneider je zato proti obema odločbama Komisije sprožilo ničnostno tožbo na podlagi člena 230 PES pred Sodiščem prve stopnje.¹²¹

V prvi sodbi iz leta 2002, T-310/01, **Schneider Electric/Komisija (Schneider I)**,¹²² je Sodišče prve stopnje razveljavilo odločbo Komisije o neskladnosti s skupnim trgom, hkrati pa je istega dne s sodbo T-77/02, **Schneider Electric/Komisija (Schneider II)**,¹²³ razveljavilo odločbo Komisije o razdružitvi koncentracije. V sodbi Schneider I je Sodišče prve stopnje navedlo, da je Komisija precenila ekonomsko moč te združitve na nacionalnih trgih in da njena ocena ne ustreza dejanski situaciji ter da je napačno uporabila člen 2(3) Uredbe 4064/89, ki določa, da se koncentracija, ki ustvari ali krepi prevladujoči položaj, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu, razglasi za nezdržljivo s skupnim trgom.¹²⁴ Sodišče prve stopnje je odločilo tudi, da je Komisija kršila pravico podjetja Schneider do obrambe, saj mu večkrat ni dala možnosti predstaviti svojih stališč o njenih očitkih.¹²⁵

Podjetje Schneider je zaradi izida sodb v zadevah Schneider I in II proti Komisiji vložilo tožbo na podlagi členov 288(2) in 235 PES, ki urejata nepogodbeno odškodninsko odgovornost Skupnosti, in zahtevalo 1.66 milijarde evrov odškodnine. Sodišče prve stopnje je s sodbo

¹¹⁸ Podjetje Schneider Electric proizvaja in prodaja proizvode za distribucijo električne energije.

¹¹⁹ Podjetje Legrand je specializirano za proizvodnjo in prodajo inštalacijskih električnih izdelkov (na primer stikala, varovalke, razdelilne doze ipd.).

¹²⁰ Odločba je bila sprejeta na podlagi člena 8(3) Uredbe 4064/89, ki določa: »Če Komisija ugotovi, da koncentracija izpolnjuje merilo, določeno v členu 2(3), izda odločbo, s katero razglasi koncentracijo za združljivo s skupnim trgom.«

¹²¹ Dejansko stanje, povzeto po sodbi v zadevi T-351/03, Schneider Electric/Komisija, točke 16–46.

¹²² Sodba z dne 22. oktobra 2002 v zadevi T-310/01, Schneider Electric/Komisija.

¹²³ Sodba z dne 22. oktobra 2002 v zadevi T-77/02, Schneider Electric/Komisija.

¹²⁴ Sodba z dne 22. oktobra 2002 v zadevi T-310/01, Schneider Electric/Komisija, točka 256.

¹²⁵ Ibid., Schneider Electric/Komisija, točka 454 in nasl.

iz leta 2007 v zadevi **T-351/03, Schneider Electric/Komisija (Schneider III)**,¹²⁶ tej tožbi ugodilo in odločilo, da ima Schneider pravico do odškodnine na dveh osnovah. Po eni strani mu je dosodilo škodo, ki jo je Schneider utrpel v postopku, v katerem je Komisija po obeh sodbah Sodišča prve stopnje ponovno pregledala združitev; po drugi strani pa mu je dosodilo dve tretjini škode, ki mu je nastala, ker je podjetje Legrand prodal po nižji ceni, kot ga je kupil.¹²⁷ Podjetje Schneider se je namreč po izdaji odločb Komisije odločilo, da bo svoje delnice v podjetju Legrand prodalo deloma ameriškemu skladu Kohlberg, Kravis and Roberts in deloma konzorciju Wendel-KKR. Delnice je prodalo po ceni 3.63 milijarde evrov, kupilo pa jih je za 5.4 milijarde evrov, zato je utrpelo škodo 1.77 milijarde evrov. Sodišče prve stopnje ni priznalo polne škode za to izgubo, ker je menilo, da je Schneider deloma sam prispeval k izgubi.¹²⁸

Proti tej sodbi Sodišča prve stopnje v zadevi Schneider III je Komisija vložila pritožbo na Sodišče ES,¹²⁹ gre za zadevo **C-440/07 P, Komisija/Schneider Electric**.¹³⁰ Komisija v pritožbi navaja, morajo biti za uveljavitev nepogodbene odgovornosti Skupnosti izpolnjeni trije kumulativni pogoji, in sicer, prvič, obstoj krivdnega ravnanja; drugič, obstoj resnične in gotove škode, in tretjič, neposredna vzročna zveza med krivdnim ravnanjem in škodo.¹³¹

Generalni pravobranilec Ruiz-Jarabo Colomer je v sklepnih predlogih, predstavljenih februarja 2009, Sodišču ES predlagal, naj pritožbi Komisije delno ugotovi in razveljavi sodbo Sodišča prve stopnje v zadevi Schneider III v delu, v katerem je bilo Skupnosti naloženo plačilo odškodnine družbi Schneider Electric SA v višini dveh tretjin škode, ki jo je ta utrpela zaradi znižanja prodajne cene družbe Legrand SA.¹³² Menil je, da ne obstaja vzročna zveza med neveljavnostjo odločbe o nezdržljivosti koncentracije s skupnim trgom in tem, da je bilo podjetje Legrand konzorciju Wendel-KKR prodano po nižji ceni.¹³³ Vzročna zveza med nezakornim dejanjem in škodo mora biti namreč takšna, da je škoda neposredna, takojšnja in izključna posledica nezakornitega dejanja.¹³⁴ V obravnavani zadevi pa neveljavnost odločbe o nezdržljivosti ni povzročila znižanja prodajne cene družbe Legrand.¹³⁵ Predlagal je tudi,

¹²⁶ Sodba z dne 11. julija 2007 v zadevi T-351/03, Schneider Electric/Komisija.

¹²⁷ Ibid., točka 352 (prva točka izreka).

¹²⁸ Ibid., točke 328–335, zlasti 334.

¹²⁹ Za povzetek pritožbe glej UL C 22, 26. 1. 2008, str. 19.

¹³⁰ Glej op. 117 tega članka.

¹³¹ Glej povzetek pritožbe, UL C 22, 26. 1. 2008, str. 19.

¹³² Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomerja v zadevi C-440/07 P, Komisija/Schneider Electric, točka 189 (prva točka predloga).

¹³³ Ibid., točke 130 do 154.

¹³⁴ Ibid., točka 140.

¹³⁵ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomerja v zadevi C-440/07 P, Komisija/Schneider Electric, točka 143.

da morajo stranke Sodišču ES poslati skupno oceno zneska stroškov, ki jih je imela družba Schneider Electric SA zaradi udeležbe pri obnovljenem postopku nadzora koncentracije po razglasitvi sodb Sodišča prve stopnje v zadevah Schneider I in Schneider II.

Sodišče ES je temu predlogu sledilo in razveljavilo sodbo Sodišča prve stopnje v delu, v katerem je bilo Skupnosti naloženo povračilo dveh tretjin škode, ki jo uveljavlja družba Schneider Electric v znesku znižanja prodajne cene družbe Legrand SA.¹³⁶ Odločilo je tudi, da mu morata stranki sporočiti oceno škode, ki jo je imela družba Schneider Electric SA zaradi udeležbe pri ponovljenem postopku nadzora koncentracije po razglasitvi sodb Sodišča prve stopnje v zadevah Schneider I in Schneider II.¹³⁷ V preostalem je Sodišče ES pritožbo družbe Schneider Electric SA zavrnilo.¹³⁸

Zadeva Schneider je vsekakor pomemben mejnik na področju prava konkurence Skupnosti, saj je v njej Sodišče prve stopnje prvič dodelilo odškodnino zaradi nezakonitosti koncentracije.¹³⁹ Navedem naj, da zadeva Schneider ni edina, v kateri je podjetje zahtevalo odškodnino zaradi nezakonitosti v odločbi Komisije o presoji koncentracij, je pa edina, v kateri je Sodišče prve stopnje podjetju dosodilo odškodnino. V primerljivi zadevi T-212/03, *MyTravel/Komisija*,¹⁴⁰ je Sodišče prve stopnje namreč tožbo britanskega organizatorja potovanj MyTravel zaradi odsotnosti dovolj resne kršitve zavrnilo.¹⁴¹ Teorija poudarja, da sta v preteklosti v praksi obstajali dve oviri za podobne odškodninske tožbe podjetij: po eni strani dolgi postopki pred sodišči Skupnosti, po drugi strani pa široka diskrecija Komisije pri odločanju o koncentracijah.¹⁴² Prva ovira je bila odpravljena z uvedbo hitrega postopka pred sodišči Skupnosti,¹⁴³ druga ovira pa s sodno prakso, v kateri so sodišča Skupnosti postavila meje (pre)široki diskre-

¹³⁶ Sodba Sodišča ES z dne 16. julija 2009 v zadevi C-440/07 P, *Komisija/Schneider Electric*, točka 227 (prva točka izreka sodbe).

¹³⁷ *Ibid.*, točka 227 (tretja točka izreka sodbe).

¹³⁸ *Ibid.*, točka 227 (peta točka izreka sodbe).

¹³⁹ Glej tudi Svetlicin, A., *Damages for Schneider Electric: Setting the Standards for Community's Non-Contractual Liability*, *European Law Reporter*, št. 5/2008, str. 160.

¹⁴⁰ Sodba z dne 9. septembra 2008 v zadevi T-212/03, *MyTravel/Komisija*. MyTravel (prej Airtours) je vložil odškodninsko tožbo v zvezi s tem, da je Sodišče prve stopnje v zadevi T-342/99, *Airtours/Komisija*, za nično razglasilo odločbo Komisije, v kateri je za nezdržljivo s skupnim trgom štela koncentracijo med podjetjema Airtours in First Choice.

¹⁴¹ Glede relevantnih kriterijev za določanje, ali gre za dovolj resno kršitev, glej na primer Bailey, D., *Damages Actions under the EC Merger Regulation*, *Common Market Law Review*, št. 1/2007, str. 136.

¹⁴² Steinle, C., Schwartz, S., *Schadenersatz wegen Fehlern im Fusionskontrollverfahren: das Urteil Schneider III*, *Betriebs-Berater*, 33/2007, str. 1742 in nasl.

¹⁴³ Glej člen 76a Poslovnika Sodišča prve stopnje in člen 62a Poslovnika Sodišča ES.

ciji Komisije.¹⁴⁴ Kljub odpravi teh ovir pa se po mojem mnenju število zadev, v katerih bodo sodišča Skupnosti podjetjem v primerljivih položajih dosodila odškodnino, ne bo drastično povečalo. Kakor izhaja že iz sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomerja v zadevi C-440/07 P, Komisija/Schneider Electric, bo v tovrstnih zadevah najtežje dokazati vzročno zvezo med razveljavljeno odločbo Komisije in nastalo škodo.

6. Sklep: pomen prava konkurence Skupnosti za slovenska sodišča

Za slovenska sodišča, ki odločajo na področju prava konkurence, je spremljanje sodne prakse Sodišča ES in Sodišča prve stopnje ES izjemnega pomena. Razlaga prava Skupnosti, ki jo ti sodišči podata v svojih sodbah, namreč velja *erga omnes*.¹⁴⁵ Sodna praksa velja v pravu Skupnosti kot neke vrste precedens,¹⁴⁶ s katerim se nadgrajuje poznavanje zakonodaje Skupnosti s področja prava konkurence. Omeniti je treba, da sta v okviru zakonodaje Skupnosti poleg materialnopravnih predpisov in ustrezne sodne prakse za slovenska sodišča pomembna tudi poznavanje in praktična uporaba postopkovnih pravil, ki jim omogočajo pravilno uporabo prava konkurence Skupnosti. V tem okviru bi želela slovenska sodišča pozvati k aktivni uporabi postopka predhodnega odločanja na podlagi člena 234 PES, saj ta do zdaj niso zastavila še nobenega vprašanja za predhodno odločanje. Poleg tega je za slovenska sodišča pomembno tudi poznavanje pravil Uredbe 1/2003 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe,¹⁴⁷ zlasti členov 15 in 16 te uredbe. V skladu s členom 15(1) lahko sodišča držav članic namreč zaprosijo Komisijo za informacije ali mnenje o vprašanjih glede uporabe pravil

¹⁴⁴ Glej Steinle, C., Schwartz, S., Schadenerasatz wegen Fehlern im Fusionskontrollverfahren: das Urteil Schneider III, Betriebs-Berater, 33/2007, str. 1743, ki v zvezi s tem poleg zadeve Schneider navajata še zadeve T-342/99, Airtours/Komisija, T-5/02, Tetra Laval/Komisija, in C-12/03 P, Komisija/Tetra Laval.

¹⁴⁵ Glej na primer Lenaerts, K. *et al.*, Procedural Law of the European Union, 2. izdaja, Sweet & Maxwell, London 2006, str. 195, točka 6-031; Van Raepenbusch, S., Droit institutionnel de l'Union européenne, 4. izdaja, Larcier, Bruselj 2005, str. 578 in 642; Trstenjak, Potrošnik in prodajalec – koga bolj štiti evropsko pravo?, Pravna praksa št. 11/2009, str. 8.

¹⁴⁶ Glej o sodbah Sodišča ES kot precedensu v pravu Skupnosti na primer Mackenzie Stuart, A. J., Warner, J.-P., Judicial Decision as a Source of Community Law, Grewe, W. G., *et al.*, Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, Nomos, Baden Baden 1981, str. 273 in nasl.; Koopmans, T., *Stare decisis* in European Law, v Koopmans, T., Juridisch Stippelwerk, Kluwer, Deventer 1991, zlasti str. 315 in nasl.; Arnull, A., Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice, Common Market Law Review, št. 2/1993, str. 247 in nasl.; Barceló, J. J., Precedent in European Community Law, v MacCormick, N., Summers, R. S., Interpreting Precedents: A Comparative Study, Ashgate, Dartmouth 1997, str. 407 in nasl.; Arnull, A., Interpretation and Precedent in European Community Law, v Andenæs, M. T., Jacobs, F. G., European Community Law in the English Courts, Clarendon, Oxford 1998, str. 115 in nasl.

¹⁴⁷ Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL L 1, 4. 1. 2003, str. 1).

konkurence Skupnosti s področja kartelnih sporazumov in zlorabe prevladujočega položaja. V skladu s členom 16(1) Uredbe 1/2003 pa sodišča na teh področjih ne smejo sprejeti odločitev, ki nasprotujejo že sprejeti odločbi Komisije ali ki bi nasprotovala bodoči odločbi Komisije. Poznavanje zakonodaje, sodne prakse in dejavnosti Komisije na področju prava konkurence Skupnosti je torej za slovenskega sodnika nujno. Z uporabo prava Skupnosti je tako vsak slovenski sodnik ne le slovenski, temveč tudi evropski sodnik, prav tako kot je slovensko pravo vedno bolj prežeto z evropskim.

Literatura

- Ahlborn, C., Evans, D. S., The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, <http://ssrn.com/abstract=1115867>.
- Arnall, A., Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice, *Common Market Law Review*, št. 2/1993, str. 247.
- Arnall, A., Interpretation and Precedent in European Community Law, v Andenæs, M. T., Jacobs, F. G., *European Community Law in the English Courts*, Clarendon, Oxford 1998, str. 115.
- Bailey, D., Damages Actions under the EC Merger Regulation, *Common Market Law Review*, št. 1/2007, str. 101.
- Barceló, J. J., Precedent in European Community Law, v MacCormick, N., Summers, R. S., *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth 1997, str. 407.
- Brömmelmeyer, C., Parallelimporte von Arzneimitteln, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, št. 8/2008, str. 318.
- Broussy, E., Donnat, F., Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire. Concurrence – Vente parallèle de médicaments et abus de position dominante, L'actualité juridique: droit administratif 2008*, str. 2335.
- Faull, J., Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Fountoukakos, K., Piotrowski, D., Parallel trade in pharmaceuticals and abuse of dominance after the ECJ's judgment in Syfait II, *European Law Reporter*, št. 1/2009, str. 2.
- Gavaldà, C., Parleani, G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5. izdaja, Litec – Juris-Classeur (LexisNexis), Pariz 2006.
- Gippini Fournier, E., The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003. Institutional Report, v Koeck, H. F., Karollus, M. M., *The Modernisation of European Competition Law: Initial Experiences with Regulation 1/2003*, Nomos, Dunaj 2008, str. 375.
- Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 4. izdaja, Oxford University Press, New York 2003.

- Grilc, P., *Pravo Evropske unije*, 2. knjiga, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York 2001.
- Kingston, S., *Joined Cases C-468/06 to C-478/06, Sot. Lélós kai Sia EE, Common Market Law Review*, št. 2/2009, str. 684.
- Koopmans, T., *Stare decisis in European Law*, v Koopmans, T., *Juridisch Stippelwerk*, Kluwer, Deventer 1991, str. 309.
- Lane, R., *EC Competition Law*, Pearson Education, London 2000.
- Langer, J., *The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just and Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case*, *Legal Issues of Economic Integration*, št. 2/2008, str. 183.
- Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. izdaja, Sweet & Maxwell, London 2006.
- Lévêque, F., *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, *World Competition*, št. 1/2005, str. 71.
- Mackenzie Stuart, A. J., Warner, J.-P., *Judicial Decision as a Source of Community Law*, Grewe, W. G., et al., *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Nomos, Baden Baden 1981, str. 273.
- Palmstorfer, R., *Missbräuchliche, parallelexportbehindernde Lieferbeschränkungen*, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, št. 12/2008, str. 561.
- Pardolesi, R., Renda, A., *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, *World Competition*, št. 4/2004, str. 513.
- Quigley, C., Collins, A., *EC State Aid: Law and Policy*, Hart, Oxford, Portland Oregon 2003.
- Renda, A., *Catch Me if You Can! The Microsoft Saga and Sorrows of Old Anitrust*, *Erasmus Law and Economics Review*, št. 1/2004, <http://www.eleer.org/>.
- Sher, B., *Price Discounts and Michelin: What Goes Around, Comes Around*, *European Competition Law Review*, št. 10/2002, str. 482.
- Sladič, J., *Računalniški programi in konkurenčno pravo – zadeva Microsoft*, *Pravna praksa*, št. 40/2007, str. 35.
- Steffens, O., Arnold, B., *Die Entscheidung GlaxoSmithKline AVEE des EuGH – Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch Verhinderung von Parallelexporten von Arzneimitteln?*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, št. 4/2008, str. 427.
- Steinle, C., Schwartz, S., *Schadenersatz wegen Fehlern im Fusionskontrollverfahren: das Urteil Schneider III*, *Betriebs-Berater*, 33/2007, str. 1742.
- Svetlicinii, A., *Damages for Schneider Electric: Setting the Standards for Community's Non-Contractual Liability*, *European Law Reporter*, št. 5/2008, str. 158.



- Trstenjak, V., Potrošnik in prodajalec – koga bolj štiti evropsko pravo?, *Pravna praksa*, št. 11/2009, str. 8.
- Van Raepenbusch, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4. izdaja, Larcier, Bruselj 2005.
- Vialens, J., CJCE, 16 septembre 2008: *Sot. Lélos kai Sia e.a. – Affaires jointes C-468/06 à C-478/06*, *Gazette du Palais*, št. 83/2009, str. 18.
- Weatherill, S., Beaumont, P., *EU Law*, Penguin Books, London 1999.
- Whish, R., *Competition Law*, 4. izdaja, Butterworths, London 2001.
- Whish, R., *Competition Law*, 5. izdaja, LexisNexis, London 2003.

Izvirni znanstveni članek
UDK 346.546(497.4):061.1EU

Vezanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in urada za varstvo konkurence*

MAG. MARTINA SEVER,
višja pravosodna svetovalka na
gospodarskem oddelku Višjega sodišča
v Ljubljani

1. Uvod

Institut vezanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in nacionalnega urada za varstvo konkurence je posledica vzporednih pristojnosti za uporabo pravil antitrusta, to je pravil o prepovedi omejevalnih sporazumov (81. člen PES in 6. člen ZPOmK-1) in o prepovedi zlorabe prevladujočega položaja (82. člen PES in 9. člen ZPOmK-1). Pravila antitrusta namreč uporablja tako izvršilna veja oblasti v okviru svoje nadzorne funkcije kot tudi sodna veja oblasti pri izvrševanju sodne funkcije.

V funkciji *izvršilne veje oblasti* pravila antitrusta uporabljajo tako Evropska komisija kot tudi nacionalni uradi, pristojni za konkurenco. Evropska komisija zagotavlja spoštovanje pravil 81. in 82. člena PES, torej skupnostnega antitrusta,¹ medtem ko nacionalni uradi, pristojni za konkurenco, skrbijo za spoštovanje tako pravil skupnostnega antitrusta kot tudi pravil nacionalnega antitrusta.² Tako Evropska komisija kot nacionalni organ, pristojen za konkurenco, neko protikonkurenčno ravnanje obravnavata kot *organa izvršilne oblasti* z obsežnimi preiskovalnimi pooblastili in po izvedenem postopku izdata za naslovnika zavezujočo odločbo, s katero ugotovita kršitev pravil antitrusta in naslovniku izrečeta ustrezno sankcijo. V tem primeru Evropska komisija in nacionalni uradi, pristojni za konkurenco, kot organi izvršilne veje oblasti po uradni dolžnosti skrbijo za uveljavitev pravil antitrusta, zato v tem smislu govorimo o *javnopravni uveljavitvi pravil antitrusta*.

* Članek izraža osebna stališča avtorice, in ne institucije, pri kateri je zaposlena.

¹ 85. člen Pogodbe o Evropski skupnosti (v nadaljevanju: PES).

² 3. člen Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe, OJ L 1/1, stran 205 (v nadaljevanju: Uredba 1/2003).

Na drugi strani pa lahko pride tudi do *zasebnopravnega uveljavljanja pravil antitrusta*. V tem primeru pravil antitrusta ne uveljavlja izvršilna veja oblasti, temveč neposredno posameznik, ki v postopku pred *nacionalnim sodiščem* zahteva odpravo negativnih posledic kršitve pravil antitrusta.³ Tako se lahko posameznik v pravdi pred nacionalnim sodiščem sklicuje na določbo 81. člena PES oziroma 6. člena ZPOmK-1 in zahteva ugotovitev ničnosti pogodbe ali pogodbenega določila, z istim argumentom pa se lahko tudi brani pred zahtevkom nasprotne stranke na plačilo po pogodbi. Prav tako lahko posameznik pred nacionalnim sodiščem uveljavlja kršitev prepovedi zlorabe prevladujočega položaja iz 82. člena PES oziroma 9. člena ZPOmK-1 in zahteva povrnitev škode, ki mu je zaradi takšnega ravnanja nastala. V vseh teh primerih kršitev pravil antitrusta uveljavlja posameznik v razmerju do drugega posameznika in zato v tem smislu govorimo o zasebnopravnem uveljavljanju pravil antitrusta. Kot rečeno, to poteka v pravdi pred nacionalnim sodišči.

Iz povedanega izhaja, da je aktivnost izvršilne veje oblasti usmerjena k ugotavljanju in javnopravnemu sankcioniranju kršitev pravil antitrusta, medtem ko se aktivnost posameznika v postopku pred nacionalnim sodiščem usmerja v odpravljanje negativnih posledic, ki jih te kršitve povzročijo v njegovi premoženjski sferi. Vprašanje kršitve pravil antitrusta je zato vselej predhodno vprašanje odpravljanja negativnih posledic teh kršitev, zato je javnopravno uveljavljanje pravil antitrusta lahko vselej v pomoč zasebnopravnemu uveljavljanju teh istih pravil. Vprašanje vezanosti nacionalnih sodišč na odločbe Evropske komisije in nacionalnega urada, pristojnega za konkurenco, pa je dejansko vprašanje razmerja med javnopravnim in zasebnopravnim uveljavljanjem pravil antitrusta.

Vprašanje vezanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in nacionalnega urada, pristojnega za konkurenco, v pozitivni zakonodaji ni enoten institut. Predvsem velja poudariti, da je vprašanje vezanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije urejeno v skupnostni zakonodaji, medtem ko je vprašanje vezanosti nacionalnega sodišča na odločbe nacionalnega oziroma nacionalnih uradov, pristojnih za konkurenco, zaenkrat prepuščeno nacionalnim zakonodajam držav članic. V nadaljevanju zato ločeno obravnavam institut vezanosti nacionalnega sodišča na odločbo Evropske komisije in institut vezanosti nacionalnega sodišča na odločbo nacionalnega urada za varstvo konkurence, kakor je urejen v ZPOmK-1.

³ S tem torej niso mišljeni postopki sodnega nadzora nad izvršilno vejo oblasti, kot je na primer upravni spor zoper odločbo urada za varstvo konkurence.

2. Vežanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije

Institut vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije ureja:

- določba prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003,
- sodna praksa Sodišča Evropskih skupnosti (v nadaljevanju SES),
- Obvestilo Komisije o sodelovanju med Komisijo in nacionalnimi sodišči držav članic EU pri uporabi 81. in 82. člena PES (v nadaljevanju *Obvestilo*),⁴
- določba drugrga odstavka 62. člena ZPOmK-1.

2.1. Ureditev v skupnostni zakonodaji

V zvezi s sodno prakso SES kot pravnim virom velja opozoriti predvsem na sodbo v zadevi *Delimitis*,⁵ kjer se je SES prvič dotaknilo vprašanja razmerja med postopkom pred Evropsko komisijo in njeno odločbo na eni strani ter postopkom pred nacionalnim sodiščem na drugi, in sodbo v zadevi *Masterfoods*,⁶ kjer je SES pravzaprav oblikovalo sam institut vežanosti nacionalnega sodišča na odločbo Evropske komisije. Bistvo te sodbe je tudi povzeto v določbi prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003,⁷ ki jo podrobneje obravnavam v nadaljevanju.

Uvodoma velja poudariti, da se določba prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 nanaša le na postopke, ko nacionalna sodišča uporabljajo *pravila skupnostnega antitrusta*, ko torej odločajo o sporazumih, sklepkih ali usklajenih ravnanjih na podlagi 81. člena PES oziroma o ravnanjih na podlagi 82. člena PES. V grobem lahko povzamemo, da določba prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 nacionalnemu sodišču:

1. prepoveduje sprejetje odločitve, ki je v nasprotju s sprejeto odločbo Evropske komisije,
2. nalaga, da se izogiba odločitvam, ki bi nasprotovale odločbi, ki jo namerava sprejeti Evropska komisija v že začetem postopku,
3. poleg tega pa določa, da ta obveznost ne posega v pravice in obveznosti nacionalnega sodišča, da na SES naslovi predhodno vprašanje o veljavnosti in razlagi skupnostnega prava iz 234. člena PES.

⁴ Gre za nezavezujoči pravni vir, objavljen v OJ C 101/54.

⁵ Zadeva C-234/89 Sergios Delimitis proti Henninger Bräu AG, [1991], ECR I-935.

⁶ Zadeva C-344/98 Masterfoods Ltd. in HB Ice Cream Ltd., [2000], ECR I-11369.

⁷ To izhaja tudi iz preambule k Uredbi 1/2003, ki v 22. točki pravi: »Za zagotavljanje skladnosti z načeli pravne varnosti in enotne uporabe pravil konkurence Skupnosti in sistemu vzporednih pristojnosti se je treba izogibati sprejemanju nasprotujočih si odločb. Zato je treba v skladu s sodno prakso Sodišča (poudarek M. S.) pojasniti učinke odločb Komisije in postopkov na sodiških in organih, pristojnih za konkurenco v državah članicah. Zavezujoče odločbe, ki jih sprejme Komisija, ne vplivajo na pooblastilo sodišč in organov, pristojnih za konkurenco v državah članicah, za uporabo členov 81 in 82 Pogodbe.«

Določba prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 torej obravnava dve situaciji:

- a) situacijo, ko je Evropska komisija že sprejela odločbo, nacionalno sodišče pa o tem še ni odločilo in
- b) situacijo, ko v času odločanja Evropska komisija še ni odločila, vendar pa je v isti zadevi že začela postopek.

2.1.1. *Vežanost nacionalnega sodišča na že sprejeto odločbo Evropske komisije*

Iz besedila prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 izhaja, da nacionalna sodišča, ko odločajo o sporazumih, sklepih ali usklajenih ravnanjih v skladu z 81. členom PES ali ravnanjih v skladu z 82. členom PES, ne morejo sprejeti odločitev, ki so v nasprotju s sprejeto odločbo Evropske komisije. Ali to pomeni, da nacionalno sodišče o obstoju kršitve 81. ali 82. člena PES ne sme odločiti drugače, kot je *že odločila* Evropska komisija? Pozitiven odgovor na to vprašanje bi pomenil veliko omejitev za nacionalna sodišča, predvsem pa bi absolutna prepoved sprejemanja odločitev v nasprotju z odločbo Evropske komisije nasprotovala načelu decentraliziranega uveljavljanja skupnostnega antitrusta. Dejansko bi pomenila, da nacionalna sodišča, čeprav pristojna za uporabo 81. in 82. člena PES,⁸ pri uporabi teh določb niso neodvisna in torej teh določb ne morejo in ne smejo uporabljati samostojno. Stroga vežanost na odločbo Evropske komisije kot organa izvršilne veje oblasti pa bi utegnila pomeniti tudi poseg v neodvisnost sodstva.

In dejansko vsebina prepovedi iz prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 ne gre tako daleč, da bi nacionalnemu sodišču absolutno prepovedovala sprejetje odločitve v nasprotju z odločbo Evropske komisije. To izhaja tako iz sodbe SES v zadevi *Masterfoods* kot tudi iz *Obvestila*, kjer je Evropska komisija, upoštevajoč relevantno sodno prakso, pojasnila, kako morajo nacionalna sodišča postopati v primerih, ko obravnavajo zadevo, v kateri je Evropska komisija že sprejela odločbo. Osnovno pravilo pri tem je, da je s sprejetjem odločbe Evropske komisije nacionalno sodišče na to odločbo *vežano*, in to vse dotlej, dokler odločba Evropske komisije velja. O veljavnosti slednje pa lahko odločata le Sodišče prve stopnje (v nadaljevanju: SPS) in SES v postopku na podlagi ničnostne tožbe iz 230. člena PES oziroma SES v postopku predhodnega odločanja iz 234. člena PES.

V skladu s tem *Obvestilo* v postopku pred nacionalnim sodiščem predvideva dve možni procesni situaciji, in sicer (a) procesno situacijo, ko nacionalno sodišče na SES naslovi predhodno vprašanje o veljavnosti odločbe Evropske komisije, in (b) procesno situacijo, ko je odločba

⁸ Pristojnost nacionalnih sodišč za uporabo 81. in 82. člena PES je posledica neposrednega učinka teh dveh določb, torej pravice posameznika, da se na ti določbi skupnostnega prava sklicuje v postopku pred nacionalnim sodiščem. Pri tem velja pojasniti, da sta neposreden učinek sprva imeli le določbi prvega odstavka 81. člena in 82. člena PES, od uveljavitve Uredbe 1/2003 pa ima neposreden učinek tudi določba tretjega odstavka 81. člena PES.

Evropske komisije v času odločanja nacionalnega sodišča predmet ničnostne tožbe iz 230. člena PES.

a) Predhodno vprašanje o veljavnosti odločbe Evropske komisije

Glede na to, da je v skladu s točko b) prvega odstavka 234. člena PES lahko predmet predhodnega odločanja tudi vprašanje o veljavnosti akta institucij Skupnosti, kar odločba Evropske komisije nedvomno je, lahko nacionalno sodišče s ciljem doseči razveljavitev odločbe Evropske komisije na SES naslovi predhodno vprašanje o veljavnosti sporne odločbe. S tem v zvezi se zastavlja vprašanje, *ali je dopustno predhodno vprašanje o veljavnosti odločbe Evropske komisije tudi v primeru, ko stranka nacionalnega postopka zoper odločbo Evropske komisije v zakonitem dvomesečnem roku ni vložila ničnostne tožbe,*⁹ čeprav je imela za to potrebno aktivno legitimacijo, v postopku pred nacionalnim sodiščem pa zatrjuje, da je odločba Evropske komisije nezakonita. S tem vprašanjem se je SES že ukvarjalo v postopku predhodnega odločanja v zadevi *TWD Textilwerke Deggendorf*,¹⁰ kjer je nemško upravno sodišče postavilo vprašanje o veljavnosti odločbe Evropske komisije o državni pomoči. SES je odločilo, da v takšnih primerih predhodno vprašanje ni dopustno, saj bi se z dopustitvijo predhodnega vprašanja stranki omogočilo, da izigra določbo o prekluzivnem roku za vložitev ničnostne tožbe. Logično se tako zastavlja vprašanje, ali se bo ta sodna praksa uporabila tudi v primeru odločbe Evropske komisije na podlagi 81. in 82. člena PES. Teorija ponekod zastopa stališče, da bo temu tako,¹¹ medtem ko se sama nagibam k stališču, da je odgovor na to vprašanje nikalen. Upoštevati je namreč treba, da je v zadevi *TWD Textilwerke Deggendorf* vendarle šlo za odločbo s področja državnih pomoči, kjer je Evropska komisija edina pristojna odločati o tem, ali je priglašena državna pomoč skladna s skupnostnim pravom. V tej zadevi je bila namreč predmet presoje zakonitost odločbe zveznega ministra za gospodarstvo, ki je na podlagi odločbe Evropske komisije preklical podeljeno državno pomoč, pri čemer pa nemško sodišče ni bilo upravičeno presojati skladnosti priglašene državne pomoči s skupnostnim pravom. Situacija je drugačna v primeru skupnostnega antitrusta, kjer so tako Evropska komisija kot tudi nacionalna sodišča pristojna presojati, ali je neko ravnanje v skladu z določbo 81. ali 82. člena PES ali ne. Ker je torej uporaba 81. in 82. člena PES tudi v pristojnosti nacionalnega sodišča, mora imeti slednje tudi v primerih, ko stranka odločbe Evropske komisije ni pravočasno izpodbijala, samo pa dvomi v njeno zakonitost, možnost samostojno odločati o uporabi 81. in 82. člena PES in zato možnost tudi v takšni situaciji na SES nasloviti predhodno vprašanje o veljavnosti

⁹ Pri tem zgolj pojasnilo, da je v skladu z določbo petega odstavka 230. člena PES postopek sodnega nadzora nad zakonitostjo aktov iz prvega odstavka 230. člena PES dopustno sprožiti le v prekluzivnem roku dveh mesecev od objave akta ali od dneva njegovega uradnega obvestila naslovniku. Zamuda tega roka ima za posledico izgubo pravice do vložitve ničnostne tožbe.

¹⁰ Zadeva C-188/92 TWG Textilwerke Deggendorf, GmbH, in Zvezna Republike Nemčija [1994] ECR I-833.

¹¹ Glej Assimakis P. Komninos: Effect of Commission decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight, CMLR [2007], stran 1406.

odločbe Evropske komisije. Sicer pa bo dilema o dopustnosti predhodnega vprašanja v primeru neizpodbijane odločbe Evropske komisije gotovo kmalu odpravljena z judikaturou SES.

b) Ničnostna tožba, katere predmet je odločba Evropske komisije

V primeru, ko je odločba Evropske komisije v času odločanja nacionalnega sodišča predmet ničnostne tožbe iz 230. člena PES in je odločitev v sporu pred nacionalnim sodiščem odvisna prav od veljavnosti te odločbe, mora nacionalno sodišče v skladu z *Obvestilom* prekiniti postopek in počakati na končno odločbo skupnostnih sodišč v postopku na podlagi ničnostne tožbe *ali* na SES nasloviti predhodno vprašanje o veljavnosti sporne odločbe Evropske komisije. V tem primeru ima torej nacionalno sodišče možnost izbire in postopek na podlagi ničnostne tožbe *nima* prednosti pred postopkom predhodnega odločanja. Tudi v teh specifičnih okoliščinah, ko se dejansko o isti zadevi, to je o veljavnosti odločbe Evropske komisije, že odloča v drugem postopku pred skupnostnim sodiščem, je torej nacionalnemu sodišču zagotovljena pravica, da uporabi postopek predhodnega odločanja.

Glede na povedano lahko povzamemo, da nacionalno sodišče, ko odloča v zadevi, o kateri je Evropska komisija že sprejela odločbo, dejansko ni podrejeno Evropski komisiji kot organu izvršilne veje oblasti, temveč Sodišču Evropskih skupnosti, ki je edini organ sodne veje oblasti, ki lahko presoja veljavnost odločb Evropske komisije. Nacionalno sodišče torej na odločbo Evropske komisije ni vezano pozitivno in neposredno, temveč je nanjo vezano le negativno in posredno prek intervencije SES, na katerega lahko nacionalno sodišče v skladu z 234. členom PES kadarkoli naslovi predhodno vprašanje. Ali drugače, odločitev o tem, ali naj nacionalno sodišče sledi administrativni odločbi Evropske komisije, ni odvisna toliko od dejstva, da je odločbo sprejela Evropska komisija, temveč predvsem od dejstva, da je to odločbo Evropske komisije kot veljavno potrdilo SES.

2.1.2. Postopanje nacionalnega sodišča v primeru, ko je Evropska komisija že začela postopek

V primeru, ko je Evropska komisija že začela postopek, vendar v zadevi še ni odločila, se mora nacionalno sodišče v skladu z Uredbo 1/2003 izogibati odločitvam, ki bi nasprotovale odločbi, ki jo namerava sprejeti Evropska komisija. O začetem postopku pred Evropsko komisijo bo nacionalno sodišče najpogosteje obvestila ena od pravnih strank, vendar pa se lahko nacionalno sodišče o tem tudi uradno prepriča tako, da na Evropsko komisijo naslovi vprašanja, kot so: (a) ali je Evropska komisija že začela postopek glede istega sporazuma, sklepa ali ravnanja, (b) kako postopek napreduje in (c) kolikšna je verjetnost, da bo Evropska komisija izdala odločbo v zadevi. V skladu z načelom lojalnega sodelovanja iz 10. člena PES bo Evropska komisija nacionalnemu sodišču posredovala odgovore na ta vprašanja.¹²

¹² Glej tudi Delimitis, 53. točka.

Tudi v teh okoliščinah se kot najboljša praksa priporoča, da nacionalno sodišče prekine postopek in počaka na odločitev Evropske komisije. Za primere, ko je zadeva predmet postopka pred nacionalnim sodiščem, hkrati pa tudi predmet že začetega postopka pred Evropsko komisijo, se je slednja v svojem *Obvestilu* zavezala, da bo zadevo obravnavala prednostno. S trenutkom izdaje odločbe Evropske komisije za nacionalno sodišče nastopi procesna situacija, ki smo jo obravnavali prej: Evropska komisija je v zadevi že sprejela odločbo, na katero je nacionalno sodišče vezano. Vendar pa dejstvo, da je Evropska komisija v zadevi izdala odločbo, ne pomeni nujno tudi razloga za nadaljevanje prekinjenega postopka. Razlog za prekinitev postopka bo namreč še vedno podan, če bo prizadeta stranka odločbo Evropske komisije izpodbijala pred skupnostnimi sodišči, nacionalno sodišče pa se bo odločilo počakati na izid sodnega postopka. Seveda pa se lahko nacionalno sodišče v zadevi odloči sprožiti postopek predhodnega odločanja, kar bo tudi razlog za prekinitev postopka.

Dejstvo, da je Evropska komisija v zadevi že začela postopek, ne pomeni nujno razloga za prekinitev postopka pred nacionalnim sodiščem. Evropska komisija namreč v svojem *Obvestilu* dopušča tudi situacijo, ko nacionalno sodišče ne dvomi o vsebini predvidene odločbe Evropske komisije, in situacijo, ko je Evropska komisija že odločala v podobnih zadevah. V teh primerih lahko nacionalno sodišče v zadevi odloči v skladu s predvideno odločitvijo ali prejšnjo odločbo Evropske komisije, ne da bi mu bilo treba na Evropsko komisijo naslavljati vprašanja o stanju postopka ali čakati na odločbo Evropske komisije.

Pri tem velja opozoriti, da je v smislu določbe prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 nacionalno sodišče vezano le na odločbe, s katerimi Evropska komisija v skladu s prvim odstavkom 7. člena iste uredbe *ugotovi*, da gre za kršitev 81. ali 82. člena PES. Ni pa nacionalno sodišče vezano na t. i. odločbe o zavezah, ki jih Evropska komisija sprejme v skladu s prvim odstavkom 9. člena Uredbe 1/2003. V teh primerih gre za situacijo, ko Evropska komisija zgolj *namerava* sprejeti odločbo, ki zahteva odpravo kršitve, ker pa obravnavana podjetja ponudijo zaveze za odpravo teh kršitev, Evropska komisija v odločbi o zavezah niti ne ugotavlja, ali je šlo za kršitev 81. ali 82. člena PES.¹³ Prav tako se določba prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 ne nanaša na odločbe, s katerimi Evropska komisija zavrne pritožbe, ker na podlagi informacij, s katerimi razpolaga, ni zadostne podlage za ukrepanje (7. člen Uredbe 773/2004),¹⁴ saj s temi odločbami Evropska komisija sploh ne odloča o kršitvah 81. ali 82. člena PES. Slednje izhaja tudi iz sodbe v zadevi *Casper Koelman*, kjer je SPS razložilo, da *ocena Komisije v odločbi, s katero je zavrnila pritožbo, ne preprečuje nacionalnemu sodišču, ki bo odločalo o skladnosti sporazuma z določbo 81. člena PES, da bi na podlagi predloženih dokazov ugotovilo ničnost teh sporazumov.*¹⁵

¹³ Glej tudi 13. točko preambule k Uredbi 1/2003.

¹⁴ Uredba Komisije (ES) št. 773/2004 z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma 81 in 82 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (OJ L 123/18).

¹⁵ Zadeva T-575/93 Casper Koelman proti Evropski komisiji [1996] ECR II/00001, 41. in 42. odstavek.

2.2. Ureditev v ZPOmK-1

Med pravnimi viri, ki urejajo vprašanje vezanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije, smo omenili tudi določbo drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1, ki se glasi:

Če je bila škoda povzročena s kršitvijo 6. ali 9. člena tega zakona ali 81. ali 82. člena Pogodbe o Evropski skupnosti, je sodišče vezano na pravnomočno odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve urada in Evropske komisije. Ta obveznost ne posega v pravice in obveznosti na podlagi 234. člena Pogodbe o Evropski skupnosti.

Določba slovenskega pravnega reda lahko po naravi stvari ureja le vprašanje vezanosti slovenskih sodišč na odločbe organov izvršilne veje oblasti, ki v okviru svojih pristojnosti ugotavljajo obstoj kršitev pravil antitrusta. Ta določba po eni strani celovito ureja vprašanje vezanosti slovenskega sodišča, saj določa tako vezanost na odločbe Urada Republike Slovenije za varstvo konkurence kot tudi vezanost na odločbe Evropske komisije. Po drugi strani pa je domet te določbe ožji, saj je vezanost slovenskega sodišča na odločbe o ugotovitvi obstoja kršitev 6. ali 9. člena ZPOmK-1 ali 81. ali 82. člena PES omejena le na t. i. odškodninske spore ali natančneje: spore, kjer je škoda posledica kršitve nacionalnih ali skupnostnih pravil antitrusta.

Glede na to, da je vprašanje vezanosti nacionalnega sodišča in s tem tudi slovenskega sodišča na odločbe Evropske komisije že urejeno v določbi prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003, se logično postavlja vprašanje razmerja med skupnostno in nacionalno ureditvijo. Pri tem ni odveč spomniti, da je v skladu z drugim odstavkom 249. člena PES uredba ukrep splošne veljavnosti, v celoti zavezujoča in neposredno uporabljiva v vseh državah članicah Evropske skupnosti (v nadaljevanju: ES), zaradi česar uredba ni treba in se je celo ne sme prenašati v nacionalno zakonodajo.¹⁶ Na prvi pogled se zdi, da je slovenski zakonodajalec z ureditvijo vprašanja vezanosti slovenskega sodišča na odločbe Evropske komisije v drugem odstavku 62. člena ZPOmK-1 storil prav to: določbo prvega odstavka 16. člena uredbe je (delno) prenesel v slovenski pravni red, pri čemer je izrecno določil, da je slovensko sodišče vezano na pravnomočno odločbo Evropske komisije, in dodal, da ta obveznost ne posega v pravice in obveznosti na podlagi 234. člena PES. Ne da bi se spuščali v vprašanje skladnosti slovenske ureditve s skupnostnim pravom, menim, da bodo morala slovenska sodišča, ko se bodo ukvarjala z institutom vezanosti na odločbe Evropske komisije, v skladu z načelom primarnosti skupnostnega prava dati prednost določbi prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 in na tej podlagi izoblikovani sodni praksi pred določbo drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1. Slednja bo torej v slovenski zakonodaji učinkovala zgolj kot neke vrste pedagoški napotek, da je slovensko sodišče vezano ne le na odločbe Urada za varstvo konkurence, temveč tudi odločbe Evropske komisije.

¹⁶ Primerjaj zadevo C-34/73 Variola proti Amministrazione delle Finanze [1973] ECR 981, 10. točka.

3. Vežanost nacionalnega sodišča na odločbe Urada za varstvo konkurence

Vežanost nacionalnega sodišča na odločbe nacionalnih organov, pristojnih za konkurencu, zaenkrat še ni predmet urejanja na ravni Evropske skupnosti, je pa to vprašanje deloma urejeno v slovenski zakonodaji, in sicer v že omenjeni določbi drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1. Predvsem velja poudariti, da je slovensko sodišče vežano le na odločbe domačega urada za varstvo konkurence, torej Urada RS za varstvo konkurence (v nadaljevanju: UVK), ne pa tudi na odločbe uradov za varstvo konkurence drugih držav članic. V primerjavi z ureditvijo vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije je vežanost na odločbe UVK določena ožje, saj se nanaša zgolj na odškodninske spore.¹⁷ Pomembno razliko pomeni tudi rešitev, da je slovensko sodišče vežano *zgolj* na pravnomočno odločbo UVK, medtem ko iz določbe ZPOmK-1 ne izhaja, kako mora sodišče postopati v primeru, ko je UVK že začel postopek v zvezi z ugotavljanjem kršitve pravil antitrusta, ni pa še prišlo do pravnomočne odločitve v zadevi.¹⁸

V zvezi z vprašanjem vežanosti slovenskega sodišča na odločbe UVK morda ni odveč poudariti, da je sodišče vežano le na tiste odločbe, s katerimi UVK *ugotovi obstoj kršitve* 6. ali 9. člena ZPOmK-1 ali 81. ali 82. člena PES, torej na odločbe iz prvega odstavka 37. člena ZPOmK-1. Podobno kot v primeru vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije, pa sodišče ni vežano na sklep o ustavitvi postopka iz prvega odstavka 40. člena ZPOmK-1, ki ga UVK izda, če v postopku *ne ugotovi* kršitve določb 6. ali 9. člena ZPOmK-1 ali 81. ali 82. člena PES, in tudi ne na odločbo o zavezah iz tretjega odstavka 39. člena ZPOmK-1, saj iz takšne odločbe izhaja le verjetnost kršitve določb 6. ali 9. člena ZPOmK-1 ali 81. ali 82. člena PES. Ker v zadnjih dveh primerih sodišče ni vežano na odločbo UVK, bo pravdna stranka vselej lahko zatrjevala in dokazovala, da je nasprotna stranka kršila določbe nacionalnega ali skupnostnega antitrusta, sodišče pa bo moralo te njene trditve obravnavati.

Iz določbe drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 izhaja, da je v primeru, ko je škoda posledica kršitve pravil antitrusta, sodišče *vežano na pravnomočno odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve* s strani UVK. Na prvi pogled se zdi, da ZPOmK-1 določa *pozitivno* in *neposredno* vežanost sodišča na pravnomočno odločbo UVK, vendar pa temu vselej ni tako. Drugi del določbe drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 namreč določa, da ureditev vprašanja vežanosti na

¹⁷ Ne nanaša pa se na spore, kjer se stranka na primer sklicuje na ničnost pogodbe ali pogodbenega določila, ki je v nasprotju s 6. členom ZPOmK-1 ali 81. členom PES.

¹⁸ Tukaj se ponuja analogna uporaba pravil o postopanju nacionalnega sodišča v primeru, ko je Evropska komisija že začela postopek.

pravnomočno odločbo UVK ne posega v pravice in obveznosti na podlagi 234. člena PES. S tega vidika je treba v določbi drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 ločiti dve situaciji:

a) Prva je situacija, ko je škoda povzročena s kršitvijo 6. ali 9. člena ZPOmK-1. V tem primeru gre za kršitev *nacionalnih* pravil antitrusta, za razlago katerih je pristojno le nacionalno sodišče, ne pa tudi SES, zato tukaj tudi ni mogoče uporabiti postopka iz 234. člena PES. Za te primere tako dejansko velja pozitivna in neposredna vezanost sodišča na odločbo UVK o ugotovitvi obstoja kršitve 6. ali 9. člena ZPOmK-1.

b) Druga pa je situacija, ko je škoda posledica kršitve 81. ali 82. člena PES. Ti določbi sta del skupnostnega prava in ju poleg nacionalnih sodišč razlaga tudi SES v postopku predhodnega odločanja na podlagi 234. člena PES. Glede na besedilo drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1, da vezanost na odločbo UVK ne posega v pravice in obveznosti na podlagi 234. člena PES, ima slovensko sodišče pravico, v primeru iz tretjega odstavka 234. člena PES pa celo dolžnost, da se v primeru dvoma o razlagi skupnostnega prava na SES obrne s prošnjo za predhodno odločanje. V teh okoliščinah mora sodišče imeti tudi možnost uporabiti razlago, ki jo je SES podalo v odločbi, izdani na podlagi predhodnega vprašanja. To pa lahko privede do situacije, da bo sodišče odločilo v nasprotju s pravnomočno odločbo UVK. V takšnih okoliščinah tako ni mogoče govoriti o neposredni vezanosti sodišča na pravnomočno odločbo UVK. Ta vezanost je zgolj posredna, saj je sodišče na pravnomočno odločbo UVK vezano le v primerih, ko je pravilnost uporabe skupnostnega prava v pravnomočni odločbi UVK potrdilo tudi SES.

V zvezi s tem pa lahko nastane tudi situacija, ko sodišče sicer razpolaga s pravnomočno odločbo UVK o ugotovitvi obstoja kršitve 81. ali 82. člena PES, vendar pa si je na podlagi *jasne sodne prakse SES* ustvarilo mnenje, da UVK določb 81. ali 82. člena PES ni uporabil pravilno. V teh okoliščinah postavitve predhodnega vprašanja ni smiselna, saj SES takšnega vprašanja glede na doktrino *acte claire* ne bi dopustilo. Tukaj bi veljalo določbo drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 v delu, ki določa, da institut vezanosti na pravnomočno odločbo ne posega v pravice in obveznosti po 234. členu PES, razlagati tako, da se nanaša tudi na primere, ko bi sicer sodišče lahko postavilo vprašanje, vendar pa to ni potrebno, ker o vsebini predhodnega vprašanja že obstaja sodna praksa SES. Takšno ekstenzivno razlago bi veljalo opreti na sam namen instituta vezanosti sodišča na odločbe UVK o ugotovitvi obstoja kršitve 81. ali 82. člena PES, ki je med drugim tudi v zagotovitvi enotne uporabe pravil skupnostnega antitrusta. Če takšna razlaga sodišča ne bi prepričala, mu bo gotovo stranka, ki ji je v interesu, da sodišče drugače odloči o uporabi 81. ali 82. člena PES, predlagala, da na SES naslovi vprašanje, ali je s skupnostnim pravom skladna nacionalna ureditev, ki sodišče pri uporabi 81. in 82. člena PES veže na pravnomočno odločbo UVK, čeprav obstaja jasna sodna praksa SES o nasprotnem.

4. Sklep

Sklenem lahko, da institut vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije iz prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 in institut vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe UVK iz drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 nista le sredstvo, ki olajšuje delo pravnemu sodišču, ko odloča o sporazumih, sklepih in usklajenih ravnanjih iz 81. člena PES ali 6. člena ZPOmK-1 ali o ravnanjih iz 82. člena PES ali 9. člena ZPOmK-1, temveč predvsem sredstvo za zagotovitev enotne uporabe pravil skupnostnega in nacionalnega antitrusta, sredstvo za odpravljanje morebitnih neskladnosti med odločbami izvršilne in sodne veje oblasti in ne nazadnje sredstvo za zagotavljanje spoštovanja načela pravne varnosti. In tako ga je treba tudi razlagati.



Pravni letopis 2009

Enotirni in dvotirni sistem upravljanja gospodarskih družb



BARBARA RAJGELJ

*Izvršni in neizvršni direktorji z vidika zastopanja družbe
in odškodninske odgovornosti*

PETER PODGORELEC

*Primernost preoblikovanja delniške družbe iz dvotirnega
v enotirni sistem upravljanja*

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.72.036:347.5(497.4)

Izvršni in neizvršni direktorji z vidika zastopanja družbe in odškodninske odgovornosti

DOC. DR. BARBARA RAJGELJ,
Fakulteta za družbene vede Univerze
v Ljubljani

Uvod

Po Zakonu o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/06, 10/08, 68/08, v nadaljevanju ZGD-1) lahko delniške družbe od leta 2006 same izberejo način upravljanja: bodisi enotirni sistem z upravnim odborom bodisi dvotirni sistem z upravo in nadzornim svetom.¹ Z možnostjo uvedbe enotirnega sistema upravljanja v vse delniške družbe so se v poslovni in pravni praksi odprla številna vprašanja. Eno takih se navezuje na razmejitev odgovornosti med izvršnimi in neizvršnimi direktorji, ki so člani upravnega odbora. Gre za vprašanje razmejitve odgovornosti med posamezniki, ki sedijo v istem organu vodenja in nadzora, vendar imajo v strukturi delovanja družbe različne vloge (poslovodne, nadzorstvene).²

V strokovnih krogih se z vsako spremembo korporacijske zakonodaje napoveduje, da bodo spremembe postrožile odgovornost članov organov vodenja in nadzora. Vsaj glede odškodninske odgovornosti se te napovedi doslej še nikoli niso uresničile, saj je po pregledu slovenske sodne prakse mogoče ugotoviti, da je njena uporaba izjemno redka. To je posledica dejstva, da »brez tožnika ni sodnika«; oškodovane družbe oziroma delničarji se za odškodninske tožbe ne odločajo, ker so precej težko dokazljive, za njihovo uspešno uveljavljanje je potreben čas, organiziranost manjšinskih delničarjev in angažiranje precejšjih sredstev.³ Na nizko število tožb brez dvoma vpliva tudi neučinkovito reševanje sodnih sporov, saj tudi »brez sodnika ni

¹ ZGD-1 ureja zgolj oblike upravljanja, ki temeljijo na kapitalu, in se ne spušča v delavsko udeležbo v organih družbe, saj to prepušča posebnemu Zakonu o sodelovanju delavcev pri upravljanju (Uradni list RS, št. 42/93, 56/01, 26/07, v nadaljevanju ZSDU).

² Pirc, Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ..., 2006, str. 1.

³ O postopkih uveljavljanja odškodninskih zahtevkov več v Rajgelj, Odgovornost članov uprave in nadzornega sveta, 2003, str. 44–48.

tožnika«. Ne nazadnje lahko k nizkemu številu začelih odškodninskih sporov prispeva tudi nejasna zakonodaja, ki potencialne tožnike zaradi nepredvidljivosti rešitev odvrča od morebitnih sporov, hkrati pa potencialnih tožencev ne motivira k delovanju s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, kar od njih sicer zahteva zakonodaja. Čeprav je odškodninska odgovornost edina sankcija, ki oškodovani družbi oziroma delničarjem nadomesti povzročeno škodo, se v praksi napake članov organov vodenja in nadzora raje sankcionirajo z njihovim odpoklicem kot tipično obliko korporacijske odgovornosti.

V tem prispevku bosta podrobneje obravnavani vprašanji zastopanja družbe in z njim povezane odškodninske odgovornosti v enotirnem sistemu upravljanja, zlasti z vidika razmejitve med izvršnimi in neizvršnimi direktorji. Zato najprej predstavim enotirni sistem upravljanja, položaj izvršnih in neizvršnih direktorjev, razmejitev pristojnosti s poudarkom na zastopanju družbe ter nazadnje še odškodninsko odgovornost v enotirnem sistemu upravljanja.

1. Enotirni sistem upravljanja

1.1. Uvod

Enotirni sistem upravljanja je sistem upravljanja delniške družbe z enim samim organom – upravnim odborom, ki nadomesti upravo in nadzorni svet. V njem sta združeni nadzorna in poslovodna funkcija. Upravni odbor lahko imenuje izvršne direktorje in s tem prispeva k ločitvi nadzorne in poslovodne funkcije, k čemur dodatno prispeva tudi personalna ločitev funkcije glavnega izvršnega direktorja in predsednika upravnega odbora.⁴

1.2. Sestava in imenovanje upravnega odbora

Upravni odbor sestavljajo najmanj trije člani, pri čemer se eden izmed njih imenuje za predsednika upravnega odbora (254. člen ZGD-1). Člane upravnega odbora imenuje skupščina delničarjev, pravico imenovanja svojega predstavnika pa lahko izkoristijo tudi predstavniki delavcev v skladu z Zakonom o sodelovanju delavcev pri upravljanju (Uradni list RS, št. 42/93, 56/01, 26/07, v nadaljevanju ZSDU).

Člane upravnega odbora, ki zastopajo interese delničarjev, voli skupščina, ki jih lahko pred potekom mandatne dobe tudi odpokliče, če je doseženo soglasje tričetrtinske večine oddanih

⁴ ZGD- 1 vsebuje nekatere skupne določbe o organih vodenja in nadzora, ki veljajo tako za enotirni kot za dvotirni sistem upravljanja. Organi vodenja ali nadzora so uprava, upravni odbor in nadzorni svet. Uprava in nadzorni svet sta organa dvotirnega sistema, upravni odbor pa osrednji organ vodenja in nadzora v enotirnem sistemu upravljanja. V nadaljevanju so predstavljene določbe, ki so skupne za enotirni in dvotirni sistem, a so smiselno povzete za enotirni sistem upravljanja, tako da namesto organ uporabljam pojem upravni odbor.

glasov in statut ne določa višje večine in drugih zahtev. V enotirnem sistemu upravljanja se sodelovanje delavcev pri upravljanju v organih družbe uresničuje prek predstavnikov delavcev v upravnem odboru in v komisijah upravnega odbora, lahko pa tudi prek predstavnika delavcev med izvršnimi direktorji družbe (78. člen ZSDU).⁵

Člani upravnega odbora so imenovani za obdobje, ki je določeno v statutu in ni daljše od šest let z možnostjo ponovnega imenovanja. Član upravnega odbora je lahko vsaka poslovno sposobna fizična oseba, razen osebe, ki je že član drugega organa te družbe, osebe, ki je bila pravnomočno obsojena zaradi kaznivega dejanja zoper gospodarstvo, zoper delovno razmerje in socialno varnost, zoper pravni promet, zoper premoženje, zoper okolje, prostor in naravne dobrine in osebe, ki je bila kot član organa podjetja, nad katerim je bil začet stečajni postopek, pravnomočno obsojena na plačilo odškodnine upnikom po zakonu, ki ureja finančno poslovanje podjetij. Novi član upravnega odbora mora ob prijavi za vpis v register priložiti pisno izjavo, da ni okoliščin, ki bi nasprotovale njegovemu imenovanju (255. člen ZGD-1). Druge pogoje za članstvo v upravnem odboru lahko določi tudi statut (na primer izobrazba, starost itd.)

1.3. Seje upravnega odbora

Upravni odbor mora biti sklican vsaj enkrat v četrtletju ali krajšem obdobju, ki ga določi statut. Vsak član upravnega odbora ima en glas. Upravni odbor je sklepčen, če je pri sklepanju navzoča vsaj polovica njegovih članov, če statut ne določa drugače. Član upravnega odbora ne sodeluje pri odločanju o zadevah, ki se nanašajo nanj. Upravni odbor lahko sprejema sklepe dopisno, telefonsko, z uporabo elektronskih medijev ali drugače, če s tem soglašajo vsi člani organa, razen če statut ali poslovnik določata drugače (257. člen ZGD-1). Sej upravnega odbora se ne smejo udeleževati osebe, ki niso njegovi člani, če statut ne določa drugače, vendar pa so k obravnavanju posameznih točk lahko povabljeni izvedenci ali poročevalci (259. člen ZGD-1). Na zahtevo vsakega člana upravnega odbora, ki navede namen in razloge za sklic, mora predsednik takoj sklicati sejo. Če predsednik tega ne sprejme, lahko vsaj dva člana sama skličeta sejo upravnega odbora in predlagata dnevni red (260. člen ZGD-1).

⁵ V upravnem odboru je najmanj eden izmed članov predstavnik delavcev. Število predstavnikov delavcev v upravnem odboru se določi s statutom družbe, vendar ne sme biti manjše od enega predstavnika delavcev izmed vsakokratnih treh dopoljenih članov upravnega odbora (drugi odstavek 79. člena ZSDU). Predstavnik delavcev v upravnem odboru ne more biti njegov predsednik (četrti odstavek 79. člena ZSDU). V družbi z enotirnim sistemom upravljanja, kjer je zaposlenih več kot 500 delavcev, je na predlog sveta delavcev eden izmed predstavnikov delavcev v upravnem odboru imenovan za izvršnega direktorja (drugi odstavek 81. člena ZSDU). Na predlog sveta delavcev imenuje izvršnega delavskega direktorja upravni odbor (prvi odstavek 82. člena ZSDU).

1.4. Odobritev posojila članu upravnega odbora

Družba lahko članu upravnega odbora in prokuristu odobri posojilo le na podlagi sklepa upravnega odbora, ki mora biti sprejet za vsako posojilo ali vrsto posojila in mora določiti način obrestovanja in rok odplačila posojila (za posojilo se šteje tudi drugo pravno dejanje, ki ustreza posojilu).

2. Neizvršni in izvršni člani upravnega odbora

2.1. Uvod

Upravni odbor kot organ vodi družbo in nadzoruje izvajanje njenih poslov. Upravni odbor je pristojen za vodenje družbe in njeno zastopanje v tistih delih, v katerih zastopanje ni preneseno na izvršne člane upravnega odbora, če so ti imenovani. Pri opredeljevanju pristojnosti in odgovornosti posameznih kategorij oseb v enotirnem sistemu upravljanja moramo ločiti naslednje tri temeljne kategorije:

- člane upravnega odbora, ki niso izvršni direktorji (neizvršni člani upravnega odbora),
- člane upravnega odbora, ki so obenem izvršni direktorji (izvršni člani upravnega odbora),
- izvršne direktorje, ki niso člani upravnega odbora.⁶

Za javne delniške družbe z enotirnim sistemom upravljanja je določena jasna razmejitev med nadzorom, ki ostane pri neizvršnih članih upravnega odbora, in poslovođenjem, ki je obvezno preneseno na izvršne direktorje, ki so člani upravnega odbora in jim v tem obsegu pripada tudi pravica zastopanja družbe. Za nejavne družbe je določen čisti enotirni sistem, ki omogoča avtonomno ureditev upravljanja družbe in delovanja upravnega odbora v splošnih aktih družbe.⁷

2.2. Neizvršni člani upravnega odbora

Temeljni vzvod učinkovitega korporacijskega upravljanja je v tem, da je vodstvena funkcija podrejena učinkoviti in dovolj neodvisni nadzorni funkciji. Nadzorna funkcija kot temeljna pristojnost in odgovornost članov organov delniške družbe obsega nadzor nad vodenjem poslov ter posebej odpravljanje tveganj, ki jih prinaša navzkrižje interesov. Neodvisnost nadzorne funkcije je jamstvo za učinkovito razreševanje vprašanj, ki jih odpira navzkrižje interesov. Neodvisnost nadzornih članov organov delniške družbe je pomembna tako v družbah z razpršenim lastništvom kot tudi v družbah z večinskimi delničarji. V obeh vrstah družb naj

⁶ Pirc, Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ..., 2006, str. 1.

⁷ Jovanovič, Stroj in Štampar, Enotirni sistem upravljanja ..., 2008, str. 26.

bi neodvisen nadzor obvaroval pred odločitvami, ki bi bile rezultat navzkrižja interesov in bi tako ogrožale manjšinske delničarje ali upnike.

2.3. Izvršni direktorji

Upravni odbor lahko imenuje enega ali več izvršnih direktorjev, ki so lahko iz vrst članov upravnega odbora, lahko pa so to tudi osebe, ki niso hkrati člani upravnega odbora.⁸ Predsednik upravnega odbora ne more biti izvršni direktor te družbe, razen ko gre za majhno družbo.⁹ V javnih družbah (v družbah, z vrednostnimi papirji katerih se trguje na trgu) upravni odbor mora imenovati vsaj enega izvršnega direktorja, pri čemer je lahko za izvršne direktorje imenovana največ polovica članov upravnega odbora (prvi odstavek 291. člena ZGD-1).

Zakonski okvir upravnemu odboru omogoča relativno visoko stopnjo avtonomije pri odločitvi o tem, kako bo izvršne direktorje imenoval, za koliko časa in s kakšnimi pooblastili. Naloge izvršnih direktorjev določa upravni odbor: na izvršne direktorje lahko prenese zlasti tekoče naloge, ne more pa prenesti pomembnejših in strateških odločitev. Razen enega ali dveh, izvršni direktorji ponavadi niso člani upravnega odbora.

Upravni odbor lahko kadarkoli odpokliče izvršnega direktorja. Za zahtevke izvršnih direktorjev iz pogodbe o opravljanju funkcije se uporabljajo pravila, s katerimi so urejena obligacijska razmerja.

3. Pristojnosti v enotirnem sistemu, s poudarkom na zastopanju družbe

3.1. Načelo dispozitivnosti kot podlaga za različne pojavne oblike enotirnega sistema

Člani upravnega odbora imajo obsežnejše pristojnosti v primerjavi z ločenimi funkcijami uprave in nadzornega sveta v dvotirnem sistemu upravljanja. Opravljanje njihove funkcije zato od njih zahteva intenzivnejše sodelovanje in tesnejše povezovanje z menedžmentom.

⁸ Čeprav Pirc (2006: 3) meni, da »je pojem izvršni direktor v tuji praksi upravljanja družb uveljavljen, vendar je rezerviran zgolj za posameznike, ki jih imenuje skupščina delničarjev«, torej za izvršne člane upravnega odbora, se po ZGD-1 pojem izvršni direktor uporablja tako za izvršne člane upravnega odbora kot za izvršne direktorje, ki niso člani upravnega odbora.

⁹ V družbah, ki imenujejo izvršne direktorje (kar je v javnih družbah obvezno), mora biti izvoljen iz vrst preostalih, to je neizvršnih članov upravnega odbora. Pravilo, ki izključuje združljivost funkcije predsednika upravnega odbora in izvršnega direktorja, ne velja za majhne družbe. Velja pa za vse druge, torej ne velja le za javne delniške družbe (Bohinc, Veliki komentar ZGD-1, 2007, str. 445).

Zakon določa, da je v enotirnem sistemu upravljanja upravni odbor poslovodni in nadzorstveni organ družbe, in hkrati opredeljuje njegove pristojnosti, ki jih ima do drugih organov v družbi (zlasti skupščine) ter v razmerju do tretjih. Ker so določbe o pristojnostih upravnega odbora dispozitivne, v praksi lahko nastopijo različne oblike delovanja enotirnega sistema, kar je zlasti odvisno od tega, ali v družbi obstaja delitev na neizvršne in izvršne direktorje, in v primeru, ko ta delitev obstaja, od tega, ali so izvršni direktorji hkrati člani upravnega odbora ali ne.

V nadaljevanju so najprej predstavljene pristojnosti upravnega odbora v enovitem upravnem odboru, potem pa še specifično za druge pojavne oblike enotirnega sistema. Ob tem se osredotočam zlasti na pristojnost **poslovođenja**, torej sprejemanje odločitev, ki pomenijo oblikovanje poslovne volje družbe kot pridobitne pravne osebe, na **zastopanje**, ki pomeni izjavljanje (aktivno zastopanje) in sprejemanje izjav volje (pasivno zastopanje) s pravnimi učinki za družbo, ter na **funkcijo nadzora**, ob strani pa puščam pristojnosti, povezane z razmerjem do skupščine.¹⁰

3.2. Pristojnosti v enovitem upravnem odboru

Osnovni model opredelitve pristojnosti je izoblikovan na modelu enotirnega sistema, v katerem v upravnem odboru ni delitve na izvršne in neizvršne direktorje. V tem modelu je poslovodna in nadzorstvena funkcija združena v rokah upravnega odbora kot celote, načeloma pa je možen samo v nejavnih delniških družbah, saj za javne delniške družbe velja, da upravni odbor mora izmed svojih članov imenovati vsaj enega izvršnega direktorja, pri čemer je lahko za izvršne direktorje imenovana največ polovica članov upravnega odbora.¹¹ Vendar pa bi celo v javni delniški družbi lahko prišlo do primera, ko na edinega obveznega izvršnega direktorja s statutom ne bi prenesli nobenih pooblastil, kar pomeni, da preostali člani upravnega odbora, kljub temu da niso izvršni direktorji, v vsebinskem smislu ne postanejo neizvršni, torej ne nadzirajo izvršnih, ampak vodijo posle in zastopajo družbo.¹²

¹⁰ V razmerju do skupščine ima upravni odbor pristojnost in odgovornost, da na zahtevo skupščine pripravlja ukrepe iz pristojnosti skupščine, pripravlja pogodbe in druge akte, za veljavnost katerih je potrebno soglasje skupščine, in uresničuje sklepe, ki jih sprejme skupščina (drugi odstavek 285. člena ZGD v zvezi z 267. členom ZGD-1). V razmerju do skupščine ima torej upravni odbor identičen pravni položaj, kakršnega ima v dvotirnem načinu upravljanja uprava do skupščine (Bohinc, Veliki komentar ZGD-1, 2007, str. 431). Upravni odbor tudi sestavi, preveri in potrdi letno poročilo družbe, statut pa lahko določi, da letno poročilo sprejme skupščina (tretji odstavek 285. člena ZGD-1 v zvezi z 282. členom ZGD-1).

¹¹ 291. člen ZGD-1.

¹² Prvi odstavek 291. člena ZGD-1 določa tudi, da izvršni direktorji v javnih družbah opravljajo naloge, ki jih je na izvršne direktorje mogoče prenesti po splošnih pravilih, če statut ne določa drugače. Glej tudi Pirc, Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ..., 2006, str. 1. Ob tem je treba upoštevati priporočilo Kodeksa upravljanja javnih delniških družb, ki v točki 5.3.1. določa, da so člani upravnega odbora, ki niso imenovani za

Upravni odbor vodi družbo in nadzoruje izvajanje njenih poslov. Če **vodenje poslov** družbe ni preneseno na izvršne člane upravnega odbora, je upravni odbor tisti, ki vodi posle družbe in je s tem poslovodni organ družbe.¹³

V okviru **nadzorstvene funkcije** ima upravni odbor pristojnost, da nadzoruje vodenje poslov družbe, pri čemer se za način izvajanja nadzorstvene funkcije smiselno uporabljajo določbe, ki opredeljujejo pristojnosti nadzornega sveta v dvotirnem sistemu upravljanja. Upravni odbor tako lahko pregleduje in preverja knjige in dokumentacijo družbe, njeno blagajno, shranjene vrednostne papirje in zaloge blaga ter druge stvari.¹⁴ Upravni odbor lahko od menedžmenta zahteva kakršnekoli informacije, potrebne za izvajanje nadzora.¹⁵ Upravni odbor lahko skliče skupščino.¹⁶

Upravni odbor **zastopa in predstavlja družbo**. Vsi člani upravnega odbora zastopajo družbo skupno, pri čemer je lahko izjava volje dana kateremukoli članu upravnega odbora. Statut družbe pa lahko določi, da so za zastopanje pooblaščen člani upravnega odbora posamično ali skupaj vsaj dva člana ali član skupaj s prokuristom (286. člen v zvezi z 266. členom ZGD-1).

3.3. Pristojnosti v deljenem enotirnem sistemu upravljanja

3.3.1. Razmejitev pristojnosti med izvršnimi in neizvršnimi direktorji

Upravni odbor lahko imenuje enega ali več izvršnih direktorjev, ki so lahko imenovani bodisi iz vrst članov upravnega odbora (člani upravnega odbora, ki so obenem izvršni direktorji oziroma izvešni člani upravnega odbora) bodisi imenuje upravni odbor kot izvršne direktorje osebe, ki niso člani upravnega odbora.

Na izvršne direktorje lahko upravni odbor prenese izvajanje oziroma **vodenje različnih vrst poslov**.¹⁷ Pri opravljanju nalog morajo izvršni direktorji upoštevati navodila in omejitve, ki jim

izvršne direktorje, neizvršni člani upravnega odbora, ki opravljajo nadzorno funkcijo, v točki 5.3.2. pa, da naj neizvršni član upravnega odbora ne opravlja izvršnih nalog, temveč le funkcijo nadzora nad vodenjem poslov, in naj pri svojem delu ne bo vezan na mnenja ali navodila tistih, ki so ga izvolili, predlagali oziroma imenovali, temveč naj za opravljanje svoje funkcije prevzema polno osebno odgovornost.

¹³ Čeprav v okviru pristojnosti upravnega odbora prvi odstavek 285. člena ZGD-1 določa, da upravni odbor vodi družbo, je to določbo treba razumeti v smislu, da vodi posle družbe.

¹⁴ Drugi odstavek 285. člena ZGD v zvezi z drugim odstavkom 281. člena ZGD-1.

¹⁵ Drugi odstavek 285. člena ZGD v zvezi s tretjim odstavkom 281. člena ZGD-1.

¹⁶ Drugi odstavek 285. člena ZGD v zvezi s četrtrim odstavkom 281. člena ZGD-1.

¹⁷ Upravni odbor lahko na izvršne direktorje prenese vodenje tekočih poslov, prijave vpisov in predložitve listin registru, skrb za vodenje poslovnih knjig in sestavo letnega poročila, h kateremu priložijo, če ga je treba revidirati, revizorjevo poročilo in predlog za uporabo bilančnega dobička za skupščino ter ga nemudoma predložijo upravnemu odboru (četrty odstavek 290. člena ZGD-1).

jih postavljajo skupščina družbe, upravni odbor, statut in poslovnik o delu izvršnih direktorjev (peti odstavek 290. člena ZGD-1).¹⁸ Vsako imenovanje in obseg upravičenja za zastopanje izvršnega direktorja ter spremembo teh podatkov je treba prijaviti za vpis v sodni register. Posle, ki so nanje preneseni, vodijo izvršni direktorji skupno, razen če statut družbe ali poslovnik upravnega odbora določata drugače (šesti odstavek 290. člena ZGD-1).¹⁹

Če upravni odbor imenuje izvršne člane, je **vloga neizvršnih članov pretežno nadzorna in deloma svetovalna**, izvršni člani pa neposredno sodelujejo pri vodenju poslov družbe. Neizvršni člani upravnega odbora od izvršnih direktorjev zahtevajo kakršnekoli informacije, potrebne za izvajanje nadzora. Če statut tako določa, lahko te informacije zahteva tudi vsak posamezen neizvršni član upravnega odbora, izvršni direktorji pa pošljejo zahtevane informacije upravnemu odboru kot organu.

3.3.2. Zastopanje s strani izvršnih direktorjev, ki so člani upravnega odbora

V trenutku, ko upravni odbor izmed svojih članov imenuje izvršnega direktorja, ta **zastopa in predstavlja družbo**, če statut ne določa drugače (drugi odstavek 286. člena ZGD-1). To lahko štejemo kot organsko zastopanje. Ker je določba o zakonskem prenosu pooblastila na izvršne direktorje, ki so člani upravnega odbora, dispozitivna, lahko statut določi, da družbo zastopa upravni odbor kot celota, se pravi tako izvršni kot neizvršni člani, čeprav družba ima izvršne direktorje, ki so člani upravnega odbora.²⁰ Pri tem so seveda dopustne tudi različne vmesne variante, na primer da družbo zastopa izvršni direktor, ki je tudi član upravnega odbora, skupaj s predsednikom upravnega odbora.²¹

Če ima družba več izvršnih direktorjev, ki so člani upravnega odbora, zastopajo družbo skupno, če statut ne določa drugače. Pri izjavljanju volje morajo sodelovati vsi izvršni direktorji,

¹⁸ Kljub vrsti sorodnosti med položajem članov uprave in izvršnih direktorjev pa je vendarle med njimi nekaj temeljnih razlik, ki so ključne točke razlikovanja med dvo- in enotirnim sistemom upravljanja. Zlasti je razlika ta, da uprava vodi posle samostojno in na lastno odgovornost, izvršni direktorji pa morajo pri opravljanju nalog upoštevati navodila in omejitve, ki jim jih postavljajo skupščina družbe, upravni odbor, statut in poslovnik o delu izvršnih direktorjev (Bohinc, Veliki komentar ZGD-1, 2007, str. 450).

¹⁹ Pirc, Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ..., 2006, str. 1.

²⁰ Primer podjetja, v katerem kljub obstoju izvršnih članov upravnega odbora neizvršni člani še vedno zastopajo družbo, je Cestno podjetje Ljubljana, d. d., v katerem imajo vsi trije člani upravnega odbora pravico do zastopanja brez omejitev, dva od njih sta imenovana kot izvršna direktorja, katerih pooblastila so omejena v smislu skupnega zastopanja, pri čemer glavni izvršni direktor zastopa družbo v pravnem prometu posamično in samostojno, razen za posle nad 1.000.000,00 EUR, ko zastopa družbo skupaj s predsednikom upravnega odbora, drugi izvršni član upravnega odbora pa zastopa družbo posamično in samostojno za področje nizkih gradenj, razen za posle nad 100.000,00 EUR, ko zastopa skupaj z glavnim izvršnim direktorjem (<http://www.ajpes.si>, obiskano 27. 3. 2009, <http://www.cp-lj.si>, obiskano 28. 3. 2009).

²¹ Bratina, Spremembe in dopolnitve Kodeksa ..., 2007, str. 1473.

medtem ko pri sprejemanju izjav volje zadošča, da tretji poda izjavo kateremukoli od njih, in ni treba, da jo sprejmejo vsi skupaj. Ob sicer predvidenem skupnem zastopanju zakon želi omogočiti še druge statutarno dopustne načine zastopanja delniških družb: posamično (vsak izvršni direktor ima sam pravico zastopati družbo), skupno s prokuristom (posamezni izvršni direktorji zastopajo družbo skupaj s prokuristom), in delno skupno (kjer so za zastopanje upravičeni skupaj posamezni izvršni direktorji, na primer dva izvršna direktorja skupaj).²² Glede na to, da na podlagi statuta lahko družbo kljub imenovanju izvršnih članov upravnega odbora še naprej zastopajo tudi neizvršni člani upravnega odbora, je vse navedene možnosti mogoče kombinirati tudi z vključitvijo neizvršnih članov upravnega odbora.

Izvršni direktorji se podpisujejo tako, da firmi družbe dodajo svoj podpis s pripombo »izvršni direktor«. Razvidnost izvršnega direktorja navzven je predpisana v korist varnosti pravnega prometa.²³

3.3.3. Zastopanje s strani izvršnih direktorjev, ki niso člani upravnega odbora

ZGD-1 nima določb o tem, kako je z zastopanjem v primeru, da izvršni direktorji niso imenovani med člani upravnega odbora. V takem primeru ne velja pravilo, da ti po zakonu zastopajo družbo, zato člani upravnega odbora še naprej obdržijo zakonsko pooblastilo za zastopanje in družbo še naprej zastopa upravni odbor. Družba lahko izvršnim direktorjem, ki niso člani upravnega odbora, **podeli pravnoposlovno pooblastilo ali tudi prokuro**.²⁴ Ker ZGD-1 pri določi o tem, da se izvršni direktorji podpisujejo tako, da firmi družbe dodajo svoj podpis s pripombo »izvršni direktor«, ne loči med izvršnimi direktorji, ki so hkrati člani upravnega odbora, in tistimi, ki to niso, je treba razumeti, da se tudi slednji podpisujejo s pripombo »izvršni direktor«. Takšna zahteva se zdi nenavadna, saj so izvršni direktorji, ki niso člani upravnega odbora, nosilci pravnoposlovnega, in ne zakonskega pooblastila, zato ni videti prepričljivega razloga za to, da se ureditev njihovega izražanja volje ureja drugače kot v primeru kateregakoli drugega pooblaščenca.

Menim, da določbe o skupnem aktivnem zastopanju izvršnih direktorjev, kadar je teh več, in posamičnem pasivnem zastopanju ne pridejo v poštev pri izvršnih direktorjih, ki niso člani upravnega odbora, saj ti niso nosilci zakonskega pooblastila za zastopanje, ampak so navadni

²² Primer podjetja, ko je zastopanje glavnega izvršnega direktorja, ki je hkrati član upravnega odbora, omejeno, je Mobitel, d. d., kjer glavni izvršni direktor sicer zastopa samostojno, a lahko sklepa le tekoče pravne posle družbe, ki za družbo predstavljajo obveznost in ne pomenijo pridobivanja prihodkov, katerih vrednost presega 100.000,00 EUR, s sopodpisom direktorja področja za finance in kontroling (<http://www.ajpes.si>, obiskano 27. 3. 2009, <http://www.mobitel.si>, obiskano 28. 3. 2009).

²³ Zaradi istih razlogov je treba uveljaviti prakso, da se izvršnim direktorjem tako kot članom uprave ne omejuje pooblastil za zastopanje z učinkom proti tretjim (Bohinc, Veliki komentar ZGD-1, 2007, str. 456).

²⁴ Bratina, Spremembe in dopolnitve Kodeksa ..., 2007, str. 1473.

pooblaščenca, ki lahko zastopajo le v mejah svojega pooblastila. Takšna razlaga izhaja tudi iz dejstva, da določbe o skupnem aktivnem in posamičnem pasivnem zastopanju za izvršne direktorje veljajo zaradi smiselne uporabe pravil o zastopanju, ki veljajo za upravo, napotilo o smiselni uporabi teh določb pa vsebuje 286. člen ZGD-1, ki se ukvarja zgolj z zastopanjem v enovitem upravnem odboru ter z zastopanjem v primeru, ko so med člani upravnega odbora imenovani izvršni direktorji.

4. Odškodninska odgovornost v enotirnem sistemu upravljanja

4.1. Splošno

V 263. členu ZGD-1 sta natančno določeni skrbnost in odgovornost članov organa vodenja in nadzora. Člani organov morajo pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega ter poštenega gospodarja in varovati poslovno skrivnost družbe, sicer družbi solidarno odgovarjajo za škodo, nastalo kot posledica kršitve njihovih dolžnosti. Odgovorni niso le, če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti.²⁵

Z vidika odškodninske odgovornosti posameznih udeležencev obstaja pomembna razlika med enotirnim in dvotirnim sistemom upravljanja. Medtem ko so v dvotirnem sistemu pristojnosti med upravo in nadzornim svetom jasno zakonsko razmejene in uprava svojih pristojnosti ne more prenesti na druge organe (niti na skupščino²⁶ niti na nadzorni svet) ali tretje osebe, pa v enotirnem sistemu zakon določa pristojnosti upravnega odbora in potem prepušča avtonomni ureditvi morebitni prenos določenih nalog in pristojnosti ter tudi s tem povezanih odgovornosti na izvršne direktorje (prenosljive pristojnosti so taksativno našteje v tretjem odstavku 290. člena ZGD-1).²⁷

4.2. Odškodninska odgovornost v enovitem upravnem odboru

Če vsi člani upravnega odbora vodijo družbo in ne prenesejo vodenja poslov na izvršne direktorje, potem zanje velja enaka odgovornost kot za člane uprave.²⁸ Člani upravnega odbora v modelu enovitega upravnega odbora (bodisi da gre za primer, ko izvršni direktorji niso imenovani, ali pa so imenovani, a nanje niso prenesena nobena pooblastila) družbi odgovarjajo za kršitev svojih pristojnosti in dolžnosti oziroma za vso škodo, ki izvira iz neustrežne-

²⁵ Jovanovič, Strojnik Štampar, Enotirni sistem upravljanja ..., 2008, str. 25.

²⁶ Obstaja le ena izjema, ki jo določa peti odstavek 281. člena ZGD-1: »... Če nadzorni svet zavrne soglasje, lahko uprava zahteva, da o soglasju odloči skupščina«

²⁷ Podobno Jovanovič, Strojnik Štampar, Enotirni sistem upravljanja ..., 2008, str. 24.

²⁸ Bratina, Spremembe in dopolnitve Kodeksa ..., 2007, str. 1474.

ga vodenja družbe. Člani upravnega odbora kršijo svojo obveznost, če pri vodenju poslov družbe ravnaajo v nasprotju s pravili poslovodne stroke. Ker gre v primeru upravnega odbora za kolektivni organ, velja tudi tu, tako kot velja za upravo in nadzorni svet, solidarna odgovornost njegovih članov.²⁹

4.3. Odškodninska odgovornost v deljenem enotirnem sistemu upravljanja

4.3.1. Splošno

Dilema, na katero ZGD-1 ne daje jasnega odgovora, nastane, ko imenuje upravni odbor izvršne direktorje in nanje prenese izvajanje določenih nalog. S prenosom pristojnosti z upravnega odbora na izvršne direktorje se upravni odbor v zvezi s prenesenimi nalogami postavlja v nadzorstveno funkcijo. Iz tega velja sklepati, da se s tem, kljub temu da njegova temeljna odgovornost ostaja enaka (skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika), ta vsebinsko približuje odgovornosti, ki velja za nadzorni svet v dvotirnem sistemu upravljanja, zato lahko govorimo o približevanju enotirnega in dvotirnega sistema upravljanja. Delitev vlog med izvršnimi in neizvršenimi člani upravnega odbora torej vsaj v osnovi ostaja enaka delitvi odgovornosti med člani uprave in nadzornega sveta v dvotirnem sistemu upravljanja družb.

4.3.2. Odškodninska odgovornost neizvršnih članov upravnega odbora

Če upravni odbor imenuje izvršne direktorje izmed članov upravnega odbora, potem za neizvršne člane upravnega odbora velja enaka oziroma podobna odgovornost kot za člane nadzornega sveta, pri čemer je temelj odškodninske odgovornosti vsako dejanje ali opustitev, ki pomeni kršitev obveznosti ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega strokovnjaka, ki je zadolžen za nadzor nad vodenjem poslov družbe.

Kljub podobnostim položaja, nalog in odgovornosti članov nadzornega sveta in neizvršnih članov upravnega odbora pa je treba upoštevati, da imajo slednji poleg nadzorstvene funkcije, ki je njihova primarna funkcija, kot člani upravnega odbora tudi odgovornost za strateško usmerjanje družbe. Zato bo članstvo v upravnem odboru praviloma zahtevalo več časa in truda v primerjavi s tistim v nadzornem svetu. Z vidika odgovornosti pomeni to prepletanje odgovornosti iz sfere poslovođenja in nadzora.³⁰

Z vidika funkcionalne delitve vlog bi bilo neprimerno, da bi upravni odbor kot celota, torej tudi neizvršni direktorji, v celoti nosili breme strokovnega (vestnega in poštenega gospodarstvenika) vodenja na izvršne direktorje prenesenih poslov. Ne nazadnje pride do imenovanja

²⁹ Tako Pirc, *Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ...*, 2006, str. 2.

³⁰ Pirc, *Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ...*, 2006, str. 4.

izvršnih direktorjev ravno zaradi težnje po prenosu tistih nalog, ki jih upravni odbor kot celota oziroma posamezni njegovi člani ne morejo opravljati dovolj kakovostno in strokovno. Vsekakor pa se v takem primeru lahko postavi vprašanje morebitne odgovornosti upravnega odbora oziroma njegovih članov za imenovanje izvršnega direktorja (*culpa in eligendo*). Po drugi strani upravni odbor ostaja polno odgovoren za vestno opravljanje tistih nalog, ki jih ni oziroma jih tudi ne more prenesti na posamezne izvršne direktorje. Predvsem je polno odgovoren za izvajanje ustreznega nadzora nad posli družbe, ki jih opravljajo izvršni direktorji. V zvezi s tem se odgovornost članov upravnega odbora vsebinsko ne razlikuje od odgovornosti članov nadzornega sveta v dvotirnem sistemu upravljanja družb.³¹

4.3.3. Odškodninska odgovornost izvršnih direktorjev

Ker se po 290. členu ZGD-1 za vse izvršne direktorje (ne glede na to, ali so hkrati člani upravnega odbora ali ne) smiselno uporabljajo tudi določbe o odškodninski odgovornosti članov organov vodenja in nadzora, je v nadaljevanju odškodninska odgovornost obeh vrst izvršnih direktorjev obravnavana enotno.

Izvršni direktor mora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gopodarstvenika. Ne glede na to, ali so izvršni direktorji člani upravnega odbora ali ne, nimajo popolnoma enakega statusnopravnega položaja kot člani uprave, saj so po izrecni določbi petega odstavka 290. člena ZGD-1 vezani tudi na navodila in omejitve skupščine, upravnega odbora, statuta in poslovnika o svojem delu. To bi pomenilo, da bodo v primeru obveznih navodil ali omejitev izvršni direktorji razbremenjeni odškodninske odgovornosti.³² Vendar pa je ta določba delno v nasprotju z določbo tretjega odstavka 263. člena ZGD-1,³³ po kateri odškodninska odgovornost člana posloводства, torej izvršnega direktorja, ni izključena, čeprav je upravni odbor odobril dejanje.³⁴ Iz te določbe bi namreč izhajala neke vrste samostojna odgovornost izvršnih direktorjev, kar pa je v nasprotju s položajem odvisnosti od upravnega odbora.³⁵

Breme odgovornosti vodenja prenesenih poslov s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika se z imenovanjem izvršnih direktorjev prenese nanje v obsegu, ki odraža obseg

³¹ Tako Pirc, Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ..., 2006, str. 2.

³² Tako tudi Bratina, Spremembe in dopolnitve Kodeksa ..., 2007, str. 1474.

³³ Ta se uporablja na podlagi enajstega odstavka 290. člena ZGD-1, ki določa, da se za izvršne direktorje smiselno uporabljajo določila o skrbnosti in odgovornosti organov vodenja in nadzora.

³⁴ Članu organa vodenja in nadzora ni treba povrniti škode le, če dejanje, s katerim je bila družbi povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu (prvi stavek tretjega odstavka 263. člena ZGD-1).

³⁵ Izvršni direktor mora ravnati s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, delničarji pa so prav tako omejeni pri vlaganju direktnih tožb zoper izvršne direktorje (Strojin Štampar, Primerjava pravnega položaja ..., 2007, str. 1485).

prenesenih nalog in dolžnosti. Kateri so ti posli, ne sme in vsaj v grobem tudi ne more biti v nobenem trenutku sporno. Upravni odbor mora namreč poleg vsakega imenovanja izvršnega direktorja za vpis v sodni register prijaviti tudi njegova upravičenja, ki seveda odražajo nanj prenesene naloge. Tako opredeljena odgovornost izvršnih direktorjev bo, če ni drugače določeno, solidarna, saj ti vodijo posle skupno.³⁶

Sklep

Ugotoviti je mogoče, da standard skrbnosti in iz njega izhajajoča stopnja odgovornosti različnih akterjev, ki vodijo posle družbe in statutarno ali pravnoposlovno zastopajo delniško družb v enotirnem sistemu, ni postavljen za vse enako, ampak bo pri tem treba upoštevati razumno pričakovani angažma posameznika (neizvršnega ali izvršnega direktorja), ki bo odvisen od njegove konkretne vloge pri vodenju poslov in nadzoru. Tudi v britanskem pravu družb standard skrbnosti ni postavljen popolnoma objektivno, saj se potrebna skrbnost in strokovnost presojata različno v različno velikih družbah ter različno za neizvršne in izvršne direktorje.³⁷ Poleg tega se niso vsi direktorji dolžni v enakem obsegu udeleževati sej upravnega odbora in se z enako intenzivnostjo ukvarjati s poslovanjem družbe.³⁸ Če je to glede na poslovni položaj in statut družbe primerno, direktor lahko prenese svoja pooblastila na druge osebe, pri čemer mora tudi pri tem upoštevati določbo 174. člena britanskega Company Act iz leta 2006, ki mu nalaga, da svojo funkcijo opravlja z razumno skrbnostjo, strokovnostjo in prizadevnostjo (angl. *duty to exercise reasonable care, skill and diligence*).³⁹

³⁶ Pirc (2006: 2) opozarja na problem individualnega zastopanja in s tem povezane individualne odgovornosti izvršnih direktorjev v primerih, ko je pristojnost vodenja določenih poslov podeljena posameznemu izvršnemu direktorju, saj le na splošno velja, da v primeru imenovanja več izvršnih direktorjev ti vodijo posle skupno, vendar pa lahko poslovnik upravnega odbora ali statut družbe določita drugače in so torej za vodenje določenih poslov lahko samostojno zadolženi posamezni direktorji. Ob predpostavki, da nosijo breme ustreznega izvajanja prenesenih poslov izvršni direktorji, na katere so ti posli preneseni, to pomeni, da bo posamezni izvršni direktor individualno odgovoren za vodenje posameznega (nanj prenesenega) posla. Taka razlaga se zdi na prvi pogled precej sporna. Vsekakor ruši predstavo o solidarni odgovornosti nosilcev upravljanja. Vendar pa avtor meni, da bi bilo na drugi strani nesprejemljivo, da bi za napake posameznega izvršnega direktorja, ki mu je podeljena samostojnost vodenja posameznega področja, odgovarjali tudi drugi direktorji, ki pri sprejemu odločitev, s katerimi je bila družbi povzročena škoda, niso sodelovali. Zato se zavzema za stališče, da v takih primerih izvršni direktor/menedžer samostojno odgovarja za strokovno vodenje nanj prenesenih poslov (Pirc, Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora ..., 2006, str. 2). Menim, da to iz zakona ne izhaja, saj je v koncept solidarne odgovornosti implicitno vgrajena možnost nositi odgovornost tudi brez subjektivne krivde, kar je korigirano z obstojem regresnih zahtevkov.

³⁷ Več o britanskem pravu družb in sistemu upravljanja glej Rajgelj, Pravo gospodarskih družb v EU, 2007, str. 75.

³⁸ Mayson, French, Ryan, Mayson, French & Ryan on company law, 2006, str. 561.

³⁹ Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 2003, str. 432.

Eno od vprašanj, ki se postavljajo ob analizi enotirnega sistema upravljanja delniških družb, je, ali je pravnosistemsko sploh primerno, da se v zakonu, ki ureja status gospodarskih subjektov, urejajo pooblastila in odgovornosti subjektov, katerih izvor zastopniških pooblastil ni sam zakon, ampak pravno-poslovna volja organov delniške družbe. Natančneje gre za vprašanje položaja izvršnih direktorjev, ki niso člani upravnega odbora. Menim, da jih pravnosistemsko ni mogoče obravnavati na enak način kot organ družbe, čeprav se v nekaterih elementih temu zelo približujejo. V primerjavi s tistimi izvršnimi direktorji, ki so hkrati člani upravnega odbora, zanje po eni strani velja, da ob njihovem imenovanju nanje ni *ipso iure* preneseno zastopanje družbe, po drugi strani pa so po 290. členu ZGD-1, ki ureja položaj izvršnih direktorjev na splošno, izenačeni z izvršnimi direktorji, ki so člani upravnega odbora z vidika obsega nanje prenesenih nalog in poslov, načina njihovega izvrševanja, odpoklica, načina podpisovanja ter v zvezi z odobritvijo posojila, odgovornostjo, prejemki in prepovedjo konkurence. Pri tem se ponuja razmislek, ali ni šel zakonodajalec v želji po čim večji dispozitivnosti in fleksibilnosti upravljalne strukture delniških družb morda predač in posegel na področje, ki je v osnovi obligacijsko-, in ne statusnopravne narave.

Literatura

- Bohinc, Rado, Šime Ivanjko: Direktor gospodarske družbe. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1999.
- Bratina, Borut, Spremembe in dopolnitve Kodeksa upravljanja javnih delniških družb, vezane na ZGD-1 in izbiro enotirnega načina upravljanja d. d. Podjetje in delo, št. 6-7/2007, str. 1467–1476.
- Davies, Paul L.: Gower and Davies' Principles of Modern Company Law. Sweet & Maxwell, London 2003.
- Kocbek, Marijan, Šime Ivanjko: Korporacijsko pravo. Pravni položaj gospodarskih subjektov. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Kocbek, Marijan, Šime Ivanjko, Borut Bratina: Nadzorni sveti v delniških družbah in družbah z omejeno odgovornostjo. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1998.
- Mayson, Stephen, Derek French, Christopher Ryan: Mayson, French & Ryan on company law. Oxford University Press, 23rd ed., 2006.
- Peklar, Leonardo F.: Nadzorniki dihajo upravam za ovratnik. Manager, 2002, št. 3, str. 30–32.
- Peričič, Nada: Prvi člen zakona o gospodarskih družbah – naloge in cilji uprave delniške družbe. Ljubljana 1999.
- Plavšak, Nina: Obveznosti in odgovornosti članov uprave in nadzornega sveta. Podjetje in delo, št. 2/2000, str. 183–222.

- Strojin Štampar, Anja: Primerjava pravnega položaja izvršnih direktorjev in članov uprave ter neizvršnih direktorjev in članov nadzornega sveta v delniški družbi. Podjetje in delo, št. 6-7/2007, str. 1477–1490.
- Pirc, Igor: Pristojnosti in odgovornosti članov upravnega odbora v enotirnem sistemu upravljanja po ZGD-1, 25. april 2006, <www.socius.si> (4. 4. 2009).
- Rajgelj, Barbara: Odgovornost članov uprave in nadzornega sveta. Manager+, 2003, št. 1, str. 44–48.
- Rajgelj, Barbara: Pravo gospodarskih družb v EU. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Jovanovič, Dušan, Anja Strojin Štampar: Enotirni sistem upravljanja gospodarskih družb – Zakonodajne novosti in vzorci najpomembnejših aktov. Planet GV, Ljubljana 2008.

Izvorni znanstveni članek
UDK 347.725:347.72.036(497.4)

Primernost preoblikovanja delniške družbe iz dvotirnega v enotirni sistem upravljanja

DOC. DR. PETER PODGORELEC,
*Ekonomsko-poslovna fakulteta
Univerze v Mariboru*

1. Uvod

S sprejemom prenovljenega *Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1*¹ v letu 2006 je Slovenija implementirala v svoj pravni red Uredbo o statutu evropske delniške družbe in tako vzpostavila pogoje za ustanavljanje in delovanje evropskih delniških družb (*Societas Europaea – SE*). Uredba se osredotoča predvsem na vprašanje ustanovitve SE in na možnost čezmejnega prenosa sedeža. Poleg tega pa 38. člen Uredbe predvideva tudi možnost izbire med enotirnim in dvotirnim sistemom upravljanja. Izbira je prepuščena statutu SE in je zakonodaje držav članic ne smejo omejevati. Prav nasprotno: države članice so bile z Uredbo pozvane, da jo zakonsko pospremiijo in ji s tem omogočijo uveljavitev. Ker je prejšnji zakon celovito urejal le dvotirni sistem, je bilo treba povsem na novo urediti še drugega, to je enotirnega.

Pri tem pa je naš zakonodajalec naredil še korak več in izbiro ponudil ne samo SE, ampak tudi domačim delniškim družbam (d. d.). Nemčija, ki bi jo lahko označili kot »domovino« dualističnega sistema, se za tak korak ni odločila, enako Avstrija. Zato je možnost, da tudi domače d. d. izberejo enotirni sistem upravljanja, postala pomembna posebnost našega delniškega prava v primerjavi z nemškim, po katerem se sicer zgledujemo. Vendar se zdi, da je tudi v Nemčiji samo še vprašanje časa, kdaj bodo tudi njihove nacionalne d. d. dobile možnost izbire enotirnega sistema, ki ga zaenkrat lahko uveljavijo le tam registrirane SE.²

Dvotirni sistem, ki izhaja iz germanskega pravnega kroga, predvideva dva ločena organa: nadzorni svet in upravo. Zanj je značilna kognentna ureditev in jasna zakonska razmejitve pristoj-

¹ Uradni list RS, št. 42/2006.

² Bachmann, str. 783.

nosti med nadzornim organom, to je nadzornim svetom, in poslovodnim organom – upravo. Avtonomno urejanje razmerij med upravo in nadzornim svetom je zelo omejeno. Uprava vodi posle samostojno, nadzorni svet jo nadzira, sam pa ni upravičen voditi poslov. Nadzorni svet lahko odpokliče upravo le zaradi utemeljenih razlogov. Ob institucionalni ločenosti, vključno s samostojnostjo uprave, in kogentnosti ureditve, je tretji steber dualističnega sistema nekompatibilnost funkcij: član uprave ne sme biti istočasno član nadzornega sveta.

Na novo urejeni enotirni sistem pa izhaja iz povsem drugačnega pravnega kroga, to je iz angloameriškega, in omogoča večjo avtonomijo pri urejanju razmerij med nadzorom in vodenjem poslov. Obstaja le en organ, to je upravni odbor, ki vodi družbo in hkrati nadzira izvajanje poslov. Do ločenosti funkcij vodenja in nadzora lahko pride le na personalni ravni, ko upravni odbor imenuje enega ali več izvršnih direktorjev. Vendar pa izvršni direktorji niso samostojni in jih lahko upravni odbor kadar koli odpokliče ter jim daje obvezujoča navodila za delo. Funkcija izvršnega direktorja in članstvo v upravnem odboru se ne izključujeta.

Do uveljavitve ZGD-1 je bil pri nas celovito normativno urejen le dvotirni sistem, ki pa ni bil obvezen za vse d. d. Družba je morala imeti nadzorni svet, če so bili izpolnjeni z zakonom določeni pogoji, ki so se nanašali na osnovni kapital, število zaposlenih, način ustanovitve, uvrstitev delnic na borzo in na število delničarjev. Tedanji zakon je torej dopuščal, da je imela d. d. le upravo, če ni bila – ob pogojih, določenih v zakonu – dolžna oblikovati nadzornega sveta. V tem primeru je bilo treba s statutom določiti, katere pristojnosti nadzornega sveta izvršuje skupščina oziroma drugi organi družbe, uprava pa je morala biti sestavljena iz vsaj treh članov. Kaj več kot to pa tedanji zakon ni določal. Zato je bil tak sistem upravljanja, ki se je v teoriji sicer označeval kot enotirni, vsaj podnormiran in v tem smislu ni predstavljal prave alternative normativno izgrajenemu dvotirnemu sistemu. Hkrati je možnost izbire veljala le za tiste družbe, ki niso bile dolžne oblikovati nadzornega sveta, kar pa so bili le redki primeri.³

Če se te družbe že tedaj niso odločile za oblikovanje nadzornega sveta, potem je bil za njih prehod na nov enotirni sistem tako rekoč »naravna pot« in verjetno niso bile pred posebej težko odločitvijo.⁴

Drugače je pri družbah, ki so bile po prejšnji ureditvi dolžne oblikovati nadzorni svet. Te se lahko od uveljavitve ZGD-1 naprej odločijo, ali bodo zadržale dvotirni sistem ali pa bodo prešle na enotirnega.

³ Družba je morala imeti nadzorni svet: če je njen osnovni kapital znašal 410 mio tolarjev ali več; ali če je bilo povprečno letno število zaposlenih večje od 500; ali če je bila družba ustanovljena sukcesivno; ali če so bile njene delnice uvrščene na borzi; ali če je bilo število delničarjev družbe večje od 100 (drugi odstavek 261. člena ZGD).

⁴ V skladu s prehodnimi določbami ZGD-1 (peti odstavek 699. člena ZGD-1) so morale d. d. brez nadzornih svetov uskladiti svoje delovanje z določbami tega zakona o organih d. d. v roku 18 mesecev po uveljavitvi ZGD-1.

Sprememba sistema upravljanja je seveda smiselna le, če se s tem izboljša interni *corporate governance*. Ocena o tem, kateri od obeh sistemov upravljanja je na splošno boljši ali slabši, je zelo težka, še posebej zato, ker smo v zadnjem času priča določenemu zblževanju obeh sistemov. Sicer pa vzpostavljanje optimalnega vodenja ni odvisno le od pravnih pogojev, ampak vsaj enako, če ne še bolj, tudi od konkretne personalne zasedbe organov vodenja ali nadzora.

V prispevku bom poskušal zagovarjati tezo, da je »dodana vrednost«, ki jo prinaša enotirni sistem, predvsem možnost oblikovanja enostavnejše strukture upravljanja družb s koncentrirano »lastniško« strukturo, pri katerih je nevarnost kontrolnega deficita prav zaradi tega manjša. Ob tem pa je lahko enotirni sistem primeren tudi za javne družbe, če želijo ožje povezati nadzorno, poslovodno in svetovalno funkcijo, ki so v dvotirnem sistemu razdeljene na dva strogo ločena organa. Pomembna posebnost enotirnega sistema, ki prav tako lahko vpliva na izbiro sistema upravljanja, je tudi položaj skupščine, ki je precej močnejši kot v dvotirnem sistemu.

2. Tradicionalni enotirni model in približevanje dvotirnemu sistemu

Enotirni sistem se v ekonomski teoriji označuje kot sistem odprtega korporativnega upravljanja. To pomeni, da manjka interni nadzorni organ, ker se smatra, da lahko vlogo nadzora nad managementom v zadostni meri odigrajo zunanji, to je tržni dejavniki, v prvi vrsti trg kapitala. Zato je to sistem upravljanja, ki je v svoji osnovni zamisli prilagojen javnim družbam z razpršeno »lastniško« strukturo in predpostavlja učinkovit trg kapitala. Kot mehanizem trga kapitala, ki naj »disciplinira« poslovodstvo, se šteje zlasti latentna grožnja prevzema družbe. Če namreč management vodi slabo poslovno politiko, pada tečaj delnic in zaradi tega postaja družba ugodna tarča za prevzem. Sedanje poslovodstvo ima seveda interes, da prevzem prepreči, kajti v takem primeru ga novi prevzemnik praviloma odpokliče in imenuje svojega. Instrument pokritja med interesi managementa in interesi delničarjev so tudi delniški opcijski programi. Tudi tukaj je management zainteresiran za rast tečaja delnic, enako kot delničarji, saj je od tega praviloma odvisen pomemben del plačila za opravljanje funkcije.

Zato zakonodaje interni nadzorni funkciji ne dajejo prav velikega poudarka, če seveda ne upoštevamo kontrolne funkcije, ki jo opravljajo revizorji. Britanski *Companies Act (2006)* na primer določa le to, da mora imeti javna družba vsaj dva direktorja, nejavna pa enega (sec. 154). Naloge upravnega odbora (*board of directors*) in njegova notranja sestava so tako povsem prepuščeni avtonomiji. Zato se upravni odbor lahko notranje strukturira na izvršne in neizvršne direktorje, ni pa to nujno. Izkušnje kažejo, da je pomemben delež velikih korporacij uveljavil takšno delitev, vendar pa je bila dejanska vloga neizvršnih direktorjev v upravnem odboru zanemarljiva. Kaj več kot to, da se udeležijo nekega razumnega števila sej upravnega

odbora in komisij, če so bile ustanovljene, se od njih ni pričakovalo.⁵ Tako na njihovo izbiro kot na delo je v veliki meri vplival *chief executive officer (CEO)*, ki je bil praviloma tudi predsednik upravnega odbora. Odločilno vlogo pri vodenju družbe so odigrali izvršni direktorji, med njimi zlasti CEO, tako da je veliko korporacijo dejansko vodila le ena oseba.⁶

Če učinkovitega trga kapitala, ki bi »discipliniral« management, zaradi takšnih ali drugačnih razlogov ni, pa mora funkcijo nadzora prevzeti neki notranji organ v družbi. V dvotirnem sistemu je to nadzorni svet, ki je torej v tem smislu nekakšen substitut za učinkovit trg kapitala,⁷ na katerem temelji čisti monistični sistem. Ker v tem primeru vlogo nadzora prevzame notranji dejavnik, se dvotirni sistem v ekonomski teoriji označuje kot sistem zaprtega korporativnega upravljanja. Nadzorni svet opravlja nadzor nad managementom v interesu vseh delničarjev, od katerih pa vsak zase nima odločilnega vpliva. Temu nadzoru se pridružijo še tako imenovane rezidualne pristojnosti skupščine, znane kot *lex Holz Müller*. V nemškem pravu je te pristojnosti razvila sodna praksa, v našem pravu pa so izrecno definirane v 330. členu ZGD-1.

Kljub temu se vloga nadzornega sveta ne izčrpa le v nadzorni funkciji, ampak je (tudi zgodovinsko gledano) enako pomembna tudi druga vloga, to je vloga izravnavanja interesov (*»networking function«*). S članstvom v nadzornem svetu se naj vzpostavijo in utrdijo povezave med družbo in različnimi njeni partnerji, če je dolgoročno sodelovanje z njimi pomembno za uspeh družbe.⁸

Vendar so se pri delovanju čistega enotirnega modela v zadnjih dveh desetletjih začele kazati težave, ki so na koncu pripeljale do rešitev, ki dejansko pomenijo prevzemanje elementov dvotirnega sistema v enotirni sistem. Dogajali so se presenetljivi stečaji velikih družb, ki so malo pred tem sicer razkrile svoja finančna poročila, iz katerih pa ni bilo mogoče slutiti ničesar takega. Vzroki za to se niso toliko pripisovali računovodstvu in reviziji, čeprav je bila posebna pozornost usmerjena tudi k vlogi revizorjev, ampak predvsem sistemu *corporate governance* velikih družb, ki je izvršnim direktorjem, katerih interesi nujno ne sovpadajo z interesi delničarjev, dopuščal preveliko moč.⁹ Problem kontrolnega deficita je bil zaznan predvsem pri borzno orientiranih družbah z zelo disperzirano »lastniško« strukturo, mnogo manj ali skoraj nič pa pri družbah z dominirajočimi delničarji, katerih udeležba je bila dolgoročna.

⁵ Davies (2008), str. 402.

⁶ Davies (2001), str. 271.

⁷ Merkt, str. 651.

⁸ Davies (2001), str. 286.

⁹ Davies (2008), str. 403.

Zato je v Veliki Britaniji, »zibelki« enotirnega sistema, prišlo do sprejema *Combined Code (CC)*, ki je za javne družbe (*listed companies*) uveljavil nekatere nujne korektive, ne sicer kot zakon, ampak kot »*soft law*«. Njegova vsebina ima predvsem dva temeljna cilja: povečanje vloge neizvršnih direktorjev v »*board-u*« in razcepitev vlog *chief executive officer (CEO)* in predsednika upravnega odbora (*chair of the board*). CC priporoča, da je vsaj polovica upravnega odbora sestavljena iz neizvršnih direktorjev, ki so neodvisni. Glavni izvršni direktor in predsednik upravnega odbora ne sme biti ena in ista oseba (načelo nekompatibilnosti). Upravni odbor kot celota, in s tem tudi neizvršni direktorji, določajo strategijo in nadzirajo njeno implementacijo, pri čemer nadzor z vidika neizvršnih direktorjev pomeni prav to, da nadzirajo delo izvršnih direktorjev. Zato je zelo pomembno uravnoteženje strukture upravnega odbora (*»board-balance«*). Če bi namreč v upravnem odboru prevladovali izvršni direktorji, bi to znatno oslabilo njegovo nadzorno funkcijo.

Izkušnje in razvoj *corporate governance* v najstarejšem »*board*« sistemu torej kažejo na to, da obstaja potreba po notranji nadzorni funkciji in da se na zunanje dejavnike »discipliniranja« managementa ne gre preveč zanašati. Zato se je za borzno orientirane družbe uveljavilo razdvajanje funkcij vodenja poslov in nadzora, ne sicer na institucionalnem nivoju, tako kot v dualističnem sistemu, ampak v personalnem smislu, znotraj istega organa. Če k temu dodamo še nezdržljivost med CEO in »*chairman*« ter uravnoteženost strukture upravnega odbora, so to vse koraki, ki enotirni model močno približajo dvotirnemu sistemu.

Divergenca med sistemoma, ki ostaja, je povezanost funkcij vodenja in nadzora znotraj istega organa in prav to naj bi bila ključna prednost enotirnega sistema pred dvotirnim.¹⁰ Če namreč izvršni in neizvršni člani »sedijo za isto mizo«, je to lahko način za izboljšanje informacijskega toka, s čimer se posledično izboljša tudi sam nadzor, za katerega so odgovorni neizvršni direktorji. V enotirnem sistemu izvršni in neizvršni direktorji skupno določajo strateške cilje podjetja in sredstva za doseg te ciljev, prav na podlagi partnerskega sodelovanja z izvršnimi direktorji pri sprejemanju strateških odločitev pa neizvršni direktorji pridobijo pomembne in kvalitetne informacije, ki jih nato lahko ponovno uporabijo pri izvrševanju splošnega nadzora.¹¹ Vendar pa ima lahko kombiniranje med poslovodno in nadzorno funkcijo tudi negativne učinke, ki se kažejo v nevarnosti, da prva funkcija povsem absorbira drugo. Do tega pride, če neizvršni direktorji dajejo poudarek vodstveni funkciji, zanemarijo pa nadzorno.¹² To nevarnost učinkovito preprečuje dvotirni sistem, ki funkcij vodenja in nadzora ne ločuje le organizacijsko, ampak tudi v personalnem smislu.

¹⁰ Davies (2001), str. 284.

¹¹ Leyens (2006), str. 78.

¹² Davies (2001), str. 285.

Prav slab informacijski tok med upravo in nadzornim svetom je ena od večjih težav dvotirnega sistema. Zato smo v zadnjem obdobju priča različnim strategijam, kako izboljšati informiranost nadzornega sveta in torej v tem smislu »zmanjšati zaostanek« za enotirnim sistemom. Ena od teh strategij je tudi krepitev funkcije nadzornega sveta, tako da nadzorni svet naj ne bo le nosilec klasične *ex-post* kontrolne funkcije, ampak naj ima tudi pomembno svetovalno vlogo, zlasti v procesih strateškega planiranja. Takšna vloga nadzornega sveta se je v Nemčiji priznavala že pred reformo delniškega prava, med drugim tudi v sodni praksi. Z reformo, ki jo je prinesel *KonTraG*, je bil preventivni nadzor samo še bolj poudarjen, tako da je sedaj v prvem odstavku § 90 *Aktiengesetz (AktG)* izrecno določeno, da mora uprava obveščati nadzorni svet tudi o načrtovani poslovni politiki in o drugih temeljnih vprašanih podjetniškega planiranja (še posebej o finančnih, investicijskih in kadrovskih načrtih). Ta določba je nadalje podprta s priporočilom *Deutscher Corporate Governance Kodex*, v skladu s katerim naj uprava pri določanju strateških usmeritev pridobi soglasje nadzornega sveta (točka 4.1.1.). Kot splošna naloga in pristojnost nadzornega sveta pa je določeno, da nadzorni svet redoma svetuje upravi pri vodenju družbe in jo nadzira (točka 5.1.1.).

Za naše pravo lahko ugotovimo, da pri poudarjanju svetovalne vloge nadzornega sveta ne zaostaja prav veliko za nemškim pravom. Res je, da so določbe o dolžnosti poročanja nadzornemu svetu (prvi odstavek 272. člena ZGD-1) manj natančne kot določbe nemškega AktG, vendar pa je pomembno, da Kodeks upravljanja javnih delniških družb¹³ vsebuje v bistvenem enaka priporočila kot nemški. Tako je tudi v našem Kodeksu določeno, da so naloge nadzornega sveta imenovanje in nadziranje uprave ter posvetovanje pri vodenju poslov družbe in oblikovanju njene strategije (točka 3.1.1). Hkrati je med priporočili za upravo določeno, da naj uprava razvija strategijo v sodelovanju z nadzornim svetom ter naj skrbi za njeno uresničevanje (točka 2.1.3). Drugo je vprašanje, ali in koliko je takšna svetovalna vloga kot sestavni del preventivno-kontrolne funkcije dejansko prisotna v praksi delovanja nadzornih svetov.

3. Položaj skupščine delničarjev v enotirnem sistemu

Za enotirne sisteme je na splošno značilen večji vpliv delničarjev na vodenje poslov in se kaže tudi v pravici dajanja obvezujočih navodil in pridržka soglasij k določenim poslom. Tako po francoskem, angleškem, italijanskem, španskem kot po švedskem pravu je skupščina

¹³ Kodeks upravljanja javnih delniških družb z dne 18. 3. 2004, s spremembami in dopolnitvami z dne 14. 12. 2005 in 5. 2. 2007.

hierarhično najvišji organ družbe in lahko posega tudi na področje operativnega vodenja poslov.¹⁴

V organizacijski strukturi, ki temelji na dualističnem modelu, skupščina ni hierarhično najvišji organ, ampak velja med upravo, nadzornim svetom in skupščino načelo izravnave moči. Delničarji lahko odločajo le o tistih zadevah, ki so v zakonu izrecno opredeljene. Glede vprašanja vodenja poslov velja, da lahko skupščina o tem odloča le, če to zahteva uprava (šesti odstavek 293. člena ZGD-1). Drugačna statutarna ureditev, po kateri bi lahko skupščina tudi samoiniciativno odločala o vprašanih vodenja poslov, ni dopustna. Enako je nedopustna določba v statutu, po kateri bi bila uprava dolžna predložiti določene ukrepe s področja vodenja poslov v soglasje skupščini. Izjema so pravni posli iz 330. člena ZGD-1,¹⁵ o katerih odloča skupščina že na podlagi zakona.

Vprašanje odločanja o vodenju poslov je sicer bolj aktualno za družbe s koncentrirano strukturo delničarjev, medtem ko si je pri javnih družbah, ki imajo praviloma bolj razpršeno »lastniško« strukturo, mnogo težje predstavljati, da bi lahko delničarji odločali o teh vprašanih.

Povedano načeloma velja tudi za enotirni sistem, saj zakon nikjer izrecno ne izključuje uporabe šestega odstavka 293. člena ZGD-1. Določbe o skupščini, vključno z njenimi pristojnosti, so umeščene v poseben pododdelek tistega dela zakona, ki ureja organe d. d., in tako vsaj po zunanji umestitvi zakona veljajo enotno za oba sistema upravljanja. To bi potem pomenilo, da lahko delničarji odločajo o vprašanih vodenja poslov le, če to zahteva poslovodstvo.

Vendar pa odgovor na vprašanje, ali lahko delničarji v enotirnem sistemu odločajo o vprašanih vodenja poslov tudi mimo predloga poslovodstva, ni tako enostaven. Upoštevati je namreč treba, da zakon po drugi strani ne določa, da upravni odbor in izvršni direktorji vodijo posle samostojno, tako kot je to določeno za upravo. Samostojnost pa pomeni prav to, da uprava pri svojem delu ni podvržena obvezujočim navodilom drugih organov, torej skupščine in nadzornega sveta. Hkrati je v petem odstavku 290. člena ZGD-1 izrecno določeno, da morajo izvršni direktorji pri opravljanju svojih nalog upoštevati obvezujoča navodila in omejitve, ki jih lahko daje tudi skupščina družbe. Zato bi lahko iz tega izhajal sklep, da imajo delničarji v enotirnem sistemu vendarle večji vpliv na vodenje poslov kot v dvotirnem sistemu. Večji vpliv se ne kaže le pri imenovanju in odpoklicu članov upravnega odbora, ampak tudi v možnosti obvezujočih navodil in pridržka soglasij k določenim poslom.

¹⁴ Kalss in Hügel, str. 468.

¹⁵ V prvem odstavku 330. člena ZGD-1 je določeno, da je za sklenitev pogodb in drugih pravnih poslov, s katerimi se delniška družba zaveže prenesti najmanj 25 % premoženja družbe, pri čemer ne gre za prenos po določbah tega zakona o statusnih preoblikovanjih, potreben sklep skupščine, sprejet s kvalificirano tričetrtinsko večino.

Močnejša vloga skupščine je na splošno lahko smiselna, saj je v enotirnem sistemu upravni odbor centralni organ vodenja, kateremu nasproti ne stoji enakovreden organ kontrole, tako kot je to v dvotirnem sistemu nadzorni svet.¹⁶ Vsa formalna in dejanska moč v zvezi z vodenjem družbe je torej skoncentrirana le pri enem samem organu, medtem ko je v dvotirnem sistemu vendarle porazdeljena med dva različna organa, ki sta tako institucionalno kot personalno ločena. Res je, da v enotirnem sistemu poleg upravnega odbora obstajajo še izvršni direktorji, vendar pa so izvršne direktorje dolžne imenovati le javne družbe. Zraven tega so izvršni direktorji podrejeni obvezujočim navodilom upravnega odbora, ki jih lahko tudi kadarkoli odpokliče. Končno za enotirni sistem ne velja načelo nekompatibilnosti, kar pomeni, da so lahko izvršni direktorji tudi člani upravnega odbora. Razmerje med izvršnimi direktorji in upravnim odborom tako ni primerljivo razmerju med upravo in nadzornim svetom. Dopustitev večjega vpliva delničarjev na vodenje poslov, ki se kaže tudi v obliki obvezujočih navodil in pridržka soglasij k določenim poslom, poleg imenovanja in odpoklica članov upravnega odbora, je torej smiselna zaradi uravnoveženja moči med organi v enotirnem sistemu.

Verjetno bi bilo najbolje, če bi zakon to vprašanje posebej uredil, in sicer tako, da bi obvezujoča navodila in pridržek soglasij k določenim poslom prepustil statutarni ureditvi.

4. Struktura upravnega odbora in oblikovalne možnosti

Enotirni sistem pozna le upravni odbor in enega ali več izvršnih direktorjev. Izjema so pri nas nejavne družbe, ki sicer lahko imenujejo izvršne direktorje, vendar jih zakon k temu ne sili. Upravni odbor je najvišji organ vodenja, izvršni direktorji vodijo tekoče posle v skladu z njegovimi navodili. Notranja razmerja med upravnim odborom in izvršnimi direktorji se določijo s statutom, poslovníkom ali s sklepom upravnega odbora (peti odstavek 290. člena ZGD-1). Z zakonom kogentno določene razdelitve nalog, ki je tipična za dvotirni sistem, torej monistični sistem ne pozna, ampak je to bolj ali manj prepuščeno avtonomiji družbe, vključno z organizacijo dela.

ZGD-1 loči med javnimi, nejavnimi družbami, dodatne posebnosti veljajo za majhne družbe. Za javne družbe vpeljuje obvezne »dualistične« elemente« (prvi odstavek 291. člena – »*balance board*« in drugi odstavek 289. člena – nekompatibilnost). Javne družbe so dolžne oblikovati revizijsko komisijo, ki ima enake naloge kot v dvotirnem sistemu. Njeni člani so lahko le tisti člani upravnega odbora, ki niso izvršni direktorji. Revizijska komisija je tako dodatni element, ki vzpostavlja konvergenco med obema sistemoma. Nejavnim družbam pušča zakon več prostora, saj te družbe niso dolžne imeti izvršnih direktorjev, zato tudi načelo uravnoveženosti

¹⁶ Na ta argument opozarja tudi avstrijska teorija. Kalls in Hügel, str. 468.

odpade. Še popustljivejši je zakon do majhnih družb, za katere ne velja niti princip nekompatibilnosti, zato je izvršni direktor lahko tudi predsednik upravnega odbora.

4.1. Upravni odbor

Kakšna je funkcija upravnega odbora, je določeno v prvem odstavku 285. člena ZGD-1: upravni odbor vodi družbo in nadzoruje izvajanje njenih poslov. Skozi to določbo je izraženo bistvo enotirnega sistema, v katerem je upravni odbor najvišji organ vodenja, »dejanski center moči«. Upravni odbor oblikuje strategijo podjetja in nadzoruje njeno implementacijo ter sprejema še druge odločitve glede vodenja družbe.¹⁷ Iz 10. in četrtega odstavka 290. člena ZGD-1 pa nadalje jasno izhaja, da lahko upravni odbor tudi sam vodi posle. Glede na obseg nalog je tako upravni odbor bližje upravi v dvotirnem sistemu, medtem ko se sestavi na podoben način kot nadzorni svet. Del članov izvoli skupščina, del svet delavcev, del pa jih lahko imenujejo tudi imetniki vinkuliranih imenskih delnic, če seveda družba takšne delnice ima in je ta pravica predvidena s statutom (drugi odstavek 274. člena v zvezi s 288. členom ZGD-1). Tisti, ki je člana upravnega odbora imenoval, ga lahko tudi kadar koli odpokliče, vendar pa je za sklep skupščine o odpoklicu potrebna najmanj tričetrtinska večina. Tudi način dela upravnega odbora je bližje nadzornemu svetu. Zato tisti člani upravnega odbora, ki niso izvršni direktorji, svoje funkcije praviloma ne opravljajo poklicno. Z njimi se ne sklene managerska pogodba po 262. členu ZGD-1, ampak veljajo za plačila za delo smiselno enaka pravila kot za člane nadzornega sveta iz 284. člena ZGD-1. Upravni odbor sestavljajo člani, ki so lahko izvršni ali neizvršni. Notranje strukturiranje upravnega odbora na izvršni in neizvršni del je obvezno pri javnih družbah, pri nejavnih družbah pa je to le opcija.

4.2. Izvršni direktorji

Upravni odbor lahko imenuje enega ali več izvršni direktorjev, razen pri javnih družbah, kjer to mora storiti. Na izvršne direktorje se bodisi z zakonom (javne družbe) bodisi po volji upravnega odbora prenese vodenje tekočih poslov in še nekatere druge zadeve iz četrtega odstavka 290. člena ZGD-1.¹⁸ Izvršni direktorji niso samostojni tako kot v dvotirnem sistemu uprava, ampak so dejansko le »izvršilna roka« upravnega odbora. Upravni odbor jih imenuje in

¹⁷ Več o tem Bratina in Podgorelec, str. 1731–1733. K vodenju družbe spada tudi imenovanje in odpoklic izvršnih direktorjev ter druge pomembnejše kadrovske zadeve, nadalje oblikovanje splošnega sistema interne organiziranosti v družbi, finančno načrtovanje in kontrola, skrb za to, da družba vodi poslovne knjige in da ima vzpostavljen sistem obvladovanja tveganj in notranje kontrole, ter vzpostavitev sistema notranjega poročanja.

¹⁸ To je prijave vpisov in predložitve listin sodnemu registru, skrb za vodenje poslovnih knjig in sestava letnega poročila, h kateremu se priložijo, če ga je treba revidirati, revizorjevo poročilo in predlog za uporabo bilančnega dobička.

lahko kadar koli odpokliče, ne glede na obstoj utemeljenega razloga. Ob tem jim lahko daje tudi obvezujoča navodila za delo, kar je pomembna posebnost enotirnega sistema v primerjavi z dvotirnim, kjer lahko nadzorni svet le prepreči določen pravni posel, ne more pa ga izsiliti. Za izvršne direktorje so lahko imenovani člani upravnega odbora ali pa tretje osebe. Načelo nekompatibilnosti velja le za predsednika upravnega odbora, ne pa tudi za druge člane upravnega odbora, razen pri majhnih družbah, kjer tudi ta omejitev odpade. Zakon samo za javne družbe predpisuje, da je lahko največ polovica članov upravnega odbora izvršnih direktorjev. Ker člani upravnega odbora, ki so izvršni direktorji, »sedijo za isto mizo« s člani upravnega odbora, ki niso izvršni direktorji, je to lahko način za izboljšanje informacijskega toka med funkcijo vodenja poslov in nadzorno funkcijo, kot je že bilo omenjeno. Izvršni direktorji praviloma opravljajo svojo funkcijo poklicno, ne glede na to, ali so interni ali eksterni, zato veljajo zanje smiselno enaka pravila glede nagrajevanja kot za člane uprave.

4.3. Oblikovalne možnosti

Zaradi dispozitivnosti lahko temeljna struktura na različne načine variira in se prilagaja konkretni družbi, glede na njeno velikost, borzno orientiranost, »lastniško« strukturo in personalne resurse.

4.4. Hčerinske družbe

Dosedanje izkušnje z uvajanjem SE v državah s tradicionalnim dualističnim sistemom kažejo na to, da je enotirni sistem primeren zlasti za koncerne z večjim številom hčerinskih družb. Če imajo družbe hčerke pravno obliko d. d. in so manjše družbe,¹⁹ je namreč enotirni model adekvatnejši za vodenje koncerna kot dvotirni.²⁰ Še posebej če je družba mati edini delničar, so samostojnost uprave in s tem povezane omejene možnosti odpoklica ter oblikovanje nadzornega sveta nekaj, kar po nepotreben obremenjuje upravljanje hčerinske družbe. Monistični model omogoča, da se vodenje tekočih poslov v družbi hčerki prepusti izvršnemu direktorju, vlogo upravnega odbora, preko katerega se uresničuje enotna politika koncerna, pa prevzame vodilni manager »centrale«, kateremu se zaupa krmiljenje ene ali več hčerinskih družb. V našem pravu obstaja v zvezi s tem določena težava, saj naš zakon zahteva, da je upravni odbor sestavljen iz vsaj treh članov (drugi odstavek 254. člena ZGD-1), hkrati imajo pravico do svojega člana v upravnem odboru tudi delavci, razen če gre za majhno družbo. Na enak način je minimalno število članov upravnega odbora določeno v avstrijskem SEG (prvi odstavek

¹⁹ Velikost družbe je pomembna zaradi vključitve predpisov, ki urejajo sodelovanje delavcev pri upravljanju družbe.

²⁰ Waclawik, str. 1830.

§ 45) in v nemškem SEAG (§ 23), s tem, da slednji vendarle dopušča tudi enočlanski upravni odbor, če ima družba osnovni kapital, ki ni višji od treh milijonov evrov.

4.5. Javne družbe

Za izbiro enotirnega sistema se bodo verjetno najtežje odločile javne družbe, to je družbe, z delnicami katerih se trguje na organiziranem trgu. Razlog za to so kogentne zakonske določbe, ki veljajo prav za te družbe. Javne družbe morajo obvezno imenovati vsaj enega izvršnega direktorja in največ polovica članov upravnega odbora je lahko izvršnih direktorjev. Predsednik upravnega odbora ne sme biti izvršni direktor, hkrati so javne družbe dolžne oblikovati tudi revizijsko komisijo, enako kot nadzorni svet v dvotirnem sistemu. Za javne družbe velja *Kodeks upravljanja javnih delniških družb*, ki za člane nadzornega sveta in neizvršne člane upravnega odbora uveljavlja številna enotna pravila. Vse to enotirni sistem močno približa dvotirnemu sistemu. Prehod na enotirni sistem je lahko primeren, če družba razpolaga s kandidati za neizvršne direktorje, ki lahko zaradi svojih posebnih strokovnih znanj in izkušenj odigrajo pomembno ne samo nadzorno, ampak tudi svetovalno vlogo pri vodenju poslov. Značilnost enotirnega sistema je namreč prav ožja prepletenost med nadzorno, svetovalno in poslovodno funkcijo, kar lahko poveča učinkovitost vodenja in nadzora.²¹ Tej prednosti se je v dvotirnem sistemu mogoče približati z bolj poudarjeno preventivno-kontrolno in v tem okviru zlasti svetovalno vlogo nadzornega sveta. Eden od razlogov proti izbiri enotirnega sistema pa je lahko *Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju – ZSDU*,²² ki daje delavcem prek članstva v upravnem odboru večjo moč v primerjavi z dvotirnim sistemom. Vendar to ni specifičnost le javnih družb, ampak vseh družb, za katere velja ZSDU. Večja moč delavskih predstavnikov je pogojena s širšimi pristojnostmi upravnega odbora v primerjavi z nadzornim svetom: upravni odbor ni le organ nadzora, ampak tudi organ vodenja.

4.6. Druge družbe

Kar je bilo rečeno o prednostih enotirnega sistema za javne družbe, velja smiselno tudi za nejavne družbe. Tukaj se lahko te prednosti še bolje izkoristijo, saj daje zakon tem družbam še več manevrskega prostora. Uporaba Kodeksa je pri teh družbah izključena. Nejavne družbe niso dolžne imeti izvršnih direktorjev in niso dolžne oblikovati revizijske komisije. Če imenujejo izvršne direktorje, ne velja pravilo »*board-balance*«, hkrati je dopuščena kompatibilnost med funkcijo predsednika upravnega odbora in glavnega izvršnega direktorja, če gre za majhne družbe. Za majhne družbe tudi ne veljajo določbe ZSDU o sodelovanju delavcev v organih

²¹ Bachmann, str. 779.

²² Uradni list RS, št. 42/2007.

družbe (84.a člen). Vse to lahko strukturo upravljanja precej poenostavi, ne samo v primerjavi z javnimi družbami, ampak tudi v primerjavi z dvotirnim sistemom v nejavnih družbah.

»Dualistični elementi« v enotirnem sistemu so namenjeni okrepitvi nadzorne funkcije upravnega odbora. Zato lahko odpadejo, če problem nadzora ni tako izrazit, tako da se lahko bolj poudari vodenje poslov. Novejše diskusije o *corporate governance* kažejo, da je nevarnost ravnanja v nasprotju z interesi delničarjev mnogo manjša, če ima družba močne delničarje, katerih udeležba je dolgoročnejša. Zato je tudi nevarnost kontrolnega deficita pri teh družbah manjša kot pri družbah z razpršeno »lastniško« strukturo, ki so praviloma javne družbe. To posledično pomeni, da je tudi potreba po nadzorni funkciji, ki jo naj opravlja nadzorni svet, manj izrazita. Nadzorni svet je v takih družbah smiseln, če naj pride do izraza njegova druga vloga, to je vloga izravnave interesov med različnimi interesnimi skupinami (»*networking*«).

Zato je lahko enotirni sistem primeren za nejavne družbe z bolj koncentrirano delniško strukturo. Ne samo, da omogoča poenostavitev sistema upravljanja, hkrati »močnim lastnikom« omogoča, da se aktivneje vključijo v upravljanje, poleg vpliva, ki ga imajo prek skupščine. V upravljanju lahko sodelujejo tako na »strateškem nivoju« kot na nivoju operativnega vodenja, lahko so bodisi izvršni bodisi neizvršni člani upravnega odbora ali pa izvršnih direktorjev sploh ne imenujejo in kot člani upravnega odbora sami vodijo vse posle.²³ Tak interes je v dvotirnem sistemu, vsaj formalno, mnogo težje uresničljiv, saj velja pravilo o nezdružljivosti funkcij: član nadzornega sveta ne sme biti istočasno član uprave ali obratno. Poleg tega nadzorni svet ni nadrejen upravi in od uprave ne sme prevzemati vodenja poslov.

5. Sklep

Ko se ocenjuje primernost prehoda na enotirni sistem upravljanja, je treba ločiti med javnimi in nejavnimi družbami. Pri javnih družbah se zakonska shema enotirnega modela zelo približa dvotirnemu sistemu, ki je pri nas že dodobra uveljavljen. Hkrati za javne družbe velja Kodeks, ki uvaja številna enotna »priporočila« za neizvršne člane upravnega odbora in za člane nadzornega sveta. Te družbe morajo razmisliti, koliko lahko – glede na konkretne okoliščine – izkoristijo prednosti monističnega sistema. Prednost enotirnega modela je treba iskati predvsem v ožji prepletenosti med poslovodno, nadzorno in svetovalno funkcijo, kar lahko pomembno prispeva k učinkovitemu vodenju in nadzoru. Sicer pa je enotirni sistem še najbolj primeren za nejavne d. d. z manjšim in zaprtim številom močnih delničarjev. Ne samo, da jim omogoča poenostavitev sistema upravljanja, hkrati tudi samim »močnim last-

²³ Enotirni sistem je denimo lahko primeren sistem upravljanja za družinska podjetja: ustanovitelj podjetja je lahko predsednik upravnega odbora in hkrati glavni izvršni direktor ali pa se zadovolji samo s prvo funkcijo in vodenje tekočih poslov prepusti svojim naslednikom. Lutter, Kollmorgen in Feldhaus, str. 2474.

nikom« omogoča, da se aktivneje vključijo v upravljanje, če imajo za to interes, in sicer tako na strateškem kot operativnem nivoju.

Literatura

- Bachmann, Gregor. Der Verwaltungsrat der monistischen SE. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 6/2008, str. 779–808.
- Bratina, Borut in Podgorelec, Peter. Odprta vprašanja enotirnega sistema upravljanja v delniški družbi. *Podjetje in delo*, št. 8/2007, str. 1729–1748.
- Davies, L. Paul. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. Sweet and Maxwell, London 2008.
- Davies, L. Paul. Struktur der Unternehmensführung in Grossbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, št. 2/2001, str. 268–293.
- Kalss, Susanne in Hügel F. Hans. *Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar*, Linde Verlag, Dunaj 2004.
- Leyens, C. Patrick. Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungssystem. *Rabels Zeitschrift* št. 67/2003, str. 57–105.
- Leyens, C. Patrick. *Information des Aufsichtsrats*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Lutter Marcus, Kollmorgen Alexander in Feldhaus Heiner. Die Europäische Aktiengesellschaft – Satzungsgestaltung bei der »mittelständischen SE. *Betriebs Berater*, št. 46/2005, str. 2473–2483.
- Merkt, Hanno. Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 5-6/2003, str. 650–678.
- Teichmann, Christoph. Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft. *Betriebs Berater*, št. 2/2004, str. 53–61.
- Waclawik, Erich. Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) als Konzern-tochter- und Joint Venture-Gesellschaft. *Betriebs Berater*, št. 34/2006, str. 1827–1833.

Nomotehnika

VI.

BORUT ŠINKOVEC

(Ne)stabilnost zakonodaje

MARJANA GLUŠIČ

Najpogostejše nomotehnične napake v predpisih

KATJA BOŽIČ

Nomotehnične smernice – smer proti dobri praksi?

JOŽICA VELIŠČEK

Poglavitne rešitve na področju priprave (dobrih) predpisov

ALBIN IGLIČAR

*Subjektivni pogledi poslancev na zakonodajo
in nomotehniko*

ANDREJA KURENT

*Pogled Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora
Republike Slovenije na zakonodajni proces in nomotehniko*

BOŠTJAN BREZOVNIK

Nomotehnični vidiki predpisov lokalnih skupnosti

FRANC GRAD

Akti za izvrševanje zakona

Strokovni članek
UDK 340.134:342.537.2/4(497.4)

(Ne)stabilnost zakonodaje

MAG. BORUT ŠINKOVEC,
Služba Vlade RS za zakonodajo

Nestabilnost ali po drugi strani njena stabilnost je vidik nomotehnike samo v širšem smislu, saj vanjo neposredno ne sodi. Pravila nomotehnike se sama po sebi pač ne nanašajo na stabilnost zakonodaje oziroma predpisov, mora pa poznavanje in uporaba teh pravil posredno pač zagotavljati seveda tudi stabilnost zakonodaje oziroma predpisov. Sicer pa je sam pojem in problem stabilnosti zakonodaje mnogo širši od nomotehnike in ga je treba v taki celovitosti tudi obravnavati.

Stabilnost ali nestabilnost zakonodaje – oboje je v bistvu določeno stanje prava, glede na pomen in vlogo prava pa tudi določeno stanje v celotni družbi sploh. Ker se sama pravila nomotehnike neposredno s stabilnostjo oziroma nestabilnostjo prava sploh ne ukvarjajo, nanjo tudi vplivati ne morejo. Posredno pa so v praksi neustrezne nomotehnične rešitve v predpisih, slabo, nestrokovno in površno pripravljene predpisi lahko eden od možnih razlogov za (prepogosto) spreminjanje predpisov, gotovo pa še daleč ne najpomembnejši od tistih, ki povzročajo in vodijo v nestabilnost zakonodaje. Vlogo in pomen nomotehnike s tem v zvezi moramo torej kljub temu upoštevati in imeti pred očmi. Videli pa bomo, da nomotehnika, celo kakršnakoli že, v praksi namreč, sama po sebi praviloma ni izviren, kakorkoli ključen in še zdaleč ne najpomembnejši vzrok za nestabilnost zakonodaje. Nasprotno, praksa kaže, da je nomotehnika oziroma da so pravniki redaktorji (kolikor so sploh dejansko neposredno oziroma dovolj udeleženi pri sami pripravi predpisov) pogosteje nekakšna žrtev, gotovo mnogo prej in pogosteje, kot pa da bi bili sami povod nestabilnosti zakonodaje, čeprav so včasih vendarle deloma tudi kar oboje. Zgolj po njih povzročena oziroma grozeča nestabilnost predpisov torej ne samo kot vzrok ni ključna (tudi ne po obsegu in številu primerov, ki v ta pojav sodijo), temveč se njihovi spodrsaljaji lahko naknadno uredijo tudi s posegi, ki niso vedno nujno sprememba predpisa ali celo izdaja novega ali novih. Včasih zadošča že samo strokovno, včasih je potrebno avtentično tolmačenje, včasih pa (že) tudi poenotena (zlasti sodna, pa tudi

siceršnja) praksa pri uporabi in tolmačenju predpisov, in končno je možno s takim predpisom (če hibe le niso izjemoma prehude oziroma preštevilne) pač nekako v praksi »shajati« vsekakor predpisa enkrat pač (na kar pri nas pogosto nikakor ni treba dolgo čakati) nadomesti (vsaj nomotehnično, če ne že tudi v vsakem drugem pogledu) nujno boljši predpis.

Kaj je sploh nestabilnost oziroma kaj sodi in zajema pojem nestabilnost zakonodaje, je pravzaprav očitno lahko samo retorično vprašanje. Svojestven fenomen tega pojma, točneje pojava pa je v tem, da je to v bistvu nekaj tako zelo jasnega, hkrati pa v praksi tako zelo malo tudi v resnici spoznano, priznano, upoštevano in obravnavano kot problem. In vendar je to problem, ki posredno ali neposredno zadeva vse in vsakogar, ker je problem prava, s tem pa pravne države kot take. To stanje oziroma pojav neposredno zadeva pravno varnost, ta pa je seveda eden ključnih stebrov in nepogrešljivi sestavni del pravne države. Bistveni sestavni del pravne varnosti pa je obstoj in zaupanje v vnaprej določeno, objavljeno (tj. dosegljivo in znano ali vsaj spoznavno) pravo, ki pa torej mora biti tudi jasno, precizno, razumljivo in hkrati tudi (čim bolj) dolgoročno stabilno. Pojem stabilnosti oziroma nestabilnosti zakonodaje moramo torej neposredno povezati oziroma dejansko je neposredno povezan – kot njen sestavni del – s samo pravno varnostjo; pomena slednje pa niti ni treba posebej dokazovati.

Pred obravnavo in nekoliko globljim pogledom v temeljne vzroke, ki povzročajo nestabilnost zakonodaje, pa se zdi potrebno in umestno ozreti na nekaj vidikov, ki se jim širše v družbi pravzaprav posebej očitno ne posvečamo, pa vendar imajo, če se tega zavedamo ali pa ne, očitno velik in včasih odločilen vpliv na stabilnost, točneje rečeno pa na nestabilnost zakonodaje; slednje je namreč za stanje pri nas toliko značilno, da moramo v praksi skorajda prej govoriti o nestabilnosti kot pa o stabilnosti zakonodaje. Pri nas se zdi kar nenehno prisotno nekakšno nezadovoljstvo, nenehna nezadostnost, nekakšen občutek, da – celo bistvene pravne stvari, še niso dograjene in dorečene, v temelju pravilno rešene, da smo in se kar nenehno nahajamo s tem v zvezi v nekakšnem »prehodnem« obdobju. Nekoč bo to stanje doseženo in zadovoljivo rešeno, danes pa gotovo še ni in na tem moramo torej nenehno »delati« – to je nekakšen stalen vzorec ali kalup naših pristopov. Ta občutek je skorajda narodna značilnost pri nas, časovno se vleče daleč nazaj, morda vsaj od razpada (tudi pravnega) avstro-ogrske države dalje in ga torej že iz preteklosti dobro in predobro poznamo. Tako nezaupanje samih vase je pa že v temelju vzrok nemira, nezadovoljstva, posledično pa tudi pomanjkanja zaupanja, varnosti in stabilnosti, vključno s stabilnostjo zakonodaje. Tu gre skorajda za nekakšno (vsesplošno) stanje duha, ki ga ni možno povsem celovito zajeti in opisati, temveč ga lahko (tudi z uporabo navedenih opisnih izrazov) predvsem vsaj nakažemo. V pravnih sistemih, ki jih lahko (že na zunaj) označimo kot stabilne, stanja takega nezadovoljstva in nekakšne večne nedorečenosti ne opazimo. Mnogo s tem v zvezi sicer pojasni tudi to, da naša državna skupnost pač nima kakšne dolge lastne tradicije pravne države in samostojnosti. Kolikor ta vzrok ni objektivne narave (kar dejansko sicer je), pa k temu mnogo očitno dodajamo tudi sami in

tako rekoč iz lastnega. Vse to nas vodi tudi k neki pretirani dinamiki in k težnjam po neustavljivem in nenehnem spreminjanju in dograjevanju, vsekakor in zelo izrazito tudi na pravnem področju. Več samozavesti tudi na področju prava in pravnega urejanja bi nam dovoljevalo več časa in energije za trezen in nekoliko počasnejši premislek o dejanski potrebnosti sprememb, in v nenehnem hitenju, ki smo mu tu pogosto priča, ne bi hitro ali prehitro zavrgli nekaterih rešitev, ker so pač »slabe«, in mi to že z gotovostjo vemo. Z nekakšno ihtavostjo smo tako naglo spreminjali tudi nekatere bivše oziroma prejšnje, pravnosistemske same po sebi dobre predpise (ki so sami imeli svojo pravno zelo stabilno predzgodovino), delno tudi že zgolj zato, ker so bili pač prejšnji in je bilo to treba z novimi predpisi vsekakor nadomeščati in nadomestiti. Tako ustvarjene pa po možnosti slej ko prej nadomestiti spet z novimi. Opisane lastnosti in pojavi so nekakšni notranji vzgibi in gibalno, ki od nas zahteva neko nenehno dograjevanje in spreminjanje neizgrajenega ali še ne zadosti izgrajenega in dorečenega v našem pravnem redu, kar nam ne dopušča vsaj nekoliko premora in realnih ocen, kakšno je stanje, kakšne so dejanske potrebe, in v skladu s tem pretehtano preudariti in doreči, kaj je res konkretno potrebno izboljšati, spremeniti ali morda tudi popraviti. Na naš način delovanja pa se namesto tega vedno sami sproti in znova odločamo za našo varianto »dinamike razvoja« (kar mora torej očitno že samo po sebi biti nekaj dobrega), za večno relativnost doseženega in že urejenega, med stabilnostjo in nestabilnostjo zakonodaje pa s tem za slednje oziroma je to nujno objektivni rezultat naših ravnanj. Pravniški pristop, znanje in razmišljanje seveda niso zadostni za celovitejšo obravnavo in oceno teh in prav vseh resničnih vzgibov in vzrokov teh naših ravnanj. Končni pečat vsemu temu pa daje, in k temu se bomo v nadaljevanju še kratko povrnili, kar nekakšno samoumevno prepričanje, da sleherna (v demokraciji povsem normalna) zamenjava oziroma sprememba na demokratičnih volitvah izbrane politične opcije, zlasti in izvršilni veji oblasti, od nje terja in ji nalaga tudi čimprejšnjo »preveritev« vseh pomembnejših zakonodajnih potez, ki datirajo v prejšnje (tj. pravkar preteklo) legislaturno obdobje in da se tako rekoč spodobi in je nujnost, vse to čim več, pa tudi čim hitreje in temeljito revidirati. Tako razmišljanje bi nam moralo biti tuje. Tak pristop v veliki meri kakor da zanemarja oziroma spregleduje dejstvo, ki je hkrati v vsaki demokratični ureditvi tudi nekakšna zapoved, da so namreč vse sprejete zakonske rešitve, ki so bile sprejete, bile vsaj mišljene in željene kot težnja po sprejemanju nečesa skupnega dobrega za celotno skupnost, ne pa kot oponiranje neki ali kakršnikoli politični opciji in nadomeščanju njenih rešitev. To so vedeli že sami Rimljani, ki so s svojim znamenitim rekom dali tudi ime republikanski (demokratični) ureditvi, namreč z rekom in vodilom »*Salus rei publicae suprema lex esto!*«. Omeniti pa je treba, prav na tem mestu, namreč v zvezi s prispevkom političnega pogleda na obseg in nujnost sprejemanja zakonodaje, še programe oziroma programiranje zakonodajnega dela vnaprej. Človek bi pričakoval, da tega pravzaprav ni mogoče in nikakor ne gre kar planirati. Oziroma bi se plan moral glasiti, da bo sprejetih toliko zakonov, kolikor bo vlada to ocenila za potrebno (ne eden manj ali eden več), in znotraj tega seveda tudi toliko, kot bo potrebno za normativno realiziranje določenih

strateških ciljev, ki si jih je zastavila vlada oziroma politika. Planirati zakonodajo vnaprej, poimensko, po številu in tako rekoč taksativno, pa lahko v temelju pomeni dvoje: premajhno poznavanje in upoštevanje temeljnih nalog in možnosti zakonodajnega normiranja in pa vnaprejšnje planiranje problemov. Vnaprej določiti in planirati vrsto in število zakonov namreč gotovo pomeni vnaprej planirati probleme. Eden od teh, neposredno povezan z obravnavano temo in s problemi ter s kakovostjo nomotehnike v predpisih, pa so gotovo na ta račun mnogo slabši predpisi, kot bi sicer lahko in morali biti. Drug problem in vidik, prej kot vidik pa dejstvo, pa je pogosto, v bistvu pa nujno tudi že nekako vnaprej planirano kršenje rokov s tem v zvezi. Tako planiranje vnaprej ne samo ni nekaj nerealnega, temveč vnaprej vključuje tudi časovno stisko pri pripravi, s tem pa trasira tudi kvaliteto takih predpisov. Tudi vse to torej poganja kolesje začaranega kroga neustavljivega novega in znova spet novega normiranja ter spreminjanja že nedavno sprejetega.

Temeljni, globlji, tako rekoč »izvirni« vzroki, ki generirajo nestabilnost zakonodaje, torej ležijo izven nomotehnike in njene moči ter vloge pri oblikovanju predpisov. Z nestabilno zakonodajo torej vseskozi mislimo njeno (očitno) prepogosto spreminjanje, dopolnjevanje ali celo popolno nadomeščanje s spet novo. Pomensko se to odraža na enem od najodličnejših, če ne kar na najodličnejšem elementu pravne države, tj. na pravni varnosti. Res čuditi bi se bilo treba, da tako očitno in kvarno prepogosto spreminjanje, kar že samo sproža tudi spet novo spreminjanje, in vodi, kot rečeno, kar do določenega (permanentnega) stanja prava oziroma v pravu – naleti na tako malo razumevanja, odzivnosti in dejanskih prizadevanj v praksi, da se tako stanje končno prekine ter začne odpravljati in izboljševati. Ker pa ima vsaka stvar svoj vzrok, jih ima torej tudi ta pojav, in nekateri, morda najgloblji od njih, so bili že omenjeni. Vendar se da te vzroke tudi nekako sistematizirati in kategorizirati, s tem spoznamo celo lahko še nove, dodatne in vsi skupaj se žal kar dopolnjujejo in seštevajo, seveda po negativnih učinkih na pravo in pravno varnost. Vsi ti vzroki so – ob nestabilni zakonodaji, ki jo povzročajo, žal sami po sebi še preveč »stabilni« in trdovratni, da bi jih bilo možno hitro in uspešno odpraviti. Toda že zavedanje o njih, njihovo »priznavanje« tukaj lahko pomeni temeljni preobrat, kar je hkrati tudi pogoj kakršnihkoli izboljšav in sprememb na tem področju. Ali, podobno kot je rekel angleški premier Churchill med vojno: to še ne bi bil konec, ne bi bil niti še začetek konca, bil pa bi konec začetka (spreminjanja stanja).

Če poskusimo vzroke za nestabilnost zakonodaje torej nekako kategorizirati, potem lahko za prvi sklop štejemo politiko. S to oznako tukaj konkretno mislimo na povezavo med politiko in pravom, kar je nekaj, kar je sicer v teoriji prava (pa tudi sicer) razmeroma kar dovolj pogosto in tudi temeljito obravnavana tema. S tem v zvezi, povsem utemeljeno, teorija prava uporablja prav specifičen pojem, ko govori o relativni samostojnosti prava. Pravo in politika, tako kot ju razumemo (in prakticiramo), lahko obstajata samo skupaj in v medsebojnem odnosu, ne moreta pa eden brez drugega. Veljavno pravo vsakokrat sicer pač v celoti velja za vse pravne

subjekte, tudi za take in tiste, ki so ga sami predlagali in sprejeli. Toda določa, trasira in usmerja pa vsebino prava seveda politika, in ne obratno. Iz teh nerazdružljivih povezav in razmerij je razvidno, kar zadeva tukaj obravnavano temo, da neka stabilna, dolgoročno naravnana, na neki način tudi strpna politika vodi tudi do stanja stabilne zakonodaje, medtem ko pa obratno negotova, nestabilna, omahujoča in prepogosto spreminjajoča se (zamenjujoča se) politika posledično vodi tudi do nestabilnega prava oziroma zakonodaje; drugače to tudi ne more biti. V tem smislu je končno pravo vedno posledica politike, in ne obratno. Te stvari so sicer v temelju dovolj jasne in poznane, tako da njihovo podrobnejše obravnavanje na tem mestu niti ni potrebno.

Drugi sklop oziroma segment, ki tudi povzroča oziroma lahko povzroči nestabilnost zakonodaje, je gotovo premajhna strokovnost ter preverjenost in pretehtanost odločitev, ki se prelijejo v obvezno formo pravnih predpisov. Nedorozore, premalo premišljene rešitve, ki včasih lahko zadišijo po eksperimentalnosti, imajo gotovo lahko posledice v skorajšnjem naknadnem popravljanju, dopolnjevanju in spreminjanju sprejetega in uzakonjenega. Take posledice so lahko tem hujše, če gre za tako imenovane systemske zakone oziroma področja. Po mnenju dela stroke pri nas vnaša nekaj takih posledic tudi nov kazenski zakonik, ki je v izredno kratkem času nadomestil prejšnjega in bo verjetno zahteval še marsikatero revizijsko potezo. Poleg tega pa se, z nomotehničnimi prijemi, taki (novi) sistemi pravzaprav zelo težko popravljajo z dodatnimi posegi v smislu noveliranja. Vložena novela komaj nekaj mesecev po uveljavitvi tega zakonika je lahko dodaten primer, kako lahkotno včasih pri nas ravnamo pri normiranju in postnormiranju tudi v temelju sistemskih zakonov. V razmeroma kratkih presledkih pa si pravzaprav sledijo tudi novele na področjih, kot je Zakon o pravnem postopku, in zadnje čase tudi Zakon o kazenskem postopku. Ob predlaganju ene novele je naslednja tako rekoč že napovedana ali celo »že v pripravi«. To so zgolj primeri, ki potrjujejo navedene ugotovitve s tem v zvezi.

Zelo pomemben, po svoje samostojen segment v okviru te obravnave pa je po svoji naravi nekako najširšega pomena sploh. Označimo ga lahko pravzaprav dovolj široko le, če rečemo, da gre tu za odnos družbe (oziroma države) do prava. Prav tako bi lahko rekli, da gre za vprašanje stopnje in razvoja pravne kulture pri nas. Spet lahko ponovimo misel, da stabilni sistemi z dolgo tradicijo nikakor ne kažejo takih ali podobnih nihanj v sprejemanju in urejanju zakonodaje, kot je to pri nas. K temu pa pri njih prispeva tudi odnos do prava in stanje pravne kulture. Nekak spoštljiv odnos zavedanja o pomenu in naravi prava namreč nujno odvrta od tako rekoč lahkotnega in prepogostega spreminjanja veljavnega prava, temveč stvari na tem področju umirja in jim daje neki pravi in razumen, umirjen, tako potek kot tudi obseg. Prelahkoten odnos do tega pa pušča ta vrata odprta, prepogosto spreminjanje veljavnega prava pa je nekaj, kar skozi taka odprta vrata lahko prosto stopa. Če v stabilnih pravnih redih določeni zakoni oziroma zakoniki lahko veljajo (sicer nujnimi, vendar ne

preobsežnimi in prepogostimi spremembami) petdeset ali sto let ali več, nam to jasno pove, kje smo s tem v zvezi še pri nas. O takih razdobjih pri nas sicer sploh ne moremo govoriti, ker niti sedanja država še ne izkazuje toliko let obstoja; toda vprašanje in problem sam po sebi je iste narave, zato je tudi primerjanje načelno umestno. Posežemo pa lahko tudi po aktualnosti, ki je neposredno prisotna sedaj in tukaj. Naša država sklep o potrebnosti priprave predpisa znotraj uprave in njenih strokovnih delavcev ter samo izjemoma z dopolnitvijo sodelovanja zunanjih strokovnjakov (pa še to samo glede posameznih strokovnih vprašanj) uvršča in klasificira kot enega od »varčevalnih« ukrepov. Nujnost in samoumevnost državne uprave, da v glavnem in predvsem sama pripravlja tudi tako rekoč (skoraj) vse predloge predpisov, ki jih je treba sprejeti oziroma spremeniti (kot je nekoč, ne tako davno pri nas tudi že bilo) je torej po takem pojmovanju uvrščena v sklop »varčevanja«. Ko bo taka potreba torej nekoč prenehala (in enkrat gotovo bo), bo odpadel tudi tovrsten »varčevalni« ukrep, in se lahko potemtakem zopet vrnemo na sedanje (nesprejemljivo) stanje na tem področju. Gre torej za sistemsko napako v pristopu, razmišljanju in dojetanju teh vprašanj in problematike.

Večkrat smo že omenili, da samo del potrebnih sprememb in posegov priključijo velika pomanjkljivost v nekem predpisu z nomotehničnega vidika oziroma vidikov. V veliki in odločilni meri pa je tudi to že (oziroma šele) posledica drugih faktorjev, to je tistih, ki smo jih morali posebej obravnavati ali navesti že prej.

Pravnikom (če niso hkrati tudi politiki) je vprašanje politike in njenega neposrednega vpliva na (prepogosto) normiranje pravzaprav težko razpirati; politika ni njihovo domače področje. Pravniku je v ospredju pravo, in ne politika. Pri pravniku, ki je oziroma postane aktiven v politiki, pa se pogosto ta odnos in razmerje nekako obrne (vsaj generalno rečeno) – kar je vsaj do neke mere celo logično. Pri tem pa tudi pravnik, ki je »samo« pravnik, niti sam ne more nikoli zanikati nerazdružljivega odnosa in razmerja med pravom in politikom, kot smo ga že omenili.

Kot že rečeno torej samo majhen del nestabilnosti zakonodaje povzročijo pravniki – nomotehniki »izvirno« in samostojno. Tem bolj pa so pogosto potisnjeni v položaje izven njihovega vpliva, ki pa jih silijo k časovno nagli pripravi predpisov oziroma njihovih sprememb. To so torej glede njih zunanji, objektivni dejavniki oziroma v bistvu zgolj »naložene naloge«. Tako pripravljene predpisi pa že sami v sebi nosijo zametek skorajšnjih ponovnih sprememb in dopolnjevanj. Vse to pa posledično sproža za nestabilno zakonodajo tako zelo značilen (neke vrste) *circulus vitiosus*, ki ga je prav tako težko prekiniti ali upočasniti, kot tudi razloge zanj. Na neki način postane vse skupaj – kot stanje – tudi kar nezapisano (in skorajda samoumevno) pravilo, tako stanje se nekako delno kar osamosvoji od svojih akterjev in začne živeti delno že kar tudi svoje samostojno življenje. Na neki način se ti postopki začno obnavljati in vrteti tudi že kar sami od sebe. To vrtenje včasih – niti dobrim niti slabim – rešitvam ne pusti dovolj časa niti, da bi se v praksi vsaj kolikor toliko potrdile in izkazale kot take. To vse samo še povečuje trdovratnost in začaranost takega stanja v pravu. Kljub temu je treba te probleme



strpno odpravljati, začeni z opozarjanjem nanje, z osveščanjem o tem, če želimo končno doseči pravno državno s čim bolj stabilno zakonodajo, kot potrebo in nujnost pravne države in pravne varnosti. O kvarnosti in nestabilnosti zakonodaje bi torej vsakdo moral, znotraj svojih dolžnosti in možnosti prizadevanj za boljše predpise, imeti svoje jasno zavedanje o tem, in na to, kolikor je pač možno, tudi sproti opozarjati. Sinergijsko bi se taka prizadevanja lahko seštevala in na ta način končno vendarle dosegla svoj učinek oziroma zaenkrat sploh začetek potrebnih sprememb na tem področju.

Strokovni članek
UDK 340.134(497.4)

Najpogostejše nomotehnične napake v predpisih

MARJANA GLUŠIČ,
Služba Vlade Republike Slovenije
za zakonodajo

1. Uvod

Lani sem v okviru seminarja Nomotehnični dnevi imela predavanje z naslovom »*Ali so Nomotehnični dnevi še potrebni?*«. V letu dni, odkar je nastalo predavanje, smo v smeri nomotehničnih pravil dosegli kar znaten napredek. Pred nekaj meseci je izšla druga, spremenjena in dopolnjena izdaja Nomotehničnih smernic, ki vsebujejo posamezne primere k pravilom, pa tudi nov, posebni del knjige, in sicer »*Posebnosti pri izvajanju in prenašanju pravnih aktov Evropske unije v pravni red Republike Slovenije*«, vsebina, ki do sedaj še ni bila urejena v knjižni obliki.

Letos pa stojim pred novim izzivom – kako ljudem, ki se vsako leto znova udeležujejo Nomotehničnih dni, ponuditi nekaj novega, **še posebej glede na naslov, ki ga nosi moje današnje predavanje**. Nikakor ne bi želela biti pokroviteljska ali podcenjujoča do kolegov, ki se s pisanjem predpisov ukvarjajo že mnogo let, še manj pokroviteljsko in zviška kazati na napake, ki se še prerade zgodijo vsakemu izmed nas. Vseeno pa me vsakodnevne izkušnje pri pregledovanju predpisov nagovarjajo, da se zopet vrnem k temeljem in predstavim nekatera osnovna nomotehnična pravila. Za vse tiste, ki jih poznate, naj bo to zgolj hitra osvežitev znanja, ki nam vsake toliko časa pride prav. Če pa je med nami kdo tak, ki danes prvič sodeluje na teh predavanjih, upam, da mu bodo ti napotki prišli prav.

2. Citiranje objav predpisov

- *Napišeta se zgolj zadnji dve številki letnice;*
- *»UPB« se izpiše, in sicer »uradno prečiščeno besedilo«;*
- *oddajo se kratice drugega zakona, če drug zakon posega v ta predpis;*

- *odločbe Ustavnega sodišča, in sicer le razveljavitvene, se navajajo kot »odl. US«;*
- *popravki se navajajo kot »popr.«.*

⇒ Zakon o graditvi objektov (Uradni list RS, št. 102/04 – uradno prečiščeno besedilo, 14/05 – popr., 92/05 – ZJC-B, 111/05 – odl. US, 93/05 – ZVMS in 126/07)

3. Strukturne enote predpisa

Členi se označujejo z zaporednimi arabskimi števkami (vrstilnimi števniki) pred navedbo člena.

Pravilno

⇒ 1. člen

Napačno

⇒ člen 1

Vsi odstavki v členu, razen če ima člen le en odstavek (potem se ga ne označi), morajo biti označeni s tekočo zaporedno številko v oklepaju, ki se postavi pred začetkom besedila odstavka.

Pravilno

⇒ (5) Zoper sodbe, ki jih izda upravno sodišče, je dovoljena pritožba na vrhovno sodišče.

Napačno

⇒ 5) Zoper sodbe, ki jih izda upravno sodišče, je dovoljena pritožba na vrhovno sodišče.

Točke se označujejo z zaporednimi arabskimi števkami.

Pravilno

⇒ 3. točka

⇒ Upravičenci po tem zakonu so:

1. državljani Republike Slovenije, ki v Republiki Sloveniji stalno prebivajo;
2. tujci z dovoljenjem za stalno ali začasno prebivanje v Republiki Sloveniji in osebe brez državljanstva (apatridi), ki zakonito prebivajo v Republiki Sloveniji;

Napačno

⇒ tretja točka

Alinee se označujejo s »črticami«.

⇒ – podatke o prosilcu oziroma upravičencu in njegovih družinskih članih (osebno ime oziroma firmo, EMŠO, davčno številko, naslov stalnega ali začasnega prebivališča oziroma sedeža), če je tujec pa osebno ime, datum in kraj rojstva, naslov stalnega in začasnega prebivališča;

Člene in točke citiramo s številko, razen če se sklicujemo na predhodni člen oziroma točko, v tem primeru se uporabi besedna zveza »prejšnji člen«, »prejšnja točka«.

⇒ Prošnjo za dodelitev brezplačne pravne pomoči vloži prosilec na predpisanem obrazcu, katerega priloga je obrazec o premoženjskem stanju prosilca in njegove družine **iz 20. člena** tega zakona.

⇒ Premožensko stanje prosilca in njegovih družinskih članov **iz prejšnjega člena** se ugotavlja na podlagi pisne izjave prosilca, ki jo poda pod kazensko in premoženjsko odgovornostjo.

⇒ V 3. členu se črta **3. točka**.

⇒ 2. listine, priložene vlogam **iz prejšnje točke**;

Odstavke in alinee citiramo z besedami, če se sklicujemo na predhodni odstavek ali alineo, uporabimo besedno zvezo »prejšnji odstavek« ali »prejšnja alineo«.

⇒ Če ni z mednarodno pogodbo določeno drugače, se za pridobivanje osebnih podatkov o tujcu za namene **iz prvega odstavka tega člena** uporabljajo določbe zakona in mednarodnih pogodb, ki obvezujejo Republiko Slovenijo, ki urejajo nudenje mednarodne pravne pomoči v sodnih postopkih.

⇒ Osebe lahko pridobijo soglasje **iz prejšnjega odstavka**, če izpolnjujejo naslednje pogoje, da:

⇒ V **tretji alinei** se besedilo »18 minimalnih plač« nadomesti z besedilom »35 osnovnih zneskov minimalnega dohodka«.

⇒ – opravljanje storitve informacijske družbe posega v katerega od ciljev, navedenih v **prejšnji alinei**;

4. Enotna identifikacijska oznaka predpisa

Navajanje identifikacijske številke, pod katero je bil predpis obravnavan, s krajem in datumom sprejema oziroma izdaje, enotno identifikacijsko številko akta in podpisom izdajatelja predpisa z nazivom njegove funkcije.

⇒ Št. 704-16/2008
Ljubljana, dne 12. marca 2009
EVA 2009-2011-0042

Aleš Zalar l.r.
Minister za pravosodje

5. Izražanje v novelah

V 1. členu novele se vedno navede naslov predpisa, ki se spreminja.

Pravilno

⇒ V Zakonu o sodnem registru (Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo in 93/07) se na koncu prvega odstavka 1. člena doda drugi stavek, ki se glasi: »Ta zakon ureja tudi postopke v sistemu Vse na enem mestu.«

Napačno

⇒ Prvi odstavek 1. člena se spremeni tako, da se glasi:

Noveliranje člena

Pravilno

⇒ 8. člen se spremeni tako, da se glasi:

»8. člen

(1) Odločbe, izdane na podlagi 12., 25., 26., 62., drugega odstavka 77., 79., 81., 82., 89., 95., 98., 107., 108., 113., 193., 206. in 236. člena tega zakona, se izdajajo skladno z zakonom, ki ureja splošni upravni postopek.

(2) O dovoljenih pritožbah zoper odločbe, ki jih izda na prvi stopnji Uprava Republike Slovenije za izvrševanje kazenskih sankcij (v nadaljnjem besedilu: uprava), odloča ministrstvo,

pristojno za pravosodje. O zadevah, o katerih na prvi stopnji odloča direktor zavoda, odloča na drugi stopnji generalni direktor.

(3) Organi, pristojni za odločanje o zadevah po določbah prvega odstavka tega člena, odločajo v skrajšanem postopku brez zaslišanja strank.

(4) Vpis odločitve v osebni načrt na podlagi tega zakona nadomesti izdajo odločbe. Zoper odločitev, sprejeto v osebni načrtu, ima obsojenec pravico vložiti pritožbo na generalnega direktorja uprave v roku osmih dni od seznanitve z odločitvijo.

(5) Upravni postopek lahko vodi in odloča v upravnih zadevah iz 236. člena tega zakona delavec, ki ima najmanj srednjo strokovno izobrazbo.«

Napačno

⇒ 20. člen se črta in nadomesti z novim besedilom, ki se glasi:

Črtanje členov – preostali členi se nikoli ne preštevilčijo.

Pravilno

⇒ 129. člen se črta.

Napačno

⇒ Črtata se 50. in 51. člen.

Ustrezno se preštevilčijo členi v nadaljevanju: 52. člen postane 50 člen, 52.a člen postane 50 a člen, 52.b člen postane 50.b člen, 52. c člen postane 50.c člen, 52.člen postane 50.č člen, 52. d člen postane 50.d člen, 52. e člen postane 50 e člen, 52.f člen ostane 50. f člen, 52.g člen postane 50.g člen, 52. h člen postane 50.h člen, 52. i se spremeni v 50.i, 52.j postane 50.j, 52.k se spremeni v 50.k, 52.l postane 50.l, 52.m postane 50.m in 52.n člen, ki postane 50.n člen.

⇒ 52. člen postane 51. člen in se spremeni tako, da se glasi:

Noveliranje odstavka

Pravilno

⇒ Prvi odstavek 3. člena se spremeni tako, da se glasi:

»(1) Če sodišče, ki je izdalo odločbo na prvi stopnji, ni samo pristojno za njeno izvršitev, mora poslati overjen prepis odločbe s potrdilom o izvršljivosti pristojnemu sodišču v osmih dneh od dneva, ko postane odločba izvršljiva, oziroma v osmih dneh od dneva, ko jo prejme od sodišča višje stopnje.«

Napačno

- ⇒ Drugi in tretji odstavek 15. člena se črtata in doda se novo besedilo, ki se glasi:
- ⇒ Četrti odstavek 19. člena se črta in se doda nov odstavek, ki se glasi:

Prehodne in končne določbe so lastne vsakemu predpisu oziroma noveli in se lahko spreminjajo le takrat, ko roki, ki so določeni v njih, še niso pretečeni.

Pravilno

- ⇒ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiški knjigi (Uradni list RS, št. 28/09), sprejet 10. aprila 2009

33. člen se spremeni tako, da se glasi:

»33. člen

Določba drugega odstavka novega 140. a člena zakona se začne uporabljati 1. maja 2009.

Določbe prvega in tretjega do osmega odstavka novega 140. a člena in novega 140. b člena zakona ter določbe 7., 8., 11. do 24. in prvega odstavka 28. člena tega zakona se začnejo uporabljati 1. maja 2011, do tedaj pa se glede krajevne pristojnosti uporabljajo določbe Zakona o zemljiški knjigi (Uradni list RS, št. 58/03 in 34/08 - ZST-1).«

Določba 33. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiški knjigi (Uradni list RS, št. 45/08) se je pred spremembo glasila:

33. člen

(1) Določbe novega 140.a člena in 140.b člena zakona se začnejo uporabljati 1. maja 2009.

(2) Določbe tega zakona, ki se nanašajo na splošno krajevno pristojnost, se začnejo uporabljati 1. maja 2009, do tedaj pa se glede krajevne pristojnosti uporabljajo do sedaj veljavne določbe zakona.

Napačno

- ⇒ Kot prehodna in končna določba se doda nov 52. člen, ki se glasi:
- »Ta zakon začne veljati 16. 8. 2008.«

6. Sklep

Predstavljeni primeri so prikaz le nekaterih napak, ki se pojavljajo pri pripravi predpisov, in sicer predvsem tistih, ki »kršijo« najosnovnejša pravila pisanja predpisov. Kot sem napisala že v uvodu, namen prikaza ni bila kritika piscev predpisov, pač pa želja po boljših in razumljivejših predpisih. Za doseg tega cilja pa se je včasih treba vrniti čisto na začetek – k osnovnim pravilom nomotehnike.

Recenzija, prikaz knjige, kritika
UDK 340.134(049.3)

Nomotehnične smernice – smer proti dobri praksi?

KATJA BOŽIČ,
sekretarka, Služba Vlade RS
za zakonodajo

Je nimam. Lične knjižice. Take, v katero bi s časom beležila zmote, pomote, napake, dobre in slabe iznajdbe, zanimive in neprimerne novotarije, iskrive in utopične ideje, domišljene in površne utrinke, svoje in čigarkolišnje že, take in drugačne pomanjkljivosti in še kaj in še kaj, kar bi sodilo v tako knjižico, katere platnice bi nosile kako od izpeljank, skovank ali besednih zvez iz meni tako ljube besede »nomotehnika«.

Pa bi jo bilo dobro imeti. Še kako. In v teh letih bi bila brez dvoma bogato napolnjena, morda tudi ne ena sama ob robu delovne mize. Namesto tega imam kupe spisov, ki z debelimi rdečimi zaznamki na ovojih kričijo, da je njihovo stalno mesto v moji omari, in ne v arhivu – prav zato, da jih vsake toliko vzamem predse in pletem misli teh »nomotehničnih zgodb«, da v njih znova in znova najdem trdno potrditev, da tem večšinam na splošno odmerjamo zagotovo premalo pozornosti in jih še vedno preveč odrivamo ob rob.

In sem znova in znova presenečena. Da je lahko na videz tako suhoparna in toga veda pravzaprav pisano polje kompleksnih zagat in vprašajev, katerih rešitve so dosegljive vse prej kot po trdno zasidranih recepturah. Ki pa kljub temu (ali morda prav zaradi tega) seveda obstajajo, a jih moramo iskati iz drugega zornega kota – ne le v smeri od problema proti rešitvi, pač pa najprej v smeri od dobro razumljenih trdnih nomotehničnih okvirjev proti niansam, ki jih je znotraj tega mogoče najti za rešitev posameznih ugank. In v tem smislu so »recepture« dobre nomotehnike povsem nedvoumne, ker imamo pred očmi njene temeljne gradnike, ki so pravzaprav njeno bistvo: jasnost, natančnost in sistematičnost.

Da pa nomotehnika ne ostane le na ravni obrtno tehničnih metod in pristopov, pač pa pridobi tudi svojo neprecenljivo pravno sistemsko vrednost, so bistveni dobro razumevanje obravnavane vsebine, poznavanje pravnih okvirov, ki določajo normativno polje, ter dojetje življenjskih in pravnih razsežnosti uporabe teh ali onih nomotehničnih prijemov. Šele tako znanje in razumevanje sta lahko podlaga za občutek umestiti normo 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 navidez tako veliki posegi lahko ostanejo le črka na papirju. Od skupa vseh znanj, vključno z dobrim nomotehničnim, je odvisno, ali bo dejanski doseg norme dejansko tak, kot ga je nameraval doseči normodajalec.

Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo kot »skrbnik in izgrajevalec« nomotehničnih smernic se trudi zagotoviti tako enoten (nomotehnični) pristop, kot je le mogoče – z namenom vzpostavitve čim bolj jasnega, preglednega in konsistentnega pravnega sistema in s tem tudi zagotavljanja načel pravne varnosti, enakosti in zakonitosti. Ko pri svojem vsakdanjem delu pravno sistemsko ocenjujemo predloženo gradivo in normativne rešitve iz zornega kota ustavnosti in zakonitosti, je nabor takih in drugačnih nomotehničnih pionirstev, inovacij in kreativnosti zares pisan, vendar od tega v zelo skromnem obsegu tak, da bi z izvirnimi rešitvami, drugačnimi od tistih, ki so dogovorjene v okviru nomotehničnih smernic, obetala relativno jasnost in nedvoumnost norm.

Če govorimo o tem, kako nomotehnično korektno oblikovati normo ali skupino norm v okviru predpisa ali celo skupino predpisov glede zadevne problematike, je na vprašanje **kako?** mogoče podati na videz relativno enoznačen odgovor, ki pa po vsebini še zdaleč ne pomeni enostavnega dela, saj, kot že rečeno, ob zaželeni uporabi dogovorjenih nomotehničnih pristopov združuje skup različnih znanj in veščin. Temu vprašanju pa se takoj nujno pridruži tudi vprašanje **kdo?** Odgovor bi moral ponuditi urednik z lastnostmi, ki presegajo standard pravne izobrazbe, in poleg tega človeka s posebno spoštljivim in razvitim odnosom do jezika, z občutkom za tanke meje normativnega, s sposobnostmi pravno systemskega dimenzioniranja normativnega odraza strokovno-politične volje in želje normodajalca, v težnji za optimalno sinergijo pravnih razmerij in življenjskih situacij.

Seveda že odgovori na ti dve osnovni vprašanji dajejo slutiti temeljne vzroke za nomotehnično relativno slabo pripravljene predloge predpisov in za ponavljajoče se napake in zmote, ki so nemalokrat takega obsega, da je besedilo po opravljeni redakciji popolnoma predrugačeno.

Kar zadeva **kako?**, je osnovne probleme zaznati v dejanskem pomanjkanju znanj in veščin, še bolj pa v zaskrbljujočem večnem časovnem pritisku, ki je postal rezervno opravičilo za vsak slabo pripravljen predpis. Če je obdobje pred pristopom k Evropski uniji res zaslužilo posebno obravnavo in so bile take olajševalne okoliščine še sprejemljive, pa smo ta čas zdaj presegli. Namesto da bi si družno prizadevali za dolgoročno boljše predpise in njihovi pripravi namenili spoštljiv kos časa, so se misli in dejanja utirila v časovni ritem, ki je podcenjujoče tako do vsebin, ki jih je treba urediti, kot do ljudi, ki so zanje pristojni. In tu trčimo tudi na problematični **kdo?**, kjer so dejanski odgovori nemalokrat daleč od zaželenih. Ne glede na to, da bi morali biti ljudje, ki oblikujejo norme in s tem sooblikujejo pravni red, v resnici visoko profilirani, je pisanje predpisov v državni upravi vse prevečkrat v rokah vseh tistih, ki so »pri

roki«, pri čemer tem ljudem ponavadi ni zagotovljeno niti minimalno pridobivanje in nadgrajevanje ustreznih specialnih znanj, ob tem pa je fluktuacija uradnikov znotraj državne uprave relativno dinamična in velikokrat žal ne omogoča kontinuiranega procesa izobraževanja in prenosa znanja. A to polje ni tokratno bojno polje, zato se mu bomo na tem mestu izognili, zagotovo pa bi prej ko slej zaslužilo resne premisleke ...

Če se torej dotaknemo le nekaterih **kako?**, osebno glasno navijam za to, da najprej skrbno in razumno premeljeno ponujene smeri prenovljenih Nomotehničnih smernic. Ker smo v njih želeli in poskusili zajeti temeljne predpostavke dobre nomotehnikе in jim dodati življenjske podkrepitve. Ter prav posebej skrbno pridodati namige za smeri, ki jih je dobro ubirati, ko moramo misliti obenem v okviru nacionalnega prava in prava Evropske unije.

Slednje so namreč (pravne) situacije, ki v teh letih kot posledica sobivanja dveh pravnih sistemov (upošteva je intenzivno »evropsko« normiranje, brezštevilno bruseljsko birokracijo in vedno obsežnejše področje življenja, ki je ukrojeno po evropskih merilih) razumljivo porajajo vedno nova in nova, tudi nomotehnična vprašanja. Kljub načelni jasnosti (ali pa morda ravno zato) je treba spet in spet opozarjati na nujnost posameznikovega pravnega razumevanja nekaterih teoretičnih izhodišč evropskih pravnih predpisov, ki so, postavljena ob bok jasnim, predvsem pa sistemsko domišljenim in razvojno-zgodovinsko dobro podprtim pravno-sistemskim in nomotehničnim okvirom slovenskega pravnega reda, pravniku na prvi pogled relativno tuja. Vsa zadovoljivo osvojena teorija je velikokrat kaj malo v tolažbo, ko smo ob siceršnji kopici osvojenih načelnih izhodišč izzvani s povsem konkretnim primerom, ki ga je treba primerno vkomponirati v slovenski pravni red. Za posameznika, ki se pri svojem delu srečuje z evropskimi pravnimi akti, je gola teorija na tem področju v primerjavi s področjem nacionalne zakonodaje, tako zaradi precejšnje specifikе *acquis communautaire* kot tudi zaradi količinsko težko obvladljivega korpusa pravnih norm (ob upoštevanju prej povedanega), precej manj uporabljivo orodje, teoretična izhodišča pa začnejo dobivati svojo pravo podobo ter dajati občutek svojih razsežnosti in raznolikosti šele, ko so napolnjena in obogatena z izkušnjami konkretnega dela in z dejanskim občutkom za pomen pravnega reda Evropske unije za slovenski pravni prostor.

Osnovno orodje je prav gotovo nacionalna nomotehnikа, ki pa je (bila) kljub svoji častivrednosti pri iskanju kompromisov ob stapljanju »slovenskih« z »evropskimi« normami nemalokdaj na prepihu – predvsem iz razlogov pravne varnosti in teženj k jasnosti in nedvoumnosti besedila, ki bi moralo biti korektno preneseno ali izvedeno, pa je z nomotehničnimi instrumenti, ki so na razpolago, to delo marsikdaj precej oteženo in predvsem bolj zapleteno. Še posebej takrat je treba pretehtati med enim in drugim, da nacionalne nomotehnikе ne upognemo preveč ali je ne uporabimo napačno, a da jo na drugi strani vendarle uporabimo kot koristen pripomoček pri oblikovanju takih predpisov. In da znamo kljub načelnemu spoštovanju relativne statičnosti nacionalnih nomotehničnih pravil prepoznati tiste situacije, ki od človeka

zahtevajo vse večji dinamičnosti normiranja in dejanskemu življenju ustrezne morebitne drugačne nomotehnične rešitve.

Po nekaj letih Republike Slovenije v aktivni vlogi normodajalca pri oblikovanju nacionalnih predpisov tudi ob prenašanju in izvajanju predpisov Evropske unije, po dinamičnem obdobju prepletanja nacionalnih nomotehničnih pravil s tistimi, ki jih vsebujejo evropski pravni akti, je marsikateri nomotehnični **kako** dobil svoj **tako** tudi na tem področju in iz marsikatere situacije, ki je pred leti štela za trd nomotehnični oreh, se je izluščila jasna smer.

Ravno take rešitve še toliko bolj dokazujejo, da nomotehnika kljub svoji imanentni načelni stabilnosti vendarle ni absolutna in ni statična, pač pa jo kot del živega sveta gnete in oblikuje duh časa, pot ji križajo nove pravne in življenjske situacije, drugačne miselne konstrukcije, predrugačeni pogledi na smeri, ki jih ubira.

Vse to so razlogi, ki močno govorijo v prid temu, da se vsi, ki se s svojim delom kakorkoli vpletamo v proces normiranja, vsake toliko kritično ozremo na svoje nomotehnične veščine in zanje vestno skrbimo kot dobri gospodarji – jih pilimo, poglobljamo in morebiti redefini-ramo v skladu s splošno priznanimi nomotehničnimi priporočili in dogovorjenimi tehnikami. Če na svoji delovni mizi že nimamo knjižice z lastnim naborom na to temo in morebitnimi lastnimi ali tujimi odmevi nanje, lahko v ta namen in še precej širše uporabljamo spremenjeno in dopolnjeno izdajo Nomotehničnih smernic, ki je nadgrajena z nomotehničnimi posebnostmi pri prenašanju in izvajanju pravnih aktov Evropske unije, vso teorijo pa oživljajo nekateri konkretni primeri (dobre prakse). Nomotehnične smernice so lahko most od teorije do prakse za vse tiste, ki so teorijo že odlično osvojili in bi radi svoje znanje, tako teoretično kot praktično, utrdili in izboljšali z rešitvami, ki so rezultat relativno širokega konsenza in ki v največji možni meri zagotavljajo celovitost, konsistentnost in koherentnost pravnega sistema. Zlasti pa naj bi se v procesu oblikovanja pravne norme s primernim upoštevanjem, spoštovanjem in poznavanjem nomotehnike in z mislijo na čim jasnejšo in poenoteno ureditev različnih nomotehničnih pristopov zagotovilo tisto, kar je njeno bistvo: da norma jasno in nedvoumno izraža tisto, kar želi normodajalec.

Nekaj namigov za popotnico na poti proti dobri nomotehnični praksi se je vsekakor nabralo in morda so ravno Nomotehnične smernice tista modra knjižica, ki lahko ob robu delovne mize tu in tam pripomore k bistrejšim mislim in bolj ostro začrtani smeri ... Stranpoti pa ... te so in bodo. Gotovo bodo skupaj z najpogostejšimi napakami in zmotami pri oblikovanju predpisov ter morebitnimi boljšimi idejami (ki se bodo zbirale in nabirale v takih ali drugačnih knjižicah, na takih ali drugačnih seznamih, v takih ali drugačnih mislih ...) botrovale naslednji dopolnjeni in spremenjeni izdaji, novim mostovom med teorijo in prakso ...

Strokovni članek
UDK 340.134:[342.51+342.53](497.4)

Poglavitne rešitve na področju priprave (dobrih) predpisov

JOŽICA VELIŠČEK,
sekretarka v Službi Vlade RS
za zakonodajo

1. Uvod

Naslov in vsebina tega prispevka je nadaljevanje prispevka, podanega na VI. Nomotehničnih dnevih z naslovom *Ocena stanja na področju priprave (dobrih) predpisov*. Oцени stanja, po opredelitvi ciljev in načel, sledijo poglavitne rešitve na področju priprave (dobrih) predpisov, ki so v nadaljevanju predstavljene.

2. Lanske ugotovitve in predlogi

Za lažje spremljanje obravnavane teme si osvežimo spomin na omenjeni lanskoletni prispevek.

Uvodoma je bilo povedano, da so dobri predpisi vsekakor tisti, ki temeljijo na poprejšnji strokovni analizi družbenih razmer in interesov, oceni možnosti in potrebnosti normativnega urejanja ter doseganja zastavljenih ciljev z izvajanjem te normativne ureditve. Poleg splošne razgledanosti in strokovne usposobljenosti pripravljavcev je za pripravo in oceno (dobrih) predpisov vsekakor treba določiti teoretična in praktična pravila, spremljati njihovo primer-
nost oziroma ustreznost in jih dograjevati.

Izpostavljena so bila naslednja vprašanja:

1. Ali veljavna ureditev in pravila zagotavljajo pripravo (dobrih) predpisov in jih je zaradi zagotavljanja večjega sodelovanja zainteresirane javnosti in sistematičnega ugotavljanja in spremljanja učinkov, ciljev, ki naj bi jih predpis dosegel, treba le nadgraditi (normativno in v praktični izvedbi)?
2. Ali se veljavna ureditev in pravila v praksi izvajajo v zadostni meri?

3. Ali se pomanjkljivosti sistematično ugotavljajo in s strokovnimi in političnimi ukrepi odpravljajo?

Iz predstavljene normativne ureditve, pravil, dokumentov slovenskih organov in institucij EU, OECD in SIGME ter njihovega izvajanja in upoštevanja v praksi je na postavljena vprašanja izšel pritrdilen odgovor na prvo in negativen na drugo in tretje vprašanje.

Ad 1) Normativna ureditev, pravila, dokumenti

Vprašanja postopka in metod dela pri pripravi predpisov ter obveznih sestavin, ki jih mora vsebovati predlog predpisa urejajo:

- Poslovník Državnega zbora za akte, ki jih sprejema Državni zbor,
- Poslovník Vlade in na njegovi podlagi izdana navodila generalnega sekretarja vlade ter
- Metodologija za izpolnjevanje in spremljanje Izjave o odpravi administrativnih ovir in sodelovanju zainteresirane javnosti – začetna ocena učinkov predpisov.

Pri pripravi predpisov je treba poznati in upoštevati pravila stroke – pravila nomotehnike, vede o izdelavi predpisov, ki so zapisana v Nomotehničnih smernicah Službe Vlade za zakonodajo.

Na tem področju obstajajo številni dokumenti Vlade, Evropske unije in OECD, ki vzpodbujajo aktivnosti za zagotovitev kakovosti in preglednosti normativnega urejanja.

V tem sklopu so bile omenjene Smernice za oceno vplivov normiranja, poznane in propagirane pod imenom, kratico RIA (A Guide to Regulatory Impact Assessment) ter ugotovitve in priporočila (Skupna pobuda OECD in EU) SIGME (Support for Improvement in Governance and Management) v dokumentu »Sposobnost regulativnega vodenja v Sloveniji – januar 2007«. Izpostavljeno je bilo Revizijsko poročilo Računskega sodišča »Ali v Sloveniji preverjamo učinke predlaganih predpisov na družbo« z dne 7. marca 2007, ki je težišče revizije usmerilo na preverjanje priprave analize učinkov predlaganih zakonov v letu 2004 in 2005, ki po veljavni zakonodaji vključuje pripravo ocene finančnih posledic za državni proračun in tudi drugih posledic, ki naj bi jih imel posamezen kasneje sprejeti zakon.

Opozorjeno je bilo tudi na dokumente, ki jih je pripravljala državna uprava, in sicer:

Osnutek koncepta nove metodologije za pripravo in spremljanje predpisov (št. 010-125/2007/18, z dne 18. 12. 2007), predlog Smernic za pripravo boljših predpisov (št. 010-71/2008, z dne 15. 4. 2008) in Priročnik za pripravo ocene učinkov predpisov.

Ad 2) Praktično izvajanje

Pri presoji praktičnega izvajanja se je pokazalo, da se določbe tako Poslovníka Vlade kot Državnega zbora velikokrat izvajajo le v obsegu, ki zadostuje za formalno izpolnjevanje pogojev, ne pa, da bi v resnici pripomogle k vsebinskim odločitvam pri pripravi boljših in le nujno

potrebnih predpisov. Do podobnih ugotovitev so prišli, med drugim, tudi inšpektorji SIGME in Računsko sodišče.

Ad 3) Ugotavljanje pomanjkljivosti in ukrepi za njihovo odpravo

Glede na številne sklepe Vlade je bilo ugotovljeno, da obstoja, vsaj na deklarativni ravni, politična podpora zahtevam za pripravo boljših normativnih aktov. Iz osnutkov gradiv, ki so se pripravljali z namenom, da bi te ugotovitve upoštevali, pa se je dalo ugotoviti, da so si v nasprotju s pravili in cilji, ki naj bi jih določali.

Ta gradiva niso vsebovala ocene stanja na področju priprave predpisov, ki bi prikazala obstoječe stanje in ureditev, njene pomanjkljivosti in možne načine njihove odprave ter razlogov za sprejem, cilje, načela in poglavitne rešitve, oceno finančnih posledic za državni proračun in druga javno finančna sredstva ter opredelitev drugih morebitnih posledic, kar vse bi bilo treba storiti. Taka analiza bi dala odgovor na temeljno vprašanje, ali so sploh potrebne spremembe ali bi zadostovalo le striktno izvajanje obstoječe ureditve in če so spremembe potrebne, kaj in kako spreminjati oziroma dopolnjevati oziroma kako spremembe vključiti v obstoječo ureditev.

Ministrstva, ki so se odzvala na gradiva, ki so se pripravljala v državni upravi, so ugotavljala podobno. Med drugim so izpostavila, da je, pri morebitni dograditvi veljavne ureditve, kar naj bi pokazala predhodna temeljita analiza, nujno potrebno upoštevati slovenske razmere, in sicer kadrovske potenciale (število in usposobljenost), proračunska sredstva, razpoložljivi čas in drugo.

V prispevku je bilo predlagano, da se, po opravljeni celoviti analizi, rešitve, katerih namen naj bi bil vzpostavljanje razmer, pogojev in potrebnih strokovnih in pravnih okvirjev za nadgradnjo obstoječega stanja pri pripravi, izvajanju in spremljanju predpisov, umestijo v že uveljavljena pravila in postopke ter po potrebi dopolnijo ali spremenijo. S takim načinom priprave gradiva bi se na najboljši način tudi praktično prikazali cilji in pričakovani učinki predlaganih rešitev. Ob tem bi bilo smiselno tudi upoštevati predlog SIGME in pozitivne izkušnje iz preteklosti, po katerih bi se na predlog Vlade oziroma Komisije za poslovnik v Državnem zboru na plenarnem zasedanju (letno, enkrat v mandatu) opravila razprava in sprejela priporočila za boljšo pripravo in izvajanje (dobrih) predpisov.

Podrobno je bila predstavljena ena izmed sestavin predloga zakona z namenom pokazati, da bi bilo mogoče z odgovornim strokovnim pa tudi političnim pristopom pripravljati veliko boljše podlage za pripravo, sprejemanje in izvajanje predpisov. Za osnovo je bil vzet Poslovnik Državnega zbora, konkretno določba drugega odstavka 115. člena, ki določa sestavine uvoda predloga zakona, ki je bila vsebinsko razdelana in delovno poimenovana »SLO RIA«.

Za nadgraditev področja priprave (dobrih) predpisov so bili predlagani naslednji koraki:

Takojšnje dopolnitve Poslovnika Državnega zbora ne bi bile nujno potrebne, bi bile pa dobrodošle, zaradi primernejše strukturiranosti predvsem sestavin, ki jih obsega uvod predloga zakona, ko bi se pokazala potreba po morebitnih drugih spremembah.

Poslovník Vlade pa bi bilo smiselno dopolniti tako, da bi v gradivu za Vlado ločili podatke, ki so namenjeni samo Vladi kot predlagatelju zakona oziroma organu, ki predpis sprejema in medresorskemu usklajevanju, od podatkov in predlogov, ki so namenjeni Državnemu zboru oziroma javnosti.

Glede na to, da veljavni Poslovník Vlade ne vsebuje določbe o obveznih sestavinah predloga predpisa, ampak se za predpise, ki jih sprejema Državni zbor, uporablja njegov poslovnik, za predpise Vlade (in ministrov) pa ni nič določeno, bi bila dopolnitev nujna. Določiti bi bilo treba, kaj so nujne sestavine predpisa in njihova vsebina tako, da bi se podrobneje razdelale sestavine, ki jih za predlog zakona določa Poslovník Državnega zbora. Za predpise Vlade pa bi bilo treba na novo določiti njihove sestavine tako, da bi se smiselno povzela ureditev za predloge zakonov. Za predpise ministrov pa bi se sprejelo priporočilo o smiselni uporabi načina priprave vladnih predpisov. Ob tem je seveda treba preučiti in ustrezno vgraditi rešitve, ki izhajajo iz dokumentov EU, OECD in drugih, pri čemer je nujno upoštevati slovenske razmere, potrebe in možnosti njihovega doslednega izvajanja, da ne bi sicer dobri nameni ostali mrtva črka na papirju.

Smiselno bi bilo pripraviti priročnik kot študijsko gradivo in pomagalo za javne uslužbence, katerih delovna naloga je priprava predloga predpisa. Pripravo takega priročnika bi lahko organizirala in izdala Upravna akademija in bi bil predpisan kot gradivo za strokovni izpit v državni upravi (seveda, če bosta tako Akademija kot strokovni izpit še obstajala, glede na predlagane spremembe predpisov s tega področja).

3. Ocena vplivov predlaganih rešitev

Ne delamo si utvar, da je bila aktualna vladna koalicija seznanjena s predlaganimi rešitvami, predstavljenimi v lanskem prispevku, dejstvo pa je, da Koalicijski sporazum posveča veliko pozornost vzpostavitvi pogojev za pripravo (dobrih) predpisov.

Za namen tega prispevka izpostavljam le nekaj poudarkov iz poglavja III.

Demokratizacija in aktivno državljanstvo, podpoglavje 11 Področje javnih služb kot modernizacija za boljše javne storitve – Ministrstvo za javno upravo:

»Koalicijski partnerji se zavedamo, da učinkovit družbeni sistem zahteva pravno infrastrukturo, ki bo ljudem in pravnim subjektom puščala svobodo in hkrati zagotavljala pregledno,

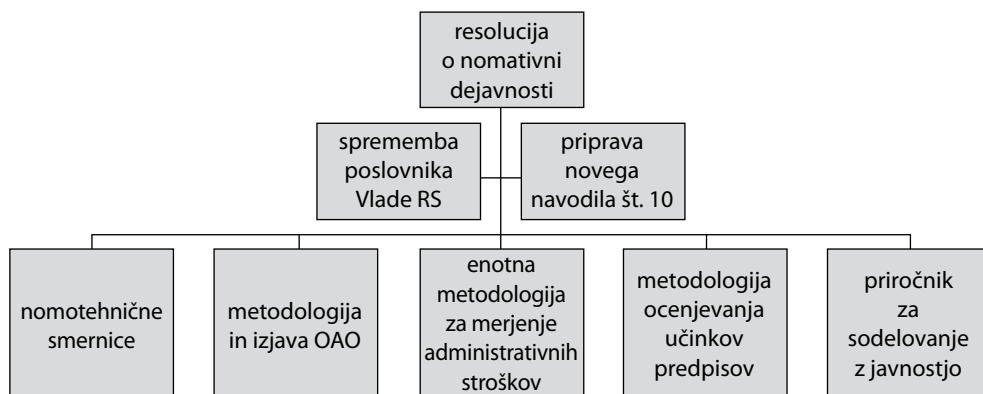
učinkovito in ustrezno omejeno poseganje države v njihovo sfero. Zaradi tega se koalicijski partnerji zavezujemo, da bomo ob sprejemanju predpisov skušali doseči čim širše soglasje o družbeni potrebnosti posameznega posega države in zagotovili, da bodo predpisi jasni, določni in usklajeni. Okrepili bomo nadzor nad izvrševanjem in spoštovanjem predpisov.

Koalicijski partnerji se zavezujemo, da bomo določili način obvezne presoje učinkov posameznega predpisa v postopku njegove priprave (ekonomski, okoljski, socialni, javno-finančni, upravno-uradniški). Ministri se zavezujejo, da bodo vzporedno z zakonom praviloma pripravili vse podzakonske akte.«

Cilje in zaveze iz Koalicijskega sporazuma je povzela in predstavila tudi ministrica za javno upravo ob predstavitvi v Državnem zboru pred imenovanjem.

Služba Vlade za zakonodajo je z zadovoljstvom sprejela navedene politične cilje in zaveze, ki predstavljajo njeno stalno strokovno zavzemanje za kakovost predpisov oziroma pravnega reda, spoštovanje hierarhije pravnih aktov in zagotavljanje pravne države. Predloge za dograditev področja priprave (dobrih) predpisov je predstavila Ministrstvu za javno upravo oziroma novi ministrici, ki je predlagani koncept podprla.

Koncept dograditve predvideva pripravo Resolucije o normativni dejavnosti, ki naj jo sprejme Državni zbor, spremembe in dopolnitve Poslovnika Vlade, vključno z navodili generalnega sekretarja, ter strokovne metodologije za posamezna področja in priročnike.



Pripravo predloga resolucije in predloga sprememb in dopolnitev Poslovnika Vlade z Navodilom generalnega sekretarja Vlade je prevzela Služba Vlade za zakonodajo, ki je že pred leti pripravila in izdala Nomotehnične smernice kot strokovni pripomoček za pripravo predpisov. Druge akte in priročnike pa naj bi pripravilo Ministrstvo za javno upravo v sodelovanju z resornimi ministrstvi.

4. Predstavitev poglavitnih rešitev

Pri pripravljanju predloga Resolucije in predloga sprememb in dopolnitev Poslovnika Vlade je bila preučena veljavna ureditev priprave predpisov in izkušnje pri njenem izvajanju. Preučene in ustrezno vgrajene so tudi rešitve, ki izhajajo iz dokumentov EU, OECD in drugih organizacij, pri čemer je bilo nujno upoštevati slovenske razmere in potrebe ter možnosti doslednega izvajanja. Predstavniki OECD so predlagali, in na neki način še vedno vztrajajo, ustanovitev nove nadzorne institucije, neodvisne agencije, ki bi preučevala in nadzirala predpise ter ocenjevala ustreznost normativnega urejanja, presojo vplivov na posameznih področjih, ki naj bi jih predpis imel. Za slovenske razmere je tak predlog, ob upoštevanju tako kadrovskih potencialov kot materialnih virov, neizvedljiv. Že tako omejeno število ustreznih strokovnjakov, še posebej na posameznih resorjih, bi se lahko še zmanjšalo z njihovim potencialnim odhodom v predlagano agencijo. Znašli bi se lahko v situaciji, ko bi imeli vzpostavljen nadzor, nadzorovanih pa ne bi bilo. Drugače povedano, če pristojna ministrstva kot glavni pripravljalci predpisov nimajo ustreznega kadra in materialnih sredstev za njegovo nagrajevanje, tudi predpisi ne morejo biti dobro pripravljene, kar je samo po sebi umevno in ni potrebe, da to ugotavlja neodvisna agencija.

Predlagana dopolnjena ureditev iz povedanih razlogov ni mogla prevzeti predloga predstavnikov OECD, ampak predvideva bolj poglobljeno vlogo resornih ministrstev pri presoji vplivov na posameznih področjih, ki naj bi jih predpis imel, in okrepljeno sodelovanje nevladnih organizacij ter strokovne in druge zainteresirane javnosti.

a) Resolucija o normativni dejavnosti

Predlog resolucije naj bi sprejel Državni zbor in s tem dal kakovostnemu normiranju ustrezno politično podporo. Predlog vsebuje oceno stanja na področju priprave predpisov in določa politiko za v prihodnje. Posebej so izpostavljena izhodišča in načela za pripravo predpisov ter opredeljen namen izdelave in uporabe presoje vplivov predpisov, s katero se dograjuje veljavna ureditev ocene posledic, ki naj bi jih imel predpis. V smernicah za sodelovanje s strokovno in z drugimi javnostmi pri pripravi in izvajanju predpisov so opredeljena načela in minimalna priporočila.

V poglavju o uresničevanju resolucije so določene aktivnosti za izboljšanje delovanja državnih organov pri pripravi, sprejemu ter izvajanju predpisov z namenom nadaljnega razvoja splošne pravne in politične kulture, zagotavljanja pravne varnosti in s tem pravne države.

Predlog predvideva, da je pri urejanju družbenih razmerij s predpisi treba:

- dosledno spoštovati hierarhijo pravnih aktov, sistematizacijo prava ter načelo delitve oblasti;

- stremeti k večji skladnosti pravnega reda ter k medsebojni usklajenosti zakonov, ki urejajo vsebinsko medsebojno povezana področja, ki naj se praviloma obravnavajo sočasno in sprejemajo po vsebinskem zaporedju;
- zaradi preglednosti pravnega reda in zagotavljanja pravne varnosti sprejemati spremembe in dopolnitve osnovnega zakona z njegovimi novelami, ne pa v okviru drugih zakonov;
- dograditi pravni red s sprejetjem predpisov, ki bodo v celoti nadomestili uporabo predpisov bivše države v Republiki Sloveniji;
- na podlagi celovite presoje vplivov pripravljati in sprejemati take zakonske rešitve, da bodo podlaga za hitrejši, učinkoviti in usklajeni razvoj družbe ob upoštevanju pozitivnih in preprečevanju negativnih vidikov znanstveno-tehnološkega razvoja v skladu z družbenim sistemom vrednot;
- urejati le temeljna vprašanja družbenih razmerij in materialnopravna razmerja, ki so splošnega pomena;
- izogibati se prepodrobnemu normiranju ter kazuističnemu urejanju posameznih vprašanj oziroma razmerij;
- pri odločanju o podeljevanju javnih pooblastil za izdajo splošnih aktov ravnati restriktivno in obrazložiti utemeljenost prenosa iz državne uprave na nosilca javnega pooblastila;
- urejati družbena razmerja s predpisi le v primerih, ko zastavljenih ciljev ni mogoče urediti na drug način;
- dosegati čim širše soglasje o družbeni potrebnosti posameznega posega države s predpisi;
- spodbujati in zagotavljati sodelovanje javnosti pri pripravi in spremljanju izvajanja predpisov;
- zagotoviti, da je le utemeljena javna korist ob pogoju, da se ne posega v pridobljene pravice, lahko razlog za učinkovanje posameznih zakonskih določb za nazaj;
- zagotoviti, da se sprejemanje predlogov zakonov po nujnem postopku omeji le na restriktivno uporabljene poslovniške razloge za tak postopek;
- pravočasno uveljavljati spremembe in dopolnitve ureditve posameznega področja, ko ta ne ustreza več novim družbenim razmeram, ter dosledno urediti prehod na novo pravno ureditev z uskladitvijo prejšnjih pravnih razmerij;
- opredeliti rok za uveljavitev sistemskih zakonov, praviloma daljši kot 15 dni, in to predvsem takrat, kadar zakoni v osnovi spreminjajo obstoječe norme sistemskih predpisov, ki vplivajo na človekove pravice in temeljne svoboščine ter pravice in obveznosti državljanov in drugih oseb;
- po večkratnih ali obsežnih spremembah in dopolnitvah zakonov pripraviti uradna prečiščena besedila zakonov;

- ob predlogu zakona pripraviti tudi osnutke podzakonskih predpisov, ki skupaj predstavljajo celoto urejanja družbenega razmerja;
- pripraviti vsebinske obrazložitve določb predlogov zakonov zaradi boljšega razumevanja in pravilnega izvajanja;
- dosledno spoštovati predpisane postopke in roke brez časovnih pritiskov;
- okrepiti nadzor nad spoštovanjem in izvajanjem predpisov;
- trajno spremljati izvajanje predpisov s presojo učinkov na podlagi vnaprej določenih meril.

Predlog resolucije izpostavlja pomen strokovno usposobljenih in politično nevtralnih kadrov, ki so, poleg jasno izraženih političnih usmeritev, pri normativni dejavnosti nujno potrebni, zato poudarja skrb za njihovo stalno usposabljanje in izpopolnjevanje, za ustrezno materialno in moralno spodbujanje kakovostnega in učinkovitega dela ter izboljševanje pogojev dela. Predpise naj pripravlja uprava, zunanje strokovnjake pa se povabi k sodelovanju le pri specifičnih strokovnih vprašanjih.

V predlogu resolucije je dano priporočilo tudi organom samoupravnih lokalnih skupnosti, ki naj v čim večji možni meri sledijo ciljem, načelom in smernicam iz te resolucije.

Izobraževalni programi in strokovni izpiti v upravi naj se dopolnijo z vsebinami iz te resolucije. Visokošolske organizacije naj vprašanju priprave predpisov v skladu s cilji resolucije posvetijo ustrezno pozornost v študijskih programih.

Po sprejemu resolucije naj bi Državni zbor in Vlada s spremembami in dopolnitvami poslovnikov in sprejemom drugih aktov ter doslednim izvajanjem v praksi zagotovita uresničevanje ciljev te resolucije.

Uresničevanje resolucije naj bi spremljala Vlada in Državni zbor. V Državnem zboru naj bi obravnavali poročilo o uresničevanju resolucije dvakrat v mandatni dobi, in sicer na koncu prvega leta in na začetku zadnjega leta ter sprejeli stališča o njenem uresničevanju oziroma potrebne spremembe in dopolnitve. S takim načinom spremljanja uresničevanja resolucije bi bila omogočena presoja ravnanja aktualne oblasti, zakonodajne in izvršilne, kot tudi primerjava med mandati.

b) Poslovnik Vlade

Bistvene dopolnitve Poslovnika Vlade in navodil generalnega sekretarja Vlade zaradi izboljšanja priprave in izvajanja predpisov so naslednje:

1. Določene so sestavine predloga zakona ter predloga podzakonskega predpisa, drugega akta ali odločitve Vlade. Za sestavine podzakonskega predpisa ministra ali nosilca javnega pooblastila se priporoča smiselna uporaba določb o predpisu Vlade.

2. Predlog zakona naj bi vseboval tudi osnutke podzakonskih predpisov, katerih izdajo določa predlog zakona.
3. Za vsak predlog zakona se opravi presoja vplivov oziroma posledic, ki naj bi jih predlagane rešitve imele na področje gospodarstva, okolja in sociale. Izjema sta predlog zakona, za katerega se predlaga sprejem po nujnem postopku, in predlog zakona o ratifikaciji mednarodne pogodbe, za katere se o presoji vplivov oziroma posledic pripravi poročilo po dvoletnem izvajanju, ki se po obravnavi na Vladi posreduje v vednost Državnemu zboru in objavi na spletnih straneh. Za predloge zakonov, katerih predlagatelj ni Vlada, podpira pa njihovo obravnavo in sprejem, naj bi presojo opravila ministrstva.
4. Natančneje je razdelano sodelovanje javnosti pri pripravi predpisa, in sicer:
 - javnost se povabi k sodelovanju z objavo splošnega vabila na spletnih straneh, kateremu se predloži osnutek predpisa; o neupoštevanih predlogih in mnenjih z obrazložitvijo razlogov se pošiljatelj obvesti,
 - za posamezna vprašanja se lahko s posebnim vabilom povabijo konkretne organizacije, civilnodružbeni subjekti ali posamezni strokovnjaki,
 - rok za odziv javnosti je 30 do 60 dni od objave na spletnih straneh,
 - javnost se ne povabi k sodelovanju v primerih, ko po naravi stvari to no mogoče (nujni ukrepi, ki morajo biti sprejeti in uveljavljeni nemudoma, z določenim začetkom veljavnosti brez predhodne seznanitve javnosti),
 - javnost se ne povabi k sodelovanju pri pripravi predloga državnega proračuna, predloga rebalansa državnega proračuna, predloga sprememb državnega proračuna, predloga zakona o izvrševanju državnega proračuna in podzakonskih predpisov na njegovi podlagi, predloga zaključnega računa državnega proračuna, predloga poslovnika vlade, predloga odloka, predloga resolucije, predloga deklaracije in predloga sklepa,
 - določbe Poslovnika Vlade se ne uporabljajo, če sodelovanje javnosti pri pripravi predpisov ureja zakon.

Na podlagi pooblastila v Poslovniku Vlade naj bi generalni sekretar Vlade z navodilom natančneje določil sestavne dele predloga zakona, ki izhajajo iz Poslovnika Državnega zbora. Predlagana ureditev v delovnem osnutku je naslednja:

Zakon o**I. Uvod****1. Ocena stanja in razlogi za sprejem predloga zakona**

- ocena stanja na področju urejanja;
- navedba predpisov, ki urejajo to področje;
- podatki o rezultatih spremljanja izvajanja obstoječega predpisa (predstavitev ciljev, ki jih je predpis zasledoval, ocena doseženih ciljev, metode oziroma merila, po katerih je narejena ocena doseženih ciljev, vzroki, zakaj cilji niso bili ali niso bili v celoti doseženi);
- pogloblitni problemi oziroma vprašanja na področju urejanja (jasna opredelitev, velikost in obseg, vzrok za nastanek problema);
- na kakšen način so bili problemi ugotovljeni;
- predpisi Evropske unije, ki vplivajo na področje urejanja;
- mednarodni sporazumi, ki vplivajo na področje urejanja;
- odločbe Ustavnega sodišča, ki obravnavajo področje urejanja oziroma primerljivo ureditev;
- odločbe sodišč Evropske unije, ki obravnavajo področje urejanja oziroma primerljivo ureditev;
- razlogi, ki utemeljujejo potrebo po novem predpisu ali spremembi in dopolnitvi obstoječega predpisa.

2. Cilji, načela in pogloblitne rešitve predloga zakona

Cilji, ki se jih želi doseči s predlaganim predpisom.

Načela, s katerimi naj bodo urejena razmerja na določenem področju.

Pogloblitne rešitve

Predstavitev predlaganih rešitev:

- konkreten opis predlaganih rešitev;
- variantne rešitve, ki so bile proučevane, in argumenti za predlagano rešitev.

Način reševanja:

- vprašanja, ki se bodo reševala s predlaganim predpisom;
- vprašanja, ki jih bodo urejali izvršilni predpisi in seznam izvršilnih predpisov, ki bodo prenehali veljati;
- vprašanja, ki se bodo reševala na drug način in kako (kolektivne pogodbe);
- vprašanja, na katera ni mogoče poseči s predpisi;
- vprašanja, ki naj bi bila deregulirana (ni več potrebe po regulaciji);

- vprašanja, ki se bodo reševala s predpisi, za katera je bilo poprej opravljeno eksperimentiranje in testiranja zaradi ugotovitve primernosti ukrepanja.

Normativna usklajenost predloga predpisa:

- z obstoječim pravnim redom (veljavno zakonodajo);
- s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo;
- predpisi, ki jih je tudi treba sprejeti oziroma spremeniti in »paketno« obravnavati.

Usklajenost predloga predpisa:

- s samoupravnimi lokalnimi skupnostmi;
- s civilno družbo oziroma ciljnimi skupinami, na katere se predpis nanaša (navedba odprtih vprašanj);
- subjekti, ki so na poziv predlagatelja neposredno sodelovali pri pripravi predpisa oziroma so podali mnenje (znanstvene in strokovne institucije, nevladne organizacije in posamezni strokovnjaki ter predstavniki zainteresirane javnosti).

3. Ocena finančnih posledic predloga zakona za državni proračun in druga javna finančna sredstva

- ocena finančnih sredstev za državni proračun;
- ocena drugih javnih finančnih sredstev;
- predvideno povečanje ali zmanjšanje prihodkov državnega proračuna;
- predvideno povečanje ali zmanjšanje obveznosti za druga javna finančna sredstva;
- predvideni prihranki za državni proračun in druga javna finančna sredstva;
- sredstva bodo zagotovljena z zadolževanjem (poročstva);
- v naslednjem proračunskem obdobju bodo sredstva zagotovljena.....

I. Ocena finančnih posledic				
	Tekoče leto (t)	t+1	t+2	t+3
Predvideno povečanje (+) ali zmanjšanje (–) prihodkov državnega proračuna				
Predvideno povečanje (+) ali zmanjšanje (–) odhodkov državnega proračuna				
Predvideno povečanje (+) ali zmanjšanje (–) obveznosti za druga javna finančna sredstva				

II. Pravice porabe za izvedbo predlaganih rešitev so zagotovljene po naslednjih proračunskih postavkah (PP) s predvidenimi zneski

Šifra PP	Ime proračunske postavke	Ime proračunskega uporabnika	Znesek za tekoče leto (t)	Znesek za t+1
SKUPAJ:				

Manjkajoče pravice porabe se bodo zagotovile s prerazporeditvijo iz naslednjih PP

Šifra PP	Ime proračunske postavke	Ime proračunskega uporabnika	Znesek za tekoče leto (t)	Znesek za t+1
SKUPAJ:				

Načrtovana nadomestitev zmanjšanih prihodkov oz. povečanih odhodkov proračuna

Novi prihodki	Znesek za tekoče leto (t)	Znesek za t+1
SKUPAJ:		

4. Navedba, da so sredstva za izvajanje zakona v državnem proračunu zagotovljena, če predlog zakona predvideva porabo proračunskih sredstev v obdobju, za katero je bil državni proračun že sprejet

- sredstva so zagotovljena v sprejetem državnem proračunu v okviru naslednjih proračunskih postavk
- sredstva bodo zagotovljena s prerazporeditvijo v okviru sprejetega državnega proračuna s postavke na postavko
- sredstva bodo zagotovljena z rebalansom oziroma spremembami državnega proračuna.

5. Prikaz ureditve v drugih pravnih sistemih in prilagojenosti predlagane ureditve pravu Evropske unije

- drugih pravnih sistemih;
- v pravnem redu EU;
- ureditve v najmanj treh pravnih sistemih držav članic EU;
- izjava o skladnosti predloga predpisa s pravnimi akti Evropske unije in korelacijska tabela, če gre za prenos direktive.

6. Druge posledice, ki jih bo imel sprejem zakona

Administrativne in druge posledice v postopkih oziroma poslovanju javne uprave ali pravosodnih organov oziroma pri obveznostih strank do javne uprave:

- razlogi za uvedbo novega postopka ali druge administrativne obveznosti in javni interes, ki naj bi se s tem dosegel,
- spoštovanje načela »vse na enem mestu« in kraj izvajanja dejavnosti oziroma obveznosti,
- dokumentacija, ki jo je stranka dolžna predložiti, povečanje ali zmanjšanje obsega dokumentacije z navedbo razlogov,
- podatki oziroma dokumenti, potrebni za izvedbo postopka, ki jih bo organ pridobil sam, in način pridobivanja,
- poraba časa in stroški za stranko (taksa, plačilo dejavnosti),
- način plačevanja dejavnosti (gotovina, kartica, e-moneta),
- možnost in obseg izvajanja postopka po elektronski ali drugih sodobnih poteh in obrazložitev, zakaj ta način ni mogoč,
- ali bo izvajanje postopkov in dejavnosti zahtevalo nove kadre, ali so izvajalci primerno usposobljeni, ali bo potrebno dodatno usposabljanje ter finančna in materialna sredstva),
- ali bo ukinitvev postopkov in dejavnosti imela za posledico zmanjšanje kadrov ter finančnih in materialnih sredstev).

Ocena vplivov na okolje:

- vplivi na kakovost zraka,
- vplivi na kakovost vode in vodne vire,
- vplivi na kakovost in vire prsti,
- vplivi na podnebje,
- vplivi na obnovljive ali neobnovljive naravne vire,
- vplivi na biotsko raznovrstnost, naravne vrednote ter varovana in zavarovana območja,
- vplivi na rabo prostora,
- vplivi na nastajanje in ravnanje z odpadki,

- vplivi na verjetnost ali stopnjo tveganj za okolje,
- vplivi na mobilnost (vrste transporta) in rabo energije,
- vplivi na okolje kot posledice dejavnosti podjetij,
- vplivi na zdravje rastlin in živali, varnost hrane za ljudi in živali.

Ocena vplivov na **gospodarstvo**:

- vplivi na poslovne stroške in poslovanje,
- vplivi na administrativne stroške podjetij,
- vplivi na pravice iz lastnine,
- vplivi na inovacije in raziskave,
- vplivi na druge države in mednarodne odnose,
- vplivi na določene regije in sektorje,
- vplivi na potrošnike in gospodinjstva,
- vplivi na organe oblasti,
- vplivi na makroekonomsko okolje,
- ocena vplivov na **mala in srednja podjetja**:
 - število podjetij in njihova velikost,
 - število podjetij in delovnih mest, na katere se nanaša predlagani predpis,
 - pomen različnih kategorij malih in srednjih podjetij v panogah,
 - povezanost z drugimi panogami in možni vplivi na podizvajalce,
- ocena vplivov na **konkurenčnost podjetij**:
 - omejevanje dobaviteljem dostopa na trg,
 - omejevanje konkurenčnosti dobaviteljev,
 - zmanjševanje spodbud dobaviteljem za učinkovito konkurenčnost.

Ocena vplivov na **socialni položaj posameznikov**:

- vplivi na zaposlenost in trg dela,
- vplivi na standarde in pravice v zvezi s kakovostjo dela,
- vplivi na socialno vključenost in zaščito določenih skupin,
- vplivi na enakost obravnave in enake možnosti, nediskriminacijo,
- vplivi na zasebno in družinsko življenje, osebne podatke,
- vplivi na upravljanje, udeležbo, dobro asimilacijo, dostop do sodišč, medije in etiko,
- vplivi na javno zdravje in varnost,
- vplivi na kriminaliteto, terorizem in varnost,
- vplivi na dostop do socialne zaščite, zdravstvenega in izobraževalnega sistema.

Predstavitev izvajanja predpisa:

Predstavitev predpisa

- ciljnim skupinam (seminarji, delavnice);
- širši javnosti (mediji, javne predstavitve, spletne predstavitve).

Spremljanje izvajanja predpisa

- zagotovitev spremljanja izvajanja predpisa,
- organi, civilna družba,
- metode za spremljanje doseganja ciljev,
- merila za ugotavljanje doseganja ciljev,
- časovni okvir spremljanja za pripravo poročil,
- roki za pripravo poročil o izvajanju predpisa, doseženih ciljih in nadaljnjih ukrepih.

Druge pomembne okoliščine v zvezi z vprašanji, ki jih ureja predpis.

II. Besedilo členov

(nomotehnično izdelan predlog predpisa)

III. Obrazložitev

(obrazložitev vsebuje natančno pojasnilo vsebine in namena posameznega člena ali zaokroženih vsebinskih sklopov členov in povezanosti vsebinskih rešitev v členih)

IV. Besedilo členov, ki se spreminjajo

(prepis določb veljavnega zakona, ki se s predlogom spreminjajo)

V. Predlog, da se predlog zakona obravnava po nujnem oziroma skrajšanem postopku

(navedba argumentov in posledic, ki v konkretnem primeru narekujejo predlaganje nujnega ali skrajšanega postopka)

VI. Priloge

- osnutki podzakonskih predpisov, katerih izdajo določa predlog zakona,
- analize, študije,
- vprašalniki, ankete,
- pobude in predlogi, ki so neposredno vplivali na odločitev za pripravo predloga predpisa,
- drugo.

5. Sklep

Predstavljene poglavitne rešitve na področju priprave (dobrih) predpisov so pripravljene za obravnavo in sprejem na Vladi oziroma v Državnem zboru. Glede na izraženo načelno

politično podporo lahko pričakujemo, da bodo v letošnjem letu sprejete. Sledilo bo izvajanje v praksi, ki bo pokazalo, ali je bila načelna podpora politike mišljena resno, ali je državna uprava ustrezno, številčno in strokovno, pripravljena za uresničevanje ciljev resolucije.

Prvi znaki uresničevanja bi se morali odraziti v bolj organiziranem in realnem planiranju dela Vlade, ki naj bi korenito spremenilo sedanjo prakso. Program dela Vlade za leto 2009, ki na dan 5. 5. 2009 vsebuje 742 (z besedo: sedemstodvainštirideset) zadev, od tega 209 zakonov oziroma aktov, ki jih sprejema Državni zbor, 211 predpisov oziroma aktov Vlade in 322 predpisov oziroma aktov ministrov, je več kot preobsežen, saj ga realno ni mogoče izvesti niti fizično, kaj šele po ciljnih, načelih in smernicah, ki jih predvideva resolucija. Tudi sklicevanje sej Vlade in njenih delovnih teles, veliko število točk dnevnega reda, širitve in umiki, ki so stalnica, in ne izjema, prepoved zaposlovanja ob istočasni ugotovitvi, da ni dovolj ustrezno usposobljenih javnih uslužbencev, ter nestimulativno urejanje sistema nagrajevanja ne daje optimističnih pričakovanj za bistvene spremembe na področju priprave (dobrih) predpisov.

Mogoče je pa podana ocena preveč pesimistična in bi jo prispevek o prvih znakih uresničevanja resolucije oziroma poglobitvinih rešitev pri pripravi (dobri) predpisov na naslednjih Nomotehničnih dnevih lahko ovrgel.

Naj za konec poudarimo, da je namen oziroma cilj resolucije spodbuditi odgovornost vseh subjektov za splošno pravno kulturo, ugled države, splošno stanje družbenih odnosov in naveszadnje za skupno dobro. Kolikor bolj je v družbi pravo sprejeto in obravnavano kot dragocena dobrina, toliko bolj in prej je mogoče pričakovati, da se bosta hkrati krepila tudi občutek in skrb za pravno varnost.

Subjektivni pogledi poslancev na zakonodajo in nomotehniko

PROF. DR. ALBIN IGLIČAR,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1

Zakonodajno odločanje v sodobnih demokracijah izhaja iz družbene vloge državljana. Pri sprejemanju zakonov namreč pravniška poklicna vloga še ni izdvojena iz splošne vloge državljana. Kljub vztrajnemu poudarjanju pomena racionalnosti in strokovnosti v moderni dobi pri »postavodajni dejavnosti«¹ še vedno velja maksima devetnajstega stoletja: »Zakon je izraz splošne volje. Vsi državljani imajo pravico osebno ali prek svojih predstavnikov sodelovati pri njegovem sprejemanju.«¹

Ker je referendumsko sprejemanje oziroma potrjevanje zakonov izrazita izjema, je za zakonodajni proces odločilnega pomena delovanje poslancev. Pri tem je v današnjem času treba upoštevati zlasti dvoje dejstev. Najprej ni mogoče spregledati politične realnosti, ki se kaže predvsem v veliki moči političnih strank in interesnih skupin. Zato vzgibi zakonodajnega urejanja družbenih odnosov ter vsebinske konture zakonodaje nastajajo prav v vrhovih političnih strank. Poleg tega je – ob vedno večji strokovnosti večine zakonodajnih aktov – jasno, da strokovne podlage oziroma delovni osnutki zakonodajnih aktov nastajajo v ustreznih ministrstvih, vladnih službah ter ekspertnih delovnih skupinah. Zato zakonodaja v materialnem smislu nastaja pravzaprav v upravnih organih (Rehbinder, 2000: 224). V predstavniškem organu pa poteka oblastna avtorizacija (pozitivizacija) zakonskih predlogov in njihova presoja z vidika strankarskega in interesnega zastopstva. Protislovje med pravno laičnostjo večine poslancev in zahtevami po visoki pravniški usposobljenosti, ki je potrebna za oblikovanje splošnih pravnih norm v zakonih, sodobni parlamenti premoščajo z – že omenjeno – servisno

¹ Deklaracija o pravicah človeka in državljana iz časa francoske revolucije 1789.

funkcijo državne uprave ter svetovalno vlogo vladnih in parlamentarnih pravnih služb ter – navsezadnje – s praktičnimi izkušnjami samih poslancev.²

Pravno delovanje poslancev se navzven kaže najbolj izrazito pri sprejemanju zakonov. Ta njihova dejavnost označuje predstavniško telo kot zakonodajni organ. Parlament nastopa sicer kot izrazita multifunkcionalna institucija (Rush, 2005: 59), vendar je ob njegovi reprezentativni, finančni, nadzorni in volilni funkciji, za potek družbenega življenja najpomembnejša prav zakonodajna funkcija.

Kvantitativno gledano lahko delo slovenskega zakonodajalca vzporejamo z »zakonodajno produkcijo«³ drugih parlamentov sodobnih držav. Le-ti namreč sprejmejo v povprečju okrog sto zakonov na leto (Norton, 1990: 195),³ kar je tako rekoč enako kot je povprečno število zakonov, ki jih na leto sprejme slovenski Državni zbor.

V štiriletnem mandatnem obdobju od 2004 do 2008 je Državni zbor sprejel – brez zakonov o ratifikacijah mednarodnih pogodb – 468 zakonov, v prejšnjem mandatnem obdobju pa 436 zakonov.⁴ Zato je razumljivo, da je s količinsko učinkovitostjo zadovoljna tudi večina poslancev. Ko so v anketnem povpraševanju⁵ ocenjevali učinkovitost zakonodajnega dela, so na petstopenjski lestvici – od slabo do dobro – svoje odgovore v odstotkih takole razporedili:

slabo			dobro	
1	2	3	4	5
5,1	18,6	27,1	39	10,2

Količina opravljenega zakonodajnega dela seveda pogosto ni prenosorazmerna s kvaliteto sprejetih zakonov, prej je obratnosorazmerna. To na nek način opažajo že sami poslanci, saj je kvaliteto poslanskih razprav, ki spremljajo zakonodajno odločanje, pozitivno ocenilo le dobrih 13 % anketiranih poslancev, negativno pa skoraj 40 %.⁶ Podobno kritični so bili respondenti tudi do ocenjevanja stopnje soglasja pri odločanju o pomembnih zadevah: da je tega soglasja

² Poleg praktičnih izkušenj bi bilo mogoče poslancem nuditi v obliki ustreznih seminarjev tudi osnovne informacije o zakonodajni teoriji in nomotehniki.

³ Podatki o številu sprejetih zakonov so zelo odvisni od pravnega in političnega sistema posamezne države, vrste in dolžine zakonskih aktov, obstoja delegirane zakonodaje ipd., tako da je ob njihovem medsebojnem primerjanju potrebna ustrezna zadržanost. Tako je bilo npr. v Veliki Britaniji med letoma 1997 in 2000 povprečno sprejetih na leto 49 zakonov oziroma povprečno 2 600 strani zakonskih besedil letno (Rush, 2005: 167).

⁴ Poročili o delu Državnega zbora v mandatnem obdobju 2000–2004 in 2004–2008; Državni zbor RS, Ljubljana 2004 in 2008.

⁵ Anketna raziskava »Stališča in ocene poslank in poslancev o vlogi Državnega zbora RS kot nacionalnega parlamenta države članice EU«, N = 61 poslancev Državnega zbora RS, Fakulteta za družbene vede, Inštitut za družbene vede, Center za politološke raziskave (vodja raziskave dr. Drago Zajc), Ljubljana 2008, tabela A 1.

⁶ Anketna raziskava, ibidem.

dovolj, je menila le četrtnina poslancev, kar tri četrtine pa so bile mnenja, da je soglasja premalo.⁷ Številni zakoni so torej nastajali iz izrazitim preglasovanjem ob velikih razlikah med stališči koalicije in opozicije. To ilustrirajo tudi odgovori poslancev na anketno vprašanje: Kolikšne so v Državnem zboru razlike med stališči koalicije in opozicije?⁸

- zelo velike 42,
- precej velike 42,6
- kakor kdaj 13,1
- majhne 1,6
- zelo majhne -

Poleg premajhnega poenotenja stališč poslancev ob sprejemanju zakonov oziroma izrazitega preglasovanja pri zakonodajnem odločanju vplivajo na slabo kvaliteto zakonov številne spremembe in dopolnitve zakonov. V mandatnem obdobju 2004–2008 je Državni zbor sprejel⁹

- 148 novih zakonov,
- 319 sprememb in dopolnitev zakonov (novele) in
- 1 ustavni zakon.

Znatna večina anketiranih poslancev – kar 65,6 % – zato samokritično ugotavlja, da je bilo sprejemanje zakonskih novel prepogosto in le tretjina – 34,4% – jih meni, da je bilo število sprejetih sprememb in dopolnitev zakonov primerno.¹⁰

Noveliranje zakonodaje je seveda v določenem obsegu objektivno nujno zaradi spremenjenih družbenih razmer, prilagajanja notranjega prava predpisom Evropske unije ali mednarodnim pogodbam ipd. Preveč pogosto pa so za veliko število novel krive tudi hitre in prenačljive odločitve v parlamentu, premalo pretehtane in poglobljene razprave v zakonodajnem procesu, premalo domišljene želje politikov, ki hočejo z normativnim idealizmom in voluntarizmom dosegati politične cilje. Včasih botrujejo pogostim spremembam zakonov tudi nomotehnične pomanjkljivosti zakonov.¹¹ Ne glede na vzroke prepogostega noveliranja zakonodaje to slabo vpliva na preglednost in jasnost pravnega sistema in kvaliteto zakonov. Pravni sistem ob hi-

⁷ Usklajenih stališč poslancev koalicije in opozicije je bilo več pri t. i. »EU zadevah«, izrazito premalo pa je usklajenosti pri vprašanih regionalizacije, urejanju položaja žrtev vojnega nasilja (vojni zakoni) in nadzora nad porabo proračunskih sredstev. Anketna raziskava, tabela A 4.

⁸ Anketna raziskava, tabela A 3.

⁹ Državni zbor Republike Slovenije: Poročilo o delu Državnega zbora v mandatnem obdobju 2004–2008, Ljubljana 2008, str. 27.

¹⁰ Anketna raziskava, tabela A 9.

¹¹ Podobno: Nomotehnične smernice, Služba Vlade RS za zakonodajo, Ljubljana 2008, str. 115, Navedene smernice priporočajo noveliranje zakona, kadar se spreminja manj kot tretjina obstoječega zakona, sicer je treba pripraviti v celoti nov zakon (str. 117).

trem spreminjanju tudi ne opravlja svoje družbene funkcije stabilizatorja družbenih odnosov ter vnašanja reda¹² in varnosti ter predvidljivosti v družbena razmerja.

Izrazito negativno vpliva na kvaliteto zakonov še premajhna uporaba rednega – trifaznega – zakonodajnega postopka oziroma prepegosto sprejemanje zakonov po nujnih in skrajšanih – enofaznih – postopkih. Uporaba nujnega postopka je upravičena le v izjemnih družbenih razmerah, ki nastopijo zaradi interesov varnosti in obrambe države ali v primeru naravnih nesreč ali, kadar je treba s sprejemom zakona preprečiti težko popravljive posledice za delovanje države. Spremembe zakonov skrajšanem postopku pa je zopet dopustno sprejemati zgolj za manj pomembne odločitve.¹³ Vendar je – tako kot v prejšnjih mandatnih obdobjih – Državni zbor tudi v mandatnem obdobju 2004–2008 sprejel več zakonov po izjemnih kot po rednem zakonodajnem postopku, kar izpričujejo naslednji podatki o sprejetih zakoni v Državnem zboru glede na postopek 2004–2008:¹⁴

• redni postopek	209
• nujni postopek	107
• skrajšani postopek	152
• ratifikacija	163
• akt o notifikaciji	2
skupaj	633

Prikazano stanje so samokritično ocenili tudi poslanci v anketnem povpraševanju ob koncu njihovega štiriletnega mandata. Subjektivni pogledi »konkretnih zakonodajalcev« odražajo stanje pravne zavesti v nacionalnem predstavniškem telesu. Svoj odnos oziroma svoje odgovore glede uporabe nujnih zakonodajnih postopkov so poslanci – izraženo v odstotkih – takole opredelili:¹⁵

• prevečkrat	60,7
• primerno	36,1
• premalokrat	3,3

¹² Npr. »Pravo je vedno red ... Pojem red je za pravo tako bistven, da ni več pravo, ko ni več red.« (Pitamic 2005: 110).

¹³ Poslovnik državnega zbora (PoDZ -1, UPB1; Uradni list RS, št. 92/07) v 142. členu določa, da je mogoče v skrajšanem postopku sprejeti manj zahtevne spremembe in dopolnitve zakona, uskladitve zakona z drugimi zakoni ali s pravom Evropske unije, odločitve o prenehanju veljavnosti zakona ter spremembe zakona v zvezi z odločitvami ustavnega sodišča.

¹⁴ Državni zbor Republike Slovenije: Poročilo o delu Državnega zbora v mandatnem obdobju 2004–2008, Ljubljana 2008, str. 30; v odstotkih izraženo število sprejetih zakonov glede na vrsto zakonodajnega postopka je naslednje: redni postopek 33,0 %, nujni postopek 16,9 %, skrajšani postopek 24,0 %, ratifikacija 25,8 %, notifikacija 0,3 %.

¹⁵ Anketna raziskava, tabela A 8.

Če je prepegosta uporaba izjemnih zakonodajnih postopkov izrazita slabost slovenskega zakonodajalca, to ne velja glede osredotočenosti zakonodajne iniciative pri vladi. Tudi za slovenski Državni zbor ugotavljamo, da ima tako rekoč monopol nad zakonodajno iniciativo izvršilna veja oblasti. Navedena trditev je še dodatno podkrepjena, če primerjamo število predlaganih zakonov s številom sprejetih zakonov glede na predlagatelja. Pri tem razmerju ostaja osnovni trend nespremenjen, saj predstavniško telo »ugodi« kar okrog 90 % vladnih predlogov, poslanskim pa le v dobrih 10 %. Tako je bilo tudi v mandatnem obdobju Državnega zbora 2004–2008:¹⁶

	predlagani zakoni	sprejeti zakoni
vlada	710 ¹⁷	614
poslanci	125	18
Državni svet	13	-
volilci	2	1

Navedena razmerja so seveda posledica politične oziroma strankarske sestave vlade in parlamenta. V parlamentarni demokraciji vlada izhaja iz parlamentarne večine, tako da je vladnim (zakonskim) predlogom tako rekoč vnaprej zagotovljeno zadostno število glasov za njihov sprejem. Poslanski (zakonski) predlogi pa so pogosto podani s strani opozicijskih poslancev in imajo zato malo možnosti za pridobitev večinskega števila opredeljenih poslanskih glasov. Ob tem veliko moč vlade občutijo celo koalicijski poslanci, saj na subjektivnem nivoju celo več kot polovica poslancev izjavlja, da je vpliv vlade na odločanje v državnem zboru premočan.¹⁸ Takšnega mnenja torej niso le opozicijski poslanci (ki so v manjšini) temveč tudi vsaj en del poslancev, ki imajo v državnem zboru večino, oziroma del poslancev, ki pripadajo strankam vladne koalicije.

Poleg navedenega je seveda prevladujoča zakonodajna iniciativa vlade posledica dejstva, da ima vlada na voljo ustrezne strokovnjake v ministrstvih in druge strokovne službe, ki pripravljajo besedila zakonskih predlogov z vsemi zahtevanimi sestavinami.¹⁹

¹⁶ Državni zbor Republike Slovenije: Poročilo o delu Državnega zbora 2004–2008, Ljubljana 2008, str. 29.

¹⁷ Prikazani podatek zajema tudi (vladne) predloge zakonov o ratifikacijah mednarodnih pogodb.

¹⁸ Odstotkovna razporeditev odgovorov na vprašanje »Ali sodite, da je vpliv vlade na odločanje v državnem zboru premočan?« je bila naslednja: da: 59,3 %, kakor kdaj: 27,1 %, ne: 13,6 %. Anketna raziskava, tabela A 7.

¹⁹ Člen 115 Poslovnika Državnega zbora (PoDZ-1, UPB 1, Uradni list RS, št. 92/07) zahteva, da predlog zakona vsebuje naslov, uvod, besedilo členov in obrazložitev. Pri tem je treba v uvodu navesti oceno stanja in razloge za sprejem zakona; cilje, načela in poglavitne rešitve predloga zakona; oceno finančnih posledic predloga zakona; prikaz ureditve v drugih pravnih sistemih in prilagojenost predlagane ureditve pravu Evropske unije ter druge posledice, ki jih bo imel sprejem zakona.

Osrednja iniciativna vloga vlade v procesu zakonodajnega odločanja je izražena tudi v programu dela vsakokratne vlade in še posebej v normativnem delu tega programa. Normativni program dela vlade seveda ni pravno zavezujoč dokument, je pa pomemben za usmerjanje zakonodajne politike.²⁰ Omenjeni program člane vlade zavezuje moralno-politično in določa predloge zakonov, ki jih morajo pripraviti posamezna ministrstva, da jih potem vlada – po obravnavi na svojih sejah – v določenem mandatnem obdobju predloži zakonodajalcu v sprejem. Pri vladnem načrtovanju zakonodajne predlagalne dejavnosti je vedno prisotna nevarnost pretiranega normativizma oziroma »neznosna lahkotnost« pri predlaganju novih zakonov in zakonskih novel brez zadostnega upoštevanja dejanskih družbenih razmer in brez upoštevanja možnega realnega dometa zakonskih norm.²¹

2

Položaj vlade v zakonodajnem procesu se je dodatno krepil še s članstvom Slovenije v Evropski uniji. Ko je Slovenija prenesla izvrševanje dela suverenih pravic na institucije Evropske unije, je med njimi prenesla tudi suvereno pravico izdajati zakone. Pri sprejemanju »evropske zakonodaje«, t. j. uredb in direktiv, je namreč za najpomembnejša področja uporabljen proces soodločanja Evropskega parlamenta in Sveta (ministrov) Evropske unije (Craig, de Burca, 2008: 110). To pa pomeni, da je v zakonodajni dejavnosti Evropske unije pri sprejemanju uredb in direktiv kot neposredni zakonodajalec navzoča tudi nacionalna vlada z ustreznim ministrom v Svetu Evropske unije.

To je posebej občutljivo za Slovenijo, kjer je uveljavljeno stališče oziroma razlaga ustavne določbe, da je edini zakonodajalec Državni zbor²² oziroma parlament. V Evropski uniji to ne velja, saj pri najpomembnejših zakonodajnih odločitvah nastopata enakopravno Svet ministrov (sestavljeno iz ministrov držav članic) in Evropski parlament. S tem pa je močno okrepljen položaj vlade oziroma izvršilne veje oblasti v zakonodajni dejavnosti.

Mandatno obdobje Državnega zbora 2004–2008 je bilo že v celoti zaznamovano s članstvom Slovenije v Evropski uniji. Na zakonodajnem področju so bila zato številna področja – skladno z ustanovitvenimi pogodbami Evropske unije – prenesena v njeno pristojnost. Po subjektivnem mnenju dveh tretjin anketiranih poslancev je bila na institucije Evropske unije

²⁰ Prim. Normativni program dela Vlade RS za leto 2009 – Predpisi iz pristojnosti Državnega zbora RS, sprejet 29. 12. 2008, predvideva, da bo Vlada RS v letu 2009 predlagala kar 205 predpisov v sprejem Državnemu zboru RS.

²¹ Podobno M. Pavčnik »Prespani paragrafi« Pravna praksa, št. 3-4/2009, str. 3.

²² »Pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.« 87. člen Ustave Republike Slovenije.

prenesena ena tretjina zakonodajnih pristojnosti, še nadaljnih dvajset odstotkov pa jih meni, da je bila na Evropsko unijo prenesena približno polovica zakonodajnih pristojnosti Državnega zbora. Podrobnejši prikaz odstotkovne porazdelitve njihovih odgovorov na vprašanje »Kolikšen delež zakonodajne pristojnosti je bil po vašem mnenju s pristopom Slovenije k Evropski uniji prenesen na institucije Evropske unije?« je naslednji:²³

- do 20 % 35
- do 33 % 30
- 50 % 18,3
- več kot 50 % 6,7
- ne vem 10

Tako s subjektivnega kot z objektivnega vidika je znaten del zakonodajne pristojnosti Državnega zbora od leta 2004 dalje pogojen s članstvom Slovenije v Evropski uniji. Narava zakonodajnega dela poslancev se je zato precej spremenila. Na eni strani poslanci Državnega zbora sodelujejo pri sprejemanju »evropske zakonodaje« s svojimi stališči in mnenji do predlogov evropskih uredb in direktiv, ki jih posredujejo vladi predvsem prek Odbora za zadeve Evropske unije. Po drugi strani pa je precejšen del zakonodajnega odločanja v Državnem zboru narekovan z implementacijo »evropskih« direktiv v slovenski pravni sistem.

O spremembah pogodb, na katerih temelji Evropska unija, odloča celotni Državni zbor. Prav tako Državni zbor na plenarnem zasedanju vsako leto sprejme deklaracijo o usmeritvah za delovanje Republike Slovenije v institucijah Evropske unije.²⁴

O drugih zadevah Evropske unije razpravlja in sprejme stališča Republike Slovenije Odbor za zadeve Evropske unije, v zadevah zunanje in varnostne politike pa Odbor za zunanjo politiko. Zadeve Evropske unije predloži Državnemu zboru oziroma pristojnima odboroma v obravnavo Vlada RS skladno z ustavnimi, zakonskimi in poslovniškimi določbami.²⁵ Vlada tudi sproti poroča pristojnima odboroma o svoji dejavnosti in odločitvah v Svetu Evropske unije ter o uveljavitvi stališč Republike Slovenije pri tem.

²³ Anketna raziskava, n. d., tabela B 2.

²⁴ Npr. Deklaracija o usmeritvah za delovanje Republike Slovenije v institucijah EU v obdobju julij 2008–december 2009, sprejeta na seji Državnega zbora 17. 7. 2008.

²⁵ Četrty odstavek 3.a člena Ustave RS: »V postopkih sprejemanja pravnih aktov in odločitev v mednarodnih organizacijah, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, vlada sproti obvešča državni zbor o predlogih takih aktov in odločitev ter o svoji dejavnosti. Državni zbor lahko o tem sprejema stališča, vlada pa jih upošteva pri svojem delovanju ...«

Zakon o sodelovanju med državnim zborom in vlado v zadevah Evropske unije, Uradni list RS, št. 34/04. Poslovnik Državnega zbora (PoDZ – 1- UPB 1, Uradni list RS, št. 92/07) členi 154a do 154m.

Ko so poslanci ocenjevali pravočasnost vladnih predlogov stališč do predlaganih aktov Evropske unije, so svoje odgovore v odstotkih takole razporedili:²⁶

- v celoti da 5,0
- v glavnem da 28,3
- deloma, kakor kdaj 43,3
- v glavnem ne 13,3
- sploh ne 8,3
- ne vem 1,7

Zadeve Evropske unije, ki jih skupaj s svojimi stališči predloži Vlada RS Državnemu zboru, dodeli predsednik Državnega zbora v obravnavo pristojnemu odboru in glede na vsebino predloga matičnim delovnim telesom. Predsednik Državnega zbora pošlje zadevo Evropske unije tudi Državnemu svetu in zakonodajno-pravni službi. Odbor za zadeve Evropske unije (oziroma odbor za zunanjo politiko)²⁷ obravnava zadevo Evropske unije na podlagi gradiv in predloga stališč, ki jih predloži vlada. Pri tem upošteva tudi mnenja matičnih delovnih teles, Državnega sveta in zakonodajno-pravne službe, kadar jih podajo.

Ko so bili poslanci v anketi povprašani, v kolikšni meri matična delovna telesa uporabljajo možnosti za obravnavanje evropskih zadev, so svoje odgovore takole razporedili:²⁸

- ne dovolj 41,7
- deloma 38,3
- dovolj 20,0

Vlada mora predložiti Državnemu zboru ob predlogu stališč tudi podatke o sprejemanju akta v Evropski uniji, pogloblitvini rešitvah in ciljnih predloga akta ter predvidenem času začetka obravnav in sprejema predpisa v organih Evropske unije. Vladna stališča zajemajo še oceno vplivov in posledic, ki jih bo predlagani akt Evropske unije imel za spremembo nacionalnih predpisov, državni proračun, narodno gospodarstvo, javno upravo in okolje.

Poslanci lahko vložijo amandmaje k predlogu stališč, ki jih bo vlada zastopala v organih Evropske unije. Po opravljeni razpravi in glasovanju pristojni odbor sprejme stališča do obravnavane zadeve Evropske unije in jih posreduje vladi.

Vlada, ki v zadevah Evropske unije predstavlja in zastopa Republiko Slovenijo ter uveljavlja njena stališča v institucijah Evropske unije, mora pri svojem delovanju v organih Evropske

²⁶ Anketna raziskava, n. d., vpr. B 7.

²⁷ Seje navedenih delovnih teles, ki obravnavajo in odločajo o zadevah Evropske unije, niso odprte za javnost. Po končani seji pa svoje odločitve sporočijo za javnost.

²⁸ Anketna raziskava, n. d., vpr. B 10.

unije delovati v skladu s stališči, ki jih je prejela iz Državnega zbora. Kadar vlada oceni, da zaradi poteka pogajanj v organih Evropske unije uveljavitev teh stališč ni izvedljiva, lahko odloči drugače, vendar mora o tem takoj obvestiti Državni zbor ter navesti okoliščine, ki so narekivale takšno ravnanje.²⁹

Poslansko ocenjevanje, ali vlada nesporno zastopa stališča Državnega zbora pri svojem delovanju na ravni Evropske unije, kaže – izraženo v odstotkih – naslednjo sliko:³⁰

- v celoti 10,0
- precej 20,0
- kakor kdaj 55,0
- v manjši meri 8,3
- sploh ne 3,3
- ne vem 3,3

Pri tem polovica poslancev šteje »evropske zadeve« tudi za »notranje zadeve«, drugi pa so mnenja, da so to le deloma oziroma bolj malo tudi notranje slovenske zadeve.³¹ Procesi integracije so seveda dolgoročne narave, zato je Evropska unija večkrat tudi pri poslancih občutena še vedno kot neka zunanja sila.

3

Poseben vidik zakonodajnega delovanja poslancev predstavljajo področja, ki zahtevajo prenos predpisov Evropske unije v nacionalni pravni red. Pri tem je uveljavljeno načelo primarnosti evropskega prava, se pravi, da pravila, sprejeta v Evropski uniji, prevladajo nad pravili notranjega pravnega reda držav članic. To razmerje je lahko ubesedeno kot »... da je pravo unije nad pravom držav članic ...«³² ali »... v smislu prednosti prava Evropske unije pred nacionalnim v sklopu pristojnosti, ki so bile prenesene na Evropsko unijo.«³³ V doktrinarnem pojasnjevanju

²⁹ Člen 10 Zakona o sodelovanju med državnim zborom in vlado v zadevah Evropske unije (ZSDZVZEU), Uradni list RS, št. 34/04.

³⁰ Anketna raziskava, n. d., vpr. B 11.

³¹ »Ali sodite, da so po vstopu Slovenije v EU 'evropske zadeve' postale naše notranje zadeve: da, na vsak način 10,2 %, da, precej 40,7 %, deloma 37,3 %, le malo 10,2 %, sploh ne 1,7 %«, Anketna raziskava, n. d., vpr. B 16.

³² Tako npr. Mireille Delmas-Marty v poglavju Obdukcija evropskega monstruma v slovenskem prevodu njene knjige Preureditev oblasti, GV Založba, Pravna obzorja, Ljubljana 2008, str. 105 in tudi slovensko besedilo 17. izjave o načelu primarnosti, ki je dodana besedilu Lizbonske pogodbe.

³³ Tako npr. Matej Avbelj v razpravi Širša vprašanja odnosov med pravnimi redi v EU, Pravna praksa, št. 12/2008, str. 29. Tudi v knjigi Cvikl M. Milan Prenovljeno pravo Evropske unije (Uradni list RS, Ljubljana 2008) je objavljeno – neuradno – besedilo 17. Izjave o primarnosti k Lizbonski pogodbi v naslednjem besedilu: »Konferenca opozarja, da imajo v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča Evropske unije pogodbe in pravo, ki jih Unija

tega razmerja pa vendarle srečamo tako stališče, da pri tem razmerju »... gre v bistvu vendarle za načelo hierarhije.« (Delmas-Marty, 2008: 105), kot stališče »... da znotraj vsake države članice soobstajata dva avtonomna sočasno operativna pravna reda države in Evropske unije.« (Avbelj, 2008: 29). Ne glede na eno ali drugo teoretično pojasnjevanje načela primarnosti evropskega prava v praksi to načelo zakonodajalcu prepoveduje sprejemanje zakonov v nasprotju s pravom Evropske unije,³⁴ kot je to opredelila znana sodba IHG³⁵ Sodišča Evropskih skupnosti.

Še več. Nacionalna zakonodaja mora poskrbeti za implementacijo določenih pravil prava Evropske unije v nacionalni pravni sistem. To velja posebej za direktive Evropske unije, ki so za članice zavezujoče glede cilja, ki ga je treba doseči, državnim organom pa je prepuščena izbira oblik in metod za doseganje navedenih ciljev.³⁶ Pri tem nacionalni predpis praviloma povzame vsebino direktive v svoje besedilo, redkeje pa se prenos izvede z dobesednim prepisom kakšnega dela direktive v nacionalne pravne akte ali zgolj s sklicevanjem na posamezne določbe direktive.³⁷

Z vidika potreb po harmonizaciji nacionalne zakonodaje s pravnim redom Evropske unije so bili poslanci povprašani, kako dobro so pripravljene vladni predlogi potrebnih sprememb nacionalnih predpisov v zvezi z akti Evropske unije. Znatna večina anketiranih poslancev se je opredelila za sredinske odgovore, kakor kaže navedena odstotkovna razporeditev njihovih odgovorov:³⁸

sploh niso dobro pripravljene				v celoti so dobro pripravljene
5	20	46,7	20	8,3

Harmonizacija dveh pravnih redov zahteva delovanje vladne in parlamentarne strani.

Dograjevanje obeh delov pravnega sistema – nacionalnega in evropskega – zahteva ustrezno delovanje ne le vlade, temveč tudi poslancev. Z vidika resnega in poglobljenega dela je zato pri slovenskem Državnem zboru problematično članstvo poslancev v po treh ali celo štirih de-

sprejme na podlagi pogodb, prednost pred pravom držav članic, in sicer pod pogoji, določenimi v navedeni sodni praksi.«

³⁴ Prim. Nomotehnične smernice, Služba vlade RS za zakonodajo, Ljubljana 2008, str. 166.

³⁵ Sodba Internationale Handelsgesellschaft m.b.h.: Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, zadeva 11/70 - IHG : »Pravo, ki izhaja iz Pogodbe, predstavlja samostojen vir prava in ga zaradi njegove pravne narave ni mogoče presojeti s stališča nacionalnega prava, saj bi s tem izgubilo značaj prava Skupnosti, s tem pa bi postala vprašljiva pravna podlaga Skupnosti same.«

³⁶ Člen 249 – Prečiščeno besedilo Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (97/C 340/03).

³⁷ Nomotehnične smernice, n. d., str. 176.

³⁸ Anketna raziskava, n. d., vpr. B 6.

lovnih telesih.³⁹ Optimalno je namreč, da je poslanec član enega delovnega telesa parlamenta. V slovenskem primeru pa glede tega vidika parlamentarne podobe beležimo nenormalno velika odstopanja. Na vprašanje »V koliko delovnih telesih ste član/ica,« so namreč anketirani poslanci takole odgovorili:⁴⁰

- v dveh telesih 1,6
- v treh telesih 47,5
- v štirih telesih 39,3
- v petih ali več telesih 11,4

Vloga delovnih teles parlamenta je izredno pomembna tudi z vidika sprejemanja zakonov. Na delovnih telesih je pravzaprav težišče zakonodajnega odločanja, posebej v drugi obravnavi predloga zakona, ko poteka detajlna obravnava zakonske vsebine po modelu »člen za členom« v obliki razprave in glasovanja o vloženi amandmajih in členih. Preobremenjenost poslanca s članstvom v več delovnih telesih je gotovo velika ovira za poglobljeno in temeljito proučevanje zakonskih predlogov.

Od oblikovanja stališč, ki naj jih slovenska Vlada zavzema v procesih sprejemanja predpisov v organih Evropske unije, je tudi skoraj povsem izločen drugi del slovenskega parlamenta – Državni svet. Anketirani poslanci Državnega zbora so večinsko celo mnenja, da je potrebno Državni svet odpraviti.⁴¹ To je razumljivo ob sedanjem ustavnem položaju tega organa in še bolj ob njegovi dosednji aktivnosti. V zakonodajnem procesu bi torej kazalo njegove pristojnosti ali razširiti ali pa resno proučiti smiselnost nadaljnega obstoja tega državnega organa.

V vsakem primeru bo treba delovanje članov slovenskega nacionalnega predstavnškega telesa v zakonodajnem procesu bistveno izboljšati v smeri poglobljenega in odgovornega sprejemanja zakonskih predlogov ter oblikovanja stališč do predlogov predpisov Evropske unije. Pri tem kaže še bolj upoštevati ekonomske in kulturno-zgodovinske pogoje, ki determinirajo pozitivizacijo prava v zakonodajnem odločanju. Prav tako naj bi šlo delovanje poslancev bolj v smeri ustavne norme, da so poslanci predstavniki vsega ljudstva in da niso vezani na kakršnakoli navodila.⁴² V teh procesih se manifestirajo principi večinske demokracije, imenovane

³⁹ V Državnem zboru se ustanovijo delovna telesa kot komisije in odbori. Prvi odstavek 32. člena Poslovnika Državnega zbora: »V državnem zboru se ustanovijo delovna telesa za spremljanje stanja na posameznih področjih, za pripravo odločitev o politiki na teh področjih, za oblikovanje stališč do posameznih vprašanj ter za obravnavo predlogov zakonov in drugih aktov državnega zbora.«

⁴⁰ Anketna raziskava, n. d., vpr. C 9.

⁴¹ Odgovori na vprašanje Ali bi bilo glede na spremenjeno vlogo Državnega zbora treba pristojnosti Državnega sveta: razširiti 16,7 %, ohraniti v sednji obliki 18,3 %, Državni svet je treba ukiniti, ker je nekoristen 56,7 %, ne vem 8,3 %: Anketna raziskava, n. d., vpr. C 13.

⁴² Prvi odstavek 82. člena Ustave Republike Slovenije.

tudi »glasovalna demokracija«. ⁴³ Seveda pa prav takšna demokracija daje sprejetim zakonom legitimizacijsko podlago in utemeljitev.

Literatura

- Avbelj Matej (2008): Širša vprašanja odnosov med pravnimi redi v EU, *Pravna praksa*, št. 12, str. 28–31.
- Cvikl M. Milan (2008): *Prenovljeno pravo Evropske unije*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Craig Paul and Grainne de Burca (2008): *EU Law*, Oxford University Press.
- Delmas-Marty Mireille (2008). *Preureditev oblasti, GV Založba – Pravna obzorja*, Ljubljana.
- Nomotehnične smernice (2008), izd. Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Ljubljana.
- Normativni program dela Vlade RS za leto 2009 – Predpisi iz pristojnosti Državnega zbora RS, Ljubljana 29. 12. 2008.
- Norton Philip (ed.) (1990): *Legislatures*, Oxford University Press.
- Pavčnik Marijan (2009): »Prespani paragrafi«, *Pravna praksa*, št. 3–4.
- Pitamic Leonid (2005): *Naravno pravo in narava prava, v Na robovih čiste teorije prava*, SAZU, Ljubljana.
- Rehbinder Manfred (2000): *Rechtssoziologie*, C.H. Becksche Verlagsbuchhandlung, München.
- Rush Michael (2005): *Parliament today*, Manchester University Press, Manchester and New York.

⁴³ T. i. »Stimmungsdemokratie« (Rehbinder, 2000: 234); izraz izvira iz knjige »Demokratie ohne Dogma« Theodorja Geigerja (4. izdaja, 1991).

Pregledni znanstveni članek
 UDK 340.134:342.537.2/.5(497.4)

Pogled Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora Republike Slovenije na zakonodajni proces in nomotehniko

ANDREJA KURENT,
 sekretarka v Zakonodajno-pravni službi, Državni zbor Republike Slovenije

1. Uvod

Izhajajoč iz Raziskave »Stališča in ocene poslank in poslancev o vlogi Državnega zbora RS kot nacionalnega parlamenta države članice EU« in prispevka dr. Albina Igličarja »Subjektivni pogled poslancev na zakonodajo in nomotehniko« želim o zakonodajnem delovanju podati tudi svoje mnenje. Ker kot svetovalka v Zakonodajno-pravni službi Državnega zbora aktivno in že dalj časa sodelujem v zakonodajnih postopkih, ki potekajo v parlamentu, lahko na osnovi lastnih opažanj podam svojo oceno oziroma pripombe kot verjetno dovolj relevanten dejavnik. Poudarjam pa, da so to moja osebna stališča, saj ta prispevek ni bil verificiran v Zakonodajno-pravni službi, vendar pa glede na izkušnje predvidevam, da bi bili naši pogledi podobni.

S tega vidika bi morda lahko govorili tudi o »objektivni« oceni zakonodaje in nomotehniko, saj želim izpostaviti še nekatere okoliščine, ki v raziskavi niso omenjene, po mojem mnenju pa so tudi vplivale na posamezne anketne ocene. Za ilustracijo so navedeni tudi nekateri primeri zakonskih predlogov, s katerimi sem se srečala v tem mandatu državnega zbora, ki teče od lanske jeseni.

Omenjena raziskava je sicer razdeljena na tri dele. Prvi, splošni sklop prikazuje ocene učinkovitosti državnega zbora v mandatu 2004–2008 z nekaterimi primerjavami z rezultati prejšnje ankete, drugi del zajema stališča in ocene organiziranosti in delovanja državnega zbora pri odločanju o evropskih tematikah, tretji del pa splošne in posebne vire informacij. V prispevku se omejujem le na prvi del raziskave, ker ocenjujem.

1.1. Naloge Zakonodajno-pravne službe

Poleg nalog, ki jih ta prispevek ne obravnava, ima v zakonodajnem postopku Zakonodajno-pravna služba naslednje naloge:

- priprava mnenj k predlogom zakonov in vložnim amandmajem ter k drugim aktom državnega zbora,
- sodelovanje na seji matičnega delovnega telesa in državnega zbora ob obravnavi posamičnega predloga zakona,
- opozarjanje na neskladnosti v predlogu zakona pred končnim glasovanjem o zakonu,
- končna redakcija besedila zakona pred njegovo objavo v Uradnem listu,
- priprava uradnih in neuradnih prečiščenih besedil zakonov.

Trenutno je v Zakonodajno-pravni službi zaposlenih 13 svetovalk in svetovalcev, smo samostojna in neodvisna služba znotraj državnega zbora in precej neprijubljene pri vsakokratnem predlagatelju zakonskega predloga, ker našo nalogo priprave mnenja k zakonskemu predlogu, v katerem opozarjamo na njegove nepravilnosti in nedoslednosti, razume kot kritiko zakonskega predloga. Če pa naše mnenje ne vsebuje pripomb, je to že kar pohvala predlagatelju, da predlog zakona nima napak, na katere smo dolžni opozoriti. Predlog zakona (in amandmaje) pa po določi Poslovnika Državnega zbora (PoDZ)¹ proučujemo zgolj s pravnega vidika, to je z vidika skladnosti z ustavo, pravnim sistemom ter z zakonodajno-tehničnega vidika. Slednji vidik pomeni nomotehniko, kjer se pri delu opiramo predvsem na izkušnje in na ustno izročilo, kot pripomoček pri delu pa z veseljem in naklonjenostjo uporabljamo Nomotehnične smernice, ki jih je izdala Služba Vlade RS za zakonodajo.

Po določbah poslovnika je pisno mnenje Zakonodajno-pravne službe pogoj za obravnavo predloga zakona na seji matičnega delovnega telesa.² Čeprav naša mnenja niso pravno zavezujoča, imajo relativno veliko težo, ki se kaže predvsem v amandmajih, ki jih na podlagi naših mnenj pripravijo pristojna ministrstva. Ocenjujem, da jih tudi večina poslancev prebira in uporablja pri pripravi na sejo delovnih teles in državnega zbora. Pri tem pa kaže nakazati tudi praktični vidik naših mnenj - večkrat je poslanecem za sejo delovnega telesa poleg samega predloga zakona kot gradivo predloženo zgolj naše mnenje in se zato v svojih razpravah večkrat sklicujejo kar nanj oziroma ga uporabijo za svoje razprave.

Ko so poslanci v anketni raziskavi ocenjevali delovanje državnega zbora v mandatu 2004–2008, so ga v glavnem ocenili pozitivno. Najbolje so ocenili delo poslanskih skupin, na dru-

¹ Uradni list RS, št. 92/07 – uradno prečiščeno besedilo.

² 48. člen poslovnika.

gem mestu pa je po pozitivnih ocenah delo Zakonodajno-pravne službe, saj nas pozitivno ocenjuje 62,3 % anketiranih.³

2. Parlamentarna učinkovitost

»Državni zbor RS spada med mlade parlamente novih demokratičnih držav, katerih delovanje in učinkovitost je posebej težko ocenjevati ali enostavno meriti. Merila parlamentarne učinkovitosti so namreč različna in odvisna tudi od družbenih okoliščin, saj so pritiski na sodobne parlamente po spreminjanju zakonodaje in oblikovanju novih politik v določenih razmerah lahko zelo veliki, tako da se parlamenti lahko pojavljajo kot ozka grla v procesu modernizacije oziroma družbenih reform. Pri oceni njihove učinkovitosti se običajno upošteva uspešnost pri določanju prioritete oziroma postavljanju najpomembnejših družbenih problemov na dnevne rede in njihovem odgovornem obravnavanju, pa tudi pri reševanju konfliktov in sposobnosti oblikovanja skupnega interesa. Učinkovitost se končno lahko bolj konkretno meri po količini in kvaliteti t.im. 'legislativnega outputa'. Kvalitetna zakonodaja, ki sistematično nadgrajuje neko predhodno ureditev in omogoča oblikovanje modernih politik, lahko zagotavlja veliko hitrejši in objektivnim razmeram prilagojen razvoj ter hitrejšo prilagajanje spremembam v širšem okolju. Pomemben dejavnik uspešnosti parlamenta, ki je hkrati tudi indikator demokratične parlamentarne kulture, je tudi konstruktivno razmerje med vsakokratno koalicijo in opozicijo.«⁴

Po anketni raziskavi 49,2 % anketiranih poslancev pozitivno ocenjuje učinkovitost zakonodajnega dela, negativno pa 23,7 %, ⁵ pri čemer je po ocenah ponovno izvoljenih poslancev mandat 2004–2008 manj učinkovit od predhodnega.⁶

2.1. Količinska učinkovitost

V zadnjih mandatih je državni zbor sprejel približno enako število zakonov⁷ in je s količinsko učinkovitostjo zadovoljna večina poslancev.⁸ V mandatu 2004–2008, na katerega se nanaša raziskava, je državni zbor sprejel 468 zakonov, od tega 148 novih zakonov, 319 novel in en ustavni zakon. V oči zbode dejstvo velikega števila zakonskih sprememb in dopolnitev, kar je

³ Zajc, str. 7.

⁴ Zajc, str. 5.

⁵ Prav tam, str. 7.

⁶ Prav tam, str. 12.

⁷ Igličar, str. 1.

⁸ Prav tam.

tudi po oceni poslancev prepogosto.⁹ Pojasnjeno je, da nova zakonodaja, ki je pogosto pomanjkljiva, zahteva nujne dopolnitve, kar sili parlamente, da sprejemajo veliko število zakonov.¹⁰ Po mojem mnenju je ta ocena primerna za tiste zakone, kjer je noveliranje potrebno zaradi implementiranja direktiv, vendar pa ta argument ne vzdrži za področja notranjega prava, kjer ni nobene zaveze za uskladitev z evropskimi akti. Npr. področje šolstva je v veliki večini stvar nacionalne zakonodaje, pa vendar se mi zdi, da ves čas obravnavamo iste osnovne zakone.

2.1.1. *Noveliranje zakonov*

Čeprav tudi Nomotehnične smernice priporočajo pripravo novega zakona, če se spreminja več kot tretjina členov, pa pooblaščen predlagatelj zakona (največkrat je to vlada) zelo radi vlagajo zgolj spremembe in dopolnitve zakonov, torej novele. En razlog vidim v pripravi spremljajočega gradiva, to je uvoda in obrazložitve, ki sta v primeru zakonske novele bistveno krajša in zato lažja za pripravo. Naslednji razlog pa tiči tudi v določbi poslovnika, ki pravi, da se lahko obravnavajo le tiste določbe, ki so predmet sprememb.¹¹ To pomeni, da drugi člani niso del obravnave, saj se jih znotraj takega zakonodajnega postopka ne da spreminjati. To pa pride predlagateljem večkrat zelo prav, ko se hočejo izogniti obravnavi, razpravi in spremembi kakšnih določb, ki so temeljnega pomena za zakon ali pa so izredno politično občutljive. Upoštevati kaže tudi, da se nekatere rešitve v zakonski predlog (v predhodnem postopku ali z amandmaji v zakonodajnem postopku) vnesejo v zadnjem trenutku, ne da bi se upoštevala povezanost ali vsaj vpliv takšne spremembe na obstoječe določbe zakona. Nenazadnje takšni posegi povzročijo vsaj napačno sklicevanje znotraj zakona, kar posledično zahteva novo novelo v čim krajšem času.

2.1.2. *»Paketna zakonodaja«*

Na učinkovitost, pa tudi na novelacijo zakonov, se nanaša tudi vprašanje obravnave t. i. »paketne zakonodaje«.¹² To je v praksi uveljavljen izraz za primer, ko se v zakonodajni postopek istočasno vložijo cel sveženj zakonskih predlogov, s katerim se ureja istovrstna materija, ki pa je predmet ureditve v več zakonih. Kot vsebinsko povezane rešitve se predlaga, da bi državni zbor celoten sklop obravnaval hkrati, s skupno podano predstavitvijo, ki vsebuje vsebino Uvoda zakonskih predlogov – od namena in ciljev sprememb, poglobitvenih rešitev, finančnih in drugih posledic, ki jih bodo povzročile spremembe zakonodaje, pa tudi obrazložitev predlaganih določb. Glede na povezano tematiko je skupna obravnava paketa zakonskih predlogov

⁹ Zajc, str. 15.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ 132. člen poslovnika.

¹² Paketna zakonodaja sicer ni bila predmet anketne raziskave.

povsem primerna in racionalna. »Cilj, ki se pri tem zasleduje, je skrb za celovitost pravnega reda, tako da se vpliv predlagane (temeljne) spremembe na druga mesta sanira sočasno, in to na način, da se predlaga ustrezna sprememba oziroma dopolnitev tistega predpisa, ki je matičen za ureditev, katere konsistentnost je s spremembo v 'nosilnem' predpisu narušena. S paketnim obravnavanjem 'nosilnega' in 'spremljevalnih' zakonov, v katerih se na ustreznih mestih pravilno odražajo spremembe in dopolnitve, povzročene z novelo 'nosilnega' zakona, se v pravni red vnaša preglednost in celovitost pravnega normiranja, ki je eden od pomembnih elementov pravne varnosti.«¹³

S temi navedbami se sicer strinjam, vendar le na teoretični ravni. V državnem zboru namreč sprejemanje »paketne zakonodaje« lahko povzroči težave na izvedbeni ravni, zato osebno nasprotujem sprejemanju zakonov v paketu – morda je smiselno kvečjemu skupno oziroma istočasno obravnavanje, ne pa tudi samo sprejemanje zakonov. O problemih, ki nastajajo pri istočasnem sprejemanju več medsebojno povezanih zakonskih predlogov, sem pisala že v prispevku za VI. Nomotehnične dneve, tako da zdaj izpostavljam le poslovniške ovire, ki dopuščajo zgolj omejen poseg v predlog novele (zaprti členi), predvsem pa možne zaplete ob in po sprejemu zakonov. Kot prvi zaplet štejem možnost amandmajske vključitve različnih rešitev v povezana zakona, ki se jih zaradi togosti poslovnika na isti seji ne da odpraviti. Možno oviro vsekakor predstavlja državni svet, ki lahko vloži suspenzivni veto, končno pa je pravno možna tudi pobuda oziroma zahteva za razpis zakonodajnega referendumu. Posledice situacije, v primeru, ko »nosilni« zakon ne bi bil sprejet, »spremljevalni« zakoni pa, bi bile sporne z vidika celovitosti in konsistentnosti pravnega reda. Menim, da je zato primerneje zanemariti principa ekonomičnosti in učinkovitosti zakonodajnega postopka, kadar lahko povzročita neskladnost pravnega reda.

Morda bi se sprejem dveh (ali več) zakonov v časovnem zamiku in posledično z različnim časom objave povezanih zakonov v Uradnem listu, kar pomeni tudi različen trenutek uveljavitve, dalo rešiti z ustreznimi rešitvami v prehodnih določbah. Vendar pa je oblikovanje prehodnih določb zaradi poslovniških določb o poteku zakonodajnega postopka oteženo ali kar onemogočeno v primeru, ko se »nosilni« in »spremljevalni« zakonski predlogi obravnavajo in sprejemajo na isti seji. Morda pa bi za »paketno zakonodajo« kazalo preučiti uvedbo nekega novega zakonodajnega postopka.

V državnem zboru sta trenutno v postopku dva vsebinsko povezana predloga sprememb in dopolnitev zakonov, in sicer predlog novele Zakona o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD-1) in predlog novele Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih (ZNVP). Predlog novele ZGD-1 med drugim določa tudi presečni dan za izvrševanje pravic iz nematerializiranih vrednostnih papirjev. Tovrstna sprememba nujno zahteva tudi poseg v ZNVP,

¹³ Nomotehnične smernice, str. 123

ki tudi opredeljuje presečni dan. Vlada kot predlagateljica je v zakonodajni postopek najprej vložila novelo ZGD-1, ki je v svojih prehodnih določbah vsebovala tudi spremembe ZNVP. Kot mi je znano, je vlada na podlagi vztrajanja Službe Vlade RS za zakonodajo, da je neprijemno in nedopustno spreminjati vsebinske določbe zakona z drugim zakonom¹⁴ (s takšnim stališčem soglašata tudi ZPS) predlog novele ZGD-1 umaknila iz zakonodajnega postopka in jo nadomestila z dvema novima zakonskima predlogoma, ki ločeno obravnavata ZGD-1 in ZNVP. Zaradi obsežnosti je za predlog novele ZGD-1 predlagan redni postopek (splošna obravnava je bila že opravljena), za predlog novele ZNVP pa skrajšani postopek, ker gre za manj zahtevne spremembe in dopolnitve zakona. Predlog novele ZNVP se sicer sklicuje na opredelitev presečnega dne, kot je vsebovan v določbi predloga novele ZGD-1. Čeprav se naj bi določitev presečnega dne v obeh zakonih uveljavila hkrati, je to po mojem mnenju težko izvedljivo. Zaradi nekaterih novih rešitev v noveli ZGD-1 ni mogoče izključiti zakonodajnega referenduma ali pa vsaj suspenzivnega veta, zaradi česar ni z gotovostjo predvidljivo, kdaj bo novela ZGD-1 sploh začela veljati. Novela ZNVP pa se sklicuje na presečni dan, ki bo šele uveljavljen z novelo ZGD-1 (bodoče negotovo dejstvo). Zanimarimo pri tem, da so v ZNVP navedene le veljavne objave ZGD-1 v Uradnem listu, saj se novele, ki bo vključevala določitev presečnega dne, ne da navesti, ker zakon še ni bil sprejet in torej še ni objavljen. V ZNVP je torej uporabljeno t. i. togo sklicevanje, s tem, da sprememba v bolj prožno in za ta primer uporabnejše drseče sklicevanje (zakon, ki ureja gospodarske družbe) v tem trenutku ni mogoča, saj se v člen, ki opredeljuje sklicevanje, v tem zakonodajnem postopku ne da poseči. Čeprav Nomotehnične smernice¹⁵ pri vprašanih sklicevanj, ko določba, na katero se sklicuje drug zakon, ni več popolnoma ustrežna, predvidevajo, da »vsekakor strokovno dovolj usposobljen pravnik ne postavlja vprašanj ...«, v našem primeru – kateri presečni dan velja, menim, da v možni situaciji, to je, če bosta zakona sicer sprejeta istočasno, vendar bo novela ZGD-1 uveljavljena kasneje, zares ne bo jasno, kakšna je pravna narava presečnega dne.

2.2. Koalicija – opozicija

Polarizacija med koalicijo in opozicijo je v državnem zboru zelo prisotna. V anketi je 37,7 % anketirancev ocenilo, da koalicija dobro opravlja svoje delo, kot slabo pa ga je ocenilo 34 %, medtem ko je 39,3 % dobro ocenilo delo opozicije, negativnih ocen pa je le 19,7 %.¹⁶

Le ena četrtnina anketiranih poslancev meni, da državni zbor v pomembnih zadevah nacionalnega pomena doseže dovolj soglasja, zato ne preseneča ocena kar 85 % anketirancev, da so razlike med stališči koalicije in opozicije velike ali celo zelo velike, kar lahko pomeni, da

¹⁴ Prav tam, str. 122.

¹⁵ Prav tam, str. 94.

¹⁶ Zajc, str. 9.

gre za ohranjanje precejšnje distance ali pa tudi nekooperativnega odnosa med koalicijsko večino in opozicijsko manjšino.¹⁷ Tem navedbam moram pritrčiti. Že same razprave na sejah delovnih teles in plenarnih sejah postajajo čedalje bolj žolčne in so občasno videti kot spopad med dvema nepomirljivima stranema. Iz ankete izhaja, da koalicija v obravnavanem mandatu običajno ni sprejemala predlogov in argumentov opozicije. Velika večina njenih zakonodajnih predlogov in amandmajev na zakonodajne predloge je bilo preglasovanih in zavrženih, kar se sicer ni dosti razlikovalo od prejšnjega mandata.¹⁸

Naj to »nekooperativnost« ponazorim s primerom iz tega leta. Ko je Zakonodajno-pravna služba v mnenju za matično delovno telo o predlogu zakona¹⁹ navedla, kakšne popravke bo opravila v končni redakciji zakona pred objavo v Uradnem listu, so te navedbe izkoristili poslanci opozicijske stranke in vložili amandma za drugo obravnavo na seji državnega zbora. Poslovnik razpravo o zakonskem predlogu na plenarni seji omejuje tako, da je možna zgolj razprava o vloženi amandmaji. Predvidevam, da je opozicijska stranka z vložitvijo amandmaja želela pridobiti možnost za razpravo. Vendar je državni zbor brez razprave njihov amandma, ki je vseboval le spremembe, ki jih je kot redakcijski poseg napovedala že Zakonodajno-pravna služba, zavrnil. Če pustimo ob strani, da je tako opozicija posegla v pristojnosti Zakonodajno-pravne službe (za redakcijsko spremembo določbe v tem primeru ni bil potreben amandma), se zastavlja še vprašanje, kaj storiti v takšnem primeru. Opraviti redakcijo, kar je naloga Zakonodajno-pravne službe, ali upoštevati, da je zakonodajalec zavrnil redakcijski poseg v zakonsko besedilo? Kot rečeno, razprave o tem ni bilo, zato ni bilo jasno, ali se zakonodajalec s takim posegom ni strinjal ali pa je bil amandma zavržen le zato, ker ga je vložila opozicija. Glede na to, da poslanci nikoli ne nasprotujejo redakcijskim popravkom, ki jih Zakonodajno-pravna služba pisno napove, sklepam, da amandma ni bil sprejet zgolj zato, ker ga je vložila opozicija.

2.3. Splošne razprave

Na podlagi velikega števila opravljenih splošnih razprav (in številnih neformalnih posvetov) dr. Zajc sklepa, da so bile organizirane z namenom pridobiti čim večje soglasje o pomembnih zadevah.²⁰ Takšen cilj se najbrž res zasleduje v predhodni obravnavi,²¹ ki se opravi pred vložitvijo zakonskega predloga v zakonodajni postopek, ocenjujem pa, da je vsaj v primeru

¹⁷ Prav tam, str. 10.

¹⁸ Prav tam, str. 6.

¹⁹ Mnenje o Predlogu zakona o spremembi Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o dohodnini (ZDoh-2D).

²⁰ Zajc, str. 11.

²¹ 119. člen poslovnika.

splošnih razprav takšno sklepanje vprašljivo. Tako sklepam na osnovi vsebine splošnih razprav, ki sem jih spremljala. Čeprav bi lahko šteli, da splošna razprava nadomešča prvo fazo po prejšnjem poslovniku (predlog za izdajo zakona), pa nima več istega pomena. V dobi prejšnjega poslovnika je parlament ob zaključku obravnave sprejel stališča in sklepe z usmeritvami, ki jih je moral predlagatelj upoštevati pri pripravi osnutka zakona (sedanja druga obravnava). Po veljavni ureditvi pa se besedilo predloga zakona med splošno razpravo in drugo fazo ne spreminja. Na podlagi splošne razprave je kvečjemu mogoče sklepati, na katere določbe zakonskega predloga bodo vloženi amandmaji, ker jim poslanci posvečajo posebno pozornost. Večinoma pa so splošne razprave precej politično obarvane. Tudi sicer 40 % anketirancev negativno ocenjuje kvaliteto poslanske razprave, pozitivno pa le 16 %.²²

Čeprav poslovnik opredeljuje namen splošne razprave, poslanci vlagajo zahteve za splošno razpravo tudi z drugimi nameni, ki se razlikujejo od poslovniško določenega. Mislim, da se z zahtevo po splošni razpravi zlasti želi pridobiti čas, in sicer na dva načina. Ko je predlog zakona vложен v zakonodajni postopek, je prva obravnava opravljena s posredovanjem predloga zakona poslancem, če ti ne zahtevajo splošne razprave. Če pa je podana takšna zahteva, se prva obravnava zakonskega predloga uvrsti na prvo plenarno sejo, saj ni potrebno, da bi ga prej obravnavalo matično delovno telo, niti niso zahtevana druga mnenja. Poslovnik določa 15-dnevni rok za vložitev zahteve za splošno razpravo, šteto od prejema zakonskega predloga.²³ Zato se predlog zakona ne dodeli matičnemu delovnemu telesu, dokler se ta rok ne izteče. Po izteku roka pa se predlog zakona uvrsti na sejo državnega zbora, skladno s terminskim planom. Tudi drugi razlog je časovne narave, saj imajo poslanci v splošni razpravi na voljo več časa za razpravo (ki je tudi neposredno prenašana na televiziji) kot tedaj, ko je zakonski predlog obravnavan na plenarni seji v drugi obravnavi.

2.4. Vpliv vlade na odločanje v državnem zboru

Na vprašanje, ali menijo, da je vpliv vlade premočan, je 59,3 % anketiranih poslancev odgovorilo pozitivno, kakor kdaj jih je menilo 27 %, zanikalo pa ga le 13 %.²⁴

Dr. Zajc pravi, »da se močnejši vpliv vlade običajno kaže v določanju zakonodajnih prioritete in v iskanju možnosti, da bi parlament določene rešitve čim prej izglasoval. Takšni pritiski so sicer običajni v parlamentarnih demokracijah, zlasti izraziti pa so bili v parlamentih tranzicijskih držav, katerih poslovnik so ponekod tudi obdržali možnost uporabe nujnih postopkov. Tudi novi Poslovnik Državnega zbora je ohranil tako možnost tudi v primeru zahtevnejše

²² Zajc, str.7.

²³ 122. člen poslovnika.

²⁴ Zajc, str. 14.

zakonodaje zaradi posebnih oziroma nujnih razlogov. Vendar je uporaba nujnih postopkov v zakonodajni praksi ostala stalna posebnost slovenskega parlamenta, saj je v drugih parlamentih izredno majhna.«²⁵

»Kljub upoštevanju močne ustavne vloge državnega zbora smo predpostavljali, da delovanje 'odločne' vlade lahko pomembneje vpliva na državni zbor tudi v smislu omejevanja nekaterih njegovih funkcij, kot so zakonodajna ali nadzorna. Ta predpostavka se sicer ujema s t. i. 'izvršilnim sindromom', ki ga ugotavljajo številni politologi, ki raziskujejo sodobne parlamente, ki pomeni, da sodobne vlade zaradi vrste okoliščin, kompleksnosti problemov, zahtevnosti prilagajanja razvoju, vključenosti v nadsocijalne organizacije in tudi pritiskov globalizacije, prevzemajo vedno večji delež zakonodajne pobude ali celo postavljajo nacionalne parlamente v podrejen položaj.«²⁶

Glede na povedano menim, da je tudi sedanja vlada v tem pogledu »odločna«, saj se navedeni indikatorji ponavljajo tudi v tem mandatu.

2.4.1. Hitra obravnava zakonskega predloga

Kot je navedeno, vlada išče možnosti, da bi parlament določene rešitve čim prej izglasoval. Poleg nujnih postopkov za sprejem zakona po moji oceni vlada te možnosti išče tudi z neformalnimi instrumenti. Ker tak vpliv poteka povsem neformalno in nejavno, ne morem oceniti, koliko je pravzaprav uspešna. Vendar pa se takšnega urejanja ponekod loteva na precej neposrečen način, menim da zato, ker ne pozna dovolj določb poslovnika. Naj navedem konkretni primer, spet je to aktualna novela ZGD-1. Kot sem že omenila, je vlada ta predlog novele kar dvakrat umaknila iz zakonodajnega postopka in ga nadomestila z novim. Vendar pa v primeru umika za nov zakonski predlog znova začnejo teči roki. Predpostavljam, da so zaradi želje po čim prejšnji obravnavi poslanci koalicije zahtevali splošno razpravo in je bila le-ta zato uvrščena že na prvo sejo po podani zahtevi. Splošna razprava je potekala 21. aprila 2009, vendar kljub pazljivemu spremljanju žal nisem zasledila »razprave o razlogih, ki zahtevajo sprejem zakona ter o načelih, ciljih in poglobitvini rešitvah predloga zakona«, kot namen splošne razprave opredeljuje poslovnik,²⁷ izvzemši uvodno predstavitev predstavnice vlade kot predlagateljice. Zaradi teka rokov med splošno razpravo in drugo obravnavo kolegij predsednika državnega zbora predloga zakona ni uvrstil na terminski program za redno sejo državnega zbora, ki bo konec maja. Kljub temu bo matično delovno telo predlog zakona obravnavalo na seji dne 8. maja, ki je skrajni datum za obravnavo, da se točka lahko uvrsti na dnevni red majske seje državnega zbora. Neformalno je pobudnike sklica vodila želja po obravnavi pred poletjem, saj je avgust

²⁵ Prav tam.

²⁶ Prav tam, str. 13.

²⁷ 122. člen poslovnika.

2009 rok za implementacijo direktive, 15. julija pa se začnejo tudi parlamentarne počitnice, v katerih ni možno sklicati rednih sej državnega zbora. Vendar se ob tem ni upoštevalo Programa dela državnega zbora za leto 2008, ki pred poletjem predvideva redno sejo tudi še junija in julija. V praksi pa je tako nesrečno izbran datum za sejo matičnega delovnega telesa povzročil probleme, najprej zaradi odsotnosti med prazniki, kasneje pa zaradi drugih sej delovnih teles, ki so koncentrirane na prvi teden maja. Na podlagi mnenja Zakonodajno-pravne službe o predlogu novele ZGD-1 so sicer predlagatelji izrazili željo po dodatnem pojasnjevanju in usklajevanju, vendar se bojim, da za to preprosto ne bo časa. Pomanjkanje časa pa po logiki stvari botruje slabo ali pomanjkljivo pripravljenim amandmajem in posledično k vsaj nomotehnično slabo pripravljenemu zakonu (vprašljive vsebinske rešitve tu puščam ob strani).

2.4.2. Predlagatelji

»Izredno močna zakonodajna pobuda na strani vlade se je vseskozi kazala v tem mandatu državnega zbora, saj je bil delež poslanskih pobud precej manjši – od 125 predlaganih zakonov, ki so jih predlagali poslanci, je bilo sprejetih le 18, od 709 vladnih predlogov (skupaj z ratifikacijami) pa je bilo sprejetih 614. Podobno, čeprav ugodnejše razmerje, sicer ugotavljamo tudi v prejšnjem mandatu državnega zbora, ko je bilo od 97 zakonov, ki so jih predlagali poslanci, sprejetih le 37.«²⁸

Ocena o predlagateljstvu v smislu zakonske iniciative je kar ustrezna. T. i. poslanske zakone večinoma predložijo poslanci opozicije, koalicijski pa le izjemoma – če jih vložijo le-ti, navadno pomeni, da ne upoštevajo koalicijske pogodbe ali uveljavljajo svoje posebne interese,²⁹ vsekakor pa večinoma velja, da niso dobili zadostne podpore znotraj koalicije in se zatorej lahko predvideva, da njihove zakonske predloge čaka usoda opozicijskih predlogov, torej zavrnitev. Ne glede na že prej navedeno nasprotje med pozicijo in opozicijo je treba upoštevati, da so poslanski predlogi zakonov večinoma zelo slabo (vsaj) nomotehnično pripravljeni. Delno je to razumljivo, saj nimajo ustrezne strokovne podpore, ki jo vladi sicer nudijo pristojna ministrstva in Služba Vlade RS za zakonodajo. Ne glede na siceršnje delo v poslanskih skupinah, pa je glede nomotehnike treba upoštevati, da so v poslanskih skupinah kot strokovni sodelavci zaposleni tudi ljudje, ki so že dalj časa v parlamentu in bi se ob spremljanju zakonodajnih postopkov, ko imajo na voljo vse ustrezno gradivo (mnenja Zakonodajno-pravne službe, amandmaje, poročila delovnih teles, magnetograme sej delovnih teles in državnega zbora ...), lahko privadili nomotehniku, če jo razumemo kot »obrt«. Povedano velja tudi, ko zakonsko iniciativo izkoristi državni svet.

²⁸ Zajc, str. 13.

²⁹ Prav tam, str. 8.

Čeprav zagovarjam stališče, da bi morale biti vsaj osnove nomotehniko v državnem zboru obravnavane kot funkcionalna znanja, ki bi jih moral obvladati vsak strokovni delavec, zaposlen za delo v delovnih telesih ali v poslanskih skupinah, pa včasih, ko preučujem vlozene amandmaje, ugotavljam, da nomotehniko ni zgolj obrt, temveč v pravem pomenu besede prava znanost. Zaradi neupoštevanja nomotehničnih pravil je namreč včasih izredno težko ugotoviti, kaj predlagatelj sploh želi, še bolj pa, na katero mesto znotraj zakona ali zakonskega predloga hoče umestiti zamišljeno določbo, če jo vlaga kot amandma na zakonski predlog, kar je še posebej očitno, ko gre za amandmiranje predlogov novel ali celo amandmaje k tem amandmajem.

2.4.3. Nujni in skrajšani postopki

Čeprav večina anketirancev (60 %) ³⁰ meni, da se v državnem zboru prevečkrat uporabljajo nujni postopki, si po moji oceni ni obetati njihovega zmanjševanja. Upoštevati je treba, da sprejem zakona po nujnem postopku lahko zahteva le vlada, in to tedaj, ko je sprejem zakona nujen zaradi interesov varnosti ali obrambe države ali zaradi odprave posledic naravnih nesreč ali zato, da se popravijo težko popravljive posledice za delovanje države. ³¹ Navadno varnost in obramba države nista ogroženi, naravne nesreče so bolj redke, pač pa vlada pod zadnji pogoj navede vse možne okoliščine, zaradi katerih predlaga obravnavo predloga zakona po nujnem postopku. O postopku odloča kolegij predsednika državnega zbora, kjer zadošča, da postopek potrdijo poslanske skupine koalicijske večine.

V zvezi s pogostostjo in elementi, ponujenimi kot razlog za nujni postopek, bi se lahko nagibali k oceni, da gre v teh primerih že za zlorabo poslovnika, ki pa je po mojem mnenju še nesmiselna. Nujni postopek predvideva čimprejšnji sprejem zakona. Vendar je poslovnik sedaj zasnovan tako, da je zakon sprejet že v par mesecih od njegove vložitve, saj je prva obravnava opravljena s posredovanjem zakonskega predloga poslancem, tretja obravnava pa se uvrsti na naslednjo sejo (po opravljeni drugi obravnavi) le izjemoma. Večinoma se zakonski predlog sprejme na plenarni seji po opravljeni drugi obravnavi, torej na eni seji! Vendar je bistvenega pomena, v katerem trenutku je zakonski predlog vložen – optimalen je pravi čas pred predvideno sejo kolegija predsednika državnega zbora, ki oblikuje terminski program.

V tem mandatu kot neprimeren še ni bil zavrnjen noben zakonski predlog vlade, tudi ne v primeru, ko je bilo treba večino njegovih določb preoblikovati in tudi na novo opredeliti namen zakona oziroma njegove upravičence. ³²

³⁰ Prav tam, str. 15.

³¹ 143. člen poslovnika.

³² Npr. Predlog zakona o delnem subvencioniranju polnega delovnega časa.

Kot rečeno, obravnavo po nujnem postopku lahko predlaga le vlada. Čeprav so tudi vladni predlogi zakonov premalokrat spisani tako perfektno, da bi bili sposobni takojšnje objave v Uradnem listu, pa po mojem mnenju ni najbolj posrečena poslovniška ureditev, da vlada ne more vlagati amandmajev na svoj zakonski predlog. Prepoved vlaganja amandmajev na svoj zakonski predlog se je v poslovnik vnesla pod predpostavko (ali z željo?), da vladni predlogi ne potrebujejo popravkov. Takšna predpostavka pa žal še vedno ni realizirana, saj tudi preneka-teri vladni zakonski predlog zahteva vsaj nomotehnične popravke. Kot mi je znano, je Služba Vlade RS za zakonodajo večkrat neuslišana pri opozarjanju na nedoslednosti v zakonskem predlogu ali pa je potisnjena v kot z določitvijo nerazumno kratkega roka za predložitev mnenja. Vendar se z idejo, da predlog zakona ob vložitvi v zakonodajni postopek postane last državnega zbora, da ga ta »posvoji«, ki je prenesena v poslovniške določbe, vlada na neki način tudi razbremeni svoje odgovornosti za kvalitetno pripravo zakonov in jo prenese na državni zbor. Ne samo, da včasih niso upošteevane pripombe Službe Vlade RS za zakonodajo k predlogu zakona, ta služba tudi ne more podati mnenja k amandmajem, vložnim na predlog zakona. V praksi večino amandmajev pripravijo pristojna ministrstva, vložijo jih stranke koalicije, če pa tudi za to ni časa, so predloženi neposredno na matično delovno telo, da jih to sprejme kot svoje amandmaje. Zato mislim, da vsi nekako delujemo pod pritiskom nujnosti sprejema zakona, čeprav razlogi za to niso niti prezentni niti ne vedno ustrezni.

Smiselno enako velja tudi za postopanje po skrajšanemu postopku, ki ga vsak pooblaščen predlagatelj lahko predlaga, če meni, da gre za manj zahtevne spremembe in dopolnitve zakona, prenehanje veljavnosti zakona ali posameznih določb, manj zahtevne uskladitve zakona z drugimi zakoni ali s pravom Evropske unije, ali če gre za noveliranje zakona v zvezi s postopkom pred Ustavnim sodiščem oziroma z odločbo Ustavnega sodišča.³³ Izpolnjevanje teh pogojev bi po logiki stvari zahtevalo strokovni premislek, vendar tudi o skrajšanem postopku odloča kolegij predsednika državnega zbora, pri čemer po moje kot najbolj bistven kriterij upošteva obsežnost zakonskega gradiva oziroma samega besedila zakonskega predloga. Da je zakonski predlog manj zahteven, je večkrat zelo težko oceniti, zato smo v Zakonodajno-pravni službi kar zadovoljni, da nam je bila tovrstna presoja z novim poslovníkom odvzeta.

Naj pri navedbi strokovne presoje in nujnosti oziroma hitrosti postopanja navedem še dve zadevi, ki sicer ne sodita popolnoma v ta podnaslov. Po določbi 116. člena poslovnika predsednik državnega zbora takoj po vložitvi posreduje predlog zakona vsem poslancem. Takoj po vložitvi in pred posredovanjem zakonskega predloga poslancem mora strokovna služba državnega zbora pregledati, ali zakonski predlog vsebuje vse sestavine, ki jih kot obvezne določa 115. člen poslovnika. Vendar je zaradi hitenja, ki ga povzroči zahteva »takoj«, predlog zakona deležen zgolj pregleda, ali so formalno izpolnjeni pogoji, saj ni časa za bolj podrobno seznanitev z gradivom. V praksi to pomeni, da imamo vsaj v Zakonodajno-pravni službi

³³ 142. člen poslovnika.

nemalo problemov z razumevanjem besedila posameznih določb. Obrazložitve posameznih določb zakonskega predloga so namreč neverjetno skromne, vendar s formalnega vidika (kot predložene) ustrezne. Ko se namreč v zakon uvaja neki nov pravni institut, še zlasti, če je v dosedanjem pravnem redu neznan, ne zadošča večkrat podana obrazložitev, ki pove le, da se s posamezno določbo uvaja nov pravni institut. Posledično so zato tudi mnenja Zakonodajno-pravne službe spisana s temeljnim očitkom o nerazumljivosti besedil predloga zakona, saj nerazumevanje onemogoči presojo same določbe. Glede na to, da v Zakonodajno-pravni službi delamo izkušeni pravniki, ki dnevno prebiramo zakonske tekste, je mogoče sklepati, da bo v primeru, ko niti mi ne razumemo namena in pomena posamezne določbe, to še bolj nerazumljivo naslovnikom zakona, ki so praviloma prava nevešči. Vendar zahteva po določenosti in razumljivosti predpisov izhaja že iz 2. člena ustave in tudi iz ustaljene ustavno-sodne presoje Ustavnega sodišča.

Drug problem pa vidim v oblikovanju dopolnjenega predloga zakona. Pripravijo ga strokovne službe matičnega delovnega telesa tako, da v besedilo predloga zakona za drugo obravnavo vključijo vse amandmaje, sprejete v drugi obravnavi na seji matičnega delovnega telesa. Poslovnik je zasnovan tako, da naj bi se glavnina zakonodajnega dela opravila na seji matičnega delovnega telesa ob obravnavi zakonskega predloga v drugi obravnavi. Iz tega izhaja, da je največ sprememb zakonskega besedila opravljenih v delovnem telesu. Spremenjene so lahko skoraj vse določbe, sprejeti so tudi amandmaji na amandmaje, možnih je skratka kar precej sprememb oziroma dopolnitev besedila predloga zakona, kar oteži pripravo dopolnjenega predloga zakona. Predlog zakona izpolnjuje poslovniške pogoje za uvrstitev na sklic plenarne seje, ko je opravljena obravnavo na seji delovnega telesa, ki rezultira v dopolnjenem predlogu zakona kot sestavnem delu poročila delovnega telesa o obravnavi posameznega predloga zakona. Poročilo mora biti predloženo članom kolegija predsednika državnega zbora, ko določa dnevni red seje državnega zbora. Zato je tudi tu ključnega pomena hitrost pri pripravi dopolnjenega predloga zakona, ki pa lahko povzroči napake, npr. napačen zapis določbe ali napačno lociran amandma. Včasih se teh napak ne zazna in jih zato ni mogoče pravočasno odpraviti. Državni zbor na svoji seji odloča na podlagi dopolnjenega predloga zakona, ne več o prejšnjem besedilu in posameznih amandmajih, ki so jih sprejeli poslanci na seji delovnega telesa. In če je izglasovano besedilo, ki ne odraža pravilno namena poslancev – katero besedilo velja? Takšno, ki ga je sprejel državni zbor ali takšno, kot ga je sprejelo matično delovno telo kot njegov sestavni del?

3. Sklep

Moja stališča glede posameznih elementov učinkovitosti, ki jih je upoštevala anketna raziskava, sem podajala sproti. V sklepnem delu pa želim izpostaviti še splošen pojem učinkovitost kot pomemben element delovanja državnega zbora, pri čemer izjemno vlogo igra poslovnik.

Le-ta je namreč koncipiran tako, da v kar največji meri racionalizira zakonodajni proces in s tem pripomore k učinkovitost parlamentarnega dela. Za doseg tega cilja ima na voljo kar nekaj instrumentov.

Z uvedbo terminskih programov dela je delovanje državnega zbora postalo bolj urejeno, lažje se programira delo. Terminski plan, ki določa dnevni red seje naslednjega meseca, sprejme kolegij predsednika državnega zbora. Prav tako sprejme okvirni terminski plan, ki planira sejo za še en mesec naprej. Vendar v te terminske programe niso vključeni predlogi zakonov, za katere vlada predlaga, da se jih obravnava po nujnem postopku. Ti zakonski predlogi se avtomatično vključijo v dnevni red prve naslednje seje. Posebno dobrodošla pa je uvedba časovnega pregleda poteka seje, ki z navedbo dneva in ure določa čas obravnave zakonskega predloga na plenarni seji. Pred letom 2002, torej pred uvedbo novega poslovnika, so seje potekale sicer po dnevnem redu, vendar pa so bile točke znotraj dnevnega reda tudi prestavljene, zamenjan je bil vrstni red in smo bili sodelujoči v bistvu v »stanju pripravljenosti« ves čas trajanja seje, včasih do večera, popolnoma brez smisla, saj je predlog zakona, za katerega si pričakoval obravnavo popoldne, morda zvečer, prišel na vrsto šele naslednji dan. Ker je poslovnik omejil čas in možnost razprave na seji državnega zbora, seje navadno trajajo le en teden.

Poslovnik je tudi predvidel, da se pretežni obseg dela, to je razprava in obdelava posameznih zakonskih predlogov, opravi na sejah matičnih delovnih teles. Vendar pa opažam, da se isti govorci z istim besedilom razprave oglašajo tako na seji delovnega telesa kot na plenarnem zasedanju. Posebej pa me moti, da namesto stališča o zakonskem predlogu govorci večinoma razpravljajo o samem zakonskem predlogu in povzemajo njegovo vsebino. Ker je to vsebina uvodne predstavitve zakonskega predloga, ki jo poda predstavnik predlagatelja, in ker se ta vsebina ponavlja pri več govornih, mislim, da o učinkovitosti na tem mestu ne moremo govoriti.

Obratno pa velja za samo obravnavo zakonskega predloga, kjer včasih kvaliteta trpi zaradi poudarjene učinkovitosti. Čeprav naj bi delovno telo detajlno, po posameznih določbah obravnavalo predlog zakona, se to ne izvaja v zadostni meri, predvsem zaradi pomanjkanja časa. Glede na Program dela državnega zbora so seje delovnih teles koncentrirane v enem tednu, ki je 14 dni pred sejo državnega zbora. Povprečno je na dnevnem redu seje državnega zbora približno 40 točk (vključeni so tudi predlogi zakonov o ratifikacijah), ki jih morajo predhodno obravnavati matična delovna telesa. In kot rečeno, ta zasedajo zgolj en teden, s posebno poslovniško omejitvijo, da istočasno lahko zasedata le dve delovni telesi. V praksi to pomeni, da sta dve seji v torek ob 14. uri (ponedeljek je rezerviran za delo poslancev v poslanskih pisarnah, torek dopoldne pa za posvete v poslanskih skupinah), druge dneve pa dve seji ob 9. uri, dve ob 14. uri, v petek pa se navadno zaseda le dopoldne, saj so bile popoldanske seje tolikokrat nesklepčne, da se jih v tem terminu sklicuje le še izjemoma. Zato je logično, da se na seji delovnega telesa hiti. Poslovnik sicer določa, da se v drugi obravnavi zakonskega predloga obdela vsak člen posebej, praktično pa to pomeni le razpravo o posameznih vloženi

amandmajih. Žal se prevečkrat zgodi, da se v primeru, ko se sicer zazna problem oziroma potreba po spremembi določbe, pa še ni oblikovan amandma, na tej točki razprava konča ali pa se odloži do seje državnega zbora, do katere je »še dovolj časa«. Vendar pa se na tej seji lahko vlagajo amandmaji le k členom, ki so bili že amandmirani na seji delovnega telesa, kar včasih predstavlja precejšnjo oviro. Večkrat pa pooblaščenim vlagateljem niso dovolj zainteresirani za pripravo amandmaja in ga torej ne vložijo. Praktično pa je tudi težko v zadnjih minutah, ko se poslanci že pripravljajo, da bodo sejno sobo prepustili drugemu delovnemu telesu, ki ima za njimi sklicano sejo in s tem rezerviran prostor, opozarjati na slabosti zakonskega predloga. Delovna telesa so namreč kar zainteresirana za zasedanje v točno določeni sejni sobi, saj samo ta omogoča neposredni televizijski prenos, kar pa je že drugo vprašanje učinkovitosti.

Na podlagi vsega navedenega ocenjujem, da je delo državnega zbora sicer res učinkovito, da pa bi morda kazalo ob pripravah na noveliranje poslovnika razmisliti tudi o poudarjeni kvaliteti delovanja državnega zbora, morda tudi z upoštevanjem pripomb, ki sem jih na nekatere določbe poslovnika podala v tem prispevku.

Viri in literatura

- Igličar, Albin. Subjektivni pogledi poslancev na zakonodajo in nomotehniko. Prispevek za VII. Nomotehnične dneve.
- Nomotehnične smernice /izd. Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo. 2., spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2008.
- Poslovník državnega zbora (PoDZ-1-UPB1). Z razlagami. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2007.
- Raziskava »Stališča in ocene poslank in poslancev o vlogi Državnega zbora RS kot nacionalnega parlamenta države članice EU«, Sumarno poročilo in analiza podatkov iz ankete med poslanci in poslankami, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za družbene vede, Inštitut za družbene vede, Center za politološke raziskave (vodja raziskave dr. Drago Zajc), Ljubljana, 2008.

Kratki znanstveni prispevek
UDK 340.134:342.553.37(497.4)

Nomotehnični vidiki predpisov lokalnih skupnosti

AS. DR. BOŠTJAN BREZOVNIK,
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. Lokalna samouprava

Samouprava temelji na ideji, da naj bi prišel vsak posameznik in vsaka družbena skupina do besede in vpliva v stvareh, ki se nanašajo na njihove interese in koristi, da torej o stvareh odločajo tisti, ki jih te zadevajo. Samouprava tako pomeni, da neki krog interesentov sam upravlja svoje naloge.

Če izhajamo iz ugotovitve, da je temeljna značilnost lokalne samouprave, da prebivalstvo ožje družbene (lokalne) skupnosti to družbeno skupnost po voljenih organih (posredno) in z instituti neposredne demokracije (zbor občanov, referendum, ljudska iniciativa) (samo)upravlja, sta temeljni značilnosti lokalnih skupnosti samostojnost in neodvisnost. Vendar pa ni mogoče govoriti o samostojnosti in neodvisnosti samouprave lokalnih skupnosti kot absolutni kategoriji, saj mejo lokalne samouprave določa država s svojim pravnim redom. Tako država ne dopušča, da bi se na teritoriju, ki ga obvladuje, pojavila oblast, ki bi bila po sili in učinku enaka ali podobna državni oblasti. Zato bo državna oblast ne glede na stopnjo decentralizacije in demokracije vedno obdržala nadzor nad delom oblasti ožjih družbenih skupnosti. Od tod tudi izvira delitev nalog med državo in lokalno skupnostjo. Na tem mestu lahko ugotovimo, da naša ustavna koncepcija izhaja iz popolne ločitve občine in države. Po določilu prvega odstavka 140. člena Ustave ¹ »spadajo v pristojnost občine lokalne zadeve, ki jih občina lahko ureja samostojno in ki zadevajo samo prebivalce občine«. Ostra ločnica med državno oblastjo in lokalno samoupravo (drugače od ureditve v evropskih državah, kjer se naloge države in lokalne samouprave na različne načine prepletajo) pa je postavljena tudi s tem, da občini brez njen-

¹ Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91, s spremembami in dopolnitvami).

ega soglasja ni mogoče dodeliti prav nobenih državnih nalog.² Ravno tako se postavlja ostra ločnica pri delitvi oblasti, tako da se v kontinentalni evropski pravni tradiciji in s tem tudi v Sloveniji lokalna samouprava omejuje samo na izvršilno vejo oblasti, in ne na sprejemanje splošnih pravnih aktov (zakonov).

Ugotovimo lahko, da imajo lokalne skupnosti določeno mero »pravodajne funkcije«, ki jo v naši ureditvi izvršuje občinski svet kot najvišji organ odločanja o vseh zadevah v okviru pravic in dolžnosti občine. Med najpomembnejšimi akti, ki jih sprejema, pa so statut, proračun in odloki. Z omenjenimi akti pa občine (občinski sveti) posegajo v pravice, obveznosti in pravne koristi občanov in državljanov ter pravnih oseb na njenem območju. Pri izvrševanju pravodajne funkcije pa so občinski sveti vezani na splošna ustavna pravna načela, o katerih bo govor v nadaljevanju, kot tudi na pravna pravila. Med omenjenimi pravnimi načeli in pravnimi pravili je pomembna kakovostna razlika. »*Pravno pravilo*« izraža določen tip vedenja in ravnanja, »*pravno načelo*« pa posreduje »le« vrednostno merilo (npr. načeli pravne in socialne države v ustavnem pravu), kako naj ravnamo v pravnih razmerjih, v katerih smo nosilci določenih tipov vedenja in ravnanja.³

Sporočilo, ki ga vsebuje pravno pravilo, je, kot pravi *Dworkin*, oblikovano na način »*vse ali nič*« (npr. ne kradi!, ker te sicer zadene sankcija), medtem ko samo načelo neposredno izraža le »*temelj, merilo in urejevalni razlog*«, ki je zdaj bolj zdaj manj intenzivno izražen in ga udejanjamo preko tipov vedenja in ravnanja, ki jih oblikujejo pravna pravila.⁴

2. Načelo pravne varnosti

Nedvomno je, da je pravna varnost posameznika temeljni postulat pravne države. Če se zgledujemo po *Maunz*, lahko štejemo načelo pravne varnosti za podprincip načela pravne države in ga delimo v naslednja pravila:

- Ne le pravni red, celotno državno ravnanje mora biti znotraj določenih meja državljanom (občanom) predvidljivo, tako da vse to lahko upoštevajo pri lastnih odločitvah.
- Predpisi morajo biti jasno opredeljeni in razumljivi, tako da ravnanje državljanov (občanov) in organov ne more biti vprašanje. Zato je v nasprotju s pravno državo, če se uporabljajo nedoločeni pravni pojmi ali take generalne klavzule.
- Medtem ko je v zakonodaji poudarek na jasnosti, je pri upravi pomembno zaupanje (zanesljivost). V zvezi s tem se poudarjajo potrebe po omejevanju preklicev sprememb že

² Več o tem glej: B. Grafenauer, *Lokalna samouprava na Slovenskem: Teritorialno-organizacijske strukture*, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta Maribor, Maribor, 2000, stran 413.

³ M. Pavčnik, *Teorija prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1997, stran 79.

⁴ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985.

pravnomočnih odločitev. Za tako ravnanje mora biti podan temelj v načelih nekega zakona in predpisan posebej zahtevan postopek. Varnost državljanov (občanov) je odvisna od trajnosti aktov, zato se tudi poudarja prepoved retroaktivne veljave predpisov itn.

- Ustava mora zagotavljati velike omejitve pri retroaktivni veljavi predpisov.
- Uveljavljanje pravne varnosti in zaupanje v zakon vodi k sklepanju o tem, da zakoni, ki ne dajejo podlage za odločitve državljanov in njihove dispozicije, ne dajejo zaupanja, kar še posebej velja glede retroaktivne veljave.⁵

O načelu pravne varnosti se npr. izreka Ustavno sodišče RS v odločbi št. U-I-13/94, kjer pravi:

»Načelo pravne države (2. člen ustave) oziroma načelo pravne varnosti kot eden njegovih bistvenih elementov med drugim zahteva, da morajo biti pravna izhodišča za vedenje in ravnanje pravnih subjektov vnaprej določena ali vsaj določljiva. Prvi odstavek 95. člena zakona o lokalni samoupravi se sklicuje na zakon o referendumu, ki v času, ko je zakon o lokalni samoupravi stopil v veljavo, še ni bil sprejet. Določba, ki v svojem bistvenem delu navezuje na neobstoječ predpis, nasprotuje načelu pravne države. Prvi odstavek 95. člena zakona o lokalni samoupravi je zato tudi v tem pogledu protiustaven.«

3. Načelo varstva zaupanja v pravo

Zakonodajalec praviloma posega v prihodnost, vendar na podlagi pridobljenih izkušenj in spoznanj v preteklosti; odzove se tedaj, ko ga je prehitel čas. Tako je pravo v napetem razmerju med stabilnostjo in fleksibilnostjo, med tradicijo in inovacijo.

Jamčenje kontinuiranosti in varstvo zaupanja sta na strani stabilnosti, vendar se razlikujeta. Kontinuiranost je objektivno omejena na stalnost (obstojnost). Načelo varstva zaupanja v pravo pa je subjektiven odraz objektivno usmerjenega jamstva kontinuitete. Izhaja iz državljana (občana), ki pričakuje ter zahteva zaupanje v obstoj državnih norm, kar mu omogoča, da jih upošteva pri njegovih dispozicijah in pričakovanjih. Tako je načelo zaupanja v pravo element pravne varnosti in s tem tudi načel pravne države.

Pravo lahko uveljavlja funkcijo dejavnika reda v družbenem življenju, če je čim bolj stalno in trajno. Časovna razsežnost prava je njegov bistveni element. Tako je za vsak pravni predpis in za vsako posamezno pravno normo pomembno, da se ve oziroma da je določeno, na katerem teritoriju velja in da se v pravnem redu postavijo pravila o časovni veljavnosti predpisov, tako da »naslovljenci« vedo, kateri predpisi zanje veljajo v določenem trenutku. Poleg tega je pomembno tudi, kako in kdaj se je treba seznaniti z nekim predpisom, kdaj začne veljati in

⁵ J. Šinkovec, O pravni državi, Podjetje in delo, št. 5/1992, stran 375; avtor povzema ugotovitve po Maunz - Duerig, grundgesetz - Kommentar, Beck Verlag, 1990.

kaj je z do takrat veljavnim prepisom, ki ureja enako vsebino, pod katerimi pogoji je mogoče predpisati veljavnost nekega predpisa za nazaj, kdaj preneha veljati predpis ...⁶

Izhajajoč iz določila 154. člena Ustave, ki določa: »Predpisi morajo biti objavljeni, preden začno veljati. Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno,« je pogoj za veljavnost in obveznost pravne norme, da je sporočena tistemu, na katerega se nanaša, oziroma tistemu, ki jo mora izvršiti. Državni predpisi se objavijo v državnem uradnem listu, predpisi lokalnih skupnosti pa v uradnem glasilu, ki ga te same določijo.

Ob pregledu lokalnih predpisov lahko ugotovimo, da se v nekaterih primerih vnaša dvom o začetku veljavnosti pravnega akta, kot je npr.:

Odlok o sestavi in številu članov organov krajevnih skupnosti v Občini Hodoš – Šalovci (Uradni list RS, št. 32/95 z dne 9. 6. 1995)

»10. člen

Odlok se uporablja takoj, veljaven je z dnem objave v Uradnem listu RS.«

Prikazano določilo 10. člena je nejasno in v nasprotju z načelom pravne varnosti, saj ni jasno določen čas uporabe predpisa. »Takoj« bi, sklepam, lahko pomenilo, da se odlok uporablja od dneva sprejema v občinskem svetu ali pa morda od dneva priprave odloka ...

Sklep o določitvi cen programov predšolske vzgoje v vrtcu, stroška živil in določitvi višine zdravstvene rezervacije (Uradni list RS, št. 6/01 z dne 26. 1. 2001)

»6. člen

Ta sklep začne veljati s prvim obračunom cen programov za leto 2001.«

Omenjeno določilo 6. člena vnaša dvom o začetku veljavnosti omenjenega sklepa, saj predpis ne določa, kdaj se bo opravil prvi obračun cen programov za leto 2001. Tako je začetek veljavnosti postavljen v prihodnost na časovno nedoločen dan.

Sklep o določitvi cen programov storitev v javnem vzgojno-varstvenem zavodu – vrtec Cerkvjenjak (Uradni list RS, št. 7/01 z dne 1. 2. 2001)

»II

Navedene cene začnejo veljati po sprejetju sklepa Občinskega sveta občine Cerkvjenjak s prvim dnevom naslednjega meseca po mesecu, v katerem je bil sprejet ta sklep.«

Žal je določilo II. točke omenjenega sklepa nejasno za obrazložitev, kdaj dejansko stopijo v veljavo nove cene, je pa gotovo, da je v nasprotju z določilom 154. člena Ustave.

⁶ R. Cijan, B. Grafenauer, *Upravno pravo, Pravna fakulteta Maribor, Maribor, 2002, stran 87.*

Ob pregledu prakse ustavnih sodišč lahko ugotovimo, da je bilo načelo zaupanja v pravo vse pogostejše predmet razpravljanja v odločbah, ki so se nanašale zlasti na zvišanje davkov, zniževanje subvencij, omejevanje socialnovarstvenih storitev, poklicno in gospodarsko dejavnost in zmanjševanje pravic državnih uslužbencev. Pokazalo se je, da je na proučevanje in uporabo tega instituta vplivalo vedno večje poseganje države na številna področja in na drugi strani vezanost zakonodajalca na varstvo pravic državljanov. Nujno je moralo prihajati do uravnoteženja različnih interesov, ki so zahtevali spremembe na družbenem, gospodarskem in tehničnem področju ter varstvom pridobljenih pravic in razmerij na drugi strani, ki so se upirali uporabi spremenjenih ukrepov. Upravičene so bile zahteve oseb, da ukrepi ne smejo biti napričakovani in da ne smejo biti nepričakovani in da ne smejo imeti retroaktivnih posledic, ker je to v nasprotju s pravno varnostjo.⁷

O načelu varstva zaupanja v pravo se izreka tudi Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-266/95:

»Pravna država mora spoštovati načelo zaupanja v pravo in druga načela pravne države. Načelo zaupanja v pravo zahteva, da so posamezne odločitve, ki so zakonite in sprejete brez vnaprejšnjih pridržkov ter po svoji naravi niso predhodnega značaja, stabilne. Pravo lahko uvveljavlja svojo funkcijo urejanja družbenega življenja, če je v čim večji meri stalno in trajno. Tako pravo, kot tudi celotno ravnanje vseh državnih organov, mora biti predvidljivo, ker to zahteva pravna varnost. Varnost državljanov je odvisna tudi od trajnosti aktov. S tem se uresničuje zaupanje državljanov v pravo in državo.«

Ter v odločbi št. U-I-206/97:

Iz obrazložitve:

»Ustava torej izrecno varuje pridobljene pravice le zoper zakonske posege z retroaktivnim učinkom. To pa pomeni, da varstvo pridobljenih pravic zoper zakonske posege z učinkom za naprej v našem ustavnem sistemu sploh ni možno oziroma ni zagotovljeno. Zagotovljeno je v okviru tistih splošnih načel pravne države, ki v ustavi sicer niso izrecno določena, jih pa je treba šteti za zagotovljena že na podlagi ustavne določbe, da je Slovenija pravna država (2. člen ustave). Med taka načela pravne države je treba šteti v okviru širšega pojma pravne varnosti vsekakor tudi načela zaupanja v pravo, ki posamezniku zagotavlja, da mu država njegovega pravnega položaja ne bo arbitrarno, torej brez razloga, utemeljenega v prevladujočem javnem interesu, poslabšala.«

⁷ J. Šinkovec, *Načelo varstva zaupanja v pravo, Podjetje in delo, št. 1/1993, stran 3.*

4. Načelo jasnosti (določnosti) predpisov

Med razpravo o pojmu pravne države in pojmu načela pravne države se poudarja tudi zahteva po relativni stabilnosti predpisov. Pogosto spreminjanje le-teh omejuje svobodo posameznika. Ravnanje države mora biti predvidljivo, delno je to omenjeno s prepovedjo retroaktivnosti zakonov. Sam namen predpisa ne glede na njegovo naravo mora biti jasno opredeljen, ukrepi pa natančno predpisani. Pravna država omejuje državo s poseganjem v uravnavanje številnih razmerij. Pri tovrstnih predpisih se tako zastavlja vprašanje o razmerju med cilji predpisa in ukrepi. V zvezi s tem se uveljavlja načelo sorazmernosti in prepoved prekoračitve potrebnega obsega ukrepa.

Pomen jasnosti predpisov je v tem, da se lahko izključi možnost različne uporabe norme in arbitrarnost organov. Jasnost predpisov je tako ena izmed zahtev in načelo pravne države, ki pripomore k varstvu zaupanja v pravo.

Tako se izreka tudi Ustavno sodišče RS v odločbi št. U-I-77/98, kjer v obrazložitvi odločbe pravi:

»Načela pravne države (2. člen ustave) zahtevajo, da so predpisi jasni in določni, rešitve sprejete v njih, pa splošne in abstraktne. Zakon je s stališča jasnosti in določnosti skladen z ustavo, če je mogoče z uporabo pravil o interpretaciji pravnih norm ugotoviti vsebino predpisa in je na ta način ravnanje organov in oseb, ki ga morajo izvajati, opredeljeno.«

In dalje v odločbi št. U-I-115/93:

»Načelo pravne države, določeno v 2. členu ustave, se izraža predvsem v spoštovanju veljavnih pravnih predpisov, v pravni varnosti, v načelu zaupanja v pravo, v prepovedi retroaktivnega delovanja predpisov, v sodni poti, ki zagotavlja popolno in pravilno zagotovitev dejanskega stanja, v zanesljivosti zakonodajalca, jasnosti in določnosti pravnih norm idr.«

Posebno pomembna je v pravni državi varnost državljanov, kar zahteva, da se v predpisih ne uporabljajo nedoločeni pojmi.

Tako pravi Ustavno sodišče v uvodu odločbe št. U-I-158/94:

»V nasprotju z načeli pravne države je zakonska določba, v kateri pravni pojmi niso opredeljeni tako, da jih je mogoče izvajati.«

In dalje v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-172/94, kjer ustavni sodnik dr. Šinkovec v odklonilnem ločenem mnenju pravi naslednje:

»Po ustaljeni praksi evropskih ustavnih sodišč obstoje enotne zahteve, da so norme opredeljene tako, da jih je mogoče izvajati: da je mogoče z gramatikalno in teleološko razlago posredovati

vsebinsko predpisa brez pravnih praznin in je s tem ravnanje organov ali subjektov determinirano. Pojmi so sprejemljivi, če se jim da po objektivnih merilih določiti njihov smisel in če se upoštevajo predstave, ki veljajo v življenju. Načelo vladavine prava in pravne varnosti terjata, da pravna odločitev v konkretnem primeru temelji na zakonu, dejansko življenje in dejanski interesi pa narekujejo, da je treba urediti tudi primere, za katere najdemo ustrezne opore v zakonu.»

Kot nekakšen korektiv nedoločnosti pojmov se pojavlja »odločanje po prostem preudarku«, kar je razvidno tudi iz odločbe Ustavnega sodišča št. Up 84/94:

»Zakonodajalec v določenih primerih uporabi nedoločene pravne pojme, ker ne more vnaprej predvideti vseh položajev, ki jih želi urediti. Tudi nedoločenih pravnih pojmov se torej – podobno kot podelitve pooblastila za odločanje po prostem preudarku – lahko posluži tedaj, ko želi upravi prepustiti določen prostor presoje, da bi ta ob upoštevanju vseh bistvenih okoliščin konkretnega primera lahko odločila na ‘najprimernejši’ način.«

Tako se ob določitvi pooblastila državnih organov izključuje arbitrarnost le-teh in se tako uveljavlja pravna varnost (s tem je povezano vprašanje prostega preudarka). Načelo pravne države zahteva tako vsebinsko predpisa, da je ravnanje državnih organov in organov lokalnih skupnosti predvidljivo, opredeljeno. Ustava dopušča, da upravni organi v določenih primerih sprejemajo odločbe po prostem preudarku, vendar mora biti iz predpisa jasno razvidno, do katere meje je tako ravnanje dopustno, sicer je v nasprotju z načelom pravne države.

5. Načelo prepovedi retroaktivnosti

Kot že rečeno mora biti ravnanje države in s tem tudi lokalnih skupnosti predvidljivo. Var-
nost državljanov (občanov) je odvisna od trajnosti aktov, zato se tudi poudarja prepoved retroaktivne veljave predpisov. Tako se pojavljajo zahteve po tem, da mora ustava zagotavljati omejitve pri retroaktivni veljavi zakonov. Uveljavljanje pravne varnosti in zaupanja v zakon vodi k sklepanju o tem, da zakoni, ki ne dajejo podlage za odločitve državljanov (občanov) in njihove dispozicije, ne dajejo zaupanja, kar še posebej velja glede retroaktivne veljave. Zato je retroaktivnost mogoča le, ko ne obremenjuje državljanov.⁸

Ustava Republike Slovenije tako določa v 155. členu, da:

»Zakoni, drugi predpisi in splošni akti ne morejo imeti učinka za nazaj. Samo zakon lahko določi, da imajo posamezne določbe učinek za nazaj, če tako zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice.«

⁸ J. Šinkovec, *O pravni državi, Podjetje in delo*, št. 5/1992, stran 375; avtor povzema ugotovitve po Maunz - Duerig, *Grundgesetz - Kommentar*, Beck Verlag, 1990.

Teorija ralikuje med pravo in nepravo retroaktivnostjo, čeprav tovrstno ločevanje ni preprosto. Prava retroaktivnost je podana, če je zakon kasneje spremenil v preteklosti opredeljeno dejansko stanje. Če pa dejanska stanja spremeni za naprej, za še neskljenjene pravne posle, gre za nepravo retroaktivnost. Judiaktura kaže, da definicija ne ustreza v vsakem primeru, obstoje tudi mejni primeri. Retroaktiven zakon je praviloma ničén. Če gre za nepravo retroaktivnost, prihaja do tehtanja dobrin med pravom države, njeno zakonodajo, torej med odločitvijo o splošnem problemu in o obsegu oškodovanja načela zaupanja v pravo.

Tehtanje med retroaktivnim interesom države in interesom zaupanja državljanov se utemeljuje s tem, da zahteva po pravni varnosti ne velja absolutno, mora se umakniti pred drugimi ustavnopravnimi relevantnimi načeli, zlasti če gre za ustavne pravice in svoboščine, ki jih ob medsebojni primerjavi štejemo za močnejše.⁹

Izjeme od prepovedi povratne veljave pravnih aktov ureja naša ustava dokaj restriktivno. Iz omenjene ustavne določbe 155. člena, da lahko samo zakon določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice, izhajajo tako naslednje omejitve: 1. povratno veljavo lahko določi samo zakon za svoje določbe (velja torej, da drugi predpisi in splošni akti ne morejo niti določiti niti imeti učinka za nazaj), 2. da se lahko povratna veljava določi samo v primeru, če to zahteva javna korist, 3. da se lahko povratna veljava določi, če se s tem ne posega v pridobljene pravice, 4. da povratne veljave ne more imeti cel zakon, temveč njegove posamezne določbe.¹⁰

O primeru prepovedi retroaktivnosti se je izreklo tudi Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-178/00, ko je presojalo ustavnost in zakonitost Odloka o nadomestilu za uporabo stavbnega zemljišča v Občini Lovrenc na Pohorju (Medobčinski uradni vestnik št. 11/99) in 2. tč. sklepa o vrednosti točke za izračun nadomestila za uporabo stavbnega zemljišča v Občini Lovrenc na Pohorju (Medobčinski uradni vestnik št. 11/99).

Iz obrazložitve:

»B-I

5. Ustava v prvem odstavku 155. člena določa, da zakoni, drugi predpisi in splošni akti ne morejo imeti učinka za nazaj. Po drugem odstavku 155. člena Ustave je povratna veljava izjemoma dovoljena le, če zakon določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj, in to le v primeru, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice. Predpis lokalne skupnosti torej v nobenem primeru ne more imeti retroaktivne veljavnosti. Ker so 23. in 26. člen Odloka ter 2. točka Sklepa učinkovali pred njihovimi uveljavitvami (23. in 26. člen Odloka od 1. 1. 1999 do 21. 5. 1999 in 2. točka Sklepa od

⁹ J. Šinkovec, *Pravna, demokratična in socialna država, ČZP Enotnost, Ljubljana, 1996.*

¹⁰ R. Cijan, B. Grafenauer, *Upravno pravo, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, 2002, stran 92.*

1. 1. 1999 do 17. 4. 1999,) so v tem obsegu v neskladju s prvim odstavkom 155. člena Ustave.

6. Ustavno sodišče je ugotovilo, da ima ugotovitev o neustavnosti izpodbijanih določb učinek odprave. Ustavno sodišče po drugem odstavku 45. člena ZUstS odpravi protiustaven ali nezakonit podzakonski akt, kadar ugotovi, da je treba odpraviti škodljive posledice, ki so nastale zaradi protiustavnosti. Določbi 23. in 26. člena Odloka ter 2. točka Sklepa so povzročile škodljive posledice zavezancem v obsegu, kolikor so veljale za nazaj.

7. Ustavno sodišče je v skladu z drugim odstavkom 40. člena ZUstS določilo tudi način izvršitve (tako že v ustavni odločbi št. U-I-395/96 z dne 3. 4. 1997 – Uradni list Republike Slovenije, št. 23/97 in Odl.US VI,45). Povrnitev preveč plačanega nadomestila lahko zahtevajo zavezanci za čas od 1. 1. 1999 do začetka veljavnosti Odloka, to je do 21. 5. 1999, in sicer v višini, ki presega višino nadomestila, kot bi bila določena na podlagi Odloka 91. Pri tem je v času od 1. 1. 1999 do 17. 4. 1999 treba upoštevati vrednost točke, ki je veljala ob koncu leta 1998.«

Ob pregledu lokalnih predpisov lahko ugotovimo, da omenjeni primer ni osamljen. Tako je občinskih predpisov z retroaktivno veljavo kar nekaj, npr.:

- **Sklep o vrednosti točke za odmero nadomestila za uporabo stavbnega zemljišča za leto 1995** (Uradni list RS, št. 22/95 z dne 22. 4. 1995)
»Ta sklep se objavi v Uradnem listu Republike Slovenije in prične veljati z dnem objave, uporablja pa se od 1. januarja 1995.«
- **Odlok o organizaciji in delovnem področju Občinske uprave občine Hodoš-Šalovci** (Uradni list RS, št. 1/96, 12. 1. 1996)
»11. člen
Ta odlok začne veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Slovenije, uporablja pa se od 1. 1. 1995 dalje.«
- **Odlok o financiranju krajevnih skupnosti iz sredstev proračuna Mestne občine Ljubljana** (Uradni list RS, št. 19/96 z dne 5. 4. 1996)
»Ta odlok začne veljati naslednji dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporablja pa se od 1. 1. 1996 do ustanovitve novih skupnosti.«
- **Sklep o povečanju vrednosti točke za odmero komunalnih taks v občini Štore** (Uradni list RS, št. 2/2000 z dne 13. 1. 2000)
»2. člen
Ta sklep začne veljati z dnem objave v Uradnem listu RS. Nova vrednost točke se uporablja od 1. 1. 2000 dalje.«

- **Sklep o vrednosti točke za izračun nadomestila za uporabo stavbnega zemljišča v Občini Hodoš** (Uradni list RS, št. 21/02 z dne 11. 3. 2002)

»2. člen

Ta sklep začne veljati z dnem objave v Uradnem listu RS, uporablja pa se od 1. 1. 2002 dalje.»

Vsem navedenim primerom je torej skupno, da se v navedenih aktih določa učinek za nazaj, torej za čas pred začetkom veljavnosti predpisa, kar pa je v očitnem neskladju z določilom omenjenega 155. člena Ustave.

Poleg omenjenega primera pa se je Ustavno sodišče o prepovedi retroaktivnosti izreklo tudi v odločbi št. U-I-86/96:

»Spreminjanje ureditve samo po sebi ne nasprotuje načelom pravne države in drugim ustavnim določbam. Zoženje oz. zmanjšanje že uveljavljenih pravic ne pomeni učinkovanja predpisa za nazaj, kadar se pravice zmanjšajo za čas po uveljavitvi zakona oziroma po spremembi odločb, izdanih na podlagi take zakonske spremembe. Šele zmanjšanje pravic za naprej bi pomenilo pravo retroaktivnost, kakršna po 155. členu ustave ni dopustna. To pa še ne pomeni, da je zmanjševanje pravic za naprej, kar se v delu teorije označuje kot nepravna retroaktivnost, a priori ustavno nedopustno oziroma neproblematično.»

V obrazložitvi odločbe št. U-I-159/95:

»Prepoved retroaktivnosti je ena izmed temeljnih konkretizacij načela pravne države (2. člen ustave). Ni pravne varnosti, če ni mogoče zaupati v pravno državo in če se ni mogoče zaneseti na veljavne predpise. Vsakdo ima pravico zaupati v veljavno pravo in skladno z njim uravnavati svoja ravnanja in pričakovanja. Predpis, ki za nazaj povečuje obveznosti, to zaupanje slabi in s tem zmanjšuje pravno varnost.»

Ter tudi v odločbi št. U-I-322/96, kjer v obrazložitvi pravi:

»Prepoved retroaktivnosti je ena od temeljnih konkretizacij ustavnega načela pravne države (2. člen ustave). Ni pravne varnosti, če ni mogoče zaupati v pravno državo in če se ni mogoče zaneseti na veljavne predpise. Vsakdo ima pravico zaupati v veljavno pravo in skladno z njim uravnavati svoja ravnanja in pričakovanja. Predpis, ki za nazaj povečuje obveznosti, to zaupanje slabi in s tem zmanjšuje pravno varnost. Retroaktivnost je torej izjemoma dovoljena, a le za zakon, če določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj in to le v primeru, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice (drugi odstavek 155. člena Ustave). Predpis lokalne skupnosti torej v nobenem primeru ne more imeti retroaktivne veljavnosti.»

In tudi v odločbi št. U-I-132/92, kjer v obrazložitvi pravi:

»Ustava celo dopušča, da imajo posamezne določbe zakona tudi učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice (drugi odstavek 155.

člena Ustave). Ustava torej izrecno varuje pridobljene pravice le zoper zakonske posege z retroaktivnim učinkom. To pa ne pomeni, da varstvo pridobljenih pravic zoper zakonske posege z učinkom za naprej v našem ustavnem sistemu sploh ni možno oziroma sploh ni zagotovljeno. Zagotovljeno je v okviru tistih splošnih načel pravne države, ki v ustavi sicer niso izrecno določena, jih pa je treba šteti za zagotovljena že na podlagi ustavne določbe, da je Slovenija pravna država (2. člen). Med taka načela je po presoji ustavnega sodišča treba šteti v okviru širšega pojma pravne varnosti vsekakor tudi načelo varstva zaupanja v pravo, ki posamezniku zagotavlja, da mu država njegovega pravnega položaja ne bo arbitrarno, torej brez razloga, utemeljenega v prevladujočem javnem interesu, poslabšala.»

6. Sklep

Kot smo ugotovili, je pravna varnost posameznika temeljni postulat pravne države in kot je razvidno iz prispevka, v primeru izvrševanja pravodajne funkcije občinskih svetov nekaterih slovenskih občin le-ta ni zagotovljena oz. ni zagotovljena v zadostni meri. Očitno je, da občinski sveti nekaterih občin pri sprejemanju in objavljanju občinskih aktov kršijo nekatera ustavna načela, vendar pa je boj za pravno varnost posameznika prepuščen prav njemu, saj mu pravni red omogoča uporabo rednih in izrednih pravnih sredstev za zavarovanje njegovih pravic.

Literatura

- Cijan, R., Grafenauer, B., Upravno pravo, Pravna fakulteta Maribor, Maribor 2002.
Dworkin, A., A Matter of Principle, Harvard University Press, Massachusetts 1985.
Grafenauer, B., Lokalna samouprava na Slovenskem: Teritorialno-organizacijske strukture, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta Maribor, Maribor 2000.
Pavčnik, M., Teorija prava, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997, stran 79.
Šinkovec, J., O pravni državi, Podjetje in delo, št. 5/1992.
J. Šinkovec, Načelo varstva zaupanja v pravo, Podjetje in delo, št. 1/1993.
J. Šinkovec, Pravna, demokratična in socialna država, ČZP Enotnost, Ljubljana 1996.
Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91 s spremembami in dopolnitvami).

Strokovni članek
UDK 340.134:[342.53+342.553](497.4)

Akti za izvrševanje zakona

PROF. DR. FRANC GRAD,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Mesto izvršilnih predpisov v pravnem redu

Pravni red neke države tvorijo različni splošni pravni akti, ki zavzemajo v hierarhiji pravnih aktov različno mesto in imajo različen pomen ter različno vsebino. Splošne pravne akte namreč sprejemajo različni državni organi, ki imajo v državni organizaciji različen položaj. Tudi narava teh organov je različna, zato je različna tudi procedura, po kateri 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.

Največji del pravnega korpusa tvorijo podzakonski akti, ki jih izdajajo državni organi in pa lokalni organi. Podzakonski akti, ki jih izdajajo državni organi, so po svojem namenu in funkciji zgolj akti za izvrševanje zakona, zato jih imenujemo tudi izvršilni predpisi. Ta opredelitev izraža njihovo funkcionalno naravo, saj je namen teh predpisov izvrševanje zakona in zato jih izdajajo državni organi, ki opravljajo izvršilno upravno funkcijo državne oblasti.

Ker je ustava najvišji pravni akt, morajo biti z njo v skladu vsi nižji pravni akti. Zato ustava določa v 153. členu, 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. Na tem mestu je tudi 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.

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, nadalje ne sme 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.

2. Pravna vezanost izvršilnih predpisov

Izvršilni predpisi kot vrsta podzakonskih aktov tvorijo pomemben del pravnega sistema vsake države in njihov pomen povsod še narašča, saj vse večja kompliciranost sodobnega življenja zahteva vse več podrobnega urejanja. Podzakonski zakoni zato drugače od zakona urejajo podrobnosti, zlasti tehnične narave. Za tako podrobno ureditev namreč zakonodajno telo ni primerno, ker zahteva 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.

Izvršilni predpisi z vladno uredbo na čelu so tako v največji meri odraz zapletenosti sodobnega življenja, kajti tudi zakoni so mnogo presplošni, da bi bili praviloma neposredno uresničljivi v življenju, zato zahtevajo 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 detajle, torej neposredno ne urejajo družbenih razmerij, temveč omogočajo izvrševanje z ustavo in zakoni določene ureditve. Poleg vlade izdajajo te akte tudi ministrstva.

O podzakonskih aktih govorimo z vidika njihovega mesta v hierarhiji pravnih aktov, saj tovrstni akti tvorijo plast pravnega reda, ki se nahaja pod zakoni kot (poleg ustave) najvišjimi pravnimi akti v pravnem redu.

Drugače od ustave in zakonov so podzakonski predpisi izredno raznovrstni, tako po svoji pravni naravi kot tudi po svoji 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 izvršilnoupравни organi, torej vlada in upravni organi. Tipični podzakonski akti, ki jih izdajajo izvršilnoupравни organi, so uredbe in pravilniki, pojavljajo pa se tudi drugi akti, kot so odredbe, odloki in podobno. Ti akti zavzemajo različno mesto

v hierarhiji podzakonskih aktov tako z vidika pravne veljavnosti kot z vidika organov, ki jih izdajajo. Posebno mesto med temi akti ima uredba vlade, saj je po svoji pravni veljavi, vsebini in obliki najbližja zakonu. Pogosto že ustava pooblašča izvršilne organe za izdajo izvršilnih predpisov, pri čemer je možno generalno ali specialno pooblastilo.

Generalno ustavno pooblastilo za izdajanje izvršilnih predpisov je poznala naša prejšnja ustavna ureditev, sedanja ustava pa tega vprašanja ne ureja. Ne glede na to pa omenja podzakonske akte v zvezi z njihovim mestom v hierarhiji pravnih aktov v poglavju o ustavnosti in zakonitosti ter v zvezi s presojo njihove ustavnosti in zakonitosti. Ničesar pa ustava ne pove o pooblastilih za izdajanje podzakonskih aktov, ki jih izdajajo vlada in ministri. To vprašanje je zato urejeno v ustrezni zakonodaji.

Ustava v 20. členu določa, da upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov. Gre za t. i. legalitetno načelo, po katerem so podzakonski akti, ki jih izdaja državna uprava, vsebinsko vezani na (ustavo in) zakon. Vezanost pomeni, da izvršilna oblast kot celota ne more izdajati predpisov na podlagi lastne funkcije v sistemu državne oblasti, temveč samo na podlagi zakonske podlage, torej samo, če je zakon že določil neka pravila za urejanje konkretnih družbenih razmerij. Podzakonski akt torej nobene zadeve (družbenega razmerja) ne more urejati izvorno (originarno). Vsebinska vezanost podzakonskega akta pa pomeni, da se mora gibati izključno v mejah zakonske ureditve in ničesar ne more urediti drugače, kot je to uredil zakon.

O legalitetnem načelu je večkrat odločalo Ustavno sodišče, ki stoji na stališču, da je načelo legalitete eno temeljnih načel ustav, ki se opira na druga temeljna načela, zlasti na načelo demokracije, načelo delitve oblasti, na načelo pravne države in na ustavne garancije človekovih pravic. Legalitetno načelo pomeni vsebinsko vezanost delovanja izvršilne oblasti (vlade in državne uprave) na zakon, z vidika izdajanja izvršilnih predpisov pa pomeni, da je samo zakon lahko osnova za izdajanje izvršilnih predpisov. Stališče Ustavnega sodišča je torej, da ni dovoljeno izdajati izvršilnih predpisov brez vsebinske osnove v zakonu, da pa izrečno zakonsko pooblastilo za izdajanje izvršilnih predpisov ni potrebno, ker izhaja iz same narave izvršilne funkcije.

3. Izvršilni predpisi vlade in ministra

V zakonu o vladi je posebej določeno, da vlada izdaja predpise, in sicer izdaja uredbe in odloke. Pri tem loči zakon dvoje vrste uredb.

Z uredbo lahko vlada podrobneje ureja in razčlenjuje v zakonu ali v drugem aktu Državnega zbora določena razmerja v skladu z namenom in kriteriji zakona oziroma drugega predpisa. Druga vrsta uredb pa se nanaša na uresničevanje pravic in obveznosti državljanov in drugih

oseb. Uredbo za uresničevanje pravic in obveznosti lahko vlada po zakonu o vladi izda le na podlagi izrecnega (specialnega) pooblastila v zakonu.

Iz dikcije zakona se da torej sklepati, da se prva vrsta uredb sprejema na podlagi splošnega (generalnega) pooblastila, ki ga vladi daje prav zakon o vladi. Te uredbe so v teoriji znane kot t. i. spontane uredbe, ki se izdajajo za izvrševanje zakona brez njegovega izrecnega pooblastila. Zaradi tega vlada pri izdajanju prve vrste uredb za izvrševanje zakona ne potrebuje posebnega pooblastila v zakonu, ki naj ga uredba izvršuje. Če pa zakon posebej določa, da za izvrševanje zakona vlada izda uredbo, to ne pomeni pooblastila vladi, da sme to storiti, temveč njeno dolžnost, da to stori. Druga vrsta uredb pa se sprejema na podlagi posebnega zakonskega pooblastila, ki mora seveda biti dano v zakonu, ki ga taka uredba izvršuje.

Za izvrševanje predpisov Evropske unije pa vlada izdaja uredbe in druge akte iz svoje pristojnosti. Tudi tu ima torej vlada generalno zakonsko pooblastilo za izdajanje uredbe.

Poleg uredb lahko vlada izdaja tudi odloke, s katerimi ureja posamezna vprašanja ali sprejema posamezne ukrepe, ki imajo splošen pomen, ter sprejema druge odločitve, za katere je z zakonom ali z uredbo določeno, da jih ureja vlada z odlokom. Tudi odlokov je torej dvoje vrst, in sicer odloki za izvrševanje zakona in odloki za izvrševanje uredb vlade. Prvi odloki imajo očitno višjo veljavo od drugih, ki so postavljeni v vlogo izvrševanja vladne uredbe. Prva vrsta odlokov se lahko izda samo na podlagi specialnega zakonskega pooblastila, druga pa na podlagi specialnega pooblastila, danega v vladni uredbi.

Podzakonske akte oziroma izvršilne predpise lahko izdajajo tudi ministri. Ta vrsta podzakonskih aktov torej sodi med izvršilne akte državne uprave. Po njihovem mestu v hierarhiji pravnih aktov bi jih lahko razvrstili v dve skupini. V prvo sodijo tisti, ki se izdajajo za izvrševanje zakonov, drugih predpisov in aktov državnega zbora, v drugo pa tisti, ki se izdajajo za izvrševanje predpisov in aktov vlade.

Po zakonu o upravi so lahko izdajali ministri izvršilne akte za izvrševanje zakonov, drugih predpisov in aktov državnega zbora ter predpisov in aktov vlade. Pri tem jih je zakon pooblašчал za izdajanje pravilnikov, odredb in navodil. Ta ureditev pa je bila spremenjena z zakonom o državni upravi, ki določa, da za izvrševanje zakonov, drugih predpisov in aktov državnega zbora ter predpisov in aktov vlade ministri izdajajo pravilnike, če tako določa poseben zakon, pa tudi druge predpise. Pravilnik se izda, če tako določa zakon ali uredba ali če minister oceni, da je izdaja pravilnika potrebna za namen iz prvega odstavka tega člena.

Taka ureditev je dokaj problematična. Predvsem je bistveno manj jasna in pregledna od prejšnje ureditve, po kateri je bil izbor takih aktov omejen na tri vrste aktov. Nova ureditev pa dopušča povsem različne vrste aktov, pri katerih ni jasna njihova pravna narava in jih je težko razmejiti od drugih aktov ministrstva. Sedanja ureditev daje generalno pooblastilo samo za izdajanje pravilnika, vsi drugi splošni akti ministra pa potrebujejo specialno pooblastilo v dru-

gi (področni) zakonodaji. To je poleg drugega tudi izredno nepraktično, saj je treba pri vsakem zakonu posebej določiti ustrezen akt. V nasprotnem mora namreč minister izdati pravilnik, ki pa po dosedanem razumevanju njegove vsebine in celo po golem jezikovnem tolmačenju (pravilnik pač določa pravila) ni primeren za vsako izvrševanje višjih splošnih pravnih aktov. Sedanja ureditev pa je še mnogo bolj problematična glede regulativne pristojnosti različnih agencij, katerih akti ustvarjajo neko novo pravno situacijo, ki ni dovolj pod strokovnim nadzorom, kar lahko slabo vpliva na kvaliteto pravnih pravil in tudi na pravno varnost.

Podzakonski akt se lahko izda šele na podlagi že uveljavljenega zakona in lahko velja le toliko časa, dokler velja zakon, razen seveda če novi zakon določi drugače. Vsebinska vezanost podzakonskega akta ima več pomenov in zahtev. Nedvomno je na prvem mestu zahteva, da je 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 velja ne 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. Poleg tega pa mora biti v skladu tudi z istovrstnimi podzakonskimi akti, kolikor ti posegajo v isto vsebino, ker to zahteva načelo koherentnosti pravnega reda kot celote. Končno je treba omeniti tudi, da podzakonski akt ne sme urejati vsebine, ki je ne bi smel urejati zakon.

Poseben problem je t. i. delegacija delegacije. Tu gre za vprašanje razmerja med vladno uredbo in ministrskim pravilnikom. Natančneje, gre za vprašanje, ali lahko vladna uredba naloži ministru, da s pravilnikom uredi neko zadevo. Tu sta možna dva položaja.

Če je vladna uredba izdana za izvrševanje zakona brez posebnega pooblastila, je seveda možno, da vlada nekega vprašanja ne uredi v celoti, temveč določi, da ga delno oziroma podrobneje uredi ministrski pravilnik. V obeh primerih je pravna podlaga za izdajo izvršilnega predpisa zakon in oba akta sta vsebinsko vezana na zakon.

Če pa vlada izda uredbo na podlagi specialnega zakonskega pooblastila, če torej zakon določi, da za izvrševanje zakona vlada izda uredbo, potem vlada tega pooblastila ne sme prenesti na ministra, ker bi s tem kršila zakon, ki zahteva, da neko zadevo uredi prav vlada. Prenos pooblastila bi bil dovoljen le, če bi ga zakon posebej določil, če bi bil torej del zakonskega pooblastila vlade, da uredi neko zadevo z uredbo. V takem primeru bi moralo biti v zakonu določeno, da vlada lahko z uredbo določi, da določene zadeve uredi minister s svojim pravilnikom.

Če torej vlada izda uredbo na podlagi specialnega zakonskega pooblastila, gre za t. i. delegacijo delegacije, ki je prepovedana tudi po splošnih pravnih pravilih. Delegacija delegacije je prepovedana tudi pri zakonu: tudi zakon ne more prenesti na podzakonski akt urejanja nečesa, kar je po ustavi in splošnih pravnih pravilih zakonska materija.

Šolsko pravo

VII.

BARBARA NOVAK

Starševska upravičenja v zvezi s šolanjem otroka

DAMJAN KOROŠEC

Kazenska odgovornost učitelja v zvezi z nasiljem v šoli

DUBRAVKA HROVATIČ

*Sodelovanje šole in centra za socialno delo pri obravnavi
ogroženega otroka*

JANEZ KOSTANJEVEC

*Pravni in praktični vidiki nadzorstva
v vzgojno-izobraževalnih zavodih*

TANJA SUŠA

Zagovornik otrokovih pravic na področju šolskega prava

Starševska upravičenja v zvezi s šolanjem otroka

BARBARA NOVAK,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Splošno o upravičenjih staršev

Staršem pripada izvirna pravica do izobraževanja in vzgoje svojih otrok. Zaradi očitnih kompleksnih psihosocialnih interakcij, ki se praviloma začenjajo že pred otrokovim rojstvom, so tako rekoč (biološko) predestinirani za pristnejše in neposrednejše poznavanje in varovanje otrokovih koristi, kot je to sposobno bolj ali manj abstraktno pravno telo – država in v njenem imenu šola. Žal je enako očitno, da starši v vseh primerih ne varujejo otrokovih koristi na najboljši možni način. Bolj ko se je država sposobna opirati na objektivne znanstvene izsledke, bolj se zaveda pomembnosti vloge staršev. Takšno primarno vlogo v razmerju do otroka mora staršem zagotavljati tudi pravo (prvi odstavek 18. člena v zvezi s 5. členom Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah – KOP). Predvsem je treba zagotoviti, da so posegi v roditeljsko pravico predpisani kot izjemni in da se izjeme razlagajo restriktivno in v korist otroka. To izhaja tudi iz KOP (prvi odstavek 9. člena KOP), ki določa, da otrok od svojih staršev ne sme biti ločen proti njihovi volji, razen če pristojne oblasti v sodnem postopku in v skladu z veljavnim pravom ter po predpisanem postopku odločijo, da je takšna ločitev nujna za otrokovo korist.

Izvirnost pravice staršev do izobraževanja in vzgoje svojih otrok izhaja tudi iz Splošne deklaracije človekovih pravic (glede izobrazbe – tretji odstavek 26. člena deklaracije) in iz KOP (glede vzgoje – prvi odstavek 18. člena KOP). Pravico staršev do izobraževanja in vzgoje otrok v Sloveniji na pozitivnopravni ravni najbolj avtoritativno opredeljuje prvi odstavek 54. člena Ustave RS (URS), po katerem imajo starši pravico in dolžnost vzdrževati, izobraževati in vzgajati svoje otroke. Te pravice in dolžnosti se staršem lahko odvzamejo ali omejijo samo iz razlogov, ki jih zaradi varovanja koristi določa zakon. Ustavne pravice in dolžnosti staršev, ki jih teorija družinskega prava imenuje tudi starševstvo, imajo značaj temeljne človekove

pravice. Iz njih izhajajo tako pravica staršev, da zahtevajo od države (javne šole), da se vzdrži posegov v njihove pravice, kot tudi, da jim zagotovi uveljavitev njihove pravice vzdrževati, izobraževati in vzgajati svoje otroke.

2. Razmerje med upravičenji staršev in šole

Iz zakonskih določb, ki urejajo področje šolstva, lahko razberemo, da ima tudi šola nalogo izobraževati in vzgajati. Na obeh omenjenih področjih, zlasti na področju vzgoje, **prihaja šola večkrat v konflikt s pravicami staršev**. Pravna teorija je v zgodovini zelo različno reševala konflikte med pravicami staršev in šole. V zadnjem času pa se razvijata dva nova pogleda na pravice staršev in šole. Prvi zahteva sodelovanje in razumevanje med starši in šolo (**načelo kooperacije**). Po njem imajo starši in šola skupno vzgojno nalogo, ki ima za cilj izgradnjo otrokove osebnosti in ki se ne more razdeliti na posamezne pristojnosti staršev in šole. Pravica staršev do vzgoje in vzgojno pooblastilo, ki ga država daje šoli, sta prirejena, zato ne staršem ne državi pri vzgoji ne pripada avtomatična prednost. Izjema je le spolna vzgoja, kjer uživa vzgoja staršev zaradi pravice staršev do zasebnosti določeno prednost. Ta prednost se kaže v tem, da mora šola staršem vnaprej sporočiti, katere teme bo obravnavala pri pouku spolne vzgoje. Starši lahko na ta način o njih pravočasno podučijo svoje otroke v skladu s svojimi verskimi in filozofskimi prepričanji.

Jasno je, da v splošnih vzgojnih zadevah v praksi ni vedno mogoče doseči sodelovanja in soglasja med starši in šolo. Za tak primer je treba uporabiti **načelo konkordance**, ki zasleduje rešitev, pri kateri je v ospredju skupna skrb staršev in šole za osebnost otroka. Kadar torej starši in šola ne morejo doseči soglasja, o zadevi odloči sodišče v skladu s koristjo otroka oziroma v skladu z največjo skrbjo za otrokovo osebnost in ne da bi nujno upoštevalo le en ali drug predlog posamezne stranke spora (staršev oziroma šole). Sodišče torej ne sme pozabiti na odgovornost staršev in šole za skupno vzgojno nalogo in odgovornost za ustrezen šolski sistem. Ta mora biti kljub številnim interesom staršev in šole oblikovan tako, da nudi otroku neko primerno raven izobrazbe in vzgoje. Država ne more trpeti rešitev v šolskem sistemu, ki so sicer plod sodelovanja, dogovarjanja in doseženega soglasja med starši in šolo, vendar so otroku izrazito v škodo. V tem smislu je otrokova dolgoročna korist osrednje vodilo države na področju izobraževanja in vzgoje. To korist otroka je treba razumeti ideološko čim bolj nevtralno in v tem smislu čim manj politično.

3. Korist otroka kot vodilo za reševanje konfliktov v zvezi s šolanjem otroka

Korist otroka je formalnopravno nesporno vodilo pri postopanju z otrokom in pravni pojem, ki ga je metodološko najbolje raziskati na konkretnih zadevah. Toda v praksi se kaj lahko

zgodí, da je težko ugotoviti, kaj je korist otroka v posameznem primeru. Še zlasti utegne to postati sporno, ko si nasprotujeta vzgojni odločitvi staršev (na primer v zvezi z obiskom konfesionalne dejavnosti v šoli s koncesijo), od katerih je ena (ali celo obe) svetovnonazorsko obarvana. ZZZDR pravi, da starši izvršujejo roditeljsko pravico sporazumno in v korist otroka. Za pomoč pri sporazumevanju se lahko obrnejo na center za socialno delo. Če se starši o vprašanju, ki bistveno vpliva na otrokov razvoj, ne morejo sporazumeti niti s pomočjo centra za socialno delo, o sporu odloči sodišče (tretji odstavek 113. člena ZZZDR). Toda kako naj na primer sodišče izbere med dvema versko obarvanima vzgojnima odločitvama staršev ali celo samo predlaga kakšno drugo nazorsko odločitev, če se kot državni organ ne sme vmešavati v svobodo misli in vere posameznika? Če naj v takšnem primeru sploh odloči, lahko sprejme kvečjemu odločitev o vzgoji, ki je versko ali filozofsko nevtralna. Sprašujem se, ali je takšna odločitev vedno tudi v korist otroka. V določenih primerih laična odločitev glede na naravo spora sploh ni možna (na primer o sporu, ali naj otrok obiskuje muslimanski ali katoliški verski pouk) in takrat sodišče ne sme odločati namesto staršev, če naj ne poseže v temeljne pravice posameznika. V tem primeru bo zaradi narave temeljnih pravic korist otroka ostala brez nadzora in utegne se zgoditi, da končna odločitev staršev, ki bo najverjetneje enaka predlogu bolj agresivnega od staršev, otroku ne bo v najboljšo korist. Toda to je tveganje, ki ga je treba vzeti v zakup, če naj posameznika tudi sicer zavarujemo pred neupravičenimi posegi države v njegovo zasebno in družinsko življenje, kamor naj se posameznik »umakne pred državo«. Menim, da je korist otroka v konkretnem primeru večja kot v primeru državnega posega. Država namreč s svojim posegom ne prizadene samo pravic staršev (na primer starševskih pravic iz 54. člena URS, svobode vere, pravice do zasebnosti), ampak praviloma tudi temeljne pravice in svoboščine otroka. Sploh pa je poseg države v temeljne pravice staršev vprašljiv, če gre za »majhno škodljivost« ravnanja staršev, glede na drastične ukrepe, ki jih ima na voljo država za varovanje koristi otroka (na primer odvzem otroka, odvzem roditeljske pravice). Vprašanje je tudi, ali bi bila država otrokovo korist v primeru nesoglasja njegovih staršev po vzoru nekaterih tujih zakonodaj dolžna zavarovati tako, da bi odločitev v sporni zadevi prenesla na tistega od staršev, ki bi bil primernejši za odločanje v otrokovo korist (podobno kot lahko otroka ob razvezi zaupa v vzgojo in varstvo tistemu od staršev, ki je primernejši za vidika otrokove koristi). Takšna rešitev v določeni meri varuje otroka, ker odpravlja spor staršev, vendar prejudicira odločitev, ki je sodišče sicer ne bi smelo sprejeti.

Nadaljnje vprašanje je, **kako naj šola presoja otrokovo korist, ko njena odločitev zadeva večjo množico otrok**, na primer več razredov ali celotno šolsko skupnost. V teh primerih je namreč nemogoče upoštevati vse konkretne koristi vseh posameznih otrok. Poleg tega šola otrokove koristi tudi sicer ne more interpretirati samo v korist enega otroka, kajti pravice posameznika so vedno omejene s pravicami drugih. Vzgojna naloga šole namreč ne vsebuje samo individualne komponente vzgoje, temveč ima tudi vzgojno komponento, povezano s skupnostjo (naložena ji je vzgoja posameznika za delovanje in sožitje v skupnosti). Šolsko razmerje pred-

postavlja skupino učencev, zato mora šola pri odločitvah, ki zadevajo skupino, zasledovati koristi skupnosti, koristi večine otrok. Pri tem mora skrbno paziti, da takšna interpretacija otrokove koristi ne pripelje do brezobzirnega teptanja človekovih pravic manjšine. To opozorilo še zlasti velja za odločitve, ki jih šola sprejme na podlagi pobude večine učencev ali njihovih staršev; tej pobudi pa določeni učenci oziroma njihovi starši nasprotujejo s sklicevanjem na lastne človekove pravice in svoboščine. Princip večine ne sme biti merilo za prevlado temeljne pravice enega nad temeljno pravico drugega človeka. Varstvo človekovih pravic se zagotavlja vsem, še prav posebno pa manjšinam.

Teptanje človekovih pravic lahko povzroči tudi uporaba posameznih vzgojnih metod, ki naj po mnenju šole prispevajo k čim učinkovitejši vzgoji in s tem koristijo učencem. V šolski praksi (tudi slovenski) so namreč zelo pogosti ukori predsedniku razreda za določena neprimerna ravnanja celotnega razreda (ne glede na to, kako je v tem primeru ravnal predsednik). Neredko se zgodi, da za razbita stekla na šolskih oknih, popisano šolsko fasado ali razbite straniščne školjke ni mogoče najti krivca, zato vzgojni ukrep doleti ves razred. Iz prakse so znani celo primeri, ko je povzročitelj škode znan, vendar vzgojni ukrep kljub temu doleti celoten razred (na primer razred ne sme na izlet, razred se predčasno vrne z izleta). Naj bodo takšni vzgojni ukrepi še tako dobro mišljeni s strani učiteljev ali vodstva šole, vseeno vodijo h kolektivni in objektivni odgovornosti učencev ter s tem h **kolektivnemu kaznovanju**. V kaznovalnem pravu je že dolgo nesporno, da je odgovornost posameznika subjektivna, in ne objektivna. Omenjeno načelo kaznovalnega prava mora nedvomno veljati tudi na področju šole, ne glede na to, ali je šola pri takšnem kaznovanju ravnala z vzgojnim namenom ali ne. Načelo, da nihče ne more odgovarjati za nekaj, česar ni storil, je temeljno vodilo pri varstvu človekovih pravic in mora že zato veljati tudi na področju šole, če naj država spoštuje temeljne pravice in svoboščine.

Iskanje koristi skupnosti otrok (na primer vsega razreda, več razredov ali vse šole) odpira tudi vprašanje, ali poleg individualnih ustavnih pravic in dolžnosti staršev, združenih v pojmu starševstva oziroma ustavne starševske pravice, obstaja tudi kolektivna ustavna starševska pravica, ki pripada množici vseh staršev. Pravni teoretiki, ki so se ukvarjali z omenjeno problematiko, so videli **kolektivno starševsko pravico** v skupnosti vseh staršev, ki deluje prek svojih predstavnikov. Ti naj bi izvrševali pravice in dolžnosti kolektivne starševske pravice. Glavno vodilo in merilo njihovega ravnanja naj bi bila korist skupnosti otrok. Kolektivno starševsko pravico so posamezni teoretiki izpeljali iz individualne starševske pravice. Po njihovem mnenju naj bi starši prenesli svoja individualna starševska pooblastila na področju šole na skupnost staršev kot celoto oziroma na izbrane predstavnike skupnosti staršev.

Starševska pravica ima kot temeljna človekova pravica nujno individualno naravo. Njen glavni namen je zavarovati konkretno korist posameznega otroka, in ne koristi skupnosti otrok. Kolektivna opredelitev starševske pravice bi pomenila, da starševske pravice večine (oziroma

kolektivne starševske pravice) omejujejo starševske pravice manjšine. Kadar gre za varovanje tako pomembnih pravic, kot so ustavne pravice staršev, ne smemo uporabljati večinskega načela. To pomeni, da za odločanje o vsebini ustavnih pravic staršev ne smejo biti pristojni sistemi formalnih ali neformalnih kolektivnih predstavniških organov staršev (na primer voljeni, imenovani odbori, sveti staršev). Staršem mora biti namreč dana možnost, da v primeru posamezne odločitve šole, s katero so prizadete starševske pravice mnogih staršev, istočasno uveljavljajo vsak svojo individualno starševsko pravico.

Posebej problematični z vidika varstva otrokove koristi na področju izobraževanja in vzgoje v zvezi s šolo so konflikti med interesi staršev in otrok. Največkrat jih sproži »rast otrokovih pravic«, ki ji ne sledi »umik pravic staršev«. V teh primerih gre za občutljivo vprašanje obsega starševske skrbi za otroka glede na doseženo starost in zrelost otroka, pri katerem mora šola upoštevati posebno naravo razmerja med pravicami staršev (namenjenih predvsem varstvu otroka) in pravicami otroka ter razumeti pravice otrok in njihovih staršev na področju izobraževanja in vzgoje predvsem kot snop pravic, namenjen varstvu pred državnimi in šolskimi posegi.

Šola ne sme zlorabljeni pravic otroka zoper starše. S tem bi nedopustno posegla v pravice staršev kot tudi v pravice otroka, zlasti v pravico do zasebnosti in spoštovanja družinskega življenja. Šole do omenjenih posegov načeloma ne opravičujejo niti situacije, ko starši, po mnenju šole, ne varujejo ustreznih otrokove osebe. Izjema so težke zlorabe roditeljske pravice oziroma zanemarjanje otroka, za katere šola zve pri svoji dejavnosti ali kako drugače. V primeru takšnih zlorab roditeljske pravice (oziroma zanemarjanja otroka s strani njegovih staršev) je šola (oziroma njene službe) ne samo upravičena, temveč tudi dolžna obvestiti ustrezne organe, ki naj zavarujejo pravice otroka. Splošna zelena luč za vmešavanje šole v razmerje starši-otrok tudi glede vseh drugih potencialnih kršitev otrokovih pravic s strani njegovih staršev, ki jih ni mogoče označiti za hujše in še zlasti ne za kazniva dejanja, bi iz steklenice spustila nevarnega duha državnega omejevanja družinskega življenja. To bi bilo v očitnem nasprotju s sodobnim mednarodnim razumevanjem standarda zasebnosti, posredno pa tudi otrokove koristi.

V praksi kljub načelni prepovedi vmešavanja šole v družinsko življenje in vzgojne pravice staršev vendarle vedno znova prepoznamo načine izvajanja roditeljske pravice, ki otroku očitno niso v korist in ki jih šola, prepozna kot problem na konkretni ravni, pravnih instrumentov za pomoč otroku pa nima. Gre za problem, ki ga sama imenujem »**sindrom pretirano ambicioznih staršev**«. Mislim na starše, ki bi v iskanju »popolne šole« otroka ves čas premeščali z ene šole na drugo. Tak otrok se sploh ne bi mogel vživeti v šolsko okolje, kar bi slabo delovalo na njegov osebni razvoj in vplivalo tudi na njegov učni uspeh. Podoben negativni učinek v razvoju otroka bi nastopil tudi, ko bi starši na otroka pritiskali čez razumno mero in ga vpisali v najrazličnejše obšolske oziroma zunajšolske dejavnosti. Otrok bi se udeleževal mnogih zunajšolskih dejavnosti, zaradi katerih bi mu zmanjkovalo časa za redno učenje (in

ne nazadnje za otroštvo). Posebej, kadar starši otroka proti njegovi volji silijo v določeno zunajšolsko dejavnost (na primer šport), ki objektivno izkazano ne služi izboljšanju njegovega učnega uspeha, ampak prej narobe, je indic zlorabe roditeljske pravice hitro na dlani. Šolska praksa celo poroča, da je v sodobni družbi, ki je usmerjena v iskanje, krepitev in nagrajevanje storilnosti ter h grobi in brezobzirni konkurenčnosti, sindrom pretirano ambicioznih staršev trenutno v porastu.

Domnevam, da bi se posamezne šole v primerih, ko bi po njihovi oceni večina staršev posameznega razreda ali celotne šolske skupnosti čezmerno obremenila svoje otroke z zunajšolskimi dejavnostmi, odzvale z razveljavitvijo vseh vpisov otrok določenega razreda (ali kar vse šole) v zunajšolske dejavnosti in starše pozvale k ponovnemu vpisu svojih otrok vanje šole, ko bodo o koristi svojega otroka ponovno razmislili. Takšna praksa, četudi dobro mišljena, ni v skladu z ustavnimi pravicami staršev. Po eni strani zato, ker je ukrep usmerjen na starše kot skupino, torej tudi na tiste, ki so korist svojega otroka že prvič skrbno pretehtali. Z razveljavitvijo vpisa bi šola posegla v pravice staršev, da odločajo o izobraževanju in vzgoji svojih otrok, ne da bi zato imela upravičen razlog. Poleg tega takšen pavšalni poseg v pravice staršev že po svoji naravi ni in ne more biti usmerjen na varstvo konkretne koristi posameznega otroka. Samo ta pa bi v tem primeru utegnila biti upravičen razlog za omejitev starševskih pravic.

4. Način izvrševanja starševskih upravičenj v zvezi s šolanjem otroka

Odločanje o vprašanih otrokovega šolanja družinsko pravo ureja pod pojmom **izvrševanja roditeljske pravice** (113. člen ZZZDR). V skladu z ureditvijo izvrševanja roditeljske pravice starši, ki živijo skupaj, o vseh o zadevah otrokovega šolanja odločajo skupno in sporazumno ter v skladu z otrokovo koristjo. Le kadar je enemu od staršev odvzeta roditeljska pravica oziroma je sploh ni pridobil, ker starševstvo ni bilo ugotovljeno ali je pri njenem izvrševanju začasno zadržan (npr. zaradi bolezni, prestajanja prostostne kazni, odsotnosti in se ne ve za njegovo bivališče), odloča o vprašanih otrokovega šolanja le drugi od staršev. Zgolj eden od staršev izvršuje posamezna upravičenja iz roditeljske pravice tudi takrat, kadar drugemu od staršev manjka sposobnost, ki se zahteva za izvrševanje teh upravičenj (npr. razsodnost, ki se zahteva za privolitev v določen medicinski poseg pri otroku).

Čeprav otrokovi starši živijo skupaj, niso prav ves čas skupaj, zato v praksi o vprašanih iz dnevnega življenja otroka (npr. kdaj bo otrok jedel, ali se gre lahko igrat s prijatelji, ki ga čakajo na dvorišču) odloča tisti od staršev, ki je trenutno z otrokom. V skladu s tem sme tudi šola glede zadev dnevnega šolskega življenja, ki zahtevajo privolitev staršev, izhajati iz tega, da ta obstaja, če je tako odločil tisti od staršev, ki je v času, ko je bilo treba sprejeti odločitev, izvrševal vsakodnevno skrb za otroka. Za odločitve, ki lahko pomembno vplivajo na otrokov

osebnostni razvoj, pa šola potrebuje izrecno opredelitev obeh staršev (npr. za odločitev o prostovoljnem cepljenju proti virusu HPV, ki se izvaja v prostorih šole).

Tudi starši, ki ne živijo skupaj, a imajo skupno varstvo in vzgojo, o šolanju otroka odločajo sporazumno in v otrokovo korist. O vprašanih dnevnega življenja (na primer o tem, ali bo otrok zaradi bolezni ostal doma, katero garderobo bo tisti dan vzel za pouk telovadbe) odloča tisti od staršev, ki je z otrokom v času, ko je treba sprejeti odločitev.

Če starša ne živita skupaj in nimata oba varstva in vzgoje, odločata v skladu z otrokovo koristjo oba in sporazumno samo o vprašanih, ki bistveno vplivajo na otrokov razvoj. O vprašanih dnevnega življenja otroka odloča tisti od staršev, ki ima otroka v varstvu in vzgoji.

Starši, ki se o posameznem vprašanju v zvezi s šolanjem otroka niso sporazumeli (npr. o tem, ali se bo otrok prehranjeval v šoli in s tem kdaj zaužil tudi hrano, ki se enemu od staršev ne zdi primerna), se lahko za pomoč pri sporazumevanju obrnejo na center za socialno delo. Na tako pomoč jih, če se izkaže, da med njimi o določenem vprašanju obstaja spor, lahko napoti tudi šola. Če so starši s pomočjo centra za socialno delo dosegli sporazum, ga udejanjijo v vsakdanjem življenju, npr. sporočijo šoli, da bo otrok naročen na šolsko malico. Če starši ne morejo doseči soglasja o vprašanju glede otrokovega šolanja, ki bistveno vpliva na otrokov razvoj (npr. o prepisu na drugo šolo, o vpisu v javno ali zasebno osnovno šolo, ki poučuje po posebnih pedagoških načelih), lahko vsak od staršev zahteva, da o tem odloči sodišče v nepravdnem postopku. Predlogu za začetek postopka mora predložiti dokazilo, da so se starši o tem poskušali sporazumeti s pomočjo centra za socialno delo. Preden sodišče odloči, mora pridobiti tudi mnenje centra za socialno delo o otrokovi koristi in mnenje otroka, ki ga otrok lahko izrazi sam ali preko zaupnika. Otrokovo mnenje sodišče upošteva, če je ta sposoben razumeti pomen in posledice tega mnenja.

Med zadeve izvrševanja roditeljske pravice, za katere načeloma velja 113. člen ZZZDR, spada tudi **odločanje o medicinskih posegih pri otroku.** Poznavanje pravil o upravičenih staršev za odločanje o medicinskih posegih pri otroku je pomembno tudi za šolske delavce, saj otrok v šoli nemalokrat utrpí telesne poškodbe, ki terjajo medicinski poseg. Šolsko osebje mora zato iskati otrokove starše oziroma tistega od njih, ki je upravičen odločati o medicinskih posegih glede otroka oziroma posredovati te podatke zdravniku.

Privolitev staršev ni potrebna, kadar gre za nujne posege, tj. tiste, ki so neodložljivo potrebni za ohranitev življenjsko pomembnih funkcij ali za preprečitev nepopravljivega in hudega poslabšanja zdravstvenega stanja. Nujne posege mora zato zdravnik izvesti nemudoma, saj ni časa, da bi pred posegom iskali otrokove starše. Starše je treba v takih primerih obvestiti o izvedenem nujnem posegu, čim je to mogoče. S tem jim omogočimo, da lahko preverijo zdravstveno stanje svojega otroka in da odločijo o nadaljnjih zdravniških posegih, ki niso več nujni in jih zato jih zdravnik ne sme opraviti brez privolitve otrokovih staršev.

Odločanje staršev o medicinskih posegih pri otroku posebej ureja Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP). **Ureditev po ZPacP** se razlikuje od ureditve v ZZZDR in je naslednja: Starši sprejemajo odločitve o medicinskih posegih glede otroka samo, če ta ni sposoben odločati o sebi (t. j. če ni razsoden in s tem privolitveno sposoben).

Starši odločajo o medicinskem posegu pri otroku praviloma sporazumno, vendar za izvedbo **manj pomembnih medicinskih posegov** (to je posegov, ki niso povezani z večjim tveganjem ali obremenitvijo in naj ne bi imeli pomembnih posledic za otroka) zadostuje privolitev tistega od staršev, ki je prisoten pri posegu (tj. tistega, ki je na klic šole prihitel v bolnišnico), ali privolitev tistega od staršev, ki je otroka pripeljal k zdravniku (tj. tistega, ki je otroka iz šole odpeljal k zdravniku). Če sta pri posegu slučajno prisotna oba starša in med njima ni soglasja glede posega pri otroku, zdravnik zaprosi za soglasje za poseg konzilij ali če to ni mogoče, zdravnika, ki ni vpleten v otrokovo zdravljenje. Konzilij oziroma zdravnik, ki otroka ne zdravi, mora pri odločitvi upoštevati otrokovo korist.

Če gre za **pomembne medicinske posege**, to je take, ki so povezani z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo ali utegnejo imeti pomembne posledice za otroka, o sporu na predlog enega ali obeh staršev odloča organ, ki je za to pristojen po predpisih, ki urejajo družinska razmerja. Uporabi se torej 113. člen ZZZDR, po katerem o sporih med starši o izvrševanju roditeljske pravice odloča sodišče v nepravdnem postopku (o sporu glede izvrševanja roditeljske pravice glej prej).

5. Sklep

V šoli se pravice staršev, da izobražujejo in vzgajajo svoje otroke, srečajo z izobraževalno-vzgojnim pooblastilom, ki ga je šoli podelila država. Razmerja med starši, šolo in državo zadevajo tudi pravice otroka. Ne bi bilo naravno, če bi država, šola, starši (oziroma druge osebe, ki jim je zaupana skrb za otroka) in otrok oblikovali svoja medsebojna razmerja povsem nekonfliktno, toda na redkokaterem področju družbenega življenja se tako jasno pokažejo konfliktni potenciali v odnosih med otroci, starši in državo kot na področju šolstva. V šoli so prav specifično ogrožene zelo različne pravice otrok in njihovih staršev. Pri vsej množici teorij in pogledov v zvezi s številnimi problemi glede pravic staršev in njihovih otrok pa je danes na področju šolskega prava razbrati eno samo zares pomembno interpretacijsko pravilo: korist otroka. To sodobni pravniki razlagajo kot dolgoročno korist posameznega otroka. Razumejo jo kot učinkovito usposobljenost za svobodnega in odgovornega človeka, sposobnega samostojnega življenja in dela, zmožnega enakopravnega vključevanja v družbo.

Literatura

- Anonimno. Religionsfreiheit. JZ, 1995, letn. 50, št. 19, str. 942–949.
- Czermak, Gerhard. Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung. NJW, 1995, letn. 48, št. 51, str. 3348–3353.
- Fehnmann, Ursula. Bemerkungen zum Elternrecht in der Schule. DÖV, 1978, letn. 31, št. 13-14, str. 489–495.
- Fehnmann, Ursula. Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrechts für die elterliche Mitwirkung in der Schule. AÖR, 1984, zv. 105, št. 105, str. 529–563.
- Flume, Werner. Das »Kruzifixurteil« und seine Berichtigung. NJW, 1995, letn. 48, št. 44, str. 2904–2905.
- Gernhuber, Joachim in Coestner – Waltjen, Dagmar. Lehrbuch des Familienrechts. München: C. H. Beck, 1994.
- Heckel, Hans in Hermann, Avenarius: Schulrechtskunde. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1986.
- Henrich, Dieter. Familienrecht. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1995.
- Hufen, Friedhelm. BVerG-1BvR 1087/1991. JuS, 1991, letn. 31, št. 9, str. 788.
- Korošec, Damjan (ur.). Zakon o pacientovih pravicah s komentarjem. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- Müller-Volbeler, Jörg. Positive und negative Religionsfreiheit. JZ, 1995, letn. 50, št. 20, str. 996–1000.
- Novak, Barbara. Kind als Patient – das neue slowenische Gesetz über die Patientenrechte. FamRZ, 2008, letn. 55, št. 18, str. 1719.
- Novak, Barbara. Šola in otrokove pravice (Zbirka pravna obzorja, 25). Ljubljana: Cankarjeva založba, 2004.
- Oppermann, Thomas. Die erst halb bewältigte Sexualerziehung. JZ, 1978, letn. 33, št. 9, str. 289–293.
- Ossenbühl, Fritz. Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes. Berlin: Ducker & Humbolt, 1981.
- Reuter, Dieter. Elterliche Sorge und Verfassungsrecht. AcP, 1992, zv. 192, št. 1-2, str. 108–152.
- Starck, Cristian. Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht. DÖV, 1979, letn. 32, št. 8, str. 269–275.
- Stein, Erwin. Elterliche Mitbeteiligung im deutschen Schulwesen. JZ, 1957, letn. 12, št. 1, str. 7–11.
- Šelih, Alenka. Vzgojni in disciplinski ukrepi in otrokove pravice. V: Šelih, Alenka (ur.). Otrokove pravice, šolska pravila in nasilje v šoli. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 1996.



- Wildhaber, Luis. Right to Education and Parental Rights. V: Macdonald, Ronald St. J. in drugi (ur.). European System for the Protection of Human Rights. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1993.
- Zuck, Rüdiger. Kreuz-Züge. NJW 1995, letn. 48, št. 44, str. 2903–2904.
- Zupančič, Karel in Novak, Barbara. Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih s pojasnili. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2008.
- Zupančič, Karel. Družinsko pravo. Ljubljana: Uradni list RS, 1999.

Izvirni znanstveni članek
 UDK 347.515.3:343.222.4(497.4)

Kazenska odgovornost učitelja v zvezi z nasiljem v šoli

DR. DAMJAN KOROŠEC,
izredni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Splošno o kazenski odgovornosti učitelja

Za temeljno razumevanje po naravi stvari nelahkih vprašanj kazenske odgovornosti učitelja za kazniva dejanja z elementi nasilja v šolskem okolju bo treba temeljiteje poseči v zakladnico delitev t. i. izvršitvenih ravnanj na storitvena in opustitvena. Za bralce učitelje kot osebe brez formalne izobrazbe na področju kazenskega prava zahteva to nekaj uvodnih pojasnil o kazenski odgovornosti na splošno.

Da neko dogajanje lahko teoretično in praktično imenujemo kaznivo dejanje, mora zadostiti več tipičnim temeljnimi merilom. Gre za merila splošnih, skupnih značilnosti, ki jih civilizacijsko štejemo za lastne vsakemu kaznivemu dejanju, nekakšne skupne imenovalce vseh kaznivih dejanj. Nadrobna vsebina razmerij med vsemi temi temeljnimi merili oziroma skupinami temeljnih meril je znanstvena problematika, ki jo v teoriji materialnega kazenskega prava tradicionalno imenujemo dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja. V teoriji je za to dogmatiko pogosto v uporabi kar izraz splošni pojem kaznivega dejanja.

Vsako kaznivo dejanje mora hkrati, to je kumulativno zadostiti naslednjim merilom: 1) voljno ravnanje človeka, 2) nasprotovanje tega ravnanja in njegove posledice kakšni zapovedni ali prepovedni normi kazenskega prava na ravni t. i. biti kaznivega dejanja, 3) odsotnost vseh možnih razlogov, zaradi katerih bi bila takšno ravnanje oziroma njegova posledica izjemoma skladna s pravom (kot npr. povzročitev lahke telesne poškodbe nemu učencu, da bi se zavarovalo življenje drugega učenca, ki ga je prvi napadel z nevarnim orodjem), 4) možnost očitati storilcu ravnanje kot subjektivno zavržno, individualno krivdno.

Glede prvega elementa je treba takoj povedati, da status učitelja kazenskoppravno zgolj konkretizira naštetá merila in sicer značilno v smeri strožje presoje odgovornosti. Učitelj šteje za vzgojnega strokovnjaka, kar zajema tudi zahtevo po poznavanju in uporabi profesionalnih, to pa je posebej natančnih in po naravi stvari posebej zadržanih meril rabe prisile zoper učence in dijake (kajpak pa posredno tudi zoper sodelavce na šoli), še posebej v okvirih instituta silobrana, zajema nadalje zahtevo po vzpostavljanju in rednem vzdrževanju učinkovitega nadzora nad učenci in (mladoletnimi) dijaki, ki naj v čim bolj zgodnji fazi nastanka kaznivega dejanja le-tega prepreči oziroma prepreči celo okoliščine, ugodne za nastanek kaznivega dejanja, povrh vsega pa je učitelj učencem in dijakom značilno v posebnem nadrejenem položaju, ki mu nalaga posebne omejitve v razmerju z njimi (npr. na področju spolnosti), delovno mesto oziroma položaj učitelja pa še kopico posebnih tako varovalnih kot hkrati tudi nadzorstvenih t. i. garantnih dolžnosti,¹ ki delajo učitelja kazenskoppravno dogmatično posebej zanimivega storilca.

2. O storitvah in opustitvah (pravih in nepravih) učitelja

2.1. Splošno o razmejitvi med storitvijo in opustitvijo

Kadar je ravnanje **aktivno**, zanj uporabljamo izraz **storitev**. Storitev je aktivni vložek energije, ki je na ravni biti določene inkriminacije relevanten za določeno kazenskoppravno dobrino.

Kazensko pravo od nekdaj temelji na storitveno oblikovanih inkriminacijah – daleč največji del inkriminacijskih norm je oblikovanih storitveno in so torej prepovedne in daleč največji del izvršitvenih ravnanj, ki jih obravnavajo kazenska sodišča, je storitvenih.

Pri učitelju vprašanje storitvenega nasilja z vidika kazenskoppravne dogmatike ni posebej problematično in tako tudi ne posebej zanimivo. V bistvu je tu še najbolj zanimivo *vprašanje pojma nasilje*, ki pa je tudi tukaj v glavnem le zelo drugotno in posredno kazenskoppravno vprašanje. Kazensko pravo operira s kategorijami prepovedanih posledic, tesno vezanih na vprašanje kazenskoppravnih dobrin na eni strani in izvršitvenih ravnanj (v okviru storitev pač aktivnih) na drugi strani. Oboji morajo biti zakonsko opredeljeni s stopnjo zadostne jasnosti, da zadostijo merilom načela zakonitosti v kazenskem pravu. Za kazenskoppravno dogmatiko, pa tudi za kazenskoppravno zakonodajo in prakso obremenjevanje s pojmom nasilje ni produktivno oziroma je celo izrazito kontraproduktivno. Ali so opustitvena kazniva dejanja lahko nasilje, ali so konsenzualna spolna ravnanja z otrokom nasilje, ali je kaznivo dejanje iz malomarnosti lahko nasilje, ali je psihična pomoč pri deliktu lahko nasilje, kateri delikti

¹ Nadrobneje o garantnih dolžnostih, vključno z njihovo delitvijo na varovalne in nadzorstvene, glej posebno poglavje.

zoper čast in dobro ime so nasilni, vse to kazenskoppravno ne sme biti posebej odločilno in se kaže kot izguba energije v prazno: potencialno gre za biti kaznivih dejanj zoper življenje in telo, svobodo gibanja, zasebnost, zdravje, kakšno kaznivo dejanje zoper spolno samoodločbo mladoletne osebe (npr. po členu 173/3 ali 174/2 Kazenskega zakonika, KZ-1),² lahko tudi razžalitveni delikt, malomarni ali naklepni delikt, storitev, prava ali neprava opustitev, nasilje na terminološki ravni gor ali dol. Nasilje kot zakonski znak je izrazito slabo obvladljiv oziroma praviloma celo neobvladljiv v okvirih strogega načela zakonitosti, značilnega za kazensko pravo. Psihološki, sociološki, filozofski in podobne (nemalokrat tudi ideološko nabite) pojme nasilja je treba v kazenskem pravu konkretizirati z določenim ravnanjem, npr. z usmerjeno uporabo prisile zoper določene dobrine kazenskega prava (značilno življenje in telo, premoženje), grožnje z neposredno uporabo sile zoper določene dobrine kazenskega prava (značilno življenje in telo) ali pa po potrebi tudi samo z verbalnim ali neverbalnim izražanjem žaljive vsebine. Če se v kakšni inkriminaciji izjemoma, praviloma zaradi slabe zakonodajne tehnike vendarle pojavi (t. i. normativni)³ zakonski znak nasilja (npr. v obliki »nasilno«, »delati nasilje« ipd.), gre za nujno potrebo po razlagi v smeri uporabe prisile ali sile (značilno zoper življenje in telo) ali, na samem robu načela zakonitosti vsaj razžalitve, kar so klasična vprašanja razlage prava na ravni zakonskih znakov, ki bi se jim bilo z boljšim oblikovanjem inkriminacij praviloma mogoče in tudi potrebno izogniti. Z drugimi besedami: kaj si nepravniki ali nepravno razmišljujoči pravniki predstavljajo kot nasilje, na kazensko pravo ne sme imeti pomembnega vpliva, kazenskim pravnikom pa pojem nasilje pove premalo, da bi bil kaj prida uporaben konstrukt.

Če spet zapustimo pojem nasilja in se vrnemo k razlikovanju med storitvami in opustitvami v kazenskem pravu: učitelj kot izvrševalec aktivnih izvršitvenih ravnanj z elementi sile ali grožnje s silo ali razžalitvenimi elementi (kar vse mnogi poklici radi imenujejo nasilje) v šoli (to je t. i. storitev oziroma storitvenih kaznivih dejanj) v primerjavi z opustitvenimi delikti za kazensko pravo ni poseben izziv. To velja tako za učitelja, ki bi se z udarci s pestmi lotil polnoletnih sodelavcev, obiskovalcev šole ali kogarkoli drugega na šoli, kot tudi polnoletnih dijakov. Zelo podobno velja tudi za učitelja, ki bi se s klofuto lotil mladoletnih, vključno z dijaki oziroma učenci, bi kakšnega učenca za kazen za disciplinski prestopok po pouku zaklenil v učilnico, bi svoje učence ali dijake zmerjal z umazanimi homoseksualci, pokvarjenimi neslovenci ali čim podobnim. V poštev prihaja velika paleta inkriminacij, ki zajemajo aktivna ravnanja (storitve), od plejade telesnih poškodb (122. do 124. člen KZ-1), protipravnega odvzema prostosti (133. člen KZ-1), razžalitev (158. člen KZ-1), seveda pa tudi različnih spolnih kaznivih dejanj (zlasti po členih 173/3 ali 174/2 KZ-1), pa vse tja do neverjetno široko definirane kaznivega dejanja mučenja v novem slovenskem kazenskem pravu (člen 265/1 KZ-1 kot splošno kazni-

² Uradni list RS, št.: 55/08, 66/08, 39/09. Zakon velja od 1. novembra 2008.

³ O vsebini tega pojma v slovenski kazenskoppravni teoriji posebej izčrpno Ambrož. Glej Ambrož v celoti.

vo dejanje glede storilca)⁴ in celo povzročitve smrti iz malomarnosti (118. člen KZ-1, ta delikt resnici na ljubo težko imenujemo nasilen zaradi oblike krivde), tudi tiste, morebiti predvidene kot hujše posledice manj hudih deliktov in seveda tudi vseh naklepnih usmrtilvenih deliktov za tiste res prave pošasti med učitelji, za katere statistika na srečo kaže, da jih vsaj pri nas ni posebej veliko.⁵ Pri mladoletnih žrtvah oziroma žrtvah, ki so od storilca na kakšen način posebej odvisne oziroma so mlajše od 15 let ipd., zakonodajalci pogosto oblikujejo posebne kvalificirane, to je hujše, težje inkriminacije, učitelja včasih posebej izpostavijo v kvalificirani inkriminaciji kot tipičnega storilca, ki zlorabi odvisnost žrtve (npr. v členu 173/3 ali 174/2 KZ-1). Za učitelja nasilnika (če si smem kot kazenski pravnik v zanosu naslova tega referata izjemoma le izposoditi tako pravno diletantsko kvalifikacijo) veljajo splošna pravila kazenske odgovornosti brez posebnih problemov.

Toda tudi **pasivnost** je po sodobnih teorijah o ravnanju ravnanje.⁶ Človekovo pasivnost s predvidljivim socialnim učinkom (socialna teorija ravnanja) oziroma človekovo pasivnost, ki jo je mogoče razumeti kot odraz njegove osebnosti (osebnostna teorija ravnanja) nam kot kazenskopravno relevantno ravnanje zares definira šele določena inkriminacijska norma, ki od storilca zahteva določeno aktivnost, ki je torej po svojem bistvu zapovedna. Gre za odsotnost storilčevega vložka energije, ki je na ravni biti določene inkriminacije relevanten za določeno kazenskopravno dobrotno. Za pasivno ravnanje uporabljamo skupen izraz **opustitev**.

Kaznivo dejanje se torej lahko izvrši s storitvijo ali z opustitvijo in tako razločujemo **storitvena (komisivna)** in **opustitvena (omisivna) kazniva dejanja** (17/I. člen KZ-1). Opustitvena kazniva dejanja pa delimo naprej na prava in neprava. Slednja delitev naj bo kratko predstavljena v nadaljevanju.

2.2. Prava opustitev

Prava opustitvena kazniva dejanja so plod spoznanja zakonodajalcev, da je treba določene pomembne kazenskopravne dobrine zavarovati tudi z inkriminacijami, ki opisujejo opustitev, to je z zapovednimi kazenskimi normami, ki izhajajo iz takih inkriminacij. Z njimi zakonodajalci varujejo najpomembnejše kazenskopravne dobrine, v prvi vrsti človekovo življenje in še posebej t. i. elementarno humanost v medčloveških odnosih, ki se kaže v pomoči življenjsko ogroženemu.

⁴ Kritično o tej inkriminaciji glej zlasti Korošec 2009 v celoti. Zakonsko definicijo mučenja glej v nadaljevanju.

⁵ Nadrobnejši pregled inkriminacij nove slovenske zakonodaje, ki prihajajo v poštev za presojo kazenske odgovornosti učitelja za ravnanje v šolskem prostoru, glej v sklepnem delu.

⁶ V nadaljevanju povzeto po Bavcon idr., poglavje »Temeljno o ravnanju in njegovi posledici«, str. 152–180, zlasti pa str. 155–167. Glej tudi Korošec, Najnovejši ... v celoti.

Prave opustitvene inkriminacije v kazenskem materialnem zakonu bolj ali manj izrecno predpisujejo dolžnost kaj aktivno podvzeti (storiti) za zavarovanje kazenskopravne dobrine oziroma za preprečitev nastanka prepovedane posledice. Kaznivo dejanje opustitve pomoči po 130. členu KZ-1 danes v zelo podobni obliki po svetu poznajo kot arhetip prave opustitvene inkriminacije in temelji na opisu *»kdor ne pomaga osebi, ki je v neposredni smrtni nevarnosti [...]«*. Relevantnost te določbe za učitelja posebej v zvezi z učencem ali dijakom, ki je izpostavljen udarcem, brcam ali podobnemu ravnanju s strani drugega učenca ali dijaka ali koga tretjega v šolskem okolju, je na dlani.

2.3. Neprava opustitev

Pri **nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih** gre tako kot pri pravih opustitvah za kršitev dolžnosti aktivno zavarovati kazenskopravno dobrino. Vendar pa je pri nepravih opustitvah drugačen način, kako je dolžnost zavarovati kazenskopravno dobrino pravno predpisana. Neprave opustitve v materialnem kazenskem zakonu niso inkriminirane kot opustitve, ampak kot storitve – inkriminacijske norme so prepovedne. Drugače od pravih opustitev torej tukaj nujno imamo pandan opustitvi v obliki storitvene inkriminacije. Po volji zakonodajalca je opustitev tukaj vsebinsko izenačena s storitvijo na bistveno bolj neposreden in intenziven način kot pri pravih opustitvah: dolžnost preprečiti prepovedano posledico je vpeta neposredno v storitveno oblikovano inkriminacijo.

Pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih drugače od pravih obstaja ključen dodaten pogoj kazenske odgovornosti opustitvenega storilca: če hočemo komu naprtiti kazensko odgovornost za nepravo opustitev, mu moramo najprej dokazati posebno povezavo z določeno fizično ali celo pravno osebo ali določenim virom nevarnosti za kakšno kazenskopravno dobrino, iz katerih izraščajo posebne dolžnosti aktivnega varovanja kazenskopravnih dobrin.

To posebno povezavo, ki se – kot pri pravi opustitvi – kaže v dolžnosti preprečiti nastanek prepovedane posledice, imenujemo garantna dolžnost. Osebo, ki jo ta dolžnost zadeva (nosilca), imenujemo garant ali garantka (v nadaljevanju: garant), njen položaj nasproti potencialni žrtvi pa garantni položaj.

Sodobna teorija vse garantne dolžnosti glede na funkcijo v zvezi s kazenskopravno dobrino razvršča na (1) varovalne in (2) nadzorstvene.

Med **varovalne garantne dolžnosti** uvrščamo tiste, kjer varstvo določene kazenskopravne dobrine pred ogrožitvami in poškodbami izvira iz oblasti nosilca garantne dolžnosti nad neobjenostjo določene kazenskopravno varovane dobrine. Poleg družinskih razmerij sodijo sem tudi nekatere prevzete (ostale) dolžnosti z elementom odvisnosti kazenskopravne dobrine od drugega, praviloma iz pogodbenega razmerja (različne prevzete dolžnosti, kjer je prišlo do

dejanskega prevzema oblasti). Naravnost univerzalno uporabljani učbeniški primer tukaj pa je prav učitelj. Poenostavljeno povedano: učitelj mora z aktivnim angažiranjem od učencev oziroma dijakov varovancev odvracati nevarnosti za njihove kazenskopravno varovane dobrine, v prvi vrsti življenje, telesno nedotakljivost, zdravje, svobodo gibanja, čast in spolno samoodločbo. Učencem oziroma dijakom je glede teh dobrin garant. Opustitev garantnih dolžnosti vodi v potencialno kazensko odgovornost učitelja v okviru zelo številnih prepovednih, to je storitveno oblikovanih inkriminacij. Če učitelj (protipravno in krivdno seveda)⁷ ne prepreči ogrožitve oziroma poškodb teh dobrin (značilno s strani drugih učencev ali dijakov), utegne za to kot storilec kaznivega dejanja odgovarjati po storitveno oblikovanih inkriminacijah. V kazenskopravno posebej nevhvaležno vlogo pa učitelje potiska šolsko okolje prav zaradi imanentne kombinacije varovalnih in nadzorstvenih garantnih dolžnosti. Učitelj je značilno nekako ujet v dva zanj kazenskopravno zelo ogrožujoča svetova hkrati: učence oziroma dijake mora varovati pred nevarnostmi (ogrožitvami in poškodbami) in istočasno mora učence in dijake nadzirati, da s svojim ravnanjem za druge ne predstavljajo kazenskopravno relevantnega vira nevarnosti (ogrožanj in poškodb). Učitelj je skratka varovalno-nadzorstveni garant, kar je najbolj nevhvaležna oblika nosilstva multiplih garantnih dolžnosti. In kaj natančno je nadzorstvena garantna dolžnost?

Med **nadzorstvene garantne dolžnosti**, kot je bilo v veliki meri že razvidno iz predhodnega prikaza, uvrščamo tiste, kjer varstvo določene kazenskopravne dobrine pred ogrožitvami in poškodbami izvira iz oblasti nosilca garantne dolžnosti nad virom nevarnosti (za kazenskopravno dobrino). Sem uvrščamo zlasti nadzor nad nevarnimi nepremičnimi in premičnimi stvarmi in živalmi v lastnem oblastnem območju (v praksi držav, ki kazenskopravno visoko cenijo življenje udeležencev v prometu, tukaj še posebno vlogo igra nadzor nad motornimi vozili) in, za učitelja ključni vir, nadzor nad protipravnimi ravnanji drugih z omejeno odgovornostjo za taka ravnanja (zlasti otrok in oseb s težavami v duševnem zdravju), ki so v razmerju nadzora s strani nosilca dolžnosti. Značilna učbeniška primera tukaj sta kazenska odgovornost učitelja, ki ne nadzira otrok med šolskim odmorom, ti pa zato skozi okno učilnice na cesto vržejo stol, ki hudo telesno poškoduje mimoidočega, ter kazenska odgovornost učitelja, ki med odmorom na hodniku nedejavno opazuje dva učenca višjih razredov, kako s klofutami in brcami obdelujeta učenca nižjega razreda, da bi od njega dobila njegov prenosni telefon.

Seveda meje med opisanimi viri garantnih dolžnosti ne morejo biti toge in določena ravnanja lahko kršijo hkrati več vrst garantnih dolžnosti. Podobno se utegne po splošnih pravilih o odgovornosti za steke kaznivih dejanj v konkretni zadevi kakšna prava opustitev izkazati za

⁷ Glej splošne pogoje kazenske odgovornosti, kot izhajajo iz splošnega pojma kaznivega dejanja, za potrebe tega prispevka kratko skiciranega v uvodnem poglavju.

specialnejšo od opisanih potencialnih nepravih (ne pa tudi prav z vidika obstoja nepravih opustitev za sistemsko in kriminalitetnopolitično upravičeno!) in zato kazenske odgovornosti za kakšno od opisanih ravnanj po merilih neprave opustitve v konkretni zadevi ne bo.

Na tem mestu se ni smiselno spuščati v številne zanimive podrobnosti garantnih dolžnosti po posameznih naštetih kategorijah. Mnoga takšna vprašanja zaradi povezanosti s konkretno oblikovanostjo posamezne storitvene inkriminacije in pogosto tudi nadrobnih pogodbenih določil o naravi in mejah dolžnosti pogodbenih partnerjev sodijo v velikem delu v problematiko posebnega dela kazenskega prava, so po svoji naravi predvsem predmet razlag pogodbenega prava, vse bolj tudi delovnega prava, v zvezi s šolo pa posebej še upravnega šolskega prava. Tukaj naj zaključimo zgolj z ugotovitvijo, da so pri učiteljih v praksi posebej zanimiva vprašanja t. i. objektivne pripisljivosti določene ogrožitve oziroma poškodbe kazenskopravne dobrine prav konkretni opustitvi nadzora (nemirnih, nezrelih, razigranih, disciplinsko posebej problematičnih ipd.) učencev oziroma mladoletnih dijakov med poukom, med odmori med poukom, na ekskurzijah in podobnih dejavnostih zunaj šolskega poslopja ipd. Gre za vprašanja, ali določena ogrožitvena ali poškodbeni posledica nastane prav zaradi učiteljeve sicer izkazane kršitve pravil nadzora (npr. med nadomeščanjem drugega učitelja, v zvezi z obdobjimi nadzornimi obhodi, naključnimi nadzori) oziroma konkretnije, ali npr. spolno nasilje sošolca nad sošolko, poškodba očesa mimoidočega, na katerega so učenci skozi okno razreda vrgli mokro gobo za brisanje table, zlom kolka zaradi padca na oljni luži, ki so jo pred vhodom v razred naredili učenci iz škodoželjnosti ipd. je ali ni pripisljivo pomanjkljivemu nadzoru nad učenci in dijaki in s tem opustitvi učitelja? To so pogosto dejansko in pravno zapletena vprašanja, ki jih v materialnem kazenskem pravu rešujemo prav s pomočjo dogmatike opustitvenega ravnanja in meril objektivne pripisljivosti posebej v zvezi s takšnim ravnanjem.

3. Sklep

Učitelj potencialno kazensko odgovarja za lastna malomarna ali naklepna aktivna ravnanja z elementi nasilja, kot tudi za malomarno ali naklepno pasivnost ob ravnanjih z elementi nasilja s strani drugih oseb. Ker kot učitelj šteje za strokovnjaka za dejansko varstvo interesov in pravic mladoletnih oseb, ki so mu zaupane v varstvo, vzgojo in učenje, in je povrh vsega še večkrat garant dobrinam oseb, ki so mu zaupane v varstvo, vzgojo in učenje, in hkrati še dobrinam oseb, ki bi jih osebe, ki so mu zaupane v varstvo, vzgojo in učenje, utegnile ogroziti ali poškodovati, je za kazensko pravo posebej zanimiv storilec. Njegova kazenska odgovornost je značilno posebej povečana. Redkokateri storilec lahko tako neposredno odgovarja za tako različna kazniva dejanja v storitvi, pravi opustitvi ali nepravi opustitvi v zvezi s svojim poklicem oziroma na svojem delovnem mestu. Kaj hitro prihajajo v poštev različne vrste teles-

nih poškodb (122. do 124. člen KZ-1),⁸ protipravnega odvzema prostosti (133. člen KZ-1),⁹ ropa (206. člen KZ-1),¹⁰ roparske tatvine (207. člen KZ-1),¹¹ izsiljevanja (213. člen KZ-1),¹² ogrožanja varnosti (135. člen KZ-1),¹³ neupravičene osebne preiskave (136. člen KZ-1),¹⁴ mučenja v vsej njegovi nenavadni novi širini iz KZ-1 (člen 265/1 KZ-1),¹⁵ prisiljenja (132. člen KZ-1),¹⁶ razžalitev (158. člen),¹⁷ različnih spolnih kaznivih dejanj (170 do 176. člen KZ-1)¹⁸ in usmrtitvenih deliktov, če se omejimo zgolj na klasične nasilne delikte (in zanemarimo npr. dogmatično zelo zanimive nepravice opustitve v zvezi z dovoljenimi in prepovedanimi

⁸ Zakonska definicija lahke telesne poškodbe (člen 122/1 KZ-1) se npr. dobesedno glasi: »Kdor koga tako telesno poškoduje, da je bil zaradi tega začasno okvarjen ali oslabljen kakšen del njegovega telesa ali njegov organ, ali je poškodovančeva zmožnost za delo začasno zmanjšana ali je prizadeta njegova zunanost ali je začasno okvarjeno njegovo zdravje [...]«. Kvalificirana, to je težja oblika lahke telesne poškodbe v 2. odstavku se glasi: »Če je poškodba iz prejšnjega odstavka prizadejana z orožjem, nevarnim orodjem, drugim sredstvom ali na tak način, da se lahko telo hudo poškoduje ali zdravje hudo okvari [...]«.

⁹ V temeljni obliki (1. odstavek) je kaznivo dejanje dobesedno opredeljeno takole: »Kdor koga protipravno zapre, ima zaprtega ali mu kako drugače omeji svobodo gibanja [...]«.

¹⁰ Zakon rop v temeljni obliki (1. odstavek) definira takole: »Kdor vzame tujo premično stvar, da bi si jo protipravno prilastil, tako da uporabi silo zoper kakšno osebo ali ji zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo [...]«, kvalificirana oblika po 2. odstavku pa se glasi: »Če sta storili rop dve ali več oseb, ki so se združile zato, da bi ropale, ali če je vrednost ukradene stvari velika in si je storilec hotel prilastiti stvar take vrednosti [...]«.

¹¹ Po zakonu v temeljni obliki 1. odstavka dobesedno: »Kdor je zaloten pri tatvini, pa zato, da bi ukradeno stvar obdržal, uporabi proti komu silo ali mu zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo [...]«.

¹² Člen se dobesedno glasi: »(1) Kdor, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist, s silo ali resno grožnjo koga prisili, da kaj stori ali opusti v škodo svojega ali tujega premoženja [...]. (2) Enako se kaznuje, kdor, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist, komu zagrozi, da bo o njem ali njegovih bližnjih odkril kaj, kar bi škodovalo njihovi časti ali dobremu imenu, in ga s tem prisili, da v škodo svojega ali tujega premoženja kaj stori ali opusti. (3) Če dejanje iz prvega ali drugega odstavka tega člena storita dve ali več oseb ali če je storjeno z uporabo orožja ali nevarnega orodja ali na posebej surov in poniževalen način [...]«.

¹³ Kaznivo dejanje ogrožanja varnosti je v KZ-1 dobesedno opredeljeno takole: »Kdor ogrozi varnost kakšne osebe z grdim ravnanjem ali z resno grožnjo, da bo napadel njeno življenje ali telo [...]«.

¹⁴ V temeljni obliki (1. odstavek) je definicija tega kaznivega dejanja takšna: »Kdor neupravičeno preišče drugega ali stvari, ki jih ima ta na sebi ali s seboj [...]«. Tu ne gre nujno za nasilje v smislu uporabe sile ali grožnje z neposredno uporabo sile (proti telesu), a vendarle za dejanje, ki ga je z nekaj domišljije še mogoče uvrstiti med (klasično) nasilna v smislu naslova tega referata. Glede splošno omejene uporabnosti pojma nasilje v kazenskem pravu glej prej.

¹⁵ »Kdor komu namenoma povzroči hudo bolečino ali trpljenje, bodisi telesno ali duševno, da si od njega ali tretje osebe pridobi informacijo oziroma priznanje, ga kaznuje za dejanje, ki ga je storil on ali tretja oseba ali je za to dejanje osumljen on ali tretja oseba, da bi ga ustrahoval ali nanj izvajal pritisk ali da bi ustrahoval tretjo osebo ali nanjo izvajal pritisk ali iz katerega drugega razloga, ki temelji na katerikoli obliki kršitve enakopravnosti [...]«.

¹⁶ Zelo splošna in po naravi subsidiarna inkriminacija z naslovom »Prisiljenec« je v določbi 1. odstavka definirana z besedami: »Kdor koga s silo ali resno grožnjo prisili, da kaj stori ali opusti ali da kaj trpi [...]«.

¹⁷ Zakon v temeljni obliki po 1. odstavku razžalitev definira zelo preprosto z besedami: »Kdor koga razžali«.

¹⁸ Nadrobneje glej zlasti Korošec, Spolnost ...

drogami). V interesu lastne pravne varnosti je brez dvoma koristno, da se učitelj pravočasno in dovolj temeljito seznani z osnovami kazenskega prava in natančno tudi z lastnimi kazensko-pravnimi dolžnostmi, kamor sodijo v veliki meri tudi garantne dolžnosti. Strokovni seminar na temo šolskega prava, ki ga je letos organiziral Inštitut za primerjalno pravo, je poskušal povečati možnost takšnih seznanitev, učitelje in vse odgovorne za varnost v šolskem okolju pa spodbuditi k stalnemu izpopolnjevanju in izobraževanju ne le na področju pedagogike in varstva človekovih pravic, ampak tudi kaznovalnega prava.

Literatura

- Ambrož, M. Vrednostne (normativne) prvine splošnega pojma kaznivega dejanja. Doktorska disertacija. Mentor: D. Korošec. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, 2005.
- Bavcon, L., A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič: Kazensko pravo – splošni del (5. izd.). Ljubljana: Uradni list RS, 2009.
- Korošec, Damjan. Mednarodno kazensko pravo v KZ-1 – mučenje. Pravna praksa, št. 24-25/2009 str. 20–21.
- Korošec, Damjan. Najnovejši trendi pri obvladovanju opustitvenih kaznivih dejanj. 1. konferenca kazenskega prava in kriminologije, Portorož 2008 – Zbornik srečanja. Ljubljana: GV Založba, 2008 (str. 19–26).
- Korošec, Damjan. Spolnost in kazensko pravo. Od prazgodovine do t. i. modernega spolnega kazenskega prava. Ljubljana: Uradni list RS, 2008.

Strokovni članek
UDK 343.62[37.018+364-7](497.4)

Sodelovanje šole in centra za socialno delo pri obravnavi ogroženega otroka

DUBRAVKA HROVATIČ,
*regijska koordinatorica za obravnavo
nasilja v družini za Dolenjsko
in Belo krajino*

Spremembe zakonodaje na področju zaščite žrtev nasilja v družini, ki smo jim priča zadnjih nekaj let, so opredelile nasilje v družini kot družbeni problem in kot kršitev osnovnih človekovih pravic, kateremu so se dolžni upreti vsi organi in organizacije. S spremembami zakonodaje je država hkrati sprejela zavezo, da je problem nasilja v družini prioriteta, ki zahteva politično voljo, da preskrbi potrebne vire, multisektoralen in koordiniran pristop za preprečevanje nasilja v družini.

S sprejetjem Zakona o preprečevanju nasilja v družini 1. marca 2008 so postavljeni temelji za strukturne spremembe na področju obravnave nasilja v družini ter nudenja pomoči žrtvam. Zakon v svojih določilih opredeljuje pojem nasilja v družini, določa dolžnost ravnanja organov in organizacij ter nudenja pomoči žrtvam v čim krajšem času, zagotavlja strokovno obravnavo žrtev, sodelovanje med institucijam, zagotavlja varnost žrtvam, brezplačno pravno pomoč, strokovno delo s povzročiteljem. Opredeljuje tudi pojem žrtve in ga razširja v delu, ko govori, da so otroci posredne žrtve nasilja, če živijo v družinah, kjer se nasilje izvaja.

Ali je zakon popoln in učinkovit po enoletni implementaciji v praksi? Tako kot večina zakonov ne glede na to, koliko členov imajo, lahko ugotovimo, da ni popolnih zakonov. Vedno se bo našel kdo, ki ga bo drugače interpretiral, trdil, da je v tujini boljše zakonodaja. Nekateri bodo na osnovi zakonodaje delali boljše, drugi bodo delali s figo v žepu.

Glede na zastavljene cilje, za preprečevanje nejasnosti ter za postavitev osnov za usklajeno delovanje sta na podlagi ZPND nastala: Pravilnik za ravnanje organov in organizacij, delovanje CSD, multidisciplinarnih timov in regijskih služb pri obravnavi nasilja v družini in Pravilnik o obravnavanju nasilja v družini za vzgojno-izobraževalne zavode. V nastajanju so še pravilniki za zdravstvene zavode ter delovanje policije.

Vsi, ki smo vključeni v sistem pomoči žrtvam nasilja, imamo izkušnjo, ki temelji na dobri praksi, da je učinkovita pomoč žrtvam nasilja v družini le tista, ki temelji na sodelovanju med institucijami, tako med javnimi zavodi kot tudi med nevladnimi organizacijami. Velikokrat je bilo sodelovanje odvisno od dobre volje in pripravljenosti ter osveščenosti posameznikov, ki so bili vključeni v nudenje pomoči žrtvi. Velikokrat smo naleteli na idejo o zaščiti in varstvu osebnih podatkov kot oviri za sodelovanje. Ovire smo tudi videli v nezaupanju drug do drugega v smislu učinkovitosti izbranih ukrepov za zaščito žrtve. ZPND in sprejeti pravilniki te ovire odpravljajo in postavljajo žrtve v središče zaščite.

Koordinacija pomoči žrtvam nasilja v družini je delegirana centrom za socialno delo, kar ne pomeni, da je le CSD odgovoren za nudenje potrebne pomoči. V pomoč so vključeni vsi organi in organizacije, ki v okviru svojih pristojnosti lahko pomagajo k izdelavi in realizaciji načrta pomoči. Kot metoda, ki sicer ni nekaj novega v sodelovanju med centri in drugimi institucijami, se določa multidisciplinarni tim (MDT). Pravilnik določa sestavo MDT, način sklicevanja, dolžnost odzivanja, naloge in roke za izvedbo nalog ter participacijo žrtve pri izdelavi načrta pomoči.

Na koncu lahko ugotovim, da imamo tako nove zakone kot tudi pravilnike, ki nam utirajo pot k sodelovanju. Imamo tudi veliko izkušenj, tako dobrih kot tudi slabih. Na nas je, da ugotovimo, ali smo učinkovitejši pri nudenju pomoči žrtvam samo, če iščemo pomanjkljivosti v sistemu ali lahko pogledamo tudi lastno odgovornost v sistemu pomoči. Koliko smo pripravljeni spreminjati osebna prepričanja za učinkovitejšo pomoč žrtvam nasilja v družini?

Kako delati bolje, kako vso teorijo, izkušnje in zakonska določila implementirati v dobro prakso?

Nična toleranca do nasilja v družini! Kje na tej poti do nične tolerance smo?

Ali želimo spremeniti prepričanje »če ne zlepa, potem pa zgrda« v »vedno zlepa, nikoli zgrda«?

Mhatma Ghandi postavlja didaktično vprašanje: »Ali in kako je mogoče živeti v sodobni družbi brez nasilja?«

Strokovni članek
UDK 37.018(497.4)

Pravni in praktični vidiki nadzorstva v vzgojno-izobraževalnih zavodih

JANEZ KOSTANJEVEC,
Inšpektor višji svetnik na Inšpektoratu
RS za šolstvo in šport

1. Inšpekcijski postopek kot poseben upravni postopek

Pravila upravnega postopka, ki jih vsebuje Zakon o splošnem upravnem postopku (v nadaljevanju ZUP), so po svoji naravi splošna ne glede na to, kateri materialni predpis (države ali samoupravne lokalne skupnosti) se uporablja pri odločanju, in ne glede na to, kateri organ (državni organ ali organ samoupravne lokalne skupnosti) odloča v upravni zadevi. Spričo tega ne bi bilo ovire za uporabo teh pravil pri odločanju v konkretnih upravnih zadevah na vseh upravnih področjih. Vendar so upravna področja mnogovrstna in za vsa pravna razmerja na teh področjih zaradi njihove različnosti in posebnosti ni mogoče vpeljati istega načina dela oziroma poslovanja. Včasih je potreben prožnejši, enostavnejši, hitrejši, skratka smotrnejši in učinkovitejši način, ki pa kljub temu ne sme biti v škodo pravilni rešitvi konkretnih upravnih zadev. Postopek mora biti prilagojen naravi upravnega področja in posebnostim pravnih razmerij na tem področju ter namenu upravnega delovanja, hkrati pa mora olajšati uporabo in izvršitev materialnega predpisa. Zato so tudi dovoljena odstopanja od pravil splošnega upravnega postopka.¹

Posebni upravni postopki pomenijo način uveljavljanja pravic in obveznosti, kot jih določa materialna (področna) zakonodaja oz. njihovi izvedbeni akti. Vsak posamičen poseben upravni postopek pomeni način uveljavljanja pravice/obveznosti s področja posameznega upravnega postopka. Vseh posebnih upravnih postopkov je mnogo (npr. davčni postopek, postopki

¹ Androjna, Vilko in Kerševan Erik. *Upravno procesno pravo*. GV Založba, Ljubljana 2006, str. 33.

s področja obveznega pokojninskega zavarovanja in obveznega zdravstvenega zavarovanja, itd.). Vsi ti imajo veliko posebnosti glede na ZUP.

Posebni upravni postopek je tudi inšpekcijski postopek, ki predstavlja posebno procesno ureditev v odnosu do Zakona o splošnem upravnem postopku, saj pravila splošnega upravnega postopka za določeno upravno zadevo ne zadoščajo ali ne ustrezajo. ZUP je včasih preveč splošen ali pa sploh nima procesnih pravil za vodenje postopka v določenih posebnih procesnih situacijah. Navkljub temu pa morajo biti pravila inšpekcijskega postopka v skladu s temeljnimi načeli upravnega postopka, saj sicer ne bi bilo zagotovljeno enako procesno varstvo strank, pri čemer pa se lahko določi, da se posamezno načelo ZUP v določeni upravni stvari ne uporablja ali da se uporablja drugače kot po ZUP.

Na upravnih področjih, za katera je z zakonom predpisan poseben upravni postopek, se postopa po določbah posebnega zakona, po določbah ZUP pa se postopa v vseh tistih vprašanjih, ki niso urejena s posebnim zakonom.

2. Inšpekcijski nadzor

Inšpekcijski nadzor je nadzor nad izvajanjem oziroma spoštovanjem zakonov in drugih predpisov, ki ga izvršujejo inšpektorice oziroma inšpektorji kot uradne osebe s posebnimi pooblastili in odgovornostmi.²

Organizacijsko gledano so inšpekcijske službe del izvršilne veje oblasti, spadajo v krog organov državne uprave, s tem pa so tudi del širše javne uprave oziroma javnega sektorja. Za javni sektor je značilno, da deluje neprofitno, osnovna značilnost delovanja pa je varstvo javne koristi ali javnega interesa, ki pomeni neko širšo družbeno korist, določeno s področnim zakonom.³

Stranke v inšpekcijskih postopkih se imenujejo zavezanci, ker so vezane k spoštovanju predpisov. Zavezanci imajo v inšpekcijskih postopkih vedno položaj pasivne stranke, saj se postopek zoper njih vodi po uradni dolžnosti, ne na njihovo željo oz. prijavo. Stranke sicer ne morejo izsiliti postopka, čeprav v praksi to skušajo doseči z anonimnimi prijavi. Poleg zavezancev pa imajo položaj stranke lahko tudi prijavitelji (status stranskega udeleženca). Praviloma prijavitelj ni stranka v postopku, vendar pa je sodna praksa razvila dopolnilno pravilo, da je pri-

² Člen 2 Zakona o inšpekcijskem nadzoru (v nadaljevanju ZSolI).

³ Bizjak D., Zakon o inšpekcijskem nadzoru – Učno gradivo za udeležence priprav na strokovni izpit za inšpektorja, str. 8.

javitelj stranka le, če je s kršitvijo zavezanca neposredno prizadet. Prijavitelj, ki nima statusa stranskega udeleženca, pa ima pravico, da ga inšpektor pisno seznaní o ukrepih oz. ugotovitvah nadzora.

Inšpekcijski nadzor se pogosto in vse bolj izvaja tudi v šolstvu. Pri tem ne gre zgolj za Inšpektorat za šolstvo, ki predstavlja temeljno in najpomembnejšo obliko nadzora v šolah, temveč tudi za zelo pomembne druge inšpekcijske nadzore – predvsem s strani upravne inšpekcije, gradbene inšpekcije, inšpektorata za delo, zdravstvenega inšpektorata ter davčne inšpekcije.

Inšpektorati in inšpekcijske službe, ki delujejo na področju Republike Slovenije, so:⁴

1. Agencija za pošto in elektronske komunikacije RS (APEK),
2. Carinska uprava RS (CURS) – Ministrstvo za finance,
3. Davčna uprava RS (DURS) – Ministrstvo za finance,
4. Informacijski pooblaščenec – Inšpekcija za varovanje osebnih podatkov,
5. Inšpekcija za kemikalije (IRSK) – Ministrstvo za zdravje,
6. Inšpekcija za sevalno in jedrsko varnost, Uprava RS za jedrsko varnost (URSV) – Ministrstvo za okolje in prostor,
7. Inšpektorat RS za delo (IRSD) – Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve,
8. Inšpektorat RS za elektronske komunikacije, elektronsko podpisovanje in pošto (IRSEKEPP) – Ministrstvo za gospodarstvo,
9. Inšpektorat RS za energetiko in rudarstvo (IRSER) – Ministrstvo za gospodarstvo,
10. Inšpektorat RS za javno upravo (IJU) – Ministrstvo za javno upravo,
11. Inšpektorat RS za kmetijstvo, gozdarstvo in hrano (IRSKGH) – Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, v okviru katerega delujejo:
 - Fitosanitarna inšpekcija (IRSKGH-Fito),
 - Gozdarska inšpekcija (IRSKGH-Gozd);
 - Inšpekcija za kakovost kmetijskih pridelkov in živil (IRSKGH-KmPrid),
 - Inšpekcija za kontrolo krme (IRSKGH-Kmet),
 - Kmetijska inšpekcija (IRSKGH-Kmet),
 - Lovska in ribiška inšpekcija (IRSKGH-LoRi),
 - Vinarska inšpekcija (IRSKGH-Vin),
12. Inšpektorat RS za kulturo in medije (IRSKM) – Ministrstvo za kulturo,
13. Inšpektorat RS za notranje zadeve (MNZ) – Ministrstvo za notranje zadeve,
14. Inšpektorat RS za obrambo (IRSO) – Ministrstvo za obrambo,

⁴ <http://e-uprava.gov.si/e-uprava/inspektorji> (30. 10. 2009).

15. Inšpektorat RS za okolje in prostor (IRSOP) – Ministrstvo za okolje in prostor,
16. Inšpektorat RS za šolstvo in šport (IRSŠŠ) – Ministrstvo za šolstvo in šport,
17. Inšpektorat RS za varstvo pred naravnimi in drugimi nesrečami (IRSVNDN) – Ministrstvo za obrambo,
18. Javna agencija RS za zdravila in medicinske pripomočke,
19. Letalska inšpekcija – Ministrstvo za promet,
20. Prometni inšpektorat RS – Ministrstvo za promet,
21. Tržni inšpektorat RS (TIRS) – Ministrstvo za gospodarstvo,
22. Uprava RS za varstvo pred sevanji (URSVS) – Ministrstvo za zdravje,
23. Urad RS za meroslovje (MIRS) – Ministrstvo za visoko šolstvo, znanost in tehnologijo,
24. Urad RS za nadzor prirejanja iger na srečo – Ministrstvo za finance,
25. Urad za nadzor proračuna, proračunska inšpekcija (UNP-SPI) – Ministrstvo za finance,
26. Veterinarska uprava RS (VURS) – Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano,
27. Zdravstveni inšpektorat RS (ZIRS) – Ministrstvo za zdravje.

3. Vloga šolske inšpekcije in njene pristojnosti

Šolska inšpekcija obsega nadzor nad izvajanjem zakonov, drugih predpisov in aktov, ki urejajo organizacijo, namensko porabo javnih sredstev in opravljanje dejavnosti vzgoje in izobraževanja, ki jo opravljajo vrtci, osnovne šole, glasbene šole, nižje in srednje poklicne šole, srednje tehniške in strokovne šole, gimnazije, višje strokovne šole, zavodi za izobraževanje in usposabljanje otrok in mladostnikov s posebnimi potrebami, organizacije za izobraževanje odraslih in zasebniki, ki izobražujejo po javno veljavnih programih (v nadaljnjem besedilu: vrtci in šole). Šolska inšpekcija obsega tudi nadzor nad izvrševanjem zakonov, drugih predpisov in aktov, ki urejajo domove za učence in dijaške domove.

Nadzor na področju šolstva opravlja Inšpektorat RS za šolstvo in šport, in sicer z namenom, da se zagotovi spoštovanje zakonitosti in s tem zaščita pravic predšolskih otrok, učencev, vajencev, dijakov, študentov in udeležencev izobraževanja odraslih ter strokovnih delavcev.⁵ Inšpektorat opravlja inšpekcijsko nadzorstvo v skladu z Zakonom o šolski inšpekciji (v nadaljevanju ZSolI), pri čemer se glede tistih vprašanj, ki niso urejena z ZSolI, uporablja Zakon o inšpekcijskem nadzoru (v nadaljevanju ZIN).

Nadzor v vzgojno-izobraževalnih zavodih se nanaša predvsem na:

1. izvajanje dejavnosti skladno z aktom o ustanovitvi vrtca oziroma šole, vpisom v sodni register in vpisom v razvid izvajalcev vzgojno-izobraževalnih programov,

⁵ Zakon o inšpekcijskem nadzoru, 1. člen.

2. izpolnjevanje pogojev za opravljanje vzgojno-izobraževalne dejavnosti,
3. izpolnjevanje standardov in normativov za izvajanje vzgojno-izobraževalnih in študijskih programov,
4. dnevno, tedensko in letno organizacijo dela,
5. ustreznost načrtovanja dela vrtca oziroma šole,
6. letno in sprotno načrtovanje vzgojno-izobraževalnega dela strokovnih delavcev vrtca oziroma šole,
7. dnevno, tedensko in letno obremenitev otrok in udeležencev izobraževanja,
8. izvajanje vpisa in izpisa otrok in udeležencev izobraževanja,
9. preverjanje in ocenjevanje znanja ter napredovanje otrok in udeležencev izobraževanja,
10. uresničevanje pravic in dolžnosti otrok in udeležencev izobraževanja,
11. uresničevanje pravic in obveznosti strokovnih delavcev, ki skladno z določili zakonov, drugih predpisov ali splošnih aktov sodijo v pristojnost šolske inšpekcije,
12. sodelovanje staršev z vrtcem oziroma šolo in njihovo pravočasno informiranost o uspehu in napredovanju,
13. določanje prispevkov staršev in študentov višjih strokovnih šol ter njihovo namensko porabo,
14. organiziranost otrok in udeležencev izobraževanja,
15. vodenje pedagoške dokumentacije in evidenc ter izdajanje javnih listin,
16. postopek imenovanja in razrešitve ravnatelja (direktorja, pomočnika ravnatelja),
17. oblikovanje in vsebino dela strokovnih organov vrtca oziroma šole,
18. izvajanje ravnateljevih nalog, ki mu jih nalagajo zakoni in drugi predpisi s področja vzgoje in izobraževanja,
19. opravljanje vzgojno-izobraževalne dejavnosti v skladu s koncesijsko pogodbo,
20. uresničevanje pravic otrok in udeležencev izobraževanja s posebnimi potrebami,
21. uporabo učbenikov.⁶

Nadzor se izvaja tudi v zasebnih vrtcih in šolah, ki izvajajo javno veljavne programe, nanaša pa se na organizacijo, financiranje in izvajanje javno veljavnih programov.

Ne glede na prej navedeno vrsto zadev, ki jih obravnava šolska inšpekcija na svojem področju (resorju), pa obstajata dve izjemi, ko lahko inšpektor za šolstvo pri opravljanju svojih nalog »preseže« svojo stvarno pristojnost, in sicer:

- V primeru, da inšpektor pri opravljanju nalog inšpekcijskega nadzora ugotovi kršitev zakona ali drugega predpisa oziroma akta, katerega izvajanje nadzoruje druga inšpekcija, sam ugotovi dejansko stanje ter o svojih ugotovitvah sestavi zapisnik, ki ga posreduje pristojni

⁶ Zakon o inšpekcijskem nadzoru, 12. člen.

inšpekciji.⁷ Gre za primere, ko bi lahko zaradi odlašanja nastale posledice za javni interes (življenje in zdravje ljudi, živali, okolje, premoženje). Gotovo bi lahko našli tudi pravno podlago za izdajo začasne odločbe (če bi utegnile nastati škodljive posledice za javni interes), ki velja do ukrepa pristojne inšpekcije.

- V primeru, ko zaradi medsebojne koordinacije dela in doseganja večje učinkovitosti Inšpekcijski svet usklajuje skupno izvajanje nalog inšpekcijskega nadzora različnih inšpekcij. Inšpekcijski svet lahko kot medresorsko vladno posvetovalno telo organizira tudi t. i. »skupne oziroma usklajene akcije« več inšpekcij zoper istega kršitelja.

Šolska inšpekcija opravlja nadzor kot redni, izredni in ponovni nadzor. Redni nadzor se izvaja na podlagi letnega programa dela inšpektorata in se v vrtcih in šolah opravlja praviloma vsako peto leto. V ponovnem nadzoru se preverja izpopolnjevanje naročil in odločb šolske inšpekcije, izvede pa se praviloma po preteku roka, določenega za odpravo kršitev ter izvršitev naloženih ukrepov in nalog, še zlasti tedaj, ko obstoja dvom, ali je stranka poskrbela za odpravo nezakovitosti oziroma nepravilnosti. Izredni nadzor se opravi na podlagi pobude otroka in udeleženca izobraževanja, starša, skrbnika, rejnika, sveta staršev, skupnosti dijakov, predstavnika reprezentativnega sindikata v vrtcu ali šoli ali zaposlenih v vrtcu ali v šoli.⁸ ZsolI omejuje krog pobudnikov kot prijaviteljev uvedbe inšpekcijskega nadzora, saj namreč ne predvideva, da se izredni nadzor lahko opravi na podlagi pobude drugega državnega organa, otrokovega zagovornika, varuha oziroma drugega pobudnika, prav tako ne ureja anonimnih pobud. Na področju inšpekcijskega nadzora varstveno-vzgojnih in vzgojno-izobraževalnih zavodov je namreč veliko pobud anonimnih, saj se pobudniki ne želijo ali pa celo ne upajo izpostaviti s svojim imenom, in to kljub temu, da je inšpektor po uradni dolžnosti dolžan varovati tajnost vira prijave. Navedeno zagato rešuje ZIN v 24. členu, ki določa, da mora inšpektor – ne glede na določbe zakona o splošnem upravnem postopku – obravnavati tudi anonimne prijave, pritožbe, sporočila in druge vloge v zadevah iz svoje pristojnosti, razen če iz okoliščin izhaja sum, da je prijava neresna oziroma lažna.

O opravljenem nadzoru inšpektor napiše zapisnik, ukrepa pa praviloma z odločbo, s katero bodisi nekaj prepoveduje, razveljavlja ali odreja. V inšpektorjevi pristojnosti so tudi predlogi in poročila.

Inšpekcijski postopek se praviloma zaključi s sklepom o ustavitvi postopka, in sicer v primeru, če inšpektor ne ugotovi kršitev. Če pa jih ugotovi, inšpektor izreče ukrepe, ki jih lahko razdelimo na:

- preventivne ukrepe (npr. opozorilo, ki ga inšpektor izreče zavezancu, kadar gre za manjše kršitve);

⁷ Prav tam, tretji odstavek 32. člena.

⁸ ZsolI, tretji odstavek 11. člena.

- redne ukrepe (jih je več vrst in se lahko odredajo kumulativno – npr. ureditvena upravna odločba, s katero inšpektor zavezancu naloži, naj odpravi nepravilnost, vodenje hitrega prekrškovnega postopka itd.);
- posebne ukrepe (začasen odvzem predmetov, prepoved opravljanja dejavnosti, zapečatenje prostorov itd.);
- ukrepe za varstvo pravic tretjih oseb (npr. seznanitev tretjih oseb z ugotovitvami nadzora, izrečenimi ukrepi in drugimi podatki, potrebnimi za uveljavljanje pravic prizadetih oseb).

Inšpektor za šolstvo ima za odpravljanje kršitev zakona, drugih predpisov ali splošnih aktov na voljo vrsto ukrepov, in sicer lahko:⁹

- razveljavi oceno in odredi ponovno ocenjevanje, če pri nadzoru ugotovi kršitev zakonov, drugih predpisov in aktov, ki določajo preverjanje in ocenjevanje znanja,
- prepove izvajanje vzgojno-izobraževalne vsebine, ki ni sestavina predpisanega kurikula,
- prepove izvajanje vzgojno-izobraževalne dejavnosti, če je v nasprotju s pravili in dognanji stroke,
- prepove vrtcu oziroma šoli uporabo nepotrjenih učbenikov,
- prepove zbiranje in porabo prispevkov staršev oziroma študentov višjih strokovnih šol za namene, ki niso v skladu z zakonom, drugimi predpisi ali splošnimi akti,
- odredi vrtcu oziroma šoli vrnitev nezakonito zbranih prispevkov staršev,
- predlaga ravnatelju uvedbo disciplinskega postopka zoper delavca,
- predlaga ravnatelju uvedbo postopka za prenehanje pogodbe o zaposlitvi,
- predlaga ravnatelju razrešitev pomočnika ravnatelja, vodje enote oziroma podružnice,
- predlaga svetu vrtca oziroma šole razrešitev ravnatelja oziroma direktorja, če ne izvaja nalog, ki so predvidene z zakoni, drugimi predpisi ali splošnimi akti,
- predlaga svetu vrtca oziroma šole razrešitev ravnatelja oziroma direktorja, če ne uresniči odločb inšpektorja v odrejenih rokih,
- predlaga pristojnemu organu razveljavitev aktov organov vrtca oziroma šole, ki so v nasprotju z zakoni, drugimi predpisi ali splošnimi akti,
- predlaga pristojnemu ministrstvu izbris vrtca oziroma šole iz razvida izvajalcev javno veljavnih programov,
- seznaniti ustanovitelja z ugotovljenimi kršitvami in s potrebnimi ukrepi za njihovo odpravo,
- uvede postopek zaradi prekrška,
- predlaga druge ukrepe in opravi dejanja, za katera je pooblaščen z zakonom, drugim predpisom ali splošnim aktom,
- odstopi zadevo pristojnemu organu,
- prijavi kaznivo dejanje.

⁹ ZSolI, 14.a, 14.b, 15. in 16. člen.

4. Najpogoste ugotovljene kršitve Inšpektorata RS za šolstvo in šport v letu 2008

Iz Letnega poročila Inšpektorata Republike Slovenije za šolstvo in šport za leto 2008 med drugim izhajajo nekatere najpogostejše pomanjkljivosti in nepravilnosti, ki so se pokazale pri opravljenih inšpekcijskih nadzorih v vrtcih in šolah.

Inšpektorji so v inšpekcijskih postopkih rednega nadzorstva odkrili 289 kršitev, v postopkih preverjanja očitanih kršitev v izrednih nadzorih pa 151, kar je skupaj 440. Poleg tega je bilo na izrednih nadzorih ugotovljenih še 133 novih kršitev, ki niso bile nakazane v pobudah, a so bile ugotovljene pri nadzoru. Skupaj je bilo torej leta 2008 ugotovljenih 573 kršitev, kar je 89 kršitev ali 18 odstotkov več kot leta 2007.¹⁰

Največ pobud, pa tudi ugotovljenih kršitev v izrednih inšpekcijskih nadzorih, je povezanih z uresničevanjem pravic in dolžnosti otrok ter udeležencev izobraževanja (ocenjevanje, vzgojno ukrepanje, nasilno ravnanje, zagotavljanje varnosti itd.). V letu 2008 je bilo na vseh nadzorih skupaj ugotovljenih 192 kršitev pravic otrok in udeležencev izobraževanja. Največ kršitev je bilo ugotovljenih pri ocenjevanju znanja, in sicer v 60 primerih ali v 31-odstotnem deležu, sledi vzgojno ukrepanje s 30 potrjenimi kršitvami ali v 16 odstotnem deležu, varnost je bila kršena v 24 primerih in dopuščanje nasilnega ravnanja je bilo ugotovljeno v 9 primerih oziroma v petih odstotkih. Osem odstotkov kršitev je bilo ugotovljenih pri izvajanju kurikula, obremenitvah udeležencev in onemogočanju predvidenih oblik organiziranja.¹¹

Veliko je ugotovljenih kršitev tudi na področju izpolnjevanja pogojev (statusnih, kadrovskih in materialnih) za opravljanje vzgojno-izobraževalne dejavnosti (npr. posamezni strokovni delavci ne izpolnjujejo pogojev za delo, ker nimajo predpisane izobrazbe, opravljenega strokovnega izpita, pedagoško-andragoške izobrazbe; zavodi nimajo ažurnih vpisov statusnih sprememb v sodni register itd).

Pogoste so tudi kršitve¹²:

- *pri izpolnjevanju standardov in normativov* (npr. v vrtcu je bilo več oddelkov in skupin oblikovanih v nasprotju s standardi in normativi: vrtci niso pridobili soglasja ustanovitelja za povečanje števila otrok v oddelkih; ni bila zagotovljena sočasna prisotnost dveh strokovnih delavcev v oddelku in v predpisanem obsegu; vrtec ne izpolnjuje pogojev, ki jih določajo minimalni tehnični pogoji za prostor in opremo; v osnovnih šolah oddelki podaljšanegega

¹⁰ Letno poročilo Inšpektorata Republike Slovenije za šolstvo in šport za leto 2008, str. 22

¹¹ Prav tam, str. 23.

¹² Prav tam, str. 30–35.

bivanja ter skupine jutranjega varstva niso bili oblikovani skladno z normativi oziroma soglasjem MŠŠ za povečano število učencev v oddelku oziroma v skupini);

- *pri organizaciji vzgojno-izobraževalnega dela* (npr. strokovni aktivni ne delujejo skladno s 64. členom Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja; svet staršev se ne sestaja, ker ni bil konstituiran; šola ni sprejela hišnega reda; šola je dejavnost šole v naravi izvajala v času počitnic in v času pouka prostih dni; šola ima v maturitetni tečaj vpisanih večje število dijakov, kot dopuščajo normativi, in tudi ni pridobila soglasja);
- *pri uresničevanju pravic in obveznosti strokovnih delavcev* (npr. neustrezna in nepedagoška komunikacija nekaterih učiteljev z dijaki oziroma učenci (neprimerno naslavljanje, žalitve, kričanje); nekateri strokovni delavci v šolah niso naredili letne priprave na vzgojno-izobraževalno delo; učitelji se na delo ne pripravljajo vsak dan in ne izpolnjujejo uradne dokumentacije skladno z navodili; nekateri razredniki ne analizirajo učno-vzgojne problematike oddelka in ne sodelujejo s starši pri reševanju težav posameznega učenca);
- *pri vodenju dokumentacije in izdajanje javnih listin* (npr. osebne mape otrok s posebnimi potrebami niso vodene; v vrtcu ne vodijo evidence vpisanih in vključenih otrok; učitelji ne vodijo predpisane dokumentacije o nivojskem pouku; pomanjkljivo je vodena dokumentacija o postopkih vzgojnega ukrepanja in dodeljevanju statusa športnika ali kulturnika; pomanjkljivo so vodeni dnevnik in redovalnice, kronika in matične knjige);
- *pri določanju prispevkov staršev in njihovi namenski porabi* (npr. pogodba o nudenju prehrane učencem ni korektna; šola pobira prispevek staršev za izvajanje podaljšanega bivanja v nasprotju s predpisi; dijaški dom nezakonito pobira prispevke od staršev za čiščenje strehe, sporen najem koles in nepravilno obračunavanje oskrbnin; ugotovljeno je bilo neupravičeno zaračunavanje stroškov materiala za pouk in za uporabo garderobnih omarič);
- *pri opravljanju nalog ravnatelja* (npr. ravnatelj ne načrtuje in ne spremlja strokovnega dela učiteljev in svetovalne službe; ravnatelj je v maturitetno komisijo imenoval učitelja brez ustrezne izobrazbe; ravnatelj ni izvedel postopka za reševanje ugovora; LDN zavoda ni pravočasno pripravljen in ni obravnavan ter sprejet po predpisanem postopku itd);
- *v postopku imenovanja in razrešitve ravnatelja* (npr. neupoštevanje določil akta o ustanovitvi; neustrezna vsebina razpisa v nasprotju s predpisi; neupoštevanje mnenja MŠŠ; svet zavoda ni bil pravilno konstituiran ali ni deloval v polni sestavi; mnenje sveta staršev in mnenje ustanovitelja ni bilo obrazloženo, dijaška skupnost ni podala mnenja itd.).

5. Nekaj primerov iz prakse

Namen navajanja zgolj nekaj primerov iz prakse šolske inšpekcije seveda ni in ne more biti, da bi se bralec seznanil z vso raznolikostjo šolske zakonodaje in s prav vsemi do sedaj ugotovljenimi kršitvami ter s problematiko inšpekcijskih nadzorov; gre le za skromen poskus, ki naj

bralca napelje k razmisleku o približni predstavi o tem, kako naj ukrepa inšpektor, ko rešuje primere domnevnih nepravilnosti in kršitev šolske zakonodaje. Izbor primerov je povsem naključen in zagotovo tudi pomanjkljiv, večinoma pa se skuša avtor omejiti na najosnovnejše informacije.

1. primer: *Uporaba predpisanih učbenikov*

Šola ne uporablja učbenikov, ki jih je potrdil pristojni strokovni svet, temveč je naredila svoj izbor in namesto učbenikov uporablja tudi mesečni revijalni tisk, ki ga morajo kupiti zakoniti zastopniki učencev, kar je kršitev 21. člena Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja (ZOFVI-UPB5, Uradni list RS, št. 16/2007, 36/2008, 58/2009, 64/2009, 65/2009 – v nadaljevanju ZOFVI) ki določa, da se v šolah, ki izvajajo javno veljavne programe, uporabljajo le učbeniki, ki jih potrdi pristojni strokovni svet. Po določbi 2. člena Pravilnika o potrjevanju učbenikov (Uradni list RS, št. 55/2006) je učbenik osnovno učno gradivo za doseganje vzgojno-izobraževalnih ciljev in standardov znanja, opredeljenih v učnem načrtu oziroma katalogu znanja, ki z didaktično – metodično organizacijo vsebin in prirejeno likovno ter grafično opremo podpira poučevanje in učenje. Vsebina in struktura učbenika omogočata samostojno učenje udeležencev izobraževanja in pridobivanje različnih ravni in vrst znanja. Inšpektor glede na določbo 4. točke 14.a člena Zakona o šolski inšpekciji prepove vrtcu oziroma šoli uporabo nepotrjenih učbenikov.

2. primer: *Varnost na notranjih in zunanjih površinah vrtca*

Pri ogledu prostorov vrtca je bilo ugotovljeno, da tehnični pogoji (vrata v igralnicah, na ograji vrtca, na vhodnih vratih v vrtec) ne ustrezajo 11. in 48. členu Pravilnika o normativih in minimalnih tehničnih pogojih za prostor in opremo vrtca (Uradni list RS, št. 73/2000, 75/2005, 33/2008, 123/2008), zaradi česar inšpektor na podlagi 33. člena ZIN izreče opozorilo za odpravo ugotovljenih kršitev in na podlagi 9. točke 14.b člena Zakona o šolski inšpekciji poda predlog ustanoviteljici vrtca, da se takoj loti zagotavljanja varnih pogojev za izvedbo vzgojno-izobraževalnega dela v vrtcu.

3. primer: *Izobraževanje učencev s posebnimi potrebami*

V primeru izobraževanja učencev s posebnimi potrebami, ki so z odločbo Zavoda RS za šolstvo usmerjeni v izobraževalni program s prilagojenim izvajanjem z dodatno strokovno pomočjo, šola ne zagotavlja izvedbe vsebin individualiziranih programov, ne zagotavlja zahtevane predpisane izobrazbe strokovnih delavcev, ki izvajajo dodatno strokovno pomoč, in ne izvaja dodatne strokovne pomoči v predpisanem obsegu, kar predstavlja kršitev 29. in 30. člena Zakona o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami (Uradni list RS, št. 3/2007). Na podlagi ugotovljenega se skladno z določbo 101. člena Zakona o osnovni šoli in Zakonom o prekrških (Uradni list RS, št. 3/2007, 17/2008) zoper pravno in odgovorno osebo uvede postopek o prekršku, stranki pa se odredi odpravo ugotovljenih nepravilnosti.

4. primer: Zbiranje prispevkov staršev

Šola določi prispevke za plačilo uporabe garderobnih omaric ter za stroške fotokopiranja učnega gradiva, ki se uporablja pri pouku. Ugotovljeno predstavlja kršitev 81. člena ZOFVI, ki določa, da se šoli iz sredstev državnega proračuna zagotavljajo sredstva za kritje materialnih stroškov v skladu z normativi in standardi za izvedbo osnovnošolskega izobraževanja, kamor je zajeta tudi nabava potrošnega materiala za pripravo in izvedbo pouka. Predstavlja pa tudi kršitev 83. člena ZOFVI, ki določa vrste prispevkov staršev. Inšpektor na podlagi 14. a člena ZSolI šoli odredi vrnitev nezakonito zbranih prispevkov staršev.

5. primer: Domnevno ločevanje otrok v vrtcu oziroma oblikovanje vrtčevskih oddelkov po nacionalnosti otrok

V vrtcu naj bi razvrščali otroke v skupine (oddelke) glede na njihovo nacionalno pripadnost. Opravljen izredni inšpekcijski nadzor navedb ni potrdil. Vrtci glede na določbo 44. člena Zakona o vrtcih (Uradni list RS, št. 100/05, 25/08 – v nadaljevanju Zvrt) in v povezavi s 5. členom Pravilnika o zbiranju in varstvu osebnih podatkov na področju predšolske vzgoje (Uradni list RS, št. 80/2004) podatka o nacionalnosti otrok in njihovih zakonitih zastopnikov sploh ne morejo zbirati, ker Evidenca vpisanih in vključenih otrok ne predvideva zbiranja podatka o nacionalni pripadnosti otroka, kot tudi ne o nacionalni pripadnosti otrokovih zakonitih zastopnikov. Ta podatek, ki v vrtcu ne obstaja, in ki se nanaša na otroke oziroma njihove starše, bi se lahko skladno z 8. členom Zakona o varstvu osebnih podatkov (ZVOP–UPB 1, Uradni list RS, št. 94/2007) obdeloval le, če bi tako določal zakon (ZVrt ali drug predpis) oziroma če bi v obdelavo osebnih podatkov o nacionalnosti osebno privolili starši otrok. Vrtec takšnih privolitev staršev ni nikoli zbiral niti ni staršev otrok spraševal o njihovem nacionalnem poreklu.

6. primer: Sprejem otrok v vrtec

Sprejem otrok v vrtec je potekal na podlagi Pravilnika o sprejemu otrok v vrtece, ki ni bil sprejel v skladu z 20. členom Zakona o vrtcih, prav tako pa pravilnik ni bil objavljen v uradnem glasilu, kot določa 66. člen Zakona o lokalni samoupravi. Prav tako naj bi bil Pravilnik o sprejemu otrok v vrtec v nasprotju z Zakonom o uresničevanju načela enakega obravnavanja, saj pravilnik med drugim določa, da imajo pri sprejemu v vrtec prednost starejši otroci, zaradi česar so mlajši otroci postavljeni v diskriminatorni položaj. Ugotovljeno je bilo, da je Pravilnik o sprejemu otrok, ki je bil pravna podlaga za sprejem otrok v vrtec, sprejel nepristojen organ, in sicer svet vrtca po predhodnem soglasju občine ustanoviteljice, namesto da bi omenjeni pravilnik, kot to določa tretji odstavek 20. člena ZVrt, sprejela občina ustanoviteljica. Akt, s katerim občina sprejme kriterije za sprejem v vrtec, pa je predpis občine, ki mora biti objavljen v uradnem glasilu občine, kot to določa 66. člen Zakona o lokalni samoupravi. Odrejena je odprava nezakonitega stanja in sprejem pravilnika po postopku, kot določa veljavna zakonodaja. Nekaterim staršem so bile že izdane odločbe na podlagi spornega pravilnika, prav

tako pa tudi odločbe o zavrnitvi sprejema otrok v vrtec. Posamezni starši so zoper odločbe o zavrnitvi vložili tožbe na Upravnem sodišču, ki bo odločalo o nastalem pravnem položaju, saj je za odločanje o razveljavitvi oziroma odpravi upravnih aktov pristojno Upravno sodišče. Po mnenju Varuhinje človekovih pravic pa v danem primeru, ko imajo pri vpisu v vrtec prednost starejši otroci, ne gre za takšno razlikovanje, da bi ga lahko ocenili kot diskriminacijo. Ta ukrep namreč skuša zagotoviti prednost tistim otrokom, ki so zaradi svoje starosti bližje začetku vključevanja v obvezni osnovnošolski izobraževalni model. Gre za razumen ukrep, namenjen predvsem izobraževalni politiki, ki skuša zagotoviti večjo pripravljenost otrok na učinkovito vključitev v izobraževanje ob socializaciji z vrstniki. Mlajši otroci teh potreb še nimajo tako izraženih, pač pa bi njihovi starši potrebovali več podpore pri varstvu otroka, da bi lahko uskladili družinsko življenje z delovnimi obveznostmi.

7. primer: *Izobešanje zastave RS v šoli*

Na območju šole ni izobešena zastava Republike Slovenije, kar pa je v nasprotju s 6. alineo 2. člena Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja, ki določa, da imajo vzgojno-izobraževalni zavodi stalno izobešeno zastavo Republike Slovenije, in tudi v nasprotju z Uredbo o izobešanju zastave Republike Slovenije v osnovnih in srednjih šolah (Uradni list RS, št. 47/2008) ter Zakonom o grbu, zastavi in himni Republike Slovenije ter o slovenski narodni zastavi (Uradni list RS, št. 67/1994). Z opisanim ravnanjem sta pravna in odgovorna oseba storili prekršek, saj Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja v tretjem odstavku 136.a člena (globe za prekrške) določa, da se z globo 1.000 evrov kaznuje za prekršek pravna oseba, če vzgojno-izobraževalni zavod ne izobesi zastave na predpisan način, z globo 500 evrov pa se kaznuje tudi odgovorna oseba pravne osebe, ki stori navedeni prekršek.

8. primer: *Postopek imenovanja ravnatelja*

V postopku imenovanja ravnatelja šole je bilo storjenih več nepravilnosti. V postopek imenovanja ravnatelja se je vmešala zakonska partnerica kandidata za ravnatelja, ki je kot učiteljica zaposlena na šoli in ki v postopku ne sodeluje, a je kljub temu klicala dijakinjo – predsednico skupnosti dijakov, – in od nje zahtevala prihod v šolo in novo mnenje o kandidatih, čeprav je bilo prvotno mnenje o kandidatih za ravnatelja s strani dijaške skupnosti že izdelano. Ugotovljene so še druge napake, nepravilnosti in malomarnosti posameznih strokovnih delavcev šole, posledično so bile kršene pravice predstavnikov dijakov v skupnosti dijakov, ki so podajali mnenje o kandidatih za ravnatelja šole. Ravnatelju šole se kot varuhu dijakovih pravic odredi, da mora zagotoviti, da strokovni delavci šole ne bodo več zunaj časa pouka in v prostem času dijakov zaradi uveljavljanja svojih osebnih interesov ali interesov ravnatelja šole nedopustno posegali v pravico dijakov do zasebnosti. Na podlagi 1. točke 14.b člena ZSolI se ravnatelju šole zaradi neopravljanja delovnih obveznosti iz 119. člena ZOFVI in zaradi kršitve 8. in 10. alinee prvega odstavka 2. člena Pravilnika o šolskem redu v srednjih

šolah (Uradni list RS, št. 43/2007), po kateri imajo dijaki pravico do varnega in vzpodbudnega delovnega okolja in pravico, da se nad njimi ne vrši neopravičen in neutemeljen psihični pritisk, poda predlog za uvedbo dveh disciplinskih postopkov zoper delavko šole. Zaradi napak v postopku imenovanja ravnatelja svet zavoda na predlog inšpektorja sprejme odločitev, da se že uveden postopek imenovanja ravnatelja/-ice zaključi oziroma ustavi in se postopek javnega razpisa za delovno mesto ravnatelja ponovi.

9. primer: *Zaradi prostorske stiske poteka javno-veljavni program osnovne šole v prostorih župnišča*

En oddelek podružnične šole izvaja pouk v prostorih krajevnega župnišča. Ob ogledu prostorov in z zbiranjem obvestil se ugotovi, da so učenci, ki obiskujejo pouk javno veljavnega programa OŠ, pri pouku izpostavljeni verskim simbolom. Glede na to, da 72. člen ZOFVI (avtonomija šolskega prostora) predvideva, da se konfesionalna dejavnost izjemoma lahko opravlja v javnem vrtcu oziroma v šoli (ne pa tudi obratno, da šola izvaja javno veljavni program v stavbi verske skupnosti, ki je tudi označena (opremljena) z verskimi simboli), se je pojavilo več vprašanj, ki presegajo pristojnosti šolske inšpekcije. Ministrstvo za šolstvo in šport nima pravne podlage za izdajo soglasja za izvajanje pouka izven šolskih prostorov, tudi ne za primere, ko se izvaja pouk osnovne šole v veroučni učilnici župnišča. Na podlagi 82. člena ZOFVI je lokalna skupnost tista, ki je med drugim zadolžena za zagotavljanje sredstev za plačilo stroškov za uporabo prostora in opreme za osnovne šole, za investicije in za investicijsko vzdrževanje nepremičnin in opreme. V pristojnosti lokalne skupnosti je tudi odločitev, na katerih lokacijah bo potekal pouk, če se ta ne izvaja zgolj v šolskih prostorih. Ustava Republike Slovenije (URS, Uradni list RS, št. 33I/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04 in 68/06) ureja odnose med državo in cerkvijo in pri tem izhaja iz načela laičnosti države. Ustava v 7. členu določa, da so država in verske skupnosti ločene. V postopku za oceno ustavnosti je o avtonomiji šolskega prostora (72. člen ZOFVI) odločalo tudi Ustavno sodišče (Odločba št. U-I-68/98 z dne 22. 11. 2001). V prostoru, kjer poteka pouk in druge oblike vzgojno-izobraževalne dejavnosti javne osnovne šole, ne smejo biti izobešeni ali postavljeni verski simboli oziroma oblička katerekoli veroizpovedi.

10. primer: *Sodelovanje učencev osnovne šole pri organiziranem protestu ravnateljice šole zoper zazidalni načrt občine*

Šola oziroma ravnateljica šole organizira protestni shod, ki nima neposredne zveze z vzgojno-izobraževalnim procesom, saj je organiziran za podporo sprejetju predlaganega zazidalnega načrta občine. Na shodu, ki je potekal na šolskem vrtu, ki je del šolskega prostora, so bili otroci s strani novinarjev tudi fotografirani, fotografije pa so bile tudi objavljene v medijih.

Ravnateljica meni, da predlagani zazidalni načrti občine pomeni preživetje šole kot samostojnega zavoda, saj število učencev vztrajno pada, zato je nujno potrebno mladim družinam

ponuditi možnost, da zgradijo hiše v tem kraju. Ker je bil dan protestnega shoda tudi zadnji dan za vložitev pripomb na prostorski plan, je ravnateljica zaradi zagotovitve večjega števila udeležencev shoda prestavila termin roditeljskega sestanka z namenom, da bi bili starši seznanjeni z vsebino in namenom shoda. Protestni shod je bil načrtovan na dan roditeljskega sestanka tudi zato, da bi se starši protestno sprehodili mimo hiš stanovalcev ob šoli, ki zahtevajo, da se zazidljivo zemljišče spremeni v kmetijsko zemljišče. Na samem shodu so peticijo podpisovali tudi otroci, učenci šole, vendar kasneje ravnateljica podpisov otrok ni upoštevala. V podporo sprejetju razgrnjenega prostorskega plana občine ravnateljica po shodu tudi predlaga zbiranje podpisov peticije na Svetu staršev in na Svetu šole.

Odpira se vprašanje, ali šola, ki sicer mora spodbujati učence k oblikovanju lastnih stališč, s tem ravnanjem ni nedopustno posegla v indoktrinacijo učencev z ustvarjanjem nekega mnenja o zadevi, ki ni neposredno povezana z vzgojno-izobraževalnim delom. Vprašanje je tudi, ali je takšno zbiranje in združevanje, v katerega vodstvo šole vključilo tudi učence, vzgojno upravičeno, navsezadnje pa tudi, ali je bila udeležba učencev »prostovoljna« ter ali so starši mladoletnih učencev pred shodom privolili v to obliko združevanja. Vprašanje je, ali je udeležba učencev na protestu potekala v času pouka ali po pouku. Sklepiti je, da vodstvo šole na shodu ni zagotovilo enakopravnosti med različnimi prepričanji ter je kršilo zapoved nevtralnosti šolskega prostora s tem, ko je napeljevalo učence k udeležbi na demonstrativnem shodu v podporo občinskemu zazidalnemu načrtu.

6. Sklep

Država sprejema obvezujoče predpise in mora kot suvereni subjekt oblasti poskrbeti tudi za njihovo dosledno izvajanje. Nikomur ne služijo predpisi, ki so zgolj na papirju, njihov učinek pa ni viden v praksi. Inšpekcijski nadzor kot ena ključnih funkcij javne uprave zagotavlja nadzor nad izvrševanjem predpisov ter nudi tudi povratne informacije upravi. V našem primeru predvsem Ministrstvu za šolstvo in šport, da se seznanijo z učinki sprejetih predpisov ter oblikuje ustrezne spremembe in ukrepe. Nadzorno funkcijo kot del izvršilnih nalog z delovnega področja šolskega ministrstva pa izvaja Inšpektorat RS za šolstvo in šport kot državna inšpekcijska služba in organ v sestavi navedenega ministrstva.

Nadzor na področju šolstva je potreben predvsem zato, da se zagotovi spoštovanje zakonitosti in s tem zaščita pravic predšolskih otrok, učencev, vajencev, dijakov, študentov in udeležencev izobraževanja odraslih ter strokovnih delavcev.

Literatura

- Androjna, V. in Kerševan, E. (2006). Upravno procesno pravo. Zbirka Pravna obzorja (31), GV Založba.
- Bizjak, D (2009): Zakon o inšpekcijskem nadzoru – Učno gradivo za udeležence priprav na strokovni izpit za inšpektorja. Ministrstvo za javno upravo, Direktorat za organizacijo in kadre, Sektor za usposabljanje in strokovne izpite javnih uslužbencev.
- Bizjak, D. (2008): Organiziranost državnih inšpekcijskih služb, Pravna praksa, št. 23/2008, str. 13.
- Inšpektorat Republike Slovenije za šolstvo in šport (april 2009): Letno poročilo Inšpektorata Republike Slovenije za šolstvo in šport za leto 2008. Ljubljana: Inšpektorat RS za šolstvo in šport.
- Vladno gradivo Ministrstva za javno upravo »Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o inšpekcijskem nadzoru – redni postopek – predlog za obravnavo«, št. 007-662/2006/74 z dne 28. 12. 2006.

Pravni predpisi

- Zakon o inšpekcijskem nadzoru (ZIN-UPB1), Uradni list RS, št. 43/2007.
- Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP-UPB2), Uradni list RS, št. 24/2006, 105/2006, 126/2007 in 65/2008).
- Zakon o šolski inšpekciji (ZSoII-UPB1), Uradni list RS, št. 114/2005.
- Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja (ZOFVI-UPB5), Uradni list RS, št. 16/2007, 36/2008, 58/2009, 64/2009, 65/2009.
- Zakon o vrtcih (Zvrt), Uradni list RS, št. 100/2005, 25/2008).
- Zakon o osnovni šoli (ZOsn-UPB3), Uradni list RS, št. 81/2006, 102/2007.
- Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami ((ZUOPP-UPB1), Uradni list RS, št. 3/2007.
- Zakon o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-UPB 1), Uradni list RS, št. 94/200.
- Zakon o prekrških (ZP-1-UPB4), Uradni list RS, št. 3/2007, 17/2008.
- Poslovnik inšpekcijskega sveta.

Sodna odločba

- Odločba Ustavnega sodišča RS št. U-I-68/98 z dne 22. 11. 2001 (Uradni list RS, št. 101/01).

Izvirni znanstveni članek
UDK 342.733-053.2:[347.635+37.014.5]

Zagovornik otrokovih pravic na področju šolskega prava

TANJA SUŠA,
Inšpektorat RS za šolstvo in šport

1. Uvod in opredelitev pojma zagovornika

Konvencija ZN o otrokovih pravicah¹ že v 3. členu določa, da morajo biti pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki, ne glede na to, ali jih vodijo državne ali zasebne ustanove za socialno varstvo, sodišča, upravni organi ali zakonodajna telesa, otrokove koristi glavno vodilo.

Načelo koristi otroka je torej načelo, ki je glavno vodilo pri vseh dejavnostih in vseh postopkih, ki bi lahko tako ali drugače vplivali na otrokovo življenje. Gre torej za zelo široko pojmovanje, ki obsega ne le uradne (upravne sodne in druge) postopke, temveč tudi aktivnosti in dogajanje zunaj teh postopkov. Namen načela je, da se upošteva otrokove koristi v vseh razmerjih in situacijah, v katerih je otrok udeležen ali prizadet, ne glede na to, ali je to v normi, ki razmerje ali položaj ureja, posebej navedeno.² Široka uporaba načela koristi otroka se kaže tudi v tem, da ne zavezuje zgolj staršev, temveč terja spoštovanje otrokovih pravic od vseh subjektov (pravnih in fizičnih), ki so v kakršnikoli zvezi z otrokom. Otrokove pravice učinkujejo *erga omnes* (v odnosu do vseh) in imajo tako absoluten značaj.

Po slovenski Ustavi uživajo otroci posebno varstvo in skrb,³ kar državo obvezuje, da z ustreznimi ukrepi zagotovi uveljavljanje njihovih pravic. Prav tako je v številnih mednarodnih aktih

¹ Uradni list SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 15/90. Sprejela jo je Generalna skupščina Združenih narodov z resolucijo št. 44/25 z dne 20. novembra 1989. Veljati je začela 2. septembra 1990 v skladu z 49. členom. KOP je nekdanja SFRJ ratificirala in objavila, Republika Slovenija pa se je z aktom o potrditvi nasledstva izrekla za pravno naslednico te konvencije.

² Zupančič K., Novak B., Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih s pojasnili, Uradni list RS, 2004, str. 19.

³ Uradni list RS, št. 33/1991-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 56. člen.

otrokova korist izpostavljena tudi v obliki instituta zagovornika. V ospredje postopkov, ki zadevajo otroka, mora država po Konvenciji ZN o otrokovih pravicah in Evropski konvenciji o uresničevanju otrokovih pravic⁴ postaviti otrokov interes, ga upoštevati in otroka obravnavati kot samostojnega nosilca pravic ter s tem okrepiti njegov položaj v postopku. Bistvo instituta zagovornika otroka naj bi bila predvsem pomoč otrokom, da aktivno sodelujejo v zadevah, ki neposredno ali posredno vplivajo na njihovo življenje, hkrati pa jih ščiti pred zlorabo in slabo prakso.

Omenjene zahteve vseh konvencij upošteva tudi predlog novega Družinskega zakonika.⁵ Ta je za izboljšanje položaja otroka v aktivnostih in postopkih, ki tečejo v zvezi z njim in ga neposredno zadevajo, predvidel uvedbo instituta zagovornika otroka, ki bo poskrbel za to, da se bo v teh postopkih in aktivnostih slišal tudi njegov glas ter da ne bo objekt oziroma orožje v različnih sporih, temveč najpomembnejši subjekt, katerega koristim bo podrejeno vodenje in odločanje v vseh postopkih in aktivnostih, ki ga zadevajo.

2. Institut zagovornika v skladu z določili Zakona o splošnem upravnem postopku

2.1. Uporaba upravnega postopka pri odločanju v vzgojno-izobraževalnih zavodih

Upravni organ mora kot izvajalec javne službe (to je lahko javni zavod ali oseba zasebnega prava) postopati po določilih Zakona o splošnem upravnem postopku⁶ (v nadaljevanju: ZUP) kot to določa zakon v 3. in 4. členu. Izpolnjeni pa morajo biti pogoji po 2. členu ZUP, ki pravi, da je upravna zadeva odločanje o **pravici, obveznosti ali pravni koristi** fizične ali pravne osebe oziroma druge stranke na področju upravnega prava. Iz tega torej sledi, da organi, npr. osnovna šola ali univerza, vrtec ali javni sklad v sklopu šole, fakulteta ali dijaški dom, uporabljajo ZUP pri izvajanju javne službe zgolj takrat, kadar ta zakon v javnem okviru odloča o pravicah in obveznostih uporabnikov javne službe (učencev, dijakov, študentov, pedagoških uslužbencev itd.).⁷

Polonca Kovač v svojem članku, ki govori o uporabi ZUP v šolstvu, med drugim navaja, da je treba razlikovati med smiselno in podrejeno (subsidiarno) rabo ZUP, pri čemer subsidiarna

⁴ Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 26/99 – v nadaljevanju EKUOP.

⁵ Predlog novega Družinskega zakonika, sprejet s strani Ministrstva za delo, družino in socialne zadeve, je sedaj v fazi medresorskega usklajevanja.

⁶ Uradni list RS, št. 24/06 – UPB2, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, v nadaljevanju: ZUP.

⁷ Kovač P., O rabi ZUP v šolstvu, Pravna praksa, št. 42/2008, stran 12.

uporaba ni problematična. Predvideva namreč, da mora organ⁸ v tem primeru upoštevati vse določbe ZUP, ki glede istega vprašanja niso urejene s posebnim zakonom oziroma aktom na podlagi področnega zakona. V skladu z omenjenim je Zakon o osnovni šoli⁹ (v nadaljevanju: ZOsn) v 60.a členu tudi določil, kje vse se uporabljajo določbe ZUP, kadar gre za odločanje o pravicah in dolžnostih učenca (kot npr. postopki v zvezi z vpisom, prestopom, prešolanjem, odložitvijo šolanja, postopki v zvezi z dodelitvijo sredstev učencem, ki zaradi socialnega položaja ne morejo v celoti plačati prispevkov za materialne stroške raznih programov šole, itd.).

Uvajanje ZUP v šolstvo je običajno odziv na prakse, ko se o pravicah in obveznostih odloča brez kakršnegakoli varstva apriorno šibkejših strank, v razmerju do oblastnega izvajalca javne službe. Tu bi lahko prišlo celo do posega v ustavne pravice posameznika brez odločitve po ustreznem postopku oz. v vsaj nekim formalnim aktom, ki omogoči obrambo (učenca se na primer z ustno odredbo učitelja po pouku za eno uro zadrži v knjižnici, da ne more domov, kot kazen, ker je hodil po sveže pomitem šolskem hodniku z blatnimi čevlji). Da ne bi prihajalo do takih skrajnosti in zaradi pravne varnosti bi bilo smiselno, da bi odločanje, ki med drugim izhaja iz ZOsn, opredelili kot formalno upravno zadevo.¹⁰

Nedoločen pa je predvsem pojem smiselne uporabe ZUP, zato lahko le na konkretnih primerih ugotovljamo, katera načela in pravila bi sodila v minimalni nabor nujno upoštevanih norm. Med temi načeli in pravili Polonca Kovač izpostavlja predvsem naslednja: načelo zakonitosti, vključno z nepristranskimi uradnimi osebami oziroma izključitvijo potencialno neobjektivnih oseb, pravilo glede postopka z nepopolno vlogo, po katerem je treba vložnika pozvati k dopolnitvi, preden se njegova vloga zavrže, če manjkajočega ne dopolni v danem roku, **načelo zaslišanja stranke kot pravica stranke, da se še pred odločitvijo izjavi (neposredno ali preko svojega zagovornika)**. Poleg tega je pomembno, da ima vsaka oblastna odločitev, čeprav ni v obliki odločbe, ampak neprocesnega sklepa ali celo dopisa, obrazložitev, ki omogoča pravno varstvo naslovniku ter pravico do pritožbe. Dejstvo je, da se v upravnem sporu pojavljajo vedno novi primeri, ki jih opredeljuje tudi praksa Evropskega sodišča za človekove pravice. To sodišče poudarja poleg navedenega tudi **pravico stranke do zastopnika**, vpogleda v (lastni) spis, uporabe jezika in nujnost sodnega nadzora nad (ne)zakonitostjo aktov uprave.¹¹

⁸ Organ je v sklopu tega prispevka mišljen kot osnovna šola ali univerza, vrtec ali javni sklad v sklopu šole, fakulteta ali dijaški dom. Uporaba ZUP pri izvajanju javne službe takega organa je primerna zgolj tedaj, če v javnem okviru odloča o pravicah in obveznostih uporabnikov javne službe (učencev, dijakov, študentov, pedagoških uslužbencev itd.), kot je navedeno.

⁹ ZOsn-UPB3, Uradni list RS, št. 81/06 – UPB3, 102/2007.

¹⁰ Povzeto po: Kovač P., O rabi ZUP v šolstvu, Pravna praksa, št. 42/2008, stran 13.

¹¹ Kovač P., O rabi ZUP v šolstvu, Pravna praksa, št. 42/2008, stran 12.

V tem delu je za nas, z vidika načela interesa otroka, pomembna predvsem **pravica otroka, kot stranke v upravnem postopku, do zagovornika oziroma zastopnika njegovih pravic**. Pooblastilo za odločanje o pravicah, obveznostih ali odgovornosti daje posameznim organom vzgojno-izobraževalnih zavodov že sam Zakon o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja¹² (v nadaljevanju: ZOFVI) kot krovni zakon za to področje in drugi področni zakoni za posamezne ravni vzgoje oziroma izobraževanja. Na podlagi 4. in 16. alineje prvega odstavka 49. člena ZOFVI odloča o uresničevanju pravic udeležencev izobraževanja in o vzgojnih ukrepih ravnatelj, prav tako pa tudi pomočnik ravnatelja na podlagi 3. odstavka istega člena. Prav tako pa določbe 61., 61.a, 62. in 63. člena ZOFVI dajejo pooblastila za odločanje o navedenih zadevah tudi vzgojiteljskemu, učiteljskemu oziroma predavateljskemu zboru, programskemu učiteljskemu zboru, oddelčnemu učiteljskemu zboru in razredniku. Vsi ti organi odločajo o pravicah in obveznostih oziroma odgovornostih v vzgoji in izobraževanju na prvi stopnji. Kot drugostopenjski organ pa je v skladu z 48. členom ZOFVI opredeljen svet vzgojno-izobraževalnega zavoda, ki odloča o pritožbah v zvezi s statusom vajenca, dijaka oziroma študenta ter odraslega in o pritožbah staršev v zvezi z vzgojnim in izobraževalnim delom v vrtcu oziroma v šoli.

Področni zakoni in podzakonski akti (npr. Pravilnik o šolskem redu v srednjih šolah, v nadaljevanju: Pravilnik o šolskem redu)¹³ deloma natančneje opredeljujejo primere, ko posamezni organi zavoda odločajo o konkretnih pravicah udeležencev vzgoje oziroma izobraževanja. Dejstvo je, da pravilniki nimajo natančno opredeljenih postopkov, posamezne določbe so nejasne, saj so vzete iz konteksta pravnega ali upravnega postopka, v nekaterih delih so si določbe v zvezi s postopkom tudi med seboj nasprotujoče.¹⁴ Tako npr. v Pravilniku o šolskem redu ni opredeljeno, kako naj pristojni organi šole (razrednik, učiteljski zbor) ugotovijo dejansko stanje pred izrekom samega ukrepa, prav tako ni natančno opredeljena dijakova pravica do zastopanja.¹⁵ Nekateri avtorji menijo, da postopki, opredeljeni v pravilnikih, s svojimi določili ne zadoščajo načelu zakonitosti, načelu materialne resnice, načelu zaslišanja strank ter pravici do zastopanja po zakonitem zastopniku za mladoletnega učenca oz. dijaka.¹⁶

Zaradi takšne pomanjkljive ureditve predpisov na tem področju je še bolj pomembno, da se za varovanje otrokovega interesa le-temu postavi zagovornika v vseh postopkih, kjer se odloča o njegovih pravicah in obveznostih. Upravni postopek je namreč ena od temeljnih oblik

¹² Uradni list RS, št. 16/07 – UPB5, 36/08, 58/09, 64/09, 65/09.

¹³ Uradni list RS, št. 43/07.

¹⁴ Cit. po Bauman-Gašperin J., Upravni postopek: Uporaba ZUP v postopkih pred organi vzgojno-izobraževalnih zavodov, Pravna praksa, št. 13/2001, stran 18.

¹⁵ Več o omenjenem Pravilniku o šolskem redu v srednjih šolah v nadaljevanju.

¹⁶ Npr. Kovač P., Bauman – Gašperin J., ki v teh primerih omenjata možnost smiselne uporabe ZUP.

varstva pravic posameznikov v razmerju do uprave in pot, ki naj omogoči prehod abstraktne pravne norme v dejansko življenjsko situacijo, kar v končni fazi pomeni neposredno uveljavitev pravice posameznika.¹⁷ Odločanje o pravicah in obveznostih posameznih naslovnikov norm v formi upravnega postopka je izraz spoštovanja Ustave RS (zlasti so pomembni 1. člen, o demokratični državi, 3. člen, o delitvi oblasti, 25. člen, o pravici do učinkovitega pravnega sredstva, 120. in 153. člen, o zakonitosti dela uprave, itd.). Tako je uvajanje rabe ZUP v šolstvu in drugod odziv na sedanjo prakso, da se o pravicah in obveznostih ne bi odločalo brez kakršnegakoli varstva apriorno šibkejših strank v razmerju do oblastnega izvajalca javne službe. Eden temeljnih ciljev upravnega postopka je zavarovanje šibkejše stranke, torej tistega, ki uveljavlja svojo pravico oz. se mu nalaga določena obveznost. Tako je z uvedbo upravnega postopka v šolah učencem olajšano uveljavljanje pravic oz. zavarovanje njihovega interesa, prav tako pa jim je omogočeno učinkovito pravno varstvo zoper odločitve s pritožbo na pritožbeno komisijo¹⁸ in možnost sodnega varstva v upravnem sporu. Namen in prednost uvedbe upravnega postopka in prav tako instituta zagovornika v odločanje v vzgojno-izobraževalnih zavodih je zagotovitev učinkovitejšega varovanja pravic učencev in preprečitev samovoljnih odločitev šolskih organov. To bi gotovo zagotovilo kakovostnejše odločitve izvajalcev javne službe v razmerju do uporabnikov javne službe (učencev, dijakov itd.).

2.2. Uvedba instituta zagovornika pri odločanju v vzgojno-izobraževalnih zavodih

V duhu omenjenega cilja, zavarovanja šibkejše stranke v upravnem postopku, je treba določbe o posebnem zagovorniku otrokovih pravic na področju šolskega prava vključiti v krovne zakone (to so ZOFVI, ZOsn, Zakon o poklicnem in strokovnem izobraževanju,¹⁹ Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami²⁰ itd.). V te zakone je treba vključiti tudi vsebino nekaterih pravilnikov (npr. Pravilnik o šolskem redu,²¹ Pravilnik o postopku usmerjanja otrok s posebnimi potrebami), ki v nasprotju s 87. členom ustave urejajo zakonsko materijo.²²

¹⁷ Androjna V.: Upravni postopek in upravni spor, Uradni list RS, Ljubljana 1992, strani 13, 14.

¹⁸ Pritožbena komisija je kot drugostopenjski organ opredeljena v 46. členu ZOFVI, in sicer kot svet javnega vrtca oz. šole. Tega sestavljajo trije predstavniki ustanovitelja, pet predstavnikov delavcev in trije predstavniki staršev. Pristojnosti sveta so opredeljene v 48. členu ZOFVI.

¹⁹ ZPSI-1, Uradni list RS št. 79/06.

²⁰ ZUOPP, Uradni list RS, št. 3/07.

²¹ Zanimivo je, da Pravilnik o šolskem redu omenja tudi razrednika, ki je kot nekakšen zagovornik otrokovih pravic navzoč pri zagovoru dijaka, kadar gre za možnost izključitve dijaka. Vendar pa institut takega zagovornika ni opredeljen v nobenem od krovnih zakonov na področju šolskega prava.

²² 87. člen Ustave RS določa, da lahko pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb državni zbor določa samo z zakonom.

Uvedbo zagovornika otrokovih pravic na področje šolskega prava v skladu z določili ZUP lahko razložimo tudi z razlagalnim *argumentum a fortiori*. Gre za način razlage normativnega pravnega akta glede na namen, ki je metodične narave.²³ *Argumentum a fortiori* je razlagalni argument, s pomočjo katerega ugotavljamo, da pravna posledica, ki se navezuje na določeno primarno ali sekundarno hipotezo, velja tem bolj v primeru, ki ima še v večji kakovosti (še bolj poudarjeno) lastnosti, ki so pogoj za pravno posledico, kot neposredno pravno (normativno) urejeni primer. *Argumentum a fortiori* vključuje argument, ki se imenuje *argumentum a maiori ad minus* (sklepanje od večjega k manjšemu). Gre za razlagalni argument, ki pravi, da za tistega, ki mu gre več (večja kakovost), velja tudi manj (manjša kakovost).²⁴ Če torej v postopkih vzgojno-izobraževalnih zavodov velja, da je šola kot izvajalec javne službe dolžna odločati po ZUP o pravicah in obveznostih uporabnikov javne službe (učencev, dijakov), kot je to že splošno sprejeto v pravni praksi in teoriji, potem je toliko bolj upravičeno, da velja uvedba zagovornika otrokovih pravic v postopke šolskega prava, saj je zastopnik poslovno nesposobne osebe opredeljen že v samih določilih ZUP. Konkretno določbe ZUP, ki opredeljujejo zakonitega zastopnika, so opredeljene v 46, 47. in 49. členu ZUP. 47. člen ZUP izrecno nalaga, da stranko, ki nima procesne sposobnosti, zastopa njen zakoniti zastopnik.²⁵ ZUP v 49. členu navaja, da mora organ med postopkom ves čas po uradni dolžnosti paziti na to, ali je tisti, ki nastopa kot stranka, lahko stranka v postopku, in ali zastopa procesno nesposobno stranko njen zakoniti zastopnik. Iz navedenih določb ZUP je razvidna potreba po zastopanju mladoletne osebe v upravnem postopku (po katerem so dolžni ravnati vzgojno-izobraževalni zavodi). Problem se pojavi, kadar pride do nasprotovanja med interesi zakonitih zastopnikov in interesi otroka. Menim, da bi bilo v tem primeru smiselno upoštevati določilo drugega odstavka 51. člena ZUP, ki določa, da organ postavi stranki začasnega zastopnika tudi v primeru, ko si koristi stranke in njenega zakonitega zastopnika nasprotujejo.²⁶

²³ Namen razlage je usmerjen k obrazložitvi, katera pravna pravila zakon zajema, ter v čem sta vsebina in pomen teh pravnih pravil. Več o tej temi Pavčnik M., Teorija prava, Cankarjeva založba, 1999, stran 367.

²⁴ Pavčnik M., Teorija prava, Cankarjeva založba, 1999, stran 401.

²⁵ ZUP v komentarju navaja, da naše pravo v celoti odreja poslovno sposobnost mladoletnikom do dopolnjenega 15. leta starosti, kot tudi polnoletnim osebam, ki zaradi različnih razlogov niso sposobne skrbeti same zase. ZUP tu odkazuje na določila Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZZR-UPB1, Uradni list št. 69/2004, v nadaljevanju: ZZZZDR), in sicer navaja, da mladoletnika zastopajo starši (107. člen ZZZZDR) oz. samo tisti od staršev, ki izvršuje roditeljsko pravico, v katero spada tudi zakonito zastopanje (114. in 115. ZZZZDR).

²⁶ Tu se pojavlja tudi vprašanje smiselne uporabe ZZZZDR. Ta namreč v 213. členu določa postavitev posebnega skrbnika, to je kolizijskega skrbnika. Tako ZZZZDR v prvem odstavku 213. člena določa, da se poseben skrbnik postavi mladoletniku, nad katerim izvršujejo starši roditeljske pravice, v primeru spora med njim in starši, za sklenitev posameznih pravnih opravil med njimi, ter v drugih primerih, če so njihove koristi v navzkrižju. Drugi odstavek 213. člena ZZZZDR pa določa, da se varovancu postavi poseben skrbnik v primeru spora med njim in skrbnikom, za sklenitev pravnih opravil med njima, kot tudi v primerih, ko so njune koristi

Odločanje v naštetih šolskih postopkih je namreč enostransko avtoritarno odločanje o pravicah oz. dolžnostih učenca. Učenec ima pri tem položaj šibkejše stranke, zato še vedno potrebuje posebnega zastopnika, ki je v tem konkretnem primeru zagovornik otrokovih pravic (še posebej takrat, ko so starši v zvezi z opravljanjem svoje starševske dolžnosti zastopanja otroka opustili to dolžnost).

3. Predstavitev konkretnih primerov varovanja interesa otroka v praksi šolskih postopkov

Iz prakse postopkov pred organi vzgojno-izobraževalnih zavodov ter postopkov Inšpektorata RS za šolstvo in šport (v nadaljevanju: Inšpektorata) je razvidno, da bi uvedba instituta zagovornika pripomogla k večjemu udeležanju pravic otroka (učenca oziroma dijaka) v postopku. Prav tako bi vloga zagovornika otroka pomembno prispevala k ozaveščanju staršev in izvajalcev javnih služb, ki se pri delu vsakodnevno srečujejo s konkretnimi primeri, v katerih morajo postopati v skladu s koristjo otroka.

Prvi primer²⁷ se nanaša na neobiskovanje pouka šoloobveznih otrok. Zakon o osnovni šoli (v nadaljevanju: ZOsn) v 4. členu določa, da morajo starši, skrbniki in druge osebe, pri katerih je otrok v oskrbi (v nadaljnjem besedilu: starši) zagotoviti, da njihov otrok izpolni osnovnošolsko obveznost. V poglavju, ki govori o pravicah in dolžnostih učencev v osnovni šoli, pa je v 50. členu ZOsn opredeljeno, da ima učenec pravico obiskovati pouk oz. se udeleževati drugih dejavnosti, ki jih organizira šola. Člen tudi navaja, da mora učenec redno obiskovati pouk v okviru obveznega programa in izpolnjevati obveznosti in naloge, določene z akti osnovne šole. V 102. členu ZOsn je predpisana globa za prekrške staršev, katerih otrok ne obiskuje pouka in drugih dejavnosti v okviru obveznega programa osnovne šole iz neopravičljivih razlogov. V konkretnih primerih neobiskovanje pouka je dolžnost šole, da dokaže, da je storila vse, kar je potrebno, da bi šoloobvezen otrok prišel v šolo. V skladu s 53. členom ZOsn mora šola obvestiti starše o izostanku učenca in jih pozvati, naj izostanek pojasnijo (če starši vzroka niso sporočili sami v petih delovnih dneh od prvega dne izostanka). Če starši vzroka izostanka ne pojasnijo, otrok pa še naprej izostaja od pouka, lahko šola poda predlog za uvedbo prekrškovnega postopka na Inšpektorat RS za šolstvo in šport (v nadaljevanju: Inšpektorat). Predlog mora med drugim vsebovati podatke o kršitelju prekrška, opis prekrška in navedbo dejstev oziroma dokazov, ki kažejo na sum storitve prekrška. Ti dokazi so v konkretnem primeru ne-

v navzkrižju. V delu postavitve posebnega skrbnika oziroma kolizijskega skrbnika otroku se pokaže prepletanje družinskopravne in šolske zakonodaje.

²⁷ Glej Inšpektorat RS za šolstvo in šport, Poročilo o opravljenih aktivnostih Sektorja za šolstvo 2009, Ljubljana 2009, str. 3.

obiskovanja pouka: obvestilo o izostankih učenca, ki je bilo posredovano staršem, fotokopije izostankov iz dnevnika otroka, poročilo o govorilnih urah, izjava pedagoginje o sodelovanju s pristojnim Centrom za socialno delo ipd.). Starše se s strani prekrškovnega organa pisno obvesti o prekršku in pouči, da se lahko pisno izjavijo o dejstvih oziroma okoliščinah prekrška. S strani prekrškovnega organa je treba presoditi, ali je bilo na strani staršev storjeno vse, da bi zagotovili otrokovo udeležbo pri pouku.²⁸ V kolikor se starši glede okoliščin neobiskovanja pouka otroka ne izjavijo ali pa ne izkažejo, da so storili vse v skladu s standardom skrbnih staršev, da bi zagotovili otrokovo udeležbo pri pouku, se proti njim nadaljuje že uveden prekrškovni postopek.

V konkretnih primerih je lahko vzrok izostanka mnogokrat prav nasprotje interesov med željami oz. interesi staršev ter interesi otrok. V takih primerih bi bilo otroku smiselno postaviti zagovornika za varstvo otrokovih pravic oz. skrbnika za poseben primer po določilih ZUP. Zakonodajalec je v zvezi s problematiko neobiskovanja pouka v osnovni šoli podal stališče, da je v primeru neobiskovanja pouka treba izhajati iz 4. člena ZOsn, ki staršem posebej nalaga, da morajo otroku zagotoviti, da izpolni osnovnošolsko obveznost. Navedena norma je izpeljava ustavne norme, ki starše v okviru roditeljske pravice v 54. členu Ustave RS zavezuje k dolžnosti izobraževanja njihovih otrok. Ob tem pa je seveda treba izhajati tudi iz 107. člena ZZZDR, v skladu s katerim mladoletne otroke zastopajo starši. V skladu s 4. členom ZZZDR imajo starši pravico in dolžnost, da z neposredno skrbjo, s svojim delom in dejavnostjo zagotavljajo uspešen telesni in duševni razvoj otrok. Zaradi zdrave rasti, skladnega osebnošolskega razvoja in usposobitve za samostojno življenje in delo imajo starši pravice in dolžnosti, da skrbijo za življenje, osebni razvoj, pravice in koristi mladoletnih otrok. K temu zagotovo sodi tudi skrb staršev za zagotovitev izpolnitve osnovnošolske obveznosti. Zakonodajalec glede na navedeno ocenjuje, da je umestitev prekrškovnih določb v 102. členu ZOsn (globe za prekrške staršev) pomembno sredstvo, ki prispeva k učinkovitejši zaščiti otrokovih pravic. Ta obveza države izhaja tudi iz 28. člena Konvencije o otrokovih pravicah, ki države podpisnice zavezuje k ukrepom, s katerimi bodo vzpodbujale redno obiskovanje pouka in zmanjšanje osipa v osnovnih šolah. V nadaljevanju pa zakonodajalec dodaja, da ima država na voljo tudi druge inštrumente, ki so normativno urejeni v zakonodaji s področja družinskega prava, socialnega varstva, kazenskega prava itd. Vendar pa zakonodajalec ni konkretno uredil primera, ko so si koristi otroka in njegovih zakonitih zastopnikov v nasprotju. Iz mnenja Skupnosti centrov za socialno delo Slovenije pa je razvidno, da je krajevno pristojen center zavezan, da ugotovi, ali gre za ogroženega otroka oz. kako je poskrbljeno za njegove pravice in koristi ter za njegovo izobraževanje in vzgojo. Za to nalogo bi bilo po mnenju Skupnosti

²⁸ Standard skrbnih staršev je merilo, s katerim razmejujemo protipravnost ravnanj pri analizi prekrškovne in odškodninske odgovornosti konkretnih staršev v zvezi s skrbjo za posameznega otroka. Več o tem v delu Novak B., Šola in otrokove pravice, 2004, str. 145, 146.

centrov za socialno delo treba otroku priskrbeti zagovornika, ki bi v postopku lahko zaščitil otrokove pravice, če bi bilo to možno in potrebno.

Vprašanje, ki se tu postavlja, pa je, kako bi v konkretnem primeru tak zagovornik lahko najbolje poskrbel za otroka, ki pouka ne obiskuje. V tem primeru bi zagovornik posredoval kot tretja neodvisna oseba in skušal starše prepričati o nujnosti obiskovanja pouka. Prav tako bi lahko na sestankih, kjer sodeluje vodstvo šole, šolska svetovalna delavka in starši, zagovornik deloval kot nepristranski in neodvisen »glas otroka« (zapisniki omenjenih sestankov so pomembna dokazila, ki jih šole priložijo k pobudi za uvedbo prekrškovnega postopka zaradi neobiskovanja pouka, in so pokazatelj dejstva, da je šola storila vse potrebno v ugotavljanju dejstev glede tega, ali je učenec od pouka izostal neopravičeno). Preko takšnega zagovornika bi otrok lahko brez strahu pred šolo ali starši izrazil svoje mnenje. Seveda bi tak zagovornik lahko deloval le v primeru, ko bi otrok sam izrazil željo, da se mu v konkretnem primeru zagotovi pomoč zagovornika. V nasprotnem primeru bi šola posegala v pravico do zasebnosti oz. pravico do spoštovanja družinskega življenja staršev in otroka.

Drugi primer²⁹ pa se nanaša na problematiko izrekanja vzgojnih ukrepov dijakom v srednješolskem izobraževanju. V konkretnem primeru je učiteljski zbor sprejel odločbo o izreku vzgojnega ukrepa izključitve iz šole, ker je dijak v šolskem letu neopravičeno izostal od pouka 74 ur. Svet šole je pritožbo dijaka kot neutemeljeno zavrnil in tako potrdil prvostopenjsko odločbo o izključitvi. V zvezi z navedenim je Inšpektorat prejel pobudo in izvedel izredni inšpekcijski nadzor. Pooblaščenca uradna oseba Inšpektorata je ugotovila, da so bile v postopku predhodno izrečenega vzgojnega ukrepa ukora razrednika in ukora učiteljskega zbora storjene nepravilnosti, in sicer: kršena pravica do zagovora, kršena pravica do postopnosti izrekanja vzgojnega ukrepa, nepravilno opredeljena kršitev in nepravilno ugotovljeno dejansko stanje. Prav tako je predstavnik Inšpektorata v zvezi z izrekom vzgojnega ukrepa izključitve iz šole ugotovil, da zaradi predhodnih kršitev postopnosti vzgojnega ukrepanja in nepravilnih opredelitev kršitev dijaka, le-teh ni moč opredeliti kot najtežjo kršitev, za katero se lahko izreče izključitev. Ugotovljene so bile tudi pomanjkljivosti v sami odločbi učiteljskega zbora. V obrazložitvi namreč ni utemeljena in pojasnjena odločitev učiteljskega zbora o obdobju izključitve. V skladu z določbo 1. odstavka 52. člena Pravilnika o šolskem redu se lahko izključitev praviloma izreče do konca šolskega leta, največ pa še za naslednje šolsko leto. Glede na dejstvo, da je vzgojni ukrep dejansko izrečen tik pred koncem šolskega leta in sankcioniranje dijaka z izključitvijo zgolj do konca tega šolskega leta ne bi doseglo namena, je učiteljski zbor določil izključitev dijaka še za naslednje šolsko leto. Dejstvo pa je, da bi učiteljski zbor moral takšno odločitev obrazložiti in utemeljiti, hkrati pa tudi pojasniti okoliščine, ki jih je učiteljski

²⁹ Glej Inšpektorat RS za šolstvo in šport, Poročilo za leto 2008, Ljubljana 2008, str. 25, 26.

zbor v skladu z določbo 41. člena Pravilnika o šolskem redu upošteval pri določitvi vzgojnega ukrepa (teža kršitve, dijakova odgovornost zanjo ter njegova osebna zrelost, nagibi, zaradi katerih je storil dejanje, okoliščine, v katerih je bilo dejanje storjeno, postopnost in možne posledice ukrepa itd.).

Inšpektorat RS za šolstvo in šport (v nadaljevanju: Inšpektorat) je kot nadzorni in represivni organ v konkretnem primeru ugotovil pomanjkljivosti in jih tudi ustrezno sankcioniral v skladu z veljavno zakonodajo. Vendar pa je problematično dejstvo, da je sama funkcija in vloga Inšpektorata, kot organa v sestavi Ministrstva za šolstvo in šport, represivna, in kot taka ne more vplivati na same postopke, ki so se že poprej odvijali v šolskem prostoru³⁰ (seveda pa se z opozorili, uvedbami prekrškovnih postopkov in drugimi ustreznimi sankcijami, v skladu z Zakonom o šolski inšpekciji, Zakonom o prekrških³¹ itd., oblikuje ustrezna praksa na šolskem področju, ki velja kot zgled za prihodnje primere). Tu bi zagovornik nastopil kot preventivni organ, ki že v samem šolskem prostoru opozarja na nepravilno izvedbo postopkov po šolski zakonodaji, hkrati pa bi bil dijaku v pomoč pri samem zagovoru. Tako do nepravilnosti, ki so se pojavile v konkretnem primeru (kršena pravica do zagovora, kršena pravica postopnosti izrekanja vzgojnega ukrepa, nepravilno opredeljena kršitev in nepravilno ugotovljeno dejansko stanje) ne bi več prihajalo v tolikšni meri.

Pri nadzoru nad izvrševanjem določb Pravilnika o šolskem redu so se pokazale določene pomanjkljivosti z vidika uresničevanja pravic dijakov. Pri pravici do zagovora dijaka je starše (v smislu prisostvovanja pogovoru z dijakom) možno vabiti le v primeru suma, da gre za najhujši primer kršitev, ki so prav tako opredeljene v Pravilniku o šolskem redu (to so npr. psihično ali fizično nasilje, samovoljna prisvojitve tuje stvari večje vrednosti, posedovanje, ponujanje, prodajanje alkohola ali drugih drog itd). Pri izreku milejših ukrepov (npr. opomin, ukor razrednika itd.) pa ni določila, ki bi urejal prisotnost staršev kot zakonitih zastopnikov otroka. Tako se zaradi odsotnosti zakonitega zastopnika otroka ali ustreznega neodvisnega zagovornika dijak težje brani sam ter težje utemelji razloge za svoje vedenje (opredeljeno kot neprimerno) pred izrekom vzgojnega ukrepa. Ker se v skladu z 38. členom Pravilnika o šolskem redu vzgojni ukrepi stopnjujejo, lahko dijak tako hitreje prejme izrek ukrepa za najtežje kršitve (kot je npr. izključitev). 40. člen Pravilnika določa, da kadar iz okoliščin izhaja, da bi

³⁰ Obseg dela šolske inšpekcije je naveden v 2. členu Zakona o šolski inšpekciji (Uradni list RS, št. 114/2005 – uradno prečiščeno besedilo, v nadaljevanju: ZSoll), in sicer: Šolska inšpekcija obsega nadzor nad izvajanjem zakonov, drugih predpisov in aktov, ki urejajo organizacijo in opravljanje dejavnosti vzgoje in izobraževanja, ki jo opravljajo vrtci, osnovne šole, glasbene šole, nižje in srednje poklicne šole, srednje tehniške in strokovne šole, gimnazije, višje strokovne šole, zavodi za izobraževanje in usposabljanje otrok in mladostnikov s posebnimi potrebami, organizacije za izobraževanje odraslih in zasebniki, ki izobražujejo po javno veljavnih programih (v nadaljnjem besedilu: vrtci in šole).

³¹ Uradni list RS, št. 3/07 – UPB 4, 17/08, 21/08.

bilo dijaku mogoče izreči izključitev, mora poleg staršev, ki prisostvujejo zagovoru dijaka, biti pri zagovoru prisoten tudi razrednik (tu se razrednik pojavlja v obliki zagovornika dijakovih pravic). Problematično je predvsem dejstvo, da je razrednik prisoten le v primeru izreka najtežjih kršitev, ter da razrednik ni neodvisna in nevtralna oseba, ki bi lahko zagovarjala otrokove pravice.³² Prav tako je problematičen 3. odstavek 40. člena Pravilnika, ki pravi, da ravnatelj lahko opravi zagovor dijaka brez prisotnosti staršev, če z njimi ni bilo mogoče vzpostaviti stika ali če so prisotnost odklonili. Tu Pravilnik tudi v primeru najtežjih kršitev odreče dijaku prisotnost staršev, ki bi lahko zastopali njegovo korist. Dejstvo je, da je v takem primeru kršena pravica do zastopanja po zakonitem zastopniku za mladoletnega učenca oz. dijaka.³³ Kljub dopolnjenemu 15. letu in s tem pridobitvi delne poslovne sposobnosti dijaka menim, da je ukrep izključitve iz srednje šole tako pomemben ukrep, ki tudi vnaprej vpliva na dijakovo življenje, da bi v primeru uvedbe postopka za izključitev ob dijaku morali biti prisotni njegovi zakoniti zastopniki, na željo dijaka pa tudi neodvisni zagovornik (ki bi poskrbel za zakonito izvedbo postopkov po šolski zakonodaji, obenem pa bil dijaku v pomoč pri zagovoru).

4. Problematika uveljavljanja pravic otrok s posebnimi potrebami

Osnovni predpis, ki ureja pravice otrok s posebnimi potrebami na področju vzgoje in izobraževanja, je Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami (v nadaljevanju: ZUOPP). Posamezna vprašanja urejajo tudi predpisi, ki urejajo predšolsko vzgojo, osnovnošolsko izobraževanje, poklicno in strokovno izobraževanje ter splošno srednje izobraževanje. ZUOPP pomeni dopolnitev zakonov, ki v okviru svojih določil opredeljujejo vzgojo in izobraževanje otrok in mladostnikov s posebnimi potrebami. Ureja predvsem usmerjanje v različne programe, določa postopek usmerjanja in postopek dela strokovnih komisij ter vsebino odločbe o usmeritvi. ZUOPP uvaja razvojno procesno usmerjanje namesto prej uveljavljenega enkratnega razvrščanja in nalaga obveznost preverjanja ustreznosti usmeritve najmanj vsaka tri leta. Zelo pomembno je, da ZUOPP omogoča dejavnejšo vlogo staršev in vzgojno-izobraževalnih zavodov v postopku usmerjanja. Prav tako ZUOPP kot eno izmed skupin, ki potrebujejo usmerjanje v skladu z zakonom, vključuje tudi otroke z izrazitimi učnimi motnjami, ki se kažejo le na posameznih področjih učenja (npr. pri branju in pisanju).

³² Razrednika ne moremo šteti kot objektivnega zagovornika učenčevih pravic, saj po eni strani zares skrbi za reševanje vzgojnih in učnih problemov posameznih učencev, vendar je po drugi strani del oddelčnega učiteljskega zbora, katerega delo tudi vodi in je kot tak v stalnem sodelovanju in dogovarjanju z drugimi strokovnimi delavci. Naloge razrednika so opredeljene v 63. členu ZOFVI.

³³ Zakonito zastopanje mladoletnih otrok po njihovih starših predpisuje že 107. člen ZZZDR. Ta določa tudi vročanje mladoletni osebi tako, da se pošiljka vroči staršem; tistemu, pri katerem otrok živi.

Na podlagi ZUOPP so bili sprejeti podzakonski predpisi, ki natančneje urejajo pravice otrok s posebnimi potrebami pri vzgoji in izobraževanju. To so med drugim: Pravilnik o organizaciji in načinu dela komisij za usmerjanje otrok s posebnimi potrebami ter kriterijih za opredelitev vrste in stopnje primanjkljajev, ovir oz. motenj otrok s posebnimi potrebami,³⁴ Pravilnik o postopku usmerjanja otrok s posebnimi potrebami,³⁵ Pravilnik o osnovnošolskem izobraževanju učencev s posebnimi potrebami na domu,³⁶ Pravilnik o normativih in standardih za izvajanje vzgojno-izobraževalnih programov za otroke s posebnimi potrebami v osnovnih šolah s prilagojenim programom in zavodih za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami³⁷ ter Pravilnik centrom za socialno delo o načinu izvajanja nalog šolskih uprav, ki jih določa ZUOPP.³⁸

4.1. Vrste programov vzgoje in izobraževanja

V skladu z ZUOPP se otroci s posebnimi potrebami uvrščajo v naslednje programe vzgoje in izobraževanja: programi s prilagojenim izvajanjem in dodatno strokovno pomočjo, prilagojeni programi, ki zagotavljajo pridobitev enakovrednega izobrazbenega standarda, prilagojen program, ki ne zagotavlja pridobitve enakovrednega izobrazbenega standarda, in pa posebni programi ter vzgojni programi.

4.2. Prilagojeno izvajanje programov vzgoje in izobraževanja, prilagojeni programi in posebni program vzgoje in izobraževanja

Bistvo razvrstitve v programe vzgoje in izobraževanja s prilagojenim programom je, da se otrok lahko vključi v redni vzgojno-izobraževalni zavod (vrtec ali šolo), kjer se mu zagotovi dodatna pomoč, ki jo potrebuje. Gre za t. i. integracijo otroka, ki je tega zmožen, v redno vzgojo in izobraževanje.

Otrokom s posebnimi potrebami, ki so usmerjeni v izobraževalne programe s prilagojenim izvajanjem in dodatno strokovno pomočjo, se glede na vrsto in stopnjo primanjkljaja, ovire oz. motnje lahko prilagodi organizacija, način preverjanja in ocenjevanja znanja, napredovanje in časovna razporeditev pouka ter zagotovi dodatna strokovna pomoč.³⁹V prilagojeni program

³⁴ Uradni list RS, št. 54/2003, 93/2004.

³⁵ Uradni list RS, št. 54/2003, 93/2004.

³⁶ Uradni list RS, št. 61/2004.

³⁷ Uradni list RS, št. 74/2005.

³⁸ Uradni list RS, št. 44/2001, 25/2006.

³⁹ Obseg in način izvajanja dodatne strokovne pomoči se določi z odločbo o usmeritvi, v skladu s standardi in normativi, ki jih določi minister, pristojen za šolstvo, za posamezna področja vzgoje in izobraževanja.

vzgoje in izobraževanja se vključi otrok, kadar zaradi njegovih posebnih potreb ni možna integracija v redni vrtec oz. šolo. S prilagojenimi programi osnovnošolskega izobraževanja se lahko prilagodi predmetnik, organizacija, način preverjanja in ocenjevanja znanja, napredovanje in časovna razporeditev pouka.

Kadar otroka ni možno vključiti v prilagojeni program, se ga usmeri v vzgojo in izobraževanje po posebnem programu. Tega izvajajo za to posebej ustanovljeni zavodi.

Otroci s posebnimi potrebami, ki so usmerjeni v prilagojene izobraževalne programe, se lahko pri nekaterih predmetih ali predmetnih skupinah občasno ali trajno vključujejo v izobraževalne programe. Otroci s posebnimi potrebami, ki so usmerjeni v posebni program vzgoje in izobraževanja, se lahko občasno vključujejo v prilagojene programe osnovnošolskega izobraževanja. Vzgojo in izobraževanje otrok po prilagojenih in posebnih programih izvajajo vrtci, osnovne in srednje šole ter zavodi za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami. Otroci z motnjami vedenja in osebnosti se usmerjajo v izobraževalne programe s prilagojenim izvajanjem in dodatno strokovno pomočjo. Strokovna pomoč se jim nudi v obliki vzgojnih, preventivnih, socialno-integrativnih in korekcijskih programov, ki so sestavni del vzgojnega programa. Otroci z motnjami vedenja in osebnosti, pri katerih je zaradi motenj ogrožen njihov zdrav razvoj oziroma ogrožajo okolico do takšne mere, da potrebujejo vzgojo v zavodu, se oddajo v zavod za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami. Center za socialno delo izda odločbo o usmeritvi v zavod za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami v soglasju s pristojno območno enoto Zavoda za šolstvo.⁴⁰

4.3. Individualizirani programi izobraževanja

ZUOPP v 29. členu določa, da mora vrtec, šola oz. zavod najkasneje v roku 30 dni po vključitvi otroka s posebnimi potrebami izdelati individualiziran program vzgoje in izobraževanja (v nadaljevanju: individualiziran program). Drugi odstavek omenjenega člena določa, da se z individualiziranim programom določijo oblike dela na posameznih vzgojnih in izobraževalnih področjih, pri posameznih predmetih ali pri predmetnih področjih, način izvajanja dodatne strokovne pomoči, izvajanje fizične pomoči, prehajanje med programi ter potrebne prilagoditve pri organizaciji, preverjanju in ocenjevanju znanja, napredovanju in časovni razporeditvi pouka. Dejstvo je, da ZUOPP ureja pravice otrok s posebnimi potrebami tudi po izdaji odločbe o usmeritvi, torej ko je otrok že vključen v eno izmed oblik vzgoje oz. izobraževanja.

Za pripravo in spremljanje izvajanja individualiziranega programa imenuje ravnatelj vrtca, šole oz. zavoda strokovno skupino, v kateri so strokovni delavci vrtca, šole oz. zavoda in drugi strokovni delavci, ki bodo sodelovali pri izvajanju programa vzgoje in izobraževanja. Po-

⁴⁰ Murgel J., 2006, Vodnik po pravicah otrok s posebnimi potrebami, GV Založba, 2006, str. 126–130.

membno je, da imajo pri pripravi individualiziranega programa pravico sodelovati tudi otrokovi starši. Strokovna skupina mora med šolskim letom prilagajati individualizirani program glede na napredek in razvoj otroka. Prav tako mora strokovna skupina ob koncu šolskega leta preveriti ustreznost individualiziranega programa in izdelati individualizirani program za naslednje šolsko leto.⁴¹

4.4. Potek postopka usmerjanja otrok s posebnimi potrebami

Uvedba postopka usmerjanja se začne na zahtevo zakonitega zastopnika otroka. Zahteva za uvedbo postopka se vložijo pri pristojni območni enoti Zavoda za šolstvo. Pri otrocih z motnjami vedenja in osebnosti, pri katerih je zaradi motenj ogrožen njihov zdrav razvoj oziroma ogrožajo okolico v taki meri, da potrebujejo vzgojo v zavodu, se zahteva vložijo pri pristojnem centru za socialno delo.

Predlog za usmeritev lahko podajo tudi vrtci, šole, zdravstveni, socialni in drugi zavodi, če zakoniti zastopnik ne vložijo zahteve za usmeritev. Preden podajo predlog, morajo navedeni zavodi o tem obvestiti otrokovega zakonitega zastopnika. Postopek lahko uvede tudi pristojna enota Zavoda za šolstvo po uradni dolžnosti, če ugotovi, da je treba začeti postopek.

Pristojna območna enota Zavoda za šolstvo v skladu z ZUOPP odloči o usmeritvi v program vzgoje in izobraževanja. Pred izdajo odločbe o usmeritvi v program vzgoje in izobraževanja si mora območna enota pridobiti strokovno mnenje, ki ga pripravi komisija za usmerjanje prve stopnje. Pomembno je, da se mora komisija pred pripravo strokovnega mnenja posvetovati s strokovnimi delavci vrtca, šole oz. zavoda, v katerega je otrok v času usmerjanja vključen, s strokovnimi delavci vrtca, šole oz. zavoda, v katerega naj bi bil otrok usmerjen, ter z drugimi ustreznimi ustanovami. Prav tako komisija ugotovi, ali ima zavod, v katerem otrok je ali naj bi bil, vse ustrezne pogoje, ki jih otrok s posebnimi potrebami potrebuje.⁴² Tu postane pomembna vloga zagovornika, ki lahko poleg staršev pomaga ugotavljati, ali so otroku zagotovljeni ustrezni pogoji. Zagovornik mora pri tem strokovnem delu ugotavljanja ustreznih pogojev sodelovati s strokovnjaki. Na podlagi neposredne obravnave otroka komisija prve stopnje pripravi strokovno mnenje. Preden komisija mnenje pripravi, mora opraviti pogovor z otrokovim zakonitim zastopnikom. Komisija mora prav tako preučiti pedagoško, specialno-pedagoško, socialno, psihološko, medicinsko in drugo dokumentacijo, ki jo pridobi od ustreznih ustanov. Pri neposredni obravnavi otroka pred komisijo je pomembna vloga zagovornika otrokovih pravic. Na željo otroka ali njegovega zakonitega zastopnika je tako pri omenjeni obravnavi otroka lahko prisotna oseba, ki jo je otrok sam izbral in ki ji zaupa.

⁴¹ Prav tam, str. 131.

⁴² Povzeto po Murgel J., Vodnik po pravicah otrok s posebnimi potrebami, GV Založba, 2006, stran 135.

Komisija pošlje mnenje na predpisanem obrazcu pristojni območni enoti, ki vodi postopek usmerjanja, in sicer najkasneje v šestih tednih po prejemu zaprosila za strokovno mnenje. Navedeno mnenje mora biti izčrpno, utemeljeno in skladno z dejanskim stanjem obravnavanega otroka. Za ugotovitev dejanskega stanja obravnavanega otroka, ki se ugotovi pri neposredni obravnavi otroka pred komisijo, vloga zagovornika ni zanemarljiva. Le-ta lahko vpliva na to, da se dejansko stanje ugotovi v celoti tudi s pomočjo izraženega otrokovega mnenja. Otrok bo preko svojega zagovornika namreč najlažje posredno izrazil svoje mnenje in tudi želje glede programa vzgoje in izobraževanja, v katerega se usmerja.

Mnenje strokovne komisije mora vsebovati naslednje podatke: vrtec oz. šolo (razred oz. letnik), ki zagotavlja možnosti za vzgojo in izobraževanje otroka, program vzgoje in izobraževanja, v katerega se otrok usmerja, vrsto in stopnjo primanjkljaja, ovire oz. motnje, rok za preverjanje ustreznosti usmeritve, ki ne sme biti daljši od treh let, obseg, vrsto in način izvajanja dodatne strokovne pomoči, prehajanje med programi, morebitne pravice, določene v 15. in 21. členu ZUOPP, itd.⁴³ Zagovornik otroka bo tako lahko preveril omenjene podatke, predvsem pa bo lahko tudi v pomoč zakonitim zastopnikom otroka, ki so morda nevesči v uveljavljanju posameznih pravic, ki otroku s posebnimi potrebami pripadajo (npr. določitev večjega obsega ur izvajanja dodate strokovne pomoči, kot je navedena v prvotnem mnenju).

Dejstvo je, da mnenje, ki ga izdelata strokovna komisija v postopku usmerjanja otroka s posebnimi potrebami, ni podlaga le za uveljavitev pravic takega otroka na področju vzgoje in izobraževanja. Opredelitev vrste in stopnje primanjkljajev, ovir oz. motenj, ki jih določi komisija v opisanem strokovnem mnenju, je podlaga tudi za opredelitev elementov, na podlagi katerih se uveljavljajo pravice, ki jih določajo predpisi s področja socialnega varstva, zdravstvenega varstva in zdravstvenega zavarovanja ter drugi predpisi.⁴⁴ Ker je mnenje komisije podlaga tudi za uveljavljanje drugih pravic, je vloga zagovornika otroka, ki bo sodeloval pri samem oblikovanju mnenja komisije (s strani otroka) zelo pomembna. Vloga zagovornika je pomembna tudi zaradi dejstva, da se zakoniti zastopnik nima pravice pritožiti na mnenje komisije, temveč lahko nanj poda le odgovor.

Na podlagi strokovnega mnenja komisije in drugih listin pristojna območna enota Zavoda za šolstvo z odločbo lahko ugotovi, da usmeritev ni potrebna, ali pa odloči o usmeritvi. Če je usmeritev potrebna, mora območna enota v odločbi določiti program vzgoje in izobraževanja, v katerega se otrok usmerja, vrsto in stopnjo primanjkljaja ter ovire oz. motnje, vrtec oz. šolo, v katerega se otrok usmeri, datum vključitve v vrtec ali šolo itd. Z odločbo o usmeritvi se določi tudi rok, ki ne sme biti daljši kot tri leta, v katerem mora pristojna območna enota Zavoda za šolstvo preveriti ustreznost usmeritve. Pristojna enota preveri ustreznost usmeritve

⁴³ Prav tam, stran 136.

⁴⁴ Prav tam, stran 139.

in določb odločbe o usmeritvi na podlagi strokovnega mnenja komisije. Na podlagi poročila in mnenja vrtca, šole oz. zavoda, v katerega je otrok vključen, in lastnih ugotovitev komisija oceni ustreznost usmeritve in predlaga morebitne spremembe. Če komisija v svojem mnenju ugotovi, da je potrebna sprememba usmeritve ali da usmeritev ni več potrebna, izda pristojna enota v skladu s tem mnenjem novo odločbo. Spremembo usmeritve lahko predlagajo zakoniti zastopnik, vrtec, šola oz. zavod, v katerega je otrok vključen, ne glede na rok, ki je v odločbi o usmeritvi določen za preverjanje usmeritve. Omenjeni subjekti lahko spremembo usmeritve predlagajo, če kot verjetne izkažejo okoliščine, na katere opirajo svoj predlog. Če pristojna območna enota Zavoda za šolstvo oceni, da so okoliščine, ki se navajajo kot razlog za spremembo usmeritve, take, da bi lahko pripeljale do drugačne odločbe o usmeritvi, začne postopek za spremembo usmeritve. Postopek za spremembo usmeritve se opravi na enak način kot postopek usmeritve.⁴⁵

4.5. Pravica do pravnega sredstva (zoper odločbo o usmeritvi)

Pristojna območna enota Zavoda za šolstvo mora odločbo o usmeritvi vročiti zakonitemu zastopniku otroka, vrtcu, šoli oziroma zavodu, v katerega je otrok usmerjen, in šoli, vrtcu oziroma zavodu, ki je dal predlog za začetek postopka. Zoper odločbo o usmeritvi, izdano na prvi stopnji, to je odločba enote Zavoda za šolstvo, ima zakoniti zastopnik (kar najpogosteje pomeni starša otroka) pravico do pritožbe. Pritožba se naslovi na območno enoto, ki jo je izdala. O pritožbi odloča minister za šolstvo in šport, in sicer na podlagi strokovnega mnenja komisije druge stopnje. Če območna enota ne izda odločbe pravočasno, se lahko zakoniti zastopniki otroka pritožijo na Ministrstvo za šolstvo in šport (MŠŠ). Če vložnik pritožbe ni zadovoljen z odločitvijo MŠŠ, lahko sproži upravni spor. V skladu z ZUP je upravni spor dopusten, če tožnik uveljavlja, da je prizadet v svojih pravicah ali koristih zaradi upravnega akta ali zaradi tega, ker upravni akt ni bil izdan in vročen v predpisanem roku. S tožbo se lahko zahteva odprava upravnega akta (npr. odločbe o usmeritvi – to je izpodbojna tožba) ali izdaja upravnega akta (tožba zaradi molka).⁴⁶

4.6. Vloga zagovornika

Pri navedeni problematiki otrok s posebnimi potrebami je še posebej pomembna vloga zagovornika, saj je ta lahko v pomoč tako staršem otroka kot tudi samemu otroku kot subjektu postopkov. Zakoni in podzakonski akti na tem področju so kompleksni, postopki pa nemalokrat zapleteni in dolgotrajni. Že pri sestavi individualiziranega programa izobraževanja je potrebna velika skrbnost, saj gre tu za določitev oblik dela na posameznih vzgojnih in izobraževalnih

⁴⁵ Prav tam, stran 141.

⁴⁶ Prav tam, stran 143.

področjih. Pri pripravi individualiziranega programa imajo pravico sodelovati starši, ki pa so nemalokrat premalo seznanjeni s samimi postopki in pravicami, ki jih za otroka s posebnimi potrebami lahko zahtevajo. Zagotovo bi bil pojem otrokove koristi izpolnjen, če bi zagovornik otroka tudi na tem področju s starši lahko sodeloval pri uveljavljanju pravic, ko gre npr. za določitev sestavin individualiziranega programa za posameznega otroka. Pri preverjanju individualiziranega programa bi institut zagovornika deloval kot »otrokov glas« v samem postopku. Otrok s posebnimi potrebami bi namreč preko svojega zagovornika lahko izrazil mnenje o ustreznosti programa; npr. kje bi potreboval dodatno učno pomoč, kakšne prilagoditve še potrebuje itd. Zagovornik bi bil pri preverjanju individualiziranega programa tudi nekakšen substitut staršev, saj njihove prisotnosti pri preverjanju ustreznosti individualiziranega programa zakon ne predvideva. Prav tako se kaže pomembna vloga zagovornika otroka pri neposredni obravnavi otroka s posebnimi potrebami pred komisijo za usmerjanje. Pomembno je namreč, da se otrok lahko izrazi oz. poda svoje mnenje v zvezi z programom vzgoje in izobraževanja, v katerega se usmerja (če je seveda sposoben svoje mnenje izraziti). Zagovornik bi prav tako lahko »bdel« nad preverjanjem odločbe o ustreznosti usmeritve in predlagal morebitne spremembe (glede na željo, ki bi mu jo otrok s posebnimi potrebami izrazil), poleg že upravičenih subjektov (v primeru, ko starši otroka ne bi imeli dovolj pravnega znanja oz. interesa, da se ustrezno spremeni usmeritev njihovega otroka s posebnimi potrebami).

Tretji primer⁴⁷ opisuje problematiko uresničevanja določil ZUOPP in določil Pravilnika o pravicah in dolžnostih učencev v osnovni šoli⁴⁸ (omenjeni Pravilnik je z dnem 31. 8. 2009 prenehal veljati). S strani skupine staršev učencev drugega razreda se je zahtevala izločitev učenca s posebnimi potrebami iz oddelka. Učenec je bil diagnosticiran z motnjo Aspergerjevega sindroma, ki sodi med spektroatistične motnje ali motnje avtističnega spektra.⁴⁹ Za te otroke so značilne kvalitativne nenavadnosti v recipročni socialni integraciji, ki se kažejo na vsaj dveh od sledečih področij: nezmožnost vzpostaviti primeren očesni stik ter uporabiti primerne izraze obraza in telesno držo za usmerjanje socialne interakcije, nezmožnost vzpostavitve običajnih medsebojnih odnosov s sovrstniki (skupna delitev interesov), pomanjkanje prilaganja vedenja glede na socialni kontekst, pomanjkanje socialno-emocionalne recipročnosti, ki se kaže v neprimernih ali neobičajnih odzivanjih na čustva drugih.⁵⁰ Skupina staršev je trdila, da je otrok moteč in neprilagojen, z nepredvidljivimi reakcijami ter je kot tak neprimeren za druženje z njihovimi otroki. Zahtevali so izredni inšpekcijski nadzor. Otrok je obiskoval redni

⁴⁷ Glej Inšpektorat RS za šolstvo in šport, Poročilo za leto 2007, Ljubljana 2008, stran 29.

⁴⁸ Uradni list RS, št. 75/04.

⁴⁹ Macedoni Lukšič M. in drugi, Smernice za celostno obravnavo oseb s spektroatističnimi motnjami, izdalo in založilo Ministrstvo za zdravje, l. 2009, str. 11.

⁵⁰ Asperger, H., *Autistic psychopathy in childhood*. In U. Frith, *Autism and Asperger's Syndrome*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, str. 173.

oddelek s prilagojenim izvajanjem in dodatno strokovno pomočjo. Na nekaterih področjih je izkazoval nadpovprečne sposobnosti (matematika, likovna vzgoja). Po skrbni presoji vseh dejstev in okoliščin so bili s strani pooblaščenih uradnih oseb Inšpektorata izrečeni preventivni ukrepi v smislu zagotavljanja pravic vseh učencev oddelka za nadaljnje delo v novem šolskem letu. V svojih ugotovitvah pa je pooblaščen uradna oseba poudarila, da je zahteva posameznih staršev po izločitvi učenca s posebnimi potrebami iz oddelka nedopustna. O vključitvi učenca v osnovno šolo je namreč odločala komisija za usmerjanje. Šola je ob sodelovanju zunanjih institucij v vseh primerih vključenih učencev na podlagi izdanih odločb dolžna le-te tudi uresničevati. V nasprotnem primeru so za tako šolo predpisane sankcije, ki se izrekajo v prekrškovnem postopku. Prav tako je pooblaščen uradna oseba poudarila, da je treba zaščititi pravice učenca s posebnimi potrebami pred neustreznimi intervencijami drugih staršev brez posebnega razloga. Starši pa so prav tako dolžni najprej izkoristiti druge možnosti, preden bi zahtevali izključitev učenca s posebnimi potrebami. Druge možnosti so: možnost pogovora z učitelji, svetovalno službo in vodstvom šole na govornih urah in roditeljskih sestankih in vse druge z zakonom predpisane oblike sodelovanja šole in staršev. Svoje predloge in pričakovanja, ki se nanašajo na vzgojno-izobraževalno delo šole, starši lahko posredujejo preko sveta staršev in sveta šole, vendar ob spoštovanju Zakona o varstvu osebnih podatkov. Zato je potrebno vsako zahtevo staršev po izključitvi šoloobveznega otroka ali njegovem prešolanju, zavrniti, če ta zahteva ni strokovno utemeljena. O ustreznosti strokovne pomoči in varstva otroka pa lahko presojajo strokovnjaki s področja pedopsihiatrije, psihologije, pedagogike in specialne pedagogike. Varnost, nenasilno okolje in prijetno vzdušje v razredu so pravice vseh učencev v šoli. Tudi učenca s posebnimi potrebami. Starši učencev imajo pravico zahtevati, da jim šola le-to zagotovi, zato so bili v inšpekcijskem postopku v ta namen odrejeni preventivni ukrepi (med drugim tudi dodatno delo učenca s posebnimi potrebami s specialnim pedagogom).

Avtorji v pravni in drugi specialni strokovni literaturi⁵¹ se že dalj časa zavzemajo za skupen pouk otrok s posebnimi potrebami z drugimi otroki v okviru rednega šolstva (tako osnovnega kot srednjega). Med njimi je vse več takšnih, ki se zavzemajo za vključitev vseh otrok, tudi tistih s težjimi motnjami v razvoju. Poudarjajo, da namen vključevanja otrok s posebnimi potrebami v redno šolstvo ni zagotavljanje nivoja znanja rednega izobraževanja, temveč socialna integracija. Posameznemu otroku je zato treba pripraviti ustrezno prilagojen učni načrt in ga poučevati po zanj določenih učnih ciljih.

Pri vključevanju otrok s posebnimi potrebami v redne šole je pomembno delo specialnih pedagogov, ki poskrbijo, da se otrok lažje vključi k rednemu pouku (pri Aspergerjevemu sindromu npr. posredovanje jasnih in preprostih navodil, postavljanje jasnih ciljev, metoda

⁵¹ Več o tej temi v delu Novak B., Šola in otrokove pravice, 2004, str. 118, 119.

nagrajevanja).⁵² Poleg navedenega bi bilo potrebno sodelovanje zagovornika, ki bi sodeloval kot pravni strokovnjak, usposobljen za področje otrokovih pravic ter zakonodaje, ki zadeva področje otrok s posebnimi potrebami (to je pomembno z vidika uveljavljanja pravic na področju šolskega prava, prava socialne varnosti ter z vidika uveljavljanja pravic zdravstvenega varstva). Zagovornik bi v konkretnih primerih deloval kot most oziroma vezni člen med starši otrok s posebnimi potrebami, vodstvom šole ter starši preostalih otrok, vključenih v določen oddelek. Do konfliktov namreč velikokrat pride ravno zaradi nerazumevanja in nepoznavanja problematike in zakonodaje s področja otrok s posebnimi potrebami. Poleg tega pa bi zagovornik otroku (kot že v ostalih omenjenih primerih) na njegovo željo pomagal v konkretnem primeru izraziti mnenje.

5. Zagovornik otrokovih pravic na področju šolskega prava *de lege ferenda*

Šolska zakonodaja instituta zagovornika otrokovih pravic ne ureja, čeprav bi bilo glede na mednarodnopravne dokumente ter glede na primere v praksi to nujno potrebno. Ustanoviti bi bilo treba poseben državni, finančno neodvisen organ, ki bi varoval interese otroka. Delovanje tega organa naj bi bilo strokovno in predvsem zelo hitro. To bi bil zagovornik otrokovih pravic, ki pa bi moral biti ustrezno strokovno usposobljen. Pomembno je, da bi poleg pravnega znanja obvladal tudi področje psihologije otroka. Le tako bi lahko ugotovil, kaj je v konkretnem primeru v otrokovem interesu, in sicer upoštevajoč značilnosti otroške psihe. Po mnenju K. Zupančiča bi bila najprimernejša rešitev uvedba specializiranega podiplomskega študija, ki bi izoblikoval strokovnjake na področju družinskega prava in bi vključeval tudi študij psihologije, zlasti psihologije otroka.⁵³ Analogno navedenemu bi bila rešitev za področje šolskega prava sodelovanje strokovnjaka s področja šolskega prava z osebo s socialnimi, socialno-pedagoškimi in drugimi sorodnimi znanji (zlasti znanjem s področja psihologije). V določenih konkretnih primerih pa bi bilo nujno potrebno sodelovanje z izvedencem za pedagoško področje.⁵⁴ Zagovornik bi otrokove pravice zastopal v vseh postopkih, ki se nanašajo na postopanje in ravnanje z otrokom. Pomembno je, da bi lahko nastopal tudi v situacijah, ko pride do konflikta med starši in otrokom, pa starši in otrok sami ne najdejo rešitve.

Zagovornik bi torej deloval predvsem v primerih ko starši, misleč, da ravnajo v korist otroka, nehotе posežejo v otrokove osebnostne pravice. Poleg navedenega primera neobiskovanja

⁵² Attwood T., Aspergerjev sindrom, l. 1999, stran 77.

⁵³ Povzeto po mnenju K. Zupančiča, Uvodna pojasnila k ZZZDR, str. 54, točka 17.

⁵⁴ Vlogo izvedenca za pedagoško področje *de lege lata* ureja Zakon o šolski inšpekciji v 8. členu, ki taksativno našteva primere, kdaj je treba opraviti dokaz z izvedencem za pedagoško področje.

osnovnošolskega pouka mladoletnih otrok največkrat pride do nasprotovanj med starši in otroki glede nadaljnega šolanja, vključevanja v zunajšolske dejavnosti in podobno. V vseh teh primerih lahko otrok občuti sicer dobronamerne vzgojne ukrepe staršev kot nasilno vmešavanje v njegovo osebnostno integriteto, kar lahko škodljivo vpliva na otrokov fizični in psihični razvoj. Prav tu se vloga zagovornika otroka izkaže za zelo pomembno. Nujno je, da otroci sami izrazijo željo, da bi v sporu s starši posredovala tretja oseba, katera bi delovala kot zagovornik otrokovih koristi in interesov. V nasprotnem primeru bi država posegala v temeljne pravice, in sicer v pravico do zasebnosti oz. pravico do spoštovanja družinskega življenja staršev in otroka.⁵⁵

V okviru prava se z razmerjem otrok – starši – država posebej ukvarja družinsko pravo. Institucionalizirana šola dodatno zapleta konvencionalna, že tako kompleksna nasprotja družinskega prava in prava osebnostnih pravic, zato je v tem smislu šolstvo predmet, ki naravnost kliče po analizi z vidika družinskega prava in prava osebnostnih pravic.⁵⁶ Slovenska pravna teorija se je do sedaj ukvarjala le z razmerjem otrok – starši, pa še to le na splošni ravni in ne konkretno na področju šole. Takšno stanje je nezadovoljivo in zahteva sistematično obravnavo otrokovih pravic v šoli.⁵⁷ Sem zagotovo sodi tudi pravica do zagovornika otroka na področju šolskega prava.

Z uvedbo novega Družinskega zakonika in na tej podlagi sprejete zakonodaje se bo položaj zagovornika otrokovih pravic zagotovo še okrepil in institucionaliziral. Predlog novega Družinskega zakonika uvaja institut zagovornika otroka, ki je predviden za izboljšanje položaja otroka v postopkih in aktivnostih v zvezi z njim. Tako 150. člen osnutka predloga Družinskega zakonika (v nadaljevanju: DZak) določa, da ima otrok pravico do zagovornika, 294. člen DZak pa predvideva nov Zakon o zagovorništvu, ki bo konkretnje opredelil namen zagovorništva otrok ter pristojnost, delovanje in pooblastila zagovornika. Pravna podlaga v mednarodnopравниh dokumentih, uvedba instituta zagovornika na področju družinskega prava ter tudi primeri iz konkretne prakse so pokazatelji, da bi bilo treba v sklopu predpisov za vzgojo in izobraževanje opredeliti pravico do zagovornika otroka tudi na področju šolskega prava. Prav tako bi se lahko v predvidenem Zakonu o zagovorništvu uredila vloga zagovornika otroka v izobraževalnem procesu.

Z institutom zagovornika otrokovih pravic se v Sloveniji ukvarja že nekaj institucij, kot so Varuh človekovih pravic,⁵⁸ določeni Centri za socialno delo, društvo Beli obroč, Center dru-

⁵⁵ Šelih A. in drugi, *Pravni vidiki otrokovih pravic*, 1992, stran 112.

⁵⁶ Več o tematiki družinskopravnih in civilnopravnih vidikov razmerja otrok – starši – šola – država v delu: Novak B., *Šola in otrokove pravice*, 2004.

⁵⁷ Prav tam, stran 14.

⁵⁸ Na tem mestu je treba povedati, da že od septembra 2005 deluje v okviru pilotskega projekta Zagovornik – glas otroka, iniciativna delovna skupina najprej treh, kasneje več strokovnjakov – predstavnikov Varuha

štvo za avtizem, Pravno-informacijski center nevladnih organizacij – PIC, Zveza prijateljev mladine ter mnoge druge. Delovanje omenjenih institucij, ki v konkretnih primerih že nudijo pomoč otrokom, bo zagotovo konstruktivno pripomoglo k uveljavitvi neodvisnega zagovornika pravic otroka tudi na področju šolskega prava.

6. Sklep

Na področju šole se pravica staršev do vzgoje otrok iz 54. člena ustave (člen opredeljuje starševstvo, ki je temeljna človekova pravica otrokovih staršev) sreča z vzgojno pravico šole. Tako starši kot šola so odgovorni za izgradnjo otrokove osebnosti. Načelo kooperacije, ki predstavlja novejši pogled na pravice staršev in pravice šole v odnosu do vzgoje in izobraževanja otroka, zahteva sodelovanje in razumevanje med starši in šolo. Vzgojne pravice staršev in šole so prirejene, zato mora država starše otrok še prav posebej podpreti v njihovem vzgojnem načrtu, tudi na področju šolstva. Kadar pa pride do konflikta med šolo in starši, je te v skladu z načelom konkordance treba reševati v skladu z otrokovo koristjo. V ta namen bi bilo smiselno, da država z uvedbo instituta zagovornika pripomore k čim bolj nevtralni in čim manj ideološki uveljavitvi otrokove koristi v vseh ravnanjih in postopanjih v zvezi z njim.

Vzgoja in izobraževanje v okviru izvajanja dejavnosti izvajalcev javne službe sta procesa, ki pomembno in dolgoročno vplivata na otrokovo osebnost. Država in pravna teorija bi se tako morali bolj zavedati pomena otrokovih pravic na področju šole in z uvedbo instituta zagovornika na področje šolskega prava otroka kot udeleženca izobraževanja postaviti v vlogo subjekta pravic in obveznosti. To pa sodi v okvir mednarodno sprejetih obveznosti in izpolnjevanja temeljnega načela, načela otrokove koristi, ki ga javni zavodi kot izvajalci javne službe morajo upoštevati, kadar gre za odločanje o pravicah in obveznostih uporabnikov javnih zavodov.

človekovih pravic, vladnih, nevladnih organizacij in otrok. Na podlagi analize stanja in ugotovitev, zbranih na strokovnem posvetu v aprilu 2006, je skupina sprejela odločitev, da najprej s pilotskim projektom pridobi odgovore na še odprta vprašanja in tako postavi temelje za umestitev zagovornika v zakonodajo. Cilj pilotskega projekta je izdelati model programa Zagovornika otrokovih pravic, ki bi ga bilo mogoče tako po vsebinski kot tudi organizacijski zasnovi vključiti v formalnopravni sistem in s tem zagotoviti njegovo implementacijo na nacionalni ravni. Model naj bi v skladu s Konvencijo o otrokovih pravicah omogočal otrokom ustrezno aktivno sodelovanje v procesih odločanja.

Literatura

- Androjna V.: Upravni postopek in upravni spor, Ljubljana, Uradni list RS, 1992.
- Asperger, H., Autistic psychopathy in childhood. In U. Frith, Autism and Asperger's Syndrome, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Attwood T., Aspergerjev sindrom, Ljubljana, založba Megaton, 2007.
- Bauman-Gašperin J., Upravni postopek: Uporaba ZUP v postopkih pred organi vzgojno-izobraževalnih zavodov, Pravna praksa, št., 13/2001, stran 18.
- Inšpektorat RS za šolstvo in šport, Poročilo za leto 2007, Ljubljana 2008.
- Inšpektorat RS za šolstvo in šport, Poročilo za leto 2008, Ljubljana 2008.
- Inšpektorat RS za šolstvo in šport, Poročilo o opravljenih aktivnostih Sektorja za šolstvo 2009, Ljubljana 2009.
- Kovač P., O rabi ZUP v šolstvu, Pravna praksa, št. 42/2008, stran 13.
- Macedoni Lukšič M. in drugi, Smernice za celostno obravnavo oseb s spektroavtističnimi motnjami, izdalo in založilo Ministrstvo za zdravje, l. 2009.
- Murgel J., 2006, Vodnik po pravicah otrok s posebnimi potrebami, GV Založba, 2006.
- Novak B., Šola in otrokove pravice, Zbirka pravna obzorja (25), Cankarjeva založba, 2004.
- Pavčnik M., Teorija prava, Cankarjeva založba, 1999.
- Šelih A. in drugi, Pravni vidiki otrokovih pravic, Uradni list RS, 1992.
- Zupančič K., Novak B., Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih s pojasnili, Uradni list RS, 2004.

Pravni predpisi

- Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic (EKČP), Uradni list RS, št. 33/1994, Mednarodne pogodbe, št. 7/94.
- Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah. 1989, Uradni list SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 15/90.
- Evropska konvencija o uresničevanju otrokovih pravic, Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 26/99.
- Pravilnik o šolskem redu v srednjih šolah, Uradni list RS, št. 43/07.
- Pravilnika o pravicah in dolžnostih učencev v osnovni šoli, Uradni list RS, št. 75/04.
- Pravilnik o organizaciji in načinu dela komisij za usmerjanje otrok s posebnimi potrebami ter kriterijih za opredelitev vrste in stopnje primanjkljajev, ovir oz. motenj otrok s posebnimi potrebami, Uradni list RS, št. 54/03, 93/04.
- Pravilnik o postopku usmerjanja otrok s posebnimi potrebami, Uradni list RS, št. 54/2003, 93/2004.

- Pravilnik o osnovnošolskem izobraževanju učencev s posebnimi potrebami na domu, Uradni list RS, št. 61/04.
- Pravilnik o normativih in standardih za izvajanje vzgojno-izobraževalnih programov za otroke s posebnimi potrebami v osnovnih šolah s prilagojenim programom in zavodih za vzgojo in izobraževanje otrok s posebnimi potrebami, Uradni list RS, št. 74/05.
- Pravilnik centrom za socialno delo o načinu izvajanja nalog šolskih uprav, Uradni list RS, št. 44/2001, 25/06.
- Ustava RS, Uradni list RS, št. 33/1991-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06.
- Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP – UPB2), Uradni list RS, št. 24/06 – UPB2, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08.
- Zakon o osnovni šoli (ZOsn-UPB3), Uradni list RS, št. 81/06 – UPB3, 102/07.
- Zakon o financiranju vzgoje in izobraževanja (ZOFVI – UPB5), Uradni list RS, št. 16/07 – UPB5, 36/08, 58/09, 64/09, 65/09.
- Zakon o poklicnem in strokovnem izobraževanju, (ZPSI-1), Uradni list RS, št. 79/06.
- Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami, (ZUOPP – UPB1), Uradni list RS, št. 3/07.
- Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-UPB1), Uradni list RS, št. 69/04.
- Zakon o šolski inšpekciji (ZSoll-UPB1), Uradni list RS, št. 114/05.
- Zakon o prekrških, (ZPre – UPB4), Uradni list RS, št. 3/07 – UPB 4, 17/08, 21/08.



Pravni letopis 2009

Povzetki
Abstracts

VIII.

UDK 347.965.43(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 11–20

PROF. DR. LOJZE UDE

Obvezno zastopanje strank po odvetnikih v civilni pravdi?

V slovenskem ZPP je za zdaj uveljavljeno obvezno zastopanje stranke po odvetniku le v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi. V primerjalnih sistemih (Avstrija, Nemčija) je obvezno zastopanje stranke po odvetniku uveljavljeno širše. Obvezno zastopanje (razen pred najnižjimi sodišči) je v različnem obsegu uveljavljeno v gršem, italijanskem in španskem civilnem procesu, deloma tudi v francoskem in nizozemskem. Moderni civilni procesi zaradi velikega števila sodnih sporov uveljavljajo vrsto institutov, ki sicer skušajo pospešiti postopek, zahtevajo pa od strank večjo aktivnost ter pasivnost strank sankcionirajo z neugodnimi procesnimi posledicami, tudi s prekluzijo. Tak sistem so ustavna sodišča ocenila kot skladnega z ustavo. Tudi spremembe slovenskega ZPP uveljavljajo vrsto obveznosti strank in sankcije za neizpolnjevanje teh obveznosti. Zaradi tega tudi interesi strank zahtevajo, da jih zastopajo pravno kvalificirani pooblaščenca. Seveda pa je predpogoj za uvedbo obveznega odvetniškega zastopanja tudi uveljavitev učinkovitega sistema brezplačne pravne pomoči, ki je tedaj, ko nastopajo v postopku ekonomsko različno močne stranke, pogoj za uveljavitev ustavne pravice do sodnega varstva.

Ključne besede: obvezno zastopanje po odvetnikih, ustavnost obveznega zastopanja, procesne dolžnosti strank, prekluzija, brezplačna pravna pomoč

UDC 347.965.43(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 11–20

PROF. DR. LOJZE UDE

Mandatory Representation of Parties by an Attorney in Civil Litigation

The current Slovenian civil procedure prescribes mandatory representation of parties only in proceedings with extraordinary legal remedies, while the comparative legal systems of Austria and Germany have enacted mandatory representation on a much wider basis. Mandatory representation by attorneys (except before the lowest-level courts) is also a feature of the Greek, Italian, Spanish, and partly French and Dutch civil procedures. Due to the growing numbers of cases lodged before courts, modern civil procedure legislations have imposed new procedural duties on the parties and enacted sanctions for non-fulfilment of such duties. Under such rules, the protection of the parties' interests requires representation by a legally qualified person. The precondition for the enactment of mandatory representation by an attorney is the creation of an effective system of free legal aid, which is essential for the protection of the constitutionally guaranteed right to effective judicial protection in cases where economically unequal parties are involved.

Key words: mandatory representation by an attorney, constitutionality of mandatory representation, procedural duties of parties, preclusion of rights, free legal aid

UDK 347.956.6(497.4)

Pravni letopis 2009, str. 21–39

ZOBEC JAN

Ugotavlja je dejanskega stanja na pritožbeni stopnji

Pravica do pritožbe je izrazito zasebno usmerjena. Namenjena je varovanju posamičnega (pritožnikovega) interesa. Ustavno varovano vsebino pravice do pravnega sredstva zato opredeljuje načelo instančnosti, katerega bistvo je, da lahko sodišče druge stopnje presoja odločitev prvostopenjskega sodišča z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o zahtevku. Zato je sporno, ali so nova (razširjena) revizijska pooblastila, ki omogočajo (celo zahtevajo) ne le preizkus, temveč tudi dopolnjevanje dejanskega stanja z dejstvi, o katerih se sodišče prve stopnje ni izreklo, združljiva z ustavno varovano pravico do pravnega sredstva, in če, v katerih primerih in pod katerimi pogoji.

Ključne besede: dejansko stanje, zmotna ugotovitev dejanskega stanja, nepopolna ugotovitev dejanskega stanja, revizijska pooblastila pritožbenega sodišča, pravica do pravnega sredstva, načelo instančnosti.

UDC 347.956.6(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 21–39

ZOBEC JAN

Establishing the State of the Facts at the Appellate Level

The right to appeal has a clear private character. It is focused on protecting the party's private interest. The constitutionally assured essence of the right to legal remedy is therefore defined by the principle of instance, whose essential element means the possibility of the court of second instance to review the lower court decision from all crucial points – including questions of fact. For this reason it could be disputable whether the new (broadened) reformatory powers, that enable (even demand) not only control but also supplementing the lower court's fact finding with the new facts that were not subject of the lower court's deliberation, are in accordance with the constitutional right to legal remedy - and if so, in which cases and under which circumstances.

Key words: determination of the facts of the case, erroneous determination of the facts, incomplete determination of the facts, reformatory powers of the appellate court, right to legal remedy, principle of instance.

UDK 347.958(497.4)

Pravni letopis 2009, str. 41–54

DR. MILE DOLENC

O nekaterih vprašanjih v zvezi z dopuščeno revizijo po ZPP-D

Nova ureditev revizije, ki jo zaznamuje predvsem uvedba dopuščene revizije, je gotovo daljnosežnejša, kot se morda zdi na prvi pogled. Razbremenila bo tisti del Vrhovnega sodišča, ki odloča v pravnem postopku, in mu omogočila, da se bo ukvarjalo na dovolj poglobljen način z bistvenimi vprašanji sodne prakse. Vrhovno sodišče bo s tem prevzelo izjemno odgovornost za delovanje celotnega sodnega sistema in s tem pravne države sploh. Pri tem bo morale s pretanjenim občutkom za pravo mero tehtati med interesi strank v posameznih revizijskih zadevah in interesi pravnega sistema. Najprej bo morale rešiti marsikatero praktično težavo, ki se že kaže ali se bo še pokazala ob udejanjanju novega sistema dopuščene revizije. Da bi svojo vlogo najvišjega sodišča v državi lahko uspešno opravičila tudi v očeh javnosti in strank postopka, pa bo najbrž treba temeljito razmisliti o drugačnih metodah dela in o drugačni organiziranosti.

Ključne besede: dopuščena revizija, vrednost spornega predmeta, pomembno pravno vprašanje, informacijski sistem, pravna država, sodni senat, javna obravnava

UDC 347.958(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 41–54

DR. MILE DOLENC

Certain Issues Concerning the Permitted Revision

The new regime of revision, which is dominated by the introduction of permitted revision, is certainly more far reaching than it might appear at first sight. It will relieve part of the Supreme Court, acting in civil proceedings, of its excessive workload and allow it to deal in sufficient depth with the essential issues of court practice. The Supreme Court will in this way (by selecting cases) assume extreme responsibility for the very functioning of the entire judicial system and the rule of law in general. A refined feeling will be needed in searching for the right balance of the interests of the parties in each of the revision cases and interests of the whole legal system. At the beginning many practical problems, which have already emerged or are yet to be perceived when the new system of permitted revision will be in full use, will have to be resolved. To be successful in the eyes of the public and the parties to the proceedings the Supreme Court, as the highest court in the country, will probably have to thoroughly consider some alternative methods of working and its different internal organization.

Key words: permitted revision, amount in dispute, important legal question, information system, rule of law, court panel, oral hearing

UDK 347.91/.95(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 55–76

PROF. DR. ALEŠ GALIČ

Prve praktične izkušnje z novelo ZPP-D v postopku na prvi stopnji

Najpomembnejša novost v noveli ZPP-D se sicer nanaša na institut dopuščene revizije, obširne pa so tudi spremembe pritožbenega postopka. Vendar je do pomembnih, deloma tudi spornih novosti prišlo tudi glede postopka na prvi stopnji. V prispevku avtor poskuša podati odgovore na nekatera vprašanja, ki so se v prvem letu uporabe zakona postavila v praksi. Nanašajo se med drugim na prekluzije navajanja dejstev in dokazov, sankcije za neaktivnost in procesne napake strank, dokazni postopek ter spor majhne vrednosti.

Ključne besede: pravdni postopek, sodna praksa, procesne sankcije, pisne izjave prič, priznanje dejstev



UDC 347.91/.95(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 55–76

PROF. DR. ALEŠ GALIČ

First Practical Experiences of Courts of First Instance With the 2008 Amendment of the Civil Procedure Act

The most important novelty in the 2008 amendment of the CPA relates to the introduction of the leave to appeal system for the access to the Supreme court. There are substantial changes in the proceedings in court of appeals as well. However, important and partially disputed novelties have been introduced concerning proceedings in first instance courts as well. In the article the author tries to give answers to certain questions, which have been raised in practice during the first year since the CPA amendment has been in force. These refer, *inter alia*, to time-limits for asserting new facts and evidence, sanctions for parties' inactivity and procedural irregularities, to the taking of evidence and to small claims procedure.

Key words: civil procedure, case law, procedural sanctions, depositions, admission of facts

UDK 347.262(497.4)

Pravni letopis 2009, str. 89–98

PROF. DR. MATJAŽ TRATNIK

Služnost v javno korist

Služnosti v javno korist so služnosti, ki so ustanovljene v korist države, lokalne skupnosti, izvajalcev javnih služb in nosilcev različnih infrastrukturnih dejavnosti. Služnosti v javno korist se praviloma ustanavljajo kot neprave stvarne služnosti, v določenih primerih pa se lahko ustanovijo tudi kot prave stvarne služnosti. Uporaba zasebnopravnih oblik za javnopravni namen služnosti v javno korist nujno vodi do določenih dilem, ker stvarnopravna ureditev ne upošteva specifičnosti tovrstnih služnosti. Tu gre zlasti za vprašanje prenosljivosti in za omejitve trajanja nepravih stvarnih služnosti na 30 let. Po avtorjevem mnenju je ureditev služnosti v javno korist v našem pravu neustrezna, ker zakonodajalec navedene probleme poskuša rešiti s sektorskim pristopom, namesto da bi služnost v javno korist uredil na splošno in pri tem določil nekatere izjeme od splošne ureditve služnosti v SPZ in ZZK-1.

Ključne besede: služnosti v javno korist, neprave stvarne služnosti, javna korist, razlastitev, javne (gospodarske) službe

UDC 347.262(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 89–98

PROF. DR. MATJAŽ TRATNIK

Servitudes in Public Interest

Servitudes in public interest are servitudes that are established to the benefit of the State, local authorities, and undertakings, which perform public services and various infrastructural activities. They are mainly established under the Property Code 2003 as irregular servitudes, and in some cases as regular servitudes, as well. The use of civil law concepts for the public purpose of servitudes in public interest necessarily leads to certain difficulties, because the civil law does not take into account the specific features of such servitudes. In author's view is the statutory regulation servitudes in public interest in Slovenian law inadequate, because the legislator is using sectoral approach, instead of a general regulation, where certain exceptions as regards the Property Code 2003 and the Land Register Act 2003 could be provided for.

Key words: servitudes in public interest, irregular servitudes, public interest, expropriation, public (economic) services

UDK 347.235:33.025.28(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 129–149

DR. MATIJA DAMJAN

Privatizacija nekdanjih dobrin v splošni rabi in varstvo javnega interesa

V procesu preoblikovanja nekdanje družbene lastnine v klasično lastnino po letu 1991 so se v številnih primerih kot novi lastniki objektov javne infrastrukture, zlasti cest in drugih javnih površin, v zemljiško knjigo vpisali zasebni subjekti, ki so s tem vsaj formalno pridobili pravico preprečiti javno rabo teh nepremičnin. Tovrstne zlorabe je omogočala zlasti razdrobljena zakonodaja, ki je urejala lastniški status javne infrastrukture, in neurejenost zemljiške knjige. Država in občine so predolgo odlašali z razglasitvijo statusa javnega dobra na javnih površinah, ažuriranjem vpisov v zemljiški knjigi in uporabo pravnih sredstev za zavarovanje javnega interesa. Vseeno je z upoštevanjem celotne relevantne zakonodaje ter pravilno uporabo instituta dobre vere objekte javne infrastrukture mogoče povrniti v javno last. V poštev pridejo tudi nekatera posebna pravila iz prehodnih določb ZGO-1 in ZVEtL.

Ključne besede: javna infrastruktura, družbena lastnina, lastninjenje, nepremičnine, pripadajoča zemljišča, javna lastnina, javno dobro

UDC 347.235:33.025.28(497.4)
Pravni letopis 2009, pp. 129–149

DR. MATIJA DAMJAN

The Privatisation of the Former Public-Use Property and the Protection of the Public Interest

During the transformation of the former social property into classic form of property after 1991, private entities managed, in many cases, to be entered in the land register as the new owners of public infrastructure objects, esp. roads and other public spaces, and thereby formally gaining the right to prevent public use of this property. Such abuses were made possible by the fragmented legislation on the ownership of public infrastructure and by the inaccurate land register records. The state and municipalities were too reluctant in declaring the public legal status of public infrastructure, updating land register records and using legal remedies for the protection of the public interest. Nevertheless, it remains possible to reclaim public infrastructure objects into public ownership by taking into account the entire set of rules contained in privatisation legislation, and through application of the instrument of good faith. Certain special rules contained in the transitory provisions of the Construction Act and the Establishment of Floor Ownership Act may also be used for this purpose.

Key words: public infrastructure, social property, privatisation, real property, appertaining land, public property, public good

UDK 347.637(497.4)

Pravni letopis 2009, str. 185–201

DR. MATEJA KONČINA PETERNEL

Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi

Zakonodajalec je po odločbah Ustavnega sodišča RS št. U-I-273/98 in U-I-312/00 delno spremenil pravno ureditev ukrepov za varstvo otrokovih koristi. Posledica delnega urejanja je neuskklajena pravna ureditev, ki žal ne sodišču ne CSD ne dajejo podlage za učinkovito in celovito zaščito otroka. Če želimo doseči kvalitetno varstvo otrokovih koristi, bo treba v novem DZak pristojnost za odločanje o vseh ukrepih za varstvo koristi otroka prenesti na sodišča (razen nujnega odvzema otroka) in enotno urediti tudi, ali bo poleg odločitve o ukrepih za varstvo otrokovih koristi (odvzem otroka, omejitev pravic staršev ...) v pristojnosti sodišč tudi odločitev o vrsti nadomestnega varstva in vzgoje (rejništvo, namestitve v zavod, skrbništvo). Ukrepe po Zakonu o preprečevanju nasilja v družini (ZPND), ukrepe, ki jih lahko policija in sodišče izreče v predkazenskih in kazenskih postopkih, in ukrepe po ZZZDR bo treba povežati v celoto. Zaradi delnega in neuskklajenega spreminjanja ZZZDR in ZPP so postopkovna vprašanja delno urejena v ZZZDR, delno v ZPP, pravna ureditev v obeh pa marsikdaj tudi ni usklajena. O vrsti zadev po zadnji noveli ZZZDR sodišča odločajo v nepravdnem postopku (otrokovi stiki, spor glede izvrševanja roditeljske pravice), ZNP pa ni bil noveliran, tako da nekatera postopkovna vprašanja sploh niso urejena. Prav zato bi morali ob sprejemu novega DZak tudi na novo urediti postopke za odločanje o družinskopravnih zadevah in določiti tudi, v katerem postopku se odloča o ukrepih po ZPND.

Ključne besede: starševstvo, roditeljska pravica, ukrepi za varstvo koristi otrok, odvzem otroka, oddaja otroka v zavod, rejništvo

UDC 347.637(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 185–201

DR. MATEJA KONČINA PETERNEL

Removal and Accommodation of Children by Protection Orders

According to the decisions of the Constitutional Court of the RS in cases No. U-I-273/98 in U-I-312/00 the legislator has only partially amended the Marriage and Family Relations Act. That is a reason why regulation is not harmonized and does not give basis for the effective protection of the child in need. In new Family Code the jurisdiction for the application of all measures for the protection of child should be transferred to the court (except emergency measures). The jurisdiction for making decisions about the type of substitute care (fostering, guardianship, registered children's homes) should be regulated consistently. It is necessary to link all the measures for the protection of children according to the Violence Protection Act, Family Code and Police Act into a harmonized system. The procedure in family matters is now regulated partially in the Marriage and Family Relations Act, partially in the Civil Procedural Act. It should be amended and regulated only in Procedural Acts or in a special chapter of Family Code.

Key words: parenthood, parental responsibility, measures for the protection of children, fostering, guardianship

UDK 346.546(497.4):061.1EU,
346.546(73)
Pravni letopis 2009, str. 205–223

DR. KLEMEN PODOBNIK

Program prizanesljivosti – novost v slovenski konkurenčnopravni ureditvi

Določba 76. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence je novost v slovenski konkurenčnopravni ureditvi. Institut odpustitve in zniževanja sankcij udeležencem omejevalnih sporazumov in usklajenih ravnanj, ki preprečujejo, izkrivljajo ali ovirajo konkurenco, je primarno namenjen hitrejšemu zaznavanju kartelnega poslovnega vedenja in posledično odpravljanju njegovih negativnih posledic. Prispevek analizira slovensko ureditev, ki sledi tisti Evropske unije, pri čemer avtor opozarja na določene pravne in dejanske pomanjkljivosti, ki jih je treba odpraviti, če naj program deluje učinkovito in dosega svoje cilje. Primerjalno sta predstavljena tudi oblika in način delovanja instituta v konkurenčnem pravu Združenih držav Amerike ter nekateri novejši teoretični koncepti.

Ključne besede: konkurenčno pravo, omejevalni sporazumi, kartel, odpustitev sankcij, program prizanesljivosti, ZPOMK-1

*UDC 346.546(497.4):061.1EU,
346.546(73)
Pravni letopis 2009, pp. 205–223*

DR. KLEMEN PODOBNIK

Leniency Programme – A Novelty in the Slovenian Competition Regulation

The provision of Article 76 of the Prevention of Restriction of Competition Act is a novelty of the Slovenian competition regulation. The system of immunity from fines and the reduction of fines to parties of anti-competitive agreements or concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition, is primarily aimed to uncover and put an end to cartel business practices and their negative consequences. The article analyzes the Slovenian leniency programme which was modelled upon the Leniency Notice of the European Commission. The author detects certain factual and legal deficiencies which are yet to be abolished for the system to work efficiently and attain its goals. In addition, comparative analysis of the leniency system in the United States, as well as some recent theoretical concepts are presented.

Key words: competition law, antitrust, restrictive practices, cartels, leniency, immunity from fines

UDK 346.546(497.4)

Pravni letopis 2009, str. 225–234

DR. BORUT BRATINA

Konkurenčno pravo in ZGD-1

Avtor analizira uporabo določb ZPOmK-1 in ZGD-1 ter ZPre-1. Na kratko predstavi ureditev omejevalnih dejanj in koncentracije podjetij. Pri tem opozori na različno uporabo posameznih pojmov v ZPOmK-1 in v korporacijskem pravu. Nadalje analizira ukrepe Urada RS za varstvo konkurence (UVK), ki lahko pomembno posežejo v korporacijska razmerja med družbeniki, in zato ugotavlja, da mora UVK skrbno in preudarno uporabljati svoja zakonska pooblastila.

Ključne besede: omejevalna ravnanja, koncentracije podjetij, Urad RS za varstvo konkurence, korporacijske pravice

UDC 346.546(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 225–234

DR. BORUT BRATINA

Competition Law and the Companies Act

In this article the author analyses the use of the provisions of the Prevention of Restriction of Competition Act (ZPOmK-1), the Companies Act (ZGD-1) and the Takeovers Act (ZPre-1). In short he introduces the regulation of restrictive actions (agreements) and concentrations of undertakings. Beside that he gives attention to different use of separate legal terms in the Prevention of Restriction of Competition Act (ZPOmK-1) and in corporate law. Furthermore he analyses the measures of the Competition Protection Office, which can significantly interfere in corporate relationships between business partners and therefore he ascertains that the Competition Protection Office must carefully and deliberately use its statutory power.

Key words: restrictive actions, concentration of undertakings, Competition Protection Office, corporate rights

UDK 346.545:061.1EU
Pravni letopis 2009, str. 235–261

DOC. DR. MAJA BRKAN

Novejša sodna praksa Sodišča ES in Sodišča prve stopnje ES na področju prava konkurence Skupnosti

Avtorica obravnava novejšo sodno prakso Sodišča ES in Sodišča prve stopnje ES na področju prava konkurence Skupnosti. Izbrane so najpomembnejše zadeve s področja kartelnih sporazumov, zlorabe prevladujočega položaja, državnih pomoči in koncentracij, o katerih sta sodišči odločali pred kratkim. Avtorica umesti zadeve v teoretični okvir in analizira pomen te sodne prakse za razvoj prava konkurence Skupnosti. Slednjič analizira tudi pomen te sodne prakse za slovensko pravo in prakso.

Ključne besede: konkurenca, omejevalni sporazumi, zloraba prevladujočega položaja, državne pomoči, koncentracije, sodna praksa Sodišča ES, pomen za slovensko sodno prakso

UDK 346.545:061.1EU

Pravni letopis 2009, pp. 235–261

DOC. DR. MAJA BRKAN

Recent Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance in the Field of EC Competition Law

The author presents the recent case law of the European Court of Justice and the Court of First Instance in the field of EC competition law. The most important recent cases regarding cartels, abuse of dominant position, state aids and concentrations are discussed. The author places these cases in the theoretical framework and analyses the importance of this case law for the development of EC competition law. Finally, the importance of this case law for Slovene legislation and case law is discussed.

Keywords: competition, agreements between undertakings, abuse of a dominant position, state aids, concentrations, ECJ case law, importance for Slovenian case-law

UDK 346.546(497.4):061.1EU
Pravni letopis 2009, str. 263–273

MAG. MARTINA SEVER

Vežanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in Urada za varstvo konkurence

Prispevek obravnava institut vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije, kakor je urejen v določbi 1. odstavka 16. člena Uredbe 1/2003 in sodni praksi Sodišča Evropskih skupnosti, in institut vežanosti nacionalnega sodišča na odločbe Urada za varstvo konkurence, kakor je urejen v določbi 2. odstavka 62. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1). Pri razlagi institutov, ki nedvomno olajšujeta delo pravnemu sodišču, ko odloča o sporazumih, sklepih ali usklajenih ravnanjih iz 81. člena PES ali 6. člena ZPOmK-1 ali o ravnanjih iz 82. člena PES ali 9. člena ZPOmK-1, avtorica izhaja iz samega namena obeh institutov, ki je v zagotavljanju enotne uporabe pravil skupnostnega in nacionalnega antitrusta in zagotavljanju načela pravne varnosti.

Ključne besede: vežanost nacionalnega sodišča na odločbo Evropske komisije, vežanost nacionalnega sodišča na odločbo Urada za varstvo konkurence, določba 16/1 Uredbe 1/2003, Obvestilo Komisije o sodelovanju med Komisijo in nacionalnimi sodišči držav članic EU pri uporabi 81. in 82. člena PES, določba 62/2 ZPOmK-1

UDC 346.546(497.4):061.1EU
Pravni letopis 2009, pp. 263–273

MAG. MARTINA SEVER

Binding Effect of the Commission Decision and of the Slovene Competition Authority Decision on the National Court

This article analyses the question of the binding effects of the Commission decisions on the national courts pursuant to Article 16/1 of Regulation 1/2003 and the case law of the European Court of Justice as well as the question of the binding effects of the Slovene Competition Authority decisions on the national courts pursuant to Article 62/2 of The prevention of Restriction of Competition Act (ZPOmK-1). When interpreting these institutions that clearly facilitate the task of the civil court when ruling on agreements, decisions or concerted practices pursuant to Article 81 of the EC Treaty or Article 6 of the ZPOmK-1 or practices pursuant to Article 82 of the EC Treaty or Article 9 of the ZPOmK-1 the authoress considers the purpose of both of these institutions, namely the uniform application of the European and national competition law and the provision of the principle of legal certainty.

Key words: binding effects of the Commission decisions on national courts, binding effects of the Slovene Competition Authority decisions on national courts, Article 16/1 of Regulation 1/2003, Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, Article 62/2 of ZPOmK-1

UDK 347.72.036:347.5(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 277–291

DOC. DR. BARBARA RAJGELJ

Izvršni in neizvršni direktorji z vidika zastopanja družbe in odškodninske odgovornosti

Prispevek obravnava razmerje med izvršnimi in neizvršnimi direktorji v slovenskem enotirnem sistemu upravljanja delniških družb, v katerem je poslovodni in nadzorstveni organ družbe upravni odbor. Poudarek analize je na razlikah in podobnostih, ki obstajajo med obema vrstama direktorjev z vidika njihovih pristojnosti, zlasti zastopanja ter odškodninske odgovornosti. Ker so določbe o pristojnostih upravnega odbora dispozitivne, v praksi lahko nastopijo različne oblike delovanja enotirnega sistema, kar je zlasti odvisno od tega, ali v družbi obstaja delitev na neizvršne in izvršne direktorje, in v primeru, ko ta delitev obstaja, od tega, ali so izvršni direktorji hkrati člani upravnega odbora ali ne. Kadar v upravnem odboru ni delitve na izvršne in neizvršne direktorje, so vsi člani upravnega odbora zakonski zastopniki družbe. V trenutku, ko upravni odbor izmed svojih članov imenuje izvršnega direktorja, kar je obvezno pri javnih delniških družbah, ta po zakonu zastopa in predstavlja družbo, če pa so izvršni direktorji imenovani izmed oseb, ki niso hkrati člani upravnega odbora, ti niso zakonski zastopniki družbe, ampak jim družba lahko podeli pravnoposlovno pooblastilo ali tudi prokuro. V sistemu, ki pozna delitev na izvršne in neizvršne člane upravnega odbora, se odškodninska odgovornost prvih približuje tisti članov uprave, drugih pa tisti članov nadzornega sveta v dvotirnem sistemu.

Ključne besede: korporacijsko upravljanje, enotirni sistem, upravni odbor, izvršni direktorji, izvršni član upravnega odbora, neizvršni člani upravnega odbora, zastopanje, odškodninska odgovornost

UDC 347.72.036:347.5(497.4)
Pravni letopis 2009, pp. 277–291

DOC. DR. BARBARA RAJGELJ

The Executive and Non-Executive Directors' Power of Representation and Liability for Damages

Article addresses relationship between executive and non-executive directors in Slovenian one-tier model of corporate governance. The analysis focuses on differences and similarities between both types of directors regarding their competences, in particular their power of representation and liability for damages. As provisions on directors' competences are of non-compelling nature, there are many different types of boards of directors in everyday business practice. Their mode of action basically depends on whether the governance structure is divided into executive and non-executive directors and in case of such division whether executive directors are members of the board. If division between executive and non-executive directors doesn't exist, every member of the board represents a company by the law. If the board appoints an executive director from among its members (which is obligatory for listed companies) he/she becomes statutory representative of the company. If the executive directors are appointed from among employees not being members of the board, they are not statutory representatives of the company. In comparison with two-tier board, when the board is divided into executive and non-executive members, the liability of the former is very similar to that of the management board members and liability of the latter is similar to that of the supervisory board members.

Key words: corporate governance, one-tier model, board of directors, executive director, executive member of the board of directors, non-executive member of the board of directors, representation, liability for damages

UDK 347.725:347.72.036(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 293–305

DOC. DR. PETER PODGORELEC

Primernost preoblikovanja delniške družbe iz dvotirnega v enotirni sistem upravljanja

Od uveljavitve prenovljenega Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1 naprej lahko delniške družbe prosto izbirajo med dvotirnim in enotirnim sistemom upravljanja. Za izbiro normativno dograjenega enotirnega sistema so se verjetno najlažje odločile tiste družbe, ki že pred tem niso bile dolžne oblikovati nadzornega sveta, kar pa so bili le redki primeri. Druge družbe morajo oceniti, ali in koliko je zanje primernejši prehod iz dosedanjega dvotirnega na enotirni sistem upravljanja. Avtor v prispevku zagovarja tezo, da je enotirni sistem primeren predvsem za nejavne družbe s koncentrirano strukturo delničarjev, v katerih imajo močni delničarji interes, da se aktivneje vključijo v upravljanje tako na strateškem kot na operativnem nivoju. Enotirni sistem bi lahko bil zelo primeren za hčerinske družbe v dejanskem koncernu, vendar pa je težava v tem, ker naš zakon zahteva, da ima upravni odbor vsaj tri člane.

Ključne besede: upravljanje delniških družb, izbira sistema upravljanja, enotirni sistem, dvotirni sistem, struktura delničarjev

UDC 347.725:347.72.036(497.4)
Pravni letopis 2009, pp. 293–305

DOC. DR. PETER PODGORELEC

Adequacy of Conversion of Public Limited Company from a Two-tier into a One-tier Management System

From the enactment of the amended Companies Act – ZGD-1 on, Public Limited Companies can choose between the two-tier and one-tier management systems. The companies which were not beforehand obliged to form a Supervisory Board very often decided to choose the standard one-tier system, but this was rarely the case. Other companies have to assess whether and to what extent is the transfer from the previous two-tier to one-tier management system more appropriate for them. The author of the contribution advocates a thesis that the one-tier system is adequate, especially for non-public companies with a concentrated shareholder structure, with strong shareholders interested in being included more actively into the management at the strategic as well as the operative level. The one-tier system could be very appropriate for subsidiaries in the actual concern, but the problem is that our legislation demands for the management board to consist of at least three members.

Key words: management of Public Limited Companies, selection of the management system, one-tier system, two-tier system, shareholder structure

UDK 340.134:342.534(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 343–354

PROF. DR. ALBIN IGLIČAR

Subjektivni pogledi poslancev na zakonodajo in nomotehniko

V Republiki Sloveniji je edini zakonodajalec Državni zbor. Količinski vidik njegove dejavnosti je povsem primerljiv s povprečnim številom zakonov, ki jih letno sprejemajo parlamenti, to je okrog sto. Manj zadovoljiv je kakovostni vidik slovenske zakonodaje, saj je v slovenskem pravnem sistemu mnogo preveč zakonskih novel in zakonov, ki se sprejemajo po izjemnih nujnih in skrajšanih zakonodajnih postopkih. Prikazano stanje so samokritično ocenili tudi poslanci v anketnem povpraševanju ob koncu njihovega štiriletnega mandata (2004–2008). Subjektivni pogledi »konkretnih zakonodajalcev« odražajo stanje pravne zavesti v nacionalnem predstavniškem telesu. Tako s subjektivnega kot z objektivnega vidika je znaten del zakonodajne pristojnosti Državnega zbora po letu 2004 pogojen s članstvom Slovenije v Evropski uniji. Narava zakonodajnega dela poslancev se je zato precej spremenila. Na eni strani poslanci Državnega zbora sodelujejo pri sprejemanju »evropske zakonodaje« s svojimi stališči in mnenji do predlogov evropskih uredb in direktiv, ki jih posredujejo vladi predvsem preko Odbora za zadeve Evropske unije. Po drugi strani pa je precejšen del zakonodajnega odločanja v Državnem zboru narekovan z implementacijo »evropskih« direktiv v slovenski pravni sistem.

Ključne besede: zakonodajalec, zakonodajni postopek, predlog zakona, poslanec, uredba, direktiva, implementacija, stališča, Evropski parlament, Svet ministrov

UDC 340.134:342.534(497.4)
Pravni letopis 2009, pp. 343–354

PROF. DR. ALBIN IGLIČAR

Subjective Aspects of Deputies on Legislatures and Nomo-technique

The only legislator in the Republic of Slovenia is the National Assembly of the Republic of Slovenia. From the quantity point of view its activity is quite comparable with the average number of acts passed by other parliaments, namely around 100. Yet the quality of the acts it has adopted is less satisfying. Too many amending statutes and laws are adopted through a necessary and summary procedure. The deputies themselves were self-critical in an evaluation they made through a questionnaire at the end of the four-year mandate (2004 – 2008). From subjective and objective points of view, the main part of the Slovenian parliament's competence after 2004 relates to membership in the European Union. The deputies are involved in the European legislative procedure through a special committee to which they send their statements. On the other side, a very big part of the legislature depends on the implementation of European directives in the Slovenian legal system.

Key words: legislator, legislative procedure, bill, deputy, regulation, directive, implementation, statements, European Parliament, Council of the European Union

UDK 342.733-053.2:[347.635+37.014.5]
Pravni letopis 2009, str. 391–400

BARBARA NOVAK

Starševska upravičenja v zvezi s šolanjem otroka

V šoli se pravice staršev, da izobražujejo in vzgajajo svoje otroke, srečajo z izobraževalno-vzgojnim pooblastilom, ki ga je šoli podelila država. Razmerja med starši, šolo in državo zadevajo tudi pravice otroka. Ne bi bilo naravno, če bi država, šola, starši in otrok oblikovali svoja medsebojna razmerja povsem nekonfliktno, toda na redkokaterem področju družbenega življenja se tako jasno pokažejo konfliktni potenciali v odnosih med otroci, starši in državo kot na področju šolstva. Pri vsej množici teorij in pogledov v zvezi s številnimi problemi glede pravic staršev in njihovih otrok pa je danes na področju šolskega prava razbrati eno samo zares pomembno interpretacijsko pravilo: korist otroka.

Ključne besede: starševske pravice, otrokova korist, temeljne človekove pravice, šola, država

UDC 342.733-053.2:[347.635+37.014.5]

Pravni letopis 2009, pp. 391–400

BARBARA NOVAK

Parental Rights in the Process of Schooling their Children

In the school parental rights to educate and to bring up their children meet the state mandate of the school to educate and to bring up their pupils. The relations between parents, school and state also concern children's rights. It is unusual when the state, the school, parents and the child create their relationship fully without conflicts, but there are not many areas of social life where the conflicts between children, parents and the state are so clearly manifested as in the school system. For solution of these conflict relations it is of great importance to follow the principle of the child benefit.

Key words: parental rights, child benefit, fundamental rights, school, state

UDK 347.515.3:343.222.4(497.4)
Pravni letopis 2009, str. 401–409

DR. DAMJAN KOROŠEC

Kazenska odgovornost učitelja v zvezi z nasiljem v šoli

Za temeljno razumevanje po naravi stvari nelahkih vprašanj kazenske odgovornosti učitelja za kazniva dejanja z elementi nasilja v šolskem okolju avtor najprej prikaže delitev t. i. izvršitvenih ravnanj na storitvena in opustitvena. Na ravni dogmatike materialnega kazenskega prava, pravnih predpisov in številnih ponazoritvenih primerov iz šolske prakse nato prikaže storitve, prave in neprave opustitve učitelja, vključno s problematiko objektivne pripisljivosti opustitvenemu ravnanju. Izčrpno pregleda najpomembnejše inkriminacije, ki prihajajo za kazensko odgovornost učitelja v zvezi s kaznivimi dejanji z elementi nasilja v poštev v zvezi z delom v šolskem okolju po slovenski kazenski zakonodaji (Kazenski zakonik, KZ-1, *Uradni list RS*, št.: 55/08, 66/08, 39/09).

Ključne besede: kazensko materialno pravo, Slovenija, šola, nasilje

UDC 347.515.3:343.222.4(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 401–409

DR. DAMJAN KOROŠEC

Criminal Liability of the Teacher Regarding Violent Crimes in Schools

It is important to understand, that a teacher as perpetrator of criminal acts in school can be criminal liable for commissions, for omissions and for commissions by omissions. On the level of theory of substantive criminal law, legal norms as well as several examples from the praxis of Slovenian schools the author shows the main differences between these categories of crimes, including interesting special problems of pseudo-causality in omissions and analyzes several incriminations of violent conduct in the Slovenian Criminal Code (KZ-1, *Official Journal of the Republic of Slovenia*, Nr. 55/08, 66/08, 39/09), where the teacher can be held liable, all with special focus on commissions by omission. The goal of the article is to show the teacher how to avoid not only violent acts in schools, but also his own criminal liability for violent acts in school.

Key words: Substantive Criminal Law, Slovenia, School, Violence, Teacher

UDK 37.018(497.4)

Pravni letopis 2009, str. 413–427

JANEZ KOSTANJEVEC

Pravni in praktični vidiki nadzorstva v vzgojno-izobraževalnih zavodih

Država sprejema obvezujoče predpise in mora kot suveren subjekt oblasti poskrbeti tudi za njihovo dosledno izvajanje. Nikomur ne služijo predpisi, ki so zgolj na papirju, njihov učinek pa ni viden v praksi. Inšpekcijski nadzor kot ena ključnih funkcij javne uprave zagotavlja nadzor nad izvrševanjem predpisov ter nudi tudi povratne informacije upravi. V našem primeru predvsem Ministrstvu za šolstvo in šport, da se seznanijo z učinki sprejetih predpisov ter oblikuje ustrezne spremembe in ukrepe. Nadzorno funkcijo kot del izvršilnih nalog z delovnega področja šolskega ministrstva pa izvaja Inšpektorat RS za šolstvo in šport kot državna inšpekcijska služba in organ v sestavi navedenega ministrstva.

Nadzor na področju šolstva je potreben predvsem zato, da se zagotovi spoštovanje zakonitosti in s tem zaščita pravic predšolskih otrok, učencev, vajencev, dijakov, študentov in udeležencev izobraževanja odraslih ter strokovnih delavcev.

Ključne besede: inšpekcijski nadzor, šolstvo, nadzorna funkcija, zaščita pravic predšolskih otrok, spoštovanje zakonitosti

UDC 37.018(497.4)

Pravni letopis 2009, pp. 413–427

JANEZ KOSTANJEVEC

The Legal and Practical Aspects of Supervising in Educational Institutions

State accepting obligatory regulations and as a sovereign subject of authority must take care of their consistent performance. No one needs regulations, which is only written down, but their effects are not evident in practice. Inspection supervising as one of the major function of the public administration is assuring supervising on performing regulations and it is also offering feed back to administration. In our case to Ministry for school and sport , especially to make known the ministry with effects of accepted regulations and to form suitable changes and steps. The supervising function as a part of the executive task from the working field of the ministry is preforming by the Inspection RS for school and sport as a state service and as a body in combination with ministry. Supervising the field of school is necessary first of all to assure respect legality and to protect the rights of the children under school age, pupils, apprentices, students and participants of education for adults and professionals.

Key words: inspection supervising, scholl, supervising function, protecting the rights of the children under school age, respection of legality

UDK 342.733-053.2:[347.635+37.014.5]

Pravni letopis 2009, str. 429–451

TANJA SUŠA

Zagovornik otrokovih pravic na področju šolskega prava

Razen nekaterih redkih avtorjev slovenska pravna teorija na področju šole do sedaj ni namenjala veliko pozornosti razmerju med starši, otrokom in šolo. Država in pravna teorija bi se morali bolj zavedati občutljivosti otrokovih pravic na področju šole. Pomembno je poudariti, da otroci niso le objekt vzgoje in izobraževanja in s tem objekt pravic, temveč je treba upoštevati njihovo dostojanstvo in jih v vseh ravnanjih in postopkih, v katerih so udeleženi, obravnavati kot nosilce človekovih pravic. Institut zagovornika bi omogočal otroku (učencu, dijaku) ustrezno aktivno sodelovanje v procesih odločanja v postopkih vzgoje in izobraževanja in ga tako postavil v vlogo samostojnega nosilca pravic in obveznosti.

Mednarodni pravni dokumenti in slovenska Ustava nas zavezujejo, da morajo biti pri vseh dejavnostih in postopkih v zvezi z otrokom njegove koristi glavno vodilo. Upravni organi morajo kot izvajalci javne službe (sem sodijo osnovne šole, srednje šole, javni sklad v sklopu šole itd.) postopati po določilih Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP) vselej, kadar gre za odločanje o pravicah in obveznostih uporabnikov javne službe (učencev, dijakov, študentov itd.). V postopkih, kjer se smiselno ali subsidiarno uporabljajo določila ZUP, sodi v minimalen nabor norm, ki bi jih morali upoštevati, pravica stranke do zastopnika. Prav tako ZUP v svojih določilih opredeljuje zastopnika poslovno nesposobne osebe, kamor sodi tudi otrok do dopolnjenega 15. leta starosti.

Primeri iz prakse (neobiskovanje pouka šoloobveznih otrok, izrekanje vzgojnih ukrepov dijakom itd.) kažejo na dejstvo, da so otrokove pravice v vzgoji in izobraževanju občutljivo področje, zato bi bilo treba implementirati institut zagovornika v krovne zakone s področja vzgoje in izobraževanja. Le ustrezen zakon lahko namreč določa pravice in obveznosti posameznih subjektov (ne pa na primer podzakonski akt). Še toliko bolj pa velja, da bi bilo institut zagovornika otroka treba vključiti v obstoječo šolsko zakonodajo, ko govorimo o uveljavljanju pravic otrok s posebnimi potrebami. Tu gre za otroke, ki so kakorkoli ovirani v normalnem razvoju in potrebujejo prilagoditve za kakovostnejše življenje. Na tak način bi se zagotovilo tudi učinkovito izvajanje predpisov s področja usmerjanja otrok s posebnimi potrebami, saj bi zagovornik pripomogel k ozaveščanju staršev in izvajalcev javnih služb, ki se pri delu

vsakodnevno srečujejo s temi otroki. Ozaveščeni starši in izvajalci javnih služb pa pa lahko pozitivno pripomorejo k razvoju prakse, kar bo prav tako v korist otrokom.

Področji družinskega in šolskega prava sta med seboj zelo povezani in prepleteni. Na to kaže že dejstvo, da imajo tako šola (v okviru izvajanja javne službe) kot tudi starši (v okviru roditeljske pravice) nalogo izobraževati in vzgajati. Predlog novega Družinskega zakonika uvaja institut zagovornika otroka, ki je predviden za izboljšanje položaja otroka v postopkih in aktivnostih v zvezi z njim. Vzporedno z uvedbo instituta zagovornika otroka na področju družinskega prava bi bilo otroku treba zagotoviti tudi posebnega, neodvisnega zastopnika na področju šolskega prava, ki bi otroku na njegovo željo pomagal v tovrstnih postopkih izraziti mnenje in bi poskrbel, da bi vsi postopki, opredeljeni v predpisih za vzgojo in izobraževanje, potekali pravilno (skladno z zakonodajo) in pravočasno.

Ključne besede: otrokove pravice, zagovornik, otrokova korist, izvajalci javne službe, otoci s posebnimi potrebami, družinsko pravo, šolsko pravo

UDC 342.733-053.2:[347.635+37.014.5]

Pravni letopis 2009, pp. 429–451

TANJA SUŠA

Children's Rights Advocacy in the Field of School Law

Apart from some rare authors, Slovenian school-related law theory has not dedicated much attention to the parents – child – school relationship. The State and its legal theoreticians should be more alert to the vulnerability of children's rights in the school environment. Children are not just an object of training and education and thus an object of rights for it is essential to also consider their dignity and to treat them as bearers of human rights in all matters and procedures in which they are involved. The institute of children's right advocacy would allow the child (schoolchild, pupil) to take an active part in the decision-making processes in education, thus entrusting him with the role of an independent bearer of rights and obligations.

According to the binding international legal documents and the Slovenian Constitution the best interests of the child shall be a primary consideration in all matters and procedures affecting him. Administrative organs as public service providers (elementary schools, secondary schools, public funds within schools etc.) have to proceed in conformity with the provisions of the General Administrative Procedure Act (GAPA) whenever deciding on the rights and obligations of users of public services (schoolchildren, pupils, students etc). In the procedures governed by the provisions of the GAPA or where these provisions are applied subsidiary, the right of the party to legal representation makes part of the basic norms that shall be duly met at all times. The GAPA provisions also define legal representative of an unemancipated person such as a minor less than 15 years of age.

The cases observed in practice (school absenteeism, imposition of correctional measures on pupils etc.) highlight the fact that children's rights in the field of education are vulnerable; in consequence, the institute of children's right advocacy should be implemented in the umbrella acts relating to training and education. A suitable law alone (not an implementing regulation) can lay down the rights and obligations of single subjects. So it would be all the more important to incorporate the institute of children's right advocacy into the existing school legislation when dealing with the enforcement of rights for children with special needs. The question is of children suffering from developmental disorders and requiring adaptations for a better quality of life. This would ensure an efficient implementation of provisions concerning

children with special needs as the advocate would rise the awareness of both parents and public service providers whose work brings them in daily contact with these children. Well-informed parents and public service providers can likewise contribute to the development of a practice that will benefit children.

The areas of family and school laws are closely related to one another and interwoven with numerous ties. This obviously follows from the fact that both the school as a public service provider and parents with their parental rights are tasked to form and educate. The draft of the new Family Code introduces the institute of children's rights advocacy with an aim to improve the status of the child in all relevant procedures and activities. In parallel with the introduction of the children's rights advocacy institute in the area of family law the child should also have access to an independent representative in the field of school law who would, at the child's request, assist the child to express his opinion and to make sure that all procedures as defined in the provisions on training and education are carried out correctly (in conformity with the law) and in due course.

Key words: children's rights, advocate, child's best interest, public service providers, children with special needs, family law, school law

