PRAVOSODNI BILTEN

1/2016

UREDNIŠKI ODBOR

Predsednica Uredniškega odbora
mag. Nina BETETTO
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

Namestnica predsednice
dr. Tadeja JELOVŠEK
Ministrstvo za pravosodje

Člani:
Boris OSTRUH
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

Mateja SENIH
Državno pravobranilstvo Republike Slovenije

doc. dr. Rok ČEFERIN
Odvetniška zbornica Slovenije

Andrej DOKLER
Notarska zbornica Slovenije

Tajnica uredniškega odbora
Špela EST
Ministrstvo za pravosodje
tel. št. 01/369 52 98

Izdaja
Ministrstvo za pravosodje
Center za izobraževanje v pravosodju
Ljubljana, Župančičeva 3

Jezikovno uredil
Sektor za prevajanje Generalnega sekretariata Vlade Republike Slovenije

Periodičnost
4 številke letno

Naklada
500 izvodov

Grafična priprava, prelom in tisk
grafex agencija | tiskarna

PREGLED VSEBINE

ZNANSTVENI ČLANKI

dr. Suzana Kraljić
izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru
12. ČLEN KOP – PRAVICA OTROKA DO SVOBODNEGA IZRAŽANJA V SODNIH IN UPRAVNIH POSTOPKIH 11

ČLANKI

dr. Liljana Selinšek
Ministrstvo za pravosodje
SESTAVINE SODBE O PREKRŠKU 33

Tomaž Pavčnik
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
RAZMERJE MED UPRAVNIM IN CIVILNIM POSTOPKOM: NEKATERA NEVRALGIČNA IN/ALI HARMONIČNA STVARNOPRAVNA STIČIŠČA 55

doc. dr. Matija Damjan
raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
SLUŽNOST V JAVNO KORIST 69

dr. Boštjan Tratar
generalni državni pravobranilec Republike Slovenije
docent na Fakulteti za državne in evropske študije
POMEN PRAVICE DO OSEBNE SVOBODE V LUČI POVRAČILA ŠKODE OSEBAM, KI SO BILE NEUPRAVIČENO OBSOJENE ALI JIM JE BILA NEUTEMELJENO (OD)VZETA PROSTOST 81

prof. dr. Barbara Kresal
Fakulteta za socialno delo, Ekonomska fakulteta in
Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
POMEN ČLOVEKOVIH PRAVIC PRI SODNEM ODLOČANJU NA PODROČJU DELOVNIH RAZMERIJ 109

Manfred Werth
predsednik deželnega sodišča Bamberg (ZRN) v pokoju
NAČRTOVANJE POKLICNEGA RAZVOJA SODNIKOV 121

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

prof. dr. Renato Vrenčur
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru
IZBRIS PRAVIC IZ ZEMLJIŠKE KNJIGE..... 133

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani
ODPRTA VPRAŠANJA IZTERJAVE GLOB IN STROŠKOV POSTOPKA V INSOLVENČNEM POSTOPKU STORILCA (FIZIČNE IN PRAVNE OSEBE) ... 151

mag. Matija Vidmar
sekretar
Ministrstvo za pravosodje
EVROPSKI NALOG ZA ZAMRZNITEV BANČNIH RAČUNOV: NOV INSTRUMENT ZA IZTERJAVO DOLGOV 165

mag. Marijan Debelak
vrhovni sodnik – svetnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
POSTOPKI IN ODLOČANJE DELOVNEGA SODIŠČA PRI UVELJAVLJANJU ZAHTEVKOV IZ DELOVNEGA RAZMERJA V POVEZAVI S STEČAJNIMI POSTOPKI 181

mag. Ivan Robnik
vrhovni sodnik – svetnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
NOVEJŠE ODLOČITVE VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE V SPORIH O SPREMEMBI DELODAJALCA 209

doc. dr. Etelka Korpič – Horvat
ustavna sodnica
Ustavno sodišče Republike Slovenije
PREDSTAVITEV POMEMBNEJŠIH ODLOČB IN SKLEPOV USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S PODROČJA DELOVNEGA PRAVA, SPREJETIH V LETIH 2014 IN 2015 223

doc. dr. Etelka Korpič – Horvat
ustavna sodnica
Ustavno sodišče Republike Slovenije
NOVEJŠA SODNA PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE NA PODROČJU SOCIALNIH SPOROV..... 235

Blaž Pate, odvetnik, Odvetniška pisarna Blaž Pate, d. o. o.
Rosana Dražnik, davčna svetovalka, LeitnerLeitner, d. o. o.
SODBA SODIŠČA EUROPSKE UNIJE NLB LEASING – KAKO NAPREJ 245

Vlasta Nussdorfer
Varuhinja človekovih pravic Republike Slovenije
DELO DRŽAVNIH PRAVOBRANILCEV SKOZI OČI VARUHA 257

OBITER DICTA

Tinkara Pavšič Mrevlje
univerzitetna diplomirana psihologinja
doktorica klinične psihologije
docentka na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru
ČUSTVA IN PRAVO 271

UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na 14. STROKOVNEM POSVETU »OTROK IN PASTI SODOBNEGA ČASA« (Brdo pri Kranju, 2. do 3. april 2015), na DELOVNO-SOCIALNI SODNIŠKI ŠOLI 2015 (Portorož, 30. september do 2. oktober 2015), na ČETRTEM SEMINARJU O DRUŽINSKEM PRAVU EU (Portorož, 5. do 6. oktober 2015), na PREKRŠKOVNOPRAVNI ŠOLI 2015 (Portorož, 5. do 6. november 2015), na ZEMLJIŠKOKNJIŽNIH DELAVNICAH 2015 (Portorož, 12. do 13. november 2015), na ŠOLI ZA DRŽAVNE PRAVOBRANILCE 2015 (Portorož, 18. do 19. november 2015), na SEMINARJU AKTUALNA VPRAŠANJA STVARNEGA PRAVA (Brdo pri Kranju, 7. december 2015) in na IZVRŠILNI ŠOLI VIII/2015 (Portorož, 25. do 27. januar in 10. do 12. februar 2016) ter so se odločili za objavo, za kar smo jim zelo hvaležni.

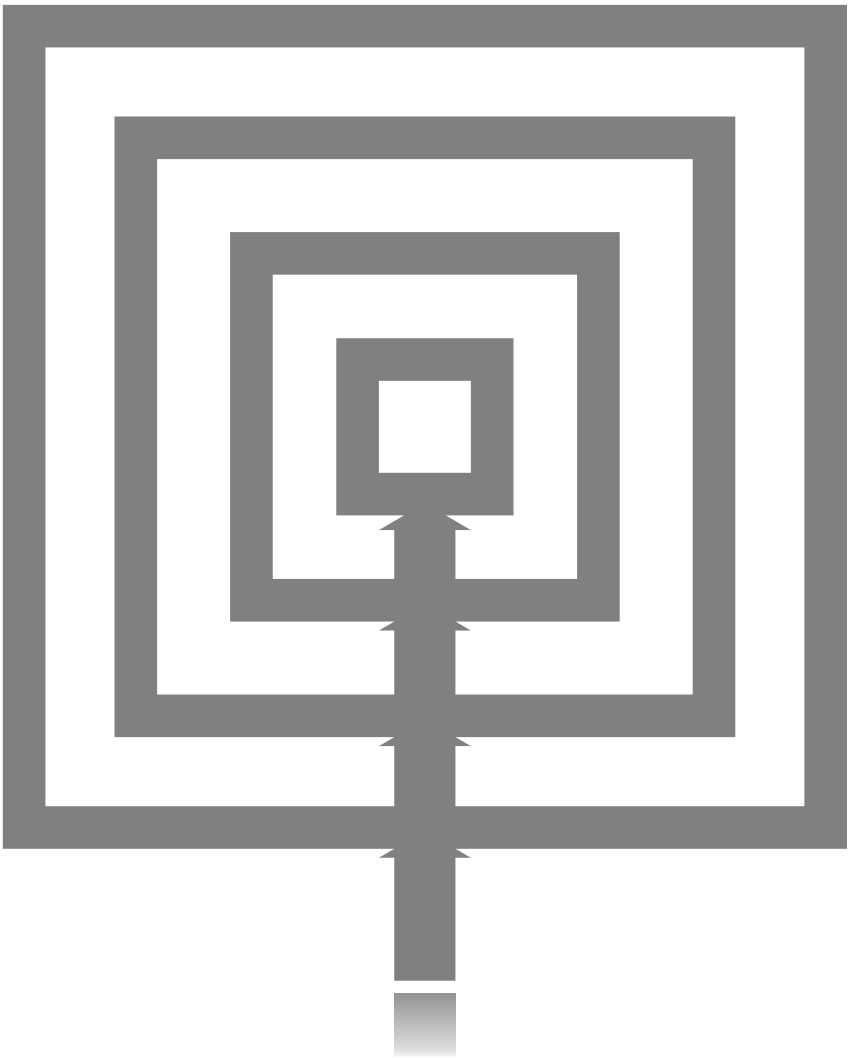
Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju pri Ministrstvu za pravosodje v sodelovanju z Vrhovnim sodiščem Republike Slovenije, Državnim pravobranilstvom Republike Slovenije, Društvom državnih tožilcev Republike Slovenije in Generalno policijsko upravo.

Dodani so strokovni prispevki avtorjev Manfreda Wertha, dr. Boštjana Tratarja, Blaža Pateta in Rosane Dražnik, ki niso bili predstavljeni na izobraževanjih Centra za izobraževanje v pravosodju, vendar smo jih ocenili kot zanimive za naše bralce.

Ponosni smo, da tokrat prvič objavljamo tudi znanstveni članek, in upamo, da bomo z objavo tovrstnih člankov nadaljevali.

Ljubljana, april 2016

Uredniški odbor



ZNANSTVENI ČLANKI

12. ČLEN KOP – PRAVICA OTROKA DO SVOBODNEGA IZRAŽANJA V SODNIH IN UPRAVNIH POSTOPKIH

Suzana Kraljić
doktorica pravnih znanosti
izredna profesorica
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1. UVOD

Varstvu otroka in njegovih pravic ni bilo namenjeno vedno takšne pozornosti kakor danes. Še posebej je bil v preteklosti prezrt glas otroka, saj se je otrok štel za pravno nesposobnega in s tem tudi nesposobnega pravnega govora. Odrečena mu je bila pravica do glasu, mnenja, kaj šele, da bi imel sam dostop do sodišča. Otroci so bili videni, a ne slišani.[1] Veljajo je celo mnenje, da bi dolžnost, da se otroka posluša, pripeljala do otrokove nespoštljivosti do staršev.[2] Danes otroci niso več objekt prava, ampak se jih obravnava kot subjekte v zadevah, ki se nanašajo nanje. Vsekakor so med takšnimi zadevami na primer zakonski spori, saj se nanašajo na ureditev pravnih razmerij, ki se neposredno ali posredno nanašajo na otroke. Pomemben mejnik pomeni Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah[3] (v nadaljnjem besedilu: KOP) iz leta 1989, ki je v 12. členu izrecno opredelila pravico otroka do svobodnega izražanja. Pozneje so nastali v zvezi s tem še mnogi mednarodni dokumenti in seveda posledično tudi zakonodaja Republike Slovenije. KOP je tako s svojim 12. členom povzročila velik preobrat. Na zadevnem področju 12. člena KOP se je tako v zadnjih letih mnogo spremenilo: zaslišijo se tudi mlajši otroci (npr. šestletni), starši so prisotni pri zaslišanju le v izjemnih primerih, saj odsotnost staršev pri zaslišanju zmanjša možnost t. i. lojalitetnega konflikta, strahu ali sramu pri otroku; zaslišanje otrok se je iz sodnih dvoran premaknilo v otroku prijaznejša okolja (npr. sodnikova pisarna, posebej na sodišču ali centru za socialno delo urejena igralnica oziroma čakalnica za otroke ipd.). Otrok je tako postal osrednji subjekt in s tem nosilec aktivnega glasu v vseh zadevah, ki se nanj nanašajo. Vendar pa se njegovemu glasu oziroma mnenju v vsakem posameznem primeru da tehtnost v skladu z njegovo starostjo in zrelostjo.

1 Parkes (2013): str. 1.
2 Parkes (2013): str. 75.
3 Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah (KOP): Uradni list SFRJ – MP, 15/90, Uradni list RS – MP, št. 9/92.

2. SPLOŠNO O OTROKOVI AVTONOMIJI

Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih[4] (v nadaljnjem besedilu: ZZZDR) ne vsebuje opredelitve otroka.[5] Opredelitev otroka podaja 1. člen KOP, ki se v Sloveniji v skladu z 8. členom Ustave Republike Slovenije[6] (v nadaljnjem besedilu: URS) uporablja neposredno. Po 1. člena KOP je otrok vsako človeško bitje do 18. leta. Ključni mejnik je kronološka starost,[7] kar je danes že deležno številnih razprav in kritik. S takšno ureditvijo se namreč postavlja pravna domneva, da se z nastopom osemnajstega leta razvijeta tudi zrelost in razsodnost. Posledično se je glede na opredelitev otroka oblikovalo otroško pravo (ang. child law*),* ki pa varuje samo otroke do 18. leta. Kronološka starost kot objektivna okoliščina ni vedno ustrezna za presojanje otrokove sposobnosti, saj nekateri otroci »dozorevajo« hitreje, drugi pa počasneje. Vendar pa je z vidika pravne varnosti ustreznejša, saj bi bilo v določenih primerih težko opredeliti natančna merila za opredeljevanje obstoja ali neobstoja poslovne sposobnosti.[8] Prav tako bi bilo težko ali celo nemogoče presojati, ali oseba, ki bi ocenjevala to »individualno zrelost« (npr. ob sklenitvi določenega pravnega posla) poseduje zadostno, marsikdaj tudi interdisciplinarno znanje (npr. pravo, medicina, sociologija, psihologija idr.).

Ko torej otrok dopolni 18 let, pride do zakonske emancipacije. Vzpostavi se pravna domneva, da je otrok dovolj zrel in sposoben, da se lahko popolnoma pravno osamosvoji. Vendar pa lahko otroštvo preneha tudi pred 18. letom, če nacionalna zakonodaja tako določa. Po ZZZDR je to podano v dveh primerih, in sicer ko mladoletnik, starejši od 15 let, sklene zakonsko zvezo, oziroma ko mladoletnik, starejši od 15 let, postane starš in mu sodišče v nepravdnem postopku podeli na podlagi vloženega predloga popolno poslovno sposobnost (prim. tretji odstavek 117. člen ZZZDR in 61. – 63. člen Zakona o nepravdnem postopku[9] (v nadaljnjem besedilu: ZNP). Osemnajsto leto pomeni torej samo, da se je na podlagi otrokove kronološke starosti zaključilo njegovo otroštvo in da se je pravno osamosvojil od staršev. Vendar pa lahko otrok na določenih področjih v skladu s posameznimi zakonodajnimi določili pridobi določeno stopnjo avtonomije že prej: npr. 89. in člen ZZZDR;[10] prvi odstavek 59. člena Zakona o dedovanju[11] (v nadaljnjem besedilu: ZD);[12] drugi odstavek 10. člena Zakona o verski svobodi[13] (v nadaljnjem besedilu:

4 Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR): Uradni list RS, št. 69/04 – UPB1; 101/07 – odl. US; 90/11 – odl. US; 84/12 – odl. US; 82/15 – odl. US.
5 Vsebuje pa jo 7. člen predloga Družinskega zakonika, ki jo je povzel po KOP.
6 Ustava Republike Slovenije (URS): Uradni list RS, št. 33/91-I; 42/97 – UZS68; 66/00 – UZ80; 24/03 – UZ3a, 47, 68; 69/04 – UZ14; 69/04 – UZ43; 69/04 – UZ50; 68/06 – UZ121, 140, 143; 47/13 – UZ148; 47/13 – UZ90, 97, 99.
7 Woodhause (2000): str. 5.
8 Krajnc (2008): str. 370.
9 Zakon o nepravdnem postopku (ZNP): Uradni list SRS, št. 30/86; 20/88; Uradni list RS, št. 87/02; 131/03; 77/08.
10 89. člen ZZZDR: »Priznanje očetovstva lahko da oseba, ki je razsodna in stara najmanj petnajst let.«
11 Zakon o dedovanju (ZD): Uradni list SRS, št. 15/76; 23/78; Uradni list RS, št. 13/94 – ZN; 40/94 – odl. US; 117/00 – odl. US; 67/01; 83/01 – OZ; 31/13 – odl. US.
12 1. odstavek 59. člena ZD: »Oporoko lahko napravi vsak, ki je sposoben za razsojanje in je dopolnil petnajst let starosti.«
13 Zakon o verski svobodi (ZVS): Uradni list RS, št. 14/07; 46/10 – odl. US; 40/12 – ZUJF; 100/13.

ZVS);[14] 12. člen Zakona o osebnem imenu[15] (v nadaljnjem besedilu: ZOI-1);[16] prvi odstavek 19. člena Zakona o delovnih razmerjih[17] (v nadaljnjem besedilu: ZDR-1);[18] drugi odstavek 35. člena Zakona o pacientovih pravicah[19] (v nadaljnjem besedilu: ZPacP);[20] 137. člen Obligacijskega zakonika[21] (v nadaljnjem besedilu: OZ-UPB1);[22] Kazenski zakonik RS[23] (v nadaljnjem besedilu: KZ1-UPB2);[24] Zakon o mednarodno zaščiti[25] (v nadaljnjem besedilu: ZMZ)[26] idr.

Z osemnajstim letom se pridobi tudi procesna ali pravdna sposobnost, ki je sposobnost stranke, da samostojno in veljavno opravlja procesna dejanja. Procesna sposobnost tako ustreza poslovni sposobnosti v materialnem pravu. Kdor je namreč popolnoma poslovno sposoben, je tudi procesno sposoben.[27] Otrok pridobi tako procesno kakor popolno poslovno sposobnost z 18. letom. Do takrat pa potrebuje za opravljanje procesnih dejanj in sklepanje pravnih poslov zastopanje po zakonitem zastopniku (to so starši oziroma skrbnik). Mladoletnik pa s 15. letom pridobi delno poslovno sposobnost, vendar ima v tem primeru procesno sposobnost le na tistem področju, na katerem ima neomejeno poslovno sposobnost in za veljavnost posla, ki ga sklene, ni potrebna odobritev staršev oziroma zakonitega zastopnika. Če je pravni posel ničen ali izpodbojen, mladoletnik v postopku glede spora o takšnem poslu nima procesne sposobnosti.[28]

Drugače pa je v družinskopravnih sporih,[29] saj se otroku, ki je dopolnil 15 let in je sposoben razumeti pomen in posledice svojih dejanj v skladu s 409. členom

14 2. odstavek 10. člena ZVS: »Otrok, ki je dopolnil 15 let, ima pravico, da sam sprejema odločitve, povezane z versko svobodo.«
15 Zakon o osebnem imenu (ZOI-1): Uradni list RS, št. 20/06.
16 12. člen ZOI-1: »Če se spreminja osebno ime mladoletni osebi, je potrebno tudi njeno soglasje, če je otrok že dopolnil devet let in je glede na svoj osebnostni razvoj sposoben izraziti svojo voljo.«
17 Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1): Uradni list RS, št. 21/13.
18 1. odstavek 19. člena ZDR-1: »Pogodbo o zaposlitvi smejo skleniti osebe, ki so dopolnile starost 15 let.«
19 Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP): Uradni list RS, št. 15/08.
20 2. odstavek 35. člena ZPacP: »Šteje se, da otrok do 15. leta starosti ni sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da je za to sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom. Šteje se, da je otrok, ki je dopolnil 15. let starosti, sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da za to ni sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom.«
21 Obligacijski zakonik (OZ-UPB1): Uradni list RS, št. 97/07 – UPB1.
22 137. člen OZ: »(1) Mladoletnik do dopolnjenega sedmega leta ne odgovarja za škodo, ki jo povzroči. (2) Mladoletnik od dopolnjenega sedmega do dopolnjenega štirinajstega leta ne odgovarja za škodo, razen če se dokaže, da je bil pri povzročitvi škode zmožen razsojati. (3) Mladoletnik z dopolnjenimi štirinajstimi leti odgovarja po splošnih pravilih o odgovornosti za škodo.«
23 Kazenski zakonik RS (KZ1-UPB2): Uradni list RS, št. 50/12 – UPB2; 54/15.
24 21. člen KZ1-UPB2: »Kdor je storil protipravno dejanje, ko še ni bil star štirinajst let (otrok), ne more biti storilec kaznivega dejanja.«
25 Zakon o mednarodni zaščiti (ZMZ): Uradni list RS, št. 11/11 – UPB1; 98/11 – odl. US; 83/12; 111/13; 114/13 – odl. US; 82/15 – odl. US.
26 Drugi odstavek 45. člena ZMZ: »Z mladoletnim prosilcem, starejšim od 15 let, se osebni razgovor opravi v prisotnosti zakonitega zastopnika. Obravnavanje v postopku upošteva mladoletnikovo starost, stopnjo njegovega duševnega razvoja in njegovo sposobnost razumeti pomen postopka.« Prim. tudi tretji odstavek 16. člena ter drugi in četrti odstavek 42. člena ZMZ.
27 Galič (2005): str. 330.
28 Sodna odločba VSK I Ip 835/2008 z dne 27. 11. 2008; VSL sklep I Ip 2838/2011 z dne 14. 10. 2011.
29 Družinskopravni spori so spori glede varstva, vzgoje, preživljanja otrok, otrokovih stikov ter spori o ugotavljanju in izpodbijanju očetovstva ali materinstva.

Zakona o pravdnem postopku[30] (v nadaljnjem besedilu: ZPP), prizna popolna procesna sposobnost. Sodišče mu mora omogočiti, da kot stranka v postopku samostojno opravlja procesna dejanja (prvi odstavek 409. člena ZPP). Če otrok izjavi, da prevzema pravdo, mora otrokov zakoniti zastopnik prenehati opravljati dejanja v postopku za otroka (drugi odstavek 409. člena ZPP). Sodišče ima pri tem dolžnost, da v primeru, ko otrok, ki je star 15 let, izjavi, da prevzema pravdo, presodi, ali je otrok sposoben razumeti pomen in pravne posledic svojih dejanj. Če sodišče ugotovi, da še ni dovolj sposoben za prevzem pravde, zakoniti zastopnik nadaljuje z zastopanjem otroka v pravdi. Če pa si interesi otroka in njegovega zakonitega zastopnika nasprotujejo, postavi sodišče otroku posebnega zastopnika (četrti odstavek 409. člena ZPP). Slednje je podano v primeru, ko otrok izpodbija očetovstvo. Posebnega zastopnika lahko sodišče postavi tudi v drugih primerih, če glede na okoliščine primera presodi, da je to potrebno zaradi varstva otrokovih koristi (četrti odstavek 409. člena ZPP).

3. PRAVICA OTROKA DO SVOBODNEGA IZRAŽANJA

Iz 56. člena URS izhaja, da otroci uživajo človekove pravice in temeljne svoboščine v skladu s svojo starostjo in zrelostjo. Tako je tudi otrokom zagotovljena svoboda izražanja (39. člen URS), ki pa jo uživajo v skladu s svojo starostjo in zrelostjo. Iz navedenega izhaja, da URS ne opredeljuje izrecno otrokove pravice do svobode izražanja, kot je zagotovljena v ustavah posameznih držav (npr. Ekvador, Poljska, Finska),[31] ampak se jo otroku priznava s splošno zagotovljeno ustavno svobodo izražanja.

Kljub temu, da Združene države Amerike (v nadaljnjem besedilu: ZDA) niso pogodbenica KOP, pa so s primerom *Wheeler proti Združenim državam*[32] postavile pomemben mejnik na področju zaslišanja otrok. V omenjenem primeru je takratni sodnik postavil temeljna merila (t. i. Wheelerjeva merila) za zaslišanje otrok, ki so se skozi čas izoblikovali in so lahko še danes sodnikom v pomoč pri presoji otrokove sposobnosti, da se ga zasliši kot pričo. Sodnik so lahko v pomoč pri presojanju otrokove sposobnosti naslednja merila:

a) sposobnost otroka (ang. *capacity)*, da opaža dogodek;
b) zmogljivost otroka (ang. *ability),* da se spomni dogodka*;*

30 Zakon o pravdnem postopku (ZPP): Uradni list RS, št. 73/07–UPB1; 45/08– ZArbit; 45/08; 111/08 – odl. US; 57/09 – odl. US; 12/10 – odl. US; 50/10 – odl. US; 107/10 – odl. US; 75/12 – odl. US; 40/13 – odl. US; 92/13 – odl. US; 10/14 – odl. US; 48/15 – odl. US.

31 Posamezne države so pravico otroka, da je slišan, vnesle že v svoje ustave. Ustava Ekvadorja iz leta 1998 vsebuje obširna napotila na pravice otrok, vključno s pravico do posvetovanje v vseh zadevah, ki se nanašajo nanj (49. člen). Leta 1995 je bila Ustava Finske dopolnjena z dodatnim stavkom, ki zagotavlja, da se morajo otroci obravnavati enako in kot posamezniki ter da se jim mora omogočiti, da vplivajo na zadeve, ki se nanašajo na njih, v skladu z njihovo stopnjo razvoja. Ustava Poljske iz leta 1997 določa, da morajo državni organi in osebe, ki so odgovorne za otroke, z namenom, da se ustanovijo pravice otrok, upoštevati, kolikor je to mogoče, da se da prednost otrokovim pogledom. Tako O'Donell (2009): str. 6.

32 Leta 1895 je ameriško vrhovno sodišče presodilo, da je v primeru *Wheeler proti Združenim državam* (159 U.S. 523 (1895)) petletni deček, ki je bil edina priča umoru, sposoben pričati. Sodnik je njegovo pričanje ocenil kot dopustno, saj je ocenil, da je deček dovolj inteligenten, da je pokazal sposobnost, da loči med resnico in lažjo, ter da razume, da je moralno vezan, da pove resnico. Tako Klemfuss in Ceci (2012): str. 270.

c) otrokova zadostna komunikacijska sposobnost, da pove te spomine – komunikacijska sposobnost otroka zahteva, da otrok pozna zadosten nabor besed, da te besede poveže v stavke ter stavke uporabi za komuniciranje;
d) otrokova zmogljivost ločevanja med dejstvi in fikcijo;
e) sposobnost, da ceni dolžnost, da bo povedal na sodišču resnico.[33]

Tudi slovenska sodišča so, izhajajoč iz 410. člena ZPP, s sodno prakso izoblikovala jasno stališče, da ima sodišče dolžnost, da najprej ugotovi, ali je otrok sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitev. Če je odgovor pritrdilen, mora sodišče otroka na primeren način obvestiti o uvedbi postopka in njegovi pravici, da izrazi svoje mnenje, ter mu omogočiti, da to mnenje izrazi v vseh okoliščinah in na način, ki najbolj ustreza otrokovi starosti in drugim okoliščinam.[34] Opredelitev »primernega načina obveščanja« prvi odstavek 410. člena ZPP ne podaja, ampak je izvedba prepuščena tudi centru za socialno delo.[35]

Temeljni mejnik na področju pravice otroka do svobodnega izražanja pa je vsekakor postavila KOP, ki v svojem 12. členu opredeljuje pravico otroka do izoblikovanja lastnega mnenja:

»1. Države pogodbenice jamčijo otroku, ki je sposoben izoblikovati lastna mnenja, pravico do svobodnega izražanja le-teh v vseh zadevah v zvezi z njim, o tehtnosti izraženih mnenj pa se presoja v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo.
2. *V ta namen ima otrok še posebej možnost zaslišanja v kateremkoli sodnem ali upravnem postopku v zvezi z njim, bodisi neposredno bodisi preko zastopnika ali ustreznega organa, na način, ki je v skladu s procesnimi pravili notranje zakonodaje.«*

Pravica biti slišan in resno upoštevan je temelj človekovega dostojanstva in zdravega razvoja vsakega otroka. Poslušanje otroka o njegovih pogledih in dajanje tem tehtnost v skladu z njegovo starostjo in zrelostjo, sta nujna za učinkovito izvajanje otrokovih pravic z namenom, da se kot glavno vodilo v vseh zadevah zagotovi največja otrokova korist ter da se otroke zaščiti pred nasiljem, zlorabo, zanemarjanjem in trpinčenjem.[36]

Ureditev 12. člena KOP je tako edinstvena, saj naslavlja pravni in socialni status otrok, ki kažejo na eni strani pomanjkanje popolne avtonomije v razmerju do odraslih, medtem ko so na drugi strani subjekti pravic.[37] Tako so otroci postali subjekt pravic in pridobili pravico biti slišani v vseh zadevah, ki se nanašajo nanje, če to želijo. Gre za temeljno načelo, ki se razteza na vsa področja otrokovega življenja. Pomembnost te pravice je tudi v tem, da imajo države dolžnost, da zagotovijo vključevanje otrok, in da se otrokom omogoči, da povedo svoje mnenje v zadevah, ki se nanašajo nanje.

33 Robinson (2015); Klemfuss in Ceci (2012), str. 270.
34 Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 133/2005 z dne 2. junija 2005.
35 Tako sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 124/2003 z dne 10. aprila 2003.
36 Priporočilo CM/Rec(2012)2.
37 Comittee on the Rights of the child (2009): tč. 1 splošnega mnenja.

Temeljno načelo 12. člena, da otrok pove svoje mnenje, se je z leti razširilo in našlo svoje mesto v mnogih mednarodnih dokumentih. Pravzaprav si je danes težko predstavljati, da ta temeljna otrokova pravica ne bi bila zajeta v novodobnih mednarodnih dokumentih, ki s svojo vsebino posegajo na področje otroškega prava. Tako pravico otroka, da pove svoje mnenje, zagotavljajo na primer:

a) 13. člen Haaške konvencije o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok[38] (v nad.: HKU) – sodišče lahko zavrne otrokovo vrnitev, če ugotovi, da otrok nasprotuje vrnitvi in da je dopolnil tisto starost in je na taki stopnji zrelosti, ko je treba upoštevati njegovo mnenje;[39]
b) 4(1)(d) člen Haaške konvencije o varstvu otrok in sodelovanju pri meddržavnih posvojitvah (v nadaljnjem besedilu: HKP) iz leta 1993[40] – pri meddržavni posvojitvi se morajo organi matične države otroka prepričati, upoštevajoč pri tem otrokovo starost in stopnjo zrelosti: a) da je bil otrok deležen posvetovanja in ustreznih informacij o posledicah posvojitve in njegovega soglasja za posvojitev, če se tako soglasje zahteva; b) da so bile upoštevane otrokove želje in mnenja; c) da je bilo otrokovo soglasje za posvojitev, če se to zahteva, dano prostovoljno, v zahtevani pravni obliki ter pisno izraženo ali potrjeno ter; d) da soglasje ni bilo pridobljeno s plačilom ali kakršnim koli nadomestilom.«;
c) 23(2)(b) člen Haaške konvencije o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok[41] (v nadaljnjem besedilu HKVO) iz leta 1996 določa, da se lahko priznanje ukrepa, ki ga sprejme država pogodbenica, zavrne, »če je bil ukrep sprejet, razen v primeru nujnosti, v sodnem ali upravnem posto*pku, ne da bi bila otroku dana možnost, da pove svoje mnenje, ob kršenju temeljnih načel procesnega prava zaprošene države*«;
d) 7.(3) člen Konvencija Združenih narodov o pravicah invalidov[42] (v nadaljnjem besedilu: KPI) izrecno določa, da morajo države pogodbenice zagotoviti invalidnim otrokom enako kot drugim otrokom pravico svobodno izraziti svoje mnenje o vsem, kar jih zadeva, pri čemer se njihova mnenja upoštevajo glede na njihovo starost in zrelost. Invalidnim otrokom je treba glede na njihovo invalidnost in starost zagotoviti primerno pomoč za uresničevanje te pravice;
e) med pomembnejše mednarodne dokumente prav gotovo spada Evropska konvencija o uresničevanju otrokovih pravic (v nadaljnjem besedilu: EKUOP).[43] Njen glavni cilj je spodbujanje otrokovih pravic, priznanje procesnih pravic in omogočitev uresničevanja teh pravic tako, da so otroci sami ali prek drugih oseb ali organov obveščeni in jim je dovoljeno, da lahko sodelujejo v postopkih

38 Haaška konvencije o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok (HKU): Uradni list RS – MP, št. 6/93 in 14/12.

39 V primeru *Crnkovich proti Hortensious* ((2009) W. D. F. L. 337, 62. F. L (6th) 351, 2008) je sodišče zavzelo stališče v primeru mednarodne ugrabitve otroka, da ni dovolj, če otrok izraža le močno nasprotovanje vrnitvi v državo njegovega običajnega bivališča pred ugrabitvijo. Otrok mora vztrajati pri svojem mnenju. Ni dovolj sklicevanje na »*pro in contra*« argumente za vrnitev. Njegovo nasprotovanje mora biti močnejše kot le izražanje želje, da se ga ne vrne.

40 Haaška konvencija o varstvu otrok in sodelovanju pri meddržavnih posvojitvah (HKP): Uradni list RS – MP, št. 14/99.

41 Haaška konvencije o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok (HKVO): Uradni list RS – MP, št. 23/04.

42 Konvencija Združenih narodov o pravicah invalidov (KPI): Uradni list RS – MP, št. 37/08.

43 Evropska konvencija o uresničevanju otrokovih pravic (EKUOP): Uradni list RS – MP, št. 26/99.

pred pravosodnimi organi,[44] ki jih zadevajo (prvi odstavek 1. člena EKUOP). EKUOP zagotavlja otroku z zadostno stopnjo razumevanja naslednje pravice: i) da dobi ustrezne informacije;[45] ii) da se z njim v postopku posvetujejo; iii) da izrazi svoje mnenje; iv) da je obveščen o možnih posledicah upoštevanja tega mnenja in kakršnekoli odločitve (3. člen EKUOP). Otrok ima prav tako pravico, da osebno ali prek drugih oseb ali organov zaprosi za posebnega zastopnika v postopkih pred pravosodnimi organi, ki ga zadevajo, kadar notranje pravo nosilcem starševske odgovornosti preprečuje zastopati otroka zaradi nasprotja interesov (4. člen v povezavi z 9. členom EKUOP);

f) tudi 24. člen Listine Evropske unije o temeljnih pravic[46] (v nadaljnjem besedilu: LEUTP) izrecno določa, da lahko otroci svoje mnenje svobodno izrazijo in da se njihovo mnenje upošteva v stvareh, ki jih zadevajo, v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo;[47]

g) Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. 11. 2003 o pristojnosti in priznanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000[48] (v nadaljnjem besedilu: BU IIa) v 11.(2) členu določa, da mora sodišče pri določanju o vrnitvi otroka zagotoviti možnost, da pove svoje mnenje, razen če to ni primerno zaradi njegove starosti ali zrelosti. Podana je torej dolžnost sodišča, da zasliši otroka. Izjema je podana le, če sodišče ugotovi, da zaslišanje ni v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo. Nikakor pa ne more biti razlog za neizvedbo zaslišanja otroka hitrost postopka, saj lahko sodišče z zaslišanjem otroka izve okoliščine, ki lahko vplivajo na odločitev sodnika o vrnitvi oziroma zavrnitvi vrnitve otroka v državo, iz katere je bil protipravno odpeljan.[49] Po 23(2)(b). členu BU IIa pa je razlog za nepriznanje sodnih odločb o starševski odgovornosti okoliščina, da je bila izdana odločba, razen v nujnih primerih, ne da bi bila dana otroku možnost zaslišanja in so bila kršena temeljna načela postopka države članice, v kateri se zahteva priznanje. Nujne primere je pri tem treba razlagati restriktivno in objektivno;[50]

h) tretje načelo[51] Priporočila o starševski odgovornosti iz leta 1984[52] »*ko mora pristojni organ sprejeti odločitev v zvezi z dodelitvijo ali uresničevanjem starševske odgovornosti in vplivom na bistvene interese otrok, se mora z otroci posvetovati, če njihova stopnja zrelosti, v povezavi z odločbo, to dopušča*«.

---

44 V skladu z 2.(1) členom BU IIa se kot sodišče štejejo vsi organi v državi članici, ki so v skladu s členom 1 pristojni za odločanje o zadevah s področja uporabe BU IIa, torej pri nas tudi centri za socialno delo.

45 Takšno stališče je zavzelo tudi sodišče v sodbi II Ips 133/2006 z dne 2. junija 2005.

46 Listina Evropske unije o temeljnih pravic (LEUTP): Uradni list Evropske unije C 83/389 z dne 30. 3. 2010.

47 Na nujnost uresničevanja otrokove pravice, da izrazi svoje mnenje v skladu s 24. členom LEUTP, se sklicuje tudi Agenda EU za otrokove pravice (2011): str. 13.

48 Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. 11. 2003 o pristojnosti in priznanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 (BU IIa): Uradni list L 338 z dne 23. 12. 2003.

49 Rauscher (2006): str. 902.

50 Tako tudi OGH 3 Ob 195/14v z dne 19. 11. 2014.

51 Principle 3: »When the competent authority is required to take a decision relating to the attribution or exercise of parental responsibilities and affecting the essential interests of the children, the latter should be consulted if their degree of maturity with regard to the decision so permits."

52 Priporočilo št. R (84) 4 Odbora ministrov državam članicam o starševskih odgovornostih (sprejeto od Odbora ministrov 28. 2. 1984 na 367. srečanju) (v nadaljevanju: Priporočilo R (84) 4).

Kljub temu, da se danes vsi strinjajo, da ima otrok pravico do sodelovanja (ang. *right to participation*), pa te pravice oziroma izraza sodelovanje ni v 12. členu KOP. Izhajajoč iz navedenega drugi odstavek 12. člena KOP otrokom ne podeljuje pravice do udeležbe v sodnih in upravnih postopkih,[53] ampak jim daje le pravico, da povedo svoje mnenje ter da se temu mnenju daje tehtnost v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo. Zaradi tega tudi drugega odstavka 12. člena KOP ni mogoče razlagati tako, da podeljuje otroku pravico, da se ga zasliši. Gre namreč le za možnost, ki jo morajo države zagotoviti.[54] Vendar pa drugi odstavek 12. člena KOP pomeni nadaljevanje oziroma dopolnitev drugega odstavka 9. člena KOP, ki izrecno določa, da imajo vse prizadete stranke možnost sodelovati v postopku in izraziti svoje mnenje v postopkih, ki se nanašajo na ločitev otroka od staršev, torej pravico do sodelovanja. Ker pa je otrok osrednji subjekt takšnih postopkov in je tudi sam močno prizadet glede odločitve, je nujno, da se v skladu z drugim odstavkom 9. člena in drugim odstavkom 12. člena KOP pridobi tudi njegovo mnenje ter da se o njem presoja v skladu z njegovo starostjo in zrelostjo.[55] Pravica otroka do sodelovanja je tako nadaljevanje načela največje otrokove koristi (3. člen KOP) in s tem pomeni jamstvo, da se bo slednje tudi uresničevalo.

Pomemben korak k utrditvi otrokove pravice do sodelovanja je storil leta 2012 Odbor ministrov Sveta Evrope. V sekciji 1 Priporočila CM/Rec(2012)2 Odbora ministrov državam članicam o sodelovanju otrok in mladih ljudi,[56] mlajših od 18 let (v nadaljnjem besedilu: Priporočila CM/Rec(2012)2),[57] je sprejel jasno opredelitev pojma sodelovanje. Tako sodelovanje za posameznika ali skupino pomeni, da ima pravico, sredstva, prostor in možnost ter, kadar je to potrebno, podporo, da svobodno izjavijo svoja stališča, da so slišani in da prispevajo k sprejemanju odločitev, ki se nanašajo nanje, ter da se njihovim stališčem da tehtnost v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo. V sekciji 2(1) Priporočila CM/Rec(2012)2 pa je zapisano, da ni nikakršne starostne omejitve otrokove pravice, da svobodno izrazi svoje mnenje. Vsi otroci, vključno s predšolskimi, šolskimi kakor tudi tistimi, ki so opustili šolanje, imajo pravico, da so slišani v vseh zadevah, ki se nanašajo nanje, da se njihovim mnenjem da tehtnost v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo.

Tudi smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje opredeljujejo pomen otrokovega sodelovanja. Določajo, da bi bilo treba spoštovati pravico vseh otrok do obveščenosti o njihovih pravicah, do ustreznih načinov dostopa do sodnega varstva in do posvetovanja z njimi ter do izjave v okviru

53 Drugi odstavek 12. člena KOP se nanaša na sodne in upravne postopke, ki se nanašajo na otroke. OOP pri tem primeroma navaja, da so to sodni postopki: v primeru ločitve staršev; spori glede varstva in vzgoje; posvojitev; primeri, ko otrok pride v nasprotje s pravom; v postopkih, kjer je otrok žrtev fizičnega ali psihičnega nasilja, spolne zlorabe ali drugega kaznivega dejanja; v postopkih zdravstvenega varstva in socialne varnosti; otrok brez spremstva in otrok iskalcev azila; v primeru otrok žrtev oboroženih spopadov in drugih nujnih stanj. Upravni postopki pa se lahko nanašajo na postopke glede otrokove izobrazbe, zdravja, okolja, življenjskih pogojev in zaščite. Obe vrsti postopkov pa lahko vključujeta tudi alternativne mehanizme, ko sta mediacija in arbitraža. Tako Comittee on the Rights of the child (2009): tč. 32 Generalnega mnenja.

54 Eklund (2007): str. 169.

55 Taylor et al. (2012): str. 647.

56 V nadaljevanju bo za otroke in mlade ljudi uporabljen skupni termin otrok.

57 Ang. Recommendation CM/Rec(2012)2 of the Committee of Ministers to member States on the participation of children and young people under the age of 18 (Adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012 at the 1138th meeting of the Ministers' Deputies).

postopkov, v katerih so udeleženi ali ki nanje vplivajo. Da bi bila lahko ta udeležba smiselna, bi bilo ustrezno pretehtati mnenja otrok ob upoštevanju njihove zrelosti in starosti ter vseh morebitnih težav pri komunikaciji. Otroke bi bilo treba upoštevati in obravnavati kot polnopravne imetnike pravic, upravičeni pa bi morali biti do uveljavljanja svojih pravic na način, pri katerem se upoštevajo njihova sposobnost, da izoblikujejo lastno mnenje, ter okoliščine primera.[58] Sodelovanje otrok je tudi eden od štirih ključnih ciljev Strategije za otrokove pravice v letih 2012–2015.[59]

Vsebino 12. člena KOP lahko torej razdelimo na dve fazi, in sicer na:

a) prvo fazo, ki je poslušanje otroka, in
b) drugo fazo, ki je presojanje tehtnosti izraženih otrokovih mnenj v skladu z njegovo starostjo in zrelostjo.[60]

Država ima torej dolžnost, da omogoči izvedbo prve faze, ki je namreč ni mogoče omejiti na podlagi razlogov, ki opredeljujejo drugo fazo. Odrekanje pravice otroku, da pove svoje mnenje, bi namreč pomenilo kršitev KOP. Iz 12. člena KOP izhaja, da samo poslušanje otroka ni dovolj, ampak se mora njegovemu mnenju dati ustrezna teža. Pri tem ni dovolj, da se upošteva le otrokova biološka starost. Kljub enaki starosti otrok se lahko njihova sposobnost razumevanja razlikuje. Na otrokovo sposobnost razumevanja lahko vplivajo izkušnje, okolje, verske okoliščine, socialna in kulturna pričakovanja idr. Zaradi tega se mora izraženo otrokovo mnenje upoštevati individualno od primera do primera, torej v skladu z njegovo starostjo in zrelostjo. Iz navedenega izhaja, da ima vsak otrok pravico, da pove svoje mnenje, o tehtnosti njegovega mnenja pa nato presoja, v našem primeru, sodnik v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo. Sodišče pa mora po uradni dolžnosti v skladu s 408. členom ZPP v zakonskih sporih ter v sporih iz razmerij med starši in otroki ukreniti vse, kar je potrebno, da se zavarujejo pravice in interesi otrok. Posledično sodišče v sporih o varstvu, vzgoji in preživljanju otrok ter v sporih o stikih otrok s starši in drugimi osebami tudi ni vezano na postavljene zahtevke, saj lahko o tem odloča tudi brez postavljenega zahtevka ali ugotavlja tudi dejstva, ki jih stranke niso navajale, ter zbere podatke, potrebne za odločitev. Zatorej ni potrebno, da stranke zatrjujejo otrokovo sposobnost razumevanja pomena postopka in njegovih posledic. Sodišče mora, kot navedeno, v skladu s 408. členom ZPP zavarovati pravice in interese otrok.[61]

Tudi Odbor za otrokove pravice (v nadaljnjem besedilu: OOP) je leta 2009 v svojem mnenju k 12. členu KOP jasno zavzel stališče, da se 12. člen nanaša na otroke vseh starosti. Poudaril je, da imajo svoje poglede tudi majhni otroci in da so sposobni o njih govoriti. Starši imajo dolžnost, da ustvarijo potreben prostor in si vzamejo čas, da se naučijo poslušati različne oblike otrokovega izražanja, ne glede na to, ali gre za govor, neverbalno komunikacijo, telesno govorico, igro, risanje ali

58 Svet Evrope (2013): str. 17.
59 Glej Strategy on the right of the child (2012–2015), kjer se ugotavlja, da se sodelovanje otrok ne upošteva, saj imajo otroci malo dostopa do informacij, njihovo mnenje v javnem in zasebnem življenju se le redko upošteva oziroma se jih le redko vključuje v odločanje. Položaj otrok pa je še dodatno poslabšan v ranljivih okoliščinah.
60 Fenton-Glynn v Rains (2014): str. 159.
61 Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 71/2007 z dne 12. 7. 2007.

slikanje. Nadalje se 12. člen KOP nanaša na otroka kot posameznika kakor tudi na otroke v skupini (npr. dekleta, otroci v razredu, otroci v državi idr.).[62] Države imajo tako v skladu s prvim odstavkom 12. člena dolžnost, da zagotovijo, da bo otrok, ki je sposoben izraziti svoje mnenje,[63] lahko v vseh zadevah, ki se nanašajo nanj, bodisi kot posameznik ali kot skupina, izrazil svoje mnenje.[64] Pri tem gre za zelo široko polje uporabe prvega odstavka 12. člena, saj se lahko nanaša na otroke na področju izobraževanja, zdravstva, otrokove dobrobiti, igre, rekreacije.[65] Drugi odstavek 12. člena KOP pa se nanaša na otrokovo pravico do zaslišanja v kateremkoli sodnem postopku, tako v kazenskem, civilnem (pravdnem (npr. razvezni postopek) in nepravdnem (npr. odvzem roditeljske pravice)) kakor tudi v upravnem postopku (npr. rejništvo, posvojitev).

Kljub temu, da 12. člen KOP daje otroku, ki je sposoben izoblikovati lastno mnenje, pravico do svobodnega izražanja, otrok nima pravice do popolne avtonomije. Omenjeni člen namreč otrokom ne daje pravice, da prevzamejo nadzor nad vsemi odločitvami, ki se nanašajo nanje. Pravica otroka do sodelovanja torej ne pomeni, da imajo otroci tudi pravico do odločanja. Otrok se ne sme postavljati v položaj sprejemanja rešitev za spor med njegovima staršema.[66] Vključi naj se pri sprejemanju odločitev, ki se nanašajo nanj, odrasli pa naj glede na otrokovo starost in zrelost temu dajo ustrezno težo.[67] Zaradi tega je treba vedno zagotoviti popolno

62 Comittee on the Rights of the child (2009): tč. 9 splošnega mnenja.

63 Danes obstajajo različna stališča o primerni starosti otroka za zaslišanje. Starostna meja se je vsekakor skozi leta bistveno znižala. Tako naj bi bili otroci, starejši od treh let, že sposobni, da se jih zasliši, saj že lahko izkažejo svoja nagnjenja, voljo, mnenje in lahko povežejo posamezna dejanja. Vendar mora zaslišanje tako majhnih otrok potekati drugače kot pri starejših. Zaslišanje majhnih otrok namreč temelji predvsem na opazovanju, s katerim se ugotavlja povezanost otroka s staršem(a). Pri tem se lahko povabi k sodelovanju tudi izvedenca. Odločitev, ali naj se otrok zasliši ali ne, torej ni v pristojnosti staršev, ampak sodnika. Nemški Gesetz **über** das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (v nad.: FamFG) je leta 2009 opredelil zaslišanje otroka kot dolžnost sodišča in zelo nazorno določil vsebino te dolžnosti. V svojem § 159, ki se nanaša na osebno zaslišanje otroka (nem. *Persönliche Anhörung des Kindes*), določa, da mora sodišče otroka osebno zaslišati, če je že dopolnil 14 let. Hkrati pa določa tudi izjemo, da osebno zaslišanje otroka ni potrebno, če se postopek nanaša izrecno na premoženje otroka in če to glede na vrsto ni primerno. Če otrok še ni dopolnil 14 let, se ga osebno zasliši, če so otrokova nagnjenja, obveznosti ali volja otroka za odločitev pomembni ali če je osebno zaslišanje potrebno iz katerega drugega razloga (drugi odst. § 159 FamFG). Sodišče pa lahko osebno zaslišanje iz opravičljivih razlogov tudi opusti. Če je osebno zaslišanje izostalo le zaradi nevarnosti, pa ga mora opraviti čim prej (tretji odst. § 159 FamFG). Preden sodišče opravi osebno zaslišanje, je treba otroka o predmetu, poteku in možni rešitvi spora na ustrezen in njegovi starosti primeren način informirati. Zaslišanje se opravi le, če ni bojazni, da bi vplivalo na otrokov razvoj, vzgojo in zdravje. Zaslišanje otroka ne sme spraviti iz njegovega duševnega ravnovesja in ne sme ogrožati njegovega zdravja. Glej tudi Knittel v Schnitzer (2008); str. 612. Iz švicarske sodne prakse izhaja, da je zaslišanje otroka načeloma mogoče od šestega leta starosti dalje (BGE 131 III 553). Avstrijski Außerstreitgesetz (uporablja se od 1. 2. 2013) pa je zavzel stališče, da si mora sodišče v zadevah glede varstva, vzgoje in osebnih stikov pridobiti osebno mnenje otroka. Otrok lahko poda svoje mnenje tudi po drugih osebah (npr. *Jugendwolfahrtsträger, Familiengerichtshilfe, Einrichtungen für Jugendgerichtshilfe, Sachverständiger* idr.), če še ni dopolnil deset let in če lahko to vpliva na njegov razvoj, zdravstveno stanje ali če ni mogoče pričakovati resne in brez vpliva podane izjave mladoletnega otroka (glej tudi sodno odločbo LG Linz z dne 29. 7. 2010, 15 R 225/10d, EFSlg 129.468). Zaslišanje otroka pa naj popolnoma izostane, če je ogrožena dobrobit otroka ali če ni mogoče pričakovati, da bo otrok podal svoje mnenje glede na predmet postopka (§ 105 Außerstreitgesetz). Glavni cilj avstrijske ureditve pri tem ni zaslišanje otroka, ampak izboljšanje sodnikove stopnje informiranosti in razširitev njegovega stališča v konkretnem primeru (LGZ Wien z dne 21. 12. 2010, 42 R 427/10w, EFSlg 129.465).

64 Comittee on the Rights of the child (2009): tč. 16 splošnega mnenja.

65 Landsdown, Jimerson in Shahroozi (2014): str. 5.

66 Goldberg: str. 11.

67 Landsdown, Jimerson in Shahroozi (2014): str. 4.

informiranost otrok o namenu njihovega sodelovanja, vključno z omejitvami njihovega vključevanja, o pričakovanih in dejanskih izidih njihovega sodelovanja in kako so se končno njihovi pogledi upoštevali (sekcija 2(9) Priporočila CM/Rec(2012)2). Država mora torej otroku zagotoviti vse potrebne informacije in mu nuditi vso potrebno pomoč, da se lahko odloči tako, da bo njemu v največjo korist. Določilo 12. člena KOP je treba razumeti tako, da gre za diskrecijsko pravico otroka, da sam odloči, ali bo podal svoje mnenje ali ne. Ne sme pa se je razlagati tako, da ima otrok dolžnost, da poda svoje mnenje.[68]

Kljub temu, da ima danes[69] KOP 192 držav članic, pa je pristop k urejanju vprašanja sodelovanja otroka v družinskopravnih zadevah različen. Razlike obstajajo glede obsega in vsebine pravice:

a) pravica otroka, da neposredno govori na sodišču (npr. Irska, Škotska, Nigerija itd.) – ta ureditev je deležna kritik, predvsem glede negativnega vpliva, ki ga lahko ima na otroka sodna dvorana in prisotnost oseb v njej (npr. vzbujanje strahu);
b) otrok se sreča s sodnikom na neformalnem srečanju v njegovem kabinetu (npr. Indija, Nova Zelandija). Neformalno srečanje otroka s sodnikom v njegovem kabinetu je prav tako deležno kritik, saj je nemogoče pričakovati od otroka, da bo v tako kratkem času, ki ga ima na voljo, dejansko sposoben izraziti svoje mnenje. Pogovor s sodnikom je vsekakor boljši za otroka kot zaslišanje v sodni dvorani, vendar lahko sodnikova neustrezna usposobljenost za vodenje pogovora z otrokom pomeni bistveno pomanjkljivost.[70] Zaradi tega je ključnega pomena, da morajo družinskopravni sodniki nujno imeti tudi določene psihološke veščine, dobre komunikacijske spretnosti in predvsem razumeti otrokovo psiho ter njegovo podoživljanje npr. razveznega postopka med staršema.[71] Dodatne težave pa lahko nastanejo v primerih, kadar gre za otroka druge narodnosti, kulture, religije ipd. Vse to lahko sodniku onemogoča, da bi pridobil celosten vpogled v otrokovo mnenje in njegove želje. Zato je še toliko pomembneje, da se otroku zagotovijo vse pomembne informacije v skladu z njegovo zrelostjo, starostjo in v njemu razumljivem jeziku;
c) otroci dobijo informacije in obrazložitev o odločitvi sodišča največkrat od njihovega zagovornika ali zastopnika (to so običajno *court welfare officers, guardiam ad litem*), sodnika ali drugega sodnega osebja (npr. Anglija, Kostarika, ZDA itd.).[72] Tako iz ZZZDR (npr. drugi odstavek 78. člena; tretji odstavek 105. člena; sedmi odstavek 106. člena idr.) in ZPP (410. člen) kakor tudi sodne prakse izhaja, da otrok lahko poda mnenje po izvedencu ali strokovnjaku na centru za socialno delo in le v izjemnih primerih sodišče pridobi izjavo neposredno od otrok.[73] Sodišča se zaradi racionalnosti vodenja postopka mnogokrat odločijo, da mnenje otroka pridobi strokovno usposobljena oseba,

68 To upošteva tudi 40. člen KOP, ki se nanaša na otrokove pravice v kazenskem postopku in ki otroku (med drugim) zagotavlja, da ne bo prisiljen pričati ali priznati krivde (prim. 40(2)(a)(IV) člen KOP).
69 Stanje 8. 11. 2015.
70 Goldberg: str. 13 in 16.
71 Več o tem glej Kraljić (2010): str. 87–90.
72 Taylor et al. (2012): str. 652; Goldberg: str. 12.
73 Npr. VSL sklep IV Cp 333/2012 z dne 15. 2. 2012; VSC sklep Cp 16/2008 z dne 28. 2. 2008. Glej tudi Kraljić (2005): str. 381 in Kraljić (2008): str. 1722.

ki jo hkrati tudi pozove, da poda oceno o pristnosti otrokovega mnenja.[74] Tudi na takšen način je otroku zagotovljena možnost vplivati na odločitev sodišča. Nasprotna odločitev, da sodišče samo neposredno pridobi otrokovo mnenje, bi bila lahko v določenih primerih v nasprotju s koristmi otroka, saj bi se ga s tem samo še dodatno obremenjevalo, utrujalo in še bolj izpostavljalo, kot ga izpostavlja že razveza staršev, njuna dejanska ločitev in njuni skrhani odnosi. Prav tako pa ni v korist otrok izpostavljanje psihičnim pritiskom in občutkom, da lahko s svojimi s svojimi izjavami neposredno vplivajo na odločitev o tem, komu bodo dodeljeni.[75]

Ne glede na uporabljeni način sodelovanja, je mogoče pri vseh uporabiti t. i. Shierjev petstopenjski model sodelovanja, in sicer:

a) otroke naj se posluša;
b) otroke naj se podpira pri izražanju njihovih pogledov;
c) otrokovi pogledi naj se upoštevajo;
d) otroke naj se vključi v postopke odločanja;[76]
e) otroci naj imajo moč in odgovornost za sprejemanje odločitev.[77]

Iz Shierjevega petstopenjskega modela sodelovanja otrok izhaja, da se otrokova vloga veča z njegovo starostjo in zrelostjo. Pri tem niso postavljene konkretne starostne meje, saj je vsakega otroka treba obravnavati kot individuum, kar pa je lahko za sodnika veliko breme, saj od njega terja ne samo pravno, ampak tudi interdisciplinarno poznavanje otrokovega razvoja.

4. SMERNICE ZA ZASLIŠANJE OTROK

Kot rečeno, je sprejetje KOP bistveno vplivalo na razvoj otrokovih pravic in 12. člen KOP je prav gotovo eden izmed členov, ki je pustil najvidnejše sledi v 25 letih obstoja KOP. Izvedene so bile mnoge aktivnosti, s katerimi sta se izboljšala položaj in pravno varstvo otrok v sodnih in upravnih postopkih (npr. uvedba specializiranih družinskih sodišč in sodnikov, uvedba družinske mediacije, uvedba otrokovih zagovornikov itd.). Na področju zaslišanja otrok pa so bile leta 2013 sprejete smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje, ki naj bi bile v pomoč sodnikom pri pridobivanju otrokovega mnenja:

a) otroka se lahko zasliši v sodnikovem kabinetu ali posebej za to urejeni sobi na sodišču ali v pogovornih sobah, urejenih pri centrih za socialno delo;[78]

74 Tako sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 195/2012 z dne 19. 6. 2014.
75 Tako sodba Vrhovnega sodišča RS II 71/2007 z dne 12. 7. 2007; in sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 943/2006 z dne 1. 3. 2006.
76 Vključevanje otrok v postopke odločanja je kot prednostni cilj opredeljeno tudi v strategiji EU z naslovom Towards an EU strategy on the rights of the child 2006.
77 Parkes (2013): str. 20.
78 Na nekaterih centrih za socialno delo so že uredili sobe za razgovore, ki naj bi zagotovile otrokom varno in dobro počutje. Sobe so pod video nadzorom in sodnik lahko spremlja razgovor, ki ga opravi strokovno usposobljena oseba, v drugem prostoru. Sodnik lahko s tehničnimi pripomočki pošilja strokovno usposobljeni osebi v sobo vprašanja, ki jih nato ta na primeren način zastavi otroku. Razen spremljanja otrokovih odgovorov lahko sodnik opazuje tudi otrokovo neverbalno komunikacijo. Snemanje pa omogoča, da se lahko posnetki uporabijo večkrat in so dostopni tudi drugim strokovnjakom. S tem se obremenitev otroka znatno zmanjša. Tako Dolčič (2008): str. 15.

b) pred začetkom postopka bi bilo dobro otroku pokazati sodne ali druge prostore ter ga seznaniti z vlogo in identiteto uradnih oseb, vključenih v zadevo.[79] Otroka je prav tako treba seznaniti o instrumentih, ki jih lahko uporabijo za uveljavitev ali varstvo svojih pravic. Otroci mnogokrat ne prejmejo objektivnih in izčrpnih informacij. Starši jim lahko namreč informacije zamolčijo ali jih povedo pristransko.[80] Otroci torej od staršev prejmejo subjektivizirane informacije, saj pričakujejo, da bodo otroci na razvezo zakonske zveze gledali kot oni. Otroci tega ne morejo, saj nastale okoliščino doživljajo skozi svoje otroške oči, otroško (ne)zrelost in otroški intelekt. Razen tega so otroci dovzetni tudi za t. i. »zunanje vplive« in lahko hitro pridejo pod vpliv določene osebe (npr. prevaranega starša, ki drugega postavlja v slabo luč).[81] Navedeno otroku odpira vprašanja, na katera mnogokrat ne dobi ustreznih odgovorov. Otrok se v takem položaju ne znajde in začne sam iskati odgovore na vprašanja, kar pa lahko močno vpliva na njegovo psihično stanje.[82] Zato morajo sodišče in center za socialno delo ter vsi vključeni strokovni delavci zagotoviti objektivnost in izčrpnost informacij, ki so za otroka v konkretnem primeru pomembne;
c) razgovor in podajanje mnenja mora otrok opraviti prostovoljno. To je v skladu z 12. členom KOP, ki otroku podeljuje pravico, in ne dolžnost, da pove svoje mnenje;
d) razgovor z otrokom naj bi se opravil samo enkrat. Dolžina razgovora naj bo prilagojena otrokovi starosti in zrelosti. Če je potrebnih več pogovorov, jih naj vodi ista oseba, saj se s tem ohranita doslednost in vzajemno zaupanje. Prizadevati si je treba, da se opravi čim manj pogovorov.[83] Na centru za socialno delo se pri razgovoru z otrokom posebna pozornost namenja otrokovemu razumevanju in doživljanju odnosov in položaja, njegovim željam, pričakovanjem. Kljub temu, da otrok nekaj opredeli oziroma izrazi kot njegovo željo, ni nujno, da je to tudi njegov resnični interes. Otroci so namreč v vseh pogledih odvisni od staršev in so lahko zelo dovzetni za njihove želje, pričakovanja, potrebe in se jim želijo tudi prilagoditi. To še posebej prihaja do izraza, ko starši svoja ravnanja prilagodijo svojim interesom, pri tem pa pozabljajo, da ima otrok tudi lastne interese. Na otroka lahko pri tem vplivajo posredno ali neposredno, zavestno ali nezavedno, načrtno ali nenačrtovano. Otroci pa so zaradi svoje lojalnosti[84] do staršev toliko bolj dovzetni za razne čustvene manipulacije. Zato je pomembno, da so postopki čim krajši in čim bolj

79 Svet Evrope (2013): str. 28.
80 Svet Evrope (2013): str. 56.
81 Zunanji vpliv na mlajše otroke je imel posebno vlogo tudi pri t. i. salemskih čarovniških procesih v 17. stoletju, kjer so bila mlada dekleta poklicana k pričevanju. Zaradi njihove mladosti so bila veliko bolj dovzetna za zunanje sugestije in so tako znatno prispevala k poneverbi dokazov, saj so se izkazala za zelo nezanesljive in visoko sugestibilne. Zaradi tega so bile tudi delno odgovorne za obsodbe »čarovnic« v mnogih postopkih. Tako glej Robinson (2015).
82 Kraljić (2005): str. 375.
83 Svet Evrope (2013): str. 82.
84 Otroci se lahko ob razvezi zakonske zveze soočajo z izrednimi lojalitetnimi in identifikacijskimi konflikti. Razlog za to je podan v močnem občutku pravičnosti, na podlagi tega občutka se otroci mnogokrat postavijo na stran enega od staršev. Običajno je to „slabotnejši“. S tem se zoperstavijo „močnejšemu in krivemu“ staršu. Občutek pravičnosti otroke lahko pripelje do tega, da stopijo na mesto »izgubljenega dela družine«, torej na mesto odsotnega starša, in prevzamejo njegovo vlogo. Tako postanejo »majhni odrasli« in nadomestni partner in stabilizacijski dejavnik staršu, ki je ostal z družino. Pri tem otroci mnogokrat zamenjajo vloge, to je zamenjajo svojo vlogo otroka z vlogo starša. Tako Schröder (2004): str. 99.

koncentrirani. Dolgotrajnost in razdrobljenost postopkov namreč povečujeta možnost vplivanja staršev na otroka;[85, 86]

e) zastavlja se vprašanje, kdaj se naj pridobi otrokovo mnenje. Ali takoj na začetku ali na koncu, ko so dorečena že druga vprašanja? Otrokovo mnenje naj se pridobi hitro, saj se s tem omogoči spremljanje morebitnega spreminjanja otrokovega mnenja skozi čas. Tako je mogoče ugotavljati tudi morebitne razloge tega spreminjanja;[87]
f) pogovor naj se opravi v varnem in prijetnem prostoru, kjer se otrok lahko sprosti. Zaradi tega naj pogovoru ne prisostvujejo osebe, katerih navzočnost bi lahko na otroka delovala neprimerno ali ustrahujoče.[88] Otroku naj se tudi omogoči, da ima pri sebi predmet, ki mu je v tolažbo in mu daje občutek varnosti;[89]
g) pogovora z otrokom naj se ne moti in prekinja. Prepreči naj se nepotrebno prihajanje ali odhajanje oseb iz prostora in v prostor;
h) otroka je treba informirati o postopku ter o njegovih pravicah in možni vlogi v postopku ter o času, napredku in izidu postopka. Pri tem je treba jasno ločiti, da se razumevanje ne razteza tudi na sodno odločbo, saj je ta namenjena odraslim. Vsebino sodne odločbe lahko otroku na njemu razumljiv način pojasni sodnik, odvetnik, starš ipd. Sodbe in sodne odločbe, ki vplivajo na otroke, bi bilo treba ustrezno obrazložiti in jih pojasniti otrokom v jeziku, ki ga razumejo, zlasti kadar gre za odločitve, pri katerih otrokova mnenja niso bila upoštevana;[90]
i) izogibati se je treba nepotrebnim zamudam, ker otroci dojemajo čas različno kot odrasli. Hitrost otrokom tudi omogoči, da se čim prej vživijo v novi položaj in da lahko začnejo čim prej okrevati (npr. v primerih nasilja v družini);[91]
j) pogovor z otrokom naj opravljajo kvalificirane in ustrezno usposobljene osebe, ki znajo v pogovoru poleg vsebine pogovora zagotoviti tudi ustrezno čustveno počutje otroka (npr. klinični psiholog, ki obvlada delo z otroki in dobro pozna zakonitosti otrokovega psihosocialnega funkcioniranja v različnih razvojnih obdobjih);[92, 93]
k) če otrok potrebuje ali želi, mu je treba v postopku zagotoviti ustrezno podporo in pomoč;
l) otroku je treba zagotoviti možnost, da poda svoje mnenje o postopkih in da je v njih udeležen ter da se njegova stališča ustrezno upoštevajo;[94]

85 Savnik et al. (2008): str. 37.
86 Sodišče otrokovemu mnenju ne da teže, če je očitno, da je njegovo mnenje (v konkretnem primeru glede zavrnitve vrnitve po mednarodni ugrabitvi otroka) rezultat vpliva starša, ki ga je ugrabil, ali katere druge osebe (CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739 – HC/E/FR 947).
87 Dolčič (2008): str. 14.
88 V državah, kjer nosijo sodniki toge (torej tudi pri nas) in lasulje, se svetuje, naj se pri zaslišanju otroka opusti ta formalnost, torej naj sodnik opravi pogovor z otrokom v svojem kabinetu brez lasulje in toge. Tako Svet Evrope (2013): str. 76.
89 Žmuc Tomori (2014): str. 11.
90 Svet Evrope (2013): str. 27; glej tudi UN Recommendation of the UN Committee on the rights of the child, the of the child to be heard (20 September 2006): str. 7 (tč. 41).
91 Svet Evrope (2009): str. 78.
92 Žmuc Tomori (2014): str. 11.
93 Prim. sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 71/2007 z dne 12. 7. 2007.
94 Upoštevanje otrokovega mnenja pride še posebej do izraza pri mednarodnih ugrabitvah, kjer se v skladu z drugim odst. 13. člena HKU kot razlog za zavrnitev vrnitve otroka uporabi njegovo nasprotovanje. Sodišča države, kamor je bil otrok protipravno odpeljan ali zadržan, morajo v primeru otrokovega nasprotovanja ugotoviti, ali je otrok dovolj star in zrel, da se upošteva njegova volja. Več glej Kraljić (2007): str. 199.

m) otroku naj se ne zastavljajo vprašanja, ki segajo predaleč v preteklost in jih je otrok verjetno že pozabil;[95]
n) pogovor naj se opravi z uporabo enostavnega jezika, ki ga lahko otrok lahko razume. Ponavljanju vprašanj se je treba izogibati. Otroci imajo drugačno dojemanje in komunikacijske sposobnosti kot odrasli. Za otroke imajo besede in ideje mnogokrat drugačen pomen. Prav tako imajo omejene življenjske izkušnje in mnogokrat ne razumejo motivov odraslih. Sodnik naj zato uporablja enostaven jezik, primeren otrokovi starosti in zrelosti. Otroci lahko imajo namreč težave pri razumevanju jezika odraslih, še posebej, če vsebuje tujke (npr. postopek ali proces, pogovor ali komunikacija oziroma diskusija), strokovne izraze (npr. pobotanje, poravnava), izraze, ki jih otrok ne pozna. Sodnik naj torej uporablja jezik, ki ustreza otrokovi starosti in stopnji razumevanja.[96] Otroci prav tako ne razumejo pravnega sistema in zapletenih pravnih vprašanj.[97] Sodbe in sodne odločbe, ki vplivajo na otroke, bi bilo treba ustrezno obrazložiti in jih pojasniti otrokom v jeziku, ki ga razumejo, zlasti kadar gre za odločitve, pri katerih se otrokova mnenja niso upoštevala.[98] Zaslišanje otroka zahteva od sodnika empatijo in zavest, da so otroci mnogokrat pod vplivom in pritiski staršev. Sodnik mora paziti, da njegova vprašanje ne bodo sugestivna. Prav tako mora paziti na način postavljanja vprašanj, saj so otroci zelo dobri poslušalci in opazovalci. Način postavitve vprašanja, ton vprašanja, mimika in gestikulacija, ki jih sodnik uporablja, lahko otroka napeljejo na odgovore.[99] Sodnik mora zato ves čas paziti, da ohrani svoje dostojanstvo, sodniško nepristranost in nevtralnost;
o) ves čas postopka je treba spoštovati otrokovo dostojanstvo in, kolikor je to mogoče, zasebnost;
p) z ustrezno tehniko naj se omogoči zabeležka pogovora in možnost uporabe posnetka kot verodostojnega dokaznega gradiva na sodišču. V nemški sodni praksi se je izoblikovalo stališče, da se mora zaslišanje opraviti pred celotnim senatom. Ni namreč dovolj, da si posamezni sodnik ustvari mnenje o otrokovi izjavi in da ga nato posreduje drugim članom senata.[100] To pa pomeni, da mora biti otrok zaslišan pred več neznanimi osebami, kar ga lahko dodatno obremeni. Rešitev je v uporabi video konferenc,[101] ki omogočajo prisotnost le ene otroku neznane osebe, hkrati pa se zagotovi neposredni prenos podane izjave drugim članom senata (to se npr. že uporablja v kazenskem postopku).[102]

Pri uresničevanju pravice do svobodnega izražanja svojega mnenja morajo biti otroci zaščiteni pred vsako morebitno škodo, vključno pred ustrahovanjem, represalijami, šikaniranjem in kršitvijo njihove pravice do zasebnosti (sekcija

95 Goldberg: str. 18.
96 Svet Evrope (2013): str. 28.
97 Goldberg: str. 10.
98 Svet Evrope (2013): str. 27.
99 Knittel v Schnitzer (2008): str. 613.
100 Tako BGH Beschluss Az. XII ZB 81/09 z dne 28. 4. 2010.
101 Uporaba snemanja se še posebej kot dobrodošla ocenjuje v primeru družinskega nasilja nad otrokom. S snemanjem se želi preprečiti neposredno soočenje otroka s storilcem. Vendar pa je to bilo po drugi strani označeno tudi kot negativni vidik, kar je lahko ključnega pomena v ameriškem sistemu, kjer je prisotna porota. Pričanje otroka pred kamero sicer res omogoča, da se otrok izogne storilcu, vendar pa takšno dejanje lahko poroto zelo hitro pripelje do zaključka o storilčevi krivdi. Tako Swim, Borgida in McCoy (1993): str. 604.
102 Tako tudi Savnik et al. (2008): str. 36; O'Donell (2009): str. 41; Svet Evrope (2013): str. 76-8.

2(8) Priporočila CM/Rec(2012)2). Izhajajoč iz slednjega se zastavlja vprašanje glede zaupnosti otrokovih izjav oziroma mnenj. Otrok se lahko namreč osebi, ki opravlja pogovor z njim, popolnoma odpre in ji zaupa morda tudi informacije, mnenja, poglede, za katere ne želi, da bi zanje izvedeli njegovi starši. Pri tem so se glede zaupnosti podanih otrokovih mnenj med državami izoblikovala različna stališča in posledično ureditve, med katerimi obstajajo bistvene razlike. Pravica do zasebnosti je danes temeljna človekova in s tem tudi otrokova pravica.[103] Pravica do zasebnosti je upoštevana tudi v KOP, ki jo izrecno omenja v dveh členih, in sicer v 16. in 40. členu. V 16. členu je tako opredeljena splošna pravica otroka do zasebnega življenja, ki mu zagotavlja, da ne sme biti izpostavljen samovoljnemu ali nezakonitemu vmešavanju v njegovo zasebno življenje ter da ima pravico do zakonitega varstva proti takšnemu vmešavanju ali napadom. Otroku je še posebej zagotovljeno, da mu je v vseh fazah kazenskega postopka zajamčeno popolno spoštovanje njegove zasebnosti (prim. 40(2)(a)(VII). člen KOP). Otrok ima tako po eni strani pravico do zasebnosti pred posegi državnih organov, ima pa jo tudi proti svojim staršem. Temu upoštevajo tudi posamezne države, medtem ko so se druge jasno postavile na stran staršev in popolnega razkritja otrokovega mnenja. Tako so države, kjer:

a) otrokovo mnenje ni deležno zaupnosti, saj imajo starši običajno popolni dostop do vseh informacij, ki so jih posredovali otroci (npr. Škotska, ZDA, Kostarika, Nigeriji itd.);
b) velja glede podanega otrokovega mnenja delna zaupnost. Staršem se sporoči le povzetek podanega otrokovega mnenja (npr. Indija, Anglija, Nova Zelandija, Avstralija, Izrael, Švica[104]);
c) je podano otrokovo mnenje deležno popolne zaupnosti. V tem primeru namreč starši nimajo dostopa do nikakršnih informacij o podanem otrokovem mnenju (npr. Japonska).[105] Takšna ureditev omogoča, da otrok poda svoje mnenje brez strahu in pritiska.[106]

Po ZPP ima sodišče diskrecijsko pravico in se lahko v konkretnem primeru odloči, da zaradi varstva koristi otroka staršem ne dovoli vpogleda v zapisnik oziroma poslušanje zvočnega posnetka (drugi odstavek 410. člena ZPP). Iz navedenega izhaja, da ZPP glede zaupnosti varstva otrokovih koristi upošteva načelo delne zaupnosti, ki pa jo lahko spremeni tudi v popolno zaupnost, če se v posameznem primeru izkaže, da je to potrebno za varstvo otrokovih koristi.

5. ZAKLJUČEK

Ker je otrok tako v razmerju do svojih staršev kakor v postopkih, ki se nanj nanašajo, šibkejša in ranljiva oseba, je treba varovanju njegovih pravic in koristi nameniti posebno pozornost. Tega so se zavedali vsi pomembni akterji na področju varstva

103 To izhaja iz Splošne deklaracije o človekovih pravicah (prim. 12. člen), Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah (prim. 17. člen), Evropske konvencije o človekovih pravicah (prim. 8. člen) in URS (prim. 35. člen URS).
104 Tako http://www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/kinder/kinderanhoerung.html (14. 9. 2015).
105 Taylor et al. (2012): str. 652.
106 Kraljić (2008): str. 1722.

otrokovih pravic in konkretno pravice otroka do svobodnega izražanja in so sprejeli zavezujoče kakor tudi nezavezujoče dokumente, s katerimi naj bi se zagotovilo spoštovanje otrokovih pravic v skladu z načelom največje otrokove koristi. Med najpomembnejše vsekakor šteje KOP, ki je pomemben mejnik na področju otrokovih pravic, še posebej glede pravice otroka do svobodnega izražanja. Učinek 12. člena KOP je zelo širok, saj se praktično velja za vsa področja otrokovega življenja. Nagel pozitivni razvoj povečanja otrokove vloge v zadevah, ki se nanj nanašajo, je opazen tudi v slovenski zakonodaji. Še posebej naj bi to veljalo za sodne in upravne postopke. V skladu z ZPP in ZZZDR ter KOP ima otrok pravico do svobodnega izražanja, tehtnost njegovega mnenja pa se presoja individualno v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo. Le starost otroka tako načeloma ne more biti razlog, da se otroku ne omogoči, da izrazi svoje mnenje.

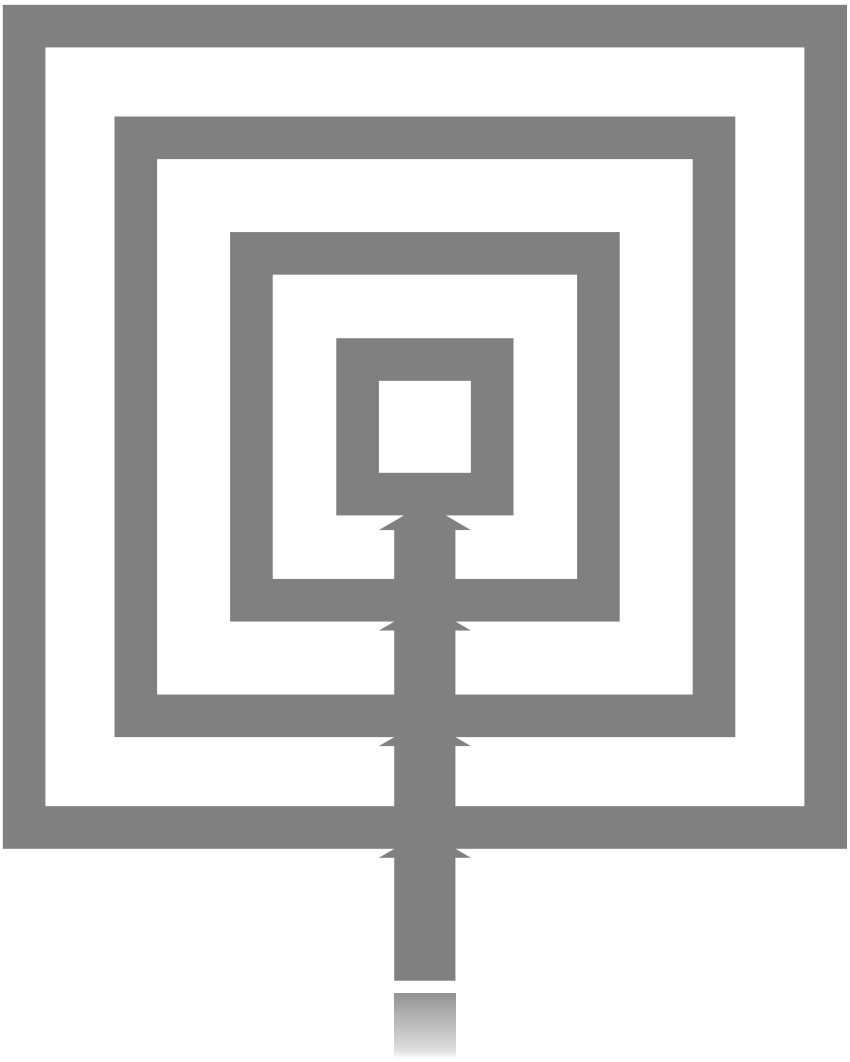
LITERATURA:

- Außerstreitgesetz, BGBl I 15/2013; 111/2013.
- Committe on the Rights of the Child (2009). General Comment No. 12 (2009) – The right of the child to be heard. Pridobljeno: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf (12. 9. 2015).
- Council of Europe Strategy for the rights of the child (2012-2015). Pridobljeno: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1908087&Site=CM (5. 12. 2015).
- DOLČIČ, Tone. Vprašanje ugotavljanja pravic otroka v postopkih pred sodiščem. V: Vrhovno sodišče RS. *Strokovni posvet ob evropskem dnevu civilnega sodstva: Otrok pred sodiščem.* Ljubljana, 2008, str. 14-24. Pridobljeno: http://www.varuh-rs.si/fileadmin/user_upload/pdf/konferenca_o_participaciji_otrok_in_mladostikov_2014/slovensiki_dokumenti/Otrok_pred_sodiscem_-_Brosura_Vrhovnega_sodisca_RS.pdf (21. 10. 2015).
- EKLUND Hans. Article 12 of the »UN‘s Convention on the Rights of the Child« and the Procedural Status of Children in Sweden. *Scandinavian Studies in Law 1999-2012, year 2007, No. 51,* str. 163-184.
- EVROPSKA KOMISIJA. *Agenda EU za otrokove pravice. Com(2011) 60 konč.*
- Evropska konvencija o uresničevanju otrokovih pravic (EKUOP): Uradni list RS – MP, št. 26/99.
- FENTON, Glynn Claire. Participation and Natural Justice: Children‘s Rights and Interests in Hague Abduction Proceedings. V: RAINS R. Robert (ur.) The 1980 Hague Abduction Convention – Comparative Aspects. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2014.
- GALIČ, Aleš. *Komentar Zakona o pravdnem postopku.* Ljubljana: GV Založba, 2005.
- Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Pridobljeno: http://www.gesetze-im-internet/bundesrecht/famfg/gesamt.pdf (5. 12. 2015).

- GOLDBERG, Dan L. Judicial Interviews of Children in Custody and Access Cases: Time to Pause and Reflect. Pridobljeno: https://flao.org/wp-content/uploads/2011-10-28-Judicial-Interviews-Article-2.pdf (5. 12. 2015).
- Haaška konvencije o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok (HKU): Uradni list RS – MP, št. 6/93 in 14/12.
- Haaška konvencije o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok (HKVO): Uradni list RS – MP, št. 23/04.
- Haaška konvencije o varstvu otrok in sodelovanju pri meddržavnih posvojitvah (HKP): Uradni list RS – MP, št. 14/99.
- http://www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/kinder/kinderanhoerung.html (14. 9. 2015).
- Kazenski zakonik RS (KZ1-UPB2): Uradni list RS, št. 50/12 – UPB2; 54/15.
- KLEMFUSS, Zoe. J., CECI, Stephen J. Legal and psychological perspectives on children‘s competence to testify in court. *Development Review 32 (2012),* str. 268–286.
- Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah (KOP): Uradni list SFRJ – MP, 15/90, Uradni list RS – MP, št. 9/92.
- Konvencija Združenih narodov o pravicah invalidov (KPI): Uradni list RS – MP, št. 37/08.
- KRALJIĆ, Suzana. Varstvo otrokovih koristi v postopku družinske mediacije. *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru, leto I, št. 1, 2005,* str. 373–383.
- KRALJIĆ, Suzana. Mednarodna ugrabitev otrok – kdaj vrnitev, kdaj zavrnitev. V KNEŽEVIĆ, Gašo in PAVIĆ, Vladimir (ur.). *Državljanstvo i međunarodno privatno pravo – Haške konvencije (zbornik radova)*. Beograd: Službeni glasnik, 2007, str. 189–204.
- KRALJIĆ, Suzana. Die Rechte des Kindes in slowenischen Recht. *FamRZ 2008, Heft 18,* str. 1720–1723.
- KRALJIĆ, Suzana. Razveza staršev kot oblika psihičnega nasilja nad otroci. V: DVORŠAK, Anton in SELINŠEK, Liljana (ur.). Nasilje v družini: kazensko pravni, kriminalistični in kriminološki problemi. Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede, 2010, str. 83–93.
- KRANJC, Janez. *Rimsko pravo.* Ljubljana: GV Založba, 2008.
- LANDSDOWN, Gerison, JIMERSON, Shane in SHAHROOZI, Reza. Children‘s Rights and School Psychology: children‘s right to participation. *J Sch Psychol 2014 Feb;52(1):* str. 3–12.
- Listine Evropske unije o temeljnih pravic (LEUTP): Uradni list Evropske unije C 83/389 z dne 30. 3. 2010.
- Obligacijski zakonik (OZ-UPB1): Uradni list RS, št. 97/07 – UPB1.

- O'DONELL, Daniel. Innocenti Working Paper – The Right of Children to be Heard: Children's Right to Have Their Views Taken Into Account And to Participate in Legal and Administrative Proceedings: IWP-2009-4, 2009. Pridobljeno: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/iwp_2009_04.pdf (24. 11. 2015).
- PARKES, Aisling. *Children and International Human Rights Law – The Right of the Child to be Heard.* London: Routledge Research in Human Rights Law, 2013.
- Priporočilo št. R (84) 4 Odbora ministrov državam članicam o starševskih odgovornostih (sprejeto od Odbora ministrov 28. 2. 1984 na 367. srečanju. Pridobljeno: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Rec.84.4.%20E.pdf (29. 11. 2015).
- RAUSCHER, Thomas. *Europäisches Zivilproze*βrecht *Kommentar – Band 1: Brüssels I-VO, Brüssels Iia-VO.* 2. Auflage. Munchen: Sellier European Law Publishers, 2006.
- Recommendation CM/Rec(2012)2 of the Committee of Ministers to member States on the participation of children and young people under the age of 18 (Adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012 at the 1138th meeting of the Ministers' Deputies). Pridobljeno: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1927229 (22. 9. 2015).
- ROBINSON, Jana. The experience of the child witness: Legal and psychological issues. *International Journal of Law and Psychiatry (2015*). Pridobljeno: http://dx.doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.08.022 (10. 9. 2015).
- SAVNIK, Alenka, OGRIN, Aleksandra, ŽUGIČ, Sonja, PREZEL, Francka. Vloga centrov za socialno delo v postopkih z otroki pred sodiščem. V: Vrhovno sodišče RS. *Strokovni posvet ob evropskem dnevu civilnega sodstva: Otrok pred sodiščem.* Ljubljana, 2008, str. 34–37. Pridobljeno: http://www.varuh-rs.si/fileadmin/user_upload/pdf/konferenca_o_participaciji_otrok_in_mladostikov_2014/slovensiki_dokumenti/Otrok_pred_sodiscem_-_Brosura_Vrhovnega_sodisca_RS.pdf (21. 10. 2015).
- SCHNITZLER, Klaus (ur.). *Münchener Anwalts Handbuch – Familienrecht.* Verlag C. H.: München: Beck, 2008.
- SCHRODER, Rudolf. *Familienmediation.* Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2004.
- SVET EVROPE (2013). *Smernice Odbora ministrov Sveta Evrope za otrokom prijazno pravosodje.*
- SWIM, Janet K., BORGIDA E. in McCOY, Kathy. Videotaped Versus in Court Witness Testimony: Does Protecting the Child Witness Jeopardize Due Process? *Journal of Applied Social Psychology, 1993, 23, 8,* str, 603–631.
- TAYLOR, Nicola, FITZGERALD, Robin, MORAG, Tamar, BAJPAI, Asha, GRAHAM, Anne. International Models of Child Participation in Family Law Proceedings following Parental Separation / Divorce. *International Journal of Children's Rights 20 (2012),* str. 645–673.

- Towards an EU strategy on the rights of the child (COM(2006)367.
- UN Recommendation of the UN Committee on the rights of the child to be heard (20 September 2006).
- Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. 11. 2003 o pristojnosti in priznanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000: Uradni list L 338 z dne 23. 12. 2003.
- Ustava Republike Slovenije (URS): Uradni list RS, št. 33/91-I; 42/97 – UZS68; 66/00 – UZ80; 24/03 – UZ3a, 47, 68; 69/04 – UZ14; 69/04 – UZ43; 69/04 – UZ50; 68/06 – UZ121, 140, 143; 47/13 – UZ148; 47/13 – UZ90, 97, 99.
- WOODHAUS, Barbara. Children‘s Rights. *Public Law and Legal Theory – Research Paper Series, Number 1-6, March 2000.* Pridobljeno: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=234180 (15. 9. 2015).
- Zakon o dedovanju (ZD): Uradni list SRS, št. 15/76; 23/78; Uradni list RS, št. 13/94 – ZN; 40/94 – odl. US; 117/00 – odl. US; 67/01; 83/01 – OZ; 31/13 – odl. US.
- Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1): Uradni list RS, št. 21/13.
- Zakon o nepravdnem postopku (ZNP): Uradni list SRS, št. 30/86; 20/88; Uradni list RS, št. 87/02; 131/03; 77/08.
- Zakon o osebnem imenu (ZOI-1): Uradni list RS, št. 20/06.
- Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP): Uradni list RS, št. 15/08.
- Zakon o pravdnem postopku (ZPP): Uradni list RS, št. 73/07–UPB1; 45/08–ZArbit; 45/08; 111/08 – odl. US; 57/09 – odl. US; 12/10 – odl. US; 50/10 – odl. US; 107/10 – odl. US; 75/12 – odl. US; 40/13 – odl. US; 92/13 – odl. US; 10/14 – odl. US; 48/15 – odl. US.
- Zakon o verski svobodi (ZVS): Uradni list RS, št. 14/07; 46/10 – odl. US; 40/12 – ZUJF; 100/13.
- Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR): Uradni list RS, št. 69/2004 – UPB1; 101/07 – odl. US; 90/11 – odl. US; 84/12 – odl. US; 82/15 – odl. US.
- ŽMUC TOMORI, Martina. Ugotavljanje sposobnosti otrok pri sodelovanju v sodnih postopkih. V: NOVAK ŠAROTAR, Brigita. Seminar iz forenzične psihiatrije – Lokarjevi dnevi 2014: Vloga izvedenca psihiatra pri ugotavljanju sposobnosti strank v sodnih postopkih. *Vice Versa – Glasilo Združenja psihiatrov pri Slovenskem zdravniškem društvu, posebna izdaja 2014.* Ljubljana: Slovensko zdravniško združenje, 2014, str. 10–14.



ČLANKI

SESTAVINE SODBE O PREKRŠKU[1]

dr. Liljana Selinšek[2]
Ministrstvo za pravosodje

1 UVOD

Ta prispevek se nanaša na sodbe o prekršku okrajnega sodišča, izdane v rednem sodnem postopku o prekršku. Sodb sodišč, izdanih v postopkih z zahtevo za sodno varstvo, se prispevek dotika v manjši meri, s sestavinami in obvezno vsebino odločb o prekršku prekrškovnega organa in plačilnih nalogov, izdanih v hitrem postopku o prekršku, pa se ne ukvarja.

Sodba o prekršku ima poleg številke, datuma izdaje, podpisa sodnika in uradnega pečata sodišča še tri oziroma štiri obvezne sestavine: uvod, izrek in pravni pouk; če ni zakonskih pogojev za izdajo sodbe brez obrazložitve, pa je obvezna sestavina sodbe tudi obrazložitev. Ta prispevek se osredotoča izrek in obrazložitev, pri čemer je pri obeh poudarek na dejanskem stanju oziroma opisu prekrška.

Izrek je brez dvoma osrednji in najpomembnejši del sodbe o prekršku, saj vsebuje odločitev, ki postane pravnomočna in s tem izvršljiva. Obrazložitev ima pojasnilno vlogo, ki je dvojne narave: primarno obrazložitev v primeru vložitve pravnega sredstva instančnemu sodišču omogoča vpogled v postopek, vsebino in podlage prvostopenjskega odločanja o prekršku, hkrati pa mora z argumenti za vsako točko izreka prepričati tudi obdolženca, da je odločitev sodišča pravilna, zakonita in pravična. Posledično za obe sestavini sodbe o prekršku velja, da morata biti jedrnati, jasni ter notranje in medsebojno konsistentni, pa tudi – kar ni nepomembno – jezikovno in slogovno neoporečni. Zakon o prekrških (ZP-1)[3] daje okvirna napotila glede vsebine in obsega izreka in obrazložitve, podrobnejše usmeritve pa smiselno izhajajo iz razlogov, zaradi katerih je mogoča pritožba zoper sodbo o prekršku. Iz 8. točke prvega odstavka 155. člena ZP-1 izhaja, da mora biti izrek sodbe o prekršku razumljiv in skladen ne le sam s seboj, ampak tudi z obrazložitvijo (tj. z razlogi), razumljiva in vsebinsko polna pa mora biti tudi obrazložitev, v kateri je treba po splošnem pravilu iz četrtega odstavka 135. člena ZP-1 navesti razloge za vsako posamezno točko (izreka) sodbe.

Zakonske določbe, ki se nanašajo na izrek in obrazložitev sodbe o prekršku, ter osrednja stališča višjih in Vrhovnega sodišča RS v zvezi s tem so skupaj z relevantno teorijo podrobneje predstavljena v nadaljevanju tega prispevka.

V prispevku je upoštevano stanje zakonodaje na dan 8. 11. 2015.

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Prekrškovnopravni šoli, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala 5. in 6. novembra 2015 v Portorožu.
2 V prispevku so izražena osebna stališča avtorice in ne stališča ustanove, v kateri je zaposlena.
3 Uradni list RS, št. 7/03 in naslednji.

2 IZREK SODBE O PREKRŠKU

2.1 Subjektivna in objektivna identiteta sodbe o prekršku in obdolžilnega predloga – teoretični vidik

Po določbi drugega odstavka 132. člena ZP-1 se sme sodba o prekršku nanašati samo na osebo, ki je obdolžena, in samo na dejanje, ki je predmet obdolžilnega predloga. Če je bil zahtevek, podan v obdolžilnem predlogu,[4] prekoračen, je podana bistvena kršitev določb postopka iz 5. točke prvega odstavka 155. člena ZP-1.

Pravilo, da se sme sodba o prekršku nanašati samo na osebo, ki je obdolžena, izraža zahtevo po t. i. subjektivni identiteti sodbe in obdolžilnega predloga. Ker sodišče v osnovi ni organ pregona, mora svoje dejavnosti v rednem postopku o prekršku omejiti le na ravnanja tistih fizičnih ali pravnih oseb, ki so kot obdolženci navedene in ustrezno identificirane v obdolžilnem predlogu.

Pravilo, da se sme sodba o prekršku nanašati samo na dejanje, ki je predmet obdolžilnega predloga, pa izraža zahtevo po t. i. objektivni identiteti sodbe in obdolžilnega predloga. V literaturi in sodni praksi se je v zvezi s tem oblikovalo stališče, da je sodišče pri odločanju vezano na opis dejanja v obdolžilnem predlogu in da sodišče v opisu dejanja ne sme spreminjati tistih elementov dejanskega stanja, ki pomenijo zakonske znake prekrška. Dejanje, opisano v sodbi, se lahko od dejanja, opisanega v obdolžilnem predlogu, torej razlikuje le v tistih elementih, ki niso hkrati tudi zakonski znaki prekrška, kar pomeni, da je opis dejanja s sodbo mogoče spremeniti le toliko, da isto dejanje dobi drugačno podobo, ne sme pa postati drugo dejanje. Povedano drugače: sodišče lahko ravnanje iz obdolžilnega predloga vedno pravno kvalificira drugače, kot je to storil prekrškovni organ, ne sme pa spremeniti opisa dejanskega stanja prekrška, torej ne sme dodajati ali izpuščati zakonskih znakov prekrška.[5]

Teoretično gledano je zaradi dejstva, da predlagatelj, ki je vložil obdolžilni predlog, v rednem sodnem postopku o prekršku nima obveznosti aktivnega sodelovanja in tudi ne možnosti naknadne spremembe obdolžilnega akta[6] glede na (drugačne) ugotovitve v postopku, pravilo o objektivni identiteti sodbe o prekršku in obdolžilnega predloga sistemsko nenavadno. Posledično bi bilo treba to pravilo razlagati širše oziroma manj strogo, kot to velja v kazenskem procesnem pravu. V kazenskem postopku ima namreč državni tožilec kot »predlagatelj« status stranke v postopku in lahko po določbi 344. člena Zakona

4 105. člen ZP-1 med sestavinami obdolžilnega predloga sicer ne predvideva kakršnega koli zahtevka, zato z jezikovno razlago zakona ni mogoče identificirati, na kaj se nanaša bistvena kršitev določb postopka iz 5. točke prvega odstavka 155. člena ZP-1, tj. *»prekoračitev zahtevka, podanega v obdolžilnem predlogu«.* Šele z uporabo namenske (teleološke) razlage lahko izluščimo, da (sicer civilnopravni) izraz »zahtevek« zajema predlog za uvedbo postopka zoper določeno osebo/osebe zaradi izvršitve določenega prekrška/prekrškov in da se torej ta bistvena kršitev postopka nanaša na kršitev subjektivne ali objektivne identitete sodbe o prekršku in obdolžilnega predloga.

5 Kardelj, str. 48 in 49, in Jenull in drugi, str. 623 in 624.

6 Po določbi tretjega odstavka 125. člena ZP-1 se, če se sodišče odloči izvesti ustno obravnavo, o datumu te obravnave obvesti predlagatelj; ni pa na obravnavo vabljen niti nima na njej ali v kateri koli drugi fazi rednega sodnega postopka o prekršku na prvi stopnji nobenih procesnih zadolžitev.

o kazenskem postopku (ZKP)[7] do konca glavne obravnave modificira (spremeni) obtožni akt glede na ugotovitve dokaznega postopka, izvedenega na glavni obravnavi. Odgovornost za uskladitev vsebine obtožnega akta z ugotovljenim dejanskim stanjem je od začetka pa do konca sojenja v kazenskem postopku torej na državnem tožilcu, kar je skladno z načelom akuzatornosti. Ob taki ureditvi je zahteva po (strogi) objektivni identiteti obtožbe in sodbe[8] logična, skladna z načelom delitve procesnih funkcij in tudi praktično izvedljiva. V rednem sodnem postopku o prekršku pa ni tako. Ko sodišče na podlagi vloženega obdolžilnega predloga ugotovi, da so izpolnjeni pogoji za začetek postopka, uvede postopek o prekršku in ga izvede po uradni dolžnosti, pri čemer formalno postane edini ***»***gospodar***«*** obdolžilnega predloga. Če se posamezni elementi dejanskega stanja prekrška (npr. kraj ali čas storitve) po izvedenem dokaznem postopku pred sodiščem morda pokažejo v drugačni luči, kot jo je uspelo osvetliti prekrškovnemu organu ali drugemu predlagatelju (vložniku obdolžilnega predloga), mora (oziroma bi moralo) imeti sodišče možnost, da to v sodbi o prekršku upošteva, čeprav gre za okoliščine, ki so povezane z zakonskim znakom prekrška. Drugačna razlaga bi bila v nasprotju z načeli, na katerih temelji redni postopek o prekršku, in sicer (najmanj) z načelom materialne resnice in načelom neposrednosti. Načelo materialne resnice, ki je izrecno določeno v 68. členu ZP-1, sodišče zavezuje, da po resnici in popolnoma ugotovi vsa dejstva (obremenilna in razbremenilna), pomembna za izdajo zakonite sodbe o prekršku (razen v primeru obdolženčevega priznanja). Načelo neposrednosti pa izhaja iz določbe prvega odstavka 133. člena ZP-1, po kateri lahko sodba o prekršku temelji le na ***»****dokazih in dejstvih, ki so bila ugotovljena v postopku*,***«*** tj. v postopku o prekršku pred sodiščem (!) in ne v postopku priprave obdolžilnega predloga prekrškovnega organa. Obe načeli ob odsotnosti možnosti za modifikacijo obdolžilnega predloga po začetku rednega sodnega postopka sugerirata, da je treba ***»****dejanje, ki je predmet obdolžilnega predloga****«*** v smislu drugega odstavka 132. člena ZP-1 razlagati tako, da ***obdolžilni predlog začrta okvir dejanskega stanja, znotraj katerega se smeta gibati dokazna in odločevalska aktivnost sodišča, ni pa sodišče strogo vezano na vsebino posameznih elementov dejanskega stanja iz obdolžilnega predloga na način, kot je sicer vezano na elemente in vsebino odločbe o prekršku prekrškovnega organa, kadar odloča o zahtevi za sodno varstvo zoper takšno odločbo.*** V nasprotnem primeru bi bil (oziroma je[9]) postopek dokazovanja, ki ga v rednem sodnem postopku o prekršku izvede sodišče, brezpredmeten.

---

7 Uradni list RS, št. 32/12 (uradno prečiščeno besedilo št. 8), 47/13 in 87/14.

8 Prvi odstavek 354. člena ZKP določa, da se sme sodba nanašati samo na osebo, ki je obtožena, in *samo na dejanje, ki je predmet obtožbe, obsežene v vloženi oziroma* ***na glavni obravnavi spremenjeni ali razširjeni obtožnici*** *(poudarila L. S.).*

9 Sodna praksa zahteve po objektivni identiteti med obdolžilnim predlogom in sodbo razlaga ozko in z uporabo meril, ki so se razvila v kazenskem procesnem pravu (kjer je ureditev, kot je prikazano zgoraj, pomembno drugačna), se pravi brez upoštevanja sistemskih vidikov rednega sodnega postopka o prekršku, ki se pomembno razlikuje od kazenskega postopka. Tako je Višje sodišče v Kopru v sodbi št. PRp 15/2009 z dne 19. 2. 2009 zapisalo: »*Glede na to, da se obdolžencu z obdolžilnim predlogom očita, da je imel v organizmu najmanj 1,52 grama alkohola na kilogram krvi, se obdolžencu sme očitati le takšna količina alkohola v krvi, ne pa višja, kljub ugotovitvi sodišča, ki temelji na izvedenskem mnenju, da je imel obdolženi v krvi v času prekrška višjo koncentracijo alkohola od očitane v obdolžilnem predlogu. K temu višje sodišče še dodaja, da je bila odreditev izvedenstva, glede na to, da je rezultat alkoholimetrične analize blizu meje, nad katero se vozniku izreče 18 kazenskih točk in s tem prenehanje veljavnosti vozniškega dovoljenja, razumna odločitev, vendar bi bil rezultat izvedenstva upošteven le v primeru, če bi imel za posledico za obdolženca milejšo pravno opredelitev in s tem milejšo sankcijo*« (smiselno enako je Višje sodišče v Kopru presodilo v sodbi PRp 15/2000 z dne 19. 2. 2009).

V komentarju drugega odstavka 132. člena ZP-1 je sicer zavzeto stališče, da ureditev, po kateri *mora biti sodba vezana izključno na dejanje, ki je opisano v obdolžilnem predlogu, kar pomeni, da ne sme biti vezana na tisti historični dogodek, ki se je v resnici zgodil in ki ga je med dokaznim postopkom ugotovilo sodišče,* ne pomeni odmika od načela materialne resnice, temveč le dosledno izpeljavo načela akuzatornosti.[10] V zvezi s tem je treba opozoriti, da načelo akuzatornosti v delu, v katerem se prekriva z objektivno identiteto med obtožbo in sodbo, v svojem bistvu terja aktivnega tožilca[11] – kot je ugotovljeno tudi v navedenem komentarju, pa v rednem postopku o prekršku predlagatelj postopka praviloma sploh ne sodeluje in postopka niti ne spremlja,[12] kar pomeni, da ni subjekta, ki bi lahko spremenil oziroma modificiral obdolžilni predlog. ***ZP-1 torej redni sodni postopek o prekršku gradi na čistem oz. tipičnem načelu akuzatornosti le v delu, v katerem se ta postopek ne more začeti brez obdolžilnega predloga, ki ga vloži upravičeni predlagatelj (t. i. eksistenčna vezanost), medtem ko je izpeljava objektivne identitete med obdolžilnim predlogom in sodbo (t. i. objektivna vezanost) v zakonu nepopolna (imperfektna)***. To nepopolnost bi bilo treba zapolniti s sistemsko razlago, ki bi morala temeljiti na povezavi z drugimi načeli, na katerih temelji redni sodni postopek o prekršku, in ustrezno upoštevati bistvene sistemske razlike pri urejanju objektivne identitete med obtožbo in sodbo v prekrškovnem na eni in kazenskem procesnem pravu na drugi strani.

2.2 Kakovostna ocena obdolžilnega predloga kot temeljni pogoj za konstruktivno oblikovanje izreka sodbe o prekršku

2.2.1 Sestavine obdolžilnega predloga

Obdolžilni predlog mora biti pisen in mora skladno s 105. členom ZP-1 vsebovati naslednje:[13]

a/ podatke o istovetnosti storilca – minimalen nabor teh podatkov je razviden iz zakona, in sicer ločeno za fizične in pravne osebe:

- ***če je storilec fizična oseba,***[14] podatki zajemajo njegovo ime in priimek, EMŠO (če je oseba tujec, zadostujejo njeni rojstni podatki), kraj rojstva, naslov stalnega ali začasnega prebivališča, poklic in zaposlitev; če je storilec odgovorna oseba pravne osebe, pa mora obdolžilni predlog poleg navedenih podatkov vsebovati tudi podatek o delu, ki ga odgovorna oseba opravlja (če je to delo različno od njenega poklica ali zaposlitve);

- ***če je storilec pravna oseba,*** mora obdolžilni predlog vsebovati firmo (oziroma ime, s katerim pravna oseba skladno s predpisi nastopa v pravnem prometu),

10 Jenull in drugi, navedeno delo, str. 623.

11 Odgovornost za uskladitev objektivne identitete med obtožbo in sodbo z načelom materialne resnice je v kazenskem postopku torej na tožilcu. To izhaja tudi iz komentarja prvega odstavka 354. člena Zakona o kazenskem postopku, kjer je v zvezi s tem zapisano: »Čeprav je sodišče vezano na načelo iskanja resnice, *ne sme obtoženca obsoditi za dejanje, ki ga je dejansko storil,* ***če tožilec ni ustrezno spremenil obtožbe***« (poudarila L. S.). Horvat, str. 731.

12 Jenull in drugi, str. 623 in 624.

13 Za vsebino posamezne sestavine prim. tudi Kardelj, navedeno delo, str. 47–50.

14 Če istovetnosti storilca prekrška ni mogoče ugotoviti, se v obdolžilnem predlogu namesto osebnih podatkov navede opis osebe in priloži njena fotografija oziroma posnetek (prim. drugi odstavek 105. člena ZP-1).

sedež in matično številko pravne osebe ter podatke o odgovorni osebi pravne osebe.[15] Glede na to, da se odgovorna oseba primarno navaja v povezavi z identifikacijo pravne osebe, je treba ***»odgovorno osebo«*** iz tretjega odstavka 105. člena ZP-1 razlagati kot zakonitega zastopnika pravne osebe. Če obdolžilni predlog očita storitev prekrška tudi tej odgovorni osebi (se pravi zakonitemu zastopniku pravne osebe), mora biti identificirana z vsemi podatki, navedenimi v prejšnji alineji, sicer pa zadostujejo temeljni identifikacijski podatki, se pravi ime in priimek, EMŠO, naslov stalnega in začasnega prebivališča ter navedba, da gre za odgovorno osebo – zakonitega zastopnika pravne osebe);

b/ če se predlog nanaša na prekršek, za katerega se lahko izrečejo kazenske točke v cestnem prometu, mora obdolžilni predlog vsebovati ***podatke o storilčevem vozniškem dovoljenju*** (številka dovoljenja, izdajatelj, datum izdaje, datum veljavnosti in kategorije motornih vozil, za katera je dovoljenje izdano) in o vrsti voznika (predvsem podatek, ali gre za voznika začetnika);

c/ dejanski stan[16] prekrška, tj. opis dejanja, ki po mnenju predlagatelja konstituira prekršek. Kaj mora zajemati opis dejanskega stanja, je primarno razvidno iz opisa prekrška v zakonu (oziroma uredbi vlade ali odloku). Elementi dejanskega stanja morajo namreč sovpadati z vsemi zakonskimi znaki prekrška, ki se v konkretnem primeru očita obdolžencu ali obdolžencem. Ti elementi morajo biti opisani do te mere (oziroma tako podrobno), da jih je mogoče povezati s posameznim zakonskim znakom prekrška. Kadar prekrškovni organ oziroma predlagatelj ugotovi širši nabor okoliščin, je priporočljivo, da obdolžilni predlog v delu, ki se nanaša na dejansko stanje oziroma opis prekrška, oblikuje dvodelno. V prvem delu predstavi okoliščine oziroma elemente dejanskega stanja, ki izkazujejo obstoj zakonskih znakov prekrška, za katerega prekrškovni organ ocenjuje, da je bil v konkretnem primeru storjen, v drugem delu pa navede druge okoliščine, ki jih je ugotovil in za katere presodi, da bi utegnile biti pomembne za odločanje sodišča. Zaradi raznovrstnosti prekrškov ni mogoče oblikovati konkretnejših in poenotenih smernic za oblikovanje opisa oziroma dejanskega stanja prekrška; na splošni ravni pa je naloga predlagatelja v bistvenem dvojna:

1. iz opisa prekrška v zakonu, uredbi ali odloku mora izluščiti zakonske znake[17] prekrška, se pravi znake, ki na ravni predpisa identificirajo, kaj je določeno kot prekršek, in
2. v konkretnem primeru ugotovljene okoliščine dejanskega stanja mora ustrezno umestiti (subsumirati) v okvir zakonskih znakov prekrška.

Poglejmo, kako bi tekel ta proces v hipotetičnem primeru naključno izbranega prekrška iz 15. točke prvega odstavka 109. člena Zakon o javnem naročanju

15 Navedene sestavine izhajajo iz kombinacije drugega in tretjega odstavka 105. člena ZP-1, ki se glede podatkov o obdolženi pravni osebi delno podvajata.

16 Pravilnejši bi bil izraz »dejansko stanje«. Stanje Slovar slovenskega knjižnega jezika med drugim opredeljuje kot nekaj, »*kar je v kakem času pri čem določeno z razmerami, okoliščinami, kakimi dejstvi sploh*«, medtem ko je »stan« po razlagi v tem slovarju me drugim starinski (arhaični) izraz za stanje. Povzeto po elektronski različici SSKJ.

17 Oziroma znake prekrška, predpisane z uredbo ali odlokom (v teh primerih tehnično ne gre za »*zakonske znake*«, vendar je zaradi jasnosti ta izraz uporabljen za vse prekrške).

(ZJN-2).[18] Zakonski opis prekrška se glasi takole:

(1) Pravna oseba, ki v zadnjih dveh zaporednih poslovnih letih na bilančni presečni dan bilance stanja izkazuje prihodke, ki presegajo 8.800.000 eurov, ali pravna oseba, ki je v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske družbe, srednja ali velika gospodarska družba, se kaznuje za prekršek z globo od 25.000 do 100.000 eurov, če kot naročnik:
[…]
15. ne upošteva obdobja mirovanja, čeprav jo k temu zavezuje zakon (prvi odstavek 79.a člena);
[…]
(4) Odgovorna oseba pravne osebe iz prvega ali drugega odstavka tega člena, odgovorna oseba samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, iz prejšnjega odstavka ali odgovorna oseba v državnem organu ali samoupravni lokalni skupnosti se za prekršek iz prvega odstavka tega člena kaznuje z globo od 500 do 2.000 eurov.
[…]
(6) Za prekršek iz 2., 5., 9., 15. ali 16. točke prvega odstavka tega člena se odgovorni osebi iz četrtega odstavka tega člena, ki je storila dejanje, ki se šteje za ta prekršek, izreče tudi stranska sankcija izločitve iz postopkov javnega naročanja po ZJNVETPS, ZJNPOV in tem zakonu, in sicer ta oseba tri leta ne sme voditi, odločati ali kakor koli drugače sodelovati v teh postopkih.

Zakonski znaki prekrška	***Okoliščine dejanskega stanja (in dokazi zanje[19]), ki izkazujejo obstoj zakonskega znaka***
pravna oseba, ki v zadnjih dveh zaporednih poslovnih letih na bilančni presečni dan bilance stanja izkazuje prihodke, ki presegajo 8.800.000 evrov, *ali* pravna oseba, ki je v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske družbe, srednja ali velika gospodarska družba;	● obvezne okoliščine za znak prekrška, ki identificira obdolženca, določa sam zakon, in sicer mora bodisi a/ iz bilance stanja izhajati, da obdolžena pravna oseba v zadnjih dveh zaporednih poslovnih letih izkazuje več kot 8,8 mio. evrov prihodkov (kot dokaz je treba priložiti bilanco stanja in spremljajočo dokumentacijo, ki izkazuje to okoliščino), ali pa b/ obstajajo okoliščine, na podlagi katerih se pravna oseba uvršča med srednje ali velike gospodarske družbe po merilih, določenih v 55. členu Zakona o gospodarskih družbah[20] (kot dokaz je treba priložiti dokumentacijo, ki izkazuje ta status);[21]

18 Za navedeni prekršek se ob upoštevanju drugega odstavka 52. člena ZP-1 izvede redni sodni postopek, saj gre za prekršek, za katerega je predpisana stranska sankcija izločitve iz postopka javnega naročanja. Čeprav je ta sankcija po šestem odstavku 109. člena ZJN-2 predvidena le za odgovorno osebo pravne osebe, ki je storila ta prekršek (ta oseba tri leta ne sme voditi, odločati ali kakor koli drugače sodelovati v postopkih javnega naročanja po ZJNVETPS, ZJNPOV in po ZJN-2), sem mnenja, da je treba v primerih, ko je za določitev tipa postopka o prekršku (hitri ali redni) odločilna vrsta predpisane sankcije, upoštevati prekršek kot tak in ne subjektov (obdolžencev), ki se jim lahko ta sankcija izreče. Ob drugačni razlagi bi se v konkretnem primeru za en in isti prekršek pravna oseba obravnavala po hitrem, njena odgovorna oseba pa po rednem sodnem postopku, kar bi bila absurdna situacija.

naročnik;	● status naročnika po ZJN-2 se izkaže z vsemi relevantnimi podatki o javnem naročilu, pri katerem je prišlo do storitve prekrška (kot dokaz je treba priložiti dokumentacijo, ki izkazuje dejstvo, da je obdolžena pravna oseba delovala kot naročnik, in podatke o javnem naročilu);
obdobje mirovanja *=> po določbi 13.a točke 2. člena ZJN-2 je obdobje mirovanja obdobje po odločitvi o oddaji javnega naročila, v katerem naročnik ne sme skleniti pogodbe z izbranim ponudnikom oziroma ponudniki, razen če zakon ne določa drugače. Obdobje mirovanja poteče z dnem, ko ponudniku, ki je zadnji prejel naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila, poteče rok za uveljavitev pravnega varstva v predrevizijskem postopku, ki ga ureja zakon, ki ureja pravno varstvo v postopkih javnega naročanja;*	● datumsko je treba konkretizirati obdobje mirovanja v konkretnem primeru (kot dokaz je treba priložiti dokumentacijo, ki izkazuje začetek[22] in konec[23] teka obdobja mirovanja[24]);
neupoštevanje obdobja mirovanja, čeprav pravno osebo k temu zavezuje zakon – navedeni znak opredeljuje izvršitveni način prekrška (ta znak je določen s sklicevanjem na 79.a člen ZJN-2 in posredno na prvi odstavek 79. člena ZJN-2).	*– obvezne okoliščine:* ● datumsko je treba konkretizirati vsa odločilna ravnanja, ki pomenijo neupoštevanje obdobja mirovanja, in posebej tudi sklepni akt, to je sklenitev pogodbe znotraj obdobja mirovanja (kot dokaz je treba priložiti dokumentacijo, ki izkazuje, da je bila pogodba z izbranim ponudnikom sklenjena v času, ko je teklo obdobje mirovanja, in kako je do tega prišlo), ter pojasniti, da je bila v konkretnem primeru pravna oseba zavezana upoštevati obdobje mirovanja, ker ne obstaja nobena od okoliščin, ki je na podlagi 79.a člena ZJN-2 dovoljevala neupoštevanje tega obdobja mirovanja; *– druge relevantne okoliščine (potencialno):* ● glede na to, da 79.a člen ZJN-2 omogoča, da se lahko v določenih primerih pogodba z izbranim ponudnikom sklene brez upoštevanja obdobja mirovanja, je predvsem v primerih, ko se pričakuje, da se bo obdolženec skliceval na katero od zakonskih izjem, smiselno pojasniti in izkazati, zakaj ta izjema v konkretnem primeru ni podana.

d/ čas in kraj storitve prekrška sta podatka, ki sta neločljivo povezana z dejanskim stanjem prekrška ter morata biti ustrezno vtkana v opis prekrška in konkretno navezana na izvršitveni način prekrška v konkretnem primeru. Pri tem je treba poudariti, da pri določenih prekrških po naravi stvari ni mogoče določiti točnega časa in kraja storitve, ampak sta lahko ti okoliščini določeni le na splošn(ejš)i ravni;[25]

e/ predpis, ki določa prekršek: navesti je treba materialno določbo predpisa, ki je bil kršen, in sicer točko, odstavek in člen zakona, uredbe ali odloka. Ta del obdolžilnega predloga je treba razumeti kot neobvezujoče mnenje predlagatelja o tem, znaki katerega prekrška so v konkretnem primeru izpolnjeni (sodišče na to pravno kvalifikacijo po izrecni določbi tretjega odstavka 132. člena ZP-1 ni vezano);

f/ podatke o morebitni premoženjski koristi, pridobljeni s prekrškom: predlagatelj mora zbrati in navesti podatke o premoženjski koristi, pridobljeni s prekrškom (kadar je ta nastala), ki je po 28. členu ZP-1 predmet obveznega odvzema;[26]

g/ dokaze – obdolžilnemu predlogu je treba priložiti dokaze, ki izkazujejo navedbe v njem in potrjujejo resničnost opisanega dejanskega stanja prekrška (listine in drugi dokazi). Kljub odsotnosti izrecne zakonske določbe ni ovir za to, da predlagatelj v obdolžilnem predlogu sodišču poda dokazne predloge za pridobitev in izvedbo dokazov[27] (predvsem tistih, ki jih predlagatelj ne more pridobiti ali izvesti sam). Katere dokaze bo izvedlo in/ali pridobilo, pa odloči sodišče;

h/ podatke o predlagatelju in podpis predlagatelja – iz obdolžilnega predloga mora biti razvidno, kdo je predlagatelj (organ in uradna oseba), predlog pa mora biti tudi podpisan (in žigosan, če predlagatelj uporablja žig).

---

19 Če prekrškovni organ posameznega ključnega dokaza ne predloži, ga sodišče k temu pozove v fazi ocene obdolžilnega predloga.

20 Po določbi četrtega odstavka 55. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1) je srednja gospodarska družba tista, ki izpolnjuje dve od teh meril:
- v poslovnem letu ima povprečno zaposlenih med 51 do največ 250 delavcev,
- čisti prihodki od prodaje presegajo 8,8 mio. evrov in dosegajo največ 35 mio. evrov,
- vrednost aktive je več kot 4,4 mio. evrov in dosega največ 17.500.000 evrov.

Velika družba je po določbi petega odstavka istega člena družba, ki presega dve merili za srednjo družbo.

21 Če gre za banko, zavarovalnico ali borzo vrednostnih papirjev, za izkazovanje zahtevanega statusa obdolžene pravne osebe zadostuje sklicevanje na osmi odstavek 55. člena ZGD-1, ki te tipe družb avtomatično uvršča med velike gospodarske družbe.

22 Tj. datum odločitve o oddaji javnega naročila.

23 Tj. datum, ko je ponudniku, ki je zadnji prejel obvestilo o oddaji naročila, potekel rok za vložitev pravnega sredstva.

24 Pri tem je treba upoštevati tudi posebne določbe. Tako npr. skladno s petim odstavkom 79.a člena ZJN-2 v primeru, ko ponudnik vloži zahtevo za dodatno obrazložitev odločitve o oddaji naročila (to mu omogoča tretji odstavek 79. člena ZJN-2), rok za uveljavitev pravnega varstva v postopku javnega naročanja teče od dneva prejema odločitve o tej zahtevi.

25 Tak primer je prekršek iz 7. točke prvega odstavka 46.a člena Zakona o zaščiti živali (ZZZiv), skladno s katerim se kaznuje skrbnik, ki *ne zagotovi ustrezne vzgoje in šolanja živali* oziroma drugih ukrepov in je zato žival nevarna okolici. Kraja in časa izvršitvenega načina tega prekrška, ki je opredeljen kot *opustitev ustrezne vzgoje in šolanja živali, ki bi zagotovila, da žival ni nevarna okolici*, večinoma ni mogoče konkretizirati drugače kot s časom, ko je posameznik lastnik oziroma dolgoročni skrbnik živali, saj sta tako vzgoja kot šolanje dolgoročna procesa oziroma ukrepa trajne narave, ki od skrbnika živali terjata ustrezne aktivnosti v celotni življenjski dobi živali oziroma skrbniškem obdobju nad živaljo, in sicer povsod, kjer je žival.

26 Več o tem institutu gl. Selinšek (2010), str. 235–242.

27 Tako stališče smiselno zastopa tudi Pruša, str. 54.

2.2.2 Predhodna sodna ocena obdolžilnega predloga

Ko sodišče prejme obdolžilni predlog, ga mora najprej oceniti z vidika (ne)obstoja pogojev za postopek o prekršku. Iz vsebine prvega odstavka 106. člena ZP-1 izhaja, da se ta ocena ne omejuje le na preverbo izpolnjevanja formalnih pogojev za uvedbo postopka,[28] ampak med drugim zahteva oceno popolnosti in razumljivosti tega predloga tudi z vsebinskega vidika. Ob upoštevanju, da po uvedbi rednega sodnega postopka o prekršku modifikacija obdolžilnega predloga ni več možna,[29] in glede na predstavljeno zahtevo po subjektivni in objektivni identiteti med sodbo o prekršku in obdolžilnim predlogom je faza ocene obdolžilnega predloga zelo pomembna tudi za poznejše oblikovanje izreka sodbe o prekršku. Če sodišče ugotovi, da je obdolžilni predlog nepopoln ali nerazumljiv, lahko od predlagatelja (praviloma prekrškovnega organa) namreč zahteva, da ga v petnajstih dneh dopolni ali popravi (sicer ga sodišče po poteku tega roka zavrže).

Po navedbah Kranjčeve izkušnje iz prakse kažejo, da se sodniki prve stopnje premalo zavedajo pomena ocene obdolžilnega predloga, kot je predvidena v prvem odstavku 106. člena ZP-1. Sodnik bi moral, preden začne postopek o prekršku, obdolžilni predlog natančno oceniti, predvsem glede osnovnega vprašanja, ali je dejanje, opisano v obdolžilnem predlogu, sploh prekršek. Konkretneje bi moral sodnik že ob pregledu in oceni obdolžilnega predloga preveriti, ali so v obdolžilnem predlogu zajeti elementi opisa dejanja (prekrška), ki se očita obdolžencu, in ali je obdolžilni predlog sploh mogoče obravnavati. Pri tem največje težave pri oblikovanju opisa dejanja nastanejo pri oceni, kaj sploh so zakonski znaki prekrška in katera dejstva so za tako oceno odločilna.[30]

ZP-1 ne zahteva, da bi obdolžilni predlog vseboval izdelan opis dejanja, iz katerega bi izhajali vsi zakonski znaki prekrška, ter odločilne okoliščine za čim natančnejšo identifikacijo prekrška,[31] zato mora ta opis za potrebe izreka sodbe o prekršku izdelati sodišče. S tega vidika, pa tudi z vidika drugih obveznih sestavin izreka sodbe o prekršku (o tem gl. poglavje 2.3 spodaj) mora sodišče obdolžilni predlog po prejemu podrobno preučiti in preveriti, ali vsebuje vse potrebne sestavine iz 105. člena ZP-1, hkrati pa – z vidika zagotavljanja objektivne in subjektivne identitete med

28 To potrjuje določba četrtega odstavka 106. člena ZP-1, iz katere izhaja, kdaj ni pogojev za začetek postopka: izmed petih okoliščin, zajetih s tem odstavkom, so tri take, da zahtevajo vsebinsko presojo (ali dejanje sploh je prekršek, ali je izključena odgovornost za prekršek in ali gre za prekršek neznatnega pomena); teoretično pa je lahko vsebinska tudi presoja obstoja kakšnega drugega razloga, zaradi katerega po zakonu ni mogoče začeti postopka o prekršku (zadnja alineja četrtega odstavka 106. člena ZP-1). Edina okoliščina iz tega odstavka, ki je izključno formalne narave, je torej zastaranje.

29 Vrhovno sodišče v sodbi IV Ips 42/2008 z dne 8. 7. 2008 izrecno navaja, da »*tudi v primeru, ko se šele med postopkom o prekršku pokaže, da bi moral biti obdolžilni predlog vložen zoper drugo pravno oziroma odgovorno osebo ali da dokazi kažejo na drugačno dejansko stanje, sodišče od prekrškovnega organa ne more zahtevati spremembe obdolžilnega predloga zoper drugo pravno oziroma odgovorno osebo in ne dopolnitve opisa dejanskega stanja*«.

30 S. Kranjec ugotavlja tudi, da se posledica nekritičnega odnosa do vsebine obdolžilnega predloga kaže v pomanjkljivih opisih dejanskega stanja v izreku sodbe o prekršku, saj sodniki večkrat zaradi odsotnosti zakonskih znakov prekrška v opis dejanja v izreku sodbe o prekršku preprosto nekritično povzamejo vse, kar je navedeno v obdolžilnem predlogu. Prim. Kranjec, str. 74–76.

31 Drugače je v kazenskem postopku, kjer mora obtožnica po določbi 2. točke prvega odstavka 269. člena ZKP med drugim obsegati opis dejanja, iz katerega izhajajo zakonski znaki kaznivega dejanja, čas in kraj storitve, predmet, na katerem, in sredstvo, s katerim je bilo storjeno kaznivo dejanje, ter druge okoliščine, ki so potrebne, da se kaznivo dejanje čim natančneje označi.

sodbo o prekršku in obdolžilnim predlogom – posebno pozornost nameniti dejanskemu stanju oziroma okoliščinam storitve prekrška glede na znake, ki jih določa predpis o prekršku. Če ugotovi, da dejansko stanje, zajeto v obdolžilnem predlogu, ni zadosti jasno ali nima potrebnih elementov za oblikovanje izreka sodbe o prekršku, mora od prekrškovnega organa zahtevati konkretizacijo oziroma dopolnitev obdolžilnega predloga. Zelo pomembno je tudi, da sodišče že v tej fazi preveri, ali so v obdolžilnem predlogu v okviru dejanskega stanja navedeni podatki, ki bodo potrebni za ugotavljanje oziroma presojo odgovornosti storilca oziroma obdolženca (tako je npr. v primeru, ko je obdolžilni predlog vložen zoper pravno osebo, pomemben podatek o neposrednem storilcu in njegovi povezavi s pravno osebo (delovanje v imenu, za račun, v korist pravne osebe ali z njenimi sredstvi)), oziroma če neposredni storilec ni znan, podatki in okoliščine, ki kažejo na opustitev dolžnega nadzorstva s strani vodstvenih ali nadzornih organov ali odgovorne osebe pravne osebe, s katerim bi se prekršek sicer lahko preprečil. Sodišče mora ob oceni obdolžilnega predloga tudi preveriti pravno kvalifikacijo prekrška, ki jo je navedel prekrškovni organ. Kot je bilo že pojasnjeno, je sodišče vezano na opis dejanja iz obdolžilnega predloga, ni pa vezano na pravno kvalifikacijo. ***Ker je opis dejanja osredotočen na pravno kvalifikacijo dejanja, ki jo ima v mislih predlagatelj, mora sodišče v primeru, ko opisano dejansko stanje vidi v drugačni pravni luči, od predlagatelja praviloma zahtevati, da to dejansko stanje dopolni s podatki in okoliščinami, ki so odločilne za pravno kvalifikacijo, ki jo ima v mislih sodišče.***

Ker je faza ocene obdolžilnega predloga edina faza postopka, v kateri lahko sodišče predlagatelju naloži dopolnitev ali popravo tega predloga, torej ne zadostuje, da sodišče svojo oceno osredotoči zgolj na to, ali ima obdolžilni predlog vse z zakonom določene sestavine, ampak mora obdolžilni predlog vsebinsko preveriti tudi z vidika poznejšega dolžnega zagotavljanja subjektivne in objektivne identitete med sodbo in obdolžilnim predlogom ter potrebno pozornost nameniti elementom dejanskega stanja, ki bodo v konkretnem primeru odločilni za ugotavljanje odgovornosti za prekršek. Šele na podlagi tovrstne celovite presoje obdolžilnega predloga lahko sodišče oceni, ali so podatki v obdolžilnem predlogu zadostni za izvedbo postopka, in če niso, ali lahko navedbe v obdolžilnem predlogu v svoji odločbi popravi samo[32] oziroma jih dopolni z lastnim dokaznim postopkom ali pa je treba od prekrškovnega organa oziroma drugega predlagatelja pred uvedbo postopka o prekršku zahtevati ustrezne popravke in dopolnitve obdolžilnega predloga, če je to glede na razpoložljive podatke v konkretnem primeru mogoče.

2.3 Vsebina izreka sodbe o prekršku

2.3.1 Sestavine izreka sodbe o prekršku

Izrek sodbe o prekršku mora skladno s tretjim odstavkom 135. člena ZP-1 vsebovati:

- obdolženčeve osebne podatke (osebno ime, EMŠO (če je fizična oseba tujec, pa njene rojstne podatke), kraj rojstva, poklic, državljanstvo, stalno oziroma začasno prebivališče, za odgovorno osebo tudi zaposlitev), za obdolženo

32 To je mogoče, če se s tem ne preseže zakonska zahteva po subjektivni in objektivni identiteti med sodbo o prekršku in obdolžilnim predlogom.

pravno osebo pa firmo oziroma ime in sedež obdolžene pravne osebe (kadar mora imeti pravna oseba skladno s predpisom, ki določa prekršek, posebne lastnosti (npr. izpolnjevati pogoje za veliko pravno osebo po predpisih gospodarskega statusnega prava), morajo biti v izreku tudi podatki o teh lastnostih, ki jih je smiselno dodati med identifikacijske podatke), in
- izrek, da je obdolženec odgovoren za prekršek, ter podatke iz 138. člena ZP-1 ali
- izrek, da se postopek zoper obdolženca ustavi, ter relevantne okoliščine iz 136. člena ZP-1.

138. člen ZP-1 določa sestavine »obsodilne« sodbe o prekršku. Ob upoštevanju te določbe je treba v izreku sodbe, s katero se obdolženec spozna za odgovornega, navesti:

- za kateri prekršek oziroma prekrške se obdolžencu izreka sankcija, dejanski stan prekrška in predpis o prekršku,
- sankcijo, ki se izreče obdolžencu (v primeru izrečene globe tudi rok za plačilo globe), oziroma odločitev, da se sankcija odpusti,
- sankcijo za posamezne prekrške in enotno sankcijo, če gre za stek prekrškov,
- odločitev o odvzemu predmetov (vključno z navedbo, kako je treba s temi predmeti ravnati, oziroma odredbo, naj se ti predmeti vrnejo lastniku ali tistemu, ki so mu bili odvzeti) ali odvzemu premoženjske koristi, če je kar koli od tega treba odvzeti,
- odločitev o vštetju pridržanja ali pripora, če je bil obdolženec pridržan ali priprt,
- odločitev o stroških postopka in rok za plačilo stroškov (če za ugotovitev stroškov ob izdaji sodbe ni dovolj podatkov, se lahko ta del izreka izpusti in se pozneje izda poseben sklep o stroških postopka[33]) ter
- odločitev o premoženjskopravnem zahtevku, če je bil v postopku priglašen.

Izrek mora vsebovati tudi informacijo o pravici do plačila globe in stroškov postopka na obroke, opozorilo, da se bodo neplačana globa in stroški postopka prisilno izterjali, ter opozorilo o možnosti nadomestitve plačila globe z opravo nalog v splošno korist ali korist samoupravne lokalne skupnosti

V primeru ustavitve postopka pa je treba v izreku navesti enega ali več razlogov, zaradi katerih se na podlagi 136. člena ZP-1 postopek o prekršku ustavi, in sicer:

- da dejanje ni prekršek,
- da je bil obdolženec za isti prekršek že pravnomočno spoznan za odgovornega ali je bil postopek zanj ustavljen, razen če je bil ustavljen, ker je obdolžilni predlog podal neupravičeni predlagatelj,
- da obdolženec uživa imunitetno pravico po pravilih mednarodnega prava,
- da je pregon zastaran,
- da ni dokazano, da je prekršek storil obdolženec,
- da obdolženec med postopkom umre,
- da je v zakonu določeno, da se storilcu ne izreče sankcija za prekršek,

33 Prim. drugi odstavek 145. člena ZP-1.

- da so podane okoliščine, ki po tem zakonu izključujejo odgovornost za prekršek,
- da gre za prekršek neznatnega pomena, posebne okoliščine, nizka stopnja odgovornosti ali storilčeve osebne okoliščine pa kažejo, da postopek ne bi bil smotrn,
- da obstajajo druge okoliščine, ki izključujejo postopek o prekršku, ali
- da je predlagatelj postopka umaknil obdolžilni predlog.

Kot poudarja Kranjčeva, mora biti natančen opis dejanskega stanja prekrška vsebovan v izreku obeh vrst sodb (po 136. in 138. členu ZP-1), se pravi tudi v sodbi, s katero se postopek ustavi – v tem primeru je ta opis nujno potreben zaradi poznejše ocene, ali gre za *res iudicata,*[34] oziroma posledično zaradi upoštevanja načela *ne bis in idem*.

2.3.2 Posebej o dejanskem stanju oziroma opisu prekrška v izreku sodbe

Opis prekrška v izreku sodbe mora vsebovati elemente in okoliščine dejanskega stanja, ki konkretizirajo zakonske znake prekrška, pri čemer je poseben poudarek na izvršitvenem načinu oziroma izvršitvenih načinih tega prekrška. Povedano drugače, opis oziroma dejanski stan prekrška mora v konkretnem primeru zajemati časovne in krajevne vidike, način storitve prekrška in morebitne druge znake prekrška, kar mora biti opisano z vsemi konstitutivnimi oziroma odločilnimi okoliščinami (in brez nebistvenih okoliščin).

Kot je bilo že pojasnjeno, je to, kar mora zajemati opis dejanskega stanja, primarno razvidno iz opisa prekrška v zakonu oziroma uredbi vlade ali odloku, in sicer se mora opis prekrška ujemati z vsemi zakonskimi znaki prekrška, ki se v konkretnem primeru očita obdolžencu. Sodišče mora torej najprej iz opisa prekrška v zakonu, uredbi ali odloku izluščiti znake prekrška, se pravi znake, ki na ravni predpisa identificirajo, kaj je določeno kot prekršek, nato pa v konkretnem primeru ugotovljene okoliščine dejanskega stanja ustrezno umestiti (subsumirati) v okvir zakonskih znakov prekrška ter jih povezati v strnjen in jedrnat opis prekrška v izreku sodbe. Ker je sodba o prekršku pravni akt, mora biti pravniški jezik uporabljen tudi pri oblikovanju opisa oziroma dejanskega stanja prekrška v izreku sodbe.

Konkretnejših navodil v zvezi s tem na splošni ravni ni mogoče dati, saj so pri opisu prekrška vedno odločilne okoliščine konkretnega primera.[35] V primeru zgoraj navedenega prekrška iz 15. točke prvega odstavka 109. člena ZJN-2[36] bi se opis dejanskega stanja prekrška glasil denimo takole (opis je poenostavljeni hipotetični primer in je v celoti izmišljen):

---

34 Kranjec, str. 75.

35 Vrhovno sodišče RS je v sodbi IV Ips 35/2009 z dne 23. 11. 2009 npr. zapisalo, da je *opis prekrška v izreku sodbe, da je obdolženec ravnal v nasprotju s 30. členom v zvezi z 234. členom ZVCP-1, ker je kot voznik začetnik vozil osebni avtomobil po regionalni cesti iz smeri L. proti Š., pri tem pa ni vozil s tako hitrostjo, da bi vozilo lahko ves čas obvladoval in ga ustavil pred oviro, ki jo je glede na okoliščine lahko pričakoval, in je povzročil prometno nesrečo II. kategorije, dovolj konkreten in je na takšni podlagi mogoče voditi postopek o prekršku.*

36 Gl. podpoglavje 2.2.1 (točko c) zgoraj.

[…] s tem ko[37]

- *pravna oseba A d.o.o. v postopku oddaje javnega naročila št. JN 111/2015, začetem dne 12. 6. 2015,*[38] *kot naročnik ni upoštevala obdobja mirovanja, čeprav sta jo k temu zavezovali določbi 2. člena (13.a točke) in 79.a člena ZJN-2, in dne 6. 7. 2015 prek svoje odgovorne osebe Lučke Sladkosnednik s svojega sedeža na naslovu Ljubljanska ulica 1, 1000 Ljubljana, po elektronski pošti poslala Pogodbo o oddaji javnega naročila št. 111/2015 družbi Prvi ponudnik d.o.o. (Mariborska ulica 2, 2000 Maribor) s pripisom, naj ponudnik dva podpisana izvoda pogodbe čim prej pošlje na naročnikov naslov, nato pa 8. 7. 2015 na istem naslovu kot naročnik prek svoje odgovorne osebe – zakonitega zastopnika C. C. sklenila Pogodbo o oddaji naročila št. 111/2015 z gospodarsko družbo Prvi ponudnik d.o.o. kot najugodnejšim ponudnikom, izbranim z odločitvijo o oddaji javnega naročila z dne 26. 6. 2015, čeprav je obdobje mirovanja poteklo šele 17. 7. 2015, ko je potekel rok za vložitev revizije gospodarski družbi Drugi ponudnik d.o.o. (Celjska ulica 3, 3000 Celje), ki ji je bila odločitev o oddaji javnega naročila vročena kot zadnji,*

- *vodja nabave Lučka Sladkosnednik kot odgovorna oseba pravne osebe A d.o.o. v postopku oddaje javnega naročila št. JN 111/2015, začetem dne 12. 6. 2015, ni upoštevala obdobja mirovanja, čeprav sta jo k temu zavezovali določbi 2. člena (13.a točke) in 79.a člena ZJN-2, in dne 6. 7. 2015 s sedeža družbe A d.o.o. na naslovu Ljubljanska ulica 1, 1000 Ljubljana, v imenu te družbe po elektronski pošti poslala Pogodbo o oddaji javnega naročila št. 111/2015 družbi Prvi ponudnik d.o.o. (Mariborska ulica 2, 2000 Maribor), ki je bila kot najugodnejši ponudnik izbrana z odločitvijo o oddaji javnega naročila z dne 26. 6. 2015, s pripisom, naj ponudnik dva podpisana izvoda pogodbe čim prej pošlje na naročnikov naslov, čeprav je obdobje mirovanja poteklo šele 17. 7. 2015, ko je potekel rok za vložitev revizije gospodarski družbi Drugi ponudnik d.o.o. (Celjska ulica 3, 3000 Celje), ki ji je bila odločitev o oddaji javnega naročila vročena kot zadnji,*

- *direktor pravne osebe A d.o.o. C.C. kot odgovorna oseba v postopku oddaje javnega naročila št. JN 111/2015, začetem dne 12. 6. 2015, ni upošteval obdobja mirovanja, čeprav sta ga k temu zavezovali določbi 2. člena (13.a točke) in 79.a člena ZJN-2, in dne 8. 7. 2015 kot zakoniti zastopnik družbe A d.o.o. na Ljubljanski ulici 1, 1000 Ljubljana, v imenu te družbe sklenil Pogodbo o oddaji naročila št. 111/2015 z gospodarsko družbo Prvi ponudnik d.o.o. (Mariborska ulica 2, 2000 Maribor) kot najugodnejšim ponudnikom, izbranim z odločitvijo o oddaji javnega naročila z dne 26. 6. 2015, čeprav*

37 Primer temelji na stališču avtorice, da »neupoštevanje obdobja mirovanja« kot izvršitveni način prekrška ne zajema samo neposredne sklenitve pogodbe, ampak tudi vsa odločilna ravnanja, ki so privedla do sklenitve te pogodbe, se pravi tudi preuranjeno pošiljanje pogodbe v podpis izbranemu ponudniku z izrecnim pripisom, naj podpisano pogodbo vrne čim prej. Podrobnejša slika izmišljenega hipotetičnega primera se sicer izriše tudi ob upoštevanju opisa dejanskega stanja v nadaljevanju.

38 Navedeno zadostuje za konkretizacijo zakonskega znaka prekrška, ki je opredeljen z besedo »naročnik«. Podatki o predmetu javnega naročila in druge podrobnosti v zvezi z naročilom v izreku niso potrebni, jih je pa treba ustrezno vtkati v obrazložitev.

je obdobje mirovanja poteklo šele 17. 7. 2015, ko je potekel rok za vložitev revizije gospodarski družbi Drugi ponudnik d.o.o. (Celjska ulica 3, 3000 Celje), ki ji je bila odločitev o oddaji javnega naročila vročena kot zadnji, […]

3 OBRAZLOŽITEV SODBE O PREKRŠKU

Sodba o prekršku je lahko izjemoma brez obrazložitve, in sicer sodišču ni treba izdelati obrazložitve sodbe, če v zakonsko določenem roku[39] nihče od upravičencev ni napovedal vložitve pritožbe. V drugih primerih mora biti sodba o prekršku obrazložena, pri čemer zakon ločuje tri možne situacije.

Če je bila sodba izdana v skrajšanem postopku o prekršku,[40] zadostuje, da se v obrazložitvi navedejo le dokazi iz obdolžilnega predloga, katerih vsebina upravičuje odločanje po skrajšanem postopku, ter okoliščine, ki so bile upoštevane pri izbiri in odmeri sankcij (tretji odstavek 129.a člena ZP-1).

Če obdolženec prizna storitev prekrška ter je priznanje jasno in popolno, sodišču ni treba zbirati drugih dokazov, v obrazložitvi sodbe ali sklepa pa kratko navede le oceno obdolženčevega priznanja in obrazloži odmero sankcije (118. člen ZP-1).

V drugih primerih pa je treba po navodilu iz četrtega odstavka 135. člena ZP-1 v obrazložitvi sodbe navesti razloge za vsako posamezno točko sodbe. V 139. členu ZP-1 je natančneje opredeljeno, da je treba v obrazložitvi sodbe kratko navesti, katera dejstva in iz katerih razlogov se štejejo za dokazana ali nedokazana ter kateri razlogi so bili odločilni pri uporabi pravnih predpisov (zlasti pri ugotavljanju, ali sta podana prekršek in odgovornost obdolženca) oziroma na čem temelji odločitev o ustavitvi postopka, okoliščine, ki so bile upoštevane pri izbiri in odmeri sankcij za prekrške, pa tudi podlage za odločitev o stroških postopka, premoženjskopravnem zahtevku in odvzemu premoženjske koristi. Izrek in obrazložitev sodbe morata biti notranje usklajena, zato je obrazložitev sodbe smotrno oblikovati tako, da sledi točkam izreka.

ZP-1 je torej glede obveznih sestavin obrazložitve sodbe o prekršku jasen in razmeroma natančen. Čeprav zakon med obveznimi sestavinami sodbe o prekršku izrecno ne omenja (povzetka) izjave obdolženca, je ocena te izjave oziroma opredelitev do nje nujen sestavni del obrazložitve dejanskega stanja ali pa obrazložitve odgovornosti (oz. obojega, če je to primerno glede na okoliščine konkretnega primera).

Vrhovno sodišče RS je sprejelo nekaj pomembnih stališč tudi v zvezi z obrazložitvijo sodbe o prekršku. Tako je v sodbi IV Ips 134/2013 z dne 12. 12. 2013 zapisalo, da je *obrazložena sodna odločba bistveni del poštenega postopka. S tem, ko se sodišče ni opredelilo do storilkinega dokaznega predloga in s tem v zvezi ni podalo*

39 To je osem dni od dneva ustne razglasitve odločbe oziroma od vročitve prepisa izreka odločbe.

40 V skrajšanem postopku sodišče odloči brez zaslišanja obdolženca, kar je skladno s prvim odstavkom 129.a člena ZP-1 možno, če sodnik, ki vodi postopek o prekršku, na podlagi obdolžilnega predloga in vsebine dokazov, ki so priloženi temu predlogu, spozna, da je obdolženec storil prekršek.

nobene obrazložitve, je storilo bistveno kršitev določb postopka iz 8. točke prvega odstavka 155. člena ZP-1. Nadalje je v sodbi IV Ips 70/2013 z dne 8. 7. 2013 Vrhovno sodišče odločilo, da *sodba nima razlogov, če sploh nima obrazložitve ali če nima obrazložitve o kateri izmed določb, vsebovanih v izreku (v konkretnem primeru pa sodišče v obrazložitvi ni v celoti ocenilo bistvenih in pravno relevantnih navedb zahteve za sodno varstvo, kar predstavlja drugo kršitev)*, v sodbi IV Ips 83/2011 z dne 21. 12. 2012 pa sprejelo stališče, da *z zatrjevanjem, da razlogi izpodbijane pravnomočne sodbe niso razumljivi, ni mogoče uspešno uveljavljati kršitve materialnega predpisa o prekršku. Slednjo se lahko stori samo z odločitvijo v izreku odločbe oziroma sodbe o prekršku, ne pa tudi z obrazložitvijo sodbe*.

V nadaljevanju se omejujemo na podrobnejšo predstavitev potrebnega obsega obrazložitve dejanskega stanja in odgovornosti za prekršek.

3.1 Obrazložitev dejanskega stanja v izreku sodbe

V obrazložitvi dejanskega stanja prekrška je treba konkretizirati posamezne elemente dejanskega stanja iz izreka, v ta del pa je priporočljivo vtkati tudi dokazno oceno, saj se tako najlaže zagotovita konsistentnost in jasnost obrazložitve. Po stališču Vrhovnega sodišča RS je v primeru, če se sodišče ne opredeli do ključnega dokaza o storitvi prekrška*, podana kršitev 8. točke 155. člena ZP-1* (sodba IV Ips 84/2013 z dne 28. 8. 2013).

Podrobnejših usmeritev na splošni ravni ni mogoče dati. Če se vrnemo k zgornjemu poenostavljenemu hipotetičnemu primeru, bi bilo treba v obrazložitvi dejanskega stanja prekrška navesti npr. naslednje (vsi podatki so izmišljeni):

> *….]*
> *Obdolžena pravna oseba je dne 12. 6. 2015 na enotnem portalu javnih naročil (www.enarocanje.si) in na svoji spletni strani www.spletnastran.si objavila javno naročilo št. JN 111/2015 za nakup 150 ton vaniljevega sladoleda (navedeno je razvidno iz izpisov obeh spletnih strani, ki ju je priložil predlagatelj). Kot je razvidno iz dokumentacije o poteku razpisnega postopka (predvsem zapisnika o odpiranju ponudb z dne 26. 6. 2015), so pravočasne in popolne ponudbe oddale štiri gospodarske družbe, in sicer Prvi ponudnik d.o.o., Mariborska ulica 2, 2000 Maribor (ponudba št. 1 z dne 1. 6. 2015 v vrednosti 150.000 EUR), Drugi ponudnik d.o.o. Celjska cesta 3, 3000 Celje (ponudba št. 11 z dne 1. 6. 2015 v vrednosti 160.000 EUR), Tretji ponudnik d.o.o., Novomeška cesta 8, 8000 Novo mesto (ponudba št. 111 z dne 1. 6. 2015 v vrednosti 170.000 EUR), in Četrti ponudnik d.o.o., Ljubljanska cesta 1, 1000 Ljubljana (ponudba št. 1111 z dne 1. 6. 2015 v vrednosti 200.000 EUR). Obdolžena pravna oseba je po izvedenem postopku kot najugodnejšo izbrala ponudbo podjetja Prvi ponudnik d.o.o., in sicer je odločitev o oddaji javnega naročila sprejela razpisna komisija v sestavi Lučka Sladkosnednik, Janez Ježek in Malina Kornet dne 26. 6. 2015. Pisna odločitev o oddaji javnega naročila, ki je opremljena s pravnim poukom, da lahko neizbrani ponudniki v osmih delovnih dneh od prejema te odločitve vložijo zahtevek za revizijo v predrevizijskem postopku (25. člen Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja, ZPVPJN), je bila*

po podatkih, ki izhajajo iz poštne knjige naročnika, vsem ponudnikom poslana s priporočeno pošto dne 30. 6. 2015. V tabeli so razvidni datumi vročitve, kot izhajajo iz povratnic, ki jih je priložil predlagatelj, in datumi izteka 8-dnevnega roka (delovni dnevi) za vložitev pravnega sredstva, preračunani po določbah ZPVPJN:

Ponudnik	***Datum vročitve odločitve o oddaji javnega naročila***	***Zadnji dan roka za vložitev pravnega sredstva***
Prvi ponudnik d.o.o.	*2. 7. 2015*	*14. 7. 2015*
Drugi ponudnik d.o.o.	*7. 7. 2015*	*17. 7. 2015*
Tretji ponudnik d.o.o.	*3. 7. 2015*	*15. 7. 2015*
Četrti ponudnik d.o.o.	*6. 7. 2015*	*16. 7. 2015*

Kot zadnji je odločitev o oddaji javnega naročila torej prejel Drugi ponudnik d.o.o., in sicer 7. 7. 2015. Obdobje mirovanja, tj. obdobje po odločitvi o oddaji javnega naročila, v katerem naročnik ne sme skleniti pogodbe z izbranim ponudnikom, je skladno s 13.a točko 2. člena ZJN-2 poteklo istega dne, kot se je iztekel rok 8 delovnih dni za vložitev zahtevka za revizijo s strani družbe Drugi ponudnik d.o.o., to je dne 17. 7. 2015. Posledično bi lahko obdolžena pravna oseba z izbranim ponudnikom sklenila pogodbo šele 18. 7. 2015.

Kot izhaja iz izpisa elektronskega sporočila, pa je obdolžena pravna oseba (in v njenem imenu vodja nabave Lučka Sladkosnednik) družbi Prvi ponudnik d.o.o. oziroma tajnici direktorja te družbe B. B. že dne 6. 7. 2015 po elektronski pošti poslala Pogodbo o oddaji javnega naročila št. 111/2015 s pripisom, naj ponudnik dva podpisana izvoda pogodbe čim prej pošlje na naročnikov naslov. Družba Prvi ponudnik d.o.o. oziroma njen zakoniti zastopnik D. D. je pogodbo podpisal naslednji dan, to je 7. 7. 2015. Iz poštne knjige izhaja, da je obdolžena pravna oseba podpisana izvoda pogodbe prejela dne 8. 7. 2015, istega dne pa je pogodbo v imenu te družbe podpisal njen direktor C. C. Po določbi 16. člena Pogodbe o oddaji javnega naročila št. 111/2015 se šteje, da pogodba začne veljati z dnem, ko jo podpišeta obe pogodbeni stranki, kar pomeni, da je bila ta pogodba veljavno sklenjena dne 8. 7. 2015, kar je pred potekom obdobja mirovanja.

V objektivnem smislu torej ni dvoma, da ravnanje obdolžene pravne osebe A d.o.o., udejanjeno prek ravnanj vodje nabave Lučke Sladkosnednik in njenega direktorja (zakonitega zastopnika) C. C., kot so opisana v izreku sodbe, izpolnjuje vse zakonske znake prekrška iz 15. točke prvega odstavka 109. člena ZJN-2, saj pravna oseba kot naročnik (srednje velika gospodarska družba po ZGD-1[41]) in v njenem imenu oba storilca kot odgovorni osebi niso upoštevali obdobja mirovanja, kot ga opredeljuje 13.a točka 2. člena ZJN-2, čeprav so bili k temu zavezani z določbo prvega odstavka 79.a člena ZJN-2. Posledično je bila v nasprotju z zakonom pred potekom obdobja mirovanja sklenjena Pogodba o oddaji javnega naročila št. 111/2015 med obdolženo pravno osebo in družbo Prvi ponudnik d.o.o. kot izbranim ponudnikom.
[….]

41 Ta znak mora biti v obrazložitvi prav tako podrobneje pojasnjen, vendar ne kot del dejanskega stanja.

3.2 Obrazložitev odgovornosti

V obrazložitvi sodbe o prekršku mora biti skladno s 139. členom ZP-1 med drugim navedeno, kateri razlogi so bili odločilni pri ugotavljanju, ali je podana odgovornost obdolženca za prekršek. Pri tem je treba ustrezno ločevati subjekte, katerih odgovornost se ugotavlja skladno s 14. členom ZP-1,[42] in subjekte, katerih odgovornost se ravna po določbi 9. člena ZP-1.[43]

Pri obrazložitvi odgovornosti pravne osebe (ali drugega subjekta, kadar se njegova odgovornost ravna po pravilih o odgovornosti pravne osebe, določenih v 14. členu ZP-1) je treba pojasniti povezavo med ravnanjem neposrednega storilca prekrška in pravno osebo, se pravi navesti okoliščine in dejstva ter dokaze, iz katerih izhaja, da je storilec prekršek storil 1) pri opravljanju dejavnosti pravne osebe in 2) v imenu, na račun ali v korist te pravne osebe ali z njenimi sredstvi.[44] Če pravna oseba uveljavlja ekskulpacijske razloge iz tretjega odstavka 14. člena ZP-1, ki jih sodišče ne šteje za relevantne, je treba v obrazložitvi pojasniti razloge za tako odločitev (če sodišče ekskulpacijski razlog sprejema oziroma se šteje, da je utemeljen, je seveda treba navesti in pojasniti tudi razloge za to odločitev). Če storilca prekrška ni bilo mogoče odkriti ali za prekršek ni odgovoren, pa je treba ob upoštevanju drugega odstavka 14. člena ZP-1 odgovornost pravne osebe utemeljiti s podrobnim opisom opustitve dolžnega nadzorstva s strani vodstvenih ali nadzornih organov in kratko pojasniti tudi, kako bi se z dolžnim nadzorstvom prekršek lahko preprečil.[45]

Pri obrazložitvi odgovornosti za prekršek fizične osebe je treba najprej pojasniti, katere oblike odgovornosti za prekršek iz 9. člena ZP-1 pridejo v poštev v konkretnem primeru (se pravi, ali gre za prekršek, ki je lahko – na splošni ravni – storjen iz malomarnosti ali z naklepom, ali pa gre za izključno naklepni prekršek[46]), nato pa konkretizirati obliko odgovornosti, s katero je obdolženec po prepričanju sodišča storil prekršek v konkretnem primeru, in za to navesti ustrezne dokaze oziroma pojasniti okoliščine, ki izkazujejo to obliko odgovornosti.

Podrobnejših usmeritev na splošni ravni ni mogoče dati. V zgornjem poenostavljenem hipotetičnem primeru bi bilo treba v obrazložitvi odgovornosti navesti npr. naslednje (vsi podatki so izmišljeni):

> *A d.o.o., ki je kot pravna oseba v večinski državni lasti zavezana delovati skladno z ZJN-2, je javno naročilo št. JN 111/2015 objavila v okviru opravljanja svoje dejavnosti, in sicer je iz razpisne dokumentacije (Predmet naročila, str.*

42 To so pravne osebe, pa tudi samostojni podjetniki in posamezniki, ki samostojno opravljajo dejavnost, kadar odgovarjajo za prekršek druge osebe in se njihova odgovornost skladno s prvim odstavkom 14.a člena ZP-1 presoja po pravilih, ki veljajo za odgovornost pravne osebe za prekršek.

43 To so fizične osebe – posamezniki in odgovorne osebe, pa tudi samostojni podjetniki in posamezniki, ki samostojno opravljajo dejavnost, kadar sami storijo prekršek pri opravljanju svoje dejavnosti.

44 Opozorilo Vrhovnega sodišče RS v sodbi IV Ips 22/2012 z dne 16. 4. 2012 (enako tudi v sodbah IV Ips 104/2012, IV Ips 6/2013), da »*za presojo odgovornosti podjetnika posameznika ni relevantno zgolj konkretno ravnanje storilca, ki izpolnjuje znake prekrška, pač pa tudi tiste okoliščine, iz katerih izhaja odgovornost samostojnega podjetnika*«, smiselno velja tudi za področje odgovornosti pravnih oseb za prekršek.

45 Več o vsebini in razsežnostih opustitve dolžnega nadzorstva iz drugega odstavka 14. člena ZP-1 glej Selinšek (2013), str. 8 in 9.

46 O naklepnih prekrških gl. Selinšek (2012), str. 39–44.

4) razvidno, da je predmet naročila (nakup 150 ton vaniljevega sladoleda) neposredno povezan z obsežno promocijsko kampanjo, namenjeno pridobivanju novih strank in poslovnih partnerjev (del sladoleda bo uporabljen pri snemanju reklamnega spota, del pa bo razdeljen med potencialne nove stranke oziroma uporabljen za poletno pogostitev). Ni torej dvoma, da je bil prekršek, ki je neposredno povezan s tem javnim naročilom, storjen pri opravljanju dejavnosti obdolžene pravne osebe. Lučka Sladkosnednik je ravnanje, opisano v izreku sodbe, ki pomeni kršitev 2. člena (13.a točke) in 79.a člena ZJN-2, storila kot vodja nabave in pri tem ravnala v imenu pravne osebe A d.o.o. in z njenimi sredstvi (prek računalniške oziroma komunikacijske opreme v lasti A d.o.o.). Direktor A d.o.o. C. C., ki je podpisal Pogodbo o oddaji naročila št. 111/2015 pred potekom obdobja mirovanja, pa je deloval v svojstvu zakonitega zastopnika (direktorja) obdolžene pravne osebe in torej prav tako ravnal v imenu obdolžene pravne osebe. Ni torej dvoma, da je bil prekršek storjen pri opravljanju dejavnosti pravne osebe A d.o.o., v njenem imenu in z njenimi sredstvi, kar pomeni, da so izpolnjeni vsi pogoji, ki jih za odgovornost pravne osebe za prekršek določa prvi odstavek 14. člena ZP-1. Iz izjave obdolžene pravne osebe ne izhaja, da bi uveljavljala katerega od razbremenilnih razlogov iz tretjega odstavka 14. člena ZP-1, pač pa pravna oseba smiselno navaja enake razloge kot obe odgovorni osebi (nujno potrebna takojšnja sklenitev pogodbe zaradi izvedbe že napovedane in objavljene promocijske kampanje), ki pa na njeno odgovornost ne vplivajo.

Odgovorna oseba lahko prekršek iz 15. točke prvega odstavka 109. člena ZJN-2 stori iz malomarnosti ali z naklepom.

Lučka Sladkosnednik je pojasnila, da je bila primorana pogodbo pripraviti in poslati v podpis pred potekom obdobja mirovanja, ker so sladoled potrebovali že 10. 7. 2015, ko je bil na sedežu podjetja organiziran velik družabni promocijski dogodek, ki je bil napovedan in objavljen že v začetku junija 2015 in ga ni bilo mogoče prestaviti. Zaradi internih težav, povezanih z bolniško odsotnostjo kolegice, ki pripravlja razpisno dokumentacijo, so javno naročilo objavili 14 dni pozneje, kot je bilo prvotno načrtovano, zato se jim zadeve na koncu datumsko niso več »poklopile«. Ker izbrani Prvi ponudnik d.o.o. sladoleda ni želel dobaviti pred podpisom pogodbe, so bili primorani pogodbo skleniti pred potekom obdobja mirovanja. Iz navedene izjave Lučke Sladkosnednik po oceni sodišča nedvomno izhaja, da je vedela, da njeno ravnanje pomeni kršitev določb ZJN-2 o obdobju mirovanja, a je dejanje kljub temu hotela storiti in ga je tudi storila, kar pomeni, da je ravnala z direktnim naklepom in je posledično odgovorna za prekršek, ki ga je storila z ravnanjem, opisanim v drugi alineji izreka sodbe. O kakršni koli višji ali skrajni sili v tem primeru ne more biti govora, prav tako motiv oziroma okoliščine, ki so po izjavi Sladkosnednikove privedle do storitve prekrška, niso take narave, da bi dovoljevale sklenitev pogodbe pred potekom obdobja mirovanja skladno z ZJN-2.

Direktor družbe A d.o.o. C. C. je pojasnil, da ni vedel, da je bila pogodba podpisana pred potekom obdobja mirovanja, saj sam postopkov javnih naročil ne spremlja, ampak se glede tega v celoti zanaša na strokovne službe podjetja, ki ga v tem primeru niso obvestile, da obdobje mirovanja še ni poteklo (to je potrdila tudi Lučka Sladkosnednik), bil pa je seznanjen s tem, da se je objava

javnega naročila nesrečno zamaknila in da so pod časovnim pritiskom. Ob podpisu pogodbe je bil zadovoljen, da so zadeve izpeljane pravočasno in da izvedba promocijskega dogodka, ki je bil za njihovo podjetje zelo pomemben, dne 10. 7. ni bila ogrožena. Sodišče nima razlogov, da C. C.-ju ne bi verjelo, da ni vedel, da s svojim ravnanjem krši 2. člen (13.a točko) in 79.a člen ZJN-2, vendar pa v zvezi s tem opozarja na dvoje. Prvič: status direktorja pravne osebe A d.o.o. je okoliščina, ki C. C.-ja zavezuje k skrbi in odgovornosti za zakonitost poslovanja te pravne osebe (515. člen Zakona o gospodarskih družbah, ZGD-1), in drugič: dejstvo, da C. C. zaseda položaj direktorja, pomeni, da je po svojih osebnih lastnostih temu standardu sposoben zadostiti. Dejstvo, da je vedel, da so se zadeve z javnim naročilom JN 111/2015 že na začetku zapletle, je okoliščina, ki bi zanj kot za direktorja pravne osebe morala pomeniti znak, da je potrebna še dodatna previdnost pri zagotavljanju zakonitosti izvedenega postopka. Iz navedenega po oceni sodišča izhaja, da bi se C. C. kot direktor pravne osebe A d.o.o. v konkretnem primeru po okoliščinah in po svojih osebnih lastnostih moral in mogel zavedati, da s podpisom pogodbe lahko stori prekršek, kar pomeni, da je ravnal s stopnjo nezavestne malomarnosti, kar zadostuje za to, da se spozna za odgovornega za prekršek, opisan v tretji alineji izreka sodbe.
[….]

4 NEKATERA OSTALA VPRAŠANJA

4.1 Posegi v izrek odločbe o prekršku pri odločanju o zahtevi za sodno varstvo

Iz sodne prakse je mogoče razbrati, da se dileme pojavljajo tudi v zvezi v vprašanjem, do kakšne mere sme sodišče, ki odloča o zahtevi za sodno varstvo zoper odločbo o prekršku prekrškovnega organa, posegati v izrek te odločbe. Višja in Vrhovno sodišče so glede tega sprejela naslednja stališča:

- *ker izrek odločbe o prekršku ni vseboval znakov prekrška, bi moralo sodišče odločbo prekrškovnega organa spremeniti tako, da bi postopek ustavilo. Nasprotno pa je sodišče samo poseglo v opis dejanja v izreku odločbe in vneslo konkretne znake prekrška. S tem je sodišče poleg funkcije sojenja prevzelo tudi funkcijo pregona, kar predstavlja kršitev pravice do sodnega varstva iz 23. člena Ustave* (Vrhovno sodišče RS, sodba IV Ips 94/2014 z dne 17. 3. 2015),
- *okvir hitrega postopka je najkasneje z izdajo odločbe prekrškovnega organa zamejen po subjektivni in objektivni plati, zato ga v postopku odločanja o zahtevi za sodno varstvo ni dopustno širiti na druge pravne oziroma fizične osebe oziroma druge historične dogodke, ki jih izrek odločbe o prekršku ne zajema* (Vrhovno sodišče RS, sodba IV Ips 36/2013 z dne 20. 5. 2013),
- *ker se mora sodba, s katero sodišče odloči o zahtevi za sodno varstvo zoper odločbo o prekršku, nanašati le na osebo, navedeno v odločbi (subjektivna identiteta), in na dejanje, ki je predmet odločbe o prekršku (objektivna identiteta), sodišče ne sme spreminjati opisa dejanja v odločbi* (Višje sodišče v Ljubljani, sklep PRp 674/2013 z dne 18. 9. 2013),

- če *sodišče ob odločanju o zahtevi za sodno varstvo ugotovi, da je izrek odločbe o prekršku prekrškovnega organa nerazumljiv, lahko samo spremeni in ustavi postopek o prekršku, ne more pa odločbe razveljaviti* (Višje sodišče v Ljubljani, sklep PRp 524/2013 z dne 3. 7. 2013).

4.2 Izrek in obrazložitev sodbe, s katero se odloči o zahtevi za sodno varstvo

Dejstvo, da je izrek sodbe, s katero se odloči o zahtevi za sodno varstvo zoper odločbo prekrškovnega organa, nerazumljiv, nasprotuje sam sebi ali razlogom sodbe, je mogoče uveljavljati tudi kot pritožbeni razlog, če so izpolnjeni pogoji za pritožbo zoper odločitev sodišča o zahtevi za sodno varstvo.[47] Posledično torej tudi za sodbo, s katero se odloči o zahtevi za sodno varstvo, veljajo smiselno enake zahteve kot za sodbo sodišča o prekršku. Izrek mora biti jedrnat, jasen in skladen tako sam s seboj (torej notranje) kot tudi z obrazložitvijo, v kateri so pojasnjeni razlogi sodbe.

Pomembna sodna praksa obstaja tudi glede potrebne vsebine obrazložitve sodbe, s katero se odloči o zahtevi za sodno varstvo. Tako je Vrhovno sodišče RS v sodbi IV Ips 97/2014 z dne 20. 1. 2015 zapisalo, da *sodišče v obrazložitvi sodbe ni presodilo bistvenih pravno relevantnih navedb zahteve za sodno varstvo, ki se nanašajo na razbremenitev odgovornosti samostojnega podjetnika posameznika za očitani prekršek, zato ocena sodišča ni v skladu s standardom obrazloženosti sodbe, s katero sodišče odloča o zahtevi za sodno varstvo.* Nadalje je isto sodišče v sodbi IV Ips 107/2012 z dne 18. 12. 2012 poudarilo, da dejstvo, da *sodišče v obrazložitvi sodbe ne oceni v celoti bistvenih in pravno relevantnih navedb zahteve za sodno varstvo, predstavlja kršitev določbe drugega odstavka 167. člena v zvezi s tretjim odstavkom 59. člena ZP-1.*[48] V sodbi IV Ips 62/2011 z dne 20. 9. 2011 pa je Vrhovno sodišče RS pojasnilo, da *mora sodišče v obrazložitvi sodbe oceniti navedbe zahteve za sodno varstvo, zlasti tiste, ki se nanašajo na odločilna dejstva in niso očitno neutemeljene.*

LITERATURA IN VIRI:

- HORVAT, Štefan. *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*, Ljubljana: GV Založba, Ljubljana 2004.
- JENULL, Hinko, in drugi. *Zakon o prekrških s komentarjem*, Ljubljana: GV Založba, Ljubljana 2009.
- KARDELJ, Nadija. Obdolžilni predlog, *Zbornik 3. Dnevov prekrškovnega prava*, letn. 2008, str. 45–52.
- KRANJEC, Snježana. Izrek sodbe in obrazložitev sodbe, *Zbornik 3. Dnevov prekrškovnega prava*, letn. 2008, str. 73–84.

47 Prim. 66. člen ZP-1 v povezavi s 154. in 155. členom ZP-1.

48 Ta kršitev je po presoji Vrhovnega sodišča v konkretnem primeru vplivala na zakonitost sodbe (drugi odstavek 155. člena ZP-1).

- PRUŠA, Maja. Nekateri problemi v zvezi z vodenjem dokaznega postopka, *Zbornik 3. Dnevov prekrškovnega prava*, letn. 2008, str. 53–72.
- SELINŠEK, Liljana. Odvzem premoženjske koristi v prekrškovnem pravu, *Zbornik 5. Dnevov prekrškovnega prava*, letn. 2010, str. 235–242.
- SELINŠEK, Liljana. Opustitev dolžnega nadzorstva v prekrškovnem pravu, *Pravna praksa*, 2013, letn. 32, št. 28, str. 8 in 9.
- SELINŠEK, Liljana. Naklepni prekrški, *Zbornik 7. Dnevov prekrškovnega prava*, letn. 2008, str. 39–44.
- SELINŠEK, Liljana. Aktualna vprašanja glede odgovornosti pravnih in fizičnih oseb za prekrške. *Pravosodni bilten*, 2015, letn. 36, št. 1, str. 21–39.
- SLOVAR SLOVENSKEGA KNJIŽNEGA JEZIKA. *Elektronski vir.* Dostopno na <http://www.fran.si/130/sskj-slovar-slovenskega-knjiznega-jezika> (7. 11. 2015).

RAZMERJE MED UPRAVNIM IN CIVILNIM POSTOPKOM: NEKATERA NEVRALGIČNA IN/ALI HARMONIČNA STVARNOPRAVNA STIČIŠČA

Tomaž Pavčnik
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

Osrednji institut stvarnega prava je *lastninska pravica na nepremičnini*. Ta že po Ustavi ni neomejena, marveč mora biti tudi način njenega pridobivanja (s tem pa tudi omejevanja) in uživanja tak, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija (67. člen Ustave).

Omejevanje lastninske pravice na nepremičnini zaradi zagotavljanja njene socialne funkcije izhaja iz narave njenega predmeta. Nepremičnina je namreč prostorsko odmerjen del zemeljske površine, skupaj z vsemi sestavinami (18. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ). Nepremičnine tvorijo celoten prostor, svet, po katerem se ljudje gibamo in v njem živimo.

Prostor kot tak je iz različnih razlogov, katerih skupni imenovalec je javni interes, predmet upravnega urejanja. Ker je prostor sestavljen iz nepremičnin, se upravno urejanje nujno razteza tudi na nepremičnine. Upravnopravni status neke stvari je lahko ovira za civilnopravno življenje. Upravno pravo določa namenskost rabe in ureja še druge javnopravne omejitve.[1] Na upravnopravni status nepremičnine se navezujejo razni predpisi (npr. 18. in 19. člen Zakona o denacionalizaciji – Zden).[2] Na ta način ima upravno pravo refleksne učinke v sferi zasebnega prava. Stičnost obeh področij je jasno razvidna tudi iz ločenosti katastra in zemljiške knjige. Ker je zasebno stvarno pravo vezano na načelo specialnosti, je torej prek identifikacijskega znaka nepremičnine vezano na takšno nepremičnino, kakršna je bila določena v upravnem postopku. Del zemljiške parcele nima stvarnopravne samostojnosti in ne more biti predmet lastninske pravice oziroma njenega prenosa.[3] Zemljiškoknjižno sodišče tudi ne preverja površine zemljišča parcele, v zvezi s katero je predlagan vpis.[4] Takšen ustroj katastra, načela specialnosti in zemljiške knjige lahko povzroča v civilnem postopku tudi težave. Tipičen primer je pravda v zvezi s priposestvovanjem (zgolj) dela nepremičnine.[5]

1 Več: M. Juhart, Omejitev lastninske pravice na nepremičninah, Podjetje in delo, št. 6–7 (2003), str. 1531–1540.
2 Glej tudi Sklep II Ips 347/2005 z dne 16. 3. 2006.
3 Sodba II Ips 571/2009 z dne 6. 6. 2013.
4 Glej: Sklep II Ips 194/2006 z dne 23. 10. 1998.
5 S tega vidika je zanimiva (in po svoje tudi vprašljiva) „sestavljanka“, do katere je prišlo v zadevi II Ips 180/2012 z dne 20. 9. 2012. Evidenčni stavek se glasi: Za vknjižbo stanovanjske hiše s stavbiščem tožnik že ima ustrezne listine na podlagi pravnoposlovne pridobitve, za vpis dvorišča oz. funkcionalnega

Ljudje v svojem življenju in gibanju nismo zamejeni le na prostorsko odmerjen del zemeljske površine, katerega lastniki smo, marveč je naš življenjski prostor nujno širši. Politično in vrednotno izhodišče našega sedanjega ustavnega reda je, da gibanje in življenje v prostoru ne sme biti urejeno zgolj na pravnoposlovni (zasebnopravni) podlagi. To je bistveno sporočilo ustavne zahteve o socialni funkciji lastnine. Lastninska pravica na nepremičnini je prav iz tega razloga najprej zamejena z instituti sosedskega prava. Najbolj tipična primera sta instituta *imisij* in *nujne poti*. A to za potrebe normalnega življenja, kakršnega smo vajeni in ga zato sprejemamo kot naravno stanje, še ne zadošča. Tudi zato lastninska pravica na nepremičnini ni zgolj predmet civilnega, marveč tudi javnega (upravnega) prava. Najbolj tipična instituta tu sta *javni interes* in *javno dobro.*

Čim je tako, je na dlani, da upravnopravna obravnava lastninske pravice na nepremičninah, lastniku večinoma ničesar ne daje, marveč mu mora zaradi javnega interesa nekaj jemati. Prav tu tičijo problemi, o katerih je govor v tem prispevku. Če pravo lastniku nekaj jemlje, mora to početi na ustavnopravno dopusten način. Osrednji ustavnopravni branik, da bi bilo tako, je ustavna določba o razlastitvi in razlaščujočih posegih (69. člen Ustave). Nekateri problemi, o katerih bo govor v nadaljevanju, se zato nanašajo prav na vprašanje ustavne skladnosti normativne konkretizacije socialne funkcije lastnine.

Drugi del problemov pa je po izvoru procesne narave. Do njih prihaja zaradi zasnove pravnega reda in njegove obličnopravne normativne izvedbe. V njej nujno prihaja do trkanja, stikanja ali navideznega prekrivanja dveh različnih pravnih področij o isti stvari ter s tem tudi različnih državnih organov, katerih odločitve se tičejo istega nepremičninskega sveta. Kot bo vidno v nadaljevanju, sta osrednja obličnopravna instituta, s katerima se tu soočamo, *načelo prirejenosti* in *načelo pravnomočnosti*.

Uvod tega prispevka naj zato sklenem z izhodiščem, ki ga moramo imeti pri reševanju posameznih vprašanj vselej pred očmi: pri razčlembi stičnih točk obeh pravnih področij moramo paziti predvsem na to, da z našim ravnanjem ne bo poseženo v ustavnopravno jedro kakšne izmed ustavnih vrednot. Na tem področju sta takšni ustavni vrednoti dve. Prva je lastnina skupaj z ustavnopravno predvidenimi (in zato dopustnimi) posegi vanjo. Tako zasnovan pojem lastnine ima čvrsto ustavnopravno jedro in vsebino (33., 67. in 69. člen Ustave). Druga relevantna ustavna vrednota pa je *načelo prirejenosti postopkov* skupaj z vrednoto *pravnomočnosti.* Tudi tu je ustavnopravno jedro čvrsto (3. in 158. člen Ustave).

2. RAZMEJITEV MATERIALNOPRAVNE IN PROCESNOPRAVNE UREDITVE

V pravdnem postopku sodišče obravnava in odloča v sporih iz osebnih in družinskih razmerij ter v sporih iz premoženjskih in drugih civilnopravnih razmerij fizičnih in pravnih oseb, razen če so kateri od navedenih sporov po posebnem zakonu v

zemljišča, kar je pridobil na podlagi samega zakona, pa potrebuje to sodbo. V taki situaciji parcelacija v smislu oddelitve dvorišča od stavbišča ni potrebna, saj se bo spremenilo le pravno razmerje, sama zemljiška parcela pa bo ostala enaka.

pristojnosti specializiranega sodišča ali drugega organa (1. člen Zakona o pravdnem postopku – ZPP). Nato je tu kot nekakšna vmesna cona še nepravdni postopek, v katerem sodišče spet obravnava osebna stanja, družinska in premoženjska razmerja, a hkrati tudi druge zadeve, za katere je s tem ali z drugim zakonom določeno, da se rešujejo v nepravdnem postopku (prvi odstavek 1. člena Zakona o nepravdnem postopku – ZNP). Takšna elastična opredelitev pa že spominja na del opredelitve predmeta upravnoprocesnega obravnavanja.

Norme upravnega prava pa, na drugi strani, „urejajo javne pravice posameznika, njegove pravice s področja javnega prava. Javnopravno razmerje pa lahko nastane le med državo in drugim nosilcem državne oblasti in posameznikom, ne pa tudi med samimi zasebnopravnimi subjekti.“[6]

Na upravni postopek nas praviloma napotuje upravno materialno pravo. V upravnem postopku namreč upravni in drugi državni organi, organi samoupravnih lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, odločajo v *upravnih zadevah* (1. člen Zakona o upravnem postopku – ZUP). *Upravna zadeva* pa je je odločanje o pravici, obveznosti ali pravni koristi fizične ali pravne osebe oziroma druge stranke na področju upravnega prava (prvi odstavek 2. člena ZUP).

Če pa je z nekim predpisom upravni postopek izrecno predpisan, se (ne glede na vsebino; dodal T. P.) šteje, da gre za upravno zadevo (drugi odstavek 2. člena ZUP).

Izhodišče je torej na prvi pogled razmeroma čisto in neproblematično. Na eni strani imamo javnopravne in na drugi strani zasebnopravne zadeve. A če bi bilo vse tako neproblematično, potem vabilo za ta prispevek najbrž ne bi bilo potrebno.

Dejstvo je, da nekatera vprašanja po svoji naravi sodijo bolj na civilno druga pa bolj na upravno področje. A drugo dejstvo je, da zakonodajalec v praksi lahko za posamezne vrste zadev predpiše bodisi civilni bodisi upravni postopek, četudi je to v opreki z naravo te zadeve. Za tak primer se (za nazaj) izkazuje ureditev po ZDen. V tistem delu, v katerem je bil predpisan upravni postopek (najbrž v želji po večji rutinskosti in hitrosti), bi moral biti najbrž predpisan nepravdni postopek. Neposrečeno predpisana vrsta postopka je torej prvi možni vir problemov.

Drugi možni vir problemov nastopi tedaj, ko upravni organ odloča o nekem vprašanju, ki se nato pojavi tudi v civilnem postopku. Tak primer je npr., ko upravni organ v postopku za izdajo gradbenega dovoljenja kot o predhodnem vprašanju ugotavlja tudi *strankino pravico graditi.* Ta trk je treba reševati z uporabo pravnih institutov obličnega prava, tj., z načeloma prirejenosti in pravnomočnosti.

Tretji možen vir konfliktov je, ko ima neki upravni akt lahko refleksen učinek na civilnopravnem področju. Gre za primere, ko se v upravnem pravu določa objekt nepremičninskega prava (katastrsko pravo), ali ko se določa namenskost ali status nepremičnine (npr. kategorizacija nepremičnine ali njenega dela za javno cesto).

6 Androjna, Kerševan, Upravno procesno pravo, predelana in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 55, 56.

Četrti problematičen primer pa je, ko se neki konkreten dejanski stan prilega tako abstraktnemu dejanskemu stanu zasebnega kot abstraktnemu dejanskemu stanu javnega (upravnega) prava. Tak primer je priposestvovanje služnosti v javno korist.

Vsi štirje primeri bodo obravnavani v nadaljevanju.

3. SPLOŠNO O VEZANOSTI SODIŠČ NA RAZLIČNE PRAVNE AKTE, O PRIREJENOSTI POSTOPKOV IN O NAČELU PRAVNOMOČNOSTI

Preden se prispevek loti konkretizirane obravnave štirih primerov, velja vendarle na načelni ravni izčistiti še tisti abstrakten institut, ki je skupen večini prej navedenih tipičnih trkov obeh področjih. Gre za vprašanje, na katere pravne akte je vezano civilno sodišče, in tudi, kakšen je obseg te vezanosti.

V 125. členu Ustave je določeno, da so sodniki vezani na ustavo in zakon. Poleg tega, kar izhaja že iz neposrednega jezikovnega sporočila, iz tega besedila izhajata še dve pravili. Prvo je povezano s hierarhično usklajenostjo normativnih pravnih aktov in je konkretizirano v 153. členu Ustave. Zakoni morajo biti usklajeni z ustavo. Če niso, potem sodnik nanje ni vezan,[7] marveč mora v skladu s 156. členom Ustave postopek prekiniti in začeti postopek pred ustavnim sodiščem. Drugo pomembno pravilo pa je, da podzakonskega akta, ki je nezakonit (in s tem že tudi protiustaven) sodišče ne sme uporabiti (exceptio illegalis). Ravno pravilo *exceptio illegalis* ima pri reševanju navideznih kolizij med upravnim in civilnim pravom odločilen pomen.

Vse to so bili splošni pravni akti. Povsem drugačno kakovost pa imajo konkretni pravni akti. Njihova bistvena razlika je, da postanejo pravnomočni. Tudi zanje seveda velja, da morajo biti skladni z ustavo, zakonom ter zakonitimi in ustavnimi podzakonskimi akti. A vendar iz pravnomočnosti, lastnosti, ki je ustavnopravne narave (158. člen Ustave), izhaja bistveno drugačna vezanost sodišča nanje. Če govorimo o konkretnih oblastnih aktih (sodbe in upravne odločbe), potem sodišče ne sme več dvomiti v njihovo zakonitost in ustavnost, marveč je zaradi pravnomočnosti nanje preprosto vezano (izjemo absolutno ničnih odločb – ki so torej to le navidezno[8] – lahko za potrebe običajnega pravnega življenja tu pustim ob strani).

Se pa pri konkretnih oblastnih pravnih aktih vendarle zastavi drugo vprašanje, namreč: katera vsebina v njih je tista, na katero je sodišče vezano.

Sodba in upravna odločba sta primera konkretnega oblastnega pravnega akta. Prvina takšnega akta, ki v pravnem svetu nekaj spreminja, je konkretno in oblastno pravno pravilo. S pravnim pravilom se ureja neko pravno razmerje (določajo pravice in dolžnosti glede določenega predmeta) med pravnimi subjekti. Le konkretno

7 Še bolj točno bi bilo reči, da jih ne sme (!) uporabiti.
8 Glej tudi Sodbo II Ips 746/2005 z dne 16. 3. 2008.

in oblastno pravno pravilo je tisto, na kar je sodišče vezano. Nahaja se v izreku odločbe in le ono postane pravnomočno. Iz tega sledi, da se načelo vezanosti na pravnomočne odločbe nanaša na konkretna in oblastna pravna pravila, ki so v izreku.[9]

Res pa je, da morata tako sodišče kot upravni organ za rešitev glavnega vprašanja pogosto pred tem rešiti še predhodna vprašanja. A ker rešitve predhodnega vprašanja ne ščiti institut pravnomočnosti, državni organi in sodišča, ki odločajo v drugih primerih, nanje niso vezana. Predhodno rešena vprašanja so zgolj vodila (predpostavke) k rešitvi glavnega vprašanja (k ustvaritvi konkretnega oblastnega pravnega pravila). Predhodno rešena vprašanja ne postanejo konkretna pravna pravila. Bilo bi absurdno, da bi bilo npr. sodišče vezano na predhodno rešena vprašanja ter zato ne bi smelo podvomiti niti v njihovo zakonitost in ustavnost, ko pa to lahko stori celo pri podzakonskih aktih in zakonih. Edino pravnomočnost je torej tista, ki daje odločitvi o glavni stvari absolutno zavezujočo lastnost. Pravnomočnost izvira iz posebne narave postopka sprejemanja konkretnih oblastnih pravnih aktov, ki je pravno odločilno drugačna od postopka sprejemanja splošnih pravnih aktov. Razlikovalna okoliščina je, da imajo naslovniki pravnega pravila položaj procesnega subjekta. Ta okoliščina pa se pri predhodno rešenih vprašanjih uresničuje odločilno drugače kot pri reševanju glavnih vprašanj (pravni interes za uresničevanje pravice do izjave in pravice do pravnega sredstva je v bistvenem drugačen[10]).

Razmerje med izrekom in predhodno rešenimi vprašanji navzven spominja na razmerje med splošnim pravnim pravilom in gradivom za njegov sprejem. Najbolj tipičen primer je zakonodajno gradivo (t. i. materialia). A ta navidezna podobnost bo večinoma brez praktične vrednosti. Materialia so lahko ena izmed (izrazito pomožnih) opornih točk pri namenski (teleološki) in zgodovinski razlagi.[11] Razlaga splošnih pravnih aktov pa je potrebna običajno ravno zaradi njihove abstraktnosti in s tem pojmovne odprtosti. Konkretna in oblastna pravna pravila pa so običajno striktna in ne elastična. Poleg tega pa je zaradi njihove narave upošteven le tisti namen, ki je razviden iz njih samih.

4. PRIMER VEZANOSTI SODIŠČA NA PRIDOBITEV LASTNINSKE PRAVICE V DENACIONALIZACIJSKEM POSTOPKU

V zadevi II Ips 705/2007, ki je bila v bistvenem delu razveljavljena z odločbo Ustavnega sodišča Up-457/09, sta navidez trčila načelo prirejenosti in načelo nevezanosti na rešitev predhodnih vprašanj.[12]

9 To jasno izražajo tudi naslednje odločbe VS RS: II Ips 180/2013 z dne 28. 8. 2014, Sodba II Ips 2/2009 z dne 7. 7. 2011, Sodba II Ips 465/2005 z dne 12. 7. 2007

10 Najbolj tipično je to, da zoper rešitev predhodnega vprašanja sploh ni samostojnega pravnega sredstva.

11 O Objektivistično-dinamični razlagi glej: M. Pavčnik, Argumentacija v pravu, 2. izdaja, Cankarjeva založba 2004 na več mestih, glej predvsem str. 75 in 96.

12 O njej sta nato vsak s svojega zornega kota pisala P. Kukovec, Problematičnost pridobitve lastninske pravice v denacionalizacijskem postopku, Pravna praksa št. 18/2012, str. 6, in I. Vuksanović, Problematičnost pridobitve lastninske pravice v denacionalizacijskem postopku – drugič, Pravna praksa, št. 20/2012, str. 6.

Zelo poenostavljeno: tožnik je trdil, da je postal po samem zakonu (Zakon o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini; ZLNDL) lastnik nepremičnine. Tožencu pa je bila ista nepremičnina vrnjena z odločbo upravnega organa v postopku denacionalizacije. Če bi bil tožnik v resnici lastnik (in najbrž je res tudi bil), bi bila to ovira za vrnitev nepremičnine denacionalizacijskemu upravičencu v naravi. To je bilo predhodno vprašanje v denacionalizacijskem postopku. Vrhovno sodišče je presodilo, da upravni organ v postopku o denacionalizaciji o tem vprašanju (o obstoju lastninske pravice tožnika) ni odločil kot o glavnem vprašanju (glavno vprašanje se nanaša le na razmerje med denacionalizacijskim zavezancem in denacionalizacijskim upravičencem), marveč kot o predhodnem, ter zato načelo vezanosti tu ne pride v poštev.

Ustavno sodišče je presodilo drugače: „Načelo pravnomočnosti iz 158. člena Ustave določa, da je pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa, mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti v primerih in po postopku, določenih z zakonom. Načelo pravnomočnosti zagotavlja nespremenljivost pravnih razmerij, urejenih s posamičnimi upravnimi ali sodnimi akti, predvsem zato, da bi se varovale pridobljene pravice. Poseg v lastninsko pravico, ki temelji na pravnomočni oblikovalni odločbi pristojnega organa, ne da bi bila ta odločba odpravljena, razveljavljena ali spremenjena iz razloga in po postopku, določenem z zakonom, oziroma ne da bi bili po takšnem postopku drugače odstranjeni njeni učinki, je kršitev pravice do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave. V pravdnem postopku ni mogoče popravljati napak, storjenih v postopku denacionalizacije. V obravnavani zadevi bi to, da izpodbijana sodba ostane v veljavi, pomenilo, da bi pritožnika imela v svojo korist izdano pravnomočno upravno odločbo, ki ni bila nikoli formalno razveljavljena, vendar bi kljub temu izgubila lastninsko pravico na vrnjeni nepremičnini.“

Pomembno sporočilo te zadeve izhaja iz objektivnih in časovnih mej pravnomočnosti. Zaradi vezanosti sodišča na pravnomočno odločbo upravnega organa ni pomembno, kaj je bilo pred to konstitutivno odločbo upravnega organa. Z njo je denacionalizacijski upravičenec na veljaven pravni način (z odločbo državnega organa – drugi odstavek 20. člena Zakona o temeljih lastninskopravnih razmerjih; ZTLR) pridobil lastninsko pravico. Tožnik bi bil lahko v pravdnem postopku uspešen le v primeru, če bi svoj zahtevek opiral na kasnejša dejstva.

To pa ne pomeni, da si ni mogoče zatiskati oči pred tistim, kar je (morebiti) v ozadju zadeve. To je, da je upravni organ napačno presodil predhodno vprašanje, ali ima (kasnejši) prizadeti tožnik na predmetu denacionalizacije morebiti lastninsko pravico, ki ovira vračilo v naravi. Takole je zapisala Polona Kukovec:[13] „Denacionalizacijska odločba je postala pravnomočna. Zahteva za obnovo postopka s strani tožnika je bila dvakrat pravnomočno zavržena, saj naj tožnik ne bi izkazoval pravnega interesa. Tožnik je nato sprožil civilni spor za ugotovitev lastninske pravice in v pravdnem postopku uspel.“

Odgovor je, da bi moral iti (kasnejši) tožnik s pravnimi sredstvi v upravnem postopku do konca. Upravni postopek preprosto mora imeti (učinkovita – tudi s

13 P. Kukovec, prav tam.

časovnega vidika) sredstva za varstvo pred posegi v lastninsko pravico (in vanjo pravno ni bilo poseženo z rešitvijo predhodnega vprašanja, marveč s konstitutivno odločitvijo o glavni stvari). Če jih nima, potem je takšno stanje protiustavno. A to protiustavnost je mogoče in dopustno reševati le v postopku, v katerem je prišlo do (domnevnega) posega v lastninsko pravico. To je (sicer težko) breme, ki bi ga moral nositi prizadeti, ne pa da je namesto tega skušal po obvoznici (ki prebija ustavno načelo pravnomočnosti) doseči isti cilj.

5. POSEG V TUJO LASTNINO NA PODLAGI GRADBENEGA DOVOLJENJA IN VPRAŠANJE PROTIPRAVNOSTI

Primeri, ki so zgolj navidezno podobni prej obravnavanemu, se nanašajo na presojo protipravnosti posega v lastninsko pravico ali v posest, ko motilec svoj poseg utemeljuje na izdanem gradbenem dovoljenju. Kljub navidezni podobnosti so ti primeri v svoji srži vendarle bistveno drugačni. Razlikovalna lastnost je procesnopravne narave in tiči ravno v pravilni razlagi načel prirejenosti in načela pravnomočnosti. Za kaj gre?

Določba o negatorni tožbi, ki je pod naslovom *zaščita pred vznemirjanjem* urejena v 99. členu SPZ, se glasi: „Če kdo tretji *protipravno* vznemirja lastnika ali domnevnega lastnika, in sicer kako drugače, ne pa z odvzemom stvari, lahko lastnik oziroma domnevni lastnik s tožbo zahteva, da vznemirjanje preneha in se prepove nadaljnje vznemirjanje.“

Določba tretjega odstavka 33. člena SPZ, ki je umeščena pod naslov *sodno varstvo posesti,* pa se glasi: „Posestnik *nima* pravnega varstva, *če* motenje ali odvzem posesti *temelji na zakonu*.“

Za problem gre, ker sodni praksi ni tuje stališče, da motilec (ki zgradi pot, garažo, ograjo, stavbo ...) na (domnevno) tujem zemljišču, ni ravnal protipravno, če mu je upravni organ pred tem (ali pa morda celo naknadno) za gradbeni poseg izdal gradbeno dovoljenje.

To stališče, za katero trdim, da je napačno, se opira na zakonsko predpostavko za izdajo gradbenega dovoljenja iz četrtega odstavka 54. člena Zakona o graditvi objektov (ZGO-1). Ta se glasi: „Investitor mora zahtevi za izdajo gradbenega dovoljenja priložiti tudi dokazilo o pravici graditi, če ta pravica še ni vpisana v zemljiško knjigo.“

Vezanost sodišča na pravnomočne odločbe državnih organov se „*nanaša na izrek odločbe* o obstoju ali neobstoju pravice ali pravnega razmerja“. (13. točka razlogov odločbe US, Up-457/2009). To pomeni, da je sodišče vezano na odločitev upravnega organa o glavni stvari. Vsebina odločitve o glavni stvari pa v tem primeru pomeni oblastno dovoljenje, da stranka upravnega postopka sme graditi. Pravdno sodišče bi torej kršilo načelo prirejenosti (in tudi pravnomočnosti), če bi v nasprotju z upravnim organom presodilo, da je toženkina gradnja protipravna zato, ker je v nasprotju z javnopravnimi pravili.

O zasebnopravnih razmerjih pa upravni organ ni pristojen odločati. Če bi vseeno odločil, potem bi najbrž pravdno sodišče res trčilo ob problem vezanosti na pravnomočno odločbo državnega organa in tedaj bi bilo zato tudi na mestu, da prizadeta stranka poseg v svojo lastninsko pravico rešuje tam, kjer je do njega prišlo – torej v upravnem postopku. Vendar, kot že rečeno, upravni organ zasebnopravnih (lastninskih) razmerij z izdajo gradbenega dovoljenja v ničemer ne preoblikuje. Res je, da v postopku mora ugotavljati, ali stranka ima „dokaz o pravici graditi“, a o tem ne *odloči* v izreku. V postopku *ugotavljanja* pogojev za izdajo gradbenega dovoljenja se to ugotovitveno vprašanje rešuje kot predhodno vprašanje (po izrazito poenostavljenih ali vsebinsko povsem drugačnih standardih, kot veljajo v postopkih, namenjenih varstvu zasebnopravnih razmerij). Na tako rešeno predhodno vprašanje pa pravdno sodišče ni vezano in to (ker ne gre za v izreku vsebovano konstitutivno odločitev) tudi ne predstavlja kršitve načela pravnomočnosti (158. člen Ustave).[14]

Še bolj eksplicitna pa je teorija upravnega procesnega prava,[15] ki nam na koncu za ilustracijo nudi tudi prav tak primer, kot je obravnavan. Najprej poudari, da norme upravnega prava „urejajo javne pravice posameznika, njegove pravice s področja javnega prava. Javnopravno razmerje pa lahko nastane le med državo in drugim nosilcem državne oblasti in posameznikom, ne pa tudi med samimi zasebnopravnimi subjekti.“[16] Nato kasneje nadaljuje: „Ker gre pri upravni odločbi za konkretni in posamični javnopravni akt, ki učinkuje med strankami (inter partes), se ta zahtevek lahko nanaša samo na ravnanje države ali drugega nosilca oblasti, ne pa na izvršitev dajatve, storitve, itd. s strani druge stranke ali tretje osebe, ki v postopku ni sodelovala.“[17] Kasneje vendarle govori o izjemnem učinku, ki pomeni odločanje o pravicah civilnega prava. Vendar pa se bo upravno odločanje raztezalo na pravice tretje osebe „le tedaj, ko bo tak učinek za posamezen primer izrecno določil materialni zakon – npr. v primeru razlastitve z upravno odločbo upravnega organa, ki pomeni poseg v lastninsko pravico posameznika, ustanovitev služnosti z upravno odločbo za postavitev javne infrastrukture itd. V nekaterih primerih je tudi iz same vsebine odločanja v posamezni upravni zadevi mogoče ugotoviti, da je to namenjeno (tudi) omejevanju civilnih pravic posameznikov.“[18] Kot primer avtor navaja dovoljenje za javno prireditev.

A nato Kerševan izrecno poudarja, da je treba v vsaki posamezni zadevi preveriti, ali je na podlagi izdane upravne odločbe dejansko mogoče posegati tudi v zasebne pravice posameznika in potem za ilustracijo navaja prav primer gradbenega dovoljenja:

14 Glej tudi Triva, Dika: Građansko parnično procesno pravo, 7. izdaja, Zagreb 2004, str. 97, 98. Predstavi tri možne sisteme. Francoskega, v katerem je o posameznem pravnem vprašanju pristojen odločati le tisti organ, v čigar pristojnost spada reševanje tega vprašanja kot glavnega vprašanja (in mora torej organ, pred katerim se takšno vprašanje pojavi, postopek prekiniti). Dalje, sistem samostojnega reševanja predhodnih vprašanj. Tu sploh ni nikakršne vezanosti (četudi je bilo predhodno vprašanje že rešeno na matičnem področju kot glavno vprašanje). In slednjič, mešani sistem (in tak je tudi naš), kjer med drugim velja: „Ako je nadležno tijelo već odlučilo o prejudicialnom pitanju kao o glavnom, onda je tijelo, pred kojim se to pitanje pojavljuje kao prejudicijelno, vezano za odluku nadležnog tijela u granicama njezine pravnomočnosti.“ (stran 98)

15 Androjna, Kerševan, nav. delo.

16 Androjna, Kerševan, nav. delo., str. 55, 56.

17 Androjna, Kerševan, nav. delo, str. 57.

18 Androjna, Kerševan, nav. delo str. 57, 58.

„Tako je npr. pri izdaji gradbenega dovoljenja vzpostavljeno javnopravno razmerje med državo in posameznikom, po kateri država ne bo preprečevala nameravane gradnje, dokler bo posameznik spoštoval določila, ki so v tej upravni odločbi navedena – *nima pa gradbeno dovoljenje nobenih razlaščajočih učinkov nasproti tretjim osebam, ki so lastniki ali posestniki zemljišč, na katerih se bo gradilo*, saj mora investitor kot pogoj za pridobitev gradbenega dovoljenja dokazati lastninsko ali drugo civilnopravno pravico graditi (56. člen ZGO-1). Obstoj pravice civilnega prava graditi na določeni nepremičnini je torej v takem primeru *pogoj* za izdajo gradbenega dovoljenja in ne posledica njegove izdaje, zato bi v primeru posega na tujo lastnino, če investitor take pravice nima, morali priznati sodno varstvo v pravdi tudi, če bi bilo pred tem izdano dokončno in pravnomočno gradbeno dovoljenje.“[19]

Pravdno sodišče je zato pristojno avtonomno odločiti o tem, ali je bil poseg v lastninsko pravico z zasebnopravnega vidika protipraven ali ne. V izhodišču velja, da je vsak poseg v lastninsko pravico, za katerega tretja oseba nima zasebnopravnega temelja (npr. služnosti, lastnikovega dovoljenja ...), protipraven že sam po sebi. Z izdajo gradbenega dovoljenja je izključena le protipravnost po javnopravnih predpisih (da torej ne gre za črno gradnjo). Zasebnopravna protipravnost pa bo izključena le tedaj, če ima graditelj tudi zasebnopravno podlago za poseg v tujo lastninsko pravico (služnost, dovoljenje lastnika itd.)

Tak hibriden primer, ko so bila v upravnem postopku (pridobivanja gradbene dokumentacije) podana tudi zasebnopravna izjavnovoljna ravnanja, je bil obravnavan v zadevi VS RS II Ips 440/2010 z dne 2. 6. 2013.[20]

Tožnica in prva toženka sta se v upravnem postopku dogovorili, da bo vsaka odstopila enak del svojega zemljišča za skupno dovozno pot do novogradenj. Obstoj poti je bil pogoj za gradnjo treh stanovanjskih hiš.

Do spora je prišlo, ko je prva toženka svojo nepremičnino parcelirala ter del tega sveta prodala dvema drugima osebama. Tožnica je tedaj vsem trem prepovedala uporabo poti. Z lastninskopravnimi zahtevki na prvi stopnji ni uspela, češ da ravnanja tožencev niso protipravna, ker temeljijo na ustnem sporazumu. Pritožbeno sodišče je takšno sodbo spremenilo in zahtevku ugodilo. Revizijsko sodišče pa je pritrdilo sodišču prve stopnje.

Poudarilo je, da stvarna pravica z dogovorom ni nastala. Kljub temu pa po stališču revizijskega sodišča dogovor, sklenjen v upravnem postopku kot njegov pogoj in s tem sestavni del, presega naravo golega obligacijskega razmerja med dvema strankama. Po stališču revizijskega sodišča je dogovor postal del lokacijskih dovoljenj in velja, dokler stojijo zgradbe.

Seveda se zastavlja vprašanje o pravni naravi takšnega izjavnovoljnega ravnanja. Ta v odločbi morda ni najbolj izčiščena. V 11. točki je govor o *dogovorjeni nujni poti*.

19 Androjna, Kerševan, nav. delo, str. 58.

20 V času, ko to pišem, je zadeva po razveljavitvi (zaradi kršitve pravice do izjave iz 22. člena Ustave) na Ustavnem sodišču (Up-819/2013) znova odprta pred Vrhovnim sodiščem (II Ips 205/2015).

Sporna pot stvarnopravno ni urejena, vezanosti na odločitev v upravnem postopku pa ob pravilni razlagi načela prirejenosti tudi ni. To pa ne pomeni, da protipravnost ne more biti izključena z izjavnovoljnim ravnanjem. Ravnanje tožnice, ki uveljavlja lastninsko varstvo v nasprotju s poprejšnjim izjavnovoljnim ravnanjem, je ravnanje *venire contra factum proprium* in torej v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja (5. člen Obligacijskega zakonika: OZ). Ker je pot v naravi vidna, pa se tudi singularni nasledniki ne morejo sklicevati na dobro vero. Vse to so pogledi, ki jih je mogoče izpeljati iz sicer razveljavljene, a javno objavljene odločbe. Končni odgovor pa bo ponudila odločba v (ta trenutek) še odprti zadevi.

6. PROBLEM NEZAKONITE KATEGORIZACIJE JAVNE CESTE

Javne ceste so javno dobro in so izven pravnega prometa. Na njih ni mogoče pridobiti lastninske pravice s priposestvovanjem ali drugih stvarnih pravic (drugi odstavek 3. člena Zakona o cestah; ZCes-1). Definicija javne ceste je vsebovana v 24. točki prvega odstavka 2. člena Zces-1: Javna cesta je cesta, ki jo država ali občina, v skladu z merili za kategorizacijo javnih cest, razglasi za javno cesto določene kategorije in jo lahko vsak prosto uporablja na način in pod pogoji, določenimi z zakonom in drugimi predpisi.

V praksi se je pokazalo, da so bili številni odloki o kategorizaciji javnih cest nezakoniti in protiustavni, ker je z njimi prišlo do dejanske (ne pa tudi do pravne) razlastitve. Izostal je namreč postopek razlastitve. S tem, ko so bile razglašene za javne ceste, pa je nastopil učinek izvotlitve lastninske pravice. Tak je tudi primer, o katerem je z odločbo U-I-387/02 z dne 20. 5. 2004 presodilo ustavno sodišče.[21] Evidenčni stavek se glasi: „Ker občina z lastniki ni sklenila pravnega posla za pridobitev zemljišč niti ni zoper njih izvedla postopka razlastitve, je odlok, kolikor na zemljišču pobudnikov kategorizira lokalno cesto, v neskladju z Zakonom o javnih cestah in z 69. členom Ustave. Ker odlok v tem delu nedopustno posega v lastninsko pravico, je v neskladju tudi s 33. členom Ustave.“[22]

Kot protiustavni je v drugi zadevi Ustavno sodišče razveljavilo tudi določbi 85. člena ZJC in 137. člena ZZK (Odločba U-I-224/00 z dne 24. 5. 2002). Problem obeh določb je bil, ker je zakon z njimi brez konkretnega razlastitvenega akta pravno priznal učinke dejanskih razlastitev, čeprav je hkrati predvideval možnost denarnega nadomestila.

Tipične posledice kategorizacije dela nepremičnine za javno cesto so, (a) da ta postane javno dobro, (b) da lastnik s tem delom zemljišča ne more pravnoposlovno razpolagati, (c) da lastnik nikomur ne sme izključevati proste uporabe, (d) da tretje osebe ne morejo priposestvovati služnosti poti na tem delu nepremičnine, (e) da je pojmovno izključeno ustanavljanje nujne poti in (f) da je mejo med cesto in

21 Podobno je bilo tudi v številnih drugih primerih. Npr. U-I-156/13 z dne 4. 6. 2015, U-I-44/13 z dne 23. 4. 2015, U-I-305/12 z dne 10. 7. 2014 in številne druge.

22 Glej tudi M. Tratnik, Javno dobro, PP 38/2010, str. 22 in nasl. Avtor se sklicuje na šesti odstavek 213. člena ZGO-1 in pravi: „To pa tudi pomeni, da ni pravne podlage za zaznambo javnega dobra za cesto, ki je v zasebni lasti.“ Vendar pa to na zemljiško knjigo nanašajoče se pravilo ne odpravlja problema dejanske razlastitve.

sosednjo parcelo dopustno urejati le po podatkih katastra, ne pa tudi po merilu zadnje mirne posesti.[23]

Zastavlja se vprašanje, ali je civilno sodišče na odlok o kategorizaciji javne ceste vezano. Dalje, ali tudi nezakonit odlok preprečuje pripostestvovanje služnosti. In slednjič, ali tudi nezakonit odlok lastniku preprečuje, da bi sodno uveljavljal varstvo lastninske pravice (npr. z zahtevkom, naj občina javno cesto odstrani).

V literaturi[24] je najti stališče, da Odlok učinkuje, dokler ga Ustavno sodišče ne odpravi ter da lastnik nima podlage, da bi občini karkoli prepovedoval. Na podobnem stališču je bila utemeljena tudi Sodba VSM I Cp 819/2012, in sicer, da se morajo lastninskopravna upravičenja umakniti uveljavitvi javne koristi ter da tožeča stranka zaradi „dejanske“ razlastitve lahko zahteva le ustrezno nadomestilo.

S takšnim stališčem se ne strinjam. Seveda gre pri zahtevku, naj se postavljena cesta odstrani, za hud poseg v javni transport. A vendar dejanskih razlastitev iz ustavnopravnih razlogov ni mogoče ščititi. Toleriranje dejanskih razlastitev bi pomenilo, da pravni red pristaja na dopustnost brezpravne okupacije nepremičnine zaradi javne koristi. Takšna izpeljava bi pomenila grob poseg v načelo pravne države (2. člen Ustave). Odlok je splošni podzakonski akt in nima lastnosti pravnomočnosti. Nanj sodišče ni vezano (125. člen Ustave), če presodi, da je v nasprotju z ustavo ali zakonom (exceptio illegalis).

V prej citirano sodbo VSM I Cp 819/2012 je Vrhovno sodišče poseglo s sodbo II Ips 212/2013 z dne 18. 9. 2014. Gre za pogumno odločbo, s katero je bilo toženi stranki naloženo, da je „dolžna odstraniti asfalt in bankine z dela cestišča javne ceste v delu, ki glede na skico terenske meritve poteka po tožnikovem zemljišču, ter da mora vzpostaviti prejšnje stanje z zasutjem zemlje in posaditvijo trave.“ Bistvo odločbe je v ugotovitvi, da je bila z dejansko razlastitvijo protiustavno izvotljena lastninska pravica tožnika in da ni mogoče kategorično izključiti stvarnopravnega varstva.

V bistvenem podoben odgovor mora torej veljati tudi glede ostalih vprašanj. Nezakonit odlok ne more biti pravna ovira za pripostestvovanje služnosti (drugo vprašanje je, ali ni zaradi dejansko delujoče ceste podana dejanska ovira). Če je odlok nezakonit, potem ne more biti niti ovira za določitev nujne poti in tudi ne za povsem normalno rešitev mejnega spora, torej tudi z uporabo merila zadnje mirne posesti.

7. PROBLEM PRIPOSESTVOVANJA SLUŽNOSTI V JAVNO KORIST

Služnost v javno korist je v svojem izhodišču institut razlastitvenega prava. Gre za razlaščujoč poseg, ki je predviden v 110. členu Zakona o urejanju prostora (ZUreP-1). Hkrati gre za omejitev lastninske pravice, ki po svoji vsebini ustreza civilnopravnim

23 Glej tudi Sklep II Ips 278/2013 z dne 25. 9. 2014 in Sklep II Ips 510/1997 z dne 11. 2. 1999.
24 M. Debelak, Vzdrževanje občinske ceste, ki poteka po zasebnem zemljišču, Pravna praksa 29–30/2012, str. 22.

omejitvam lastninske pravice in sicer nepravi stvarni služnosti (226. člen SPZ). Od nje se razlikuje po tem, da se ne ustanovi v korist individualno določene osebe, ampak v korist vsakokratnega upravljavca določene infrastrukture.[25]

Ker institut v sebi združuje prvini neprave stvarne služnosti na eni in razlaščujočega posega na drugi strani, obstaja nevarnost, da bo v določenih primerih prišlo do prekrivanja abstraktnega dejanskega stanu upravnega in abstraktnega dejanskega stanu civilnega prava ter s tem do morebitnega trka med upravnim in civilnim področjem. Tak primer, ki se je izkristaliziral v praksi[26] in literaturi,[27] se nanaša na vprašanje, *ali je mogoče služnost v javno korist priposestvovati.*

Razlagalni argument, ki bi lahko govoril zoper možnost priposestvovanja, je naslednji: ZUreP-1 v 110. členu ureja služnost v javno korist in kot pridobitna načina te stvarne pravice določa pogodbo (s posledično vknjižbo) ter upravno odločbo. Ker gre za razlaščujoč poseg, naj bi bile druge možnosti izključene.

Vrhovno sodišče je takšno kategorično razlago s sodbo II Ips 210/2014 z dne 8. 10. 2015[28] zavrnilo. Pojasnilo je, da se z uveljavitvijo ZUrep-1 ni pravno nič spremenilo ter da je pravni položaj v bistvenem enak že vse od uveljavitve Ustave dalje. Nato je pojasnilo, ob kakšnih pogojih je priposestvovanje služnosti v javno korist mogoče (23. točka obrazložitve): „(...) po presoji revizijskega sodišča (je) priposestvovanje služnosti v javno korist mogoče ob pogoju (stroge presoje) dobre vere, še posebej, če temelji na pravnoposlovni podlagi. Pri tem ni pogoj, da bi bil posel odplačen, če je le iz okoliščin primera jasno, da je takšno stanje plod pristne volje lastnika.“ Možnost priposestvovanja je s tem zamejilo na položaj dobrovernega priposestvovanja (prvi odstavek 217. člena SPZ ter ga obiter dictum izključilo za primer nedobrovernega priposestvovanja (drugi odstavek 217. člena SPZ).[29]

---

25 Tako: M. Damjan in A. Vlahek, Priposestvovanje služnosti v javno korist, Pravnik 131 (2014), št. 3–4, str. 152.

26 Glej odločbi VS RS: II Ips 1022/2008 z dne 29. 11. 2012 in II Ips 210/2014 z dne 8. 10. 2015.

27 M. Damijan in A. Vlahek, nav. delo; M. Damjan, Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih, Pravni letopis 2013, str. 85–103; M. Tratnik, Neprave stvarne služnosti, Pravna praksa 24/2005, str. 16 in nasl.; R. Vrenčur, Stvarno in zemljiškoknjižno pravo v praksi slovenskih sodišč, Odvetnik, številka 70 (2015), str. 23 in nasl.

28 Ključna dejstva konkretnega primera so bila takšna. Tožena stranka je leta 1995 na nepremičnini, ki je bila tedaj še v lasti pravne prednice tožnika, postavila transformatorsko postajo s priključnim daljnovodom. Tožnik kot lastnik zahteva, naj postavljeno infrastrukturo odstrani, toženka pa se zoper to brani, češ da ima služnostno pravico v javno korist. Osrednje vprašanje, od katerega je odvisna rešitev o še odprtih zahtevkih po tožbi in nasprotni tožbi, torej je, ali je tožena stranka služnost (neprava stvarna služnost v javno korist) priposestvovala ali ne. Sodišče prve stopnje je ugotovilo, da je tožena stranka na podlagi pisnega dovoljenja tožnikove pravne prednice na njeni nepremičnini zgradila sporno elektro infrastrukturo. Toženi stranki je bilo hkrati dovoljeno tudi, da ob vzdrževalnih delih hodi in vozi po nepremičnini. Dalje ugotovi, da je tožena stranka v dobri veri (na podlagi soglasja in na njegovi podlagi pridobljenega gradbenega dovoljenja) in brez slehernega nasprotovanja od 31. 5. 1995 do leta 2007 izvrševala služnost.

29 Drugače glede nedobrovernega priposestvovanja očitno menita M. Damjan in A. Vlahek, nav. delo. str. 165, 166: „Vendar meniva, da obstoj pisnega soglasja, na podlagi kakršnega investitor ne bi mogel doseči vpisa služnosti v zemljiško knjigo, praviloma ne bo zadoščal za utemeljitev priposestvovalčeve dobre vere v obstoj služnosti. V zvezi z javno infrastrukturo na tujih zemljiščih bo torej večkrat prišlo v poštev nepravo priposestvovanje, pri katerem za pridobitev služnosti ni potreben izkaz dobrovernosti.“ Njuno stališče o splošni dopustnosti priposestvovanja izhaja iz poprej razčlenjenih razlogov (str. 161, 162), ko trdita, da se položaj pri priposestvovanju služnosti v javno korist razlikuje od primera protiustavne določbe 85. člena ZJC, ker „Pri priposestvovanju služnosti namreč ne pride do oblastnega posega države v lastninsko pravico lastnika zemljišča (*acta iure imperii)*, ampak upravljavec javne infrastrukture pridobi

V čem je pravno odločilna razlika med dobrovernim in nedobrovernim priposestvovanjem služnosti v javno korist?

Pri ustanovitvi služnosti v javno korist gre za razlaščujoč poseg. To pomeni, da mora biti tak poseg skladen z zahtevami 69. člena Ustave. Ta določa: „Lastninska pravica na nepremičnini se lahko v javno korist odvzame ali omeji proti nadomestilu v naravi ali proti odškodnini pod pogoji, ki jih določa zakon." Do razlastitve po ustavnosodni praksi „ne more priti ex lege, tako da bi že zakon sam imel razlastitvene učinke".[30]

Iz ustavne določbe in njene ustavnosodne razlage tako nedvoumno izhaja, da je predpostavka veljavne razlastitve vselej ta, da obstaja konkreten razlastitveni pravni akt. S tega izhodišča izhajata tudi ZUreP-1 v 110. členu in ZSZ/97 v 31. členu. Konkreten razlastitveni akt je lahko bodisi oblasten (odločba državnega organa) bodisi avtonomen (pravni posel). Ustavnemu izhodišču iz 69. člena Ustave bi nasprotovalo, če bi sprejeli tezo, da lahko razlastitveni upravičenec preprosto okupira služečo nepremičnino in opravi dejanski razlaščujoč poseg, nato pa čaka, da se bo iztekla priposestvovalna doba in bo razlastitev (!) tudi de iure izvršena. Če bi dopustili takšno prakso, ta ne bi nasprotovala le 69. členu Ustave, marveč bi bila v diametralnem nasprotju tudi z načelom pravne države (2. člen Ustave).

Po drugi strani pa ni videti a priornih razlagalnih razlogov, zaradi katerih bi ustavna določba o razlastitvi (69. člen Ustave) ali specialne določbe o ustanovitvi služnosti v javno korist (že navedene določbe ZUreP-1 in ZSZ/97) v celoti izključevale uporabo splošnih pravil civilnega prava. Kadar se položaj prilega civilnopravnemu abstraktnemu dejanskemu stanu, je mogoča tudi civilnopravna posledica. Do tega, da ni mogoča, lahko privede edinole argument teleološke redukcije (ki je v tem primeru tudi ustavnoskladna redukcija). Po naravi in namenu (telosu) ureditve razlastitve je brez dvoma prav, da so civilnopravna pravila izključena za primere, ki bi predstavljali *obid določb o razlastitvi*. Tak primer je opisan v prejšnjem odstavku in z drugimi besedami pomeni, da nedobroverno priposestvovanje (drugi odstavek 217. člena SPZ) ne pride v poštev. Položaj, ko oblastni, javnopravni subjekt samovoljno izvršuje služnost 20 let, se v bistvenem razlikuje od položaja, ko to počne civilnopravni subjekt. Čeprav se položaj navidez prekriva s civilnopravnim dejanskim stanom, ga je treba tako s teleološko redukcijo (zaradi teže 2. člena Ustave) kot z ustavnoskladno razlago (zaradi javnopravnih posebnosti, ki izhajajo iz 69. člena Ustave) iz te sfere izvzeti.

Bistveno drugačen pa je položaj, ko javnopravni subjekt služnost izvršuje v dobri veri (in na podlagi pravnega posla). Razlogov za teleološko redukcijo tu ni. Tu v ravnanju javnopravnega subjekta več ne gre za ravnanje, ki bi predstavljalo obid instituta razlastitve. Bistvo tu opazovanega ravnanja je v nezavednem razkoraku med dejanskim in pravnim. Ta razkorak ni v svojih bistvenih prvinah prav nič drugačen kot v primeru, ko je subjekt ravnanja oseba civilnega prava. V obeh primerih gre nato le še za to, da se v imenu pravne varnosti (kar je zopet argument

pravico pod enakimi pogoji, kot bi jo lahko pridobili drugi zasebnopravni subjekti po pravilih stvarnega prava, torej kot enakopraven, prirejen subjekt, ne pa z izvrševanjem javne oblasti (za slednje bi šlo le v primeru prisilne ustanovitve služnosti po pravilih 110. člena ZureP-1)."

30 M. Avbelj v: Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev A (ur. L. Šturm), Fakulteta za državne in evropske študije, 2011 in tam citirana ustavnosodna praksa.

iz 2. člena Ustave) dejansko stanje prilagodi pravnemu. V obeh primerih gre za v bistvenem enak poseg v lastninsko pravico nasprotne stranke. Priposestvovanje pač vselej predstavlja poseg v ustavno varovano lastninsko pravico, a ta poseg je ustavno dopusten, in sicer zaradi varstva pravne varnosti in pravnega prometa.

Osrednji poudarek torej je, da je treba biti tedaj, ko se abstraktna dejanska stanova upravnega in civilnega prava delno prekrivata, pozoren predvsem na to, da bi z uporabo civilnopravne posledice ne prišlo do takšnega obida razlastitvenih pravil, ki bi posegla v njihovo ustavnopravno jedro.

Damjan[31] pojasnjuje, da gre za splošen problem, ki korenini v dejanski praksi pri gradnji omrežij v preteklosti. Ta je bila takšna, da so investitorji pridobili pisna soglasja lastnikov (ali imetnikov pravice uporabe) za postavitev infrastrukturnih objektov in za njihovo uporabo. Na podlagi teh soglasij služnost ni bila ustanovljena. A vendar so bila na podlagi teh soglasij izdana upravna dovoljenja. Upravljavci so bili na podlagi takšnega stanja v dobri veri, da imajo za svoje ravnanje ustrezne pravice.[32]

Kot je bilo rečeno že v točki pod naslovom „Poseg v tujo lastnino na podlagi gradbenega dovoljenja in vprašanje protipravnosti“, gradbena dovoljenja sicer ne predstavljajo zavezujočih aktov, zaradi katerih bi sodišče dejansko razlastitev priznalo za pravno. Vendar: ker so bila izdana soglasja lastnikov, bi predstavljalo kasnejše ravnanje lastnikov, s katerim bi zahtevali odstranitev infrastrukture in prepoved nadaljnjih posegov, ravnanje *venire contra factum proprium*. To pa je sestavni del vestnosti in poštenja (5. člen OZ). Uporaba tega načela pri presoji stvarnopravne dobre vere ne sme biti irelevantna. Ker pa je vse odvisno od konkretnih okoliščin primera, splošnega pravila, da gradnja infrastrukture na podlagi lastnikovega soglasja že utemeljuje dobro vero, ni mogoče postaviti.

Nazadnje je treba opozoriti še na to, da skuša zakonodajalec ta splošen (množičen) problem reševati s področnimi zakoni. Takšna je npr. določba 552. člena EZ-1.[33] Vse tovrstne rešitve se gibljejo na nevarnih mejah protiustavnosti z vidika 69. člena Ustave. To pa pomeni, da terjajo skrbno ustavnoskladno razlago in, če ta odpove, tudi ustavnopravno presojo.

31 M. Damjan, nav. delo, str. 92–94.

32 M. Damjan, nav. delo, str. 94.

33 Prvi odstavek te določbe se glasi: „Izvajalec gospodarske javne službe po tem zakonu na nepremičninah, na katerih se na dan uveljavitve tega zakona že nahaja infrastruktura, kot je opredeljena v 462. členu tega zakona, pridobi z uveljavitvijo tega zakona služnost v javno korist, če so za to izpolnjeni vsi pogoji za priposestvovanje služnosti skladno z zakonom in če je za pridobitev take služnosti izkazana javna korist skladno s 472. členom tega zakona.“

SLUŽNOST V JAVNO KORIST

doc. dr. Matija Damjan
raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

1 POJEM IN VSEBINA SLUŽNOSTI V JAVNO KORIST

1.1 Pojem služnosti v javno korist

Pojem služnosti v javno korist je v slovenskem pravu leta 2003 uvedel Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1),[1] ki v 110. členu določa, da se lahko s služnostjo v javno korist omeji lastninska pravica na nepremičnini, če je to nujno potrebno za postavitev in nemoteno delovanje omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture; če to določa poseben zakon, pa tudi za postavitev in nemoteno delovanje omrežij in objektov druge javne infrastrukture.[2] Kot je razvidno iz te definicije, se služnost ustanovi za potrebe gradnje javnih infrastrukturnih omrežij, npr. plinovodov, toplovodov, električnih in telekomunikacijskih vodov, ki večinoma potekajo nad tujimi zemljišči ali pod njimi. Izvedba komunalnih priključkov in drugih omrežij po sodni praksi pomeni gradnjo oziroma izvajanje del.[3] Za pridobitev gradbenega dovoljenja mora investitor v skladu s 66. členom Zakona o graditvi objektov (ZGO-1)[4] izkazati pravico graditi na zemljiščih, prek katerih potekajo vodi, in takšna pravica je lahko služnost v javno korist kot vrsta stvarnopravne pravice.[5]

Zakonodaja je že pred ZUreP-1 predvidevala ustanovitev služnosti kot podlage za gradnjo infrastrukturnih omrežij, pri čemer pa ni jasno opredeljevala, za kakšno vrsto služnosti gre in kdo je njen imetnik. Zakon o razlastitvi in prisilnem prenosu nepremičnin v družbeni lastnini (ZRPPN)[6] iz leta 1980 je omogočal trajno omejitev lastninske pravice oziroma pravice uporabe nepremičnine s prisilno ustanovitvijo služnosti. Zakon o stavbnih zemljiščih (ZSZ)[7] iz leta 1997 je v 28. členu določal, da se lastninska ali druga stvarna pravica na nepremičnini lahko v javno korist omeji z ustanovitvijo služnosti prehoda, prevoza ali gradnje objektov in omrežij javne infrastrukture. Tudi na teh podlagah ustanovljene služnosti je treba danes obravnavati kot služnost v javno korist.

1 Ur. l. RS, št. 110/02 (8/03 – popr.), 58/03 – ZZK-1, 33/07 – ZPNačrt, 108/09 – ZGO-1C, 79/10 – odl. US: U-I-85/09-8 in 80/10 – ZUPUDPP (106/10 – popr.).
2 Natančna analiza pojmov iz teh določb je predstavljena v Plavšak, str. 14–17.
3 Glej sodbe Upravnega sodišča RS I U 68/2010 z dne 16. 5. 2011, I U 174/2009 z dne 28. 5. 2009 in I U 2141/2009 z dne 7. 10. 2010.
4 Ur. l. RS, št. 102/04 – uradno prečiščeno besedilo, 14/05 – popr., 92/05 – ZJC-B, 93/05 – ZVMS, 111/05 – odl. US, 126/07, 108/09, 61/10 – ZRud-1, 20/11 – odl. US, 57/12, 101/13 – ZDavNepr, 110/13 in 19/15.
5 Podrobneje o pravici gradnje glej Juhart, str. 159–164.
6 Ur. l. SRS, št. 5/1980, 30/1987, 20/1989, Ur. l. SFRJ, št. 83/1989, Ur. l. RS – stari, št. 44/1990 – odl. US, 10/1991, Ur. l. RS/I, št. 17/1991 – ZUDE, Ur. l. RS, št. 13/1993, 66/1993, 29/1995 – ZPDF in 44/1997 – ZSZ.
7 Ur. l. RS, št. 44/97, 67/02 – ZV-1, 110/02 – ZUreP-1 in 110/02 – ZGO-1.

Velja poudariti, da javna infrastruktura, zaradi katere se ustanavlja služnost v javno korist, ni nujno v javni lasti, temveč je zanjo odločilno, da se uporablja za zagotavljanje določenih storitev javnosti (ni torej namenjena le lastnikovi lastni rabi).[8] V javnem interesu je, da je ljudem zagotovljena dobava energije, vode, elektronskih komunikacij ipd., saj je to nujno za nemoteno delovanje sodobne družbe. Če posamezna infrastrukturna dejavnost poteka kot gospodarska dejavnost, kar velja npr. za elektronske komunikacije in energetiko, potem delovanje javne infrastrukture seveda služi tudi zasebnemu interesu izvajalca dejavnosti, vendar to še ne izključuje obstoja javnega interesa. Seveda pa mora najprej zakon določiti, da je neka dejavnost v javno korist. ZUreP-1 določa, da sta v javno korist postavitev in nemoteno delovanje omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture. Javno korist v zvezi z nekaterimi vrstami infrastrukture podrobneje opredeljujejo sektorski zakoni. Energetski zakon (EZ-1)[9] tako v 472. členu določa javno korist v zvezi z gradnjo in prevzemom objektov za proizvodnjo, prenos oziroma transport, skladiščenje in distribucijo različnih energentov (elektrika, zemeljski plin, tekoča goriva, toplota). Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1)[10] v 9. členu določa, da je v javno korist gradnja javnih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture. Zakon o žičniških napravah za prevoz oseb (ZŽNPO)[11] pa v 35. členu določa, da je izkazana javna korist za omejitev lastninske pravice na nepremičnini, ki je potrebna za graditev žičniških naprav in drugih objektov ter naprav iz koncesijskega akta, ki jih predvideva ustrezen prostorski akt.

Omenjeni področni zakoni določajo še nekatere posebnosti v zvezi s postopkom (pravno-poslovne ali prisilne) ustanovitve služnosti v javno korist in njeno vsebino, nobeden od njih pa instituta služnosti v javno korist ne ureja celovito, zato je treba glede neurejenih vprašanj podrejeno uporabiti določbe ZUreP-1, ki ustanovitev služnosti v javno korist ureja na splošno. Služnost v javno korist seveda v temelju ostaja stvarnopravni instrument, četudi s poudarjenimi javnopravnimi elementi, zato se tudi zanjo smiselno uporabljajo pravila Stvarnopravnega zakonika (SPZ)[12] o služnostih. Tu prihaja do stičišča civilnopravne in javnopravne ureditve služnosti.[13] Zaradi načela prednosti specialnejšega zakona pred splošnejšim zakonom imajo pravila ZUreP-1 prednost pred pravili SPZ, pravila sektorskih zakonov pa prednost pred pravili ZUreP-1.

1.2 Vsebina služnosti v javno korist

ZUreP-1 ne opredeljuje vsebine služnosti v javno korist, ta se podrobneje določi v vsakem posameznem primeru se glede na potrebe konkretne javne koristi. Vsebina služnosti v javno korist je lahko kakršna koli utesnitev lastninske pravice v obliki lastnikove dolžnosti dopustitve ali opustitve določenih ravnanj. Značilna upravičenja služnostnega upravičenca določa prvi odstavek 19. člena ZEKom-1:

1. gradnja, postavitev, obratovanje in vzdrževanje elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture,

8 Prim. definicijo javnega komunikacijskega omrežja v 19. točki 3. člena ZEKom-1.
9 Ur. l. RS, št. 17/14 in 81/15.
10 Ur. l. RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 – ZIN-B, 54/14 – odl. US in 81/15.
11 Ur. l. RS, št. 126/03, 56/13 in 33/14.
12 Ur. l. RS, št. 87/02 in 91/13.
13 Tratnik (2005), str. III.

2. dostop do elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture za potrebe njihovega obratovanja in vzdrževanja,
3. odstranjevanje naravnih ovir pri gradnji, postavitvi, obratovanju in vzdrževanju elektronskega komunikacijskega omrežja.

V navedenih primerih mora lastnik služeče nepremičnine dopuščati določena ravnanja drugega subjekta na tej nepremičnini. Vsebina služnosti v javno korist je lahko tudi dolžnost opuščanja sicer dovoljenih ravnanj lastnika služeče nepremičnine, zlasti omejitev lastnikovih posegov v varovalnem pasu okrog infrastrukturne naprave (gradnja objektov, sajenje dreves itd.).[14] V skladu s splošnim pravilom *servitus in faciendo consistere nequit* pa lastnik služeče nepremičnine nikoli ni zavezan k aktivnemu ravnanju.[15]

2 OBLIKA SLUŽNOSTI V JAVNO KORIST

2.1 Stvarnopravna kvalifikacija služnosti v javno korist

Po obliki in vsebini se služnost v javno korist zgleduje po klasičnih služnostih, ki jih ureja SPZ, vendar jim ne ustreza v celoti, ker so te ustanovljene zaradi zasebnega interesa služnostnega upravičenca, služnost v javno korist pa je vedno podrejena javnemu interesu, zaradi katerega je ustanovljena. Ta vidik je treba upoštevati pri smiselni uporabi stvarnopravnih pravil v zvezi s služnostmi v javno korist.[16]

SPZ pozna tri vrste služnosti: osebne, stvarne in neprave stvarne služnosti. Za vpis v zemljiško knjigo mora biti jasno, v obliki katere od navedenih treh vrst služnosti je ustanovljena služnost v javno korist. ZUreP-1 glede tega ne postavlja omejitev, tako da načeloma pridejo v poštev vse tri oblike. Vendar lahko osebno služnost bolj ali manj izključimo, saj nobeden od treh tipov osebnih služnosti (užitek, raba ali stanovanje), ki jih določa 228. člen SPZ, ni primeren kot podlaga za gradnjo infrastrukturnih omrežij in objektov.[17] Vsebina služnosti v javno korist se določi glede na potrebe graditve in nemotenega delovanja infrastrukture, zaradi katere se služnost ustanavlja. Tovrstno prilagajanje vsebine služnosti potrebam konkretnega razmerja je značilno za stvarne služnosti. Od klasičnih stvarnih služnosti pa se služnost v javno korist razlikuje po tem, da se ne ustanovi v korist vsakokratnega lastnika gospodujočega zemljišča, temveč v korist vsakokratnega upravljalca infrastrukture, o gospodujočem zemljišču pa praviloma ni mogoče govoriti.[18]

14 Plavšak, str. 13–14. Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 895. Erdelič, str. 8.
15 Zakonodaja tudi ne predvideva ustanovitve stvarnega bremena v javno korist.
16 Tako tudi Plavšak, str. 12–13.
17 Tratnik, Vrenčur, str. 72.
18 Prim. Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 895. Prim. sodba Višjega sodišča v Kopru Cp 531/2011 z dne 12. 10. 2011, 5. točka obrazložitve: »*Postavitev električnega daljnovoda preko nepremičnin, ki so v lasti različnih lastnikov, po logiki stvari same ne more predstavljati stvarne služnosti, ker je za stvarno služnost pomembno razmerje med dvema nepremičninama, ki sta v lasti različnih lastnikov: služeče nepremičnine, ki omogoča izvrševanje služnosti in je služnost ustanovljena v breme le-te, in gospodujoče nepremičnine, v korist katere je služnost ustanovljena. Tožeča stranka je v konkretni zadevi zatrjevala, da naj bi gospodujočo nepremičnino predstavljala parcela št. 376/1 k. o. D., na kateri se prične daljnovod. To dejstvo tej nepremičnini ne daje statusa gospodujoče nepremičnine. Ostale nepremičnine, preko katerih teče daljnovod, namreč ne omogočajo boljšega gospodarskega izkoriščanja prve nepremičnine, kjer se daljnovod prične, kar je bistvo stvarne služnosti, ampak gre le za neprekinjen tek daljnovoda, ki se*

Služnost v javno korist je mogoče oblikovati kot stvarno služnost samo, če zakon določi fikcijo, da se določena nepremičnina v lasti upravljalca infrastrukture (npr. zemljišče, kjer stoji temeljni infrastrukturni objekt, iz katerega izhaja omrežje) lahko šteje za gospodujoče zemljišče celotnega omrežja in z njim povezanih služnosti. Sicer služnosti v javno korist še najbolj ustreza pravna oblika neprave stvarne služnosti.[19] Ta je opredeljena v 226. členu SPZ, po katerem se služnost, ki je po svoji vsebini stvarna služnost, lahko ustanovi tudi v korist določene osebe. V obdobju pred uveljavitvijo SPZ pa je sodna praksa takšne položaje kvalificirala kot nepravilno služnost v skladu s pravnim pravilom iz § 479 Občega državljanskega zakonika (ODZ),[20] ki je prav tako dopuščal ustanovitev stvarne služnosti v korist posamezne osebe.[21] Seveda pa služnost v javno korist v nobenem primeru ni ustanovljena zaradi zasebnega interesa konkretnega služnostnega upravičenca, temveč zaradi javnega interesa za nemoteno delovanje infrastrukture, s katero ta upravlja. Upravljalec infrastrukture je tako samo »tehnični« nosilec pravice.

2.2 Opredelitev služnostnega upravičenca in prenosljivost služnosti v javno korist

Služnost v javno korist mora omogočati funkcionalnost javne infrastrukture ne glede na to, kdo je trenutni upravljalec oziroma lastnik te infrastrukture. Pravica mora biti zato prenosljiva: če se upravljalec javne infrastrukture zamenja (npr. zaradi statusnih sprememb ali odvzema koncesije in prenosa dejavnosti), mora novi upravljalec postati tudi služnostni upravičenec. Služnost v javno korist mora torej učinkovati v korist vsakokratnega upravljalca določene infrastrukture (lahko bi celo dejali, da kar v korist infrastrukture same). To v ZUreP-1 (žal) ni izrecno zapisano, vendar logično izhaja iz namena takšne služnosti.[22] Nekateri sektorski zakoni so glede tega jasnejši. EZ-1 v 473. členu določa, da se pogodbe o ustanovitvi služnosti v javno korist sklepajo v korist vsakokratnega operaterja posamezne infrastrukture ali v korist gospodujočega zemljišča. ZEKom-1 v 16. in nadaljnjih členih kot služnostnega upravičenca določa operaterja javnega komunikacijskega omrežja (a brez določila, da gre za *vsakokratnega* operaterja). ZŽNPO v 36. členu predvideva, da se služnost uporabe zemljišča za smučanje ustanovi kot stvarna služnost v korist lastnika zemljišča z zgrajeno žičniško napravo ali kot neprava stvarna služnost v korist upravljalca smučišča.

V primerih, ko je služnost v javno korist ustanovljena kot stvarna služnost (npr. po pravilih EZ-1 ali ZŽNPO), se prenese hkrati s prenosom lastninske pravice na gospodujoči nepremičnini. V enem koraku se torej prenesejo vse služnosti, ki so vezane na to nepremičnino (teh je za potrebe omrežja lahko več sto). Zato je bistveno, da se kot gospodujoča določi takšna nepremičnina, ki je funkcionalno povezana z infrastrukturo in se bo skupaj z njo tudi prenašala, ne pa npr. zemljišče s poslovno stavbo upravljalca.

---

prične na prvi nepremičnini. Zato je logično, da je takšno nepravo služnost mogoče ustanoviti le v korist določenega subjekta, ki je nosilec infrastrukturne dejavnosti.«

19 Prim. sodbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2777/2009 z dne 27. 10. 2009 in II Cp 2947/2011 z dne 23. 5. 2012.

20 JGS Nr. 946/1811, 970/1846, RGBl. Nr. 217/1859, 9/1860, 108/1860, 131/1867, 49/1868, 62/1868, 4/1869, 110/1895, 276/1914, 208/1915 in 69/1916.

21 Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1022/2008 z dne 29. 11. 2012.

22 Enako Plavšak, str. 10, 13.

V pogostejšem primeru, ko je služnost v javno korist ustanovljena kot neprava stvarna služnost, pa do težav s prenosljivosti pride, saj zemljiškoknjižni predpisi ne dovoljujejo vpisa služnosti v korist vsakokratnega upravljalca infrastrukture oziroma nosilca določene dejavnosti, temveč se lahko taka neprava stvarna služnost glasi samo na točno določeno osebo.[23] Pri služnosti v javno korist seveda ni bistvena individualna identiteta služnostnega upravičenca, ampak njegova dejavnost upravljanja z javno infrastrukturo,[24] zato ne pride v poštev smiselna uporaba 229. člena SPZ o neprenosljivosti v korist določene osebe ustanovljenih služnosti, temveč je vedno treba dopustiti prenos služnosti v javno korist na drugega upravljalca javne infrastrukture, če se ta zamenja.[25] To je bolje razvidno iz že omenjene določbe 473. člena EZ-1 o učinkovanju služnosti v korist vsakokratnega operaterja infrastrukture; četrti odstavek 36. člena ZŽNPO pa izrecno pove, da se neprava stvarna služnost uporabe zemljišča za smučanje lahko prenese na novega upravljalca smučišča. V novejši praksi je v pogodbah o ustanovitvi služnosti v javno korist in na njihovi podlagi opravljenih vknjižbah običajen zapis, da je služnost ustanovljena v korist operaterja in njegovih pravnih naslednikov. Novi upravljalec infrastrukture torej lahko doseže zemljiškoknjižni prenos pravice nase, če z ustreznimi listinami dokaže pravno nasledstvo. Problem prenosa služnosti v javno korist tako ostaja praktične narave, ker je na ta način treba zemljiškoknjižno izvesti prenos vsake obstoječe služnosti posebej, teh pa je pri obsežnejših infrastrukturnih omrežjih lahko na stotine. *De lege ferenda* bi bila optimalna rešitev najbrž uvedba sistema enolične identifikacije infrastrukturnih omrežij v posebnem registru in sprememba zemljiškoknjižne zakonodaje, tako da bi se služnost lahko vknjižila v korist vsakokratnega upravljalca konkretnega omrežja, označenega z enolično identifikacijo. Tako bi se hkrati s prenosom upravljanja omrežja z enim vpisom v registru omrežij samodejno zamenjal tudi služnostni upravičenec pri vseh služnostih v javno korist, ustanovljenih za potrebe tega omrežja.

V zvezi z opredelitvijo služnostnega upravičenca se pojavlja še en problem. Zaradi posebnih pravil sektorske regulacije in prava varstva konkurence morajo nekateri upravljalci omrežij pod določenimi pogoji dopuščati uporabo svoje infrastrukture na tujih zemljiščih drugim operaterjem, ki pa seveda v zemljiški knjigi niso opredeljeni kot služnostni upravičenci. ZEKom-1 v 91. členu tako regulatorja pooblašča, da odredi skupno uporabo elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture posameznega operaterja, ki se nahaja na nepremičninah v tuji lasti – torej infrastrukture, ki je bila zgrajena na podlagi služnosti. Značilen primer je skupna uporaba drogov baznih postaj za postavitev anten različnih operaterjev mobilne telefonije (t. i. kolokacija). Za montažo in vzdrževanje tehnične opreme je potreben tudi fizični dostop delavcev drugih operaterjev do infrastrukture na služeči nepremičnini. Ker to ob ustanovitvi služnosti navadno ni bilo izrecno določeno, nekateri lastniki služečih nepremičnin dostopa tretjih oseb na svoje zemljišče ne

23 Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 896.

24 Glej sodbo Upravnega sodišča RS U 2488/2008 z dne 26. 1. 2010: »*Služnost v javno korist se personificira v osebi, ki opravlja dejavnost, katere sestavni del je javna korist. Zato se ustanovi v korist nosilca infrastrukturne dejavnosti, in to kot subjekta z določeno lastnostjo (upravljalca infrastrukture) in ne kot določene osebe. Ker se po drugem odstavku 14. člena ZZK pri vpisu pridobitve pravice navede imetnik te pravice, če zakon ne določa drugače, takšne drugačne določbe pa ZUreP-1 niti EZ nimata, se služnost glasi na točno določeno osebo.*«

25 Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 896; Plavšak, str. 16; D. Tršan, str. I–II.

dopuščajo. Tako pride do konflikta med zakonskimi obveznostmi upravljalca omrežja in »subjektivnimi mejami« služnosti, kot je vpisana v zemljiško knjigo. Glede na to, da je na področju elektronskih komunikacij vsebina služnosti v javno korist okvirno določena že v zakonu in da isti zakon določa tudi obveznost skupne uporabe komunikacijske infrastrukture, je treba po mojem mnenju razlagati, da tovrstna služnost vključuje tudi možnost dostopa drugih operaterjev do infrastrukture na služeči nepremičnini, kadar ga je služnostni upravičenec dolžan omogočiti. To je med drugim razvidno iz 94. člena ZEKom-1, po katerem se mora skupna uporaba izvajati tako, da le v najnujnejšem obsegu moti lastnika nepremičnine, kar implicira, da mora lastnik dopuščati skupno rabo, vsaj če mu ta ne nalaga bistveno težjega bremena. To je tudi skladno z namenom služnosti v javno korist, da se zagotovi nemoteno delovanje elektronske komunikacijske infrastrukture v skladu z zakonom. Seveda pa zaradi instituta skupne uporabe tretji operaterji ne postanejo tudi sami služnostni upravičenci, saj ne izvršujejo lastne pravice na tuji nepremičnini, ampak jo uporabljajo na podlagi dovoljenja služnostnega upravičenca. Glede na to lahko lastnik nepremičnine od njih zahteva, da izkažejo ustrezno dovoljenje operaterja, ki je služnostni upravičenec, in s tem povezano odločbo skupni uporabi lokacije.

2.3 Trajanje služnosti v javno korist

Iz drugega odstavka 227. člena SPZ v povezavi z 226. členom SPZ sledi, da v primeru, če je neprava stvarna služnost ustanovljena v korist pravne osebe, čas njenega trajanja ne sme biti daljši od trideset let. Pri služnostih v javno korist je služnostni upravičenec skoraj vedno pravna oseba, vendar pa omejitev trajanja take služnosti ne bi bila združljiva z namenom zagotavljanja nemotenega delovanja javne infrastrukture, saj se ta infrastruktura večinoma postavlja za dlje kot trideset let. Podobno kot stvarna služnost lahko obstaja, vse dokler je potrebna za uporabo gospodujoče nepremičnine (222. člen SPZ), pa mora služnost v javno korist obstajati, vse dokler obstaja in obratuje javna infrastruktura, zaradi katere je bila ustanovljena.[26] Da je služnost v javno korist dovoljeno ustanoviti za nedoločen čas, izhaja tudi iz prvega odstavka 110. člena ZUreP-1, po katerem se lastninska pravica na nepremičnini lahko trajno obremeni s služnostjo v javno korist.[27] Še jasnejši je ZEKom-1, ki v 20. členu določa, da se služnost sklene za takšno časovno obdobje, kot je nujno potrebno za čas obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture. Člen 473 EZ-1 pa pravi, da se ne glede na določbe drugih zakonov pogodbe o ustanovitvi služnosti v javno korist sklepajo za čas obratovanja infrastrukture. Ko potreba po obstoju služnosti v javno korist preneha, pa se ta lahko ukine skladno z določbo 113. člena ZUreP-1, po katerem – ko služnost ni več nujno potrebna za izvedbo namena, zaradi katerega je bila ustanovljena – upravni organ na predlog lastnika oziroma upravičenca to pravico ukine z odločbo.

26 Vrenčur (2009), str. 18. Enako Vrenčur (2012), str. 12, 15, 19. Drugače glede trajanja služnosti v javno korist Tratnik (2009), str. 94, tudi Tratnik, Vrenčur, str. 80.

27 Plavšak, str. 17. Glej tudi sodbo Upravnega sodišča RS U 2488/2008 z dne 26. 1. 2010: »*Primarna uporaba specialnega predpisa (ZUreP-1 in EZ) po mnenju sodišča omogoča tudi razlago, da služnost v javno korist po EZ ni omejena z rokom trajanja 30 let iz drugega odstavka 227. člena SPZ. Prvi odstavek 110. člena ZUreP-1 namreč določa, da se lastninska pravica na nepremičnini lahko začasno ali trajno obremeni s služnostjo v javno korist.*«

3 NASTANEK SLUŽNOSTI V JAVNO KORIST

3.1 Postopek ustanovitve po ZUreP-1

ZUreP-1 v 110. členu določa, da ustanovitev služnosti v javno korist lahko predlagajo država, občina oziroma izvajalec javne službe, če tako določa poseben zakon, pa tudi nosilec druge infrastrukturne dejavnosti. Upravičenec mora najprej ponuditi lastniku sklenitev pogodbe o ustanovitvi služnosti. Če se jima ne uspe sporazumeti o pogodbeni ustanovitvi služnosti v javno korist, se ta na zahtevo upravičenca ustanovi z odločbo upravnega organa po postopku za razlastitev oziroma omejitev lastninske pravice, sodišče pa prizadetemu lastniku na njegov predlog odmeri odškodnino, ki obsega zmanjšano vrednost nepremičnine ali dejansko škodo in izgubljeni dobiček. Glede drugih vprašanj razlastitve, ki niso urejena v 110. členu, ZUreP-1 napotuje na smiselno uporabo določb ZUreP-1 o razlastitvi. Predlagatelj mora v postopku izkazati, da je ustanovitev služnosti nujno potrebna za postavitev omrežij in objektov gospodarske ali druge javne infrastrukture in njihovo nemoteno delovanje.

3.2 Nastanek po samem zakonu

Novi Energetski zakon je v 474. členu predvidel, da v nekaterih primerih služnost v javno korist nastane že po samem zakonu, torej brez posebne odločbe ali pravnega posla, vendar samo na zemljiščih, ki so v lasti države ali občin. Če občinski podrobni prostorski načrt ali državni prostorski načrt predvidi omejitev lastninske pravice s služnostjo v javno korist za namene energetske infrastrukture, potem je taka služnost vzpostavljena z dnem uveljavitve prostorskega akta. Če država ali občina nepremičnino dobi šele po uveljavitvi takega prostorskega akta, potem je služnost v javno korist vzpostavljena z dnem pridobitve lastninske pravice. Če je bil ustrezen prostorski akt ob uveljavitvi EZ-1 (22. 3. 2014) že uveljavljen, potem je bila na podlagi 551. člena EZ-1 na nepremičninah v državni ali občinski lasti služnost v javno korist ustanovljena z dnem uveljavitve tega zakona, če seveda ni bila že prej ustanovljena z drugim pravnim aktom. V vseh navedenih primerih služnost v javno korist nastane brezplačno, razen na vodnih in priobalnih zemljiščih, na katerih je za služnost treba plačati odmeno skladno s predpisi, ki urejajo vode.

4 UREJANJE SLUŽNOSTI ZA OBSTOJEČO INFRASTRUKTURO

Investitorji javne infrastrukture so se v (nedavni) preteklosti namesto ustanavljanja služnosti pogosto zadovoljili že s pridobitvijo (bolj ali manj formalnih) pisnih soglasij lastnikov zemljišč. Ker so prizadete osebe z izgradnjo te napeljave tudi same pridobile dostop do zadevne komunalne storitve, npr. tekoče vode, elektrike ali telefonskega priključka, s pridobivanjem tovrstnih soglasij največkrat ni bilo težav. Včasih so soglasja namesto samega investitorja zbirali kar organi krajevnih skupnosti, na območju katerih se je gradila infrastruktura. Vsebina takih soglasij ni bila vpisana v zemljiško knjigo, vendar se odsotnost vpisa ni posebej problematizirala in so se na tej podlagi izdajala tudi gradbena dovoljenja. Stvarnopravni položaj takšne infrastrukture na tujih nepremičninah pa ostaja neurejen, kar danes lahko povzroča spore.[28]

28 Podrobneje o razlogih za neurejeno stanje glej Damjan, str. 92–94.

4.1 Urejanja položaja obstoječe infrastrukture po posebnih predpisih

Nekateri zakoni skušajo v svojih prehodnih določbah (vsaj delno) razrešiti neurejen stvarnopravni položaj infrastrukture, ki se v času uveljavitve zakona že nahaja na tujih nepremičninah. Drugi odstavek 271. člena SPZ predvideva, da v primerih, če po prejšnjih predpisih (tj. predpisih o gradnji na nepremičninah v družbeni lastnini) lastnik zgradbe ni isti kot lastnik zemljišča, postane z dnem uveljavitve tega zakona zgradba sestavina nepremičnine, lastnik zgradbe pa pridobi na nepremičnini stavbno pravico, ki traja toliko časa, dokler stoji zgradba. Ta določba bi v posameznih primerih lahko prišla v poštev tudi v zvezi z grajeno infrastrukturo, saj je stavbna pravica v takšnem položaju popolnoma primerljiva s služnostjo.[29]

Sedmi odstavek 213. člena ZGO-1 določa, da se – če je z dnem uveljavitve tega zakona določen objekt gospodarske javne infrastrukture, ki se ga po določbah tega zakona lahko šteje za grajeno javno dobro, v uporabi, zemljiškoknjižni lastnik zemljišča, na katerem je takšen objekt zgrajen, pa je posameznik ali oseba zasebnega prava – z uporabo takšnega objekta ne more prenehati brez soglasja pravne ali fizične osebe, ki s pomočjo takšnega objekta opravlja gospodarsko javno službo. Lastnik zemljišča torej ne more prepovedati uporabe grajenega javnega dobra na svojem zemljišču, kar ustvarja podoben položaj kot v primeru služnosti. Seveda pa vsa javna infrastruktura nima tudi statusa javnega dobra, tako da je ta rešitev omejenega pomena.[30]

Posebno rešitev za telekomunikacijsko infrastrukturo določa 238. člen ZEKom-1, ki pravi, da morajo lastniki zemljišč, po katerih potekajo ali na katerih se gradijo oziroma postavljajo elektronska komunikacijska omrežja, dovoliti nadaljnjo uporabo svojih zemljišč za potrebe omrežja, če so sami ali njihovi pravni predniki pisno izrazili strinjanje s takšno uporabo. Tako pridobljena pravica operaterja ima enako vsebino kot služnost v javno korist iz 19. člena ZEKom-1. Rešitev temelji na ugotovitvi, da se v tipičnem primeru na podlagi takega pisnega strinjanja zgrajeno omrežje uporablja že več desetletij, ne da bi lastnik nepremične temu ugovarjal. Na podlagi 238. člena ZEKom-1 torej služnost v javno korist nastane izvenknjižno, na podlagi pravnega posla, ki mu je zakon naknadno pripisal tudi stvarnopravne posledice. ZEKom-1 je sicer že tretji zakon po vrsti s področja elektronskih komunikacij, ki v prehodnih določbah vsebuje tovrstno rešitev v zvezi z obstoječimi omrežji na tujih zemljiščih. Enako rešitev je določal že 155. člen Zakona o telekomunikacijah (ZTel-1)[31] iz leta 2001 in nato 164. člen Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom)[32] iz leta 2004.[33]

4.2 Priposestvovanje služnosti v javno korist

Če za urejanje položaja infrastrukture na tujih nepremičninah ne pride v poštev katera od omenjenih posebnih zakonskih določb, lahko služnost v javno korist nastane tudi s priposestvovanjem. Pri starejši infrastrukturi, ki je bila zgrajena že

29 Damjan, str. 98.
30 Prav tam.
31 Ur. l. RS, št. 30/01, 110/02 – ZGO-1 in 43/04 – ZTel-1.
32 Ur. l. RS, št. 13/07 – uradno prečiščeno besedilo, 102/07 – ZDRad, 110/09, 33/11 in 109/12 – ZEKom-1.
33 Damjan, str. 99–102.

vsaj dvajset let pred uveljavitvijo SPZ, je upravljalec infrastrukturnega omrežja lahko priposestvoval nepravilno stvarno služnost še po pravilih ODZ.[34] ODZ je sicer kot pogoj za priposestvovanje služnosti določal tridesetletno pristno in pošteno posest,[35] vendar je naša sodna praksa po uveljavitvi Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR)[36] tudi za priposestvovanje osebnih in nepravilnih služnosti uveljavila enake pogoje, kot jih je ZTLR določal za priposestvovanje stvarnih služnosti: dejansko izvrševanje služnosti več kot dvajset let brez nasprotovanja lastnika služeče stvari.[37] V skladu s prvim odstavkom 266. člena SPZ se lahko tudi po uveljavitvi SPZ začnejo postopki za ugotovitev obstoja služnosti, ki so bile pridobljene po prej veljavnih predpisih.[38] Tudi po ODZ priposestvovane služnosti za potrebe javne infrastrukture pa je treba danes obravnavati kot služnost v javno korist, če so podane vse vsebinske značilnosti takšne služnosti po ZUreP-1. To pomeni, da je mogoča tudi ukinitev priposestvovane služnosti, ki je postala nepotrebna, na podlagi določb 113. člena ZUreP-1.

S 1. 1. 2003 sta hkrati začela veljati SPZ, ki je na novo celovito uredil služnosti, in ZVPot-1, ki je uvedel pojem služnosti v javno korist. Nova ureditev je prinesla tudi dvom, ali je služnost v javno korist (še) mogoče priposestvovati. ZUreP-1 izrecno ureja samo ustanovitev služnosti v javno korist s pogodbo ali odločbo, ne pa tudi s priposestvovanjem. Vendar tega ni mogoče šteti za prepoved priposestvovanja, saj je tudi starejša zakonodaja podobno urejala možnost prisilne ustanovitve služnosti za potrebe javne infrastrukture, pa tega sodišča niso štela za prepoved priposestvovanja take služnosti. Drug pomislek zoper možnost priposestvovanja izhaja iz tega, da se služnost v javno korist največkrat pojavlja v obliki neprave stvarne služnosti. Ker 226. člen SPZ glede nastanka in prenehanja nepravih stvarnih služnosti napotuje na uporabo pravil o osebnih služnostih, pri katerih priposestvovanje ni predvideno,[39] bi to pomenilo, da se tudi neprava stvarna služnost lahko pridobi samo s pravnim poslom ali odločbo.[40] V teoriji je sicer sporno, ali je ta razlaga pravilna, saj so neprave stvarne služnosti po vsebini bolj podobne stvarnim kot osebnim služnostim.[41] To izrazito velja tudi za služnosti v javno korist, ki morajo služiti vsakokratnemu upravljalcu infrastrukture, tako kot stvarna služnost služi vsakokratnemu lastniku gospodujoče nepremičnine.[42] Možnost priposestvovanja služnosti v javno korist narekujejo tudi potrebe pravne varnosti. Pravno stanje javnih infrastrukturnih omrežij je treba uskladiti z dejanskih stanjem, ki je v naravi vzpostavljeno že več desetletij z vsaj tiho privolitvijo vseh

34 Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1022/2008 z dne 29. 11. 2012, točka 11. Glej tudi sodbi Višjega sodišča v Kopru Cp 531/2011 z dne 12. 10. 2011 in Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2253/2012 z dne 31. 1. 2013, v katerih sta sodišči zavzeli stališče, da operater daljnovoda oziroma plinovoda lahko priposestvuje nepravilno služnost po pravilih ODZ.

35 Glej Koziol, Bydlinski, Bollenberger, str. 1722, 1733 in 1736. Finžgar, str. 49–50, 119.

36 Ur. l. SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90 in Ur. l. RS, št. 87/02 – SPZ.

37 Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 2/1999 z dne 9. 9. 1999 ter sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1022/2008 z dne 29. 11. 2012, 10. odstavek.

38 Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 221/2011 z dne 22. 6. 2011.

39 Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 945. Vrenčur, Pravne značilnosti …, str. 34.

40 Takšno stališče zastopa Erdelič, str. 9.

41 Tratnik (2005), str. V–VI. Avtor v 17. opombi opozarja, da je spremenil svoje stališče glede tega vprašanja, ki ga je zavzel v uvodnih pojasnilih k Stvarnopravnemu zakoniku (Tratnik (2010), str. 146).

42 ZTel-1 iz leta 2001 je v 54. členu izrecno določil, da se za služnost napeljave smiselno uporabljajo določbe o stvarnih služnostih iz zakona, ki ureja stvarne pravice, v 155. členu pa je izrecno omenjal tudi možnost priposestvovanja služnosti napeljave po pravilih priposestvovanja stvarnih služnosti.

udeleženih lastnikov. Nemoteno delovanje javne infrastrukture pa je tudi v javnem interesu.[43]

Za priposestvovanje služnosti v javno korist za potrebe javnih infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih je treba torej smiselno uporabiti pogoje, ki veljajo za priposestvovanje stvarnih služnosti. Določeni so v 217. členu SPZ,[44] ki ločuje med dvema vrstama priposestvovanja glede na dobro vero priposestvovalca. Za pravo priposestvovanje gre, če lastnik gospodujoče stvari stvarno služnost dejansko izvršuje v dobri veri, da je služnost že pridobil. V takem primeru do priposestvovanja pride po desetih letih neprekinjenega izvrševanja služnosti. Do nepravega priposestvovanja pa pride ne glede na dobro vero lastnika gospodujoče stvari, če ta dejansko izvršuje služnost dvajset let in lastnik služeče stvari temu ne nasprotuje.[45] Pravo priposestvovanje pride v poštev zlasti v primerih, ko pravni naslov za pridobitev služnosti obstaja, vendar ni bil realiziran z veljavno vknjižbo služnosti v zemljiški knjigi.[46] Priposestvovalec mora zato služnost izvrševati na način in z vsebino, ki ustreza (pomanjkljivemu) pravnemu naslovu, na katerem temelji njegova dobra vera.[47]

Vprašanje dopustnosti priposestvovanja služnosti v javno korist je razrešilo Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 210/2014 z dne 8. 10. 2015, kjer je zavzelo stališče, da je priposestvovanje služnosti v javno korist mogoče, vendar samo ob pogoju (stroge presoje) dobre vere. Nedobroverno priposestvovanje služnosti v javno korist (drugi odstavek 217. člena SPZ) po mnenju sodišča ne pride v poštev, ker bi sicer javnopravni subjekt z okupacijo služeče nepremičnine in dvajsetletnim samovoljnim izvrševanjem služnosti lahko obšel pravila o razlastitvi in opravil dejansko razlaščajoč poseg, kar bi bilo ustavno nedopustno. Če pa javnopravni subjekt izvršuje služnost v dobri veri, zlasti na podlagi pravnega posla z lastnikom zemljišča, potem je priposestvovanje služnosti v javno korist mogoče, tudi če je pravni posel neodplačen, če je le iz okoliščin primera jasno, da je takšno stanje plod pristne volje lastnika.

Argumentacija Vrhovnega sodišča RS je prepričljiva. Pripomniti gre le, da čeprav sodišče govori o strogi presoji dobre vere, ta pojem pravzaprav razlaga precej široko. Iz obrazložitve je namreč mogoče sklepati, da sodišče pojem nedobrovernega priposestvovanja služnosti enači s primeri samovoljnega izvrševanja služnosti proti volji lastnika služeče nepremičnine. Po drugi strani je videti, da za utemeljitev dobre volje zadošča že pisno soglasje lastnika služeče nepremičnine, četudi pri tem ne gre za pravni posel, ki bi izrecno ustanavljal služnost (dejansko stanje sicer iz obrazložitve sodbe ni natančno razvidno, tako da se tu morda motim). Prevladujoče stališče v pravni literaturi je do priposestvovalca strožje, saj primere, ko pravni posel, na katerega ta opira svojo posest, ne omogoča vpisa služnosti v zemljiško knjigo, obravnava kot nedobroverno priposestvovanje in torej zanj

43 Damjan, Vlahek, str. 155–157.

44 Ur. l. RS, št. 87/02.

45 Pogoji za nepravo priposestvovanje služnosti so enaki tistim, ki jih je predpisoval ZTLR, možnost dobrovernega priposestvovanja služnosti v desetletni dobi pa je novost, ki jo je uvedel SPZ.

46 Dobra vera ne more biti *a priori* izključena zgolj zato, ker se izvrševalec stvarne pravice na podlagi zavezovalnega posla ni vknjižil. Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1317/2011 z dne 12. 10. 2011.

47 Juhart, v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 902. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 428/2007 z dne 15. 4. 2010 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 852/2012 z dne 11. 4. 2012.

zahteva dvajsetletno priposestvovalno dobo. Res pa je bila sodna praksa pri interpretaciji merila dobre vere že doslej precej dobrohotnejša od pravne teorije.[48]

4.3 Priposestvovanje služnosti po EZ-1

Novi EZ-1 je v 552. členu za že obstoječo energetsko infrastrukturo izrecno predvidel možnost priposestvovanja služnosti v javno korist, **če so za to izpolnjeni vsi pogoji za priposestvovanje služnosti** skladno z zakonom in če je za pridobitev take služnosti izkazana javna korist skladno s 472. členom EZ-1. Izrecno je še predvidel, da se obstoj služnosti v javno korist prizna s posadno listino ali uveljavlja z vložitvijo tožbe na ugotovitev obstoja služnosti v javno korist.

LITERATURA:

- DAMJAN, Matija, BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Dobra vera pri priposestvovanju služnosti: vidik priposestvovalca. *Pravnik*, 2015, letn. 70, št. 3/4, str. 193–212.
- DAMJAN, Matija, VLAHEK, Ana. Priposestvovanje služnosti v javno korist. *Pravnik*, 2014, letn. 69, št. 3/4, str. 149–173.
- DAMJAN, Matija. Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih. *Pravni letopis 2013*, letn. 6, str. 85–103.
- ERDELIČ, Biljana. Ustanovitev služnosti v javno korist brez odškodnine za poseg v lastninsko pravico. *Pravna praksa*, 2007, letn. 26, št. 38, str. 7–9.
- FINŽGAR, Alojzij. *Civilno pravo*. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 1952.
- FRANTAR Tone. *Stvarno pravo.* Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1993.
- HORVAT Vladimir. Zunajknjižno priposestvovanje lastninske pravice na nepremičninah. *Pravna praksa,* 2012, letn. 31, št. 24/25, pril., str. I–VIII.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato (red.). *Stvarnopravni zakonik s komentarjem.* Ljubljana: GV Založba, 2004.
- JUHART, Miha. Upravičenje (pravica) gradnje in njeno izkazovanje. *Pravni letopis 2010*, letn. 3, str. 159–164.
- KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund (ur.). *ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar.* Dunaj, New York: Springer, 2007.

48 Prim. pregled stališč teorije in sodne prakse v Damjan, Bergant Rakočević, str. 202–210. Glej tudi Damjan, Vlahek, str. 165–166, kjer sva zavzela stališče, da se zaradi pomanjkljivih pravnih naslovov služnost v javno korist največkrat priposestvuje z nepravim priposestvovanjem v dvajsetletni dobi. Seveda pa se gre strinjati z Vrhovnim sodiščem RS, da samovoljno izvrševanje služnosti ne sme služiti kot obid pravil o razlastitvi. Takšno zlorabo bi bilo sicer mogoče preprečiti tudi z ustrezno razlago določbe tretjega odstavka 217. člena SPZ, da služnosti ni mogoče priposestvovati, če je priposestvovalec služnost izvrševal s silo ali zvijačo.

- PLAVŠAK, Nina. Služnosti v javno korist. V: *Zbornik 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava.* Ljubljana: GV založba, 2012, str. 7–24.
- TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Omejitve lastninske pravice in posebni pravni režimi na nepremičninah.* Ljubljana: GV Založba, 2009.
- TRATNIK, Matjaž. Neprave stvarne služnosti. *Pravna praksa*, 2005, letn. 24, št. 24, pril., str. II–VI.
- TRATNIK, Matjaž. Služnost v javno korist. *Pravni letopis 2009*, letn. 2, str. 89–98.
- TRATNIK, Matjaž. *Uvodna pojasnila k Stvarnopravnemu zakoniku*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2010.
- TRŠAN, Dušan. Zastavitev komunikacijskega omrežja in druge gospodarske infrastrukture v tujem zemljišču. *Pravna praksa*, 2009, letn. 28, št. 22, pril., str. I–VIII.
- VRENČUR, Renato. Neprave stvarne služnosti ter služnosti v javno korist. *Davčno-finančna praksa,* 2009, letn. 10, št. 1, str. 17–21.
- VRENČUR, Renato. Pravne značilnosti osebnih služnosti. V: *Zbornik 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava.* Ljubljana: GV Založba, 2012, str. 33–48.
- VRENČUR, Renato. Služnostne pravice v zvezi z uporabo gospodarske javne infrastrukture. V: *Zbornik referatov*. LM Veritas, Ljubljana 2012, str. 5–19.

POMEN PRAVICE DO OSEBNE SVOBODE V LUČI POVRAČILA ŠKODE OSEBAM, KI SO BILE NEUPRAVIČENO OBSOJENE ALI JIM JE BILA NEUTEMELJENO (OD)VZETA PROSTOST

Boštjan Tratar
doktor pravnih znanosti
generalni državni pravobranilec Republike Slovenije
docent na Fakulteti za državne in evropske študije

1. UVOD

Ne glede na to, kako se zakonodajalec na kazenskopravnem zakonodajnem področju in sodišča v kazenskih zadevah trudijo, da bi oblikovali oziroma vodili čim popolnejši kazenski postopek ter ga izpeljali tako, da *»se nihče, ki je nedolžen, ne obsodi, storilcu kaznivega dejanja pa izreče kazenska sankcija ob pogojih, ki jih določa kazenski zakon in na podlagi zakonitega postopka«* (1. člen Zakona o kazenskem postopku – ZKP), pa se vendarle v praksi pogosto dogaja, da je bila določena oseba v kazenskem postopku neupravičeno obsojena ali da ji je bila neutemeljeno odvzeta prostost.[1] S tem se tem osebam nedvomno kršijo človekove pravice in se jim hkrati povzroča škoda.[2]

Pri kazenskem postopku družba dopušča možnost, da ta poteka zoper nedolžno osebo. Sum, ki obstaja na začetku kazenskega postopka, da naj bi obdolženi (obtoženec) storil kaznivo dejanje, se utegne ob koncu kazenskega postopka izkazati kot neutemeljen. Postopek, ki je tekel na tej podlagi, in vsa dejanja se izkažejo tako kot neutemeljeni. Z neupravičenim potekom kazenskega postopka je obdolženemu povzročena škoda (premoženjska/nepremoženjska), ki je seveda v celoti ni mogoče odpraviti (zgolj) z oprostilno sodbo. Škoda je toliko večja, če je bila obdolženemu odvzeta prostost (svoboda). Družba sicer pristaja na možnosti oziroma tveganja, da pride do neupravičenega (kazenskega) postopka ali neutemeljenega kaznovanja in odvzema prostosti, kar vse je kljub vsemu prignano na najmanjšo možno mero, ni pa izključeno, saj je družba prisiljena od sebe odvrniti neko drugo, domnevno še večjo nevarnost, ki je ne bi mogla prenesti brez resne škode za svoj obstoj, če bi npr. resnični storilci kaznivih dejanj ostali nekaznovani.[3]

Vendar pa *načelo pravne države* (2. člen Ustave Republike Slovenije) terja, da država določi tudi pravico do odškodnine za navedene primere neutemeljenega

1 O problematiki glej Michael Risiger, *Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, Journal of Criminal Law and Criminology, 2007, str. 761–806. Glej tudi Gwladys Gillieron, *Wrongful Convictions in Switzerland: A Problem of Summary Proceedings*, 2012, str. 1145–1165.

2 Primerjaj Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, *Neosnovano lišenje slobode u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije*, 2014, str. 295.

3 Glej Momčilo Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, 1979, str. 3, navedeno po Boštjan Tratar, *Uveljavljanje odškodnin za premoženjsko in nepremoženjsko škodo s primeri tožb in sodno prakso*, 2006, str. 685.

odvzema prostosti ali neupravičene obsodbe (kar je predmet tudi številnih mednarodnih dokumentov) – 30. člen[4] Ustave Republike Slovenije.[5]

2. TEMELJNA PRAVNA IZHODIŠČA

Kazenski postopek se začne z obstojem utemeljenega suma, da je določena oseba storila kaznivo dejanje, oziroma brž ko obstajajo minimalni pogoji, ki jih za začetek določa zakon. Sum, ki je bil podlaga za začetek in potek kazenskega postopka, se lahko v nadaljnjem postopku izkaže za neutemeljenega. Prav zaradi navedenega obstaja utemeljen strah, da bi lahko določeni kazenski postopki potekali (tudi) zoper nedolžne osebe ali da bi bila kakšni nedolžni osebi med kazenskim postopkom odvzeta prostost (npr. zaradi pripora). Povsem razumljivo je, da s takšnim neutemeljenim kazenskim postopkom in odvzemom prostosti obdolženi utrpi škodo (premoženjsko ali nepremoženjsko), ki ne more biti odpravljena zgolj z izdajo odločitve o ustavitvi kazenskega postopka ali izrekom oprostilne obsodbe.[6]

4 Po 30. členu Ustave Republike Slovenije ima, kdor je bil po krivem obsojen za kaznivo dejanje ali mu je bila prostost neutemeljeno odvzeta, pravico do rehabilitacije, do povrnitve škode in druge pravice po zakonu. Ustavno sodišče Republike Slovenije je pravico do rehabilitacije in odškodnine opredelilo v odločbi št. U-I-60/98: »Pravica do povrnitve škode zaradi neupravičene obsodbe je ustavna pravica tiste osebe, ki je bila prizadeta s posledicami neupravičene kazenske obsodbe. Gre za posebno osebnostno pravico, ki jo lahko uveljavlja le neupravičeno obsojena oseba. Če je bila oseba spoznana za neupravičeno obsojeno po smrti, njeni dediči podedujejo pravico do povrnitve škode v skladu z določbami ZKP in s splošnimi načeli odškodninskega prava (204. člen ZOR določa, da terjatev za povrnitev negmotne škode preide na dediče samo, če je bila priznana s pravnomočno odločbo ali s pisnim sporazumom). Pravica dedičev do povrnitve škode zaradi neupravičene obsodbe njihovega prednika ne izhaja iz 30. člena, ampak je ustavno varovana na podlagi 33. in 67. člena. … 21. Pravica do povrnitve škode iz 30. člena je pravica, ki je v Ustavi določena brez zakonskega pridržka. Na podlagi tretjega odstavka 15. člena jo je dopustno omejiti samo, kadar je to potrebno zaradi varstva pravic drugih.« Prav tako je navedlo: 12. Ustava v 30. členu določa, da ima tisti, ki je bil po krivem obsojen za kaznivo dejanje ali mu je bila prostost neutemeljeno odvzeta, pravico do rehabilitacije, do povrnitve škode in druge pravice po zakonu. Navedena ustavna določba določa *objektivno odgovornost države za škodo v primeru, ko je iz kateregakoli vzroka (krivdnega ali nekrivdnega, pravnega ali protipravnega) prišlo do neupravičene obsodbe oziroma neutemeljenega odvzema prostosti.* …50. Člen 30 Ustave, ki določa objektivno odgovornost države za škodo, povzročeno z neupravičeno obsodbo, daje neupravičeno obsojenim osebam ugodnejši položaj pri uveljavljanju odškodninskih zahtevkov, kot bi ga imeli, če bi morali uveljavljati svoje zahtevke na podlagi 26. člena Ustave. Ustava v 26. členu daje pravico do povračila škode, ki nastane z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, pod pogojem, da je škoda nastala s protipravnim ravnanjem organa ali osebe, ki tako službo ali dejavnost opravlja. Neupravičeno obsojene osebe imajo z dnem, ko je kazen zaplembe pravnomočno razveljavljena, pravico do vrnitve tega premoženja in država se svoje odgovornosti ne more rešiti z dokazovanjem, da je sodišče ali sodnik ravnal »pravno«.« (Odl. US VII, 150, in Uradni list 56/98).

5 Glej splošno Howard Friedman, Wendy J. Kaplan, *Civil Consequences of Criminal Cases* https://www.suffolk.edu/documents/LawMCP/Ch43CivilConsequences.pdf (17. 7. 2014); Abigail Penzell, *Apology in the context of wrongful conviction: why the system should say it's sorry*, 2007, str. 145–161; Howard S. Master, *Revisiting the takings-based argument for compensating the wrongfully convicted*, *http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ecm_pro_064651.pdf (17.* 7. 2014); Adele Bernhard, *Justice Still Fails: A Review of Recent Efforts to Compensate Individuals Who have Been Unjustly Convicted and Later Exonerated*, 2004, str. 703–738; Jennifer L. Chunias, Yael D. Aufgang**,** *Beyond Monetary Compensation: The Need for Comprehensive Services for the Wrongfully Convicted*, 2008, str. 105–148; Christophe Quezel-Ambrunaz, *Compensation and human rights (from a French perspective)*, 2011, str. 189–203.

6 Glej Jelena Čuveljak, *Naknada štete zbog neopravdane osude i neutemeljenog lišenja slobode*, http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Cuveljak_Jelena_pritvor.pdf (3. 5. 2012), str. 1.

Čeprav je nedotakljivost prostosti (svobode) eden od temeljnih ustavnih postulatov,[7] pa družba kot celota zaradi nevarnosti, da bi dejanski storilci kaznivih dejanj ostali nekaznovani, sprejema določeno mero tveganja, da potekajo neupravičeni kazenski postopki oziroma da pride do neutemeljenega odvzema prostosti. V sodobnih kazenskih postopkih naj bi bilo to tveganje kar najbolj zmanjšano, ni pa povsem izključeno.[8]

Institut povračila škode zaradi neupravičene obsodbe oziroma neutemeljenega odvzema prostosti je bil v pozitivno pravo uveden šele v novejšem času s prodiranjem humanističnih idej o varstvu človeka, zlasti pa z evolucijo položaja obdolženca v kazenskem postopku.[9] Prvi zakon o povračilu škode neupravičeno kaznovanim osebam naj bi bil namreč v Evropi sprejet v Avstriji šele leta 1892.[10] V kazenskem postopku *inkvizicijskega tipa*, v katerem je bila tortura zakonito sredstvo za doseganje priznanja, ideje o povračilu škode niso imele nikakršne možnosti za uspeh – neupravičena obsodba in neutemeljen odvzem prostosti se je tedaj obravnavalo kot primer, ki zadeva obdolženca samega in ki ga mora rešiti on sam.[11]

Šele z opustitvijo *inkvizicijskega tipa postopka* se je začel razvijati institut povračila škode zaradi neupravičene obsodbe, neutemeljenega ali nezakonitega pripora ali neutemeljenega odvzema prostosti, in sicer iz instituta pravice obsojenca do povračila škode zaradi nezakonitega dela sodišča ali drugega državnega organa.[12] Možnost uresničevanja povračila škode je bila omejena, saj ni obsegala primerov, ko je prišlo do neupravičene obsodbe brez napake sodišča, ravno ti primeri pa so bili v praksi najpogostejši. Institut povračila škode neupravičeno obsojenim osebam je nastal kasneje, ko se je povračilo škode začelo priznavati tudi osebam, ki so bile brez napake sodišča neupravičeno obsojene, sčasoma pa se je razširil tudi na povračilo škode zaradi neutemeljenega ali nezakonitega pripora in zaradi neutemeljenega odvzema prostosti.[13]

3. RAZVOJ

Povračilo škode osebam, ki so bile neupravičeno obsojene ali jim je bila neutemeljeno odvzeta prostost, je področje, ki povezuje tako civilno kot javno pravo – pravici do povračila škode v korist državljana, zoper katerega je neutemeljeno potekal kazenski postopek ali je bil neupravičeno obsojen, ustreza vzpostavitev izvenpogodbene odgovornosti države za škodo zaradi napake ali nezakonitih postopkov oblastnih organov v razmerju do državljanov.[14] Država si mora prizadevati za odpravo posledic kršitev človekovih pravic zaradi dejanj

7 Glej na primer Janez Šinkovec, *Pravice in svoboščine*, 1997, str. 95–102.
8 Glej Jelena Čuveljak, *Naknada štete zbog neopravdane osude i neutemeljenog lišenja slobode*, *op. cit.*, str. 2.
9 Glej J. Čuveljak, *op. cit.*, str. 2.
10 Prav tam, str. 2.
11 Prav tam, str. 2.
12 Prav tam, str. 2.
13 Prav tam, str. 3.
14 Glej Nataša Mrvić-Petrović, Zdravko M. Petrović, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude*, 2008, str. 7.

oblastnih organov, zato vprašanje povračila škode v navedenih primerih presega (zgolj) civilnopravni vidik.[15]

Že iz dobe starega Rima, skladno s staro latinsko maksimo, da je tisti, ki drugemu povzroči škodo, le-temu to dolžan povrniti, naj bi bilo jasno, da mora biti povzročitelj škode zavezan povrniti škodo, ki jo povzroči.[16] Težko pa bi v tistem času zavezali državo kot najmočnejšega subjekta v družbi, da bi premoženjsko odgovarjala v primerih, kadar bi posameznik v imenu države izvrševal oblast, npr. izdal neupravičeno obsodbo ali neutemeljeno odvzel svobodo drugemu človeku, zato se odgovornost države za škodo, ki jo državljanom povzročijo njeni organi, vedno pojavlja kot del širše, pravne odgovornosti države, o kateri lahko govorimo šele z razvojem ustavnosti in podreditvi države pravu (načelo zakonitosti).[17]

V zgodovinskem razvoju prava se največje pridobitve, kar zadeva podreditev države pravu in boju za državljanske pravice, nanašajo na primere prepovedi prisiljevanja izpovedi obdolženih oseb z mučenjem ter na jamstva proti samovoljnim zapiranjem in obtoževanjem storitve kaznivih dejanj.[18] V evropskem kulturnem prostoru srečamo takšne pravne akte že v 16. in 17. stoletju, npr. v 20. členu kazenskega zakonika nemškega cesarja Karla V. iz leta 1532,[19] ki je imel velik vpliv na druge zakonodaje v Evropi, ki je imel določbo, po kateri so bili organi oziroma sodniki v primeru, da nekoga zaslišujejo zaradi storjenega kaznivega dejanja (in to dejanje ni bilo dokazano), kot tudi, če bi se z mučenjem izsililo priznanje kaznivega dejanja, zavezani plačati oškodovanemu povračilo za sramoto, bolečine, stroške in drugo (s tem v zvezi) povzročeno škodo.[20] V zakoniku je bilo celo zapisano, da *»v takem primeru nobena oblast ali sodišče ne sme nekomu pomagati, da bi onemogočil ali preprečil mučenemu, da se mu po pravu povrne škoda za pretrpljeno sramoto, bolečine, stroške ali drugo škodo.«*[21] Prav tako ni treba posebej poudarjati zgodovinskega pomena angleškega *The Habeas Corpus Act* iz leta 1679, ki se navaja kot primer najpomembnejšega ustavnega akta, s katerim so zajamčene temeljne osebne pravice državljanov, zlasti tistih, ki so obdolženi storitve kaznivega dejanja ali zaprti na podlagi takih obtožb.[22] Odgovornost države za škodo zaradi

15 Prav tam, str. 7.

16 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 7. Tedaj je veljalo načelo *»iudex qui litem suam fecit«*. Navedeno po Martin Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, str. 205.

17 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 7.

18 Prav tam, str. 8.

19 T. i. Karolina – *Constitutio Criminalis Carolina*.

20 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 8.

21 Prav tam, str. 8.

22 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 8. Glej npr. 11. člen zakona *Habeas Corpus*: »In da bi preprečili protipravne odvzeme prostosti v zaporih onstran morja, bodi tu uzakonjeno, da noben podanik te dežele, ki je sedaj oziroma boo d sedaj naseljenec ali stalni prebivalec tega kraljestva angleškega ali velskega dominijona ali mesta *Berwick-upon-Tweed*, ne bo poslan kot jetnik na Škotsko, Irsko, v Jersey, Guernsey, Tangier ali v katerikoli drug del sveta, garnizon ali otok onstran morja, ki je ali bo v kateremkoli času od danes naprej v obsegu ali izven obsega dominijonov njegovega veličanstva oziroma dedičev ali naslednikov njegovega veličanstva; in tako bodi vsak tak odvzem prostosti po pričujočem zakonu presojen in razsojen kot protipraven; in če bi bila kateremukoli od omenjenih podanikov sedaj ali od sedaj naprej na ta način odvzeta prostost, potem bo vsaka taka oseba ali osebe, kateri oziroma katerim so tako odvzeli prostost, imela v skladu s tem zakonom pravico na tožbo oziroma na tožbe iz naslova protipravnega odvzema prostosti, (to pa) v kateremkoli pripoznanem sodišču njegovega veličanstva, pri čemer gre ta tožba zoper osebo oziroma osebe, ki so jetnika na ta način priprle, pridržale, zaprle, prepeljale iz enega kraja v drugega, pač v nasprotju s pravim in resničnim namenom in pomenom tega zakona, in nadalje bo tožba zoper vsako in kakršnokoli osebo ali osebe, ki bi prenaredila, ponaredila, napisala, zapečatila,

neutemeljenega odvzema prostosti ali neupravičene obsodbe se vzpostavi šele v drugi polovici 19. stoletja, ko je v civilni zakonodaji priznana odgovornost države za škodo, storjeno državljanom (npr. francoski Civilni zakonik *(Code civil)* iz 1804, avstrijski Civilni zakonik iz 1807 in Zakon o sodni oblasti iz 1867 ter nemški Civilni zakonik iz 1896).[23]

V skladu z zahtevami moderne dobe dobiva vprašanje varstva človekovih pravic vedno večji pomen, kar je pripeljalo do tega, da se na nacionalni ravni v javnih odnosih ne moremo odzvati samo na zahtevke za povračilo škode z vidika zasebnega prava, temveč je treba upoštevati tudi splošne določbe o varstvu osebnostnih pravic, ki se nanašajo na javnopravni vidik.[24]

Eno temeljnih človekovih pravic – pravico do prostosti (svobode) je treba varovati pred vsakršnimi vrstami arbitrarnih postopkov, katerim so državljani izpostavljeni pri neutemeljenem kazenskem pregonu ali kaznovanju.[25] Po nedolžnem obsojene osebe ter osebe, zoper katere neutemeljeno poteka kazenski postopek, so v bistvu žrtve napak ali nezakonitega delovanja državnih organov in sodišč; pravi povzročitelj škode pa se skriva pod avtoriteto državnega organa, v katerem je zaposlen, in pogosto ostane neznan – šteje se, da je imuniteta državnega uslužbenca ali sodnika pred materialno odgovornostjo za napake v službi nujna predpostavka za uspešno delovanje javne službe ter za jamstvo neodvisnosti in nepristranskosti sodnika.[26] Glede na navedeno namesto povzročitelja škode država prevzema nase obveznost povračila škode in na ta način se praviloma soočamo z dejstvom neutemeljenega odvzema prostosti ali napačne obsodbe nedolžnega človeka, za ime katerega sicer izvemo, nikoli pa ne izvemo, kdo mu je odvzel prostost ali ga obsodil in kakšne »napake« je pri tem napravil.[27] Neutemeljen odvzem prostosti ali neupravičena obsodba se obravnavajo kot neželene, stranske (kolateralne)

---

sopodpisala kakršenkoli zaporni nalog ali zaporne naloge za opisani odvzem prostosti, pridržanje, zapor ali prepeljavo, kakor tudi zoper vsakogar, ki bi svetoval, sodeloval ali pomagal pri čem takem, in sploh kateremukoli od njih; in tožnik bo imel v vsakršni od teh tožb pravico na sodbo, ki se bo glasila na trikratne stroške, vse to pa poleg dejanske odškodnine, kar pa kot celota dolga ne sme znašati manj kot petsto funtov in pri čemer v tej tožbi ne bo odložitve, preložitve ali ustavitve postopka glede na kakšno pravilo, sodni nalog ali ukaz niti glede na kakšen začasen ukrep, varstvo ali kakršenkoli privilegij, niti ne bo dovoljen kakršenkoli odlog postopka, razen kadar bi šlo za sklepe sodišča v postopku, če bi bila od njih odvisna razsoja v sami stvari, kadar so ti sklepi sprejeti javno na sodišču in če jih ima sodišče za neizogibne glede na določen razlog, potem obrazložen v omenjenem sklepu; in vsaka oseba ali osebe, ki bi vedoma naredila, ponaredila, podpisala, zapečatila ali sopodpisala kakršenkoli sodni nalog za pripor, pridržanje ali prepeljanje, ali bi na ta način priprla, pridržala, zaprla ali prepeljala kakšno (drugo) osebo ali (druge) osebe v nasprotju s tem zakonom, ali bi pri tem na kakršnekoli način svetovala, sodelovala ali pomagala, potem ko bo pravnomočno obsojena za tako dejanje, bo odtlej nesposobna v območju Anglije, velškega (Wales) dominijona, mesta *Berwick-upon-Tweed* in na območju otokov, teritorijev in dominijonov, ki le-tem pripadajo, opravljati kakršnokoli uradniško dejavnost, ki zahteva zaupanje in iz katere izhaja kakršnakoli korist; in tako osebo bodo doletele neprijetnosti, kazni in premoženjske kazni, kakor so omejene, določene in predvidene v (določbah) in z določbami statuta, ki je bil izdan v šestnajstem letu vladanja kralja Richarda drugega in ki omejuje kraljevo moč in se nanaša na tista dejanja zoper kralja in njegovo vlado, ki se ne kaznujejo s smrtno kaznijo; in kar zadeva omenjene kazni, odškodnine in nesposobnosti, ali sploh katere od njih, do njega ne bo mogla seči kraljeva pomilostitev niti pomilostitev kraljevih dedičev in naslednikov.« Navedeno po prevodu Boštjana M. Zupančiča v: *Varstvo človekovih pravic*, ur. P. Jambrek, A. Perenič, M. Uršič, Ljubljana, 1988, str. 400.

23 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 9.

24 Prav tam, str. 9, 10.

25 Prav tam, str. 10.

26 Prav tam, str. 10.

27 Prav tam, str. 11.

posledice delovanja upravnih organov in sodišč, tisti, ki te napake povzročijo, pa so redko odkriti in odgovarjajo.[28]

Instituti kazenskega pregona bi morali kar najbolj zmanjšati nevarnost pred neupravičenim vodenjem kazenskega postopka ali neutemeljenim kaznovanjem državljanov, toda takšnega tveganja ne moremo nikoli povsem izključiti.[29] Družba sprejema določena tveganja neutemeljenega vodenja postopka in neutemeljenega kaznovanja državljanov, saj je prisiljena od sebe odvračati drugo, še večjo nevarnost, ki je ne bi mogla prenesti brez resne škode za svoj obstoj – tj., da bi resnični storilci kaznivih dejanj ostali nekaznovani, vendar se postavlja vprašanje, kje so meje sprejemljivega tveganja.[30]

Delež pojavov sodnih zmot in napak policije in tožilstva, zaradi katerih postanejo nedolžne osebe žrtve kazenske represije, ostaja bolj ali manj skrit.[31] Nacionalne državne statistike ne dajejo podatkov o številu neutemeljeno odvzetih prostosti ali neutemeljeno obsojenih; ne obstajajo niti znanstvena proučevanja tega pojava.[32] Po nepopolnih podatkih posameznih združenj ali preiskovalcev se navaja, da je bilo v ZDA od leta 1989 do 2003 takih primerov 340, v Franciji od leta 1991 do 1999 v povprečju 78 letno, v Nemčiji se letno zazna okoli 10 takih primerov.[33] Glede na to se mnogi sprašujejo, ali so ustvarjeni pogoji, da se tistim, ki postanejo žrtve oblasti, zagotovi popolno zadoščenje (satisfakcija) in družbena rehabilitacija.[34]

4. O PRAVICI DO OSEBNE SVOBODE

Ustava Republike Slovenije opredeljuje pravico do osebne svobode in odrejanje pripora v 19.[35] in 20. členu.[36]

Pravica do osebne svobode (nem. *persönliche Freiheit*, angl. *personal freedom*, fr. *droit à la liberté*, šp. *libertad personal,* it. *liberta personale*) je samostojna (subjektivna) pravica, poseg vanjo je mogoč le na podlagi zakona, ki je skladen z ustavo. Ustava poudarja dolžnost državnih organov pri preprečevanju samovolje.

28 Prav tam, str. 10, 11.
29 Prav tam, str. 12.
30 Prav tam, str. 12.
31 Prav tam, str. 13.
32 Prav tam, str. 13.
33 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 13.
34 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 13.
35 Ta se glasi: *»Vsakdo ima pravico do osebne svobode. Nikomur se ne sme vzeti prostosti, razen v primerih in po postopku, ki ga določa zakon. Vsakdo, ki mu je vzeta prostost, mora biti v maternem jeziku ali v jeziku, ki ga razume, takoj obveščen o razlogih za odvzem prostosti. V čim krajšem času mu mora biti tudi pisno sporočeno, zakaj mu je bila prostost odvzeta. Takoj mora biti poučen o tem, da ni dolžan ničesar izjaviti, da ima pravico do takojšnje pravne pomoči zagovornika, ki si ga svobodno izbere, in o tem, da je pristojni organ na njegovo zahtevo dolžan obvestiti njegove bližnje.«*
36 Ta se glasi: *«Oseba, za katero obstaja utemeljen sum, da je storila kaznivo dejanje, se sme pripreti samo na podlagi odločbe sodišča, kadar je to neogibno potrebno za potek kazenskega postopka ali za varnost ljudi.*
Ob priporu, najkasneje pa v 24 urah po njem, mora biti priprtemu vročena pisna, obrazložena odločba. Proti tej odločbi ima priprti pravico do pritožbe, o kateri mora sodišče odločiti v 48 urah. Pripor sme trajati samo toliko časa, dokler so za to dani zakonski razlogi, vendar največ tri mesece od dneva odvzema prostosti. Vrhovno sodišče sme pripor podaljšati še za nadaljnje tri mesece. Če do izteka teh rokov obtožnica ni vložena, se obdolženec izpusti.«

Varstvo osebne svobode se nanaša na policijske in sodne organe, pa tudi morebitne tretje, ki bi nekomu odvzeli svobodo. Svoboda se lahko omejuje tudi s prisilno hospitalizacijo (na primer zaprti oddelek psihiatrične bolnišnice).[37]

Ločujemo odvzem svobode in njeno omejevanje. Pri tem je mišljena predvsem svoboda telesnega gibanja, vendar ne v smislu svobodne izbire prebivališča. Varuje se omejevanje telesnega gibanja ne glede na vrsto in intenzivnost ukrepa. Odvzem prostosti pomeni vsestransko omejitev svobode, kar je najintenzivnejša oblika omejevanja svobode. Odvzem prostosti je tako ravnanje državnega organa, ko je nekdo proti svoji volji pridržan v določenem, omejenem prostoru. Ni pomembno, s kakšnimi sredstvi se taka omejitev dosega. V večini primerov je oseba zaprta (zaklenjena) in pridržana s prisilnimi sredstvi. Vendar je odvzem svobode lahko uveljavljen že s psihičnimi sredstvi, ko se nekomu zagrozi s kaznovanjem, če bo zapustil omejeni prostor.[38] Bistvenega pomena je okoliščina, da je bila osebi prostost odvzeta proti njeni volji.[39]

Boštjan M. Zupančič navaja, da je pojem »osebne svobode« v ustavnem pravu uveljavljen izraz, ki se nanaša na fizično svobodo osebe ter da se osebna svoboda nanaša na ožjo fizično svobodo gibanja in ne na širše razsežnosti tega, kaj je dovoljeno oz. prepovedano.[40] Ustavno varstvo osebne svobode je predvsem omejitev pooblastil tistih državnih organov, ki to svobodo navadno vzamejo, omejijo itd., pri čemer naj bi bilo jasno, da gre tu predvsem za pooblastila policije.[41]

Osebna svoboda je eno temeljnih izhodišč za položaj človeka v družbi in pravu, vendar ob življenju v družbi posameznikova svoboda ne more biti absolutna, omejena je s svobodo drugih.[42] Pravzaprav sta država in pravo tista temeljna instrumenta, s katerima se v družbi lahko vsem zagotavlja enaka svoboda.[43]

Pravica do osebne svobode se šteje kot najstarejša človekova pravica,[44] o kateri je nesmiselno govoriti v kontekstu sužnjelastniške družbeno-ekonomske ureditve, ker so bili v njej sužnji, ki so predstavljali precejšen del človeške populacije, osebno nesvobodni.[45] Natančneje, oni sploh niso bili pravni subjekti, temveč pravni objekti, kar pomeni, da niso imeli nobenih pravic.[46] Niti v fevdalni družbeno-ekonomski ureditvi niso imeli vsi člani družbe zagotovljenih temeljnih pravic, celo več, temeljne pravice niso bile trdno zagotovljene niti fevdalcem kot pripadnikom vladajočega fevdalnega razreda, temveč so bile odvisne predvsem od volje vladarja kot vrhovnega zakona.[47]

37 Tako J. Šinkovec, *Odgovornost države za škodo*, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1998, str. 121.
38 Glej J. Šinkovec, *Pravice in svoboščine*, *op. cit.*, str. 96.
39 Prav tam, str. 96.
40 B. M. Zupančič, *Komentar Ustave Republike Slovenije*, ur. L. Šturm, Fakulteta za državne in evropske študije, 2002, str. 214.
41 Prav tam, str. 214.
42 Ivan Bele, v: *Komentar Ustave Republike Slovenije*, ur. L. Šturm, Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, str. 258.
43 Prav tam, str. 258.
44 Primerjaj W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, 2015, str. 220: *»The right to liberty and security of the person is essentialy concerned with arbitrary detention. In positive law, protection against arbitrary detention can be traced back at least as far as the edict of de homine libero exibendo in the Digest of Justinian.«*
45 Tako Gregori Graovac, *Geneza i važnost prava na osobnu slobodu*, ZPR, str. 242.
46 Glej G. Graovac, *op. cit.*, str. 242.
47 Prav tam, str. 242.

Kljub temu je bila pravica do osebne svobode vzpostavljena že leta 1215 v fevdalni Angliji z izdajo Velike listine o svoboščinah *(Magna Carta)*, prvega dokumenta ustavnopravnega značaja v srednjeveški Angliji. Med najpomembnejše njegove dele spada člen 39, s katerim je bila med drugim vzpostavljena pravica do osebne svobode.[48] Ta člen določa: *»Svobodnjak ne bo odveden, zaprt ali pregnan s posesti, izobčen, izgnan ali kako drugače uničen; prav tako ne bomo šli nadenj in ne bomo nikogar poslali nadenj, razen po zakoniti sodbi njemu enakorodnih mož ali po pravu dežele.«*[49] Iz navedene določbe izhaja, da se ta nanaša samo na t. i. svobodnjake. V tem kontekstu je treba reči, da je bila Velika listina o svoboščinah v celoti pri določanju vzajemnih pravic in dolžnosti »posebej občutljiva na jasnost pravic fevdalcev in 'naroda' (samo svobodni ljudje, tj. ne tisti največji del – kmetje)«, ker je po logiki srednjeveškega prava posameznik pravno določen kot svobodnjak.[50]

Na splošno velja, da se je začel proces formiranja pravice do osebne svobode z izdajo *Velike listine o svoboščinah (Magna Carta)* iz leta 1215, s katero je bila ta pravica vzpostavljena v fevdalni Angliji, njen je razvoj pa je bil tudi v nadaljevanju v bistvenem še naprej dolgo časa povezan z Anglijo, v kateri je bil s težavo sprejet naslednji izjemno pomemben dokument za to pravico, tj. *Zakon o osebni svobodi (Habeas Corpus Act)* iz leta 1679.[51] Povsod drugod na svetu, pa tudi v preostali Evropi, se je razvoj pravice do osebne svobode začel mnogo kasneje (*Deklaracija o pravicah človeka in državljana* iz leta 1789 v Franciji,[52] del V. amandmaja Ustave Ameriških držav iz leta 1791 ...).[53] Na mednarodni ravni se je ta razvoj začel še kasneje (*Splošna deklaracija o pravicah človeka* iz 1948. leta; *Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah* iz 1966. leta ter *(prvi) Fakultativni protokol k temu Paktu* – veljati so začeli leta 1976).[54]

Pravica do osebne svobode naj bi bila nedvomno ena od najpomembnejših pravic.[55] Po mnenju *Graovca* je tak sklep mogoč kljub temu, da je hierarhija človekovih pravic mogoča samo pogojno in relativno.[56] Pri obdelavi navedenih tez je po njegovem mnenju treba izhajati iz tega, da se soodvisnost in nedeljivost človekovih pravic zagotovo nanaša tudi na pravico do osebne svobode.[57] Ne glede na to lahko štejemo, da so nekatere pravice do neke mere relativno pomembnejše od drugih, ker so pomembnejše v tem smislu, da pomenijo predpostavko za druge

48 Prav tam, str. 243.

49 Navedeno po *Varstvo človekovih pravic, razprave, eseji in dokumenti*, Mladinska knjiga, Ljubljana 1988, str. 391. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 220, ki navaja izvirnik 39. člena: *»No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.«*

50 Glej G. Graovac, *op. cit.*, str. 243.

51 Prav tam, str. 256.

52 Glej npr. 7. člen: *»Nikogar ni mogoče obtožiti, pripreti ali zapreti, razen v primerih in po postopku, ki jih določa zakon. …«. (»Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminé par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites«)*. Glej W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 220.

53 Glej G. Graovac, *op. cit.*, 256. *»…the Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it«*. Glej W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 220.

54 Glej G. Graovac, *op. cit.*, str. 256.

55 Prav tam, str. 256.

56 Prav tam, str. 254.

57 Prav tam, str. 254.

pravice, da bi se te sploh lahko uživale.[58] Taki »pomembnejši« pravici naj bi bili pravica do življenja in pravica do osebne svobode, kajti ravno ti dve pravici se pogosto primerjata glede tega, katera je pomembnejša, pri tem pa ne gre samo za pravno vprašanje, temveč se lahko obravnavata tudi z mnogih drugih vidikov, ne nazadnje tudi z občečloveškega.[59] Kar zadeva pravno (implicitno pa tudi politično) raven tega vprašanja, se v teoriji zavzema stališče, da bi bilo nekoristno poskušati primerjati človekove pravice po kakršnemkoli rangu prioritet in da ne glede na to, da se pravica do življenja opisuje kot najbolj temeljna od vseh človekovih pravic, si takšen status v bistvu zasluži pravica do osebne svobode.[60] Takšno obravnavanje pravice do osebne svobode se šteje kot sprejemljivo zaradi teže posledic, ki so bile v zgodovini povzročene z njenim kršenjem zaradi nezakonitega in dolgotrajnega zapiranja, preganjanja, kot tudi z vidika obveznosti držav glede njene regulacije.[61]

Če v obravnavanje te zaveze vključimo Evropsko konvencijo o človekovih pravicah za tiste države, ki jih ta konvencija zavezuje, je treba reči, da spada po eni od sprejetih klasifikacij konvencijskih pravic in svoboščin pravica do osebne svobode in varnosti med t. i. relativno zavarovane derogabilne pravice.[62] To so vse tiste pravice, ki jih je mogoče omejiti – v različnih stopnjah v skladu z omejitvenimi klavzulami, ki jih EKČP za posamezno pravico določa (za osebno svobodo in varnost so klavzule taksativno naštete s točkami a–f prvega odstavka 5. člena EKČP) – in se smejo derogirati za čas vojne ali drugega izrednega stanja, ob izpolnitvi predpostavk iz prvega odstavka 15. člena EKČP.[63] Če upoštevamo predhodno navedeno značilnost pravice do osebne svobode, da je relativno zavarovana derogabilna pravica, je treba navesti, da je »ravno zato (...) ona (...) v resnici tudi pravi objekt varstva države in njenega pravnega reda«.[64]

Odvzem prostosti lahko temelji le na zakonu, zakon je materialnopravna podlaga za odvzem prostosti. Ni mogoče odvzeti prostosti na podlagi materialnega predpisa v obliki uredbe, odloka, navodil, pravilnikov in podobnih splošnih aktov. Poseg v osebno svobodo, v ustavno pravico, lahko opredeli samo zakon. Splošne policijske generalne klavzule niso temelj za odvzem svobode. Ustava tudi določa, da mora biti odvzem svobode opravljen po postopkih, ki jih določa zakon, potrebna je ustrezna oblika akta o odvzemu prostosti.[65]

5. POMEN EVROPSKE KONVENCIJE O ČLOVEKOVIH PRAVICAH

Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) je v okviru Sveta Evrope temeljni pravni akt, s katerim se zagotavlja varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin (vključno s pravicami in svoboščinami oseb, ki so v zaporu ali jim je na kakšni drugi podlagi odvzeta svoboda) in z vsemi dodatnimi protokoli zagotavlja varstvo pravic

58 Prav tam, str. 254.
59 Prav tam, str. 254.
60 Prav tam, str. 255.
61 Prav tam, str. 255.
62 Prav tam, str. 255.
63 Prav tam, str. 255.
64 Prav tam, str. 255.
65 Glej J. Šinkovec, *Pravice in svoboščine*, str. 97.

obsojenim osebam tudi tedaj, ko gre za zakonito podlago za obsodbo ali odvzem prostosti, če so med postopkom ugotovljene kršitve katere izmed temeljnih pravic tej osebi.[66] Toliko bolj zagotavlja varstvo osebam, ki jim je bila neutemeljeno odvzeta prostost ali so bile neupravičeno obsojene. Neupravičeno obsojene osebe ali osebe, ki jim je bila odvzeta prostost, lahko pritožbo naslovijo na ESČP v šestih mesecih od dneva izdaje zadnje pravnomočne odločitve nacionalnega državnega organa.[67]

EKČP zagotavlja večjo raven varstva pravice do osebne svobode v primerjavi z Mednarodnim paktom o državljanskih in političnih pravicah predvsem zato, ker taksativno navaja primere, v katerih je mogoče nekomu odvzeti osebno svobodo, medtem ko pakt prepušča to presojo nacionalnemu zakonodajalcu.[68] Zato je pri presoji dopustnosti odvzema osebne svobode na podlagi pakta dovolj formalni element – da odvzem temelji na zakonu, kar pomeni, da se pri tej presoji ne vstopa v kvaliteto zakonske rešitve samega temelja odvzema osebne svobode z vidika sprejetih standardov varstva človekovih pravic.[69] Edini element, ki napotuje na določeno kvalitativno prednost 9. člena pakta v razmerju do 5. člena EKČP, je izrecno naštevanje prepovedi samovoljnosti (arbitrarnosti) pri odvzemu osebne svobode.[70] ESČP je v svoji praksi dalo velik poudarek prepovedi arbitrarnega odvzema osebne svobode kljub izostanku izrecne določbe o tem v 5. členu EKČP.[71] Prepoved arbitrarnega odvzema svobode naj bi predstavljala smisel 5. člena EKČP.[72]

66 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 68. Člen 5 EKČP se glasi: *»Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:*
(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed and offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;
(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.
Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him.
Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.
Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.«

67 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 68. Primerjaj tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 226: »Article 5 of the Convention guarantees the right to liberty and security, which is of primary importance in a democratic society within the meaning of the Convention. It enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty. The guarantees in article 5 apply to everyone.«

68 Navedeno po G. Graovac, *op. cit.*, str. 249.

69 Prav tam, str. 249.

70 Prav tam, str. 249.

71 Prav tam, str. 249.

72 Prav tam, str. 249.

Sistem zaščite človekovih pravic, temelječ na paktu, je na splošno manj učinkovit od konvencijskega sistema in zaščite, ker je predvsem konciliacijski.[73] Za vse članice Sveta Evrope je pravno varstvo pravice do osebne svobode zaradi večje učinkovitosti bolj privlačno znotraj Sveta Evrope prek sistema varstva, vzpostavljenega z EKČP in njenim varstvenim mehanizmom. EKČP namreč pomeni pomembno prelomnico v razvoju mednarodnega prava o človekovih pravicah, ker so se suverene države prvič pravno zavezale zagotoviti klasične človekove pravice vsem osebam pod njihovo jurisdikcijo in jim dopustile vložiti pritožbe v primeru kršenja teh pravic, s tem ko pristajajo na pravno vezanost na sodbe mednarodnega sodišča (ESČP), ki odloča o teh pritožbah.[74] To se nanaša tudi na pravico do osebne svobode, ki jo zagotavljata 5. člen EKČP ter 1. člen Četrtega protokola k EKČP.[75]

Najpomembnejše pravice, kršitev katerih povzroči neutemeljen odvzem prostosti ali neupravičeno obsodbo, so pravica do prostosti (svobode), pravica do varnosti in pravica do sodnega varstva.[76] Pravica do prostosti in varnosti kot ena najpomembnejših civilizacijskih pravic na podlagi 5. člena EKČP in 2. člena Protokola št. 4 se primarno nanaša na varstvo osebne (telesne) svobode pred kršitvijo ali ogrožanjem s samovoljnim odvzemom prostosti ali priporom – kršitev pravice do svobode (prostosti) najprej predpostavlja omejitev svobode gibanja kot posledico neutemeljenega odvzema prostosti ali pripora s strani pristojnih državnih organov.[77]

Tudi varstvo osebnosti pojmujemo v istem kontekstu in se nanaša na prepoved arbitrarnega odvzema prostosti, ki ga izvajajo državni organi.[78]

Pravica do svobode ni absolutna pravica: v določenih primerih je nujno odvzeti svobodo nekomu, ki na primer lahko poškoduje samega sebe ali katerega obnašanje pomeni nevarnost za druge, vendar mora država pri tem ravnati zelo skrbno, saj se lahko v nasprotnem primeru ugotovi kršitev pravice do prostosti (svobode) in varnosti, kar ima lahko za posledico vzpostavitev pravice do povračila škode v korist osebe, ki ji je bila neutemeljeno odvzeta prostost.[79] Določene omejitve

73 Prav tam, str. 249.
74 Prav tam, str. 250.
75 Prav tam, str. 250.
76 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 68.
77 Glej odločitve ESČP v zadevah *Engel in drugi proti Nizozemski* (8. junij 1976), Bozano *v.* Francija (18. december 1986) in Van der Leer *v.* Nizozemska (21. februar 1990). Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 68.
78 Glej odločitev v zadevi Bozano *v.* Francija. Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 68, 69. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 232: »Protecting the individual from arbitrariness is said to be the underlying purpose of article 5 of the Convention. No detention that is arbitrary can be compatible with article 5. The notion of arbitrariness in this context extends beyond the lack of conformity with national law. As a consequence, a deprivation of liberty that is lawful under domestic law can still be arbitrary and thus contrary to the Convention. Detention will be deemed arbitrary where there is an element of bad faith or deception by the authorities, even if national law has been observed in a technical sense. Also, the order of detention and its execution or implementation must genuinely conform to the purposes of the restrictions set out in the sub-paragraphs of article 5(1). There must also be a relationship between the ground justifying detention and the place and conditions of detention. The necessity of the detention is a factor in assessing arbitrariness.Even if national law is respected, meeting the test of lawfulness, deprivation of liberty must also be necessary in the circumstances. In assessing arbitrariness, the absence or extreme brevity of reasoning in a detention order is an important consideration. In several cases involving denial of interim release on grounds of public order, the Court has found there to be a violation of article 5(1) because of lack of any reasons for the decision.«
79 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 69.

pravice do prostosti niso protipravne, če so na primer povezane z ugotavljanjem kaznivega dejanja, s potrebo po zagotovitvi prisotnosti obtoženega med sojenjem ali zaradi prestajanja kazni zapora po sodni odločbi; prav zaradi tega se postavlja vprašanje, v katerih primerih se z vidika EKČP šteje, da gre za omejitev telesne svobode, ki bi jo lahko šteli kot nezakonito dejanje.[80]

V 5. členu EKČP so taksativno navedeni naslednji primeri, v katerih je dopustno osebi odvzeti prostost (svobodo):

- zakonit zapor, odrejen s sodbo pristojnega sodišča;
- zakonit odvzem prostosti osebi, ki se ne pokori zakoniti odločbi sodišča ali zato, da bi zagotovili izpolnitev kakšne z zakonom naložene obveznosti;
- zakonit odvzem prostosti, ki je potreben zato, da bi osebo privedli pred pristojno sodno oblast ob utemeljenem sumu, da je storila kaznivo dejanje, ali kadar je to utemeljeno nujno zato, da bi preprečili storitev kaznivega dejanja ali beg po storjenem kaznivem dejanju;
- pridržanje mladoletnika na podlagi zakonite odločbe zaradi vzgojnega nadzorstva ali zakonit odvzem prostosti mladoletniku zato, da bi ga privedli pred pristojno oblast;
- zakonito pridržanje oseb, da bi preprečili širjenje nalezljivih bolezni, ali duševno bolnih oseb, alkoholikov, narkomanov ali potepuhov;
- zakonit odvzem prostosti osebi z namenom, da bi ji preprečili nedovoljen vstop v državo, ali pripor osebe, proti kateri teče postopek za izgon ali izročitev.

Prvi odstavek 5. člena EKČP vsakomur zagotavlja pravico do svobode in osebne varnosti, razen v šestih vrstah okoliščin, ki so opisane v nadaljevanju odstavka in so izčrpen seznam izjem od splošnega pravila – visoka pogodbena stranka ne more po svoji presoji ustvariti dodatnih vrst utemeljitev za priprtje ali zaprtje oseb, temveč mora ravnati v omejitvah, ki jih določa EKČP. Poleg tega ESČP celo izjeme razlaga zelo ozko in je odločilo, da je samo ta pristop skladen s cilji določbe.[81]

Namen 5. člena EKČP kot celote je varstvo fizične prostosti in zlasti svobode pred enostranskim odvzemom prostosti. Odvzem svobode ima svojo *objektivno in subjektivno dimenzijo*.[82] Člen ne nudi varstva manj pomembnim oblikam omejevanja osebne svobode, kot so npr. prometni predpisi, potrebna regulacija tujcev ali državljanov, policijska ura ali druge vrste nadzora, ki znatno ne omejujejo

80 Prav tam, str. 69.

81 Glej Donna Gomien, *Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah*, Republika Slovenija, Ministrstvo za pravosodje, Center za izobraževanje v pravosodju, 2009, str. 34. Primerjaj W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 234: »After stating the principle that everyone has the right to liberty and security of person, article 5(1) states that deprivation of liberty may be allowed in accordance with a procedure, prescribed by law in six situations, set out in sub-paragraphs (a) to (f). The list of permissible grounds is an exhaustive one, and no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of those grounds. The list of permissible grounds is to be interpreted restrictively.«

82 Glej W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 227: »Deprivation of liberty, within the meaning of article 5(1), has both an objective and a subjective dimension. It is objective to the extent the person is confined for a length of time that is not negligible. It is subjective in that the person has not consented to such confinement. In assessing the objective factors, account will bet aken of the existence of a possibility of leaving the restricted area, the degree of supervision and control over the person, his or her isolation, and the availability of social contacts. If the facts indicate a deprivation of liberty, the relatively short duration of detention does not affect the conclusion. For example, police powers to stop and search indicate a deprivation of liberty despite the short duration of the measure.«

prostega gibanja oseb v skupnosti.[83] Vendar je v primeru, ko je skrbnik zaupal dvanajstletnega otroka psihiatrični bolnišnici, ESČP odločilo, da se 5. člen EKČP ne uporablja (*Nielsen proti Danski*,[84] 1988).[85] Ko so pristojni organi zaradi senilne demence namestili starejšo žensko v skrbniški dom, je ESČP prav tako ugotovilo neuporabnost člena (*H. M. proti Švici*,[86] 2002).[87]

V veliko zadevah so se posamezniki pritožili zaradi vrste objektov, v katerih so bili zaprti. ESČP ni ugotovilo kršitve 5. člena EKČP, ko je država zaprla obsojenega kaznivih dejanj v navaden zapor in ne v zapor s posebnimi medicinskimi napravami, kakor je odredilo domače sodišče, in navedlo, da je bil osnovni namen zapora kaznovanje in ne zdravljenje (*Bizzoto proti Grčiji*[88] – 1996).[89] Nasprotno pa je v zadevi *Aerts proti Belgiji*[90] iz 1998 ESČP ugotovilo kršitev prvega odstavka 5. člena EKČP, ko je bil pritožnik med celotnim odvzemom prostosti sedem mesecev pridržan v psihiatričnem krilu navadnega zapora in ne v centru za socialno varstvo, kakor je določila pristojna komisija za duševno zdravje.[91]

Kršitev pravice do prostosti obstaja, če je odvzeta ali omejena pravica določene osebe brez navedenih osnov, zlasti pa, če je to izvršeno brez odločitve pristojnega sodišča ali če ni spoštovana obveznost, da je tisti, ki mu je vzeta prostost, takoj obveščen o razlogih za odvzem prostosti v njegovem jeziku ali jeziku, ki ga razume.[92]

Sodna praksa ESČP je v tem smislu že izdelala kriterije, po katerih se upoštevajo narava odvzema prostosti, trajanje protipravnega stanja in dodatne posledice.[93] Gre za zadeve *Nowicka proti Poljski* (3. december 2002),[94] *Guzzardi proti Italiji* (6. november 1980),[95] *Amuur proti Franciji* (25. junij 1996);[96] *Riera Blume in drugi proti Španiji* (14. oktober 1999).[97] Pogoji, v katerih se zadržuje oseba, ki ji je odvzeta prostost, ne spadajo med te kriterije, temveč se presojajo posebej, ker ne morejo biti temelj za kršitev človekovih pravic po 3. členu EKČP.[98]

---

83 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34.
84 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57545#{»itemid«:[»001-57545«]} (27. 10. 2015).
85 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34.
86 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60169#{»itemid«:[»001-60169«]} (27. 10. 2015).
87 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34. Primerjaj tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 226: »The right to liberty as proclaimed in article 5 is concerned with physical liberty. Its purpose is to protect against any arbitrary deprivation of that liberty in its classic sense of imprisonment. It is not concerned with mere restrictions on freedom of movement, a right that is addressed by article 2 of Protocol No. 4 to the Convention. Nevertheless, the difference between restrictions on movement serious enough to fall under article 5(1) rather than article 2 of Protocol No. 4 is one of degree or intensity, not of nature or substance. Classifying them is no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion.«
88 http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/bizzotto_greece.html (27. 10. 2015).
89 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34.
90 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58209#{»itemid«:[»001-58209«]} (27. 10. 2015).
91 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34.
92 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 70. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 246.
93 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 70.
94 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60791#{»itemid«:[»001-60791«]} (13. 7. 2014).
95 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57498#{»itemid«:[»001-57498«]} (13. 7. 2014).
96 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{»itemid«:[»001-57988«]} (13. 7. 2014).
97 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58321#{»itemid«:[»001-58321«]} (13. 7. 2014).
98 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 70. Člen 3 EKČP se glasi: *»Nikogar se ne sme mučiti ali nečloveško ali ponižujoče z njim ravnati ali ga kaznovati.«*

Posebej zanimiv primer je *Guzzardi proti Italiji*,[99] v katerem je pritožbo na ESČP vložil osumljeni, ki mu je italijansko sodišče odredilo sodno prepoved zapustitve kraja bivanja.[100] Na tej podlagi je bil prisiljen 16 mesecev živeti na določenem delu nekega malega otoka v bližini Sardinije, sodišče pa je odločilo, da prisilitev k življenju na malem otoku do konca sojenja z omejenim gibanjem in stiki ne pomeni odvzema prostosti v smislu 5. člena EKČP.[101] Pravzaprav je ravno ta sodni primer pripeljal do oblikovanja kriterijev za ugotavljanje, kaj pomeni odvzem prostosti.[102]

ESČP se je moralo posebej izreči o kriteriju »zakonitosti« *(»lawfulness«)* odvzema prostosti (tj. glede obstoja z zakonom predpisanega postopka, v katerem se določeni osebi odvzame prostost), ker mora biti zakonitost odvzema prostosti najprej skladna z domačim pravom; v tem smislu je ESČP pristojno ugotavljati, ali obstaja skladnost materialnih in procesnih določb domačega zakona, ni pa pristojno razlagati domačega prava.[103] Glavna značilnost pojma »zakonitost« po 5. členu EKČP je zagotoviti varstvo posameznika pred odvzemom svobode iz neutemeljenega razloga ali na samovoljen način (*N. C. proti Italiji*[104] in *Winterwerp proti Nizozemski*[105]).[106] Sodišče razlaga pojem »zakonitost« avtonomno, pri čemer veljavni domači zakon vzame kot začetno točko, vendar ta domači zakon oziroma njegovo uporabo preuči ob upoštevanju širših kriterijev »zakonitosti«, določenih v skladu s sodno prakso EKČP.[107] V zadevi *Brogan in drugi proti Združenem kraljestvu*[108] je navedeno, da se zakonitost odvzema prostosti presoja ne samo po določbah domačega prava, temveč tudi po besedilu EKČP, to pa predvsem pomeni, da je vlagatelju zahteve treba zagotoviti učinkovito pravno sredstvo, na podlagi katerega bi se lahko sodno presojalo temelj za odvzem prostosti in

99 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57498#{»itemid«:[»001-57498«]} (13. 7. 2014).
100 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 70.
101 Prav tam, str. 70, 71.
102 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 70.
103 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 71. Primerjaj W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 229, 230: »When it uses the words lawful and lawfulness, the Convention is reffering essentially to national law. It sets out an obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law. Unacknowledged detention of an individual, without some detailed records of such matters as the date, time, and location of detention, the name of the detainee, the reasons for the detention, and the name of the person effecting it must be seen as incompatible with the requirement of lawfulness and with the very purpose of Article 5 of the Convention. Various violations of national law have been held to constitute unlawful detention and violations of the right to liberty. For example, where the authorities had not applied to extend a detention order within the time limit authorized by law the Court held that there was a breach of article 5. Nevertheless, not every flaw in a detention order will be fatal and lead to a violation. Unless it constitutes a gross and obvious irregularity, a defect in a detention order may be remedied by appellate courts without the implication that the initial detention was contrary to article 5. There will be deference to the national authorities in the interpretation and application of their own law. However, because failure to comply with national law constitutes a breach of the Convention, the Court is entitled to review whether the national law has been respected. In addition, in assessing the lawfulness of deprivation of liberty, the Court is not confined to the declared, ostensible purposes of the arrest or detention in question, but also looks at the real intent and purposes behind it.«
104 http://hudoc.echr.coe.int/eng#{»appno«:[»24952/94«],«itemid«:[»001-4891«]} (6. 11. 2015).
105 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597#{»itemid«:[»001-57597«]} (6. 11. 2015).
106 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34.
107 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 34.
108 http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57450#{»itemid«:[»001-57450«]} (13. 7. 2014).

zakonitost pripora.[109] Četrti odstavek 5. člena EKČP zagotavlja, da mora biti v domači zakonodaji vseh visokih pogodbenih strank predvideno pravno sredstvo (*Sabeur Ben Ali proti Malti*[110] – v malteški zakonodaji ni bilo predvideno sredstvo za oporekanje zakonitosti priprtja – *habeas corpus*); *Ječius proti Litvi*[111] in *Grauslys proti Litvi*[112] – obstoj z zakonom predpisanega odvetništva za pritožbe proti odločbam sodišča, ki je odrejalo pripore).[113] Pravno sredstvo, ki je na voljo, mora biti učinkovito in dovolj zanesljivo (tj. potrebna je preučitev pravne upravičenosti pripora samega, ne samo postopkov ali zlorabe pooblastila).[114] Četrti odstavek 5. člena EKČP zahteva, da države pogodbenice EKČP zagotovijo domače pravno sredstvo, katerega učinkovitost lahko ESČP preuči z vidika standardov, oblikovanih tudi na podlagi drugih členov EKČP – v zadevi *Sakik in drugi proti Turčiji*[115] je sodišče ugotovilo kršitev navedene določbe delno zato, ker vlada ni mogla z nobenim primerom dokazati, da bi posameznik uspešno uveljavil četrti odstavek 5. člena ali analogni člen v turški ustavi.[116] ESČP je jasno pokazalo, da četrti odstavek 5. člena EKČP zahteva sodno ugotovitev nadaljnje zakonitosti pripora, in ugotovilo kršitve v zadevah, ko so bila izvršilnim organom v zvezi s tem dana prevelika pooblastila (npr. *Stafford proti Združenemu Kraljestvu,*[117] *T. proti Združenemu Kraljestvu*[118] in *V. proti Združenemu Kraljestvu*[119]).[120] Kadar državni organi ovirajo posameznike, ki želijo priti do sodnega organa, pristojnega za presojo zakonitosti njihovega priprtja, ESČP ugotovi kršitev četrtega odstavka 5. člena EKČP (*Čonka proti Belgiji*[121] – pritožnikom, pozvanim, naj izpolnijo prošnje za azil, je bila odvzeta prostost, nato pa so bili izgnani v obdobju, v katerem je bilo nemogoče, da bi jih preizkusil sodni organ).[122]

Standard *»z zakonom predpisan postopek«,* ki ga vsebuje besedilo 5. člena EKČP, vključuje tudi varstvo pred arbitrarnim odvzemom prostosti – gre za poljubno presojo državnih organov, da je treba določeni osebi odvzeti prostost.[123] V primeru *Van der Leer v. Nizozemska*[124] je navedeno, da z zakonom predpisani postopek ne sme biti samovoljen, temveč predvidljiv določen *(»legal certainty«)* (ker mora

109 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 71.
110 http://www.pfcmalta.org/uploads/1/2/1/7/12174934/35892-97.pdf (4. 11. 2015).
111 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58781#{»itemid«:[»001-58781«]} (4. 11. 2015).
112 http://law.kararara.com/viewtopic.php?f=45&t=1269 (4. 11. 2015).
113 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 41.
114 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 41. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 254: »It is the only distinct remedy provision set out in the European Convention. As such, article 5§ 4 provides a *lex specialis* in relation to the more general requirements of Article 13. It gives a detained person a distinct right to seek judicial review of their detention. Article 5(4) is not adjectival in that it does not depend upon a preliminary finding of a violation of article 5(1) of the Convention. These paragraphs are separate and autonomous. The right to review of detention may be violated even if the detention itself is lawful.«
115 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58117#{»itemid«:[»001-58117«]} (4. 11. 2015).
116 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 41.
117 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60486#{»itemid«:[»001-60486«]} (4. 11. 2015).
118 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58593#{»itemid«:[»001-58593«]} (4. 11. 2015).
119 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58594#{»itemid«:[»001-58594«]} (4. 11. 2015).
120 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 41.
121 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60026#{»itemid«:[»001-60026«]} (4. 11. 2015).
122 Tako D. Gomien, *op. cit.*, str. 41. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 254, 255.
123 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 71.
124 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57620#{»itemid«:[»001-57620«]} (13. 7. 2014).

temeljiti na domačem zakonu; mora biti dostopen vsem in nazoren),[125] sorazmeren in konsistenten ciljem in omejitvam iz 5. člena EKČP.[126]

Kršitve pravice do prostosti so predvsem povezane s primeri protipravnega odvzema prostosti bodisi s strani državnih organov bodisi s strani drugih fizičnih ali pravnih oseb – odvzem prostosti je protipraven, če ga izvršijo državni organi, če kasneje ne sledi obtožba za kaznivo dejanje osebe, ki ji je bila odvzeta prostost zaradi suma, da je storila kaznivo dejanje, pod pogojem, da ne obstajajo razumni razlogi, ki bi opravičevali tak sum.[127] Če se ugotovi, da je šlo za protipraven odvzem prostosti, potem se ta protipravnost razširi tudi na vsakršno naknadno zadrževanje ali zaprtje te osebe (primer *Fox, Campbell in Hartley proti Združenemu kraljestvu*, 30. avgust 1990).[128]

Protipravnost odvzema prostosti lahko izhaja iz drugih postopkov, s katerimi se kršijo pravice osumljencev kaznivih dejanj (npr. da so obveščeni o svojih pravicah v jeziku, ki ga razumejo, ali da se jim pokaže obtožba zoper njih, da lahko komunicirajo z odvetnikom).[129] Najpogostejši vidik odvzema prostosti obstaja v primeru neutemeljenega pripora osebe, ki je obtožena, da je izvršila kaznivo dejanje.[130] ESČP je imelo možnost tudi, da se izreče o problematičnih primerih odvzema prostosti in pripora oseb na podlagi protiteroristične zakonodaje oziroma zakonodaje, sprejete zaradi učinkovitega boja zoper organizirani kriminal.[131] EKČP namreč dopušča derogiranje določenih pravic v izrednih okoliščinah, vendar pa se to ne nanaša na člene 2, 3, 4 (paragraf I) ali člen 7.[132] Kar zadeva pravico do prostosti in varnosti v zadevah *Aksoy proti Turčiji* (odločitev z dne 18. decembra 1996)[133] in *Brogan proti Združenemu kraljestvu* je ESČP ugotovilo, da je treba tudi v primerih odvzema prostosti v izrednih okoliščinah zagotoviti sodno kontrolo in je treba v najkrajšem možnem času osebo, ki ji je vzeta prostost, pripeljati pred sodišče zaradi presoje zakonitosti odvzema prostosti.[134]

V smislu 5. člena EKČP pridejo (poleg policijskega ali sodnega pripora) v poštev tudi druge oblike omejitve svobode gibanja določenih oseb (npr. odvzem krvi za analizo zaradi ugotavljanja prisotnosti alkohola v krvi ali prisotnost droge, zadrževanje duševno bolnih oseb s prisilno hospitalizacijo, onemogočanje političnim azilantom,

125 Primerjaj W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 231: »It is not sufficient for the State to comply with national law in order for it to respect article 5: Article 5 §1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness. This requires an assessment whether the domestic law itself is consistent with the Convention, including the general principles expressed or implied therein, notably the principle of legal certainty. Wehere deprivation of liberty is concerned, it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied. Legal certainty means that the law governing conditions for deprivation of liberty be accessible, clearly defined, and that its application be foreseeable.«

126 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 71.

127 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 72.

128 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721#{»itemid«:[»001-57721«]} (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 72.

129 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 72.

130 Prav tam, str. 72.

131 Prav tam, str. 72.

132 Prav tam, str. 72.

133 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58003#{»itemid«:[»001-58003«]} (14. 7. 2014).

134 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 72, 73.

da bi zapustili tranzitni del letališča, in podobno).[135] ESČP je imelo možnost, da se izreče o tem, kdaj se omejitev svobode gibanja ne šteje za protipravno – gre npr. za restrikcije, ki so lastne opravljanju vojaške službe ali omejitve svobode otroka, ki izhajajo iz izvajanja roditeljske pravice (glede odločanja, kje bo otrok živel, kot oblika disciplinskega kaznovanja ali zaradi potrebe bolniškega zdravljenja otroka).[136] Za protipravno se ne šteje zadrževanje osebe v zaporu, če jo je na zaporno kazen obsodilo sodišče – v tem primeru se prvi odstavek 5. člena (svoboda in osebna varnost) in 6. člen (pravica do pravičnega sojenja) presojata povezano v smislu, da se kot obsodbe pristojnega sodišča ne morejo šteti odločitve policije, javnih tožilcev, vojaških poveljnikov ali drugih upravnih organov.[137]

Pod pogoji, določenimi v točki b prvega odstavka 5. člena EKČP *(»non-compliance with a court order or legal obligation«)*, ni nujno, da bi se zakoniti odvzem prostosti ali odvzem prostosti zaradi nespoštovanja zakonite odločbe sodišča ali zato, da bi zagotovili izpolnitev kakšne z zakonom naložene obveznosti, nanašal izključno na obtoženega, temveč tudi na druge udeležence v postopku (npr. priče).[138] Točka b prvega odstavka 5. člena EKČP dovoljuje odvzem prostosti, s čimer se zagotovi, da oseba, ki ji je odvzeta prostost, izpolni »katerokoli obveznost, naloženo z zakonom«, npr. plačilo dajatev skupnosti (*Perks in drugi proti Združenemu Kraljestvu*[139]). ESČP je odločilo, da mora biti vsaka taka obveznost specifična in konkretna, ne samo splošna obveznost za spoštovanje zakona (*Engel in drugi proti Nizozemski,*[140] *Lawless proti Irski*[141]) ali to, da »oseba spremeni svoje vedenje« (*Ciulla proti Italiji*[142]).[143] Tudi če gre za pravno utemeljen odvzem prostosti osebe zaradi razlogov iz točke b prvega odstavka 5. člena EKČP, način, kako pristojni organi izvršujejo svoje pristojnosti do osebe, lahko vodi do kršitve, če je uporabljeni postopek nesorazmeren zadevnim obveznostim (*Raninen proti Finski*[144] – odvzem prostosti rekrutu, ki je nasprotoval služenju vojske ali nadomestni službi, njegovo zadržanje in vklenitev v lisice) ali če državni organi niso upoštevali manj omejujočih načinov obravnave, kot je odvzem prostosti (*Witold Litwa proti Poljski*[145] – skoraj slepa oseba je bila šest ur in pol pridržana v prostoru za treznjenje, potem ko je

135 Prav tam, str. 73.
136 Prav tam, str. 73.
137 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 73.
138 Prav tam, str. 73.
139 http://swarb.co.uk/perks-and-others-v-the-united-kingdom-echr-12-oct-1999-4/ (4. 11. 2015).
140 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479#{»itemid«:[»001-57479«]} (4. 11. 2015).
141 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518#{»itemid«:[»001-57518«]} (4. 11. 2015).
142 http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57460#{»itemid«:[»001-57460«]} (4. 11. 2015).
143 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 36. Primerjaj W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 236: »The second sub-paragraph of article 5(1) applies to detention resulting from a court order or from a legal obligation. Examples in the case law of the first limb of sub-paragraph (b), namely detention pursuant to a court order, include failure to obey an order to pay a fine, refusal to submit to a psyhiatric examination or to take a blood test, failure to respect residence restrictions, failure to return children to the custodial parent, failure to agree to make an undertaking not to breach the peace (»binding over order«), breach of bail conditions, and confinement in a psyhiatric hospital. In such cases, the individual must have ha dan opportunity to comply with the court order but have failed to do so, or defied it. Necessarily, the individual cannot be detained if he or she has not been informed of the order. The second limb of article 5(1) (b) concerns failure to submit to a legal obligation. Examples include a refusal to provide identification when requested, to submit to a security check at an international border, to leave an area when so ordered by police, questioning at a police station, and to appear at a court hearing. The obligation must be specific and concrete.«
144 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58123#{»itemid«:[»001-58123«]} (4. 11. 2015). Primerjaj W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 237: »The detention will only be accetable if it cannot be fullfiled by milder means«.
145 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58537#{»itemid«:[»001-58537«]} (4. 11. 2015).

vinjena domnevno kršila javni red, čeprav domača zakonodaja določa tudi druge manj nadležne možnosti za obvladovanje takega stanja).[146] Odločba sodišča mora biti zakonita, kar pomeni v skladu z domačo zakonodajo in EKČP ter ne sme biti samovoljna, to pomeni, da mora biti obveznost, predpisana z zakonom, določna in konkretna *(Engel in drugi proti Nizozemski)*.[147] Člen 1 Četrtega protokola k EKČP prepoveduje zapor zaradi nemožnosti za izpolnitev pogodbene obveznosti. Odredba sodišča mora biti prav tako dovolj jasna, da jo je mogoče razumeti (npr. odredba, da se opravi analiza krvi ali da se prijavi premoženjsko stanje).[148]

Zakonit je odvzem prostosti zaradi zagotovitve navzočnosti obtožene osebe za kaznivo dejanje pred pristojnim sodiščem ali kadar je mogoče utemeljeno sklepati, da je treba odvzeti prostost, da bi preprečili storitev kaznivega dejanja ali beg po storjenem kaznivem dejanju (točka c prvega odstavka 5. člena EKČP).[149] Nujno je, da lahko sodišče presodi utemeljenost odvzema prostosti; posebej je pomembno, da obstaja objektiven sum, da je oseba, ki ji je odvzeta prostost ali je zaprta, izvršila kaznivo dejanje.[150] V tem smislu naj bi bil ilustrativen primer *Fox, Campbell in Harley proti Združenemu kraljestvu*, v katerem so bili pritožniki ujeti in zaprti v Severni Irski zaradi suma, da so teroristi – tedanji zakon je namreč omogočal britanski policiji, da ujame in zadrži do 72 ur kogarkoli sumi, da je terorist.[151] V konkretnem primeru je sum temeljil na subjektivni presoji policista, od objektivnih dejstev pa je obstajala samo okoliščina, da so bile ujete osebe pred približno sedmimi leti obsojene za teroristične aktivnosti.[152] Britanska vlada je izjavila, da zaradi zaupnosti podatkov ne more navesti več podrobnosti, ESČP pa je ugotovilo, da dokazi, ki jih je predstavila tožena stran, ne zadoščajo za utemeljitev suma, da so pritožniki v resnici izvršili kaznivo dejanje, ki bi utemeljevalo njihov odvzem prostosti.[153] V tem smislu za ESČP ni bilo pomembno dejstvo, da je v tem času na Severnem Irskem vladalo izredno stanje zaradi vsakodnevnih terorističnih aktivnosti.[154]

Zakonit odvzem prostosti je samo takšen, ki ima izključno funkcijo, da se z njim zagotovi kasnejše sojenje, zato se kot zakonit šteje tudi tisti odvzem prostosti, s katerim se prepreči, da bi oseba izvršila pripravljalna dejanja za izvršitev kaznivega dejanja ter osebi, ki že izvršuje kaznivo dejanje.[155]

Pomen kršitve pravice do prostosti (svobode) je formalno obravnavan tudi v odločbi, s katero se nalaga dolžnost sodišču, da zakonitost odvzema svobode presoja še posebej hitro *(speedily, a bref delai)*.[156] Posledično se pravica do povračila škode zagotavlja tako neupravičeno obsojenim osebam kot osebam, ki jim je bila neutemeljeno odvzeta prostost.[157] Ali je po mnenju ESČP država »hitro« sprejela

146 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 36.
147 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{»itemid«:[»001-57479«]} (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 73.
148 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 73.
149 Prav tam, str. 74.
150 Prav tam, str. 74.
151 Prav tam, str. 74.
152 Prav tam, str. 74.
153 Prav tam, str. 74.
154 Prav tam, str. 74.
155 Prav tam, str. 74, 75.
156 Prav tam, str. 75.
157 Prav tam, str. 75.

odločbo o zakonitosti pripora, kakor to zahteva četrti odstavek 5. člena EKČP,[158] je odvisno od številnih dejavnikov, tudi od vrste zadevnega priprtja, npr. v zadevi *Bezicheri proti Italiji* je ESČP razjasnilo, da morajo biti časovni presledki za preizkus odločb o priporu med preiskavo sorazmerno kratki, pri preizkusu psihiatričnega pridržanja pa bi bili presledki lahko daljši, ne da bi prišlo do navzkrižja z EKČP.[159] V tem primeru je bil časovni presledek petih mesecev in pol za pregled drugega zahtevka za izpustitev iz pripora med preiskavo predolg.[160] V zadevi *DeJong, Baljet in Van den Brink proti Nizozemski*[161] je ESČP ugotovilo, da je bil odlog od šest do enajst dni predolg za prvi preizkus odločbe o priprtju, prav tako je ugotovilo kršitev v zvezi z odlogi, ki so trajali dvaindvajset dni (*Rehbock proti Sloveniji*[162] – štiriintrideset dni in triintrideset dni – *M. B. proti Švici*, med tremi in šestimi meseci – *Baranowski proti Poljski*[163] ter med tremi in sedmimi meseci – *Ilowiecki proti Poljski*[164]).[165] Posebej pomembna je praksa ESČP glede kršitve četrtega odstavka 5. člena EKČP, ki daje osebi, ki ji je bila odvzeta prostost, pravico, da začne postopek, v katerem bo sodišče hitro odločilo o zakonitosti odvzema prostosti in odredilo njegovo izpustitev, če je bil odvzem prostosti nezakonit.[166] V zadevi *Bezicheri proti Italiji*[167] je ESČP pojasnilo, da morajo biti obdobja, v katerih se odločitve o priporu preverjajo, sorazmerno kratka, le izjemoma pa daljša, če gre za pripornika, ki je v psihiatrični ustanovi.[168]

Razen v primeru, ko je odvzem prostosti v povezavi z možnostjo, da se proti osebi, ki ji je odvzeta prostost, izvede predkazenski ali kazenski postopek, zagotavlja EKČP širše pravico do sodnega varstva osebam, ki jim je vzeta prostost v drugih situacijah (odvzem prostosti mladoletnikom zaradi izvršitve sankcij, namenjenih mladoletnikom, deportacije tujcev, začasna prisilna karantenska namestitev zaradi preprečitve širjenja nalezljivih bolezni, varstvo duševno prizadetih oseb, prisilno zdravljenje z odvzemom prostosti alkoholikom, narkomanom ipd.).[169] Tisti, ki mu je odvzeta prostost, ima v vsakem primeru pravico, da se mu sodi (v razumnem roku – *trial within reasonable time)* ali da se ga spusti na prostost, če se sojenje v tem času ne opravi – *release pending trial*.[170]

158 Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 256: »The challenge to detention contemplated by article 5(4) must be decided speedily. The word »speedily« (in French, *a bref delai)* indicates a lesser degree of urgency than promptly *(aussitot)*, the term used in article 5(3) in the context of appearance before a court upon arrest or detention. Whether the right to a speedy decision has been respected must be determined in the light of the circumstances of each case. When more than one level of jurisdiction is involved in the proceedings, an overall assessment of the time taken is necessary. The Court will begin its consideration of the celerity with the initial challenge to detention, which is often at the administrative level, and not when formal legal proceedings are taken. The relevant time concludes with the final determination of legality of detention, including the appeal if this is possible. This cannot be determined in the abstract, but depends upon the circumstances of each case.«

159 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 42.

160 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 42.

161 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57466#{»itemid«:[»001-57466«]} (4. 11. 2015).

162 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59052#{»itemid«:[»001-59052«]} (4. 11. 2015).

163 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58525#{»itemid«:[»001-58525«]} (4. 11. 2015).

164 http://echr.ketse.com/doc/27504.95-en-19980114/ (4. 11. 2015).

165 Glej D. Gomien, *op. cit.*, str. 42.

166 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.,* str., str. 75.

167 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57439#{»itemid«:[»001-57439«]} (13. 7. 2014).

168 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 75.

169 Prav tam, str. 75.

170 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 75. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 250.

Vsaka oseba, ki ji je odvzeta prostost ali je zaprta v nasprotju z določbami 5. člena EKČP in Četrtega protokola, ima *pravico do povračila škode – »enforceable right to compensate«*.[171] Ta pravica izhaja iz petega odstavka 5. člena EKČP in se uresničuje tako, da mora oškodovani najprej vložiti ustrezno zahtevo pred domačim pristojnim organom za škodo, ki mu je bila storjena s kršitvijo pravic iz 5. člena EKČP; povračilo škode lahko določi samo sodišče *(Brogan in drugi proti Združenemu kraljestvu)*,[172] zato se v tem smislu kot ustrezno povračilo škode ne štejejo povračila škode, ki jih da npr. varuh ali država v smislu plačila *ex gratie*.[173] Države članice, podpisnice EKČP, morajo zagotoviti izvršljivo pravico do povračila škode zaradi odvzema prostosti, ki je v nasprotju s 5. členom EKČP.[174] To pomeni, da se obveznost države ne konča z izdajo zakonskega okvira, s katerim se neupravičeno kaznovani osebi ali osebi, ki ji je bila neutemeljeno odvzeta prostost, prizna pravica do povračila škode, temveč mora država nadzirati uresničevanje teh pravic, državni organi pa morajo aktivno delovati v tem smislu.[175]

ESČP odloča o navedeni zahtevi pritožnika za povračilo škode v primeru neutemeljenega odvzema prostosti ali neupravičene obsodbe postransko, saj predhodno ugotavlja, ali je bila škoda povzročena z dejanji državnih organov, s katerimi so bile kršene človekove pravice in svoboščine.[176] Pravica do povračila škode je namreč lahko samo rezultat kršitve 5. člena EKČP *(Murray proti Združenem kraljestvu)*.[177] Povračilo škode se nanaša na premoženjsko in nepremoženjsko škodo, pravica do povračila škode mora vsebovati dokaze in dejstva, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti obstoj škode in opredeliti višino škode in povračila *(Wassink proti Nizozemski)*.[178] Pri tem ni nujno, da je bila škoda povzročena

171 Prav tam, str. 75.

172 http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57450#{»itemid«:[»001-57450«]} (13. 7. 2014).

173 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 76. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 258: »Effective enjoyment of the right to compensation must be ensured with a sufficient degree of certainty. Article 5(5) does not depend upon a finding by a domestic court that one of the paragraphs of article 5 has been breached.«

174 »Da bi država ravnala v skladu s petim odstavkom 5. člena, mora v domači zakonodaji ustvariti podlago za odškodnine, kadar gre za kršitev ene od pravic iz 5. člena, bodisi z vključitvijo Konvencije v domače pravo ali kako drugače (primeri *Curley v. Združeno kraljestvo* (2000) in *D. G. v. Irska* (2002). V zadevi *Sakik* je ESČP ugotovilo kršitev petega odstavka 5. člena zato, ker turška vlada ni mogla dokazati, da je komurkoli kadarkoli plačala odškodnino na podlagi domačih predpisov, ki jih je država navedla kot veljavne. V zadevi *Tsirlis in Kouloumpas v. Grčija* (1997) je sodišče prav tako ugotovilo kršitev petega odstavka 5. člena, ko sta bila pritožnika priprta v nasprotju z domačim zakonom in prvim odstavkom 5. člena EKČP in so domača sodišča zavrnila plačilo odškodnine zaradi nezakonitega pripora z lažno utemeljitvijo, da sta bila pridržana zaradi lastne hude malomarnosti.« Navedeno po D. Gomien, *Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah*, 2009, str. 43.

175 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 75, 76.

176 Prav tam, str. 76.

177 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57895#{»itemid«:[»001-57895«]} (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 76.

178 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57635#{»itemid«:[»001-57635«]} (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 76. Primerjaj tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 258: »States are free to make compensation dependent upon a demonstration by the viczim that damage has resulted from the breach of article 5. The Court said that in the context of article 5(5), the status of »victim« may exist even vhere there is no damage, but there can be no question of »compensation« where there is no pecuniary or non-pecuniary damage to compensate. Article 5(5) is respected even if there is no specific remedy, but where an ordinary action in damages against the authorities is possible. Nevertheless, the possibility of reparation through an ordinary suit must be realistic. Romania's failure to produce any evidence that such a remedy had been effective led the Court to conclude that article 5(5) had been breached.«

naklepno, temveč je dovolj, da je šlo za malomarnost pristojnih državnih organov; nepremoženjska škoda je »moralna« škoda, ki obstaja v pretrpljenih motnjah, bolečinah, trpljenju *(Huber proti Švici* – 23. oktober 1990).[179]

Prav zaradi tega, ker morajo osebe, ki jim je bila neutemeljeno vzeta prostost ali so bile neupravičeno obsojene, zahtevati uresničitev svojih pravic najprej pred domačim sodiščem in zato, ker se pritožbe pred ESČP predvsem nanašajo na kršitve pravic in svoboščin, ki jih zagotavlja EKČP (in se šele postransko odloča o povračilu škode), v praksi ni zahtevkov – pritožnikov, ki bi se nanašali izključno na postopke države, s katerimi je bila osebam neutemeljeno odvzeta prostost ali omejena v smislu uresničevanja svoje pravice do povračila škode.[180] K temu prispeva tudi dejstvo, da se sodišče, ko odloča o povračilu škode, ne more opredeliti za denarno odškodnino (čeprav bo praviloma šlo za takšno odškodnino), temveč lahko meni, da je sama ugotovitev kršitve pravice v korist pritožnika zadostno zadoščenje (satisfakcija) v konkretnem primeru.[181]

Po praksi ESČP obstaja pravica do povračila nepremoženjske škode, če je bila pritožniku odvzeta pravica do prostosti. V primeru *Delta*[182] je pritožnik zatrjeval, da mu je bila storjena škoda, ker je z odvzemom prostosti pretrpel stres. Gospodu Delti je bila izplačana odškodnina v znesku 100.000 FF za celotno pretrpljeno škodo. V drugi zadevi *Dobbertin proti Franciji*[183] z dne 25. 2. 1993 je gospod Dobbertin zahteval 5.000.000 FF zaradi nepremoženjske škode zaradi občutka nemočnosti in stresa v času pripora in sojenja ter zaradi izgube možnosti napredovanja v svojem poklicu; v tem primeru je šlo tudi za sodni postopek, ki je trajal zelo dolgo (12 let) in se je končal z oprostilno sodbo, zato je sodišče menilo, da je dolžina postopka povzročila nepremoženjsko škodo, zaradi česar je bila tožena stranka dolžna povrniti oškodovancu škodo v višini 200.000 FF zaradi kršitve 6. člena EKČP.[184]

V drugem primeru *Tomasi proti Franciji* z dne 27. 8. 1992[185] je pritožnik zahteval povračilo nepremoženjske škode med drugim tudi zaradi kršitve tretjega odstavka 5. člena EKČP zaradi dolžine pripora pred sojenjem.[186] Pritožnik je v preiskovalnem zaporu preživel 5 let, na koncu kazenskega postopka pa je bil oproščen obtožb.[187] Ne glede na odškodnino, ki jo je dobil na podlagi domačega veljavnega prava, je vložil pritožbo na ESČP zaradi kršitve določb EKČP; v celotnem znesku je zahteval

179 http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/e4ca7ef017f8c045c1256849004787f5/31f36c871a678a9ec1256640004c1d78?OpenDocument (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 76.

180 ESČP je odločilo, da se določba 41. člena EKČP, ki določa pristojnost odločanja o pravičnem zadoščenju in opredelitev zahtevka po petem odstavku 5. člena ne izključujeta in da lahko ESČP zadevo obravnava tudi po 41. členu – *Brogan in drugi v. Združeno kraljestvo* (1988), *Ciulla v. Italija* (1989). Navedeno po Donna Gomien, *Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah*, 2009, str. 43.

181 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 76, 77.

182 http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/bd85b31af932d14bc1256681002b47f0/9cff34546e3dc086c1256640004c1da4?OpenDocument (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 77.

183 http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/edb92d40a2606d04c1256640004c1a36?OpenDocument (13. 7. 2014). Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 77.

184 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 77.

185 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57796#{»itemid«:[»001-57796«]} (13. 7. 2014).

186 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 77.

187 Prav tam, str. 77.

1.500.000 FF, ESČP pa mu je prisodilo pravično zadoščenje v višini 700.000 FF za pretrpljeno nepremoženjsko škodo zaradi kršitve 6. in 3. člena EKČP.[188]

Podrobnejše določbe o pogojih, pod katerimi je mogoče uresničiti pravico do povračila škode zaradi neutemeljenega odvzema prostosti ali neutemeljene obsodbe, vsebuje 3. člen Protokola št. 7 k EKČP.[189] Po tem členu ima v primeru, če je bila pravnomočna kazenska sodba pozneje razveljavljena, ali če je bila oseba pomiloščena zato, ker je kako novo ali na novo odkrito dejstvo pokazalo, da gre za sodno zmoto, oseba, ki je zaradi takšne obsodbe prestajala kazen, pravico do odškodnine skladno z zakonom ali prakso države, razen če bi se pokazalo, da je prepozno uveljavitev takšnih dejstev v celoti ali deloma prizadeti povzročil sam. Pravica do povračila škode se v tem primeru uveljavlja v skladu z zakonom ali prakso konkretne države, ki je v položaju tožene stranke. Odgovornosti za škodo se lahko država izogne samo v primeru, ko se ugotovi, da ni kršitev pravic, na katere se sklicuje pritožnik oziroma če dokaže, da je oseba, ki ji je bila odvzeta prostost, delno ali v celoti sama odgovorna za zapoznelo ugotovitev do tedaj neznanih dejstev. Zakonski ureditvi držav članic je prepuščeno, da določi podrobnosti v zvezi z varstvom pravice do prostosti (svobode).[190]

6. DRUGI MEDNARODNI DOKUMENTI

Pravico do osebne svobode obravnavajo tudi številni drugi mednarodni (oziroma regionalni) dokumenti, najbolj znana je *Splošna deklaracija človekovih pravic*, pa tudi *Ameriška konvencija o človekovih pravicah (Convencion Americana de Derechos Humanos)*, 7. člen,[191] pa *Listina Evropske Unije o temeljnih pravicah*

188 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 77.

189 Strasbourg, 22. 11. 1984. Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 78.

190 EKČP je bila dopolnjena z *Evropsko konvencijo o preprečevanju mučenja in nečloveškega ponižujočega ravnanja ali kaznovanja* (podpisana 1987, uveljavljena 1989; Uradni list RS z dne 14. 1. 1994, MP, št. 1-1-/1994 (RS/2/1994).). Na tej podlagi je ustanovljen *Odbor za preprečevanje mučenja* (CPT), z delovanjem katerega se preventivno vpliva na preprečevanje mučenja v praksi. Standardi odbora se ne nanašajo samo na obsojene osebe, ki so v zaporih, temveč širše na vse osebe, ki jim je bila odvzeta prostost, vključno s priporniki, osebami, ki so jim izrečeni varnostni ukrepi, povezani z odvzemom prostosti, ter na duševne bolnike, ki so prisilno nameščeni v psihiatričnih ustanovah, in na tuje državljane v sprejemnih centrih. Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 78, 79. Glej tudi W. A. Schabas, *op. cit.*, str. 258: »The right to compensation does not mean that an applicant is entitled to any particular amount, although it cannot be trivial or derisory amount or an amount substantially less than awards in similar situations. States may make such an award dependent upon demonstration of actual damage. However, the Court has warned that an exessively formalist approach may have the consequence of denying compensation in a large number of cases. Although the right to compensation may be broader than that of a financial nature, it does not extend to a right to secure termination of a deprivation of liberty, as this is governed by article 5(4).«

191 Ta se glasi: »*Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

(2010/C 83/02), 6. člen,[192] Ameriška *Deklaracija o pravicah in dolžnostih človeka* iz 1948 (*American Declaration of the Rights and Duties of Man*)**,** *15. člen*,[193] v Afriki *Listina o pravicah človeka in ljudstev* iz 1981 *(African Charter on Human and Peoples' Rights)*, 6. člen[194] ter na muslimanskem področju *Splošna islamska deklaracija o človekovih pravicah* iz leta 1981 (*Universal Islamic Declaration of Human Rights), 2. člen*.[195]

Splošna deklaracija človekovih pravic v 3. členu določa, da ima vsakdo pravico do življenja, do prostosti in do osebne varnosti, v 9. členu pa določa, da nihče ne sme biti samovoljno zaprt, pridržan ali izgnan. Splošno deklaracijo – prvi instrument neke univerzalne mednarodne organizacije, ki obsega človekove pravice na enem mestu – je Generalna skupščina Združenih narodov sprejela »kot resolucijo, ki nima nobene pravne moči«.[196] Po desetletjih njenega sprejetja je prišlo do spremembe v percepciji in navaja se, da bi danes redki mednarodni pravniki zanikali, da je Splošna deklaracija normativni instrument, ki ustvarja (vsaj določene) pravne obveznosti za države članice Združenih narodov.[197] Navedena sprememba je deloma nastala zato, ker je bilo za izdelavo in sprejetje paktov Združenih narodov potrebnih 18 let, da bi stopili v veljavo, pa še 10 let.[198] V tem obdobju je manjkal avtoritativni standard, ki bi opozarjal na to, kakšne obveznosti imajo države članice glede človekovih pravic, kar se je vse pogosteje nadomeščalo s sklicevanjem na Splošno deklaracijo, zaradi česar je postala simbol človekovih pravic, kakor jih pojmuje mednarodna skupnost, kar vse je krepilo prepričanje o njeni pravni obveznosti.[199] Bolj sporno je v resnici vprašanje, ali so vse v njej zapisane pravice obvezujoče in pod katerim pogojem, ter vprašanje, iz česa izhaja njena pravna obveznost: iz dejstva, da avtoritativno razlaga obveznosti držav

---

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.«

192 Ta se glasi: *»Vsakdo ima pravico do svobode in varnosti«*.

193 *»Article XXV.*
No person may be deprived of his liberty except in the cases and according to the procedures established by pre-existing law. No person may be deprived of liberty for nonfulfillment of obligations of a purely civil character. Every individual who has been deprived of his liberty has the right to have the legality of his detention ascertained without delay by a court, and the right to be tried without undue delay or, otherwise, to be released. He also has the right to humane treatment during the time he is in custody.«

194 Ta se glasi: *»Vsak posameznik ima pravico do telesne svobode in telesne varnosti. Nikomur ne sme biti odvzeta svoboda, razen zaradi v pravu že naprej popisanih razlogov in okoliščin. Zlasti pa nihče ne sme biti samovoljno zaprt ali priprt.«*

195 »*II Right to Freedom*

a) Man is born free. No inroads shall be made on his right to liberty except under the authority and in due process of the Law.

b) Every individual and every people has the inalienable right to freedom in all its forms physical, cultural, economic and political — and shall be entitled to struggle by all available means against any infringement or abrogation of this right; and every oppressed individual or people has a legitimate claim to the support of other individuals and/or peoples in such a struggle.«

196 Navedeno po G. Graovac, *op. cit.*, str. 246.

197 Prav tam, str. 247.

198 Prav tam, str. 247.

199 Prav tam, str. 247.

članic v pogledu določb o človekovih pravicah, ki jih vsebuje Listina Združenih narodov, iz tega, da predstavlja običajno mednarodno pravo, ali pa iz tega, da je vir splošnih pravnih načel.[200] Neodvisno od tega, katero teorijo bi sprejeli, naj bi bilo danes nedvomno, da »pripisuje mednarodna skupnost Splošni deklaraciji posebni moralni in normativni status, ki ga nima noben drug instrument te vrste«.[201]

Pretvorba Splošne deklaracije v obvezujočo pogodbo prek posebnih paktov je trajala izredno dolgo – šele leta 1966 je namreč Generalna skupščina Združenih narodov sprejela Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah in prvi Fakultativni protokol k temu paktu (oba sta postala veljavna leta 1976).[202]

Splošna deklaracija človekovih pravic[203] med drugim določa varstvo pred samovoljnim odvzemom prostosti in neutemeljeno obsodbo. Tudi drugi najstarejši vir mednarodnega prava, tj. *Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah,*[204] v 9. členu določa varstvo pred samovoljnim priprtjem ali prijetjem.[205] Člen 9 Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah pomeni korak naprej v razvoju pravnega varstva pravice do osebne svobode na univerzalni mednarodni ravni.[206] Člen 9 pakta je namreč odpravil morebiten dvom glede tega, ali je pravica do osebne svobode pravno zavarovana na tej ravni glede na rezerve, ki jih nekateri (čeravno manjšina) izrekajo do pravne obveznosti Splošne deklaracije.[207]

Točka 5 zagotavlja, da ima vsakdo, ki je bil nezakonito aretiran ali je bil žrtev nezakonitega pripora, pravico do odškodnine. Po 10. členu pakta je treba z vsemi osebami, ki jim je vzeta prostost, ravnati človeško in s spoštovanjem dostojanstva, ki je prirojeno človekovi osebnosti. Zato 7. člen določa, da ne sme biti nihče podvržen mučenju ali nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju. Šesti odstavek 14. člena določa, da če je dokončno izrečena kazenska obsodba pozneje razveljavljena ali je obsojenec pomiloščen zato, ker novo ali pozneje odkrito dejstvo dokazuje, da je šlo za sodno zmoto, mora biti tistemu, ki je na podlagi te obsodbe prestal kazen, v skladu z zakonom povrnjena škoda, razen če se dokaže, da je povsem sam ali deloma sam kriv, da neznano dejstvo ni bilo pravočasno odkrito. Spoštovanje pakta nadzira Odbor za človekove pravice, ki ga sestavlja osemnajst članov.[208]

V sklopu pravic, ki se zagotavljajo osumljenim in obsojenim osebam za kazniva dejanja, so pomembne še določbe konvencij, s katerimi se prepoveduje uporaba mučenja ter nečloveških in ponižujočih postopkov.[209] Absolutna prepoved uporabe mučenja, nečloveških in ponižujočih postopkov in kaznovanja, določena v 5. členu

200 Prav tam, str. 247.
201 Prav tam, str. 247.
202 Prav tam, str. 247.
203 Sprejela in razglasila jo je Generalna skupščina Združenih narodov 10. decembra 1948 z resolucijo št. 217 A (III).
204 Sprejela ga je Generalna skupščina Združenih narodov 16. decembra 1966 z resolucijo št. 2200 A (XXI), veljati je začel 23. marca 1976.
205 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 65.
206 Glej G. Graovac, *op. cit.*, str. 248.
207 Prav tam, str. 248.
208 Točka 1 18. člena Pakta.
209 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 66.

Splošne deklaracije, je podrobneje opredeljena v *Konvenciji proti mučenju in drugemu krutemu, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju*,[210] ki zavezuje države podpisnice.[211] Na podlagi navedene konvencije so države članice Združenih narodov dolžne sprejeti učinkovite zakonodajne, izvršilne, sodne ali druge ukrepe, s katerimi bodo preprečile izvrševanje mučenja na celotnem ozemlju, na katerem se razteza njihova sodna oblast, vključno z obveznostjo, da aktivno preiščejo vsa dejanja mučenja, tudi brez formalne prijave, da je bilo storjeno mučenje.[212] Spoštovanje konvencije proti mučenju nadzira Odbor proti mučenju, ki ga sestavlja deset neodvisnih strokovnjakov.[213]

7. ZAKLJUČEK

Pravica do osebne svobode je ena najpomembnejših pravic, kar pričajo številni mednarodni dokumenti. Za nadaljnji razvoj in zagotovitev ustreznega varstva je pomembno varstvo pravice do osebne svobode po Evropski konvenciji o človekovih pravicah ter praksa Evropskega sodišča za človekove pravice. Prispevek še posebej poudarja peti odstavek 5. člena EKČP, ki priznava iztožljivo pravico do odškodnine vsakomur, kdor je bil žrtev odvzema prostosti v nasprotju z določbami 5. člena EKČP.

LITERATURA:

- Adele Bernhard, *Justice Still Fails: A Review of Recent Efforts to Compensate Individuals Who have Been Unjustly Convicted and Later Exonerated*, Drake Law Review, vol 52, 2004, str. 703–738.
- Lauren C. Boucher, *Advancing the Argument in Favour of State Compensation for the Erroneously Convicted and Wrongfully Incarcerated*, Catholic University Law Review, vol. 56, št. 3, 2007, str. 1069–1106.
- Marten Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht, Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa-und Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- Jasna Brežanski, *Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, št. 1, 2003.
- Justin Brooks, Alexander Simpson, *Find the Cost of Freedom: The State of Wrongful Conviction Compensation Statutes Across the Country and the Strange Legal Odyssey of Timothy Atkins*, San Diego Law Review, 49, 2012, str. 627–668.

210 Sprejela jo je Generalna skupščina Združenih narodov 10. decembra 1984.
211 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 66.
212 Glej N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 66.
213 Navedeno po N. Mrvić-Petrović, Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 65, 66.

- Jennifer L. Chunias, Yael D. Aufgang, *Beyond Monetary Compensation: The Need for Comprehensive Services for the Wrongfully Convicted*, Boston College Third World Law Journal, vol. 28, št. 1, 2008, str. 105–148.
- Jelena Čuveljak, *Naknada štete zbog neopravdane osude i neutemeljenog lišenja slobode*, http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Cuveljak_Jelena_pritvor.pdf (3. 5. 2012).
- Rachel Dioso Villa, *Without obligation: compensating the wrongfully convicted in Australia*, Albany Law Review, vol. 75, 2011/2012, str. 1329–1372.
- Howard Friedman, Wendy J. Kaplan, *Civil Consequences of Criminal Cases* https://www.suffolk.edu/documents/LawMCP/Ch43CivilConsequences.pdf (17. 7. 2014).
- Donna Gomien, *Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah*, Republika Slovenija, Ministrstvo za pravosodje, Ljubljana, 2009.
- Gregori Graovac, *Geneza i važnost prava na osobnu slobodu*, Zagrebačka pravna revija, št. 2/2013, str. 237–257.
- Momčilo Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, Savremena administracija, Beograd, 1979.
- Gwladys Gillieron, *Wrongful Convictions in Switzerland: A Problem of Summary Proceedings*, University of Cincinnati Law Review, vol. 80, št. 4, 2012, str. 1145–1165.
- Peter Jambrek, Anton Perenič, Marko Uršič (ur.), *Varstvo človekovih pravic, razprave, eseji in dokumenti*, Mladinska knjiga, Ljubljana, 1988.
- Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, *Neosnovano lišenje slobode u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije (odgovornost i kažnjivost)*, http://univerzitetpim.com/konferencija/wp-content/uploads/sites/4/2013/10/ZBORNIK-STED-2013_tre%C4%87i-deo_od-strane-295-do-strane-444.pdf (12. 7. 2014).
- Adam I. Kaplan, *The Case for Comparative Fault in compensating the wrongfully convicted*, UCLA Law Review, vol. 56, 2008, str. 227–269.
- Howard S. Master, *Revisiting the takings-based argument for compensating the wrongfully convicted*, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ecm_pro_064651.pdf (17. 7. 2014).
- Robert J. Norris, *Assessing Compensation Statutes for the Wrongly Convicted*, Criminal Justice Policy Review, št. 23/2012, str. 352–374.
- Abigail Penzell, *Apology in the context of wrongful conviction: why the system should say it's sorry*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, št. 9, 2007, str. 145–161.
- Nataša Mrvić-Petrović, Zdravko M. Petrović, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude*, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd, 2008.

- Nataša Mrvić-Petrović, Zdravko Petrović, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima*, Pravni život, št. 3, 2010, str. 7–31.
- Nataša Mrvić-Petrović, Zdravko M. Petrović, *Odgovornost države za štetu zbog neosnovane osude ili neosnovanog lišenja slobode*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, št. 145, 2013, str. 653–665.
- Myrna S. Raeder, *Introduction to wrongful convictions symposium*, Southwestern Law School, 2008, str. 745–761.
- Michael Risiger, *Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 97, št. 3, 2007, str. 761–806.
- William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, First Edition, 2015.
- Janez Šinkovec, *Pravice in svoboščine*, Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1997.
- Janez Šinkovec, *Odgovornost države za škodo*, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1998.
- Boštjan Tratar, *Uveljavljanje odškodnin za premoženjsko in nepremoženjsko škodo s primeri tožb in sodno prakso*, Založba Legat, Ljubljana, 2006.
- Christophe Quezel-Ambrunaz, *Compensation and human rights (from a French perspective)*, Nujs Law Review, št. 4, 2011, str. 189–203.
- Heather Weigand, *Rebuilding a life: the wrongfully convicted and exonerated*, Public Interest Law Review, vol. 18, 2009, str. 427–437.

POMEN ČLOVEKOVIH PRAVIC PRI SODNEM ODLOČANJU NA PODROČJU DELOVNIH RAZMERIJ

prof. dr. Barbara Kresal
Fakulteta za socialno delo, Ekonomska fakulteta
in Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

1 UVOD

Slovenija je vključena v projekt »HELP in the 28«,[1] katerega namen je izobraževanje pravnih strokovnjakov o človekovih pravicah in v okviru katerega sodelujem kot ekspertinja Sveta Evrope v delovni skupini za razvoj izobraževalnega modula za področje delavskih pravic, ki bo v prvi vrsti namenjen pravosodju v državah članicah EU. Slovenija naj bi bila ena od štirih držav, v katerih se bo ta izobraževalni modul tudi pilotno izvedel, nato pa naj bi se izvedba razširila še na druge države. To je velika priložnost za naše delovno sodstvo. Projekt se pravzaprav pomembno navezuje na siceršnjo razpravo o prihodnosti delavskih in socialnih pravic kot človekovih pravic v Evropi.[2] Prav te so bile v zadnjem obdobju krize še posebej izpostavljene pritiskom in tudi številnim kršitvam, po drugi strani pa se vse bolj krepi zavedanje, da je izhod iz krize mogoč le s spoštovanjem delavskih in socialnih pravic in da brez socialne in solidarne dimenzije ni prihodnosti Evrope oziroma z besedami iz Ustave Mednarodne organizacije dela (MOD) v širšem globalnem kontekstu, da »delo ni blago« in da je »trajni svetovni mir mogoč le, če temelji na socialni pravičnosti«. Spoštovanje in uveljavljanje človekovih pravic na področju delovnih razmerij je torej ključnega pomena.

Človekove pravice na področju dela so pomemben dosežek civilizacijskega razvoja, zlasti po drugi svetovni vojni. Svet Evrope pa – tudi s tem projektom – želi prispevati k zavedanju o pomenu človekovih pravic in najpomembnejših evropskih instrumentih o človekovih pravicah, njihovemu poznavanju, spoštovanju in dejanskemu učinkovitemu uveljavljanju v praksi, tudi s sodno prakso nacionalnih sodišč in drugih pravosodnih organov.

Ti nosijo veliko odgovornost za to, kakšna bo naša družba jutri (in danes); ali bomo zapisane človekove pravice, to tako pomembno, a krhko civilizacijsko pridobitev, znali ohraniti in razvijati naprej, ali pa bodo (p)ostale le želja in hrepeneč pogled na svet možnega (svet človečnosti, človekovega dostojanstva, svobode, varnosti in solidarnosti, medsebojnega spoštovanja in enakosti), ki ga ljudje in človeška

1 **H**uman Rights **E**ducation for **L**egal **P**rofessionals in the 28 EU Member States. Spletna stran projekta HELP-28: <http://helpcoe.org/content/help-28>.

2 Prim. npr. konferenco o prihodnosti varstva socialnih pravic v Evropi z Bruseljskim dokumentom (Bruselj, februar 2015; <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Doc_Bruxelles_version_EN_FR_DEF.pdf>) ter Torinski proces (<http://www.coe.int/en/web/turin-process/>), ki želi dati ponovni zagon pomenu Evropske socialne listine kot instrumentu, ki zagotavlja 31 temeljnih socialnih pravic, človekovih pravic na področju dela in socialne varnosti.

družba nosijo v sebi, a ga je vedno znova tako težko udejanjati (samo spomnimo se zažiganja čarovnic, dveh svetovnih vojn in vseh drugih vojn, izkoriščanja, odvisnosti, negotovosti …) in se mora vedno znova boriti za preživetje, a vedno preživi in se včasih razvija z velikimi koraki, drugič z majhnimi, včasih pa stopica na mestu ali celo nazaj. Kje smo mi in kakšne korake bomo delali? Vsak od nas. V smeri človečnosti, spoštovanja in udejanjanja človekovih pravic,[3] ali pa jih bomo prezrli, kadar bo to lažje, in se sklicevali oziroma sebe prepričevali, da so to deklaracije, programske norme, ali pa da trenutno ni finančnih možnosti za njihovo uveljavljanje, da je treba razumeti čas, v katerem živimo, in da je svet v resnici drugačen, krut, in da je treba biti realen? A tak je svet potem prav zato, ker smo (tudi mi) pogledali stran in prezrli v naših temeljnih dokumentih zapisane pravno zavezujoče človekove pravice. Zakaj pa so tam, če ne za to, da jih spoštujemo in udejanjamo?

Poudarek projekta HELP-28 in v njegovem okviru modula delavskih pravic je na vključevanju vidika človekovih pravic v sodno odločanje na področju delovnih razmerij in na evropskih standardih človekovih pravic, pomembnih za to področje. Pri tem želi povezano upoštevati relevantne pravne instrumente, sprejete tako v okviru Sveta Evrope kot v okviru Evropske unije, in pravnim strokovnjakom ponuditi jasen pregled nad relevantnimi pravnimi normami ter njihovo interpretacijo s strani sodnih in nadzornih institucij Sveta Evrope in Evropske unije. V okviru modula o delavskih pravicah je poudarek zlasti na naslednjih treh najpomembnejših evropskih dokumentih o človekovih pravicah:

- Evropski socialni listini,
- Evropski konvenciji o človekovih pravicah in
- Listini Evropske unije o temeljnih pravicah.

Nacionalna sodišča naj torej pri svojem odločanju upoštevajo in v sodne odločbe vključujejo človekove pravice, izhajajoče iz omenjenih evropskih pravnih instrumentov in njihove interpretacije, kot se je razvila v okviru nadzornih mehanizmov, ki jih predvidevajo ti instrumenti in ki zagotavljajo kompetentno zavezujočo razlago določb o človekovih pravicah iz omenjenih dokumentov in vsebinsko napolnjujejo ter konkretizirajo praviloma zelo abstraktne in splošno oblikovane določbe o človekovih pravicah.

Za področje delavskih pravic je prav gotovo osrednjega pomena in na prvem mestu Evropska socialna listina (iz leta 1961 in revidirana/spremenjena iz leta 1996),[4] relevantne določbe o človekovih pravicah na področju dela in delovnih razmerij

3 Temeljno o človekovem dostojanstvu, ki je izhodišče za vse človekove pravice, Barak, A. (2015): Human Dignity – the Constitutional Value and the Constitutional Right, Cambridge University Press, Cambridge.

4 Evropska socialna listina (spremenjena), Uradni list RS – Medn. pog., št. 7/99 (MESL). Izraz Evropska socialna listina oziroma krajše Listina in kratico ESL uporabljamo v skladu z uveljavljeno prakso Evropskega odbora za socialne pravice za poimenovanje Spremenjene Evropske socialne listine iz leta 1996 oziroma za poimenovanje Evropske socialne listine z njenim celotnim razvojem, vključno z vsemi spremembami, dodatnimi protokoli in njeno revidirano (spremenjeno) obliko iz leta 1996. Kadar imamo v mislih prvotno besedilo iz leta 1961, pa je to posebej naznačeno (ESL/1961 ali ESL iz leta 1961).
O pravicah iz Listine npr. Mikkola, M. (2010): Social Human Rights in Europe, Karelactio Legisactio, Porvoo.

pa je najti tudi v Evropski konvenciji o človekovih pravicah iz leta 1950.[5] V prvem zavezujočem dokumentu EU o človekovih pravicah, ki je precej mlajšega datuma, Listini EU o temeljnih pravicah,[6] so vse človekove pravice, tako civilne in politične kot tudi ekonomske, socialne in kulturne pravice, spet združene v istem dokumentu, v njem pa je najti kar nekaj pravic, ki so pomembne za področje dela in delovnih razmerij.[7]

Namen tega prispevka je predstaviti analizo glede vprašanja, ali in koliko slovenska sodišča pri odločanju v delovnopravnih zadevah že zdaj upoštevajo omenjene evropske dokumente o človekovih pravicah. Glede na tematsko področje je v središču pozornosti Evropska socialna listina in interpretacija njenih določb s strani Evropskega odbora za socialne pravice (EOSP): ali in koliko slovenska sodišča uporabljajo Evropsko socialno listino kot pravni vir, se sklicujejo nanjo, jo upoštevajo pri interpretaciji domače pravne ureditve ipd.

2 EVROPSKA SOCIALNA LISTINA V ODLOČITVAH USTAVNEGA SODIŠČA

Pri odločanju v delovnopravnih in socialnih zadevah, ki so urejene tudi na evropski oziroma mednarodni ravni, zlasti v relevantnih instrumentih o človekovih pravicah, Ustavno sodišče običajno upošteva te mednarodne oziroma evropske instrumente in se tudi sklicuje nanje v obrazložitvi svojih odločitev. V tem okviru se Ustavno sodišče pogosto sklicuje tudi na določbe Evropske socialne listine, včasih pa tudi na interpretacije teh določb s strani Evropskega odbora za socialne pravice.

Tako se na primer Ustavno sodišče sklicuje na 5. člen ESL o pravici do organiziranja in na 6. člen ESL o pravici do kolektivnega pogajanja v kar nekaj svojih odločitvah. V odločbi št. U-I-249/10 z dne 15. 3. 2012[8] se je Ustavno sodišče ukvarjalo s svobodo sindikalnega delovanja in avtonomnim, prostovoljnim kolektivnim pogajanjem v povezavi s sistemom plač v javnem sektorju oziroma njegovim spreminjanjem. Izpostavljeno je bilo vprašanje ureditve kvoruma, potrebnega za veljavno sklenitev

5 Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS – Medn. pog., št. 7/94 (EKČP).
Uporabna analiza, katere določbe EKČP so relevantne za področje dela in delovnih razmerij, daje npr. monografija Dorssemont, F./Lörcher, K./Schömann, I. (ur.) (2013): The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

6 Listina EU o temeljnih pravicah, UL C 303, 14. 12. 2007, str. 1–16 (LEUTP, a kratica ni povsem uveljavljena; vse bolj se uveljavlja kar izraz Listina ali Listina EU, kar pa ustvarja zmedo v razmerju do Evropske socialne listine); pojasnila k Listini EU na str. 17–35. Od 1. 12. 2009 dalje, ko je začela veljati Lizbonska pogodba, ima Listina EU v skladu s členom 6(1) Pogodbe o Evropski uniji enako pravno veljavo kot ustanovitveni pogodbi; razglašena je bila v Strasbourgu 12. 12. 2007; prevzame in prilagodi besedilo Listine, ki je bilo že prej prvič razglašeno 7. 12. 2000 v Nici. Nato je prečiščeno besedilo objavljeno v UL C 326, 26. 10. 2012, str. 391–407. Najnovejše posodobljeno besedilo Listine EU je objavljeno na spletni strani Sveta EU <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/sl/pdf> z dne 30. 1. 2015.

7 O Listini EU o temeljnih pravicah pa tudi o problematičnem razmerju med različnimi evropskimi instrumenti in pravnimi sistemi v Evropi ter o vlogi in pomenu temeljnih socialnih pravic v tem preseku npr. Bruun, N./Lörcher, K./Schömann, I. (ur.) (2012): The Lisbon Treaty and Social Europe, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

8 ECLI:SI:USRS:2012:U.I.249.10. Uradni list RS, št. 27/2012; OdlUS XIX, 34; <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US29713?q=U-I-249%2F10>.

kolektivne pogodbe v javnem sektorju. Ustavno sodišče je ugotovilo neustavnost sporne ureditve in med drugim poudarilo, da svoboda delovanja sindikatov »varuje tudi temeljne postopkovne elemente, kot so svoboda, prostovoljnost in poštenost postopka kolektivnih pogajanj« in da »ureditev, ki dopušča sklenitev kolektivne pogodbe kljub nasprotovanju katerega od reprezentativnih sindikatov, ki združuje javne uslužbence, katerih položaj ureja ta kolektivna pogodba, zato posega v prostovoljnost kot element svobode delovanja sindikatov«. Poudarilo je, da je tak poseg nesorazmeren, »kadar omogoča sklenitev za vse javne uslužbence zavezujoče kolektivne pogodbe (1) ne glede na to, da takšni sklenitvi nasprotuje reprezentativni sindikat, ki edini združuje javne uslužbence iz posamezne kategorije javnega sektorja, in (2) ne glede na to, da ji nasprotujejo reprezentativni sindikati, v katere je včlanjenih več javnih uslužbencev posamezne kategorije kot v reprezentativne sindikate, ki prav tako zastopajo to kategorijo in podpirajo njeno sklenitev«.

V obrazložitvi te odločitve[9] se Ustavno sodišče sklicuje na drugi odstavek 6. člena Evropske socialne listine, dobesedno povzema njegovo besedilo, poleg tega pa se sklicuje tudi na stališča Evropskega odbora za socialne pravice, kot izhajajo iz njegovih Sklepov.[10]

Tudi v odločbi št. U-I-284/06 z dne 1. 10. 2009[11] se Ustavno sodišče sklicuje na 5. in 6. člen ESL. Zadeva se nanaša na razmerje med sindikati in voljenimi delavskimi predstavništvi, sveti delavcev. V obrazložitvi je Ustavno sodišče med drugim poudarilo, da »niti iz Ustave niti iz mednarodnopravnih instrumentov ne izhaja zahteva, da bi morale države članice v nacionalnih zakonodajah kot stranke kolektivnih pogodb poleg sindikatov določiti tudi druge organizacije delavcev, ampak izhaja le možnost, da to storijo«, ter da sta sindikat in svet delavcev dve različni obliki delavskega predstavništva tako glede na način oblikovanja kot glede funkcije, ki jo imata, in da »zato z vidika sposobnosti biti stranka kolektivne pogodbe v primeru teh dveh oblik delavskega predstavništva ne gre za primerljiva položaja«, zato ureditev, po kateri so lahko stranke kolektivne pogodbe na delavski strani samo sindikati, ni v neskladju z Ustavo ne z mednarodnopravnimi instrumenti.

V obrazložitvi svoje odločitve[12] Ustavno sodišče citira določbe 5. in 6. člena ESL in med drugim poudari, da je treba zagotoviti delavcem in delodajalcem svobodo ustanavljanja njihovih organizacij in včlanjevanja vanje ter da Evropska socialna listina v zvezi s pravico do kolektivnega pogajanja izpostavlja tudi spodbujanje skupnih posvetovanj med delavci in delodajalci, promocijo institucij za prostovoljna pogajanja med organizacijami delavcev in delodajalcev ter promocijo vzpostavitve in uporabe institucij pomirjanja in arbitraže za reševanje delavskih sporov. V zadevi so bili poudarjeni še nekateri drugi vidiki, ki pa jih na tem mestu ne obravnavam.

9 Glejte tč. 20 obrazložitve in opombe št. 13 in 14 v odločbi US št. U-I-249/10.

10 Conclusions III, Germany, str. 34 in Conclusions IV, Austria, str. 45 (praksa Evropskega odbora za socialne pravice dostopna v bazi ESC-HUDOC (<http://hudoc.esc.coe.int/eng#>).

11 ECLI:SI:USRS:2009:U.I.284.06. Uradni list RS št., 83/2009 in OdlUS XVIII, 41; <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28852?q=U-I-284%2F06>.

12 Glejte tč. 9 v odločbi US št. U-I-284/06.

Zanimivo je omeniti odločbo št. U-I-57/95 z dne 5. 2. 1998,[13] v kateri Ustavno sodišče v obrazložitev vključi tudi Evropsko socialno listino, čeprav ta niti še ni začela veljati – v tistem času jo je Slovenija že podpisala, vendar še ne ratificirala (kar pojasni tudi Ustavno sodišče), poleg tega je Spremenjena Listina dosegla tri ratifikacije kot pogoj za začetek njene veljavnosti dobro leto kasneje, tako da je tudi za Slovenijo začela veljati s 1. 7. 1999. Kot zanimivost naj dodam, da je bila Slovenija, poleg Švedske in Francije, ena od prvih treh držav, ki so ratificirale Spremenjeno Evropsko socialno listino.

V tej zadevi je bila obravnavana nova zakonska ureditev reprezentativnosti sindikatov. Ustavno sodišče opozori na 5. člen Listine o pravici do organiziranja in poudari, da nacionalna zakonodaja ali njena uporaba v praksi ne sme preprečevati te svobode, ki jo imajo delavci in delodajalci. Prav tako sodišče omeni 6. člen Listine o pravici do kolektivnega pogajanja in izrecno poudari pomen prostovoljnosti kolektivnega pogajanja.[14]

V zadevi U-I-131/04 (odločba z dne 21. 4. 2005),[15] ki se je nanašala na ureditev odpiralnih časov trgovin na nedelje, je imelo Ustavno sodišče priložnost obravnavati pravico do tedenskega počitka, ki jo Evropska socialna listina ureja v 2. členu. V okviru pravice do pravičnih pogojev dela namreč peti odstavek 2. člena Listine vsem delavcem zagotavlja tedenski počitek, ki je, če je mogoče, na dan, ki je po tradiciji ali običajih v posamezni državi ali območju priznan kot dan počitka. Ustavno sodišče se v obrazložitvi te odločbe med drugim sklicuje na to določbo Evropske socialne listine[16] in ugotavlja, da izpodbijana ureditev sledi načelu, ki izhaja iz petega odstavka 2. člena Listine.

Ustavno sodišče se sklicuje na določbe Evropske socialne listine še v številnih drugih svojih odločitvah. Tako na primer omenja določbo 25. člena Listine (pravica delavcev do varstva njihovih zahtevkov v primeru plačilne nesposobnosti njihovega delodajalca) v odločbi št. U-I-117/07 z dne 21. 6. 2007,[17] določbo 24. člena Listine (pravica delavcev do varstva v primerih prenehanja zaposlitve) v sklepu št. Up-140/98 z dne 11. 9. 2000,[18] določbo 1. člena Listine (pravica do dela) v odločbi št. U-I-278/07 z dne 22. 10. 2009,[19] določbo 4. člena Listine (pravica do pravičnega plačila) v sklepu št. Up-981/05 z dne 23. 1. 2007[20] itd.

13 ECLI:SI:USRS:1998:U.I.57.95. Uradni list RS, št. 13/98 in OdlUS VII, 21; <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US18740?q=U-I-57%2F95>.

14 Glejte tč. 8 in 14 v obrazložitvi odločbe U-I-57/95.

15 ECLI:SI:USRS:2005:U.I.131.04. Uradni list RS, št. 50/2005; OdlUS XIV, 24; <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US24596?q=U-I-131%2F04>.

16 Glejte tč. 24 v obrazložitvi odločbe U-I-131/04.

17 ECLI:SI:USRS:2007:U.I.117.07. Uradni list RS, št. 58/2007; OdlUS XVI, 64; <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US27705?q=U-I-117%2F07>. Zadeva se je nanašala na Zakon o finančnem poslovanju podjetij, Ustavno sodišče pa se je sklicevalo na ESL v povezavi z vprašanjem varstva delavskih terjatev v primeru izbrisanih družb. Glejte tč. 40 obrazložitve.

18 ECLI:SI:USRS:2000:Up.140.98.<http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US20313?q=Up-140%2F98>. Zadeva se je nanašala na odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga večjemu številu delavcev (kolektivni odpusti) in na način izbire trajno presežnih delavcev, sodišče pa ustavne pritožbe ni sprejelo. Glejte tč. 8 obrazložitve.

19 ECLI:SI:USRS:2009:U.I.278.07. Uradni list RS, št. 94/2009 in OdlUS XVIII, 47; <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28896?q=U-I-278%2F07>. Zadeva se je nanašala na zaposlovanje za določen čas na področju kulture, Ustavno sodišče pa ni ugotovilo kršitev. Glejte tč. 12 obrazložitve.

20 ECLI:SI:USRS:2007:Up.981.05.<http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US27042?q=Up-981%2F05>.

Evropske socialne listine pa Ustavno sodišče ne uporablja le v zadevah s področja delovnih razmerij, temveč tudi v zadevah, ki se navezujejo na socialne pravice, na primer na pravice invalidov (15. člen Listine),[21] pravico do nastanitve (31. člen Listine), pravico do varstva zdravja (11. člen Listine), do socialne varnosti (12. člen Listine) in do socialne in zdravstvene pomoči (13. člen Listine).[22]

3 SKLICEVANJE NA EVROPSKO SOCIALNO LISTINO V SODBAH VRHOVNEGA SODIŠČA IN DRUGIH SODIŠČ

3.1 Vrhovno sodišče

Večina sodb Vrhovnega sodišča, ki se sklicujejo na Evropsko socialno listino, prihaja iz Delovno-socialnega oddelka tega sodišča. To je povsem pričakovano, saj ta obravnava zadeve in odloča v delovnih in socialnih sporih, v katerih se vprašanje spoštovanja temeljnih socialnih pravic, ki jih ureja tudi Evropska socialna listina, postavi bolj pogosto kot v sodnih postopkih z drugih področij.

Vrhovno sodišče se v svojih sodbah na primer dokaj pogosto sklicuje na 24. člen Evropske socialne listine (običajno skupaj s sklicevanjem na konvencijo MOD št. 158 o prenehanju delovnega razmerja), ko odloča v sporih o prenehanju pogodbe o zaposlitvi in se izpostavi vprašanje obstoja utemeljenega razloga. V tem okviru so najbolj številne zadeve, ki se ukvarjajo s poslovnim razlogom kot utemeljenim razlogom za odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcu oziroma, v terminologiji Evropske socialne listine, ki se ukvarjajo s prenehanjem zaposlitve zaradi operativnih razlogov na strani podjetja, ustanove ali službe.[23]

S sklicevanjem na Evropsko socialno listino in njen 24. člen Vrhovno sodišče podpre tudi svoje stališče, da mora biti prenehanje pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga (torej iz razlogov, povezanih z ravnanjem delavca) skrajnje sredstvo, *ultima ratio* ukrep, ki je utemeljen le v primeru dovolj resne kršitve delavčevih obveznostih.[24]

Zadeva se je nanašala na znižanje plače, izpostavljeno pa je bilo vprašanje (ne)dopustnosti odtegljajev od plače. Pritožniki so med drugim zatrjevali tudi kršitev 4. člena Evropske socialne listine, ki dovoljuje odtegljaje od plač le pod pogoji in le v takšni meri, kot je predpisano z zakoni oziroma drugimi notranjimi predpisi ali je določeno s kolektivnimi pogodbami oziroma arbitražnimi odločitvami (5. tč. prvega odstavka 4. člena Listine). Glejte tč. 3 in op. 2 obrazložitve sklepa.

21 Odločba št. U-I-146/07, 13. 11. 2008 (ECLI:SI:USRS:2008:U.I.146.07); zlasti tč. 19 in op. 20. <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28394?q=U-I-146%2F07>. Zadeva se je nanašala na pravice slepih in slabovidnih do razumnih prilagoditev v pravdnem postopku, Ustavno sodišče pa se je v obrazložitvi sklicevalo tudi na 15. člen ESL o pravici invalidnih oseb do samostojnosti, vključevanja v družbo in sodelovanja v življenju skupnosti in nujnosti pozitivnih ukrepov v tej zvezi.

22 Odločba št. Up-794/11, 21. 2. 2013 (ECLI:SI:USRS:2013:Up.794.11); tč. 9 in op. 4. <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US30021?q=Up-794%2F11>. Zadeva se je nanašala na nadomestilo med odsotnostjo z dela zaradi bolezni.

23 Glejte, na primer, sodbo VS RS, št. VIII Ips 393/2007 z dne 25. 3. 2008 (ECLI:SI:VSRS:2008:VIII.IPS.393.2007; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/27051/>) in sodbo VS RS št. VIII Ips 394/2006 z dne 20. 11. 2007 (ECLI:SI:VSRS:2007:VIII.IPS.394.2006; <http://www.sodisce.si/vsrs/odlocitve/30552/>).

24 Sodba VS RS št. VIII Ips 16/2007 z dne 18. 6. 2007 (ECLI:SI:VSRS:2007:VIII.IPS.16.2007; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/30348/>).

Posebej zanimiva je novejša sodba Vrhovnega sodišča o zakonitosti stavke iz septembra 2014.[25] V obrazložitvi te sodbe se Vrhovno sodišče sklicuje na ustavno določbo o pravici do stavke, ki ureja tudi pogoje za dopustno omejevanje stavke, med njimi tudi zahtevo javne koristi, Vrhovno sodišče pa pri tem izrecno pojasni, da je treba to ustavno določbo in koncept »zahteve javne koristi/interesa« razlagati v skladu s stališči nadzornih organov Mednarodne organizacije dela in stališči Evropskega odbora za socialne pravice.[26] Nato sodišče opiše stališča EOSP, ki se nanašajo na stavko in dopustnost njenega omejevanja v povezavi z obveznostjo opravljati minimalne storitve med stavko, poleg tega še nekatere druge vidike (ne) dopustnosti omejevanja pravice do stavke, pri čemer se sodišče sklicuje ne le na 6. člen ESL, temveč tudi na Dodatek k Listini (ki vsebuje pojasnila k 6. členu Listine) in na člen G, ki ureja pogoje za omejitve pravic iz listine.

V obravnavanem primeru je Vrhovno sodišče odločilo, da stavka ni bila nezakonita, kot je bilo zatrjevano, v obrazložitvi sodbe pa je to svojo odločitev podprlo z argumenti, ki izhajajo iz interpretacije pravice do stavke s strani Evropskega odbora za socialne pravice.

Vrhovno sodišče je, na primer, s sklicevanjem na Evropsko socialno listino poudarilo tudi to, da je pravica do stavke še posebej pomembna pravica delavcev in da je mogoče ugotoviti nezakonitost stavke le v primeru, ko se stavka izvaja v nasprotju z zakonskimi zahtevami.[27] Še nekaj drugih sodb Vrhovnega sodišča, ki se ukvarjajo s pravico do stavke in vprašanjem zakonitosti stavke, se izrecno sklicuje na 6. člen Evropske socialne listine; sodišče sicer v teh zadevah ni vedno odločilo v korist pravice do stavke.[28]

V delovnem sporu, ki se je nanašal na odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcu s statusom invalida, je Vrhovno sodišče utemeljilo svojo odločitev, da je bila odpoved nezakonita, ne le s sklicevanjem na notranjo zakonodajo, temveč tudi s sklicevanjem na 15. člen Evropske socialne listine (ter druge relevantne mednarodne instrumente). Pri tem je poudarilo, da ti delavci uživajo posebno varstvo pred izgubo zaposlitve oziroma v zvezi s prenehanjem delovnega razmerja in da mednarodni instrumenti, vključno z Listino, poudarjajo pomen pridobitve in ohranitve zaposlitve teh delavcev v običajnem delovnem okolju.[29]

25 Sodba VS RS št. VIII Ips 71/2014 z dne 1. 9. 2014 (ECLI:SI:VSRS:2014:VIII.IPS.71.2014; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/2012032113072780/>).

26 Glejte, še posebej, op. 4 v tej sodbi.

27 Sodba VS RS št. VIII Ips 168/99 z dne 7. 12. 1999 (ECLI:SI:VSRS:1999:VIII.IPS.168.99; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/28437/>).

28 Glejte, na primer, sodbo VS RS št. VIII Ips 239/2000 z dne 6. 6. 2001 (ECLI:SI:VSRS:2001:VIII.IPS.239.2000; <http://sodnapraksa.si/?q=VIII%20Ips%20239/2000&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=28774>); sodba VS RS št. VIII Ips 48/2003 z dne 20. 6. 2003 (ECLI:SI:VSRS:2003:VIII.IPS.48.2003; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/29231/>).

29 Sodba VS RS št. VIII Ips 89/2008 z dne 23. 6. 2009 (ECLI:SI:VSRS:2009:VIII.IPS.89.2008 23. 6. 2009; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/62733/>). Podobno v sodbi VS RS št. VIII Ips 10/2002 z dne 10. 12. 2002 (ECLI:SI:VSRS:2002:VIII.IPS.10.2002; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/29104/>).

3.2 Višje delovno in socialno sodišče

Večina sodb Višjega delovnega in socialnega sodišča, ki se sklicuje na Evropsko socialno listino, se sklicuje na 24. člen Listine, ki zagotavlja pravico delavcev do varstva v primerih prenehanja zaposlitve (v zadevah v zvezi s prenehanjem delovnega razmerja),[30] ali na 4. člen Listine o pravici do pravičnega plačila, še posebej na tisti vidik te pravice, ki zagotavlja delavcem pravico do višjega plačila za nadurno delo (2. tč. prvega odstavka 4. člena Listine).[31]

Kot zanimivo je poudariti tudi sodbo Višjega delovnega in socialne sodišča, v kateri se sodišče sklicuje na 28. člen Listine, ki ureja pravico predstavnikov delavcev do varstva v podjetju in ugodnosti.[32] Delavec je bil upravičen do plačanih ur odsotnosti z dela, ker je bil delavski predstavnik. Ta pravica mu ni bila kratena. Prav tako je prejemal plačo v višini njegove prejšnje plače, vendar pa ni bil upravičen do nekaterih dodatnih plačil v enaki višini kot ostali delavci, in sicer iz razloga, ker ni opravljal svojega dotedanjega dela oziroma ker je bil odsoten z dela zaradi svojih aktivnosti v funkciji delavskega predstavnika. Višje delovno in socialno sodišče je, tudi s sklicevanjem na Evropsko socialno listino, poudarilo, da delavski predstavniki ne smejo biti obravnavani manj ugodno zaradi svojega statusa ali aktivnosti delavskega predstavnika in da morajo biti zavarovani pred vsemi neugodnimi, zanje škodljivimi ravnanji.[33]

3.3 Kazenski oddelek Višjega sodišča

Ni prav običajno, da bi se sodišče v kazenskih zadevah sklicevala na Evropsko socialno listino. V bazi sodne prakse je mogoče najti en primer, ko je Višje sodišče v Celju, kazenski oddelek, v kazenskem postopku uporabilo določbo Listine, in sicer določbo 26. člena o pravici do dostojanstva pri delu.[34] Na prvi pogled morda preseneča, saj gre za eno bolj abstraktnih, splošnih in širokih določb Listine.

V tej sodbi je sodišče uporabilo 26. člen Evropske socialne listine v povezavi z vprašanjem opredelitve pojma šikaniranje na delovnem mestu.

Sodišče je najprej pojasnilo, da je šikaniranje na delovnem mestu novo kaznivo dejanje. Prav to je morda lahko videti kot razlog, da je sodišče sploh imelo potrebo po uporabi Listine, saj je eden redkih (pravno zavezujočih) mednarodnih dokumentov, ki omenja dostojanstvo pri delu in vsaj do določene mere regulira

30 Glejte, na primer, sodbo VDSS št. Pdp 1165/2012 z dne 14. 2. 2013 (ECLI:SI:VDSS:2013:PDP.1165.2012; <http://sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visje_del_in_soc_sodisce/2012032113055442/>); sodbo VDDS št. Pdp 1024/2009 z dne 8. 3. 2010 (ECLI:SI:VDSS:2010:PDP.1024.2009; <http://www.sodisce.si/vdss/odlocitve/2010040815260535/>) in številne druge.

31 Glejte, na primer, sodbo VDSS št. X Pdp 36/2014 z dne 11. 3. 2014 (ECLI:SI:VDSS:2014:X.PDP.36.2014; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visje_del_in_soc_sodisce/2012032113066338/>) in druge.

32 Sodba VDSS št. Pdp 60/2007 z dne 11. 10. 2007 (ECLI:SI:VDSS:2007:VDS.PDP.60.2007; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visje_del_in_soc_sodisce/41011/>).

33 Sindikalni zaupnik ne sme biti v slabšem položaju zaradi odobrene odsotnosti zaradi sindikalne dejavnosti kot so ostali delavci, ki so službeno odsotni ali na letnem dopustu. Takšna odsotnost se zato ne sme upoštevati kot odsotnost, zaradi katere delavec ne bi bil upravičen do nadomestila za razpoložljivost.

34 Sodba Višjega sodišča v Celju, kazenski oddelek, št. II Kp 7226/2009 z dne 19. 10. 2010 (ECLI:SI:VSKP:2010:II.KP.7226.2009; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/20100408152577 39/>).

negativna vedenja, kot so trpinčenje, šikaniranje na delovnem mestu, ki nasprotujejo konceptu dostojanstva pri delu. Tako je s sklicevanjem na 26. člen Listine, še posebej na njegov drugi odstavek, sodišče uspelo bolje pojasniti fenomen mobinga, šikaniranja in ugotoviti, da je ta pojem dovolj natančno definiran in jasen, tako da je mogoče dovolj določno ugotoviti njegovo vsebino. Sodišče v omenjeni sodbi dobesedno povzame določbo drugega odstavka 26. člena Listine in na tej podlagi v povezavi z drugimi relevantnimi pravnimi normami oblikuje razlago relevantne določbe kazenskega zakonika.

Še en vidik sklicevanja sodišča na Evropsko socialno listino v tej zadevi zasluži posebno pozornost. Listina ni uporabljena le kot pomoč pri razlagi neke določbe notranjega prava, pri napolnitvi in konkretizaciji njene vsebine. V obrazložitvi te sodbe sodišče zelo jasno poudari tudi naslednji vidik: da se z uzakonitvijo kaznivega dejanja šikaniranja na delovnem mestu, torej »skozi inkriminacijo spolnega nadlegovanja, psihičnega nasilja, trpinčenja ali neenakopravnega obravnavanja (na delovnem mestu ali v zvezi z delom), ki zaposlenim povzroča ponižanje ali prestrašenost«, uresničuje pravica do dostojanstva pri delu, opredeljena v določilu 26. člena Evropske socialne listine. Uzakonitev novega kaznivega dejanja v nacionalni zakonodaji pomeni torej enega od učinkovitih načinov/orodij, s katerim se zagotavlja dejansko uresničevanje, udejanjanje ene od temeljnih človekovih pravic iz Evropske socialne listine.

V konkretnem primeru sodišče sicer ni ugotovilo, da bi konkretna dejanja in obnašanje pomenila šikaniranje na delovnem mestu, vendar pa so za nadaljnjo sodno prakso pomembna stališča, ki so bila zavzeta v tej sodbi tudi glede pomena, neposredne uporabnosti in dometa Evropske socialne listine v postopkih sodnega odločanja nacionalnih sodišč.

3.4 Upravno sodišče

Naj omenim, da ena sodba Upravnega sodišča[35] zavzame popolnoma nasproten odnos do Evropske socialne listine v primerjavi z vso zgoraj predstavljeno sodno prakso drugih sodišč, ki Listino upoštevajo kot zavezujoči pravni vir. V zadevi, ki se je nanašala sicer na neprofitna stanovanja (torej ne gre za zadevo, povezano z delovnimi razmerji), je sodišče izrecno, a brez posebne argumentacije, zapisalo, da pravice iz Listine niso iztožljive pravice in se nanje posameznik ne more sklicevati v konkretnem sodnem postopku ter da odločitev Evropskega odbora za socialne pravice povzroči le politično odgovornost države.

4 SKLEP

Lahko ugotovimo, da je splošno sprejeto stališče v slovenski sodni praksi, da so določbe Evropske socialne listine pravno zavezujoče in jih morajo kot taka sodišča upoštevati, ko odločajo o zadevi, ki odpira tudi vprašanja, povezana s človekovimi pravicami, ki jih zagotavlja Listina in za katere se je Slovenija zavezala, da jih bo

35 Sodba Upravnega sodišča RS, št. U 955/2007 z dne 26. 9. 2007 (ECLI:SI:UPRS:2007:U.955.2007; <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/upravno_sodisce_rs/60312/>).

spoštovala. Sicer obstaja (le ena) sodba Upravnega sodišča, ki ne sledi takšnemu stališču in pojasnjuje, da kršitev Listine lahko ustvarja le politično odgovornost in da pravice iz Listine niso iztožljive pravice. Zdi se, da jo lahko prezremo, saj gre za unikum, ki odstopa od pravila. Tako Ustavno sodišče kot tudi Vrhovno sodišče in Višje delovno in socialno sodišče (prav tako pa tudi kazenski oddelek višjega sodišča v eni zadevi)[36] upoštevajo Evropsko socialno listino, se sklicujejo nanjo in jo uporabljajo kot relevantni pravni vir zavezujočih norm o temeljnih socialnih pravicah kot človekovih pravicah.[37]

Analiza je pokazala, da slovenska delovna sodišča že zdaj poznajo in upoštevajo Evropsko socialno listino, da se sklicujejo nanjo, največkrat uvodoma, skupaj z drugimi mednarodnimi pravnimi viri, zlasti tudi EKČP, in pravom EU. Običajno sodišča navedejo določbe Listine, jih povzamejo ali celo dobesedno citirajo, najpogosteje jih uporabijo v pomoč pri oblikovanju interpretacije določb notranje zakonodaje, dosti bolj redko pa se sodišča sklicujejo na odločitve Evropskega odbora za socialne pravice in njegove interpretacije določb Listine. Eden od razlogov je gotovo tudi ta, da se sistematično ne prevajajo v slovenščino. Poleg tega bi bilo verjetno treba povečati uporabno znanje znotraj pravosodja na tem področju (ne le poznavanje Listine in njene vsebine, njenega nadzornega mehanizma, kolektivnih pritožb, temveč tudi poznavanje podpornega orodja, kot je baza sodne prakse Evropskega odbora za socialne pravice ESL-HUDOC, kot so iskalniki, analize in metode iskanja relevantnih odločitev). Tudi temu je namenjen program HELP-28, ki naj bi s tem okrepil pomen človekovih pravic na področju dela, ki jih zagotavlja Evropska socialna listina kot temeljni evropski instrument na tem področju.

LITERATURA IN VIRI:

- Barak, A. (2015): Human Dignity – the Constitutional Value and the Constitutional Right, Cambridge University Press, Cambridge.
- Bruun, N./Lörcher, K./Schömann, I. (ur.) (2012): The Lisbon Treaty and Social Europe, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- Dorssemont, F./Lörcher, K./Schömann, I. (ur.) (2013): The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

36 Analiza se je omejila le na baze sodne prakse, ki so javno dostopne. Predvidevamo pa lahko, da tudi delovna sodišča prve stopnje sledijo enakemu pristopu.

37 O pomenu Evropske socialne listine, iztožljivosti teh pravic in nedeljivi naravi vseh človekovih pravic ter tudi o vlogi nacionalnih sodišč pri njihovem uveljavljanju npr. Končar, P. (2010): Iztožljivost socialnih pravic s poudarkom na vlogi Evropskega odbora za socialne pravice, Delavci in delodajalci, letn. 10, št. 2–3, str. 151–164; Evju, S. (2010): Applicaton by Domestic Courts of the European Social Charter, Nordic Journal of Human Rights, letn. 28, št. 3–4, str. 401–421. O razmerju med mednarodnim in notranjim pravom tudi npr. Škrk, M. (2007): Odnos med mednarodnim pravom in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča, Pravnik, letn. 62, št. 6–8, str. 275–311. O pomenu človekovih pravic na področju dela tudi Kresal, B. (2014): Mutating or dissolving labour law? The fundamental right to dignity of working people questioned (once again), V: Rigaux, M. et al. (ur.) (2014): From Labour Law to Social Competition Law?, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, str. 149–160.

- Evju, S. (2010): Applicaton by Domestic Courts of the European Social Charter, Nordic Journal of Human Rights, letn. 28, št. 3–4, str. 401–421.
- Končar, P. (2010): Iztožljivost socialnih pravic s poudarkom na vlogi Evropskega odbora za socialne pravice, Delavci in delodajalci, letn. 10, št. 2–3, str. 151–164.
- Kresal, B. (2014): Mutating or dissolving labour law? The fundamental right to dignity of working people questioned (once again), V: Rigaux, M. et al. (ur.) (2014): From Labour Law to Social Competition Law?, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, str. 149–160.
- Mikkola, M. (2010): Social Human Rights in Europe, Karelactio Legisactio, Porvoo.
- Škrk, M. (2007): Odnos med mednarodnim pravom in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča, Pravnik, letn. 62, št. 6–8, str. 275–311.

NAČRTOVANJE POKLICNEGA RAZVOJA SODNIKOV[1]

Manfred Werth
predsednik Deželnega sodišča Bamberg (ZRN) v pokoju

1 UVOD

Nekaj besed o poklicni poti.

Štirideset let sem delal v bavarskem pravosodju kot državni tožilec in sodnik ter na področju sodne uprave in izobraževanja. Skupno trideset let sem bil sodnik na okrajnih in deželnih sodiščih (*Amts – und Landgerichten*) ter na višjem deželnem sodišču (*Oberlandesgericht*). V zadnjih trinajstih letih sem bil predsednik dveh deželnih sodišč. Nazadnje sem bil predstojnik 44 sodnikov, ki so spadali k trem okrajnim sodiščem in deželnemu sodišču v Bambergu. Od 1. julija 2015 sem upokojen.

Temo v angleščini »planning a judge career« sem prevedel v »načrtovanje poklicnega razvoja sodnikov« z dodatkom »z vidika predsednika sodišča«. Slednji je neposredni predstojnik vseh sodnikov, ki so mu bili službeno podrejeni, in v našem sistemu ključni položaj za poklicno napredovanje »njegovih« sodnikov.

Zaprošen sem bil tudi, da v okviru teme spregovorim o konkretnih tematskih področjih.

Tematika je kompleksna, med drugim, ker se na delnih področjih vedno znova nanaša na sodniško neodvisnost.

2 VKLJUČITEV V POKLIC

2.1 Predhodna opomba

Pri navajanju sem uporabil samo moški spol – sodnik, sodniki. Zagotovo to vključuje tudi ženske, ker bi sicer moral stalno uporabljati »sodnik/sodniki oz. sodnica/sodnice«.

Najprej moram pojasniti, da na Bavarskem ne zaposlijo sodnika z omejenim mandatom (*Richter auf Probe*), temveč zaposlijo ali sodnika ali državnega tožilca. Bavarska predvideva spremembo kariere med dejavnostjo sodnika in državnega tožilca, pri čemer lahko sodnik s trajnim mandatom (*Lebenszeitrichter*) seveda le prostovoljno preide na področje državnega tožilstva. Praviloma je to napredovanje z možnostjo vrnitve na višje, zahtevnejše mesto sodnika.

1 Avtor je temo prispevka predstavil na 6. konferenci dobrih praks v sodstvu, ki je v organizaciji Vrhovnega sodišča Republike Slovenije potekala 9. decembra 2015 na Brdu pri Kranju.

V večini primerov prosilec v času kandidiranja ne ve, ali bo njegovo prvo delovno mesto delovno mesto sodnika ali državnega tožilca. Tudi nima nobene besede glede kraja zaposlitve, lahko pa izrazi želje.

2.2 Izbira sodnikov

Odločilen za nastop sodniške službe je rezultat drugega pravniškega državnega izpita (*Zweite Juristische Staatsexamen*). Glede na rezultate izpitov, ki se opravljajo dvakrat letno po vsej deželi – 11 peturnih pisnih izpitov in en ustni izpit, in konkretno potrebo se določi tako imenovana »državna ocena« (*Staatsnote*); glede na dosežek se lahko kandidira za nastop sodniške službe. Praviloma se vzamejo kandidati iz zadnjega oz. predzadnjega (izpitnega) letnika. Vendar lahko tudi pozneje kandidirajo s predložitvijo dodatnih usposabljanj, kot so na primer odvetniška dejavnost, poučevanje na univerzi, druga študijska področja, usposabljanje za pravnega skrbnika ali poklicna izkušnja v tujini. Dodatno usposabljanje lahko v teh okoliščinah nadomesti (bavarska lestvica ima 16 točk) tudi manjkajoče vrednosti točk, da se doseže »državna ocena«, na primer, kadar je kandidat delal kot sodniški pomočnik (*Rechtspfleger*).

Že za zaposlitev je pomemben – seveda le v omejenem obsegu – tako imenovani »osnovni profil zahtevnosti« (*Basis –Anforderungsprofil*).

Od leta 2003 obstaja – delno posodobljen – v obliki objavljenega pravnega obvestila (*Justizbekanntmachung*) profil zahtevnosti za sodnike in državne tožilce, ki je sestavljen iz osnovnega merila zahtevnosti, merila zahtevnosti za napredovanje, merila zahtevnosti s posebnimi zahtevami za sodnike na višjih deželnih sodiščih, predsedujoče sodnike itd.

Profil zahtevnosti zajema, ne da bi bil izčrpen, primere in merila, ki se pričakujejo od sodnika v njegovi funkciji z višjo odgovornostjo. Zahtevnostni profili za napredovalne funkcije so podlaga za izbor in razvoj osebja; na teh temeljijo ocenjevanja, npr., ko gre za vodstvene in organizacijske sposobnosti ali za oblikovano socialno kompetenco.

Glede nastopa sodniškega razmerja z omejenim mandatom igra pri presoji pomembno vlogo ocena poklicnega vodje delovne skupine za sodne pripravnike (*Rechtsreferendare*).

Za razumevanje: Za usposabljanje sodnih pripravnikov daje Svobodna dežela Bavarska na voljo za izobraževanje strokovno in pedagoško usposobljene sodnike za čas približno pet let. To so učitelji za sodniški naraščaj, ne samo za tiste, ki želijo postati sodniki in državni tožilci, temveč tudi za vse, ki opravljajo drugi pravniški državni izpit. Ob dvoletnem izobraževanju vodja delovne skupine kandidata relativno dobro spozna glede njegove osebnosti in strokovnih dosežkov. Končna ocena pri sodniških pripravnikih, ki pridejo v poštev z njegovega vidika, vsebuje dodatek: »Primerni za sodniško službo«. Za pojasnilo: Taka izjava se izda pred opravljenim drugim državnim izpitom.

Poklicni vodja delovne skupine je tudi tisti, ki pristopi h kandidatom, ki so po njegovem mnenju ustrezni, da jih pridobi za pravosodje. Pri odprtih vprašanjih je tudi oseba za stike s kadrovskim oddelkom ministrstva za pravosodje. Odločilni predstavitveni razgovor, pri katerem igrajo pomembno vlogo tudi ključne kompetence (*Schlüsselkompetenzen*, t. i. mehke spretnosti), se opravi na ministrstvu za pravosodje.

3 ZAČETEK SLUŽBE SODNIKA Z OMEJENIM MANDATOM

3.1 Prvo delovno mesto sodnika

Sodnik z omejenim mandatom začne na okrajnem sodišču ali deželnem sodišču, pri čemer se – kolikor je mogoče – na prvi stopnji na deželnem sodišču poskuša doseči uvajanje v senatnem sistemu. Velikokrat to ne uspe, tako da je prvo delovno mesto delovno mesto sodnika na okrajnem sodišču, kjer sam odloča, najprej seveda z omejenimi pristojnostmi oz. kazensko oblastjo.

3.2 Omejene pristojnosti

V prvem letu svoje dejavnosti sodnik z omejenim mandatom ne sme biti zaposlen kot sodnik, ki odloča o družinskih razmerjih, ali sodnik, ki odloča o skrbništvu, ali predsednik porotnega sodišča zaradi njegovih večjih kaznovalnih pooblastil.

3.3 Uvajalni tečaji in šolanje

Obvezen in prilagojen letnim terminom zaposlovanja je obisk uvajalnih tečajev in šolanj. Najprej enotedenski uvajalni tečaj s poudarkom na »poklic sodnika in razumevanje sodnikov« (*Richterberuf und Richterverständnis*), sledijo uvajalni tečaji za civilne in kazenske sodnike in šolanje za uporabo strokovnih programov elektronske obdelave podatkov na pravosodni akademiji ter šolanje na delovnem mestu. Posledično to pomeni, da je novi sodnik v prvih tednih komajda na delovnem mestu, temveč na uvajalnih tečajih in šolanjih. Tam tudi dobi pisno dokumentacijo, kot so skripta, smernice in podobno, npr. za teme: »Kako vodim civilni oddelek (*Zivilreferat*)«, »Kako pridem do poravnave v pravdnem postopku« itd.

4. SPREMLJANJE SODNIKA Z OMEJENIM MANDATOM V PRVI FAZI

4.1 Mentor

V prvi fazi igra pomembno vlogo tako imenovani »mentor«. Praviloma se mlademu kolegu daje v pomoč mentor, ki naj mu pomaga z nasveti in dejanji pri reševanju začetnih težav. Večinoma je to starejši in izkušeni sodnik kolega, ki se je s tem strinjal. Dejansko in pravno ima mentor samo svetovalno funkcijo. Tudi za sodnika z omejenim mandatom velja neodvisnost sodstva. Za procesno vodenje in odločitve nosi odgovornost sam.

Mentorja izbere predsednik. Nalogo zabeleži v osebni spis sodnika, kajti uspešna dejavnost mentorja je kvalifikacijska posebnost, ki jo je treba poudariti pri oceni.

4.2 Direktor okrajnega sodišča

Na okrajnih sodiščih je tudi naloga direktorja, ki je predstojnik nesodniškega osebja, ne pa sodnikov, da skrbi za mladega kolega in da skupaj s predsedstvom (*Präsidium*) sodišča skrbi za delitev dela, tj. prilagoditev vpisnika (*Referatszuschnitt*) tako, da upošteva pravne omejitve in ki je tudi glede količine dela primeren za poklicnega začetnika.

4.3 Predsednik senata

Če sodnik z omejenim mandatom začne v civilnem ali kazenskem senatu na deželnem sodišču, prevzame velikokrat predsednik senata vlogo mentorja tako, da se z njim pogovori o pisnih osnutkih sodb in mu pomaga pri zgradbi in formulaciji. Seveda predsednik in njegovi člani senata tesno sodelujejo.

4.4 Predsednik

V prvi fazi poskusne dobe ima predvsem predsednik povečane zahteve za nadzor in dokumentiranje glede primernosti sodnika. Konkretno to pomeni predložitev pisnih odločitev sodnika in obisk sej. Po šestih mesecih mora predsednik oceniti poskusno dobo z izjavo o napovedi glede primernosti.

V zvezi s poenostavljeno možnostjo odpovedi med poskusno dobo je treba brez olepševanja pokazati na probleme, ki jih je mogoče slutiti: šibkost pri odločitvah, pogoste preložitve obravnav, neodpornost proti stresu, uporabo nepravilnega tona itd. Preveč popustljivosti v poskusni dobi pri problemih, ki jih je mogoče slutiti, se maščuje najpozneje takrat, ko sodnik postane sodnik s trajnim mandatom. Druga ocena poskusne dobe je po enem letu, ravno tako z izjavo o napovedi. Potem sledita še tretja in četrta. Poskusna doba traja tri leta in se lahko skrajša pri zelo dobrih rezultatih, pri problemih pa tudi podaljša.

Z vsemi sodniki na poskusni dobi sem se na začetku dela »dogovoril«, tako da so mi dovolili, da jih pokličem ali ogovorim vedno takrat, kadar sem v spisih opazil »napake«, seveda ne pri malenkostih. Pojasnil sem jim, da jih takrat ne kličem kot predsednik in predstojnik, temveč kot starejši, izkušeni kolega z namenom, da jim zagotovim pomoč na začetku. To so vsi hvaležno sprejeli, ne da bi kadar koli postavili vprašanje glede neodvisnosti sodstva.

5 SODNIK S TRAJNIM MANDATOM

5.1 Menjava sodnih oddelkov

Z mislijo na uspešno poklicno napredovanje je treba najprej poiskati široko zasnovano zaposlitev z menjavo oddelkov v časovnih presledkih od 3–5 let in brez prezgodnje specializacije. Konkretno bi moral sodnik obdelati področja, kot

so civilno pravo, kazensko pravo, družinsko pravo in delež nepravdnega sodstva na okrajnem in/ali deželnem sodišču. Tukaj je naloga predsednika, da si prizadeva za pravočasno menjavo, da bi lahko ciljno podprl sodnika pri pridobivanju bogatih poklicnih izkušenj. Izkušnje so pokazale, da po nekem času obstaja določena »nepripravljenost za menjavo«, ker se sodnik »dobro počuti« v svojem oddelku, ga obvlada in se mu ni treba toliko naprezati.

5.2 Specializacija

Vedno bolj zahtevna dejanska stanja, zapletena pravna vprašanja in vedno večje delovne obremenitve nujno zahtevajo specializacijo. Poleg tega je vedno več strokovnjakov na področju odvetniške dejavnosti. Pri odvetnikih je splošni odvetnik (*Generalist*) zdaj izjema. Da bi lahko enakopravno ali bolje držali korak, se mora specializirati tudi sodstvo na posebnih vpisnikih, oddelkih in senatih. Za sodnika pomeni specializacija zaradi ponavljajočih se vprašanj več rutine, delovnega prihranka in tako boljših odločitev. Z vidika sodne uprave se s specializacijo lahko hitreje in bolje opravi več postopkov. V praksi so se na primer dobro obnesle naslednje specializacije v civilnem pravu in mnogo sodnikov, ki so se najprej odzvali odklonilno, se noče več vrniti v stari sistem. Gospodarske zadeve so skladno z zakonom posebno področje s pristojnostjo gospodarskega oddelka. Specializacije, navedene v nadaljevanju, ki zakonsko niso predvidene, temveč o njih odločajo predsedstva sodišč, in ki so se v praksi obnesle:

- spori iz najemnega razmerja,
- prometne nesreče,
- pogodbeni spori z zavarovalnicami,
- odškodninski zahtevki zoper zdravnike,
- odškodninski zahtevki zoper odvetnike in davčne svetovalce,
- odškodninski zahtevki zoper državo,
- postopki kapitalskih naložb,
- gradbeni spori.

Potreba po posebnih znanjih zahteva, da se spremeni dosedanji turnus menjav. Ni namreč smiselno, da se ponovno odpovemo posebnim znanjem, pridobljenim v obdobju 3–5 let. To za oceno pomeni, da se morajo poudariti posebna znanja kot posebne usposobljenosti, tako da sodnik, ki dlje časa ostane v enem oddelku, ne utrpi nobene škode. Tendenca gre zdaj v smer specialistov, stran od vsestranskih sodnikov, vendar ne prehitro, ne na začetku kariere.

Tudi sodniku, ki na novo začne specializacijo, je dan mentor, praviloma kolega, ki že dlje časa dela na tem posebnem področju.

5.3 Spremljanje in spodbujanje sodnika s strani predsednika

Osnovni ustrezni instrument spremljanja sodnika je na Bavarskem institucionaliziran razgovor s sodelavci (*Mitarbeitergespräch*), ki se opravlja enkrat letno in o katerem se izdela zapisnik. Obema se lahko tudi izognemo, in to se pogosto zgodi.

S svojimi sodniki sem se dogovoril, da lahko vsak kadar koli pride k meni, kadar se želi o čem pogovoriti. To je dobro delovalo. Določiti formalni pogovor enkrat na leto, ki je omejen na vprašanje »Kdaj bom napredoval?«, je nesmiseln. Bolj smiselno je imeti občasne pogovore ali tudi več pogovorov in pri tem razpravljati tudi o perspektivah in možnostih. O takih pogovorih se naredi opomba, npr.: »Danes sem imel razgovor s sodnikom X. Protokola ni bilo. Podpis«. Tak zaznamek je v osebnem spisu sodnika.

V okviru teh pogovorov se sodnikom vedno znova pojasnijo »pravila igre«, kaj je treba upoštevati, in da si ne smejo postavljati svojih lastnih »pravil igre«, še zlasti ne, če želijo napredovati. Eno od pravil iger je prevzem dodatnih nalog, npr. sodna dejavnost mediatorja (*Güterichter*), dejavnosti v sodni upravi (npr. predsedujoči sodnik (*Präsidialrichter*), predstavnik za tisk, obdelava vprašanj deželnega parlamenta (*Landtagseingaben*)), pedagoške dejavnosti pri usposabljanju, revizorske dejavnosti, dejavnosti izobraževanja na področju IT, sodelovanje pri poklicnih izpitih kot član skupine presojevalcev.

Nadaljnji pomemben instrument je ciljno usposabljanje sodnika. Samoumevno je, da se sodnik redno usposablja na svojem strokovnem področju z obiskom prireditev sodniških akademij. Poleg tega je tu še pripravljenost, da se v dogovoru s predsednikom obiskujejo seminarji, ki jih pripravijo na poznejše naloge upravljanja in vodenja, npr. seminarji za kadrovsko politiko, proračunsko pravo, reševanje sporov, tečaji retorike ali delavnice, kako ravnati z mediji.

Obvezno je, da sodnik po obisku takih seminarjev izdela kratko pisno poročilo za predsednika, v katerem zase prikaže svojo oceno o kakovosti in koristi prireditve. Sodniki tudi osebno nastopajo in poročajo.

5.4 Delegiranje na višje deželno sodišče/vrhovno sodišče (Oberlandesgericht/Oberste Gerichte) ali organe oblasti (Behörden)

Učinkovit način za usmerjanje in izbor osebja je, da se da sodnik prostovoljno za določen čas (1–2 leti ali dlje) delegirati na višje deželno sodišče po izboru in pozivu predsednika. To je poskusna doba, v kateri lahko sodnik dokaže, da je usposobljen za dejavnost na višjem sodišču. Sodniki to imenujejo »tretji državni izpit«. Sodnik se vrne na svoje prvo sodišče, v nekaterih primerih ostane po napredovanju na višjem deželnem sodišču. Možnost takih delegiranj dovoljuje, da se prilagodljivo odzove na kadrovska ozka grla in manjkajoča sistematizirana mesta, tudi v razmerju deželnih in okrajnih sodišč, npr. pri daljših izpadih zaradi bolezni ali velikem številu nosečnosti.

Pri zelo dobrih mladih sodnikih se po praksi po približno petih letih upošteva tudi napotitev za dve leti na višja sodišča ali organe oblasti kot znanstveno pomožno osebje (npr. zvezno ustavno sodišče, zvezno vrhovno sodišče, generalni zvezni državni tožilec, zvezno pravosodno ministrstvo). Dobra ocena tamkajšnjih predstojnikov je dobra odskočna deska na karierni lestvici.

6 OCENA

6.1 Vrste

Pravilo je tako imenovano »občasno ocenjevanje« (*periodische Beurteilung*). Vsi sodniki do določenega plačnega razreda se redno ocenjujejo vsaka štiri leta. Časovna zgornja meja je 26 let po prevzemu funkcije sodnika v trajnem mandatu, na zahtevo pa tudi po tem datumu.

Če sodnik med ocenjevalnim obdobjem zaprosi za napredovanje, se izdela tako imenovano »izredno ocenjevanje« (*Anlassbeurteilung*). V njem se predsednik izreče tudi glede primernosti prosilca za napredovanje. S predložitvijo vloge sodnika na višje deželno sodišče (= vmesni organ /*Mittelbehörde*/ in kadrovski oddelek) predsednik istočasno pojasni, ali šteje prosilca za »primernega«, »zelo primernega« ali »najprimernejšega« kandidata. V primeru »neprimernega« je sodnik odvrnjen od vloge, kar je večinoma delovalo. Tako in tako je v vseh letih z »mojimi« sodniki veljal naslednji dogovor: Nobene vloge brez predhodnega posveta. To je v prvi vrsti služilo zaščiti sodnikov, ki nimajo pregleda nad krogom prosilcev oziroma kandidatov, ki pridejo v poštev, in ne poznajo ozadja. Kljub razpisu so mesta pogostoma že pred tem »oddana«; to ve predsednik in ne prosilec. V posameznih primerih pride prosilec zaradi želenih oseb na razvrstitvenem seznamu na mesto, ki si ga ne zasluži. Vedno sem želel preprečiti neuspešne vloge, da sodnika ne bi po nepotrebnem frustriral. Obstaja razlika med tem, ali se ne potegueš ali pri vlogi doživiš poraz.

Pri menjavi neposrednega predstojnika med obdobjem ocenjevanja, npr. zaradi premestitve v neki drug sodni okraj, je treba pripraviti tako imenovano »vmesno oceno« (*Zwischenbeurteilung*).

O potrebi po »ocenah poskusne dobe« (*Probezeitbeurteilungen*) pa sem že govoril.

6.2 Viri podatkov za ocenjevanje

Formalni viri podatkov so vodenje sodnega vpisnika/oddelka, pisne odločitve sodnika, odločitve pritožbenih sodišč, spoznanja, ki jih pridobi predsednik pri obiskih sej, statistike npr. glede na število rešenih zadev, primerjava z drugimi sodniki znotraj sodišča, primerjava z deželnim povprečjem, število in razlogi za pritožbe za službene preglede (*Dienstaufsichtsbeschwerden*).

Sem sodijo tako imenovani »prispevki k oceni/ocenjevanju« (*Beurteilungsbeiträge*). Direktor okrajnega sodišča in predsednik senata na deželnem sodišču sta zavezana, da na zahtevo predsednika izdelata »prispevek k oceni«, ki je vključen v oceno, ni pa sestavni del osebnega spisa sodnika. Sodnik ga običajno tudi ne prejme v vednost. Prispevek k oceni ne vsebuje celotne ocene, temveč se ukvarja samo s strokovnimi sposobnostmi.

Pomemben neformalen vir znanja je stalen reden stik predsednika s predsedujočimi sodniki pritožbenih ali revizijskih sodišč. Oni lahko najbolj zanesljivo ocenijo strokovno delo sodnikov. To je bilo pri meni konkretno videti tako, da sem enkrat na mesec z vsakokratnim predsednikom – predsedniki so vsi v isti sodni zgradbi,

to seveda ne velja za predsednika 1. kazenskega senata zveznega sodišča, ki je v Leipzigu – ob skodelici kave izmenjal mnenja o opravljenem delu sodnikov. To je imelo tudi konkretne rezultate. Primer: predsednik senata na višjem deželnem sodišču mi je poročal, da pripravlja sodnik X dobre sodbe, vendar pa svoje zapisnike bere očitno zelo površno, ker je v njih veliko pravopisnih napak. Sodniku sem ob priložnosti dejal, da sem pri vračanju spisov pritožbenega sodišča – vsi spisi višjih sodišč gredo prek predsednika – v njegovih zapisnikih pogosto opazil pravopisne napake. Naj kdaj temu posveti pozornost. Problem se ni več pojavil.

Neformalni viri so tudi povratne informacije državnih tožilcev, odvetnikov in sodno osebje.

Na koncu nastane celotna slika kot pri sestavljanki.

6.3 Merila

Merila za ocenjevanje sodnika izhajajo iz profila zahtevnosti, o katerem smo že govorili, ki je sestavljen iz osnovnega merila zahtevnosti, merila zahtevnosti za napredovanje in posebnih zahtev za posebne zaposlitve.

Navajam nekatera merila:

- široko strokovno znanje, trenutno znanje, sposobnost prikazati kompleksen in zapleten proces na splošno razumljiv način, zmožnost, da se lahko ustrezno opravijo nadpovprečne delovne obremenitve s poenostavljenim načinom dela,
- sposobnost samokritične refleksije, preudarnega nastopa, avtoritete, ki ne gradi ovir,
- socialna kompetenca, bližina državljanom, pripravljenost za timsko delo, vse do zdravstvene primernosti, še zlasti telesne in duševne vzdržljivost.

O negativnih dejstvih, ki jih je treba vključiti v oceno, je treba sodnika prej seznaniti z možnostjo pravice do pravnega varstva (*rechtlichen Gehörs*).

Predpisi o ocenjevanju predvidevajo lestvico do 16 točk za celotno sodbo, posamična merila je treba opisati z besednimi predikati.

Ni samodejnega povečanja vrednosti točk, torej ne vsaka štiri leta ena točka več, čeprav si sodniki to pogosto želijo. Na moje vprašanje, kako naj utemeljim povečanje, so izjavili: ker dobro delam. Moj odgovor na to je bil: to je normalen primer, ki ne upravičuje povečanja.

Pred izdelavo se mora predsednik pogovoriti s sodnikom glede njegovih pričakovanj. Predvidena vrednost točk naj se ne sporoča; to ni dobra rešitev.

Dobre izkušnje sem pridobil z vprašalnikom, ki sem ga sam pripravil, v katerem sem povprašal o družinskem in družbenem okolju sodnikov, npr. prostovoljni angažma, hobiji, šport in podobno.

Vprašalnik se je zaključil z vprašanjem: Kaj je treba po vašem mnenju nujno vključiti v vašo oceno? Nekateri odgovori so bili zanimivi.

Poleg točkovne vrednosti, ki izraža le uvrstitev, je odločilno merilo izjava ocenjevalca v tako imenovani »primernosti za zaposlitev« (*Verwendungseignung*). Na koncu ocene predsednik konkretno ugotovi, za katero dejavnost ali dejavnosti in za kateri urad je sodnik najprimernejši ter katera področja ne pridejo v poštev. Slednje je novo v tem sistemu. Do zdaj so bile ustrezno navedene ocene, ustrezno potrdilom o delu, »z opustitvijo« (*vom Weglassen*). Niso smele vsebovati nič negativnega, torej se je delalo z opustitvami. Odsotnost je pomenila: »negativno«.

Po spremembi smernic o ocenjevanju lahko in sme zdaj predsednik npr. oblikovati: »Ob upoštevanju dosedanje poklicne izkušnje sodnika, uspešnosti ter njegovih nagnjenj so odlike sodnika nedvomno na civilnopravnem področju, manj pa v kazenskem pravu in na območju uprave. Sodnik pride v poštev za zaposlitev kot predsedujoči sodnik v civilnem ali gospodarskem senatu.«

7 IZMENJAVA IZKUŠENJ ZNOTRAJ SODIŠČA IN Z VIŠJIMI IN NIŽJIMI SODIŠČI

7.1 Letni razgovor s sodnikom (Richterdienstbesprechung)

Vsi sodniki okrajnih sodišč in deželnega sodišča morajo sodelovati pri letnem razgovoru s sodnikom. Udeležba je obvezna. Datum se določi na začetku leta z upoštevanjem sej, dopustov itd. Celodnevna prireditev se večinoma organizira sredi novembra, ker so takrat na voljo podatki o pripadu in rešenih zadevah za tretje četrtletje. Odprto in odkrito se razpravlja o vseh problemih. Sodniki lahko spregovorijo o svojih problemih, enako lahko stori predsednik. Cilj je ustvariti transparentnost v medsebojni primerjavi sodišč glede delovne obremenitve in kadrovske zasedbe. Zakaj je bilo neko sodišče kadrovsko okrepljeno, drugo pa ne? Rezultati KISS (*Kennzahlengestützte Informationssystem*; na podlagi podatkov informacijskega sistema) se analizirajo. KISS pokaže med drugim kadrovsko zasedbo, podatke o pripadu in rešenih zadevah, trajanje postopka, zaostanke, ki so vedno izraženi v odstotkih, v primerjavi z deželnim povprečjem. Ta primerjava se okrepi z uporabo zelene, rumene in rdeče barve. Zelena pomeni v nacionalnem povprečju ali bolje kot nacionalno povprečje, rdeča slabše kot nacionalno povprečje. Pri dveh zaporednih rdečih barvah – statistika se pošlje vsako četrtletje – obstaja obveznost poročanja predsednika ministrstvu za pravosodje. Poročati mora, katere ukrepe je sprejel ali namerava sprejeti, da bi izboljšal stanje, tj. da bi »pobegnil od rdeče«. Pogosto ni enostavno poročati, kajti razčlenjeni podatki omogočajo sklepanje na en posamezen ali posamezne sodne oddelke.

Sestavni del tega dogodka oziroma prireditve je skupno kosilo, pozno popoldan kulturni prispevek ali ogled, predavanje zunanjega delavca ali predstavitev z vidika »pogled prek ograje«. Zaključimo vedno s pivom ali kozarcem vina. Dogodek poteka izmenično na različnih krajih na območju deželnega sodišča. Pogosto so gostitelji občine in okrožja, na voljo dajejo tudi prostore in pijačo za srečanje. Dogodek se ustrezno »trži prek medijev«.

7.2 Izmenjava izkušenj s pritožbenim/-i sodiščem/sodišči

Najmanj enkrat letno poteka izmenjava izkušenj med pritožbenim in revizijskim sodiščem na višjem deželnem sodišču in prvostopenjskimi nižjimi sodišči. Na primer, če se družinski sodniki deželnih sodišč srečajo s pristojnimi družinskimi senati na višjem deželnem sodišču (= pritožbeno sodišče), velja enako za kazenske sodnike z njihovim revizijskim senatom. Za sodnike velikih kazenskih senatov (porotna sodišča) območja višjega deželnega sodišča pridejo člani pristojnega prvega kazenskega senata pri zveznem sodišču enkrat letno v Bamberg na izmenjavo izkušenj in izpopolnjevanje.

Pri izmenjavi izkušenj ni potrebno, da je vedno celodnevni dogodek, poteka tudi v odnosu okrajno – deželno sodišče, npr. kadar obstajajo različne odločitve okrajnih sodišč glede spornih vprašanj.

V svojem aktivnem času sem močno zagovarjal in podpiral srečanje med sodniki višjih in nižjih sodišč, ker sem menil in sem še vedno prepričan, da je osebno poznavanje udeleženih sodnikov za vsakodnevno delo zelo pomembno. Koristno je poznati tistega, ki je odločil.

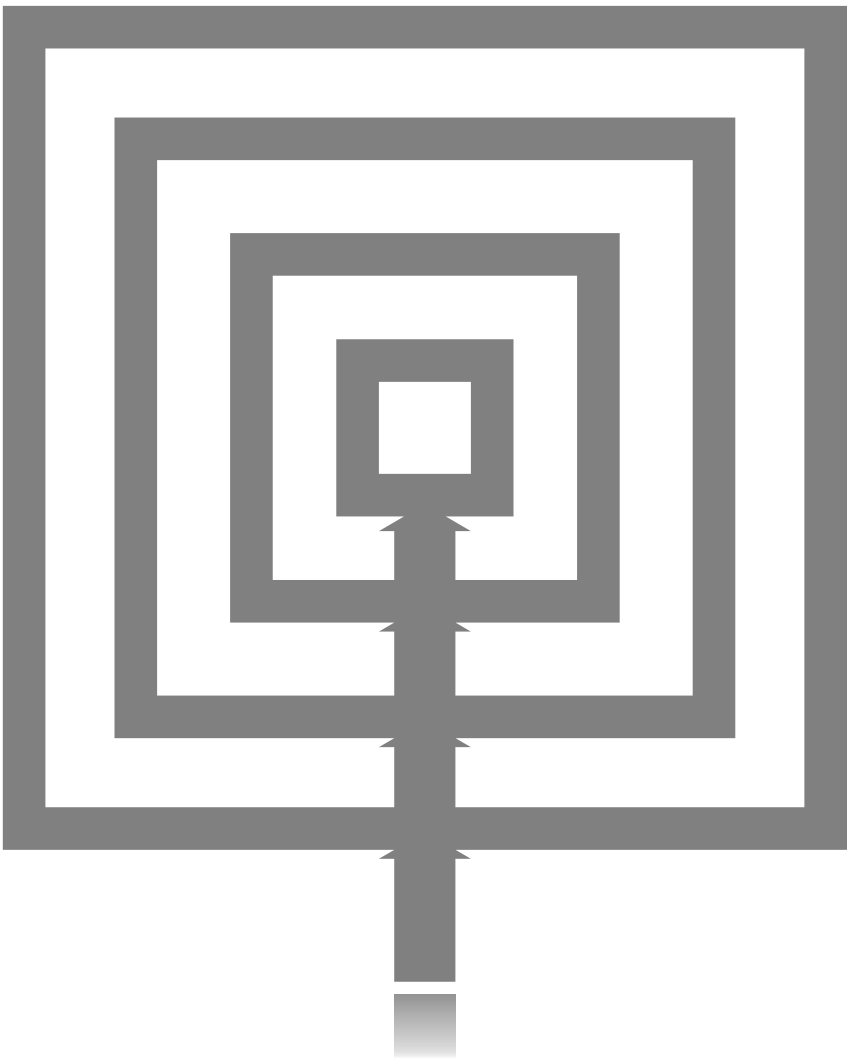
Vedno sem »svoje« sodnike spodbujal, naj se v dvomu pri pravnih vprašanjih obrnejo na svoje pritožbeno sodišče in vprašajo, ali se je o pravnem vprašanju že odločalo oziroma ali obstaja mnenje senata o zadevi.

Sem je sodilo tudi to, da sem osebno predstavil vsakega novega sodnika predsedniku pritožbenega sodišča in ob tej priložnosti vedno dobil pojasnilo, da lahko mladi kolega kadar koli prosi za nasvet.

8 SKLEPNA MISEL

V našem pravnem sistemu je ključna točka za uspešno kariero sodnika – do sodnika na višjem deželnem sodišču – predsednik deželnega sodišča kot neposredni predstojnik. Zagotovo je posamezen sodnik odločilni dejavnik s svojo strokovno usposobljenostjo in osebnimi značilnostmi, vendar je za njegovo poklicno napredovanje in prave strateške odločitve v veliki meri odločilen predsednik, ki lahko vpliva. Izbira usposobljene in primerne kandidate, jih podpira s postavljenim ciljem v čim zgodnejši fazi v dogovoru z višjim deželnim sodiščem in tako pripravi možne poti za napredovanje. On je tisti, ki »svoje« sodnike ponudi, predvsem po telefonu: »Imam enega, ki je dober, tega lahko vzamete«. To predpostavlja zaupanje na obeh straneh. »Neupravičena hvala« neprimernega kandidata s predobro oceno uspe samo enkrat.

Predpostavka za to skupno igro je vsekakor, da sodniki sodelujejo in upoštevajo pravila igre, ki so določena »od zgoraj«.



IZ PRAKSE ZA PRAKSO

IZBRIS PRAVIC IZ ZEMLJIŠKE KNJIGE

prof. dr. Renato Vrenčur
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1 PRENEHANJE ZEMLJIŠKEGA DOLGA[1]

1.1 Navidezni pravni posli

Ker so glede na 50. člen Obligacijskega zakonika – OZ[2] navidezni (simulirani) pravni posli nični, uveljavljanje ni omejeno z rokom (93. člen OZ), kar je za tožnika ugodno.[3] To pomeni, da je v primerih zlorab z zemljiškimi dolgovi mogoče uveljavljati ničnost posojil in ničnost indosamentov na zemljiških pismih (v zvezi s t. i. varovalnimi zemljiškimi dolgovi). Če je za posojilne[4] transakcije izkazan denarni tok prek bančnih računov, je dokazovanje za tožnika težje. Sodišče je v zvezi z izročitvijo gotovine izreklo: »**Toženec naj bi izročil tožnici denar v gotovini, kar terja strožjo presojo prepričljivosti njegovih trditev o virih zatrjevanega posojila.«**[5]

Po ustaljeni sodni praksi gre pri sklenitvi navidezne pogodbe za hoteno in sporazumno neskladnost med voljo pogodbenikov na eni strani in na drugi strani izjavo te volje navzven, namenjeno drugim, da bi pri teh nastala zmotna predstava. Obe stranki torej hočeta, da (simulirani) posel nastane le na videz, na zunaj, zanju pa ne velja.[6] Ugotovimo lahko, da so merila za dokazovanje simulacije postavljeni v sodni praksi razmeroma strogo: **»Pri navidezni pogodbi gre za hoteno in sporazumno razhajanje med voljo pogodbenikov in izjavo te volje navzven, ki je namenjena drugim, da bi pri teh nastala zmotna predstava.[7] Tisti, ki navideznost pogodbe uveljavlja in želi doseči, da taka pogodba nima učinkov, mora ponuditi zadostne razloge za zaključek, da sta oba s sopogodbenikom želela nekaj drugega in ne tistega, kar je navedeno v pogodbi.«**[8]

1 Z Zakonom o spremembah Stvarnopravnega zakonika – SPZ-A (Uradni list RS, št. 91/2013) je bil ukinjen zemljiški dolg. SPZ-A je začel veljati 6. 11. 2013. Ker novela ni mogla razveljaviti že vpisanih zemljiških dolgov, je v 5. členu SPZ-A tudi jasna prehodna določba: »Za zemljiške dolgove, ki so bili ustanovljeni pred uveljavitvijo tega zakona in zemljiške dolgove, ki so vpisani v zemljiško knjigo po uveljavitvi tega zakona na podlagi zemljiškoknjižnega predloga, vloženega pred uveljavitvijo tega zakona, se uporabljajo določbe drugega odstavka 108. člena, drugega odstavka 110. člena, 111. člena in 192. do 200. člena Stvarnopravnega zakonika - SPZ (Uradni list RS, št. 87/02).«

2 Obligacijski zakonik – OZ (Uradni list RS, št. 97/07 – UPB).

3 Na ničnost pazi sodišče po uradni dolžnosti in se lahko nanjo sklicuje vsaka zainteresirana oseba (92. člen OZ).

4 Kot sporni se lahko pokažejo predvsem tisti varovalni zemljiški dolgovi, kjer nastopa kot posojilodajalec fizična ali pravna oseba, ki ni banka.

5 VSL sodba II Cp 57/2014, 4. 6. 2014.

6 VS, sodba II Ips 183/2009, 25. 10. 2012; VS, sklep II Ips 674/2009, 11. 10. 2012.

7 Primerjaj odločbo II Ips 1015/2008 z dne 26. 2. 2008.

8 Primerjaj odločbo II Ips 152/2008 z dne 14. 4. 2011.

Sodna praksa je izrekla, **da je lahko ničen tudi enostranski pravni posel o ustanovitvi zemljiškega dolga. Če lastnik nepremičnine ustanovi lastniški zemljiški dolg z namenom, da bi izigral vrstni red poplačila, je tak posel ničen. Vendar pa tega upnik ne more uveljavljati v zemljiškoknjižnem postopku (sproženim za vknjižbo zemljiškega dolga), marveč v pravdi.**[9] Glavni očitek je v zlorabi instituta zemljiškega dolga. Prepoved zlorabe pravic je temeljno pravno načelo. Zakon prepoveduje navidezno izvrševanje stvarnih pravic. Za navidezno izvrševanje pravic gre tedaj, če njihov imetnik ravna z izključnim ali očitnim namenom, da drugemu škoduje (12. člen SPZ).[10] Tudi prepoved povzročanja škode je splošno načelo civilnega prava. Obe pravni načeli sta konkretizirani na več načinov. Pritrditi je treba ugotovitvi, da je že ustanovitev zemljiškega dolga z namenom izigrati vrstni red poplačila in s tem oškodovati upnike v nasprotju z moralo ter zato nična. Ničen je torej enostranski pravni posel, ki je bil sklenjen v obliki notarskega zapisa. Tožnik pa mora v tej zvezi ponuditi zadostne razloge za takšen zaključek.

Ob predpostavki, da sprejmemo vsa zgornja stališča, bi bil tožbeni zahtevek v zvezi z navideznimi posli, kjer na strani toženih strank nastopata kot nujna sospornika posojilojemalec in posojilodajalec, lahko tak (takšno tožbo vloži oškodovani upnik – tretja oseba):

1. **Posojilna pogodba, sklenjena med …..** (posojilojemalec, ki je običajno tudi lastnik obremenjene nepremičnine z zemljiškim dolgom, ki ga je ustanovil z namenom izigrati vrstni red in s tem oškodovati druge svoje upnike) **in ….** (posojilodajalcem, na katerega je bilo indosirano zemljiško pismo in je tudi on ravnal z očitnim namenom oškodovati druge upnike posojilojemalca) **z dne … za posojilo ...** (podatki o terjatvi), **je nična.**
2. **Indosament, s katerim je indosant …** (isti posojilojemalec kot zgoraj) **prenesel zemljiško pismo …** (navedba podatkov iz zemljiškega pisma) **in s tem zemljiški dolg na indosatarja …** (isti posojilodajalec kot zgoraj) **z dne …, ki se glasi: »Plačajte po odredbi …** (navedba posojilodajalca)«, **je ničen.**
3. **Enostranski pravni posel o ustanovitvi zemljiškega dolga, sklenjen v obliki notarskega zapisa, opr. št. SV… z dne…, ki ga je izjavil …** (isti posojilojemalec, kot zgoraj), **je ničen.**
4. **Vknjižba zemljiškega dolga, ki je v zemljiški knjigi vpisan z ID omejitve 12345678, je neveljavna ter se vzpostavi prejšnje zemljiškoknjižno stanje, in sicer tako, da se izbriše zemljiški dolg, ki je v zemljiški knjigi vpisan z ID omejitve 12345678.**
5. Stroški…..

Izhajamo iz predpostavke, da je imetnik zemljiškega dolga izročil zemljiško pismo izvršilnemu sodišču. V tej zvezi glej razdelek 1.6.3 Posebna pravila za prenehanje po ZIZ.

9 VSL sklep I Cp 4060/2011, 22. 8. 2012; VSL sklep II Ip 2219/2013, 29. 5. 2013.

10 Stvarnopravni zakonik – SPZ (Uradni list RS, št. 87/2002 in 91/2013). Takšno določbo (pravno načelo) vsebuje tudi OZ v tretjem odstavku 7. člena: »Za navidezno izvrševanje pravice gre, če njen nosilec ravna z izključnim ali očitnim namenom, da drugemu škoduje.«

Ker tožnik uveljavlja izbrisni zahtevek, je dopustna tudi zaznamba izbrisne tožbe po pravilih ZZK-1.[11] Tožbo vložijo oškodovani upniki. Normalni pogoj za uveljavljanje vseh zahtevkov je tudi ta, da je tožniku znan indosatar (posojilodajalec). V tej zvezi glej v nadaljevanju, kjer razpravljamo o posebnih pravilih za prenehanje zemljiškega dolga po ZFPPIPP[12] in ZIZ,[13] ki omogočajo razkritje indosatarja (zakonitega imetnika zemljiškega pisma).

1.2 Izpodbijanje pravnih dejanj

1.2.1 Po OZ

Glede na 255. člen OZ lahko vsak upnik, čigar terjatev je zapadla v plačilo, tudi ne glede na to, kdaj je nastala, izpodbija pravno dejanje svojega dolžnika, ki je bilo storjeno v škodo upnikov. Šteje se, da je bilo pravno dejanje storjeno v škodo upnikov, če zaradi njega dolžnik nima dovolj sredstev za izpolnitev upnikove terjatve.[14] S pravnim dejanjem je mišljena tudi opustitev, zaradi katere je dolžnik izgubil kakšno premoženjsko pravico ali s katero je zanj nastala kakšna premoženjska obveznost.

Odplačno razpolaganje se lahko izpodbija, če je dolžnik ob razpolaganju vedel ali bi bil moral vedeti, da s tem škoduje svojim upnikom in če je bilo tretjemu, s katerim ali v čigar korist je bilo pravno dejanje storjeno, to znano ali bi mu moralo biti znano. Če je ta tretji dolžnikov zakonec ali je z njim v sorodstvu v ravni ali stranski vrsti do vštetega četrtega kolena ali v svaštvu v ravni oziroma stranski vrsti do vštetega drugega kolena, se domneva, da mu je bilo znano, da dolžnik s takim razpolaganjem škoduje upnikom. Pri neodplačnih razpolaganjih in z njimi izenačenih pravnih dejanjih se šteje, da je dolžnik vedel, da s takim razpolaganjem škoduje upnikom, in se za njihovo izpodbijanje ne zahteva, da je bilo tretjemu to znano ali da bi mu moralo biti znano. Odpoved dediščini se šteje za neodplačno razpolaganje (256. člen OZ).

Sodišče je v eni izmed zadev odločilo: »V skladu s prvim odstavkom 255. člena OZ lahko vsak upnik, čigar terjatev je zapadla v plačilo, ne glede na to, kdaj je nastala, izpodbija pravno dejanje svojega dolžnika, ki je bilo storjeno v škodo upnikov. Terjatev upnika, ki utemeljuje izpodbojno pravico, in pravno dejanje torej nista povezana s časom kot pogojem izpodbijanja. Upnik lahko izpodbija pravno dejanje dolžnika, ki je nastalo pred zapadlostjo terjatve ali po njej. Bistveno je, da zaradi pravnega dejanja dolžnika ni mogoče izpolniti obveznosti. Čas izpodbijanja

11 Zakon o zemljiški knjigi – ZZK-1 (Uradni list RS, št. 58/2003, 45/2008, 28/2009, 25/2011).

12 Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010-ORZFPPIPP21, 26/2011, 47/2011, 87/2011-ZPUOOD, 23/2012 Odl.US: U-I-185/10-18, Up-1409/10-20, 48/2012 Odl.US: U-I-285/10-13, 47/2013, 63/2013-UPB7, 100/2013).

13 Zakon o izvršbi in zavarovanju – ZIZ (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14 in 58/14 – odl. US, 54/2015, 76/2015 – odl. US).

14 VSL sodba II Cp 700/2013, 15. 1. 2014: OZ določa dva pogoja, potrebna za utemeljenost tožbe na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, in sicer zapadlost terjatve in neplačevitost. Terjatev mora biti zapadla, ne glede na to, kdaj je nastala, neplačevitost pa mora biti objektivna oziroma, da dolžnikovo premoženje ne zadošča za poplačilo upnika. Upnik je tisti, ki mora dokazati dolžnikovo neplačevitost. Pri tem velja kot dokaz objektivne neplačevitosti predvsem dejstvo, da je bila delno ali v celoti neuspešna izvršba denarne terjatve na dolžnikovo premoženje.

pravnega dejanja je pomemben samo z vidika roka za uveljavljanje izpodbojne pravice po 257. členu OZ.**«**[15] Izpodbojna tožba v primeru odplačnega razpolaganja se lahko vloži v enem letu, v drugih primerih pa v treh letih. Rok se šteje od dneva, ko je bilo storjeno izpodbijano pravno dejanje, oziroma od dneva, ko bi bilo treba opraviti opuščeno dejanje (glej 257. člen OZ).

Z vidika pasivne legitimacije je pomembna določba drugega odstavka 259. člena OZ, ki določa, da se izpodbojna tožba vloži zoper tretjega, s katerim ali v čigar korist je bilo storjeno izpodbijano pravno dejanje, oziroma zoper njegove univerzalne pravne naslednike.[16] Učinek izpodbijanja je ta, da izpodbojno pravno dejanje (če sodišče ugodi tožbenemu zahtevku) izgubi učinek le proti tožniku in le toliko, kolikor je potrebno za izpolnitev njegovih terjatev (glej 260. člen OZ). Sodna praksa je izrekla, da vsebino zahteve za sodno varstvo določa materialno pravo, ki ureja pauliansko tožbo (določbe od 255. do 260. člena OZ). **Učinek izpodbijanja v primeru ugodilne sodbe je relativen. S sodbo izpodbito dolžnikovo pravno dejanje učinkuje samo v razmerju do upnika – tožnika in samo v obsegu, ki je potreben za poplačilo njegove terjatve.** Temu ustrezno je treba tudi prilagoditi tožbeni zahtevek. Zahteva za razveljavitev dolžnikovega dejanja, pa čeprav le za delno razveljavitev, ni v skladu z relativnim učinkom. Tudi delna razveljavitev namreč učinkuje absolutno. Ko je pravno dejanje razveljavljeno, ne velja več praviloma za nikogar. **Pri relativnem učinku izpodbijanja po 260. členu OZ dejanje nasproti tretjim velja ves čas še naprej, proti uspešnemu tožniku pa ne učinkuje le v določenem obsegu in le za obdobje do poplačila njegove terjatve.**[17]

Glede na povedano bi bil v zvezi z izpodbijanjem zemljiškega dolga na mestu zahtevek, s katerim bi tožnik (oškodovani upnik) zahteval, da indosament v razmerju do tožnika nima pravnega učinka do vrednosti njegove (tožnikove) terjatve:

»**Indosament, s katerim je indosant …** (ustanovitelj zemljiškega dolga) **prenesel zemljiško pismo …** (navedba podatkov iz zemljiškega pisma) **in s tem zemljiški dolg na indosatarja …** (tožena stranka, ki je imetnik zemljiškega pisma in s tem zemljiškega dolga) **z dne …, ki se glasi: »Plačajte po odredbi …** (navedba imetnika zemljiškega pisma)«, **nima pravnega učinka do vrednosti ….. EUR do tožnika.«**

Na podlagi pravnomočne ugodilne sodbe pridobi tožnik dejansko ugodnejši vrstni red poplačila (v postopku izvršbe) iz vrednosti obremenjene nepremičnine. Ker indosament nima pravnega učinka v razmerju do tožnika, se v resnici šteje, kot da zemljiški dolg zanj ne obstoji oziroma pravno dosledno, kot da ima zemljiški dolg slabši vrstni red od npr. upnikove (tožnikove) prisilne hipoteke, ki jo je pridobil na podlagi zaznambe izvrše. Z indosamentom zemljiškega pisma je indosatar pridobil »zemljiško zastavo«, tj. prednostno poplačilno upravičenje iz vrednosti

15 VS, sodba II Ips 108/2009, 23. 2. 2012.

16 VS, sodba II Ips 1023/2007, 20. 1. 2011: materialno pravo določa, zoper koga se vloži izpodbojna tožba, tj. zoper tretjega, s katerim ali v čigar korist je bilo storjeno izpodbijano pravno dejanje (283. čl. ZOR). Z izpodbojnim zahtevkom upnik (tožeča stranka) uveljavlja vračilo koristi, ki je bila pridobljena z oškodovanjem. To korist pa lahko upniku vrne samo tisti, ki jo je pridobil (toženci). Dolžnik bi se lahko pridružil tožencem kot stranski intervenient.

17 VS, sodba in sklep II Ips 6/2012, 4. 7. 2013.

nepremičnine za znesek, na katerega se glasi zemljiški dolg. Zaradi tega je treba razveljaviti učinke te »zastave« v razmerju do oškodovanega upnika (tožnika), ki zaradi izpodbojnega pravnega dejanja ostane brez poplačila svoje terjatve, saj dolžnik drugega premoženja nima. To pa je mogoče doseči z razveljavitvijo učinkov indosamenta, saj je ta povzročil nastanek poplačilnega upravičenja iz vrednosti nepremičnine za indosatarja. Ker do premika premoženja zaradi indosamenta ni prišlo (do tega bi prišlo v primeru izvedbe zemljiškega dolga), indosatarju ni mogoče naložiti plačila zneska, ki ustreza tožnikovi terjatvi do dolžnika. Gre za podoben položaj, kot ko bi dolžnik ustanovil hipoteko v korist tretje osebe z najboljšim vrstnim redom in na ta način oškodoval svojega upnika. V takšnem primeru bi tožnik (upnik) zahteval razveljavitev učinkov zemljiškoknjižnega dovolila, s katerim je bila dovoljena vknjižba hipoteke v korist tretjega. V obeh primerih gre v resnici za izpodbijanje vrstnega reda zemljiških zastav na podlagi paulianske tožbe iz OZ. Tako lahko ponovimo trditev, da pri relativnem učinku izpodbijanja po 260. členu OZ dejanje proti tretjim velja ves čas še naprej, proti uspešnemu tožniku pa učinkuje le v določenem obsegu in le za obdobje do poplačila njegove terjatve. **Glede na tako postavljene materialnopravne temelje paulianske tožbe po OZ po naši oceni ni ustrezna »absolutna« razveljavitev pravnega dejanja ter v tej zvezi nujno sosporništvo dolžnika in tretjega na pasivni strani ter tudi ne izbrisna tožba, saj vse navedeno povzroči »absolutno« prenehanje izpodbojnega pravnega dejanja, kar pa ne ustreza pravni značilnosti paulianske tožbe. Tudi ni ustrezen zahtevek za izročitev zemljiškega pisma, saj toženec ostane imetnik zemljiškega dolga in zemljiškega pisma, na podlagi katerega uveljavlja prednostno poplačilno upravičenje, vendar v rangu uspešnega tožnika iz izpodbojne tožbe.**

1.2.2 Po ZFPPIPP

Pravno dejanje stečajnega dolžnika, izvedeno v obdobju izpodbojnosti, je izpodbojno, če je povzročilo bodisi zmanjšanje čiste vrednosti premoženja stečajnega dolžnika tako, da zaradi tega drugi upniki lahko prejmejo plačilo svojih terjatev v manjšem deležu, kot če dejanje ne bi bilo opravljeno, bodisi da je oseba, v korist katere je bilo dejanje opravljeno, pridobila ugodnejše pogoje za plačilo svoje terjatve do stečajnega dolžnika, in če je oseba, v korist katere je bilo dejanje opravljeno, takrat, ko je bilo to dejanje opravljeno, vedela ali bi morala vedeti, da je dolžnik insolventen (prvi odstavek 271. člena ZFPPIPP).

Izpodbojni zahtevek je tudi tukaj treba vložiti proti osebi, ki je zaradi izpodbijanega dejanja prejela kakšno korist. Na podlagi prvega odstavka 275. člena ZFPPIPP izpodbojni zahtevek vsebuje pravico zahtevati, da se v razmerju med stečajnim dolžnikom in osebo, v korist katere je bilo to dejanje opravljeno, razveljavijo učinki izpodbojnega pravnega dejanja. Predmet izpodbojne pravice je lahko zavezovalni, razpolagalni ali korporacijski pravni posel. Če zavezovalni pravni posel ni predmet izpodbijanja, saj ne izpolnjuje objektivnih pogojev izpodbojnosti, je treba uveljaviti le zahtevek za razveljavitev razpolagalnega pravnega posla.[18]

18 VSL, sodba I Cpg 51/2014, 25. 2. 2014.

Upoštevaje pravila o izpodbijanju pravnih dejanj stečajnega dolžnika po ZFPPIPP (od 269. do 278. člena ZFPPIPP), bi bilu ustrezno uveljavljati zahtevek, s katerim bi tožnik (npr. stečajni upravitelj v imenu stečajnega dolžnika) zahteval, da se v razmerju med stečajnim dolžnikom (indosantom in ustanoviteljem zemljiškega dolga) in indosatarjem (imetnikom zemljiškega dolga) razveljavijo učinki indosamenta (prenosa zemljiškega pisma) in izroči zemljiško pismo. S tem postane ustanovitelj zakoniti imetnik zemljiškega pisma, ki pa nima prednostnega poplačilnega upravičenja (glej tretji odstavek 199. člena SPZ v zvezi s 5. členom SPZ-A[19]):

»V razmerju med stečajnim dolžnikom (indosantom; ustanoviteljem zemljiškega dolga; tožnik) **in indosatarjem** (imetnikom zemljiškega dolga; toženec) **se razveljavijo pravni učinki indosamenta, s katerim je indosant …** (ustanovitelj zemljiškega dolga) **prenesel zemljiško pismo …** (navedba podatkov iz zemljiškega pisma) **in s tem zemljiški dolg na indosatarja …** (tožena stranka, ki je imetnik zemljiškega pisma in s tem zemljiškega dolga) **z dne …, ki se glasi: »Plačajte po odredbi …** (navedba imetnika zemljiškega pisma in drugi podatki iz indosamenta, ki je zapisan na hrbtni strani zemljiškega pisma)«.

V primeru gornjega zahtevka izhajamo iz predpostavke, da je izvirnik zemljiškega pisma pri sodišču, ker je imetnik zemljiškega dolga prijavil terjatev in ločitveno pravico v stečaju (glej tudi razdelek 1.6.2 Posebna pravila za prenehanje po ZFPPIPP). Če je upnik v zvezi s prijavo terjatve in izločitvene pravice izročil izvirnik zemljiškega pisma stečajnemu dolžniku, posebni zahtevek za izročitev zemljiškega pisma ni potreben.

Glede na 1. točko prvega odstavka 391. člena ZFPPIPP je obdobje izpodbojnosti zadnja tri leta pred uvedbo postopka osebnega stečaja, če gre za pravne posle in dejanja, ki jih je stečajni dolžnik sklenil v dobro oseb, ki imajo v razmerju do njega položaj ožje povezane osebe, oziroma v dobro svojih polnoletnih otrok). V takšnem primeru se ne zahteva izpolnitev subjektivnega pogoja izpodbojnosti (drugi odstavek 391. člena ZFPPIPP). **V praksi so primeri, ko je dolžnik, ki je v osebnem stečaju, v zadnjih treh letih pred uvedbo stečaja indosiral zemljiška pisma na ožje družinske člane, ki so mu že pred indosamenti zagotovili posojila.** Tako v postopku osebnega stečaja subjektivni pogoj ni predpostavka izpodbojnosti pravnega dejanja stečajnega dolžnika, če je stečajni dolžnik sklenil in izvedel pravno dejanje v dobro osebe, ki ima v razmerju do njega položaj ožje povezane osebe, oziroma v dobro svojih polnoletnih otrok.[20]

Izpodbojni zahtevek glede terjatev, ločitvenih in izločitvenih pravic, ki jih je upnik prijavil v stečajnem postopku (upoštevaje pravno dobroto iz 298.a člena ZFPPIPP), je dopusten samo v primeru, če so bile terjatve, ločitvene ali izločitvene pravice prerekane v skladu s pravili ZFPPIPP o preizkusu terjatev, ločitvenih ter izločitvenih

19 Zakon o spremembah Stvarnopravnega zakonika – SPZ-A (Uradni list RS, št. 91/2013).

20 Glej tudi pri Plavšak, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 285.

pravic (peti odstavek 275. člena ZFPPIPP). V tem primeru je treba tudi izpodbojno tožbo vložiti v roku za vložitev tožbe za ugotovitev neobstoja terjatve, ločitvene ali izločitvene pravice (drugi odstavek 277. člena ZFPPIPP), to je v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev (glej npr. drugi odstavek 308. člena ZFPPIPP). Za terjatve ter ločitvene in izločitvene pravice, ki so jih upniki prijavili v stečaju, je torej procesna predpostavka za izpodbijanje prerekanje. V teh primerih je lahko rok za vložitev izpodbojne tožbe daljši od splošnega 6-mesečnega roka od objave oklica o začetku stečajnega postopka (glej 277. člen ZFPPIPP).

V zvezi z izpodbijanjem prenosa zemljiških pisem ne obstoji pravna korist za izpodbijanje ustanovitve zemljiškega dolga in zemljiškoknjižnega dovolila za vknjižbo zemljiškega dolga, saj že z razveljavitvijo pravnih učinkov prenosa zemljiškega pisma (in izročitvijo tega vrednostnega papirja) nastopi položaj, ko postane imetnik zemljiškega pisma njegov ustanovitelj (to je tožnik – stečajni dolžnik), ki nima prednostnega poplačilnega upravičenja (glej tretji odstavek 199. člena SPZ v zvezi s 5. členom SPZ-A). Tako lahko bodisi predlaga redni izbris zemljiškega dolga bodisi počaka, da pride do prisilnega izbrisa na podlagi pravnomočnega sklepa o izročitvi nepremičnine. Poleg tega je vprašljivo, ali ustanovitev zemljiškega dolga sploh izpolnjuje objektivni pogoj izpodbojnosti.

Glede obveznosti po povratnem indosamentu je treba pojasniti, da lahko tožnik, ko dobi zemljiško pismo, prečrta indosament in se šteje, kot da indosamenta sploh ni bilo. Gre torej za posebno pravilo zakona.[21]

Zemljiško pismo je vrednostni papir po odredbi. To pomeni, da se prenaša z indosamentom kot razpolagalnim pravnim poslom (in izročitvijo papirja), predpisanim za to vrsto vrednostnega papirja (220. člen OZ). Ureditev vrednostnih papirjev je vsebovana v OZ, ki ureja splošna pravila za vrednostne papirje. To pomeni, da je treba tudi pri zemljiškem pismu upoštevati pravila OZ. Ker pa OZ vseh vprašanj v zvezi z vrednostnimi papirji po odredbi ne ureja, je treba smiselno uporabiti tudi nekatere določbe iz ZM. Vendar pa je treba opozoriti, da zemljiško pismo ni menica in da se lahko zanj uporabijo le tiste določbe ZM, ki ne nasprotujejo njegovi pravni naravi. Tako na primer zanj niso ustrezne določbe o protestiranju, regresnih zahtevkih, akceptiranju, avaliranju, obrestovanju nominalnega zneska in podobno. Pri zemljiškem pismu gre za poplačilno pravico iz vrednosti nepremičnine (stvarnopravno jamstvo), in ne za prevzem osebnega jamstva. Zaradi tega je položaj zakonitega imetnika zemljiškega pisma veliko bolj kakovosten, kot je položaj meničnega upnika. Prav zaradi tega, ker pri zemljiškem pismu jamči dolžnik z nepremičnino in zaradi stvarnopravne narave tega vrednostnega papirja, niso ustrezna vmesna osebna jamstva indosantov. Sicer pa je tudi v splošnih pravilih o vrednostnih papirjih v OZ določeno, da indosant ni odgovoren za neizpolnitev obveznosti izdajatelja, razen če zakon drugače določa ali če je nasprotno določilo zapisano v vrednostnem papirju (tretji odstavek 223. člena OZ). SPZ takšnega osebnega jamstva indosantov ne pozna.

21 Glej prvi odstavek 15. člena Zakona o menici – ZM, ki se smiselno uporablja tudi za zemljiško pismo.

1.3 Kdo je zakoniti imetnik zemljiškega pisma?

»Iz prijave terjatve upnika v tem postopku izhaja, da je upnik prijavil terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku, da ima upnik za zavarovanje svoje terjatve v posesti original zemljiškega pisma, vendar pa, kot izhaja iz priloženega zemljiškega pisma, se zemljiško pismo glasi na zemljiškoknjižnega lastnika, upnik pa na zemljiškem pismu ni določen kot zakoniti imetnik zemljiškega pisma, zato bi moral prenos zemljiškega pisma izkazati na način iz prvega odstavka 225. člena OZ, to je z nepretrgano vrsto indosamentov. To je skladno z določbo tretjega odstavka 216. člena OZ, ki določa, da je zakoniti imetnik vrednostnega papirja na ime ali po odredbi (to je primer zemljiškega pisma) tisti, na katerega se vrednostni papir glasi oziroma tisti, na katerega je bil pravilno prenesen. Prav slednje pa upravitelj v tem postopku prereka. Iz tega tudi izhaja, da upnik ne uveljavlja terjatev na podlagi izvršilnega naslova.«[22]

Iz obrazložitve:
Resnično zemljiško pismo je po določbi drugega odstavka 199. člena SPZ izvršilni naslov, vendar pa za konkretnega imetnika le, če se izkaže kot zakoniti imetnik. Za to pa mora biti na zemljiškem pismu indosament, ki ga predmetno zemljiško pismo nima. Indosamenta upnik ne zatrjuje niti v pritožbi zoper izpodbijani sklep. Višje sodišče še dodaja, da tudi po analogiji z Zakonom o izvršbi in zavarovanju – ZIZ, ki določa, kaj je izvršilni naslov, velja, da bi bil izvršilni naslov izkazan le z upoštevanjem 24. člena ZIZ. **Zemljiško pismo je izvršilni naslov za zakonitega imetnika samo takrat, kadar je to nasledstvo izkazano z ustreznim indosamentom, po določbi prvega odstavka 24. člena ZIZ pa bi moral biti tak podpis prenosnika (zemljiškoknjižnega lastnika v konkretni zadevi) tudi overjen, saj se prenos terjatve v takem primeru izkazuje z javno ali po zakonu overjeno zasebno listino.** Nič od tega ni podanega v tem postopku, zato sodišče prve stopnje v tej zadevi utemeljeno ni uporabilo določbe 302. člena ZFPPIPP, ki določa, da če je prerekana upnikova terjatev, ki temelji na izvršilnem naslovu, mora tisti, ki je prerekal terjatev (to pa je v tej zadevi upravitelj), v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev vložiti tožbo za ugotovitev neobstoja prerekane terjatve.

1.4 Prepoved izstavitve zemljiškega pisma

VSL, sklep II Cp 303/2014, 2. 4. 2014: po sicer že razveljavljenem določilu, vendar v obravnavanem primeru še uporabnega 196. člena SPZ, zemljiškoknjižno sodišče potem, ko je izvršena vknjižba zemljiškega dolga, zemljiško pismo kot vrednostni papir izstavi ustanovitelju zemljiškega dolga. **Izstavitev zemljiškega pisma torej sodišču nalaga zakon, konkretno 196. člen SPZ v prvem odstavku, kar je akt izvajanja sodne oblasti in v izstavitev zemljiškega pisma z začasno odredbo ni mogoče poseči** oziroma bi bil predlog za izdajo začasne odredbe v taki vsebini neprimerno sredstvo zavarovanja z začasno odredbo. Neposredna izročitev tega zemljiškega pisma po njegovi izstavitvi ustanovitelju zemljiškega dolga pa ne pomeni več neposrednega izvrševanja sodne oblasti, ampak je to tehnično dejanje, ko se z izročitvijo zemljiškega pisma ustanovitelju zemljiškega

22 VSL, sklep Cst 245/2014, 17. 6. 2014.

dolga omogoči prenašanje zemljiškega pisma za zavarovanje upnikove terjatve zoper njega. Ker izročitev zemljiškega pisma ni več neposredni akt izvajanja sodne oblasti v ožjem pomenu besede, je po prepričanju pritožbenega sodišča v ta del postopanja sodišča, ki je izdalo zemljiško pismo, mogoče poseči z začasno odredbo tako, da se zemljiško pismo fizično ne izroči ustanovitelju zemljiškega dolga zaradi zavarovanja denarne terjatve tretjega zoper njega kot dolžnika. Kot torej pravilno opozarja pritožba, izročitev zemljiškega pisma v obravnavanem primeru v hrambo namesto ustanovitelju zemljiškega dolga dolžniku ni kršitev določila 196. člena SPZ.

1.5 Prepoved razpolaganja z zemljiškim dolgom

VSK sklep CDn 262/2014, 25. 9. 2014: pritožnik je kot podlago k predlaganemu vpisu priložil sklep Okrožnega sodišča v Celju, s katerim je bila v njegovo korist izdana prepoved G. T.-ju, da obremeni ali razpolaga s stvarno pravico, ki izvira iz zemljiškega pisma. Stanje v zemljiški knjigi takega vpisa ne dovoljuje, saj G. T. ni vpisan kot imetnik pravice, glede katere je izdana prepoved razpolaganja in obremenitve. Res se za prvega imetnika zemljiškega pisma šteje ustanovitelj, vendar to v ničemer ne spremeni dejstva, da G. T. v zemljiški knjigi ni vpisan kot imetnik izvedene pravice in zato niso izpolnjeni pogoji za vpis po 150. členu ZZK-1.

Iz obrazložitve:
Tudi sicer je sodišče prve stopnje pravilno pojasnilo, da priloženega sklepa o začasni odredbi ni mogoče izvršiti v zemljiški knjigi že glede na pravno naravo in vsebino zemljiškega dolga ter dejstvo, da je zemljiško pismo vrednostni papir po odredbi. Povedano pomeni, da so morebitne prepovedi razpolaganja in obremenitve lahko vezane kvečjemu na vrednostni papir, saj se razpolaganje in obremenjevanje ne vpisuje v zemljiško knjigo. Zemljiški dolg je glede razpolaganja in obremenjevanja tudi neprimerljiv z ureditvijo pri služnostih. Stvarne služnosti so ustanovljene v korist druge nepremičnine, njihov imetnik je res vsakokratni lastnik gospodujoče nepremičnine, vendar je pri gospodujoči nepremičnini v zemljiški knjigi vpisan s podatki, kot jih zahtevajo 23., 24. in 25. člen ZZK-1.

1.6 Izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige

1.6.1 Redni izbris po SPZ, ZZK-1 in Pravilniku o zemljiškem pismu

Izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige se lahko opravi samo ob predložitvi zemljiškega pisma (prim. drugi odstavek 200. člena SPZ).[23] Pri tem je treba opozoriti na izjemo, po kateri se zemljiški dolg izbriše iz zemljiške knjige tudi brez predložitve zemljiškega pisma. Do tega pride v primeru prisilne prodaje nepremičnine v postopku izvršbe (v skladu z določili ZIZ; glej 172. in 173. člen ZIZ) ali prisilne prodaje nepremičnine v stečaju (v skladu z določili ZFPPIPP; glej 342. člen ZFPPIPP).

23 Glej tudi peti odstavek 44. člena ZZK-1.

Ker vknjiženi zemljiški dolg učinkuje v korist vsakokratnega zakonitega imetnika zemljiškega pisma, se pri vpisu pridobitve niso vpisovali podatki o imetniku te izvedene pravice (drugi odstavek 20. člena ZZK-1).

Po 11. členu Pravilnika o zemljiškem pismu[24] razveljavi zemljiško pismo na zahtevo njegovega zakonitega imetnika tisto zemljiškoknjižno sodišče, ki je izdalo zemljiško pismo (ne glede na novi sistem dodeljevanja zadev). Predlog za razveljavitev zemljiškega pisma mora biti vložen pisno, priložen pa mu mora biti izvirnik zemljiškega pisma, ki naj se razveljavi. Če je vlagatelj predloga za razveljavitev zemljiškega pisma zakoniti imetnik tega pisma, mu zemljiškoknjižno sodišče izda potrdilo o vloženem predlogu za razveljavitev zemljiškega pisma. Potrdilo vsebuje številko zemljiškega pisma, identifikacijski znak izvedene pravice (vknjiženi zemljiški dolg), ki je zapisan v zemljiškem pismu, in podatke o vlagatelju predloga ter potrditev, da je vlagatelj predloga zakoniti imetnik zemljiškega pisma. To potrdilo mora biti priloženo k predlogu za izbris zemljiškega dolga ali k predlogu za spremembo zemljiškega dolga v hipoteko. Šteje se, da je zemljiško pismo razveljavljeno, ko je izveden izbris zemljiškega dolga. Zemljiškoknjižno sodišče nato po izvedenem vpisu na zemljiško pismo odtisne pečat z napisom »RAZVELJAVLJENO« s podatki o opravilni številki in datumu sklepa o dovolitvi izbrisa zemljiškega dolga ali vpisa spremembe zemljiškega dolga v hipoteko.

Navedeno pomeni, da se predlog za razveljavitev zemljiškega pisma vloži pisno, in sicer pri tistem zemljiškoknjižnem sodišču, ki je zemljiško pismo izdalo (k predlogu je treba priložiti izvirnik zemljiškega pisma). Predlog za izbris zemljiškega dolga pa se vloži v elektronski obliki, h kateremu je treba priložiti potrdilo o vloženem predlogu za razveljavitev zemljiškega pisma.

1.6.2 Posebna pravila za prenehanje po ZFPPIPP

Ločitveni upnik mora prijaviti terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku (v treh mesecih po objavi oklica o začetku stečajnega postopka; drugi odstavek 59. člena ZFPPIPP). Tako kot terjatev je treba v stečaju prijaviti tudi ločitveno pravico, sicer ločitvena pravica preneha (peti odstavek 298. člena v zvezi z 59. členom ZFPPIPP). Navedeno strogost je omilila novela ZFPPIPP-F[25] za terjatve, zavarovane s hipoteko. Z novelo ZFPPIPP-F je bil dodan novi 298.a člen (40. člen ZFPPIPP-F), ki je določil posebno pravilo za prijavo in preizkus hipoteke in terjatve. Določba 298.a člena ZFPPIPP se tako glasi:

»(1) Pravila, določena v tem členu, se uporabljajo za hipoteko ali maksimalno hipoteko, ki se pridobi z vpisom v zemljiško knjigo, in za terjatev, zavarovano s tako hipoteko ali maksimalno hipoteko.

(2) Če je po stanju ob začetku stečajnega postopka na nepremičnini vknjižena lastninska pravica v korist stečajnega dolžnika, in je ta lastninska pravica omejena z vknjiženo hipoteko ali maksimalno hipoteko, katere vknjižba je začela učinkovati

24 Uradni list RS, št. 15/2003….99/2012.
25 Uradni list RS, št. 100/2013.

pred začetkom stečajnega postopka, veljajo ta posebna pravila:

1. velja**, da sta v stečajnem postopku pravočasno prijavljeni ta hipoteka ali maksimalna hipoteka in terjatev, zavarovana z njo**;
2. upravitelj mora v osnovni seznam preizkušenih terjatev vključiti to hipoteko ali maksimalno hipoteko in terjatev, zavarovano z njo, **tudi če ju upnik ni prijavil v roku za prijavo iz drugega odstavka 59. člena tega zakona.**

(3) Če se z vpisom, ki je začel učinkovati pred začetkom stečajnega postopka in je bil opravljen po začetku stečajnega postopka, v korist stečajnega dolžnika vknjiži lastninska pravica, ki je omejena s hipoteko ali maksimalno hipoteko, ali če se s takim vpisom vknjiži hipoteka ali maksimalna hipoteka, se za preizkus te hipoteke ali maksimalne hipoteke in terjatve, zavarovana z njo, smiselno uporablja 71. člena tega zakona tako, da mora upravitelj v 15 dneh po dnevu, ko zve za pravnomočnost sklepa o dovolitvi tega vpisa, izdelati dodatni osnovni seznam.«.

Novi 298.a člen zakona se uporablja za stečajne postopke, ki se začnejo po uveljavitvi novele ZFPPIPP-F (glej četrti odstavek 48. člena ZFPPIPP-F). Novela ZFPPIPP-F je začela veljati 7. 12. 2013.

V tej zvezi se je vse do sprejetja navedene novele zastavljalo vprašanje, ali niso morda pravila insolvenčnega prava prestroga do tistih upnikov, katerih pravice so razvidne iz (javne) zemljiške knjige. To so zlasti hipotekarni upniki; upniki terjatev, ki so zavarovane s hipotekami (navadno, notarsko in maksimalno hipoteko). Neprijava terjatve znotraj prekluzivnega trimesečnega roka (ki prične teči z dnem objave oklica o začetku stečajnega postopka) je samodejno povzročila izgubo pravice in zahtevka za uveljavljanje terjatve ter posledično tudi izgubo (akcesorne) ločitvene pravice (hipoteke). Tudi v primeru, ko je hipotekarni upnik prijavil zavarovano terjatev, ni pa prijavil ločitvene pravice, je slednjo izgubil.[26] Ohranil je sicer terjatev, vendar s položajem upnika nezavarovane terjatve. Izguba hipoteke kot stvarne pravice se je zdela prestroga sankcija, še zlasti zaradi tega, ker je hipoteka zapisana v najpomembnejšem nepremičninskem javnem registru (zemljiški knjigi), čigar podatki o pravnem stanju nepremičnin so razvidni vsakomur (zemljiška knjiga je javna knjiga; velja neizpodbojna domneva – *presumptio iuris et de iure*, da so podatki, ki so vpisani v zemljiški knjigi, vsakomur znani). Prekluzija se je zdela prestroga tudi zaradi tega, ker je hipoteka značilna absolutna (stvarna) pravica z učinkom *erga omnes*, ki je najpogosteje namenjena zavarovanju (kreditnih) terjatev. Prenehanje hipoteke zaradi njene neprijave v postopku stečaja ni ustrezalo njeni stvarnopravni naravi.

26 Navedeno je veljalo zlasti v primerih, ko je bil stečajni dolžnik hkrati glavni dolžnik in zastavitelj. Že načelno pravno mnenje, sprejeto na občni seji Vrhovnega sodišča Republike Slovenije dne 21. 6. 2013 (Sodnikov informator, št. 9/2013, str. 5–11), je jasno poudarilo, da neprijava terjatve v stečaju povzroči prenehanje terjatve le v razmerju do stečajnega dolžnika, ne pa v razmerju do poroka ali zastavitelja. Tudi v primeru, ko upnik ni prijavil zavarovane terjatve v stečaju, terjatev ni prenehala v razmerju do poroka ali zastavitelja. Če je na primer zastavitelj oseba, ki je različna od stečajnega dolžnika, je jasno, da stečajni dolžnik ni lastnik zastavljene stvari ter hipotekarnemu upniku ni treba prijavljati ločitvene pravice (in je tudi ne more) v stečaju glavnega dolžnika, ker ta ni bil zastavitelj in tudi ne lastnik »ločene stečajne mase«.

Pravilo, ki ga uvaja določba 298.a člena ZFPPIPP, ne velja za »še živeče« zemljiške dolgove, to je tiste, ki so bili vpisani (oziroma vloženi zemljiškoknjižni predlogi za vpis) pred novelo SPZ-A. Neprijava terjatve in ločitvene pravice bo zato povzročila prenehanje zemljiškega dolga. S tem je ZFPPIPP želel doseči dva cilja. Bodisi prenehanje zemljiškega dolga bodisi razkritje imetnika zemljiškega pisma, proti kateremu lahko stečajni upravitelj v imenu stečajnega dolžnika (ali drugi upniki stečajnega dolžnika) vloži ustrezno tožbo.

1.6.3 Posebna pravila za prenehanje po ZIZ

Po noveli ZIZ-J morajo upniki zemljiškega dolga in zastavni upniki, ki niso sočasno izvršilni upniki, priglasiti svojo terjatev najpozneje do razdelitvenega naroka (2. točka 196. člena in drugi odstavek 198. člena ZIZ), v nasprotnem primeru sodišče njihovih terjatev ne upošteva pri poplačilu iz kupnine, dobljene s prisilno prodajo nepremičnine. Takšno strogost je treba pripisati dejstvu, da sodišče (pred razdelitvenim narokom) imetnikom zemljiškega pisma in zastavnim upnikom, ki niso predlagali izvršbe, ter so glede na stanje zemljiške knjige sodišču znani, vroča sklepe (sklep o tržni vrednosti, odredbo o prodaji na prvi ali drugi javni dražbi, sklep o domiku, sklep o izročitvi ter vabilo na narok za razdelitev kupnine, v katerem jih opozori, da bodo njihove terjatve pri poplačilu upoštevane le, če bodo priglašene pisno ali ustno najpozneje na razdelitvenem naroku in da lahko samo še na razdelitvenem naroku izpodbijajo obstoj drugih terjatev, njihovo višino in vrstni red, po katerem imajo pravico do poplačila; tretji odstavek 207. člena ZIZ). Ker imetniki zemljiškega dolga praviloma niso znani sodišču (ti imetniki se ne vpisujejo v zemljiško knjigo, saj se vpis glasi na /anonimnega/ zakonitega imetnika zemljiškega pisma), jih sodišče tudi ni moglo obveščati oziroma jim vročati sodnih pisanj. Pred novelo ZIZ-J je sodišče za neznane imetnike zemljiškega dolga hranilo njim pripadajoči znesek na računu sodnih pologov. Zaradi navedenih problemov v zvezi z zemljiškim dolgom je novela ZIZ-J uredila oklicni postopek, v okviru katerega pozove imetnike zemljiškega dolga, da sodišču v treh mesecih od dneva objave oklica sporočijo svoje identifikacijske podatke in sodišču izročijo izvirnik(e) zemljiškega pisma. Oklic se objavi na sodni deski in spletni strani sodišča ter prek zaznambe, ki se v zemljiški knjigi vpiše pri vknjiženem zemljiškem dolgu (glej 172.a člen ZIZ). Če **imetnik zemljiškega pisma sodišču v navedenem roku ne sporoči identifikacijskih podatkov in ne predloži izvirnika zemljiškega pisma, velja domneva, da je imetnik zemljiškega pisma ustanovitelj zemljiškega dolga, če se najpozneje na razdelitvenem naroku ne dokaže drugače (četrti odstavek 172.a člena ZIZ). S tem velja ustanovitelj (lastnik tako obremenjene nepremičnine) za zakonitega imetnika zemljiškega pisma, ki pa nima prednostnega poplačilnega upravičenja (glej tretji odstavek 199. člena SPZ v zvezi s 5. členom SPZ-A). Zaradi tega sodišče ne poplača neznanega imetnika zemljiškega dolga (glej 208. in 198. člen ZIZ). Prav tako se zemljiški dolg v skladu s pravili ZIZ na podlagi pravnomočnega sklepa o izročitvi nepremičnine izbriše iz zemljiške knjige (glej 192. člen v zvezi s 173. členom ZIZ).**

Zelo pomembna je tudi nova določba ZIZ (četrti odstavek 201. člena ZIZ) v zvezi z ***actio Pauliana***. Če upnik zamudi enoletni ali triletni rok za vložitev tožbe na

izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj iz 257. člena OZ, lahko s tožbo izpodbija pravno dejanje ustanovitve oziroma razpolaganja z zemljiškim dolgom, če to stori najpozneje na razdelitvenem naroku.[27] Treba je opozoriti, da takšna določba kljub veliki želji, da se »rešimo« špekulativnih zemljiških dolgov, ne more imeti retroaktivnega učinka.

2 PRENEHANJE SLUŽNOSTI, STAVBNE PRAVICE, HIPOTEKE

2.1 Prenehanje izvedenih stvarnih pravic na podlagi uveljavitve oblikovalnega upravičenja

2.1.1 Uvod

Lastnik nepremičnine lahko zaradi določenih dejstev uveljavlja ukinitev izvedene stvarne pravice. Takšno lastnikovo upravičenje je oblikovalno upravičenje, ki ga lahko uveljavlja le sodno, s tem da od sodišča zahteva, da ukine izvedeno pravico. V razmerju do tretjih začne prenehanje pravice učinkovati z vpisom v zemljiško knjigo. **Podlaga za vpis (vknjižbo izbrisa) je pravnomočna oblikovalna sodba,** izdana na podlagi vložene oblikovalne tožbe, **s katero je tožnik zahteval ukinitev (prenehanje) pravice. Takšna oblikovalna upravičenja so npr. urejena v 222. členu SPZ** (za prenehanje stvarnih služnosti), **v 237. členu SPZ** (za prenehanje užitka), v **262. členu SPZ** (za prenehanje stavbne pravice).

Lastnik služeče nepremičnine lahko zahteva, naj stvarna služnost preneha, če postane nekoristna za uporabo gospodujoče stvari ali če se bistveno spremenijo okoliščine, v katerih je bila ustanovljena. Stvarna služnost preneha z dnem, ko postane sodna odločba pravnomočna, odločba upravnega organa pa dokončna (222. člen SPZ).

Užitkar mora med trajanjem užitka kot dober gospodar vzdrževati stvar v skladu z njenim gospodarskim namenom. Užitkarja bremenijo vsi stroški rabe kot tudi stvarna bremena in javne dajatve ne glede na korist, ki jo ima od užitka. Če užitkar ne izpolni katere od obveznosti iz prejšnjega odstavka in je ogrožena substanca stvari, lahko lastnik od užitkarja zahteva primerno zavarovanje. Če mu užitkar tega zavarovanja ne da, lahko lastnik zahteva predčasno prenehanje užitka. V tem primeru ima užitkar pravico do nadomestila za predčasno prenehanje, ki ga sodišče določi, upoštevaje stanje stvari in pričakovano trajanje užitka (237. člen SPZ).

Lastnik nepremičnine lahko zahteva, da stavbna pravica preneha, če imetnik stavbne pravice ne plačuje nadomestila ali če izvršuje stavbno pravico preko dogovorjenega obsega. Sodišče ob prenehanju stavbne pravice določi primerno nadomestilo, ki ga mora plačati lastnik nepremičnine imetniku stavbne pravice (262. člen SPZ).

27 Glej pri Ekart, Novela ZIZ-J – odprta vprašanja, Izvršilna šola, Čatež, 27. 11. 2014 (gradivo za izobraževanje).

2.1.2 Tožbeni zahtevki

Stvarna služnost, ki je v zemljiški knjigi vpisana z ID omejitve 12345678, preneha.
Užitek, ki je v zemljiški knjigi vpisan z ID omejitve 12345677, preneha.
Stavbna pravica, ki je v zemljiški knjigi vpisana z ID omejitve 12345676, preneha.

2.2 Izvirno prenehanje izvedenih stvarnih pravic

2.2.1 Uvod

Od prenehanja izvedenih stvarnih pravic na podlagi uveljavitve oblikovalnega upravičenja je treba ločiti izvirno prenehanje izvedenih stvarnih pravic.

Pravni temelj prenehanja izvedene stvarne pravice je pravno dejstvo oziroma skup pravnih dejstev, nastop katerih povzroči prenehanje izvedene stvarne pravice. Po vrsti pravnega temelja se prenehanja stvarnih pravic delijo na izvirne in izvedene. Za izvedeno (derivativno, pravnoposlovno) prenehanje je značilno, da izvedena stvarna pravica preneha na podlagi izjave volje (pravnega posla) imetnika te pravice. **Za izvirno (originarno) prenehanje je značilno, da izvedena stvarna pravica preneha neodvisno od (poslovne) volje njenega imetnika.** Izvirno prenehanje izvedene pravice lahko povzročijo različna pravna dejstva. Nekatera pravna dejstva lahko povzročijo prenehanje vsake izvedene stvarne pravice, druga pa povzročijo samo prenehanje določenih izvedenih pravic.

Izvirno prenehanje hipoteke nastopi kot posledica prenehanja terjatve (prvi odstavek 137. člena SPZ). **Izvirno prenehanje služnosti je urejeno v 223. členu SPZ**.

Če preneha zavarovana terjatev, zastavna pravica preneha, razen če zakon določa drugače. Zastavna pravica preneha tudi s prenehanjem predmeta zastave. Če mesto predmeta zastave nadomesti nov predmet, ki je zastavljiv, zastavni upnik pridobi enako vrsto zastavne pravice na novem predmetu (137. člen SPZ).

Stvarna služnost preneha (1) če se lastnik služeče stvari upre njenemu izvrševanju, lastnik gospodujoče stvari pa svoje pravice tri leta zaporedoma ne izvršuje; (2) če se ne izvršuje v času, potrebnem za njeno priposestvovanje; (3) če je gospodujoča oziroma služeča stvar uničena (glej 223. člen SPZ). Za prvi primer prenehanja stvarne služnosti se v teoriji uporablja izraz priposestvovanje svobode (*usucapio libertatis*).[28] Do tega pride, če se lastnik služeče stvari upre njenemu izvrševanju, lastnik gospodujoče stvari pa svoje pravice tri leta zaporedoma ne izvršuje. Tako lahko preneha tudi negativna služnost.

28 Sodišče dovoli zaznambo spora o prenehanju pravice na podlagi tožbe, vložene proti imetniku druge vknjižene pravice, s katero dolžnik od sodišča zahteva, da ugotovi prenehanje te pravice. Gre torej za spore, s katerimi tožeča stranka z ugotovitveno tožbo zahteva prenehanje stvarne pravice, kot npr. spor o prenehanju služnosti (priposestvovanje svobode), spor o prenehanju stavbne pravice, spor o prenehanju hipoteke ipd. (VSL sklep I Cp 488/2011, 15. 6. 2011).

Stvarna služnost lahko preneha tudi, če se ne izvršuje v času, potrebnem za njeno priposestvovanje (mišljena je doba 20 let).[29] Gre za zastaranje služnosti. V tej zvezi je treba opozoriti, da negativna služnost ne more zastarati, ker nima zaznavnih sestavin njenega izvrševanja.

Stvarna služnost preneha tudi, če se bodisi gospodujoča bodisi služeča stvar uniči.

Če imetnik izvedene stvarne pravice, ki je prenehala izvirno, ne izstavi (prostovoljno) za vknjižbo (izbrisa) primerno listino, je treba dejstvo prenehanja uveljavljati z ugotovitveno tožbo. Pravnomočna ugotovitvena tožba je listina, primerna za izbris pravice.

2.2.2 Tožbeni zahtevki

Ugotovi se, da je prenehala stvarna služnost, ki je v zemljiški knjigi vpisana z ID omejitve 12345678.

Ugotovi se, da je prenehala hipoteka, ki je v zemljiški knjigi vpisana z ID omejitve 12345678.

2.3 Prenehanje oziroma prenos služnosti v javno korist (ali gre pri prenosu služnosti v javno korist za njeno prenehanje in vnovično ustanovitev v korist novega operaterja, kot imetnika služnosti?)

Višje sodišče v Kopru[30] je v spodaj navedeni zadevi izhajalo iz napačne materialnopravne podmene. Služnost v javno korist res ni samostojno prenosljiva (kot je sodišče pravilno ugotovilo)**, ampak se prenese skupaj s pravico upravljati omrežje. To pravico ima praviloma lastnik infrastrukture, zaradi česar se tudi služnost samodejno prenese skupaj s prenosom lastninske pravice na omrežju in pravice upravljanja z infrastrukturo ter obvestitvijo Agencije za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije o spremembi**

29 Sodišče prve stopnje je pravilno ugotovilo, da tožnica svoj zahtevek za prenehanje stvarne služnosti utemeljuje z navedbo dejstev, pravno ustreznih za presojo na podlagi druge alineje 223. člena SPZ, vendar v zvezi s tem ni ugotovilo pravno odločilnega dejstva, ki ga je zatrjevala tožnica, tj. da toženca že več kot 20 let ne izvršujeta peš hoje po tožničini parceli v korist svojih nepremičnin (VSC sklep Cp 1047/2010, 15. 6. 2011).

30 Glej odločbo VSK sklep CDn 8000000083/2011, 14. 11. 2011: »V obravnavani zadevi gre za vpis spremembe služnostnega upravičenca pri že vknjiženi služnosti. Nepravo stvarno služnost ureja Stvarnopravni zakonik (v nadaljevanju SPZ) v 226. členu, kjer je določeno, da se služnost, ki je po svoji naravi stvarna služnost, lahko ustanovi tudi v korist določene osebe. V teh primerih se glede nastanka in prenehanja uporabljajo določila tega zakona, ki urejajo osebne služnosti. Drugih določil glede neprave stvarne služnosti SPZ ne vsebuje. Ob sklenitvi pogodbe o prenosu neprave stvarne služnosti se je notarka sicer sklicevala na komentar omenjenega 226. člena SPZ, za takšno obliko prenosljivosti neprave stvarne služnosti se je zavzelo tudi sodišče prve stopnje v izpodbijanem sklepu. Vendar je po oceni pritožbenega sodišča takšno stališče materialnopravno zmotno, na kar utemeljeno opozarja pritožba. Po oceni pritožbenega sodišča je za prenos potrebno sodelovanje lastnika obremenjene nepremičnine, ki edini lahko svojo nepremičnino obremeni na tak način. Zgolj pogodba o prenosu in zemljiškoknjižno dovolilo odsvojitelja ne zadoščata, saj slednji za obremenitev nepremičnine z nepravo stvarno služnostjo pridobitelja nima razpolagalne sposobnosti.«

operaterja po 5. členu ZEKom-1.[31] Glede na dejstvo, da je sodna praksa (prav tako Višjega sodišča v Kopru) **že potrdila, da služnost v javno korist ni omejena z rokom 30 let iz drugega odstavka 227. člena SPZ** (*VSK* sklep CDn 592/2013, 14. 1. 2014)**, kar je treba nujno povezovati tudi s prenosljivostjo te služnosti, kajti v veliko primerih se spremeni operater omrežja** (npr. zaradi prisilne prodaje omrežja v primeru insolventnosti operaterja, zaradi smrti fizične osebe kot operaterja[32] ipd.)**, je nenavadno, da je sodišče v zadevi o vprašanju prenosljivosti služnosti v javno korist zavzelo tako togo in neživljenjsko stališče. Eden od razlogov, če ne ključni razlog, je po naši oceni gotovo ta, da je sporna odločba časovno precej odmaknjena; sodišče jo je izdalo v zemljiškoknjižni zadevi leta 2011, ko so se komaj začela oblikovati stališča glede pravne narave služnosti v javno korist v sodni praksi. Pri prenosu služnosti ne gre za vprašanje ukinitve služnosti in ustanovitve nove v korist novega operaterja, kot navaja sodišče, ter s tem poveže potrebnost razpolagalnega upravičenja[33] lastnika služeče nepremičnine** (ko govori o obveznem soglasju lastnika služeče nepremičnine)**. Pri prenosu služnosti v javno korist gre za povsem enak položaj, kot ga poznamo pri prenosu hipoteke. S cesijo terjatve, zavarovane z akcesorno hipoteko, se samodejno** (*ex lege*) **prenese tudi hipoteka. Prenos pa se zemljiškoknjižno izvede na podlagi listine, ki je običajno pogodba o cesiji, ki vsebuje posadno izjavo, da cedent dovoljuje, da se pri hipoteki, ki je v zemljiški knjigi že vknjižena z ID omejitve, vpiše novi imetnik, to je cesionar. Podpis cedenta pa mora biti notarsko overjen. Prav takšen postopek je potreben tudi pri prenosu služnosti v javno korist. Tudi tukaj prenos nima nobene veze z razpolagalnim upravičenjem lastnika. Prenesena akcesorna hipoteka ali služnost v javno korist ne nastaja na novo** (kot napačno razlaga VSK)**, ampak se prenese z vsebino in vrstnim redom ustanovitve, kot je prej pripadala prenosniku. Spremeni se samo imetnik sicer nespremenjene izvedene stvarne pravice.**

Podobno kot je stvarna služnost namenjena zagotavljanju pogojev za uporabo gospodujoče nepremičnine, je služnost v javno korist namenjena zagotavljanju pogojev za uporabo ustrezne vrste gospodarske javne infrastrukture. To pomeni, da je služnost v javno korist potrebna, dokler se uporablja (obratuje) javna infrastruktura, zaradi upravljanja katere je ustanovljena. Zato zanjo ni primerna uporaba drugega odstavka 227. člena SPZ, po katerem bi morala biti služnost ustanovljena za določen čas, in sicer najdlje za trideset let. Da je služnost v javno korist dovoljeno ustanoviti za nedoločen čas, izhaja tudi iz prvega odstavka 110. člena ZUreP-1,[34] po katerem se lastninska pravica na nepremičnini lahko trajno obremeni s služnostjo v javno korist. Takšno stališče se je oblikovalo tudi v sodni praksi glede energetske infrastrukture.[35] Ne glede na dejstvo, da se judikat nanaša

31 Zakon o elektronskih komunikacijah – ZEKom-1 (Uradni list RS, št. 109/2012, 110/2013, 40/2014 – ZIN-B in 54/2014 – odl. US).

32 Vsaka fizična ali pravna oseba lahko zagotavlja elektronska komunikacijska omrežja oziroma izvaja elektronske komunikacijske storitve (4. člen ZEKom-1).

33 Sodišče govori o razpolagalni sposobnosti, kar je napačno. Sposobnost je lastnost subjekta, in ne vsebina pravice. Gre torej za razpolagalno upravičenje, ki ga vključuje stvarna pravica.

34 Zakon o urejanju prostora – ZUreP-1 (Uradni list RS, št. 110/2002, 8/2003 – popr., 58/2003 – ZZK-1, 33/2007 – ZPNačrt, 108/2009 – ZGO-1C in 80/2010 – ZUPUDPP).

35 Primarna uporaba posebnega predpisa (ZUreP-1 in EZ) po mnenju sodišča omogoča tudi razlago, da **služnost v javno korist po EZ ni omejena z rokom trajanja 30 let iz drugega odstavka 227. člena SPZ. Prvi odstavek 110. člena ZUreP-1 namreč določa, da se lastninska pravica na nepremičnini lahko začasno ali trajno obremeni s služnostjo v javno korist. Novela EZ v 19. členu, ki se sicer**

na energetsko infrastrukturo, ga je treba smiselno uporabiti tudi za druge vrste infrastrukture, s katerimi se zagotavljajo javne dobrine, in s tem za služnosti v javno korist glede te infrastrukture. To velja zlasti za elektronske komunikacije.

Če se javna storitev, pri kateri se uporablja javna infrastruktura, opravlja na trgu, za pridobitev pravice opravljati to storitev posebna (oblikovalna) odločba o podelitvi te pravice (koncesijska odločba) ni potrebna. **To je na primer značilno za javne komunikacijske storitve (glej 4. in 5. člen ZEKom-1).** Zato ima oseba, ki opravlja te storitve (operater omrežja) in je zgradila (investirala v izgradnjo) javno komunikacijsko omrežje, pravico uporabljati (in s tem tudi upravljati) to komunikacijsko omrežje. **Zato se po petem odstavku v zvezi s tretjim odstavkom 19. člena ZEKom-1 služnost v javno korist ustanovi v korist tistega operaterja omrežja, ki želi zgraditi oziroma postaviti javno infrastrukturo.** Pri tem položaju **upravljavec lahko prenese uporabo in upravljanje te infrastrukture na drugo osebo (na primer, ker nanjo prenaša ta del svojega podjema). S tem prenosom pridobitelj postane novi upravljavec (operater omrežja) v pomenu, da pridobi pravico upravljati tisti del javnega komunikacijskega omrežja, ki ga je prej upravljal odsvojitelj (imetnik služnosti v javno korist).** Zato nanj preide tudi služnost v javno korist, ustanovljena za potrebe upravljanja tega javnega komunikacijskega omrežja. Nastop tega pravnega dejstva lahko novi upravljavec v zemljiškoknjižnem postopku izkaže s **posadno listino**, ki jo izstavi (sedanji) imetnik služnosti v javno korist. Za to listino veljajo smiselno enaka pravila kot za dovolilo (posadno listino) za prenos hipoteke (zaradi prenosa hipotekarne terjatve).

Vzorec: **Posadna listina – del**

EKOM, d. o. o., Cankarjeva ulica 20, 2000 Maribor, matična št. …, dovoljuje, da se pri služnosti, ki je v zemljiški knjigi vpisana z ID omejitve 12345678, vpiše kot novi imetnik oseba z imenom:

ZEKOM, d. o. o., Partizanska cesta 1, 2000 Maribor, **matična št. …**

Služnost v javno korist se samodejno prenese skupaj s prenosom lastninske pravice na omrežju in pravice upravljanja z infrastrukturo ter obvestitvijo Agencije za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije o spremembi operaterja po 5. členu ZEKom-1. Prenos se zemljiškoknjižno izvede na podlagi pogodbe o prenosu omrežja kot premičnine in s tem pravice upravljanja z omrežjem, ki vsebuje posadno izjavo, da prenosnik dovoljuje, da se pri služnosti v javno korist, ki je v zemljiški knjigi že vknjižena z ID omejitve, vpiše novi imetnik, to je pridobitelj (novi operater omrežja). Podpis prenosnika na posadni listini pa mora biti notarsko overjen. To pomeni, da sklepata pravni posel stari in novi operater brez sodelovanja lastnika nepremičnine, ki je obremenjena s služnostjo v javno korist. Za lastnika se prav nič ne spremeni, če se spremeni imetnik služnosti v javno korist.[36]

---

izrecno nanaša na pogodbeno pridobitev služnosti v javno korist, po tem zakonu določa, da se služnost ustanavlja za čas obratovanja infrastrukture, ta pa je po pojasnilu tožeče stranke daljši od 30 let. Tako je bila po mnenju sodišča v času odločanja veljavna določba ZUreP-1 za upravni organ podlaga za ustanovitev trajne služnosti (UPRS, sodba U 2488/2008, 26. 1. 2010).

36 Vsa navedena stališča glede pravne narave služnosti v javno korist sva z avtorico Nino Plavšak še bolj sistematično obdelala v prispevku, ki bo objavljen v reviji Pravnik v tem letu.

Glede pravne usode služnosti v javno korist v primeru prisilne prodaje nepremičnine je treba upoštevati vsa tista pravila, ki v tej zvezi veljajo za prave pozitivne stvarne služnosti. Zanje velja (tako za pozitivne prave stvarne služnosti kot tudi za služnosti v javno korist), da so »stabilne«, kar **pomeni, da s prisilno prodajo nepremičnine ne prenehajo ne glede na vrstni red ustanovitve.** Tudi v primeru, če je bila npr. pred služnostjo v javno korist ustanovljena hipoteka, služnost s prisilno prodajo ne preneha. Utemeljitev za takšno stališče je v pravni naravi služnosti v javno korist, ki je po svoji vsebini vrsta stvarne služnosti, s katero se zagotavljajo javne dobrine. Sicer pa velja pravilo, da je vsaka prej pridobljena hipoteka (praviloma) razlog za prenehanje pozneje pridobljene osebne služnosti ali (zasebne) neprave stvarne služnosti. Prednostno pravilo (glej 6. člen SPZ) je konkretizirano v 174. členu ZIZ in 342. členu ZFPPIPP ter 89. členu ZZK-1 pri zaznambi izvršbe in v 96. členu ZZK-1 pri zaznambi stečaja. Le če so bile osebne služnosti, zasebne neprave stvarne služnosti, stavbna pravica ali stvarno breme pridobljene pred vpisom hipoteke (tudi prisilne) ter zemljiškega dolga v zemljiško knjigo, ne prenehajo s prisilno prodajo. Glede na prednostno pravilo pa te pravice prenehajo, če so bile pridobljene za hipoteko (tudi prisilno), razen če se imetniki teh pravic s kupcem drugače dogovorijo.

Besedilo 174. člena ZIZ se glasi: »(1) **Stvarne služnosti na nepremičnini z njeno prodajo ne ugasnejo.** (2) S prodajo nepremičnine tudi ne ugasnejo osebne služnosti, stvarna bremena in stavbne pravice, ki so bile vpisane v zemljiški knjigi pred pravicami zastavnih upnikov oziroma upnika, na čigar predlog je sodišče dovolilo izvršbo ter upniki zemljiškega dolga. (3) Druge osebne služnosti, stvarna bremena in stavbne pravice s prodajo nepremičnine ugasnejo, razen če se imetniki teh pravic s kupcem kako drugače dogovorijo.« Vse navedeno velja tudi v primeru prisilne prodaje v stečajnem postopku (glej prvi odstavek 342. člena ZFPPIPP). Tudi v tem primeru stvarne služnosti in služnosti v javno korist ne prenehajo.

ODPRTA VPRAŠANJA IZTERJAVE GLOB IN STROŠKOV POSTOPKA V INSOLVENČNEM POSTOPKU STORILCA (FIZIČNE IN PRAVNE OSEBE)[1]

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1. UVOD

Odgovornost pravne osebe, samostojnega podjetnika posameznika (v nadaljevanju: podjetnik) in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost (v nadaljevanju: zasebnik), v primeru stečaja ali prenehanja je urejena v 14.b členu Zakona o prekrških (v nadaljevanju: ZP-1).[2] To je edina določba v ZP-1, ki ureja vpliv stečajnega postopka na postopek o prekršku in določa različne pravne položaje glede odgovornosti storilcev v povezavi s časom storitve prekrška, okoliščino, da ima storilec prekrška pravnega naslednika, ter predpisuje, kdaj in komu se izreče sankcija za prekršek oziroma odvzem predmetov in premoženjske koristi.[3] S tem so določeni temelji materialnopravne ureditve odgovornosti pravnih oseb, podjetnikov in zasebnikov za prekršek v primeru stečaja oziroma prenehanja. Z vidika izhodiščnih vprašanj je bila tema obravnavana že na Prekrškovni šoli 2014,[4] zato je v tem prispevku več pozornosti namenjeno problematiki izvrševanja prekrškovnih odločb, ki je temeljno urejena v 202. členu ZP-1 in je zanjo pristojen davčni organ, in sicer do trenutka začetka stečajnega postopka. Od tedaj dalje vse postopke, med njimi tudi izvrševanje prekrškovnih odločb, vodi sodišče v stečajnem postopku. Kot pomočnik sodišča in organ v postopku, ki na operativni ravni opravlja vse naloge pod nadzorom sodišča, sodeluje v tem postopku stečajni upravitelj.

Pravna podlaga, ki jo je treba uporabiti, če je nad storilcem prekrška, ki je pravna oseba, podjetnik ali zasebnik, začet postopek stečaja, ta pa sodi med postopke zaradi insolventnosti v najširšem smislu, je Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju ZFPPIPP).[5] S tem, da ureja tudi prenehanje navedenih pravnih subjektov, se zakonska ureditev po ZFPPIPP prilega pravni ureditvi prekrškovnega postopka, ki v drugem odstavku 14.b člena ZP-1 poleg stečaja upošteva tudi položaj, do katerega pride, »če pravna oseba pred izdajo odločbe preneha obstajati«. Zato je uvodoma treba pojasniti

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Prekrškovni šoli, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala 5. in 6. novembra 2015 v Portorožu.
2 Uradni list RS, št. 7/03, 86/04, 7/05 – skl. US, 34/05 – odl. US, 44/05, 40/06, 51/06 – popr., 115/06, 139/06 – odl. US, 17/08, 21/08 – popr., 76/08 – ZIKS-1C, 109/09 – odl. US, 108/09, 45/20 – ZIntPK, 9/11, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US, 92/14 – odl. US.
3 Selinšek, Uvodna, str. 53–55.
4 Selinšek, Aktualna, str. 28–31.
5 Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10 – ORZFPPIPP21, 26/11, 47/11 – ORZFPPIPP21-1, 87/11 – ZPUOOD, 23/12 – odl. US, 48/12 – odl. US, 47/13, 100/13, 10/15 – popr.

vrste postopkov insolventnosti in drugih oblik prenehanja ter ugotoviti, kdaj pravna oseba ima pravnega naslednika in kdaj ga nima.

V prvem odstavku 5. člena ZFPPIPP sta urejeni dve vrsti postopkov zaradi insolventnosti, in sicer: postopek prisilne poravnave in poenostavljene prisilne poravnave ter na drugi strani stečajni postopki. Slednji se delijo na: stečajni postopek nad pravno osebo, postopek osebnega stečaja in postopek stečaja zapuščine (drugi odstavek 5. člena ZFPPIPP). Postopka prisilnega prenehanja, ki sta urejena v 6. členu ZFPPIPP, pa sta: izbris iz sodnega registra brez likvidacije in prisilna likvidacija. Poleg navedenih so različne vrste prenehanja družb urejene še v posameznih področnih zakonih. Tako družba lahko preneha na podlagi rednega prenehanja po Zakonu o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD–1),[6] Zakonu o zavodih (v nadaljevanju: ZZ)[7] in Zakonu o zadrugah (v nadaljevanju: ZZad).[8] Zavodi in zadruge načeloma prenehajo z likvidacijo (drugi odstavek 54. člena ZZ in drugi odstavek 47. člena ZZad).

Družba lahko preneha tudi z materialnim statusnim preoblikovanjem, in sicer z združitvijo, delitvijo, prenosom premoženja ali spremembo pravnoorganizacijske oblike. Podjetnik se lahko statusno preoblikuje v kapitalsko družbo.[9] Od vrste prenehanja družbe, podjetnika ali zasebnika je odvisno ali ima družba, podjetnik ali zasebnik pravnega naslednika ali ga nima. V stečajnem postopku pravne osebe se stečajni dolžnik po uradni dolžnosti izbriše iz registra na podlagi pravnomočnega sklepa o končanju stečajnega postopka (377. člen ZFPPIPP), kar pomeni, da nima pravnega naslednika. Enako velja tudi pri izbrisu pravne osebe iz sodnega registra (440. člen ZFPPIPP). Pri postopkih prostovoljne in prisilne likvidacije ter prenehanju družbe po skrajšanjem postopku mora biti pred izbrisom pravne osebe iz sodnega registra poskrbljeno za poplačilo upnikov (418., 421., 429. člen ZGD-1).

Iz vsega navedenega lahko sklepamo, da ima pravna oseba pravnega naslednika le pri vseh oblikah statusnih preoblikovanj. To je treba upoštevati pri izrekanju sankcij za prekršek in odvzemu premoženjske koristi pravnemu nasledniku storilca prekrška, upoštevajoč vse pogoje o vedenju vodstvenega ali nadzornega organa ali nosilca tega subjekta za storjeni prekršek, v skladu z drugim odstavkom 14.b člena ZP-1. Če pravna oseba nima pravnega naslednika, se ji lahko izrečeta le odvzem predmetov in odvzem premoženjske koristi.[10]

Če se podjetnik ali zasebnik preoblikuje v kapitalsko družbo, je njegov pravni naslednik družba. Vendar se podjetnik oziroma zasebnik spozna za odgovornega, sankcija za prekršek in odvzem premoženjske koristi pa se izreče fizični osebi, ki je bila nosilec statusne oblike, ki je prenehala (tretji odstavek 14.b člena ZP-1). Zaradi

6 Uradni list RS, št. 42/06, 60/06 – popr., 26/07 – ZSDU-B, 33/07 – ZSReg-B, 67/07 – ZTFI, 10/08, 68/08, 42/09, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15.

7 Uradni list RS – stari, št. 12/91, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 55/92 – ZVDK, 13/93, 66/93, 45/94 – odl. US, 8/96, 31/00 – ZP-L, 36/00 – ZPDZC, 127/06 – ZJZP.

8 Uradni list RS, št. 131/92, 7/93, 13/93, 22/94, 35/96 – ORSPZZad, 31/00 – ZP-L, 41/07, 87/09.

9 Primerjaj 579. člen ZGD–1.

10 Iz kazenske sodbe VS RS I Ips 46801/2011 z dne 22. 1. 2015 ob sorodni ureditvi postopkov smiselno izhaja, da se tudi v prekrškovnem postopku odvzem izreče, ne pa zgolj ugotovi obstoj terjatve iz naslova premoženjske koristi, saj pri odvzemu premoženjske koristi ne gre za odločanje o sporu na podlagi zahtevka upnika, sodišče izreče odvzem po uradni dolžnosti na podlagi samega zakona.

navedenega so dejstvo prenehanja pravnega položaja podjetnika in zasebnika ter način in čas prenehanja pomembni predvsem z vidika pravilnega izreka sankcije in odvzema premoženjske koristi, ki morata biti po prenehanju statusne oblike naslovljena na fizično osebo, ki je bila pred prenehanjem njen nosilec. Tudi podjetnik in zasebnik, ki se ne preoblikujeta v kapitalsko družbo, sta fizični osebi in že pojmovno ne moreta prenehati, razen s smrtjo. Tudi njima se lahko ob spoznani odgovornosti za prekršek izrečeta sankcija za prekršek in odvzem premoženjske koristi.

Z vidika pravnega položaja tistih zavezancev za terjatve iz prekrškovnega postopka, ki so fizične osebe, je treba upoštevati določbe zakona o osebnem stečaju in prenehanju obveznosti. Postopek osebnega stečaja je dovoljeno voditi nad premoženjem vsake fizične osebe (prvi odstavek 381. člena ZFPPIPP). S sklepom o končanju postopka osebnega stečaja pa sodišče odloči o tem, katere terjatve upnikov, ki so bile prijavljene v postopku osebnega stečaja, so priznane, in o znesku teh terjatev, ki v postopku osebnega stečaja ni bil plačan (1. točka prvega odstavka 396. člena ZFPPIPP). Tudi če je dolžnik v postopku osebnega stečaja dosegel odpust obveznosti, ta ne učinkuje na terjatve iz naslova globe ali odvzema premoženjske koristi, pridobljene s prekrškom, izrečenih v postopku o prekršku (3. točka drugega odstavka 408. člena ZFPPIPP). Zato je pravnomočni sklep o končanju postopka osebnega stečaja izvršilni naslov za izterjavo neplačanih priznanih terjatev (četrti odstavek 396. člena ZFPPIPP), torej tudi glob in premoženjske koristi, pridobljene s prekrškom, in stroškov prekrškovnega postopka. V postopku stečaja zapuščine se zoper dediče vodi postopek za uveljavitev terjatev na podlagi njihove odgovornosti za zapustnikove dolgove po 142. členu Zakona o dedovanju (v nadaljevanju: ZD).[11]

2. FAZA INSOLVENTNOSTI IN STEČAJNI POSTOPEK

Za pravilno razumevanje vpliva stečajnega postopka na izterjavo glob in stroškov postopka v položaju insolventnosti storilca prekrška (dolžnika za plačilo teh terjatev) je treba upoštevati temeljne institute insolvenčnega prava. Insolventnost je finančni položaj dolžnika, ki nastane pri trajnejši nelikvidnosti dolžnika ali njegovi dolgoročni plačilni nesposobnosti (prvi odstavek 14. člena ZFPPIPP).[12]

Splošno uveljavljeno spoznanje poslovnofinančne stroke je, da je treba, če družba postane insolventna, hitro ukrepati. Odlašanje z ustreznimi ukrepi zmanjšuje možnost uspešnega finančnega prestrukturiranja. Zato mora poslovodstvo v enem mesecu po nastanku insolventnosti izdelati poročilo o ukrepih finančnega prestrukturiranja (prvi odstavek 35. člena ZFPPPIPP).[13] Opustitev predpisanega ukrepanja v takem položaju je lahko predmet ugotavljanja odgovornosti za prekršek, zato spada v širši sklop obravnavane problematike.

11 Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/1994 – odl. US, 82/94 – ZN-B, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US, 99/13.

12 Več o pojmu trajnejše nelikvidnosti in dolgoročne plačilne nesposobnosti glej: Plavšak, str. 32 in 33.

13 Prav tam, str. 52 in 53.

Tako iz enega od zastavljenih vprašanj sledi, da kršitelj ni nikdar predložil poročila o prestrukturiranju in je predlagal stečaj (šele) v dveh letih in pol po nastanku insolventnosti. Pri odgovoru na vprašanje o času storitve prekrška po ZFPPIPP je najprej treba odgovoriti na vprašanje, kdaj je nastala insolventnost. Dokazovanje položaja insolventnosti je olajšano z zatrjevanjem domnevne baze, ki mora biti izpolnjena, da lahko govorimo o insolventnosti družbe. Domnevne baze so določene v drugem do četrtem odstavku 14. člena ZFPPIPP. Če finančnega prestrukturiranja poslovodstvo družbe ne more izpeljati, mora v treh delovnih dneh vložiti popoln predlog za začetek stečajnega postopka (38. člen ZFPPIPP). Če poslovodstvo ni pravočasno opravilo dejanj iz 35. do 39. člena ZFPPIPP, je podan zakonski stan prekrška (1. točka prvega odstavka 489.a člena ZFPPIPP). Poslovodstvo je storilo prekršek, če je opustilo svojo obveznost predložitve poročila o ukrepih finančnega prestrukturiranja. Čas storitve (opustitev dolžnega ravnanja) je odvisen od odgovora na vprašanje, katera izmed domnev iz drugega, tretjega ali četrtega odstavka 14. člena ZFPPIPP je (bila) izpolnjena. Najprej je torej treba upoštevati rok, ki je določen v zakonu, torej časovni trenutek, od katerega dalje mora poslovodstvo nadzornemu svetu predložiti poročilo o ukrepih finančnega prestrukturiranja. Zato je treba analizirati vse v zakonu opredeljene domnevne baze, da lahko določimo čas storitve prekrška. V položaju iz prve alineje 1. točke drugega odstavka 14. člena ZFPPIPP[14] mora poslovodja, ko se izteče dvomesečni rok zamude z izpolnitvijo ene ali več obveznosti v skupnem znesku, ki presega 20 % zneska njegovih obveznosti, izkazanih v zadnjem javno objavljenem letnem poročilu, v enem mesecu predložiti poročilo. Prekršek je storjen z iztekom treh mesecev od zamude, ko je (zaradi opustitve) nastalo protipravno stanje, ki pa ga storilec ne vzdržuje s kakšnimi naknadnimi nezakonitimi dejanji. Zato glede na prekrškovno sodno prakso ne gre za trajajoči prekršek.[15] Zastaranje pregona tako začne teči s potekom navedenega roka in v skladu s prvim odstavkom 42. člena ZP-1 nastopi, ko pretečeta dve leti od izteka enomesečnega roka, ko bi moral poslovodja predložiti poročilo o finančnem prestrukturiranju. Morda je prav zato poslovodja tudi (kot izhaja iz zastavljenega vprašanja) predlagal uvedbo stečajnega postopka šele v dveh letih in pol po nastanku insolventnosti. To pa ne spreminja dejstva, da je po zakonu pregon za prekršek, ki ni bil začet v dveh letih po nastanku insolventnosti, zastaral.[16]

14 Drugi odstavek 14. člena ZFPPIPP določa:
»2) Če se ne dokaže drugače, velja, da je dolžnik trajneje nelikviden:
1. pri dolžniku, ki je pravna oseba, podjetnik ali zasebnik:
– če za več kot dva meseca zamuja z izpolnitvijo ene ali več obveznosti v skupnem znesku, ki presega 20 odstotkov zneska njegovih obveznosti, izkazanih v zadnjem javno objavljenem letnem poročilu, ali
– če sredstva na njegovih računih ne zadoščajo za izvršitev sklepa o izvršbi ali poplačilo izvršnice in tako stanje traja neprekinjeno zadnjih 60 dni ali s prekinitvami več kot 60 dni v obdobju zadnjih 90 dni, in takšno stanje traja na dan pred vložitvijo predloga za začetek postopka zaradi insolventnosti, ali
– če nima odprtega najmanj enega bančnega računa pri ponudnikih plačilnih storitev v Republiki Sloveniji in če po preteku 60 dni od pravnomočnosti sklepa o izvršbi ni poravnal svoje obveznosti, ki izhaja iz sklepa o izvršbi.«

15 Smiselno po sodbi VS RS IV Ips 33/2009 z dne 20. 4. 2010.

16 Glede na posebno opozorilo iz sodbe VS RS, da »navedeno pa ne pomeni, da zaradi nastopa zastaranja pregona prekrška takšno stanje ni (več) v nasprotju s predpisi upravnega prava«, ostaja odprto vprašanje morebitne odškodninske odgovornosti poslovodje.

Za pravilno uporabo zakona je pomembno razlikovati pojma uvedbe in začetka stečajnega postopka. Določba 14.b člena ZP-1 veže vse pravne posledice glede odgovornosti pravne osebe, podjetnika in zasebnika za prekršek, izreka sankcije, odvzema premoženjske koristi na začetek stečajnega postopka in ne na njegovo uvedbo. Stečajni postopek se uvede z vložitvijo predloga ali po uradni dolžnosti, če za posamezen primer tako določa zakon (230. člen ZFPPIPP). Stečajni postopek se začne z objavo oklica o začetku stečajnega postopka na spletni strani Agencije za javnopravne evidence – AJPES (prvi odstavek 244. člena ZFPPIPP).

Po drugem odstavku 292. člena ZFPPIPP mora poslovodstvo upravitelju v treh delovnih dneh po začetku stečajnega postopka predati posle ter mu izročiti vso poslovno in drugo dokumentacijo, ki se nanaša na stečajnega dolžnika. Zastavljeno je vprašanje, kdaj je bil v navedenem položaju storjen prekršek in ali je mogoče tridnevni rok prestaviti (podaljšati). Kršitelj je namreč navedel, da je bil po začetku stečaja 15 dni v bolnišnici in ni mogel predati dokumentacije. Gre za zakonski materialnopravni rok in ga zato ni mogoče podaljšati. Ravnanje poslovodstva ob začetku stečajnega postopka v nasprotju z drugim odstavkom 292. člena ZFPPIPP je opredeljeno kot prekršek, zanj je predpisana globa (1. točka prvega odstavka 491. člena ZFPPIPP). V postopku zaradi insolventnosti ni mogoče zahtevati vrnitve v prejšnje stanje (drugi odstavek 121. člena ZFPPIPP). Zato je bil prekršek storjen z iztekom tridnevnega roka, ki je začel teči z začetkom stečajnega postopka. Dejstvo, da je bil poslovodja 15 dni v bolnišnici in dejansko ni mogel upravitelju izročiti vse poslovne dokumentacije, bi bilo treba upoštevati pri ugotavljanju krivde za prekršek. Ob dejstvu, da je storilec za prekršek odgovoren tudi, če je storjen iz malomarnosti, bo glede na konkretne okoliščine zadeve treba presoditi zlasti, česa bi se kršitelj ob potrebni pazljivosti moral in mogel zavedati, kaj bi vendarle lahko storil za izpolnitev svoje obveznosti, ali in kakšne možnosti je imel, da izročitev opravi v bolnišnici ali za izvršitev pooblasti drugo osebo.

3. IZTERJAVA

Globe, odvzem premoženjskih koristi, stroške postopka, ki so bili izrečeni in odmerjeni v postopku o prekršku, izvrši pristojni davčni organ na predlog prekrškovnega organa oziroma okrajnega sodišča po določbah Zakona o davčnem postopku (v nadaljevanju: ZDavP-2)[17] (prvi in četrti odstavek 202. člena ZP-1). Z dnem, ko sodišče oziroma prekrškovni organ vloži predlog za prisilno izterjavo po ZP-1, se na organ, pristojen za prisilno izterjavo, prenese tudi terjatev v korist državnega proračuna (enajsti odstavek 202. člena ZP-1).

V sodni praksi je bilo že pred sprejetjem posodobljene ureditve izvrševanja s popolnim prenosom v sklop davčne izvršbe uveljavljeno stališče, da odločitve, da se globa ne izterja, ne more sprejeti sodišče. Za prisilno izterjavo globe je namreč pristojen davčni organ, ki ravna po določbah ZDavP, o morebitni ustavitvi davčne izvršbe pa odloča na podlagi meril iz 155. člena ZDavP.[18] V fazi postopka, ko mora

17 Uradni list RS, št. 17/06, 24/08 – ZDDKIS, 125/08, 85/09, 110/09, 1/10 – popr., 43/10, 97/10, 24/12 – ZDDPO-2G, 24/12 – ZDoh-2I, 32/12, 94/12, 101/13 – ZDavNepr, 111/13, 22/14 – odl. US, 40/14 – ZIN-B, 25/14 – ZFU, 90/14, 95/14 – ZUJF-C, 23/15 – ZDoh-2O, 23/15 – ZDDPO-2L.

18 Sodba VS RS IV Ips 53/2009 z dne 15. 12. 2009.

okrajno sodišče ravnati po četrtem odstavku 202. člena ZP-1, se izvršitev glob, odvzemov premoženjskih koristi s plačilom denarnega zneska in plačilo stroškov postopka prenese na pristojni davčni organ.[19] Če je izvršba uspešno končana pred začetkom stečajnega postopka nad storilcem prekrška ali pred njegovim drugačnim prenehanjem (statusne oblike), je pristojni davčni organ dolžan v skladu z desetim odstavkom 202. člena ZP-1 obvestiti prekrškovni organ in sodišče o končanju postopka izvršitve na podlagi določb ZP-1 in ZDavP-2. V opisanem zaporedju procesnih in realnih dejanj z vidika obravnavane problematike ni posebnosti.

Pravna situacija pa se bistveno spremeni v trenutku, ko je nad storilcem prekrška začet stečajni postopek. Načeloma se po začetku stečajnega postopka ne sme izdati sklep o izvršbi (prvi odstavek 131. člena ZFPPIPP). Že začeti postopki izvršbe pa se z začetkom stečajnega postopka prekinejo in se nadaljujejo v skladu s 132. členom ZFPPIPP. Na podlagi Zakona o finančni upravi (ZFU)[20] je s 1. 8. 2014 začela delovati Finančna uprava RS (FURS). Davčni organ skrbi za izterjavo denarnih nedavčnih obveznosti, kamor spada tudi izterjava neplačanih glob, denarnih premoženjskih koristi in stroškov postopka. Delovanje davčnega organa je, če je nad storilcem prekrška začet insolventni postopek, natančneje urejeno s Pravilnikom o postopku uveljavljanja in spremljanja terjatev Republike Slovenije v insolventnih postopkih, o načinu posredovanja dokumentacije in o spremljanju postopkov.[21] Če obstaja terjatev iz naslova globe, denarne premoženjske koristi in stroškov postopka proti storilcu prekrška, nad katerim je bil začet postopek zaradi insolventnosti, mora o teh davčni organ obvestiti Državno pravobranilstvo (DP). Denarna terjatev, ki je nastala do začetka stečajnega postopka, se mora prek DP pravočasno, v treh mesecih od začetka stečajnega postopka, prijaviti v stečajnem postopku dolžnika, ki je pravna oseba. V postopku osebnega stečaja lahko DP prijavi terjatev tudi pozneje po posebnih pravilih, določenih v 392. členu ZFPPIPP. Terjatve iz naslova glob in stroški postopka, ki so nastali do začetka stečajnega postopka, se obravnavajo in poplačajo enako kot druge navadne terjatve upnikov v stečajnem postopku. Višina poplačila je tako odvisna od sredstev v stečajni masi in obsega razdelitvene mase, ki je namenjena poplačilu upnikov. Drugače velja za odvzem premoženjske koristi, ki je bolj podobna davčni terjatvi kot navadni terjatvi. Davčne terjatve, ki se odmerijo po začetku stečajnega postopka, se ne prijavijo v stečajnem postopku, ker veljajo za prijavljene z dnem vročitve odločbe stečajnemu upravitelju (4. točka šestega odstavka 296. člena ZFPPIPP). Navedena terjatev pa spada med tiste terjatve, ki so nastale po začetku stečajnega postopka in za katere ZFPPIPP določa, da se plačajo iz razdelitvene mase po pravilih o plačilu terjatev upnikov.

Glede ravnanja v različnih procesnih položajih, do katerih lahko pride v navedenih procesnih okvirih izvrševanja denarnih terjatev iz postopkov o prekršku, so stališča in razlage v nadaljevanju podane v povezavi s konkretnimi vprašanji, ki izvirajo iz prakse.

19 Meško, str. 90 in 91.
20 Uradni list RS, št. 25/14.
21 Uradni list RS, št. 55/04.

4. ODGOVORI NA VPRAŠANJA – OSEBNI STEČAJ[22]

a) Ali je mogoče terjatev iz naslova neplačane globe prijaviti v zapuščinski postopek zoper (umrlega) storilca?
Državno pravobranilstvo je namreč že potrdilo, da se lahko v zapuščinski postopek prijavijo terjatve iz naslova neplačanih stroškov postopka, pri globi pa se postavlja vprašanje, ali gre za terjatev, vezano na življenje zapustnika, saj gre za izrečeno sankcijo za prekršek.

Odgovor: Iz vprašanja, čeprav ni tako zapisano, je mogoče sklepati, da se nanaša na stečaj zapuščine. Ta je bil kot nov institut uveden z ZFPPIPP in je pomembno posegel tudi na področje dednega prava.[23] Odgovor na zastavljeno vprašanje je povezan s pravno naravo globe, izrečene za prekršek, in naravo postopka njene izterjave ob upoštevanju načela enakega in hkratnega poplačila upnikov v stečajnem postopku. Zato mora biti oblikovan v stičišču insolvenčnega, dednega in prekrškovnega prava. Dediči postanejo z dnem zapustnikove smrti njegovi univerzalni pravni nasledniki (132. člen Zakona o dedovanju, v nadaljevanju: ZD).[24] V pravni teoriji je dedičev položaj načeloma pojasnjen s stališčem, da dediči vstopijo v vse pravice in obveznosti zapustnika, njihov položaj pa je enak položaju zapustnika. Dedič tako ni le naslednik premoženja, ampak tudi naslednik osebe pokojnika (zapustnika).[25] Ne dedujejo se le tiste pravice (na primer zahtevki iz naslova kršitve osebnostih pravic pokojnika, opomba avtorice) in obveznosti (na primer osebne služnosti ali izrečene kazni zapora v kazenskem postopku, opomba avtorice), ki so vezane izključno na osebo zapustnika.[26] Opisana omejitev se tako nanaša le na pravice, ki jih po njihovi naravi lahko uveljavlja, ali obveznosti, ki jih lahko izpolni le določena oseba in nobena druga. Ne glede na to okoliščino, da je bila sankcija za prekršek izrečena določeni osebi, pa obveznosti plačila globe, izvršitve odvzema premoženjske koristi in plačila stroškov postopka nimajo take pravne narave, da jih ne bi mogel plačati nihče drug kot storilec prekrška. Za zapustnikove dolgove dediči odgovarjajo z vsem svojim premoženjem do višine vrednosti podedovanega premoženja (142. člen ZD). V stečajno maso v postopku stečaja zapuščine spadajo med drugim tudi terjatve do dedičev na podlagi njihove odgovornosti za zapustnikove dolgove po 142. členu ZD (1. točka prvega odstavka 418. člena ZFPPIPP).

Ob predpostavki popolne izenačitve obveznosti storilca prekrška pri plačilu globe z davčno obveznostjo zavezanca po ZDavP-2 je glede vprašanja pravnega nasledstva mogoča naslednja razlaga. Pravna podlaga za izvrševanje globe, odvzema premoženjske koristi s plačilom denarnega zneska in plačilo stroškov postopka, izrečenih v postopku o prekršku, je določena v prvem odstavku 202. člena ZP-1. Izvrši jih pristojni davčni organ po ZDavP-2, ki ureja prisilno izterjavo davkov. Pravna narava pravnomočno izrečene globe je enaka obveznosti davčnega

22 Odgovori na zastavljena vprašanja izražajo mnenje avtorice in so prikazani kot možni odgovori, kar pomeni, da so mogoča tudi drugačna stališča.
23 Plavšak, Novosti, str. 6, in Kežmah, str. 1536–1547.
24 Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 82/94, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04.
25 Sladič, str. 22.
26 Prav tam, str. 22.

zavezanca za plačilo davka. Po 6., 7. in 8. točki 145. člena ZDavP-2 so izvršilni naslov izvršljiva odločba o prekršku, sodba in sklep sodišča, izdan v postopku o prekršku. Po drugem odstavku 12. člena ZDavP-2 se za zavezanca za davek šteje tudi pravni naslednik ali pravna naslednica (v nadaljnjem besedilu: pravni naslednik) davčnega zavezanca oziroma plačnika davka ali skrbnik ali skrbnica (v nadaljnjem besedilu: skrbnik) davčnega zavezanca oziroma plačnika davka oziroma njegovega premoženja.

Odgovornost pravnih naslednikov in oseb, ki upravljajo premoženje zapustnika, je podrobneje določena v 48. členu ZDavP-2.[27]

Na podlagi opisane zakonske ureditve je tako mogoče sklepati, da je treba v zapuščinski postopek in postopek stečaja zapuščine prijaviti terjatev iz naslova neplačane globe, odvzema premoženjske koristi in tudi stroškov postopka. Ta denarna plačila mora upravitelj izterjati od zapustnikovih dedičev (1. točka drugega odstavka 418. člena ZFPPIPP).

Pomisleki o takem stališču se opirajo predvsem na preventivne učinke izrekanja prekrškovnih sankcij,[28] kar bi lahko kazalo, da izvrševanje izrečenih sankcij zoper osebe, ki same niso kršile predpisov, ne more imeti nobenega drugega pomena razen gole izterjave, ki se v končni posledici kaže le v višini proračunskih sredstev. Na pravne naslednike namreč plačilo dolgovanih zapustnikovih glob ne more vplivati niti v smislu kaznovanja niti v smislu prevzgoje. Če dokončnega odgovora ne bo dala zakonodaja, ga bo morala na navedenih izhodiščih oblikovati sodna praksa.[29]

b) Kako ravnati v primeru, ko je obdolženec v postopku osebnega stečaja že med vodenjem postopka o prekršku v PR spisu, kar pomeni, da nastane terjatev iz naslova neplačane globe po začetku postopka osebnega stečaja in se ne prijavi v stečajno maso.
Ali je v takem primeru dovoljeno odpirati PRuz spis ali naj sodišče že v okviru PR spisa odloči, da se obdolžencu uklonilni zapor ne določi ter se globa prisilno izterja, upoštevajoč tudi določbe Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, ZFPPIPP, v skladu s katerimi je treba vse premoženje obdolženca unovčiti v okviru stečajnega postopka, prav tako pa obdolžencu tudi v primeru zaposlitve ostane le 70 % minimalne plače, kolikor je po Zakonu o izvršbi in zavarovanju izvzeto iz stečajne mase?

Odgovor: Z odločbo Ustavnega sodišča (odločba US) so bili razveljavljeni prvi do četrti odstavek 19. in 202.b člen ZP-1, kolikor se nanašajo na izvršitev uklonilnega zapora (Uradni list RS, št. 92-3705/2014).[30] Zato verjetno vprašanje o odpiranju

27 48. člen ZDavP-2: Odgovornost pravnih naslednikov in oseb, ki upravljajo premoženje zapustnika ali oseb, razglašenih za pogrešane oziroma opravilno nesposobne.
28 Podrobneje o naravi sankcij za prekrške Filipčič, str. 34.
29 Navedeno pa ne more veljati za izvrševanje odvzema premoženjske koristi, saj ni mogoče dopustiti, da bi pravni nasledniki obdržali s kršitvijo predpisov pridobljeno korist.
30 Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-12/12-22 z dne 11. 12. 2014 o razveljavitvi prvega, drugega, tretjega in četrtega odstavka 19. člena, sedmega odstavka 19. člena, kolikor se nanaša na izvršitev uklonilnega

PRuz spisa ni več aktualno. Ker je terjatev iz naslova neplačane globe nastala po začetku postopka osebnega stečaja (252. v zvezi s 383. členom ZFPPIPP), se ne prijavi v postopku osebnega stečaja. Če zavzamemo stališče, da za opisani primer velja izjema od prepovedi izdaje sklepa o izvršbi (glej 3. točko drugega odstavka 131. člena ZFPPIPP, glede stroškov postopka izrecno tudi 1. točko prvega odstavka 313. člena ZFPPIPP),[31] je treba izpeljati postopek davčne izvršbe po 202. členu ZP-1, upoštevajoč tudi omejitve izvršbe po drugem, tretjem in četrtem odstavku 389. člena ZFPPIPP oziroma 160. člena ZDavP-2.[32] Pri opisani pravni razlagi imajo terjatve iz naslova globe in stroškov postopka pravno naravo stroškov postopka ter se poplačajo »kot stroški postopka« po določbi 8. točke tretjega odstavka 355. člena v zvezi s 383. členom ZFPPIPP. Pri tej razlagi bodo globe in stroški postopki, ki so bili izrečeni in odmerjeni v prekrškovnem postopku pred začetkom stečajnega postopka, pri poplačilu v stečajnem postopku delili usodo drugih upniških terjatev. Tiste globe in stroški postopka, ki so bili izrečeni in odmerjeni po začetku stečajnega postopka, pa bodo plačani kot stroški postopka. Vprašanje je, ali je za tako razlikovanje podana razumna in ustavnopravno skladna razlaga.

Ob popolni izenačitvi obveznosti plačila glob in stroškov postopka z davčnimi obveznosti davčnega zavezanca bi bilo mogoče tudi v postopku osebnega stečaja uporabiti določbo 4. točke šestega odstavka 296. v zvezi s 383. členom ZFPPIPP, če bi bila globa izrečena in bi bili stroški odmerjeni po začetku stečajnega postopka. Navedenih terjatev ne bi bilo treba prijaviti v stečajnem postopku, ampak bi terjatev iz naslova plačila globe in stroškov postopka veljala za pravočasno prijavljeno z dnem vročitve odločbe o prekršku upravitelju. Ob taki razlagi bi tudi terjatev iz naslova globe in stroškov postopka, ki bi nastala po začetku stečajnega postopka, delila usodo drugih terjatev iz naslova glob in stroškov postopka, izrečenih z odločbo o prekršku pred začetkom stečajnega postopka.

c) Kako naj sodišče odloči v primeru, ko je storilec podal predlog za nadomestitev globe z opravo nalog v splošno korist ali korist samoupravne lokalne skupnosti, sodišče pa še pred odločitvijo o predlogu (npr. v fazi poizvedb) ugotovi, da se je zoper storilca začel postopek osebnega stečaja in da bi bilo treba terjatev iz naslova neplačane globe prijaviti v stečajno maso? Ali se tak predlog storilca zavrže ali je možno postopek nadomestitve globe z opravo nalog v splošno korist ali korist samoupravne lokalne skupnosti prekiniti do pravnomočnega končanja postopka osebnega stečaja (in na

---

zapora, ter 202.b člena ZP-1 (Uradni list RS, št. 92-3705/2014), objavljena 19. 12. 2014, ki velja od 20. 12. 2014, določa:

»1. Prvi, drugi, tretji in četrti odstavek 19. člena, sedmi odstavek 19. člena, kolikor se nanaša na izvršitev uklonilnega zapora, ter 202.b člen ZP-1 (Uradni list RS, št. 29/11 - uradno prečiščeno besedilo, 21/13 in 111/13) se razveljavijo.

2. Postopki odločanja o uklonilnem zaporu, ki do dneva objave te odločbe v Uradnem listu Republike Slovenije še niso bili končani, se ustavijo. V zadevah, v katerih je bil postopek odločanja o uklonilnem zaporu do navedenega dne končan, se uklonilni zapor ne izvrši oziroma se njegovo izvrševanje ustavi.«

31 Prvi odstavek 131. člena ZFPPIPP določa: »Po začetku postopka zaradi insolventnosti proti insolventnemu dolžniku ni dovoljeno izdati sklepa o izvršbi ali zavarovanju. Po 3. točki drugega odstavka 131. člena ZFPPIPP se prvi odstavek 131. člena ne uporablja za izvršbo na podlagi sodne odločbe, izdane o zahtevku, katerega predmet je terjatev, ki se v stečajnem postopku plača kot strošek postopka, ali izvršilni naslovi, izdani v upravnem postopku, na podlagi katerih mora dolžnik poravnati obveznost, ki se v stečajnem postopku plača kot strošek postopka.«

32 Več o uporabi 131. člena ZFPPIPP glej: Meško, str. 90.

kakšni pravni podlagi)? Problem je namreč tudi v tem, da če je postopek osebnega stečaja nato končan brez razdelitve upnikom, terjatev iz naslova globe ne preneha in se prisilno izterja, storilec pa je že izkoristil možnost nadomestitve globe z opravo nalog v splošno korist ali korist samoupravne lokalne skupnosti.

Odgovor: Menim, da ni ovire, da sodišče ne bi končalo postopka po predlogu za nadomestitev globe z opravo nalog v splošno korist ali korist samoupravne lokalne skupnosti tudi, če je med odločanjem o predlogu začet postopek osebnega stečaja. Gre za fazo odločanja sodišča pred izvršitvijo davčnega organa na predlog okrajnega sodišča v skladu s četrtim odstavkom 202. člena ZP-1. Vsakomur mora biti ob izpolnjenih zakonskih pogojih zagotovljena možnost nadomestitve globe z opravo del v splošno korist ali korist lokalne skupnosti. Zato morajo država oziroma lokalne skupnosti poskrbeti, da bi pravico, ki jo daje zakon, lahko vsi upravičenci tudi uresničili. Nadomestitev globe z opravo nalog v splošno korist ali korist samoupravne lokalne skupnosti iz 19. člena ZP-1 je alternativni način izvršitve globe in ne alternativna sankcija. Cilj takega alternativnega načina izvršitve globe je dati tudi storilcem s slabim premoženjskim stanjem možnost plačila globe pred njeno prisilno izterjavo.[33] Osebni stečaj ne more biti razlog za prekinitev postopka o prekršku, ker v 124. členu ZP-1 to ni določeno.[34] Rok za prijavo terjatev v postopku osebnega stečaja namreč ni prekluziven in je mogoče terjatev iz naslova globe prijaviti tudi pozneje (392. člen ZFPPIPP), torej tedaj, če bi prišlo do umika predloga za nadomestitev globe po četrtem odstavku 202.c člena ZP-1.

d) Četrti odstavek 396. člena ZFPPIPP določa, da je pravnomočni sklep o končanju postopka osebnega stečaja izvršilni naslov za izterjavo neplačanih priznanih terjatev.
Kaj pa če je do trenutka pravnomočnega končanja postopka o prekršku že prišlo do absolutnega zastaranja globe ali stroškov postopka? Ali se v tem primeru upoštevajo določbe Zakona o prekrških oziroma Zakona o sodnih taksah kot specialnega predpisa?

Odgovor: Odgovor na to vprašanje je odvisen od pravne narave terjatve iz prekrškovnega postopka, ki se prijavlja v stečajnem postopku. Globa in stroški postopka so bili prijavljeni v postopku osebnega stečaja. Prijava terjatve v stečajnem postopku je uresničitev načela koncentracije, katerega namen je, da se vse terjatve do stečajnega dolžnika (tudi tiste, ki izvirajo iz prekrškovnega postopka) uveljavljajo le v stečajnem postopku. Vendar pa se pravna narava terjatve iz naslova globe in stroškov postopka s samo prijavo v stečajnem postopku ne spremeni. Enako velja za učinke dejanj, ki pretrgajo zastaranje izvršitve globe in stroškov postopka po tretjem odstavku 44. člena ZP-1. Prijava terjatve v stečajnem postopku (pred zastaranjem) je tako dejanje (ki meri na izvršitev sankcije), zato pretrga zastaranje (258. v zvezi s 383. členom ZFPPIPP). Od začetka stečajnega postopka po določbi prvega odstavka 131. člena ZFPPIPP izvršba zoper stečajnega dolžnika ni (več) dopustna, kar pomeni, da v navedenem pravnem položaju (po prijavi terjatve

33 Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-166/10.

34 V zvezi s 14. členom ZP-1 glej tudi: Pravna razlaga šole za prekrške sodnikov okrajnih in višjih sodišč, Brdo pri Kranju, 15. in 16. marec 2010, sicer pred začetkom veljavnosti Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o prekrških – ZP-1G (Uradni list RS, št. 9/11, začetek veljavnosti 13. 3. 2011).

iz prekrškovnega postopka v stečajnem postopku) glede na določbo drugega odstavka 44. člena ZP-1 zastaranje izvršitve ne teče.[35] Naslednje dejanje, s katerim se nadaljuje postopek v zvezi s prijavljeno terjatvijo v stečajnem postopku, je odločanje o končnem preizkusu terjatev (prvi odstavek 392. člena ZFPPIPP) in glede razdelitve splošne stečajne mase (drugi odstavek 392. člena ZFPPIPP). Navedena dejanja pa so mejniki v stečajnem postopku, od katerih je treba šteti, da se je že začelo izvrševanje sankcije. Zato po prijavi terjatve (najprej zaradi pretrganja in nato zaradi zadržanja teka zastaranja) ne glede na trajanje postopka osebnega stečaja ne more več nastopiti absolutno zastaranje izvršitve sankcije.

Glede izvrševanja sankcije, o kateri je bilo pravnomočno odločeno že po začetku stečajnega postopka, pa je stališče predstavljeno v odgovoru na vprašanje pod 4. b.

Če je prišlo do zastaranja izvršitve globe ali stroškov postopka o prekršku, še preden se je začela izvršba oziroma je bila terjatev prijavljena v stečaju, če je torej ta prijavljena šele po izteku absolutnega zastaralnega roka, potem ne bo priznana in terjatev iz naslova globe in stroškov postopka ne bo mogla biti poplačana. To smiselno velja tudi za odvzem premoženjske koristi, pri čemer je v praksi treba upoštevati tudi možnost zavarovanja izvršitve, ki izhaja iz določb 201. člena ZP-1 in prijave v stečajnem postopku za že pravnomočne ali le pogojne terjatve,[36] v primeru, če se je postopek začel pred začetkom stečajnega postopka, odločba o odvzemu premoženjske koristi pa je izdana po njegovem začetku z vročitvijo odločbe upravitelju.[37]

Glede zastaralnih rokov je treba upoštevati 44. člen ZP-1 in 125. člen ZDavP-2 ter 9. člen Zakona o sodnih taksah (ZST-1).[38]

5. SKLEP

Za izterjavo glob, odvzem premoženjske koristi s plačilom denarnega zneska in stroškov postopka je načeloma pristojen davčni organ, ki v primeru začetega stečajnega postopka po potrebi in v skladu z zakonom sodeluje z Državnim pravobranilstvom. Prekrškovni organi in sodišča pri izterjavi nedavčnih denarnih obveznosti zoper storilca prekrška kot dolžnika iz prekrškovnega postopka nimajo neposrednih pristojnosti. Ne glede na navedeno pa morajo v posameznih dejanskih in pravnih položajih upoštevati opisane temeljne značilnosti navedenih postopkov.

Pravna oseba, podjetnik in zasebnik je odgovoren za prekršek, če je bil storjen pred ali med stečajnim postopkom. Zaradi začetka stečajnega postopka se pravni osebi izreče le odvzem predmetov in odvzem premoženjske koristi, ne pa tudi globa. Če

35 Drugi odstavek 44. člena ZP-1: »Zastaranje ne teče v času, ko se po zakonu sankcije ne morejo izvrševati.«

36 Glej sodbo VS RS II Ips 499/2007 z dne 26. 11. 2009 s pridržkom, da je bila izdana med veljavnostjo prejšnjega Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji.

37 Glej 7. točko obrazložitve sodbe VS RS I Ips 46801/2011 z dne 22. 1. 2015 v zvezi s 4. točko šestega odstavka 296. člena ZFPPIPP.

38 Uradni list RS, št. 37/08, 97/10, 29/13 – skl. US, 21/13 – ZP-1H, 63/13, 89/13 – odl. US, 111/13 – ZP-1I, 40/14 – skl. US, 58/14 – odl. US, 72/14 – skl. US, 19/15 – odl. US.

pravna oseba preneha obstajati pred izdajo odločbe oziroma sodbe o prekršku, se spozna za odgovorno za prekršek. Ali se izreče sankcija za prekršek in odvzem premoženjske koristi, je odvisno od tega, ali ima pravna oseba, ki je prenehala in je bila torej izbrisana iz sodnega registra, pravnega naslednika in če je poslovodstvo ali nadzorni organ pravne osebe vedel za storjeni prekršek. V nasprotnem primeru se sankcija za prekršek pravnemu nasledniku pravne osebe ne izreče, ampak le odvzem predmetov in odvzem premoženjske koristi. Pravna oseba ima pravnega naslednika pri vseh oblikah statusnih preoblikovanj, pri drugih vrstah prenehanja pa pravnega nasledstva ni.

Drugače je pri podjetnikih in zasebnikih, ki so fizične osebe, tedaj ko samostojno opravljajo dejavnost ter ko dejavnost kot podjetniki in zasebniki prenehajo opravljati. Zato se jim lahko v primerjavi s pravno osebo vedno izrečejo sankcije za prekršek, pa tudi odvzem predmetov in premoženjske koristi.

Pravna narava izrečenih glob, odvzema premoženjskih koristi in stroškov postopka je odvisna od tega, kdaj je bila glede na začetek stečajnega postopka izdana odločba o prekršku. Če se je to zgodilo pred začetkom stečajnega postopka, jih je treba prijaviti kot terjatev v stečajni postopek. Če je bil izrečen odvzem premoženjske koristi po začetku stečajnega postopka, se v stečajni postopek ne prijavlja, ker velja za prijavljeno.

Terjatve iz prekrškovnih postopkov načeloma delijo usodo terjatev drugih navadnih upnikov razen terjatev iz naslova odvzema premoženjske koristi, za katere po novejši sodni praksi velja posebna ureditev kaznovalnega prava.[39] Izjeme so določene v ZFPPIPP tudi tedaj, če bi bila izvršba že začeta pred začetkom stečajnega postopka. Kakšen položaj bo veljal za terjatve iz prekrškovnih postopkov, pa je odvisno od faze izvršilnega postopka, ki je (že) opravljena pred začetkom stečajnega postopka.

Postopek osebnega stečaja v primerjavi s stečajnim postopkom nad pravno osebo načeloma ne vpliva na izterljivost obveznosti iz prekrškovnega postopka, saj te s pravnomočnim končanjem stečajnega postopka ne prenehajo. Zanj niso tako strogo predpisani roki, odpust obveznosti za globe in odvzem premoženjske koristi izrecno ne veljata, za stroške postopka pa ne velja glede na določbe o izjemah od nedovoljenosti izvršbe ali zavarovanja po začetku postopka zaradi insolventnosti. Slednje pomeni, da jih je mogoče izterjati tudi med postopkom in po končanem postopku osebnega stečaja.

39 Tako naravo imajo tudi terjatve za odvzem premoženja po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI, Uradni list RS, št. 91/11 in 25/14), za katero velja, da se že od vložitve tožbe v pravdnem postopku na njem ne more začeti niti postopek izvršbe niti stečajni postopek.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Filipčič, Katja. Zakon o prekrških s komentarjem, v Filipčič, K., in drugi, Ljubljana, GV Založba, 2009, str. 34–36.
- Kežmah, Urška. Stečaj zapuščine in odgovornost dedičev za zapustnikove dolgove, Podjetje in delo, 2008, št. 6–7, str. 1536–1547.
- Meško, Katja. Uveljavljanje terjatev iz naslova obveznih dajatev v insolventnih postopkih, Pravosodni bilten, 2015, letn. 36, št. 1, stran 85–96.
- Plavšak, Nina. Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008.
- Plavšak, Nina. Novosti ureditve stečaja zapuščine, Pravna praksa, 2013, št. 26, str. 6.
- Selinšek, Liljana. Aktualna vprašanja glede odgovornosti pravnih in fizičnih oseb za prekrške. Pravosodni bilten, 2015, letn. 36, št. 1, str. 21–39.
- Selinšek, Liljana. V: Jenull, H., in Selinšek, L., Zakon o prekrških (ZP-1) z novelama ZP-1 in ZP-1G, Uvodna pojasnila. Ljubljana: GV Založba, 2011, str. 63–55.
- Sladič, Jorg. O problematiki osebnega stečaja in stečaja zapuščine, Pravna praksa, 2008, št. 26, str. 22.

EVROPSKI NALOG ZA ZAMRZNITEV BANČNIH RAČUNOV: NOV INSTRUMENT ZA IZTERJAVO DOLGOV

mag. Matija Vidmar
sekretar
Ministrstvo za pravosodje

Uredba (EU) št. 655/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o določitvi postopka za evropski nalog za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah uvaja nov in samostojen evropski postopek za zamrznitev bančnih računov, kar bo upniku omogočilo, da prepreči prenos ali dvig sredstev dolžnika s katerega koli bančnega računa v Evropski uniji. Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov je ukrep zavarovanja in ne omogoča izplačila denarja upniku, samo blokira dolžnikov račun.

Evropski postopek bo na voljo državljanom in podjetjem kot alternativa postopkom na podlagi domače zakonodaje.

1 UVOD

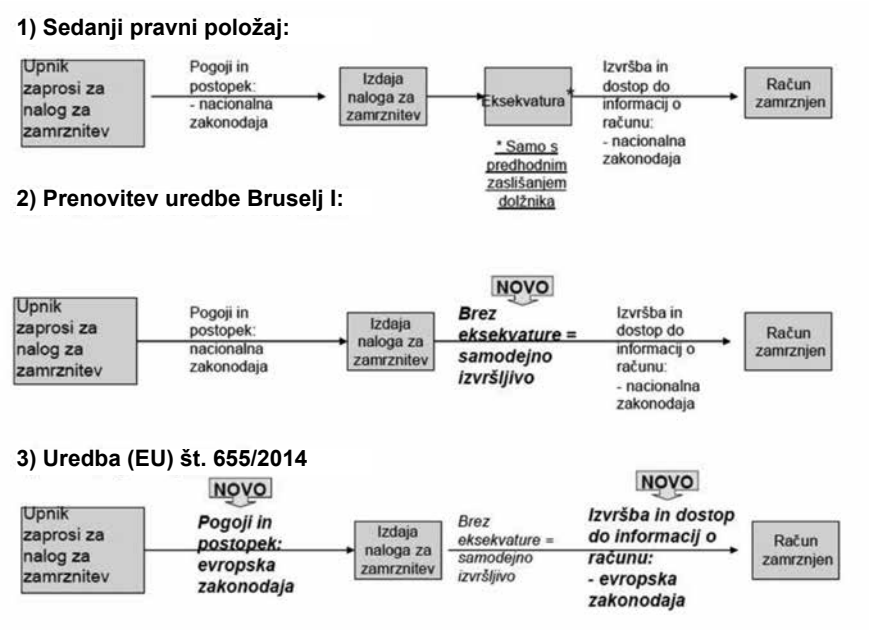
Uredba (EU) št. 655/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o določitvi postopka za evropski nalog za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju »Uredba EU št. 655/2014 ali Uredba«)[1] določa, kot je že razvidno iz naslova, postopek za olajšanje čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah. To je v skladu s celostnim pristopom Komisije h krepitvi okrevanja evropskega gospodarstva, kot je določeno v strategiji za rast Evropa 2020. Evropski svet je v stockholmskem programu iz decembra 2009,[2] v katerem so določene prednostne naloge na področju svobode, varnosti in pravice za obdobje 2010–2014, Komisijo pozval, da preuči potrebo po sprejetju določenih začasnih ukrepov in njihovo izvedljivost, tudi zaščitnih, na ravni Unije, s katerimi bi na primer preprečili izginotje sredstev pred izvršitvijo zahtevka, ter predloži ustrezne predloge za izboljšanje učinkovitosti izvrševanja sodnih odločb v Uniji v zvezi z bančnimi računi in premoženjem dolžnikov.

Veljavni pravni akti na področju civilnega pravosodja, na primer Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (uredba Bruselj I (prenovitev)),[3] zagotavljajo, da je sodna odločba, izdana

1 UL L 189, 27. 6. 2014, str. 59.
2 UL C 115, 4. 5. 2010, str. 1.
3 UL L 351, 20. 12. 2012, str. 1. Ta uredba je 10. januarja 2015 nadomestila Uredbo Sveta (ES) št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 12,

v drugi državi članici, priznana in izvršljiva v drugi državi članici brez vmesnih postopkov, zlasti brez potrebe po potrditvi izvršljivosti v državi članici izvršbe (odprava eksekvature), vendar ne vsebujejo nobenih določb o tem, kako je sodna odločba dejansko izvršena. Postopke izvršitve sodne odločbe ali drugega izvršilnega naslova izrecno ureja le nacionalna zakonodaja. Ta pristop se tudi s prenovitvijo uredbe Bruselj I ni spremenil. Priznanje ukrepov zavarovanja v tuji državi članici je zaradi neenotnih pravil držav članic zelo omejeno in težavno. Upnik, ki si prizadeva izterjati dolg v drugi državi članici, se sooča s precejšnjimi težavami. Za upnika je sprejetje začasnih ukrepov za zamrznitev premoženja dolžnika v tujini oteženo, zamudno in dražje.

Dolžniki se lahko zlahka izognejo izvršilnim ukrepom, če svoja denarna sredstva z bančnega računa v eni državi članici hitro prenesejo na bančni račun v drugi državi članici. Upnik pa ima le malo možnosti, da doseže zamrznitev bančnih računov dolžnika v tujini in tako zagotovi poplačilo svojega zahtevka. Upnik ima lahko težave tudi pri pridobivanju informacij o tem, kje je bančni račun dolžnika, zlasti v čezmejnih primerih. Zaradi tega številni upniki svojih zahtevkov v tujini ne morejo uspešno izterjati ali pa se jim ne zdi vredno vztrajati in dolgove odpišejo.



Slika: *Različne faze pridobivanja in izvrševanja naloga za zamrznitev.*[4]

16. 1. 2001, str. 1.) Ena od glavnih pomanjkljivosti, ki jo je načeloma odpravila prenovljena uredba, je bil postopek za priznavanje in izvrševanje sodnih odločb v drugi državi članici („eksekvatura“) kot ovira pri prostem pretoku sodnih odločb, kar je strankam postopka povzročalo nepotrebne stroške in zamude ter podjetja in državljane odvračala od tega, da bi v celoti izkoristili možnosti notranjega trga.

4 Delovni dokument služb Komisije, povzetek ocene učinka, nav. delo.

Evropska komisija v obrazložitvenem memorandumu[5] predloga uredbe navaja **štiri glavne pomanjkljivosti,** da bi bilo upniku omogočeno, da pridobi zaščitni ukrep, ki bi preprečil prenos ali dvig sredstev, ki jih ima dolžnik na bančnem računu v državi članici, če obstaja tveganje, da bo brez takega ukrepa naknadna izvršitev upnikovega zahtevka zoper dolžnika ovirana ali precej otežena ali da se odpravijo obstoječe praktične težave pri pridobivanju informacij o tem, kje je bančni račun upnikovega dolžnika:

- pogoji za izdajo nalogov za zamrznitev premoženja na bančnih računih v okviru nacionalne zakonodaje so v EU precej različni: zaradi tega upniki težje pridobijo nalog za zamrznitev v nekaterih državah članicah kot v drugih. Razlike se nanašajo na primer na številne dokaze, ki jih za izdajo naloga zahteva sodišče (npr. ali obstaja resno tveganje, da končna izvršitev sodne odločbe ne bo mogoča);
- druga težava je povezana z dejstvom, da je v številnih državah članicah težko ali celo nemogoče, da bi upnik pridobil informacije o tem, kje je bančni račun njegovega dolžnika, ne da bi pri tem uporabil storitve zasebnih preiskovalnih agencij (v nekaterih državah članicah ni mogoče pridobiti naloga, ki bi od bank zahteval, da razkrijejo, ali ima dolžnik pri njih odprt račun, v drugih državah imajo izvršilni organi dostop do davčnih registrov);[6]
- tretjič, stroški pridobitve in izvršitve naloga za zamrznitev bančnih računov v tujini so na splošno višji kot v domačih primerih, kar upnike odvrača od izterjave njihovih zahtevkov v tujini s pomočjo pravosodnega sistema (potreba po storitvah odvetnika, ki ima dovoljenje za delo v državi, v kateri poteka postopek, stroški prevodov dokumentov v uradni jezik, ki je sprejemljiv za sodišče, stroški vročitve dokumentov čez mejo);
- razlike v nacionalnih izvršilnih sistemih in trajanje postopkov so resna težava za upnike, ki poskušajo izvršiti sodno odločbo. To ogrozi učinkovitost začasnih ukrepov, kot so nalogi za zamrznitev bančnih računov, ki so odvisni od hitre izvršbe.

Namen Uredbe (EU) št. 655/2014 je odprava navedenih težav. Uredba je **začela veljati** 17. 7. 2014, to je dvajset dni po objavi v Uradnem listu Evropske unije, začela pa **se bo uporabljati** 18. januarja 2017, razen 50. člena 50, ki se uporablja od 18. julija 2016. 50. člen določa obveznost za države članice, da Komisiji sporočijo določene informacije v zvezi s svojo zakonodajo in postopki, povezanimi z nalogi za zamrznitev in enakovrednimi nacionalnimi nalogi, z namenom, da se olajša uporaba te uredbe.

Ta uredba je v celoti zavezujoča in se **neposredno uporablja v vseh državah** članicah v skladu s pogodbama (Pogodba o Evropski uniji, v nadaljevanju: PEU, in Pogodba o delovanju Evropske unije, v nadaljevanju: PDEU), kar pomeni, da v skladu s 1. in 2. členom Protokola (št. 22) o stališču Danske, ki je priložen k PEU in PDEU, za Dansko ta uredbe ni zavezujoča in se v njej ne uporablja. Prav tako se ne uporablja za Združeno kraljestvo, med tem ko je Irska podala uradno obvestilo za sodelovanje pri sprejetju in uporabi te uredbe.

5 Predlog uredbe, nav. delo.

6 Na področju družinskih preživnin Uredba Sveta (ES) št. 4/2009, nav. delo, vzpostavlja sistem upravne pomoči upnikom s strani osrednjih organov, ki imajo dostop do informacij javnih organov.

Uporaba uredbe **je omejena na čezmejne spore**, kar pomeni, da se bo uporabljala le za primere, ko je bančni račun v državi članici, ki ni država članica sodišča, ki obravnava vlogo za izdajo naloga, ali država članica, v kateri ima upnik stalno prebivališče.

Uredba je **korak k boljši plačilni disciplini**, saj bo omogočila, da bodo upniki prek sodišča blokirali račune dolžnika v EU, ne da bi dolžnik za to poprej izvedel in tako prenesel denar v kakšno drugo državo. Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov (v nadaljevanju: nalog) je zaščitne narave, kar pomeni, da bo blokiral dolžnikov račun, ne bo pa omogočil izplačila denarja upniku. Slednje je mogoče šele po končni odločbi sodišča. Evropska komisija ocenjuje, da bo uredba podjetjem omogočila, da zavarujejo izterjavo dodatnega slabega dolga v višini od 373 milijonov do 600 milijonov EUR letno. Po ocenah naj bi prihranek stroškov za podjetja, ki se v tem času ukvarjajo s čezmejno trgovino, znašal med 81,9 milijona in 149 milijonov EUR letno.[7] Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov bo koristil zlasti malim in srednjim podjetjem, predvideva pa se tudi, da ga bodo uporabljali tudi potrošniki.

Da bi olajšali uporabo te uredbe v praksi, bo Evropska komisija ob uporabi svetovalnega postopka v skladu s 4. členom Uredbe (EU) št. 182/2011 **pripravila standardne obrazce** za vlogo za izdajo naloga, in sicer za nalog, izjavo v zvezi z zamrznitvijo sredstev in za vlogo za pravno sredstvo ali pritožbo na podlagi te uredbe. Standardni obrazci bodo dostopni v vseh jezikih EU, zaradi česar bodo stroški prevajanja manjši, in dosegljivi na spletni strani Evropski portal e-pravosodje.

Hkrati uredba spodbuja čim večjo uporabo sodobnih komunikacijskih tehnologij, zlasti za namene izpolnjevanja standardnih obrazcev in komuniciranje med organi, vključenimi v postopke.

2 PRAVNE SESTAVINE UREDBE[8]

Uredba uvaja nov in samostojen evropski postopek za zamrznitev bančnih računov, kar bo upniku omogočilo, da prepreči prenos ali dvig sredstev dolžnika s katerega koli bančnega računa v Evropski uniji. Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov je ukrep zavarovanja in ne omogoča izplačila denarja upniku, samo blokira dolžnikov račun.

Evropski postopek bo na voljo državljanom in podjetjem **kot alternativa postopkom** na podlagi nacionalne zakonodaje.

7 Evropska komisija v oceni učinkov predpostavlja, da lahko podjetja v povprečju prihranijo okoli 10 ur storitev odvetnika na čezmejni primer, kar bi v EU v povprečju znašalo 2 410 EUR na zadevo. Ta znesek je pomnožen z ocenjenim trenutnim številom čezmejnih nalogov za zamrznitev na leto, ki znaša med 34 000 in 61 828; glej delovni dokument služb Komisije, povzetek ocene učinka, nav. delo.

8 V nadaljnjem delu besedila je povzeta vsebina in struktura obrazložitvenega memoranduma predloga uredbe, nav. delo, vendar posodobljena glede na končno besedilo Uredbe (EU) št. 655/2014.

2.1 Glavne značilnosti uredbe

2.1.1 Področje uporabe (2. in 3. člen)

Predlagana uredba se nanaša na civilne in gospodarske zadeve. Področja uporabe je v glavnem enako kot po uredbi Bruselj I. Enako so iz področja uporabe izključeni stečaj in socialna varnost ter arbitraža. Prav tako so iz področja uporabe izključena premoženjska razmerja med zakoncema ali za katera se šteje, da imajo primerljiv učinek kot zakonska zveza, čeprav osnovni predlog Komisije te izključitve ni predvidel.

Uredba se uporablja le za čezmejne primere. Za čezmejni primer gre:

- kadar je sodišče, ki obravnava vlogo za izdajo naloga za zamrznitev, v eni državi članici, bančni račun, ki je predmet naloga, pa v drugi državi članici, ali
- kadar ima upnik stalno prebivališče v eni državi članici, sodišče in bančni račun, ki ga je treba zamrzniti, pa sta v drugi državi članici.

Uredba se ne uporablja za zamrznitev računov, ki so v državi članici sodišča, ki obravnava vlogo za izdajo naloga za zamrznitev, če ima tudi upnik stalno prebivališče v navedeni državi članici, čeprav upnik hkrati vloži vlogo za izdajo naloga za zamrznitev, ki se nanaša na račun oziroma račune, ki so v drugi državi članici. V takem primeru mora upnik podati ločeni vlogi, eno za izdajo evropskega naloga za zamrznitev in drugo za nacionalni ukrep.

V Sloveniji se kot sredstva zavarovanja v skladu z Zakonom o izvršbi in zavarovanju (nadaljevanju: ZIZ) dovoli ukrep predhodne ali začasne odredbe.

Postopek, ki se uporablja za izvrševanje enakovrednih nacionalnih nalogov v državi izvršitve, se uporabi tudi, kadar ima upnik stalno prebivališče v eni državi članici, sodišče in bančni račun, ki ga je treba zamrzniti, pa sta v drugi državi članici (prvi odstavek 23. člena Uredbe (EU) št. 655/2014).

Kadar pa je nalog za zamrznitev izdan v državi članici, ki ni država članica izvršitve (torej je sodišče, ki obravnava vlogo za izdajo naloga za zamrznitev, v eni državi članici, bančni račun, ki je predmet naloga, pa v drugi državi članici), ga sodišče pošlje pristojnemu organu države članice izvršitve. Pristojne organe določijo države članice same.[9]

9 Tako npr. Nemčija v osnutku zakona za prenos te uredbe (Entwurf eines Gesetzes, nav. delo) predvideva pristojnost okrajnega sodišča (»Amtsgericht«), v območju katerega naj bi ali je potekal izvršitveni postopek. »Amtsgericht« bo nalog za zamrznitev, izdan v državi članici, ki ni država članica izvršitve, vročil banki. Slovenija pristojnega organa še ni določila.

2.1.2 Pogoji in postopek za pridobitev naloga za zamrznitev

• Razpoložljivost (5. člen)

Evropski postopek je na voljo upniku v dveh različnih vrstah primerov:

- ko želi zagotoviti izvršitev poznejše odločbe o glavni stvari pred začetkom postopka v glavni stvari in v kateri koli fazi takega postopka;
- ko je že pridobil sodno odločbo, sodno poravnavo ali javno listino, ki določa, da mora dolžnik poravnati upnikov zahtevek.

Nalog za zamrznitev je tako na voljo za namen zavarovanja zahtevkov, ki so že zapadli v plačilo. V tem primeru ima upnik že izvršilni naslov, zato pogoji za izdajo naloga niso tako strogi kot za nalog za zamrznitev za zahtevke, ki še niso zapadli v plačilo. Ti izhajajo iz transakcije ali dogodka, do katerega je že prišlo, in je njihov znesek mogoče določiti, vključno z zahtevki v zvezi z deliktom in tožbenimi zahtevki za odškodnino ali vrnitev v prejšnje stanje, ki temeljijo na dejanju, zaradi katerega je bil uveden kazenski postopek.

• Pristojnost za izdajo naloga (6. člen)

Za izdajo naloga za zamrznitev so pristojna zlasti sodišča, ki so pristojna za odločanje o glavni stvari, kadar upnik še ni pridobil sodne odločbe, sodne poravnave ali javne listine. Pojem »postopek v glavni stvari« zajema vse postopke, katerih cilj je pridobitev izvršljivega naslova za zadevni zahtevek, vključno s skrajšanimi postopki v zvezi s plačilnimi nalogi.[10]

Za določitev pristojnosti je pomembno tudi bivališče upnika, dolžnika in njun pravni status, ali gre za potrošnika ali pravno osebo oziroma dogovor o pristojnosti. Če je dolžnik potrošnik s stalnim prebivališčem v državi članici, je za izdajo naloga pristojna le sodišča te države članice. Potrošnik je dolžnik, ki je z upnikom sklenil pogodbo za namen, ki ga ni mogoče šteti za njegovo poslovno ali poklicno dejavnost.[11]

Kadar je upnik že pridobil sodno odločbo ali sodno poravnavo, so za izdajo naloga za zamrznitev glede zahtevka, navedenega v sodni odločbi ali sodni poravnavi, pristojna sodišča države članice, v kateri je bila izdana sodna odločba ali potrjena ali sklenjena sodna poravnava. Kadar je upnik pridobil javno listino, so za izdajo naloga za zamrznitev glede zahtevka, navedenega v tej listini, pristojna sodišča, ki so v ta namen določena v državi članici, v kateri je bila ta listina sestavljena.

Pravila o pristojnosti iz te uredbe upniku ne preprečujejo, da na podlagi 35. člena uredbe Bruselj I (prenovitev) v skladu z nacionalno zakonodajo zahteva ukrepe zavarovanja. V skladu s tem členom lahko upnik pri sodiščih države članice vloži

10 Glej 13. točko uvodne določbe Uredbe (EU) št. 655/2014.

11 Opredelitev potrošnika je povzeta po Uredbi Bruselj I (prenovitev), ki v 17. členu potrošnika označuje kot osebo, ki sklepa pogodbe za namen, za katerega se šteje, da je izven njegove poklicne ali gospodarske dejavnosti.

zahtevo za začasne ukrepe, vključno z ukrepi zavarovanja, ki jih predvideva pravo te države članice, tudi v primeru, ko so za odločanje o glavni stvari pristojna sodišča druge države članice.

• Pogoji za izdajo naloga za zamrznitev (7. in 12. člen)

Pri pogojih za izdajo naloga za zamrznitev je treba doseči ustrezno ravnotežje med interesom upnika, da pridobi nalog, in interesom dolžnika, da prepreči zlorabo naloga.

Upnik mora v primeru, ko zahteva izdajo naloga pred pridobitvijo izvršilnega naslova, dokazati, da bo verjetno uspel v postopku v glavni stvari zoper dolžnika, tj. njegov zahtevek mora biti dobro utemeljen z zadostnimi dokazi. Poleg tega mora upnik dokazati, da je ukrep zavarovanja v obliki naloga nujen, ker obstaja dejansko tveganje, da bo brez naloga poznejša izvršitev sodne odločbe ovirana ali precej otežena. Slednje mora dokazati tudi v primerih, kadar je že pridobil sodno odločbo.

Dejansko tveganje obstaja, če bi lahko dolžnik, še preden bi upnik uspel doseči izvršitev obstoječe ali prihodnje sodne odločbe, porabil, prikril ali uničil svoja sredstva oziroma jih prodal pod ceno ali v neobičajnem obsegu ali na neobičajen način. Sodišče mora presoditi dokaze, ki jih predloži upnik in potrjujejo obstoj takega tveganja. Ti se lahko nanašajo na dolžnikovo ravnanje v zvezi z upnikovim zahtevkom ali na njegovo ravnanje v prejšnjem sporu med strankama, na prejšnje dolžnikove kredite, vrst dolžnikovih sredstev in vsako nedavno dolžnikovo dejanje v povezavi z njegovim premoženjem.

Sodišče lahko presodi, da dvigi sredstev z računov in izdatki dolžnika za normalno poslovanje ali redni družinski izdatki niso neobičajni. Le neplačilo zahtevka, ugovor zahtevku ali dejstvo, da ima dolžnik več kot enega upnika, ne bi smeli biti zadosten dokaz, ki upravičuje izdajo naloga. Tudi samo dejstvo, da je finančno stanje dolžnika slabo ali se poslabšuje, ne bi smelo biti zadosten razlog za izdajo naloga. Lahko pa sodišče te dejavnike upošteva pri splošni presoji obstoja tveganja.

Sodišče z namenom preprečitve zlorabe postopka za izdajo naloga v primeru, ko upnik še ni pridobil izvršilnega naslova, od upnika zahteva, da zagotovi varščino za nadomestilo morebitne škode, ki bi jo utrpel dolžnik, če bi bil nalog pozneje razveljavljen ali bi se njegova izvršitev ustavila zaradi razlogov na strani upnika (torej če bi bil za škodo odgovoren upnik). Plačilo varščine lahko sodišče naloži tudi v primeru, ko je upnik že pridobil izvršilni naslov, če meni, da je to glede na okoliščine primera potrebno in ustrezno (12. člen Uredbe (EU) št. 655/2014). Upnik je odgovoren za vsakršno škodo, ki jo dolžnik utrpi zaradi naloga za zamrznitev po krivdi upnika. Dokazno breme nosi dolžnik.

• Postopkovni vidiki (11. člen)

Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov se izda v postopku *ex parte*, tj. brez predhodnega zaslišanja dolžnika. S tem se zagotavlja „učinek presenečenja“.

Vendar pa sodišče naloga ne sme izdati, če na podlagi dokazov in informacij, ki jih predloži upnik oziroma njegova morebitna priča ali priče, ugotovi, da zamrznitev zadevnega računa oziroma računov ni upravičena.

• Pridobivanje informacij o računih dolžnika (14. člen)

V uredbi je določen mehanizem, ki upniku omogoča, da zahteva, da informacije, potrebne za identifikacijo dolžnikovega računa, pridobi sodišče pred izdajo naloga za zamrznitev od imenovanega informacijskega organa države članice, za katero upnik domneva, da ima dolžnik v njej račun. Dostop do informacij o računih je praviloma zagotovljen le v primerih, ko je upnik že pridobil izvršljivo odločbo, sodno poravnavo ali javno listino.

Izjemoma je upniku omogočeno, da poda zahtevo za informacije o računih, čeprav njegova sodna odločba, sodna poravnava ali javna listina še ni izvršljiva. Taka zahteva je mogoča, če je znesek, ki ga je treba zamrzniti, precejšen, sodišče pa je na podlagi dokazov, ki jih je predložil upnik, prepričano, da so tovrstne informacije o računih nujno potrebne, to je, da obstaja tveganje, da bi bila brez njih poznejša izvršitev upnikovega zahtevka zoper dolžnika verjetno ogrožena in bi se lahko zato upnikovo finančno stanje bistveno poslabšalo.

Upnik zahtevo za informacijo o računih poda v utemeljeni vlogi za izdajo naloga za zamrznitev na obrazcu za izdajo naloga. Sodišče lahko zahtevo upnika zavrne, če meni, da ni dovolj utemeljena. Če je zahteva utemeljena, sodišče zahtevo po informacijah pošlje informacijskemu organu. V Sloveniji bi lahko bila ta naloga zaupana Agenciji Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve.[12] Informacijski organ v državi članici izvršitve pridobi informacije na enega od načinov, ki so na voljo v skladu z nacionalno zakonodajo.

Zaradi zagotavljanja varstva osebnih podatkov dolžnika se informacije v zvezi z identifikacijo bančnega računa oziroma računov dolžnika ne smejo sporočiti upniku, temveč le sodišču, ki jih je zahtevalo, in izjemoma banki upnika, če banka ali drug subjekt, odgovoren za izvršitev naloga v državi članici izvršitve, na podlagi informacij iz naloga ne more identificirati dolžnikovega računa, na primer če so pri isti banki odprti računi več oseb z enakim imenom in enakim naslovom.

2.1.3 Izvršljivost in izvršitev naloga

• Odprava eksekvature (22. člen)

Nalogi za zamrznitev bančnih računov se izdajo na podlagi predlaganega postopka v eni državi članici, samodejno priznani in izvršeni v drugi državi članici brez kakršnega koli posebnega postopka.[13] Ko upnik pridobi nalog, ga sodišče pošlje bankam v vseh državah, kjer ima dolžnik odprte račune. Banka blokira račun ali pa le zamrzne del denarja na računu, s preostalim delom pa lahko dolžnik razpolaga. Da pa lahko upnik tudi dejansko poseže na dolžnikova denarna sredstva, mora pridobiti pravnomočni izvršilni naslov ali odločbo sodišča v skladu z nacionalno zakonodajo.

12 Glej zlasti 146. člen Zakona o plačilnih storitvah in sistemih (Uradni list RS, št. 58/09, 34/10, 9/11, 32/12 in 81/15, v nadaljevanju ZPlaSS).

13 Glej evropski postopek v sporih majhne vrednosti, vzpostavljen z Uredbo (ES) št. 861/2007, in postopek za evropski plačilni nalog, vzpostavljen z Uredbo (ES) št. 1896/2006.

Ker Uredba (EU) št. 655/2014 odpravlja potrebo po eksekvaturi (po delibacijskem postopku priznanja in izvršitve tuje sodne odločbe) pred dejansko vložitvijo predloga za izvršbo, jo na ravni Evropske unije uvrščamo med tako imenovane uredbe druge generacije.[14]

• Izvajanje naloga za zamrznitev (24., 25. in 27. člen)

Nalog za zamrznitev v skladu z načinom, ki je na voljo na podlagi prava države članice izvršitve za enakovredne nacionalne naloge, izvede banka z blokiranjem zamrznjenega zneska na dolžnikovem računu ali, če je tako določeno v nacionalnem pravu, s prenosom tega zneska na račun, namenjen za zamrznitev, ki je lahko račun pri pristojnem izvršitvenem organu, sodišču, banki, pri kateri ima dolžnik račun, ali banki, ki je v določeni zadevi imenovana za usklajevalni subjekt za zamrznitev.

Po izvedbi naloga banka izda izjavo o zamrznitvi sredstev, v kateri navede, ali in v kakšnem obsegu je nalog privedel do zamrznitve kakršnih koli sredstev dolžnika. Če upnik iz izjave razvidi, da zamrznjena sredstva presegajo znesek, naveden v nalogu, s standardnim obrazcem zahteva sprostitev presežnih zamrznjenih zneskov.

• Vročitev dolžniku in pošiljanje dokumentov (28. in 29. člen)

Nalog za zamrznitev in drugi dokumenti iz petega odstavka 28. člena ter izjava o zamrznitvi sredstev (25. člen Uredbe) se vročijo dolžniku na naslednji način:

- kadar ima dolžnik stalno prebivališče v državi članici izvora, se mu dokumenti vročijo v skladu s pravom te države članice;
- kadar ima dolžnik stalno prebivališče v državi članici, ki ni država članica izvora, sodišče, ki je nalog izdalo, tega pošlje pristojnemu organu države članice, v kateri ima dolžnik stalno prebivališče. Ta organ omogoči vročitev dokumentov dolžniku v skladu s pravom države članice, v kateri ima dolžnik stalno prebivališče.

Sodišče ali drug organ, ki ga določi posamezna država članica, pošlje na standardnem obrazcu upniku ali banki, ki je dokumente posredovala, potrdilo o prejemu.

• Zamrznitev skupnih in imenskih računov (29. člen)

Glede na velika razhajanja nacionalne zakonodaje glede pogojev, pod katerimi se lahko zamrznejo skupni in imenski (skrbniški) računi, uredba to vprašanje prepušča ustrezni nacionalni zakonodaji.

V skladu z Zakonom o plačilnih storitvah in sistemih[15] lahko vsak posamezni uporabnik skupnega plačilnega računa razpolaga s celotnimi denarnimi sredstvi na skupnem transakcijskem računu, zato se lahko v celoti uporabijo za poplačilo

14 Med uredbe druge generacije štejemo še uredbe št. 805/2004, 1896/2006, 861/2007 in 4/2009. Te uredbe ne zahtevajo več priznanja in izvršitve kot pogoj za začetek dejanske izvršbe na dolžnikovo premoženje v državi izvršbe. Glej Galič, Betteto, str. 20.

15 14. člen ZPlaSS.

(zamrznitev) obveznosti posameznega uporabnika do tretjih oseb. Če pa je izvršba na določena sredstva dolžnika omejena, se morajo te omejitve upoštevati glede vsakega posameznega uporabnika skupnega transakcijskega računa.[16]

• Zneski, izvzeti iz zamrznitve (31. člen)

Glede zneskov, ki so izvzeti iz izvršbe zaradi zagotavljanja preživetja dolžnika in njegove družine ali omogočanja podjetju, da nadaljuje s svojim običajnim poslovanjem, se nacionalne zakonodaje v EU med seboj precej razlikujejo. Zneski so bodisi izvzeti po uradni dolžnosti ali samo na zahtevo dolžnika. 31. člen uredbe državam članicam omogoča, da ohranijo svoj nacionalni sistem.

Zakon o izvršbi in zavarovanju loči med prejemki, ki so izvzeti iz izvršbe, in omejitvami izvršbe.[17] Zneski so izvzeti iz izvršbe po uradni dolžnosti.

• Prednostno razvrščanje naloga za zamrznitev (32. člen)

Nacionalna zakonodaja se v EU zelo razlikuje tudi glede učinkov začasnega ukrepa glede razvrstitve upnikov. To vprašanje je zelo zapleteno in povezano z nacionalno izvršilno in stečajno zakonodajo. Zaradi teh razlik uredba zagotavlja enakovrednost evropskega naloga in podobnega ukrepa v okviru nacionalne zakonodaje.

Slovenske banke izvršuje sklepe o izvršbi po naslednjem vrstnem redu:

– sodni sklep o izvršbi za dospele obveznosti iz naslova zakonite preživnine, odškodnine za škodo, nastalo zaradi prizadetega zdravja, odškodnine zaradi izgube delovne zmožnosti ali odškodnine zaradi smrti preživljavca,
– sklepi o davčni izvršbi za izterjavo davčne obveznosti (davek skupaj s stroški in obrestmi),
– drugi sklepi, izdani po določbah ZIZ, ki jih banka izvršuje po vrstnem redu, kot jih je prejela; če banka prejme več sklepov z enako prednostjo na isti dan, upnike poplačuje sorazmerno (110. člen ZIZ).

2.1.4 Pravna sredstva zoper evropski nalog za zamrznitev bančnih računov (4. poglavje, 33.–39. člen) in pritožba zoper zavrnitev izdaje naloga za zamrznitev (21. člen)

Upniku je zagotovljena pravica do pritožbe zoper zavrnitev izdaje naloga za zamrznitev. Upnik ima tudi možnost, da na podlagi novih dejstev ali novih dokazov poda novo vlogo za izdajo naloga za zamrznitev (21. člen). Pritožba se obravnava v postopku *ex parte* (11. člen; dolžniku se uradno obvestilo ne pošlje).

Dolžnik lahko zahteva ponovni pregled naloga za zamrznitev:

- če pogoji ali zahteve, določeni v uredbi, niso bili izpolnjeni ali
- če so se okoliščine, ki so privedle do izdaje naloga, tako spremenile, da izdaja naloga ne bi bila več upravičena.

16 Skupni transakcijski račun je račun, ki ga banka odpre v imenu dveh ali več pravnih oseb, podjetnikov, zasebnikov in oseb civilnega prava. Za skupni transakcijski račun veljajo enaka določila kot za poslovni transakcijski račun, dodatno pa je treba upoštevati še 200. b člen (povezane osebe) ZIZ.
17 101. in 102. člen ZIZ.

Dolžnik poda vlogo za pravna sredstva:

- če ni šlo za čezmejni primer, kot je opredeljen v uredbi,
- če niso bila spoštovana pravila o pristojnosti, določena v uredbi,
- če upnik postopka v glavni stvari ni začel v rokih, določenih v uredbi, sodišče pa posledično ni po uradni dolžnosti razveljavilo naloga ali nalog ni bil samodejno preklican,
- če upnikov zahtevek ni potreboval nujne zaščite v obliki naloga za zamrznitev, ker ni bilo tveganja, da bi bila naknadna izvršitev tega zahtevka ovirana ali precej otežena,
- če zagotovitev varščine ni bila v skladu z zahtevami uredbe,
- če mu nalog in izjava o zamrznitvi nista bila vročena, kot je določeno v uredbi, ali
- če dokumenti, ki so mu bili vročeni, niso izpolnjevali jezikovnih zahtev, določenih v uredbi.

Če se neizpolnitev obveznosti vročitve ali prevoda odpravi v določenem roku, se pravnim sredstvom ne ugodi.

Dolžnik lahko šele po blokadi računov zahteva presojo utemeljenosti naloga pri sodiščih države izvora naloga. Dolžnik, ki zahteva presojo, uporablja standardne obrazce. Če je pritožba dolžnika utemeljena, sodišče umakne blokado, v nasprotnem primeru blokada ostaja.

Drugačno pravilo o pristojnosti velja za potrošnike, za katere se na splošno šteje, da so v sporu „šibkejša stranka“. Potrošniki lahko vložijo ugovor zoper nalog pri sodišču države članice stalnega prebivališča (6. člen Uredbe (EU) št. 655/2014). To pravilo zagotavlja, da lahko potrošniki vedno izpodbijajo evropski nalog znotraj pristojnosti matične države.

2.1.5 Druge določbe

• Pravno zastopanje (41. in 8. člen)

V skladu s pravnim položajem v večini držav članic in z namenom znižanja stroškov postopka predlagana uredba zagotavlja, da pravno zastopanje v postopkih za pridobitev evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov ni obvezno. To upniku omogoča, da vloži vlogo za izdajo evropskega naloga brez kakršne koli pomoči odvetnika ali pomoči odvetnika, ki ima dovoljenje za delo v državi članici, v kateri je sedež sodišča. Vendar lahko v primeru, ko dolžnik izpodbija nalog, nacionalna zakonodaja zahteva, da stranki zastopa odvetnik. Upnik vloži vlogo za izdajo evropskega naloga na standardnem obrazcu (8. člen Uredbe (EU) št. 655/2014). Ker bo obrazec na voljo v vseh jezikih Unije, bo prevajanje omejeno na samo nekaj delov poljubnega besedila. Vloga in spremni dokumenti se lahko predložijo prek katerega koli komunikacijskega sredstva, tudi elektronskega, v skladu s postopkovnimi pravili države članice, v kateri se vloži vloga.[18]

18 Primer elektronske vloge je namišljeno predstavljen v pilotnem projektu e-SENS, nav. delo. Iz Slovenije pri projektu sodelujejo Ministrstvo za notranje zadeve, Ministrstvo za zdravje, SETCCE in Institut Jožef Stefan, ki so za namen izvedbe projekta ustanovili nacionalni konzorcij e-SENS.SI.

• Stroški izdaje (42., 43. in 44. člen)

Več določb uredbe obravnava stroške: banke lahko pristojbino za izvršitev evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov zaračunajo samo, če so do tega upravičene pri izvajanju enakovrednih ukrepov v skladu z nacionalno zakonodajo. Te pristojbine ne smejo biti višje od pristojbin, ki se zaračunavajo za izvajanje enakovrednih nacionalnih nalogov.

Države članice lahko prosto zaračunavajo sodne takse za evropski postopek, a tudi te ne smejo biti višje od taks za pridobitev enakovrednega nacionalnega naloga ali pravnega sredstva zoper tak nacionalni nalog.

2.2 Pravna podlaga

Uredba temelji na členu 81(2) PDEU, ki zlasti, kadar je to potrebno za pravilno delovanje notranjega trga, Evropskemu parlamentu in Svetu daje pravico, da sprejmeta ukrepe, namenjene zagotavljanju, med drugim, vzajemnega priznavanja in izvrševanja sodnih odločb med državami članicami (točka a), učinkovitega dostopa do sodnega varstva (točka e) in odprave ovir za nemoteni potek civilnih postopkov, po potrebi s spodbujanjem združljivosti predpisov o civilnih postopkih, ki veljajo v državah članicah (točka f).

2.3 Subsidiarnost in sorazmernost

Uredba v uvodnih določbah poudarja, da države članice ne morejo zadovoljivo doseči cilja te uredbe, to je upniku omogočiti zaščitni ukrep, da pridobi nalog za zamrznitev, ki preprečuje, da bi bila naknadna izvršitev njegovega zahtevka ogrožena zaradi prenosa ali dviga sredstev, ki jih ima dolžnik na bančnem računu v Uniji, in da se to zaradi obsega in učinka lažje doseže na ravni Unije, kar je v skladu z načelom subsidiarnosti iz člena 5 PEU.

Evropska komisija je v obrazložitvenem memorandumu predloga poudarila,[19] da je teoretično mogoče, a malo verjetno, da bi države članice z usklajenim delovanjem uskladile svojo zakonodajo o zamrznitvi bančnih računov, zaradi česar ukrep EU ne bi bil potreben. Izvršba nikoli ni bila predmet mednarodnih dogovorov ali vzorčnih zakonov, ki jih uveljavljajo mednarodne organizacije. Tudi če bi do tega prišlo, je zaradi razlik med veljavnimi izvršilnimi sistemi v EU zelo malo verjetno, da bi bil med državami članicami v razumnem času sprejet sporazum o skupnem pristopu, zlasti glede na to, da bi vsak dogovor zunaj evropskega zakonodajnega postopka zahteval soglasje. Nacionalni postopki za pridobitev zaščitnih ukrepov, kot so nalogi za zamrznitev računov, obstajajo v vseh državah članicah, vendar se pogoji za odobritev takih ukrepov in učinkovitost njihovega izvajanja precej razlikujejo. Poleg tega se lahko v primerih s čezmejnimi posledicami zatekanje k nacionalnim zaščitnim ukrepom izkaže za oteženo, v primerih, kadar upnik poskuša zamrzniti več računov v različnih državah članicah.

19 Drugače je Evropski ekonomski-socialni odbor v mnenju o predlogu uredbe, nav. delo, poudaril, da ni popolnoma prepričan, da je predlog v skladu z načeloma subsidiarnosti in sorazmernosti, saj je s prenovitvijo uredbe Bruselj I načrtovana odprava eksekvature, ocene pričakovanih rezultatov v oceni učinka pa so preveč nenatančne.

2.4 Učinek na temeljne pravice

V uvodnih določbah Uredbe (EU) št. 655/2014[20] je poudarjeno, da uredba upošteva pravice, določene v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: listina). S hitrim in cenovnim ugodnim evropskim postopkom za zamrznitev bančnih računov uredba izboljšuje pravico upnika do učinkovite izvršbe njegovih zahtevkov, ki je del pravice do učinkovitega pravnega sredstva iz 47.(1) člena listine. Hkrati uredba zagotavlja, da so pravice dolžnika varovane v popolni skladnosti z zahtevami glede pravice do nepristranskega sodišča (47.(2) člen listine) ter pravice do spoštovanja človekovega dostojanstva in družinskega življenja (1. oziroma 7. člen listine). Varstvo pravic dolžnika je zagotovljeno zlasti z naslednjimi določbami uredbe:

- da mora biti dolžnik takoj po izvršitvi naloga obveščen o vseh dokumentih, ki jih je upnik predložil sodišču;
- možnostjo dolžnika, da nalog izpodbija z zahtevo za presojo pri sodišču izvora, sodišču izvršbe ali – če je dolžnik potrošnik – sodišču stalnega prebivališča;
- da bodo zneski, potrebni za zagotavljanje preživetja dolžnika in njegove družine, izvzeti iz izvršbe.[21]

3 SKLEP

Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov pomeni predhodno zavarovanje, če obstaja utemeljena možnost, da bo upnik v sodnih procesih proti dolžniku zmagal, in tako daje upniku možnost, da zavaruje svojo terjatev pred prenosom dolžnikovega premoženja v drugo državo EU.

Z uvedenim evropskim postopkom za zamrznitev bančnih računov dolžnikov, ta ne bo mogel umakniti sredstev z računa. S tem bo bistveno olajšana čezmejna izvršba in zagotovljena učinkovita čezmejna izterjava dolgov. Odprto je vprašanje, ali bodo zlasti mala in srednja podjetja ter potrošniki, torej ciljne skupine uredbe, dovolj ozaveščeni o obstoju in delovanju postopka, ali bodo standardni obrazci ustrezno prijazni za uporabnike (»user friendly«)[22] in ali bo evropski postopek v praksi učinkovitejše deloval kot posamezni alternativni nacionalni postopki. Ozaveščenost o obstoju evropskih postopkov na področju civilnega prava ostaja izziv Evropske unije. Tako je na primer v predlogu Evropske komisije o reviziji evropskega postopka v sporih majhne vrednosti med težavami navedena tudi premajhna ozaveščenost o obstoju in delovanju tega postopka.[23] Za uspešno uporabo evropskega postopka v sporih majhne vrednosti Evropska komisija predlaga, da se zagotovi, da so zadevni udeleženci (tj. državljani, sodišča in druge organizacije, ki nudijo podporo in nasvete) seznanjeni z obstojem in delovanjem postopka. Vendar dokazi kažejo, da niti državljani niti sodišča še niso dobro seznanjeni z obstojem tega postopka.

20 44. odstavek uvodne določbe Uredbe (EU) št. 655/2014.

21 Nekateri avtorji menijo, da Uredba (EU) št. 655/2014 dolžnikom ne zagotavlja učinkovitega sodnega varstva v skladu z zahtevami nacionalnih ustavnih redov in načel EU; glej Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, nav. delo.

22 Uporabniku prijazno.

23 Delovni dokument služb Komisije, povzetek ocene učinka, nav. delo.

Evropski parlament je v resoluciji iz leta 2011[24] med razlogi za neuporabo evropskega postopka v sporih majhne vrednosti dodatno navedel, da je treba storiti več na področjih pravne varnosti, jezikovnih ovir in preglednosti postopkov, da so postopki v sporih majhne vrednosti še vedno nepraktični, dragi in dolgotrajni ter ne odražajo tehnološkega napredka pravosodnih sistemov držav članic, doseženega od sprejetja uredbe.

Zagotovo so navedene ugotovitve glede majhne uporabe evropskega postopka v sporih majhne vrednosti lahko pomembno vodilo tudi pri promociji evropskega postopka za zamrznitev bančnih računov dolžnikov, ki ga uvaja Uredba (EU) št. 655/2014. Glede uporabe je pomembno tudi, ali bo evropski postopek v praksi učinkoviteje deloval kot posamezni alternativni nacionalni postopki.

Poročilo o uporabi te uredbe bo Komisija Evropskemu parlamentu, Svetu in Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru predložila do 18. januarja 2022,[25] najpozneje takrat bo tudi znano, ali in koliko se bo nov postopek v praksi tudi dejansko uporabljal.

LITERATURA IN VIRI:

- Delovni dokument služb Komisije, povzetek ocene učinka, spremni dokument predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o uvedbi evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah, z dne 25. 7. 2011, SEC(2011) 938 konč.
- Delovni dokument služb Komisije, Ocena učinka, spremni dokument predloga Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Uredbe (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti ter Uredbe (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog, SEC(2011) 937/2 ter povzetek ocene učinka z dne 19. 11. 2013, SWD(2013) 460 končni.
- Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 655/2014 sowie zur Änderung sonstiger zivilprozessualer Vorschriften (EuKoPfVODG), št. 633/15 z dne 18. 12. 2015.
- Europa 2020, Strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast, z dne 3. 3. 2010, COM(2010) 2020 konč.
- GALIČ, Aleš in BETETTO, Nina. Evropsko civilno procesno pravo. GV Založba, 2011.
- Mnenje Evropskega ekonomskega-socialnega odbora o predlogu uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o uvedbi evropskega naloga za zamrznitev

24 Resolucija Evropskega parlamenta, nav. delo.
25 53. člen Uredbe (EU) 655/2014.

bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 26. aprila 2012, COM(2011) 445 končni – 2011/0204 (COD).

- Osnutek izvedbenega akta Komisije z obrazci, pripravljenimi v skladu z Uredbo (EU) št. 655/2014 za tretje zasedanje komitološkega odbora dne 15. decembra 2015 v Bruslju.
- Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o uvedbi evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 25. 7. 2011 (COM(2011) 445 konč.
- Projekt e-SENS (Electronic Simple European Networked Services), < https://www.youtube.com/watch?v=GSYGNP8d4gA> (8. 1. 2016).
- Resolucija Evropskega parlamenta z dne 25. oktobra 2011 o alternativnem reševanju sporov v civilnih, gospodarskih in družinskih zadevah (2011/2117(INI)).
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Zivilverfahrensrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) Nummer 655/2014 sowie zur Änderung sonstiger zivilprozessualer Vorschriften (EUKoPfVODG), Stellungnahme Nr.: 7/2015 Berlin, februar 2015.
- Stockholmski program (2010–14), UL C 115, 4. 5. 2010, str. 1.
- Uredba (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog, UL L 399, 30. 12. 2006, str. 1.
- Uredba (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti, UL L 199, 31. 7. 2007, str. 1.
- Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, t. i. uredba Bruselj I (prenovitev), UL L 351, 20. 12. 2012, str. 1.
- Uredba (EU) št. 655/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o določitvi postopka za evropski nalog za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 189, 27. 6. 2014, str. 59.
- Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000, UL L 338, 23. 12. 2003, str. 1.
- Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah, UL L 007, 10. 1. 2009.
- Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 12, 16. 1. 2001, str. 1).

- Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US).
- Zakon o plačilnih storitvah in sistemih (Uradni list RS, št. 58/09, 34/10, 9/11, 32/12 in 81/15; ZPlaSS).

POSTOPKI IN ODLOČANJE DELOVNEGA SODIŠČA PRI UVELJAVLJANJU ZAHTEVKOV IZ DELOVNEGA RAZMERJA V POVEZAVI S STEČAJNIMI POSTOPKI

mag. Marijan Debelak
vrhovni sodnik – svetnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju ZFPPIPP)[1] šteje med postopke insolventnosti poleg postopkov prisilne poravnave in poenostavljene prisilne poravnave tudi stečajne postopke. To so stečajni postopek nad pravno osebo, postopek osebnega stečaja in postopek stečaja zapuščine (5. člen). Za delovne spore sta pomembna le stečajni postopek nad pravno osebo in postopek osebnega stečaja.

V prispevku obravnavam nekatere postopkovne primere v delovnih sporih[2] v povezavi z navedenima stečajnima postopkoma. Pri tem odgovarjam tudi na nekatere dileme in vprašanja iz sodne prakse.

2 STVARNA PRISTOJNOST DELOVNIH SODIŠČ

Glede pristojnosti sodišč v zvezi z uveljavljanjem zahtevkov v primerih, ko se postopki v sodnih sporih začnejo po prerekanju terjatve v stečajnem postopku in po vložitvi tožbe za ugotovitev obstoja prerekane terjatve ali ko se med delovnim sporom začne stečajni postopek nad eno od strank postopka, je sodna praksa že nekaj časa enotna (razen posameznih izjem).

Načelno pravno mnenje glede pristojnosti delovnih in rednih sodišč je bilo sprejeto že v času sodišč združenega dela,[3] in sicer, da je za spor o pravicah in obveznostih iz delovnega razmerja v organizaciji združenega dela, ki je v stečajnem postopku, pristojno sodišče združenega dela.

Smiselno in prilagojeno to stališče še vedno velja, seveda ob upoštevanju sedanje zakonodaje, med drugim določbe 8. točke drugega odstavka 32. člena Zakona o pravdnem postopku (v nadaljevanju ZPP),[4] po kateri so ne glede na vrednost spornega predmeta okrožna sodišča pristojna za sojenje v sporih, ki nastanejo v

1 Uradni list RS, št. 126/07 in nadalj.
2 To lahko velja tudi v socialnih sporih; zlasti bodo to lahko primeri, ko pride do osebnega stečaja tožnika.
3 Načelno pravno mnenje skupne seje pri VS SR Slovenije in Sodišča združenega dela SR Slovenije z dne 29. 6. 1978, Zbirka odločb sodišč združenega dela v SR Sloveniji, prva knjiga, Gospodarski vestnik, 1979, str. 30.
4 Uradni list RS, št. 26/99 in nadalj.

zvezi s stečajnimi postopki, in določbe II/3. točke 101. člena Zakona o sodiščih (v nadaljevanju ZS)[5] o pristojnosti okrožnih sodišč v zadevah prisilne poravnave in stečaja ter likvidacije, kadar so v pristojnosti sodišča, ter v sporih v zvezi z njimi.

Ti dve določbi pa ne pomenita, da bi bilo za vse spore, ki se tako ali drugače povezujejo s stečajnim postopkom, pristojno okrožno sodišče, temveč da to velja le v primeru, če je za odločanje v teh sporih tudi sicer podana stvarna pristojnost tega sodišča. Te pristojnosti ne spremeni dejstvo, da se je nad gospodarsko družbo (ali eno od strank, ki ni gospodarska družba) začel stečajni postopek.[6] Spori v zvezi s stečajnim postopkom po 32. členu ZPP in 101. členu ZS torej niso vsi spori, do katerih pride v zvezi s stečajnimi postopki. Tako bo za presojo pristojnosti delovnega sodišča še vedno pomembno, ali gre za spor v zvezi z zahtevkom, ki se navezuje na pravni temelj, ki izvira iz delovnega razmerja. Delovno sodišče bo skratka moralo tudi v teh primerih upoštevati določbe Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (v nadaljevanju ZDSS-1)[7] o pristojnosti delovnih sodišč.[8] Stališče je logično. Upoštevajoč vsebino in značilnosti sporov (za katere je predviden tudi nekoliko drugačen postopek), bi bilo nesprejemljivo, da bi bili delovni spori le spori med strankami, ki niso v stečajnem postopku oziroma dokler niso v stečajnem postopku. Gre predvsem za vsebinsko posebne spore, ki (še vedno) spadajo v pristojnost delovnega sodišča (kot specializiranega sodišča).

Pristojnost delovnega sodišča v nekaterih primerih presega strogi zakonski okvir opredelitve pristojnosti. Iz točke b prvega odstavka 5. člena ZDSS-1 izhaja, da je delovno sodišče pristojno za odločanje o pravicah, obveznostih in odgovornostih iz delovnega razmerja med delavcem in delodajalcem oziroma njihovimi pravnimi nasledniki. To pomeni, da sta za odločitev o pristojnosti pomembna tako vsebina (narava spora) kot tudi udeleženci v sporu.

To pa ne velja vedno. Ne velja na primer v primeru, ko stečajni upravitelj v stečajnem postopku prizna terjatev upnika (delavca), to terjatev pa prereka(-jo) drug(-i) upnik(-i). Tožbo mora vložiti upnik (delavec), razen če gre za terjatev delavca, za katero že obstaja izvršilni naslov (302. člen ZFPPIPP). Tožbo vloži proti upniku(-om), ki je (so) prerekal(-i) to terjatev, in ne proti stečajnemu dolžniku (300. člen ZFPPIPP). Gre torej za *spor med dvema ali več upniki* (tožnikom, katerega terjatev je bila prerekana, in enim upnikom ali več upniki, ki je (so) terjatev prerekal(-i)*, brez stečajnega dolžnika.* V takšnih primerih je stališče sodne prakse, da določbe stečajnega zakona, ki drugim upnikom omogočajo prerekati terjatve, ne spremenijo pravne narave spornega razmerja, iz katerega izhaja terjatev.[9] Zato je tudi za odločanje v takšnih sporih (po napotitvi na ustrezni postopek) pristojno delovno

5 Uradni list RS, št. 19/94 in nadalj.

6 Na pristojnost delovnih sodiš tudi ne vpliva dejstvo, da med stečajnim postopkom pride do prenehanja pogodbe o zaposlitvi.

7 Uradni list RS, št. 2/2004 in nadalj.

8 Glej npr. sklepe VS RS VIII R 8/1996, VIII Ips 10/1999, VIII R 67/2002, VIII R 6/2009.

9 V zvezi s tem še opozorilo (več v nadaljevanju), da navedeno velja le v primeru, ko se po prerekanju terjatve v stečajnem postopku pred delovnim sodiščem šele začne postopek (z vložitvijo tožbe), ne pa v primeru, ko se je spor pred delovnim sodiščem (med delavcem in delodajalcem) začel že pred stečajnim postopkom, se zaradi stečaja prekinil in se nato nadaljeval. V zadnjem primeru namreč stečajni dolžnik ostane stranka postopka (301. člen ZFPPIPP), tudi če v stečajnem postopku prijavljeno terjatev prereka(-jo) le drugi upnik(-i), ne pa stečajni dolžnik.

sodišče.[10] V takšnem postopku je treba ugotoviti obstoj terjatve iz delovnega razmerja zoper stečajnega dolžnika, ki ni stranka tega postopka; še vedno se ugotavlja obstoj obveznosti iz delovnega razmerja med delavcem in delodajalcem (brez formalne udeležbe delodajalca kot stranke), kar pomeni, da gre formalno za posredni, vsebinsko pa za neposredni individualni delovni spor.[11]

Naslednje vprašanje pristojnosti lahko nastane v zvezi *z naravo uveljavljenih terjatev.* Če gre le za spor o tem, ali je neka terjatev prednostna, torej v sporu ne gre (več) za vprašanje obstoja ali neobstoja terjatve (iz delovnega razmerja), o tem ne odloča delovno sodišče,[12] temveč je to lahko le predmet odločanja (sodnika posameznika) v stečajnem postopku.[13] To ne pomeni, da vprašanje, katere terjatve so prednostne (za razliko od navadnih terjatev ali stroškov stečajnega postopka), ni nepomembno tudi v nekaterih delovnih sporih. Tožbeni zahtevek v delovnem sporu (pravdnem postopku) v zvezi z navadnimi ali prednostnimi terjatvami je ugotovitveni, v zvezi s stroški stečajnega postopka pa dajatveni.

V praksi se je pojavilo tudi vprašanje *ustalitve pristojnosti (perpetuatio fori)* delovnega sodišča v zvezi z zahtevki za uveljavljanje odškodnine za nesrečo pri delu proti delodajalcu in zavarovalnici (kot sosporniku). Gre za primere, ko delavec odškodnino uveljavlja najprej proti obema strankama, nato pa se začne stečajni postopek proti delodajalcu. Lahko se zgodi, da delavec v stečajnem postopku ne prijavi terjatve (kar ima za posledico zavrnitev zahtevka proti delodajalcu), ali zamudi s predlogom za nadaljevanje postopka v delovnem sporu, ali njegovo terjatev tožena stranka (delodajalec) v stečaju celo prizna; lahko se zgodi, da zahtevek, ki ga najprej uveljavlja proti obema strankama, delavec naknadno umakne proti delodajalcu, da prva toženka pripozna zahtevek ali s tožnikom sklene poravnavo, ali pritožbeno sodišče potrdi le odločitev o zavrnitvi zahtevka proti delodajalcu in se spor nadaljuje le še proti zavarovalnici, ipd. Stališče revizijskega sodišča je, da takšen spor v nadaljevanju (torej ko gre le še za spor med delavcem in zavarovalnico) ni več delovni spor. Po določbi 17. člena ZPP se pristojnost sodišč v prvi vrsti res presoja na podlagi navedb v tožbi in na podlagi dejstev, ki so sodišču znana, poznejše spremembe pa načeloma ne vplivajo na spremembo pristojnosti sodišč. Vendar to velja le, če nastane vprašanje pristojnosti med sodišči iste vrste. ZPP tega ne določa glede pristojnosti sodišč druge vrste.[14] Ob takšnem stališču je

10 Glej npr. sklepe VIII R 8/1996, VIII R 38/2008.

11 Od presoje pristojnosti delovnih sodišče, ki bi se vezala tudi na stranke v postopku, je VS RS odstopilo tudi v primeru uveljavljanja terjatev (nekdanjih) delavcev proti RS oziroma Javnemu jamstvenemu, preživninskemu in invalidskemu skladu RS, kjer je ne glede na stranke, ki nista v razmerju delavec in delodajalec, upoštevalo le, da gre za uveljavljanje terjatev, ki so terjatve iz delovnega razmerja in gre zato za individualni delovni spor. Glej npr. sklepe VS RS VIII Ips 113/2015, VIII Ips 173/2015, VIII Ips 195/2015, VIII Ips 206/2015.

12 Kljub nekaterim drugačnim (napačnim) odločitvam.

13 Glej npr. sklep VS RS III Ips 113/2014 z dne 14. 7. 2015.

14 Tako v sklepu VS RS VIII R 15/2007, enako tudi v sklepih VDSS Pdp 826/2006, Pdp 745/2014, drugače pa v sodbi Pdp 520/2014. VDSS v tej sodbi obrazloži, da so se v drugih zadevah postopki proti delodajalcu končali na podlagi aktivnega ravnanja delavca – tožnika (umika tožbe ali sklenitve poravnave), v tej zadevi pa je sodišče druge stopnje potrdilo zavrnilno sodbo le zoper delodajalca, ne pa zoper zavarovalnico, in da prav zato še vedno obstaja podlaga za pristojnost delovnega sodišča v sporu med delavcem in zavarovalnico. Ta razlog ni utemeljen, saj iz ZPP ne izhaja, da bi bila odločitev o pristojnosti lahko odvisna od aktivnega ali pasivnega ravnanja tožnika. To skratka ni dejavnik, ki bi kakorkoli vplival na takšno presojo.

revizijsko sodišče upoštevalo tudi, da je udeležba zavarovalnice v delovnih sporih določena kot izjema in je omejena le na položaj sospornika, da sta delodajalec in zavarovalnica v takšnem sporu navadna sospornika in da pravila o samostojnosti takšnih sospornikov veljajo tudi za potek postopka.[15]

3 UVEDBA IN ZAČETEK STEČAJNEGA POSTOPKA

Postopek zaradi insolventnosti zajema predhodni in glavni postopek. Predhodni postopek se začne z vložitvijo predloga za začetek postopka; gre za uvedbo postopka, v katerem se odloča o pogojih za začetek postopka zaradi insolventnosti. Za razliko od tega se glavni postopek začne s sklepom, s katerim sodišče odloči o začetku postopka zaradi insolventnosti. V tem primeru govorimo o začetku, in ne o uvedbi postopka (49. člen, 230.–243. člen in 383. člen ZFPPIPP).

V številnih odločbah delovnih sodišč so nepravilno uporabljeni pojmi uvedbe in začetka stečajnega postopka. Najpogosteje se uporablja napačni izraz „uvedba postopka," namesto „začetek postopka." Še bolj je to moteče, če je nepravilni izraz že v izreku sklepa, npr. v konkretnem primeru: „postopek se prekine zaradi uvedbe stečajnega postopka nad toženko."[16]

Ne gre (le) za vprašanje primernega izraza, temveč za vprašanje pravilne pravne opredelitve oziroma pravilne uporabe institutov stečajnega prava.

Uvedba postopka zaradi insolventnosti nima pravnih posledic, ki bi lahko neposredno vplivale na postopke v delovnih sporih.[17] Pravne posledice, ki nas zanimajo oziroma moramo biti nanje pozorni v delovnih sporih, se nanašajo izključno na začetek stečajnega postopka in nastopijo z začetkom dneva, ko je bil objavljen oklic o začetku stečajnega postopka (244. člen ZFPPIPP). Za delovni spor je predvsem pomembno, da se (šele) takrat pri firmi stranke vpiše dodatek „v stečaju" in da takrat prenehajo pooblastila dolžnikovih zastopnikov, prokuristov in drugih pooblaščencev za zastopanje dolžnika in pooblastila poslovodstva dolžnika za vodenje njegovih poslov. Ta pooblastila preidejo na upravitelja (245. člen ZFPPIPP). Tudi ZPP (v skladu z ZFPPIPP) določa, da se postopek prekine, če nastanejo pravne posledice začetka (in ne uvedbe) stečajnega postopka (4. točka 205. člena ZPP).[18]

15 Zoper takšno zakonsko ureditev se sicer lahko zastavljajo utemeljeni pomisleki.

16 Nepravilni izraz uvedbe stečaja sicer uporablja npr. tudi Zakon o matični evidenci zavarovancev in uživalcev pravic iz obveznega pokojninskega in invalidskega zavarovanja (v nadaljevanju ZMEPIZ-1, Uradni list RS, št. 111/2013), ki v 41. členu določa, da stečajni upravitelj vloži odjavo iz zavarovanja za vse delavce, ki jim je zaradi uvedbe stečaja oziroma likvidacije prenehalo delovno razmerje in prijavo v zavarovanje, odjavo iz zavarovanja in prijavo sprememb med zavarovanjem za vsakega delavca, ki je sklenil delovno razmerje po uvedbi stečaja ali likvidacije. Tudi Zakon o delovnih razmerjih (v nadaljevanju ZDR-1, Uradni list RS, št. 21/2013) v zadnji alineji 114. člena, v petem odstavku 115. člena in v četrtem odstavku 116. člena nepravilno določa, da varstvo po teh določbah ne velja v primeru uvedbe postopka za prenehanje delodajalca.

17 Čeprav je lahko pomembna (vendar ne v delovnem sporu) tudi uvedba postopka, npr. v primeru izpodbijanja pravnih dejanj stečajnega dolžnika, saj se obdobje izpodbojnosti navezuje na uvedbo postopka (269. in 391. člen ZFPPIPP).

18 Posebnosti so lahko v primeru osebnega stečaja – več pozneje.

Ena od posledic začetka postopka je tudi, da se postopek zavarovanja z začasno odredbo ali predhodno odredbo ustavi in se razveljavijo vsa dejanja, ki so bila opravljena v tem postopku (4. točka tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP).[19]

Začetek stečajnega postopka med drugim vpliva na *vročanje sodnih pisanj*, saj je treba vsa pisanja, ki jih je treba vročiti stečajnemu dolžniku (stranki v postopku), vročiti upravitelju: 1. če upravitelj opravlja svoje naloge prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali gospodarske družbe na njegov poslovni naslov, vpisan v register (v zvezi s stečajnim postopkom),[20] 2. v drugih primerih na naslov stečajnega upravitelja (njegov stalni naslov).[21]

Dolžnost sodišča (in drugih državnih organov) je *prednostno obravnavanje* zadev, v katerih je kot stranka postopka udeležen stečajni dolžnik ali katerih izid vpliva na potek stečajnega postopka (drugi odstavek 48. člena ZFPPIPP). Tudi v postopkih v zvezi z zahtevki iz delovnega razmerja oziroma v zvezi s preizkusom terjatev mora sodišče opraviti poravnalni narok, oziroma če ni takšnega naroka, prvi narok za glavno obravnavo najpozneje v dveh mesecih od prejema odgovora na tožbo (tretji odstavek 48. člena ZFPPIPP).

4 STEČAJNI POSTOPEK NAD PRAVNO OSEBO

4.1 Vložitev tožbe v delovnem sporu, prekinitev in nadaljevanje postopka

Najprej *le o uveljavljanju zahtevkov v povezavi s terjatvami, kot jih opredeljuje 20. člen ZFPPIPP. O drugih zahtevkih pozneje.*[22] Tukaj lahko ločimo:

1. uveljavljanje zahtevka s tožbo za ugotovitev obstoja prerekane terjatve v delovnem sporu (pravdi) in
2. nadaljevanje prekinjenega postopka za uveljavljanje terjatve v delovnem sporu.

19 Kot je razloženo v nadaljevanju, se to lahko nanaša le na terjatve, ki vplivajo na razdelitev stečajne mase, ne pa npr. na začasno odredbo v zvezi z zadržanimi učinki odpovedi pogodbe o zaposlitvi, saj se ta navezuje le na zahtevek za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi in ugotovitev obstoja delovnega razmerja. Glej tudi sklep II Ips 215/2011.

20 V registru najdemo tudi podatke o firmi, sedežu in poslovnem naslovu upravitelja. Ti izhajajo tudi iz seznama upraviteljev, ki jih vodi ministrstvo za pravosodje – glej 5. točko tretjega odstavka 110. člena v povezavi s 3. alinejo 2. točke drugega odstavka 229. člena in 251. členom ZFPPIPP.

21 Glej tretji odstavek 110. člena v povezavi z 2. alinejo 2. točke drugega odstavka 229. člena in 251. členom ZFPPIPP. Ker je zoper toženca po vročitvi tožbe tekel postopek osebnega stečaja, tožba, ki ni bila vročena stečajnemu upravitelju, ni bila pravilno vročena. To stališče se lahko nanaša le na tožbe glede terjatev, ki vplivajo na razdelitev stečajne mase (sklep I Cp 1325/2015).

22 V prispevku se ne opredeljujem do terjatev, ki so zavarovane z ločitveno pravico, oziroma do izločitvenih pravic, saj v delovnih sporih skoraj ne pridejo v poštev. 20.a člena ZFPPIPP ne poudarjam posebej, ker se nanaša na finančne in poslovne terjatve, ki niso predmet odločanja delovnega sodišča.

4.1.1 Tožba za ugotovitev obstoja prerekane terjatve v delovnem sporu

Upnik, ki pred začetkom stečaja še ni sprožil delovnega spora, mora terjatev najprej prijaviti v stečajnem postopku. Terjatev mora prijaviti v roku za prijavo, ki je tri mesece po objavi oklica o začetku tega postopka (razen izjem – glej 59. člen ZFPPIPP). Če je bila terjatev prerekana, mora v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev vložiti tožbo za ugotovitev obstoja prerekane terjatve.[23] Če terjatev prereka upravitelj, mora tožbo vložiti proti stečajnemu dolžniku. Če terjatev prereka le drug upnik, ki mora[24] tožbo za ugotovitev obstoja terjatve vložiti proti temu upniku(-om), in ne tudi proti stečajnemu dolžniku. Če terjatev prerekajo stečajni upravitelj in drugi upniki, mora tožbo vložiti proti vsem. Če tožbe ne vloži v navedenem roku, in sicer proti vsem, ki so terjatev prerekali, preneha njegova prerekana terjatev v razmerju do stečajnega dolžnika (300. člen ZFPPIPP). V takšnem primeru se v delovnem sporu *zahtevek zavrne.*

Omenjam še nasprotni primer. Po začetku stečajnega postopka *uveljavlja terjatev* iz delovnega razmerja *pravna oseba v stečaju (kot tožeča stranka)* proti delavcu (tožencu). V takšnem primeru ne gre za ugotavljanje obstoja prerekane terjatve v delovnem sporu, temveč za uveljavljanje terjatve stečajnega dolžnika po začetku stečajnega postopka. Gre za povsem običajen delovni spor, v katerem tožečo stranko že od vsega začetka zastopa stečajni upravitelj, zahtevek za uveljavljanje terjatve pa je dajatveni, in ne ugotovitveni. V takšnem primeru ne pride do prekinitve ali nadaljevanja postopka, saj se postopek v delovnem sporu začne šele po začetku stečajnega postopka nad tožečo stranko.

4.1.2 Nadaljevanje prekinjenega postopka za uveljavljanje terjatev v delovnem sporu

Gre za primere, ko pred delovnim sodiščem že poteka postopek za uveljavljanje terjatve delavca (ki lahko vpliva na razdelitev stečajne mase), nato pa se začne stečajni postopek nad delodajalcem (toženo stranko). Prihaja tudi do začetka stečajnega postopka nad tožečo stranko (delodajalcem), ki je že pred tem uveljavljala terjatev (iz delovnega razmerja) proti toženi stranki (delavcu).

4.1.2.1 Splošno o prekinitvi in nadaljevanju postopka

Z začetkom stečajnega postopka (oziroma nastopom pravnih posledic začetka) nastopi *ex lege* prekinitev postopka v delovnem sporu (4. točka 205. člena ZPP). Govorimo o prekinitvi postopka, in ne prekinitvi pravde, torej se pravilo o prekinitvi postopka nanaša na primere, ko se začne stečajni postopek po vložitvi tožbe, in ne šele po vročitvi tožbe nasprotni stranki. Sodišče, ki izve za začetek stečajnega postopka (in kadar izve), izda deklaratorni sklep o prekinitvi postopka. V sklepu ugotovi prekinitev postopka z določenim dnem. Ker gre za prekinitev po zakonu,

23 Za delovne spore je lahko pomembno, da nekaterih prednostih terjatev ni treba prijaviti (šesti odstavek 296. člena ZFPPIPP) in da pri prednostnih terjatvah ni treba posebej priglasiti še obresti (peti odstavek 60. člena ZFPPIPP).

24 Razen v primeru terjatev, ki temeljijo na izvršilnem naslovu (302. člen ZFPPIPP).

sodišče ne izda sklepa o prekinitvi z dnevom sklepa, temveč z dnevom začetka stečajnega postopka.[25] Posledice prekinitve so določene v 207. členu ZPP.

Ni sporno, da je tudi za nadaljevanje postopka potreben sklep o nadaljevanju. To izhaja iz določbe 208. člena ZPP. Sklep mora biti pisni, lahko brez posebne obrazložitve (prvi in drugi odstavek 331. člena ZPP). Sklep o nadaljevanju postopka ima naravo procesnega sklepa.

Do nadaljevanja lahko pride s prevzemom stečajnega upravitelja, na povabilo sodišča (prvi odstavek 208. člena ZPP) ali na predlog stranke (tretji odstavek 208. člena ZPP in tretji odstavek 301. člena ZFPPIPP). Postopek se nadaljuje, ko ga stečajni upravitelj prevzame ali ko ga sodnik povabi, naj to stori (prvi odstavek 208. člena ZPP); prekinjeni postopek se nadaljuje tudi na predlog stranke, takoj ko preneha razlog za prekinitev (tretji odstavek 208. člena ZPP).

Sodišče torej lahko stečajnega upravitelja pozove, da prevzame postopek; nato izda sklep o nadaljevanju z dnem povabila (poziva). Za poziv sodišča stečajnemu upravitelju, naj prevzame postopek, je po sodni praksi mogoče šteti tudi vročitev sklepa o nadaljevanju postopka.[26] Stečajni upravitelj se prevzemu postopka ne more upreti.

Če pride do nadaljevanja z izjavo stečajnega upravitelja, da prevzame prekinjeni postopek, se ta nadaljuje s tem dnem (z dnem izjave).

Nadaljevanje lahko predlaga tudi upnik. Tudi v tem primeru sodišče pozove upravitelja, da prevzame postopek, in izda sklep o nadaljevanju z dnem izdaje sklepa.

Roki, ki so zaradi prekinitve postopka nehali teči, začnejo teči za prizadeto stranko v celoti znova od dneva, ko ji sodišče vroči sklep o nadaljevanju postopka (četrti odstavek 208. člena ZPP).

4.1.2.2 Nadaljevanje postopka v delovnem sporu in stečajni postopek

Če je *tožena stranka v delovnem sporu pravna oseba v stečaju,* je treba v zvezi z nadaljevanjem prekinjenega postopka poleg ZPP upoštevati tudi ZFPPIPP. Ta določa, da razlog za prekinitev postopka preneha z objavo sklepa o preizkusu terjatev (drugi odstavek 301. člena ZFPPIPP). S tem sklepom je odločeno, katera terjatev je priznana in katera prerekana, pa tudi, kdo mora v drugem postopku (npr. delovnem sporu) uveljavljati zahtevek za ugotovitev obstoja ali neobstoja prerekane terjatve. V izreku sklepa je naveden tudi končni seznam preizkušenih terjatev, ki je sestavni del izreka tega sklepa (69. člen ZFPPIPP).

V primeru prerekane prijavljene terjatve mora upnik predlagati nadaljevanje prekinjenega postopka v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu (tretji odstavek

25 Napačna je nasprotna praksa, da se sklep izda z datumom sprejema, kar pa je lahko mnogo pozneje - šele takrat, ko sodišče izve za začetek stečajnega postopka.
26 Glej sklep VS RS II Ips 403/2010.

301. člena ZFPPIPP). Če je terjatev prerekal drug upnik, mora v istem roku tožbo razširiti na upnika(-ke), ki je (so) terjatev prerekal(-i) kot na nove tožence (torej poleg že toženega stečajnega dolžnika). Za takšno razširitev ni treba soglasja (peti in šesti odstavek 301. člena ZFPPIPP), ampak je nasprotno predvideno, da v primeru, če upnik v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev ne predlaga nadaljevanja v skladu s tretjim odstavkom ali ne razširi tožbe na nove upnike, ki so terjatev prerekali, preneha njegova prerekana terjatev v razmerju do stečajnega dolžnika (sedmi odstavek 301. člena ZFPPIPP). Če upnik zamudi rok za predlaganje nadaljevanja ali ne razširi tožbe na nove upnike, sodišče za*vrne zahtevek*.

Če pa je terjatev priznana (torej je ne prereka dolžnik niti eden od upnikov), preneha pravna korist za vodenje postopka v delovnem sporu. Prenehanje pravne koristi ima za posledico *zavrženje tožbe, in ne zavrnitev zahtevka.*

Če upnik (delavec v prekinjenem delovnem sporu zaradi stečaja) terjatve v stečajnem postopku zoper toženo stranko (delodajalca) sploh ne prijavi, so posledice enake, kot če ne predlaga nadaljevanja postopka v roku in proti pravim upnikom. Tožbeni zahtevek se *zavrne.*

Če se med postopkom v delovnem sporu *stečajni postopek začne nad tožečo stranko,* se postopek nadaljuje v skladu z določbo 208. člena ZPP. V takšnem primeru seveda ne gre za spor o terjatvi, ki bi se preizkušala v stečajnem postopku, temveč za terjatev stečajnega dolžnika proti njegovemu dolžniku (delavcu). Pri nadaljevanju postopka se ne upošteva določba 301. člena ZFPPIPP.

4.1.2.3 Dodatna razlaga

Iz sodne prakse izhaja, da se pravila 301. člena ZFPPIPP in 208. člena ZPP o nadaljevanju postopka ne izključujejo, temveč sobivajo. Pravilo o tem, kdaj se postopek nadaljuje, je vsebovano v prvem in tretjem odstavku 208. člena ZPP. To se zgodi, ko stečajni upravitelj prevzame postopek, ali ga sodišče povabi, naj to stori, ali na predlog stranke, ko prenehajo razlogi za prekinitev. Vendar pa drugi odstavek 301. člena ZFPPIPP določa, kdaj preneha razlog za prekinitev postopka, torej gre za očitno drugačno določbo, ki jo je treba upoštevati tudi v zvezi z nadaljnjo določbo, da mora upnik predlagati nadaljevanje postopka v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev. ZFPPIPP s tem določa najzgodnejši čas, ko se lahko postopek nadaljuje. Prekinjenega postopka ni mogoče nadaljevati pred tem dnem (objavo sklepa o preizkusu terjatev) ali stečajnega upravitelja (s posebnim sklepom) pozivati, da ga še pred tem prevzame.

Obstoj pravočasnega predloga upnika za nadaljevanje postopka lahko vpliva le na odločitev o utemeljenosti zahtevka, in ne na odločitev o nadaljevanju postopka (po poteku roka, v katerem upnik uveljavlja terjatev). Nasprotno stališče bi pomenilo, da v primeru, ko upnik ne bi podal takšnega predloga (in v primeru zamude roka za takšen predlog tudi ne bi imel interesa), ne bi bilo podlage za nadaljevanje postopka in s tem za vsebinsko odločitev o zahtevku.[27]

27 Glej sklep VS RS II Ips 403/2010, III Ips 63/2012.

To pa ne pomeni, da se sodni postopek lahko nadaljuje po navedenem roku iz drugega in tretjega odstavka 301. člena ZFPPIPP le na predlog upnika, temveč da lahko tudi sodišče v skladu s prvim odstavkom 208. člena ZPP pozove stečajnega upravitelja,[28] da prevzame postopek. Vendar sodišče to lahko stori šele po objavi sklepa o preizkusu terjatev in po poteku enega meseca, v katerem lahko nadaljevanje predlaga napoteni upnik. Sodišče nima podlage, da bi to samo storilo pred tem datumom, torej že takoj po objavi sklepa o preizkusu terjatev.[29] Sodišče, ki hoče nadaljevati postopek, skratka ne čaka le do objave sklepa o preizkusu terjatev, temveč še en mesec po objavi tega sklepa.

Treba je torej ločevati prenehanje razloga za prekinitev postopka iz drugega odstavka 301. člena ZFPPIPP in procesno upravičenje za nadaljevanje postopka. To upravičenje ima v enem mesecu po objavi sklepa le upnik. Nekatere odločbe višjih sodišč[30] in nekateri članki govorijo drugače,[31] vendar gre za napačno razlago in napačno razumevanje stališč VS RS v zadevah II Ips 403/2010 in III Ips 63/2012. V obeh navedenih primerih je že potekel rok enega meseca po objavi sklepa o preizkusu terjatev, zaradi česar se je odločitev nanašala le na vprašanje pravilnega nadaljevanja prekinjenega postopka (postopek je sodišče nadaljevalo samo) po enem mesecu od objave sklepa o preizkusu terjatev.

Navedeno pravilo ima tudi izjeme. Če sodišče ugotovi, da je bila *tožnikova terjatev v stečajnem postopku priznana,* mora tožbo zaradi odpadle pravne koristi zavreči. V takšnem primeru seveda ne bi bilo smotrno čakati še en mesec po objavi sklepa o preizkusu terjatev, temveč se postopek lahko nadaljuje že pred tem, nato pa objavi odločitev o zavrženju tožbe.

Upnik mora predlagati nadaljevanje prekinjenega postopka v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev, vendar to *ne velja v primeru, če se je zoper ta sklep pritožil* on ali tisti, ki je terjatev prerekal. V takšnem primeru začne enomesečni rok za procesno dejanje glede te terjatve teči od objave sklepa, s katerim je pritožbeno sodišče odločilo o tej pritožbi (314. a člen ZFPPIPP); torej rok za vložitev tožbe po prvem odstavku 300. člena ZFPPIPP ali rok za predlaganje nadaljevanja postopka po tretjem odstavku 301. člena ZFPPIPP teče od objave pravnomočnega sklepa pritožbenega sodišča. Ta določba lahko podaljšuje obdobje, po katerem sodišče pozove stečajnega upravitelja, da nadaljuje postopek po 208. členu ZPP, saj tega ne more storiti do poteka podaljšanega roka zaradi rešitve pritožbe in še enega meseca po objavi sklepa pritožbenega sodišča.

V nekaterih primerih *ni mogoče takoj ugotoviti točne višine priznanih in prerekanih terjatev,* zlasti če je isti upnik prijavil več terjatev, ipd. Takrat je treba zahtevati dodatna pojasnila od stečajnega upravitelja in tožnika (materialno procesno vodstvo – 285. člen ZPP in 286. a člen ZPP), vpogledati v stečajni spis ipd.

28 Ta se temu ne more upreti.
29 Če bi sodišče že samo nadaljevalo postopek v tem času (po prvem odstavku 208. člena ZPP), tudi ne bi bilo več podlage oziroma razloga, da bi to storil še upnik.
30 Glej npr. sklepa I Cp 3362/2011, I Cp 915/2015.
31 Glej npr. Breda Bloudek, stran 9–12.

Praktični primeri:

Sodišče ni ravnalo pravilno, če je z izpodbijanim sklepom najprej ugotovilo, da je bil postopek prekinjen določenega dne in nato stečajnega upravitelja pozvalo, naj prevzame prekinjeni postopek, vendar sklep o preizkusu terjatev še ni bil izdan,[32] ali če sodišče sploh ni ugotovilo, ali je že prenehal razlog za prekinitev po določbi 301. člena ZFPPIPP.[33] Sodišče pa je ravnalo pravilno v primeru, ko je tožnik v stečajnem postopku prijavil terjatev, ki je bila preizkušena in prerekana, kljub temu da v enem mesecu ni predlagal nadaljevanja prekinjenega pravdnega postopka in je sodišče samo nadaljevalo prekinjeni postopek in hkrati odločilo o stvari,[34] oziroma v primeru, ko je po sklepu o predhodni prekinitvi postopka in že po objavi sklepa o preizkusu terjatev (ter po poteku enega meseca za predlaganje nadaljevanja postopka) brez predloga upnika odločilo, da se postopek nadaljuje.[35]

4.2 Sosporniki na pasivni strani, tožbeni zahtevek, nova tožba

Razlika med 300. in 301. členom ZFPPIPP je v tem, koga tožiti oziroma proti njemu nadaljevati prekinjeni postopek.[36] Začetek postopka po prerekanju terjatev je predviden le proti tistim, ki so terjatev prerekali: stečajnemu dolžniku ali/in upniku(-om), ki je (so) terjatev prerekal(-i) (300. člen ZFPPIPP), kar je tudi logično, saj sporno razmerje obstaja le med strankami, ki si nasprotujejo. Nadaljevanje postopka, ki je že pred tem potekal proti pravni osebi, nad katero se je pozneje začel stečaj, pa se zahteva proti tej pravni osebi in vsem upnikom, ki so terjatev prerekali, ne glede na to, če stečajni dolžnik (oziroma zanj stečajni upravitelj) terjatve sploh ni prerekal.

V zadnjem primeru gre za nujne enotne sospornike (*naknadno nujno sosporništvo na pasivni strani)* z vsemi posledicami takšnega sosporništva. Če upnikove terjatve ne prereka stečajni dolžnik, temveč le drugi upniki, upnik ne sme nadaljevati postopka le proti upnikom, ki so terjatev prerekali, in umakniti tožbe proti stečajnemu dolžniku. To glede na pojmovanje nujnega sosporništva na pasivni strani pomeni, da tožnik, ki toži le nekatere, ne pa vseh nujnih sospornikov, toži napačno stranko. Gre za vprašanje stvarne legitimacije kot del tožbenega temelja.[37] V takšnem primeru je treba že iz tega razloga *tožbeni zahtevek zavrniti.* To sicer izrecno izhaja tudi iz sedmega odstavka 301. člena ZFPPIPP. Tudi v takšnem primeru preneha terjatev tožnika do stečajnega dolžnika.

Iz četrtega odstavka 301. člena ZFPPIPP izhaja, da upnikov predlog za nadaljevanje postopka vsebuje tudi izjavo upnika *o umiku dajatvenega dela* tožbenega zahtevka

32 Glej sklep I Cpg 530/2011 (sklep je nepravilen glede poziva na prevzem postopka, torej v 2. točki), Cp 1256/2010, ki se sicer nanaša na osebni stečaj, vendar je šlo prav tako za terjatev, ki še ni bila predmet preizkusa.

33 Glej sklep I Cp 2580/2009.

34 Glej sodbo in sklep VS RS III Ips 63/2012 z dne 23. 5. 2014, kjer je sodišče ugotovilo, da po prekinitvi postopka in nadaljevanju ni bilo nobenih ovir za hkratno vsebinsko odločitev, saj okoliščine, ki so bile odločilne, niso bile sporne (488. člen ZPP).

35 Glej sklep II Ips 403/2010 z dne 17. 11. 2011.

36 Določba 300. člena ZFPPIPP se je v primerjavi s prvotnim besedilom zakona spremenila, določba 301. člena ZFPPIPP pa ne.

37 Gre za vprašanje materialnega prava, in ne procesno vprašanje.

tako, da uveljavlja samo še zahtevek za ugotovitev obstoja terjatve. Če tožnik zahtevka ne preoblikuje, sodišču v delovnem sporu ni treba še posebej odločati o umiku dajatvenega dela tožbe. Obenem to pomeni, da sodišče, ko odloča o zahtevku in ga zavrne ali mu (delno) ugodi, odloča le o zahtevku za ugotovitev obstoja terjatve, in ne več (še posebej) o dajatvenem zahtevku.

V primeru, ko je že pred začetkom stečaja potekal spor med delavcem in delodajalcem in je naknadno prišlo do prekinitve postopka in prerekanja terjatve upnika (delavca), mora ta predlagati nadaljevanje postopka, *ne pa vložiti nove tožbe.* S prekinitvijo postopka po 205. členu ZPP prenehajo teči le roki za pravdna dejanja, ne preneha pa pravda, ki se začne z vročitvijo tožbe tožencu. Litispendenca skratka preneha s prenehanjem delovnega spora, in ne z njegovo prekinitvijo. Zato imamo v primeru vložitve nove tožbe (ne glede na to, če je v prekinjenem postopku terjatev uveljavljena še z dajatvenim zahtevkom, v novi tožbi pa z ugotovitvenim) lahko situacijo, ko o istem zahtevku že teče delovni spor (pravda). Takrat sodišče novo tožbo zavrže (189. člen ZPP).[38]

Tožnik v prekinjenem postopku zaradi začetka stečajnega postopka lahko toži več, kot pa znaša njegova naknadno prijavljena terjatev v stečajnem postopku. Če je ta terjatev prerekana, lahko v nadaljevanju zahteva le ugotovitev terjatve v višini, ki jo je tudi prijavil v stečajnem postopku in je še sporna. Če v nadaljnjem postopku svoje predhodno višje terjatve ne umakne, sodišče tožbeni zahtevek v tem delu zavrne. In nasprotno. V sporu delavca proti delodajalcu za plačilo v določenem znesku lahko delavec iz istega naslova v stečajnem postopku nad delodajalcem prijavi višji znesek terjatve. Če stečajni upravitelj to terjatev prereka, delavec za dosedanjo (že uveljavljeno terjatev) predlaga nadaljevanje postopka, za višjo naknadno prijavljeno terjatev v stečajnem postopku pa začne nov postopek oziroma spremeni tožbo.

4.3 Drugi odstavek 207. člena ZPP, prekinitev postopka v različnih fazah postopka, odločitve sodišč

Stečajni postopek nad eno od strank se lahko začne v vseh fazah pravdnega postopka (delovnega spora), torej pred sodiščem prve stopnje, druge stopnje in pred revizijskim sodiščem. Sklepe o prekinitvi in nadaljevanju postopka izda sodišče prve stopnje tudi, če nastanejo razlogi za prekinitev in nadaljevanje pozneje (drugi odstavek 205. člena ZPP).

Sodišče prve stopnje med prekinitvijo *ne more opravljati nobenih pravdnih dejanj,* razen če prekinitev nastane po koncu glavne obravnave. V takšnem primeru lahko sodnik ali senat na podlagi te obravnave izda odločbo (drugi odstavek 207. člena ZPP). Izjema je dovoljena, ker so že pred prekinitvijo opravljena vsa procesna dejanja strank, torej stranke nimajo več možnosti vpliva na izdajo in vsebino odločbe. Izjema je tudi racionalna in praktična, saj sodišče po končani obravnavi praviloma ni obveščeno o začetku stečajnega postopka nad eno od strank v postopku. Brez te izjeme bi zaradi prekinitve postopka *ex lege (*z začetkom stečajnega postopka po koncu glavne obravnave) prihajalo do tega, da bi bila odločba obremenjena s

38 Glej npr. sklep VS RS III Ips 36/1996 in sodbo III Ips 85/2004.

postopkovno kršitvijo.[39] Izjemo iz drugega odstavka 207. člena ZPP je smiselno mogoče uporabiti tudi v primerih, ko sodišče prve stopnje ne odloča na glavni obravnavi, temveč na seji senata, vendar le, če so bila že opravljena vsa procesna dejanja strank.

Odločitev sodišča ni problematična. Tudi izrek sodbe v takšnem primeru ostane enak, torej je pod pogojem, da gre za dajatveni zahtevek, tudi izrek dajatveni, in ne ugotovitveni, saj so bila pred prekinitvijo opravljena vsa procesna dejanja v postopku.

Drugače je z *vročitvijo takšne odločbe.* Izjema iz drugega odstavka 207. člena ZPP se namreč nanaša le na izdajo odločbe, ne pa na druga pravdna dejanja, tudi vročitev. Zato je treba postopek (ne glede na izdajo odločbe in njeno vsebino) pred vročitvijo prekiniti in nadaljevati, seveda če sodišče sploh izve za začetek stečajnega postopka po koncu glavne obravnave in pred vročitvijo odločbe strankam. Postopek se nadaljuje v skladu z 208. členom ZPP, torej brez upoštevanja 301. člena ZFPPIPP in pri tem čakanja na prijavo terjatve, prerekanje ter napotitev oziroma predlog za nadaljevanje postopka. Pravilna vročitev je seveda pomembna, saj v nasprotnem primeru lahko pride do kršitve določb postopka ali vsaj nepotrebnih zapletov.

Podobno velja za *pritožbeni in revizijski postopek.* Če je treba pritožbo ali revizijo vročiti v odgovor stranki, nad katero se je začel stečajni postopek, je treba zagotoviti pravilno vročitev in s tem ustrezno seznanitev stranke. Če pa pride do začetka stečajnega postopka po tem, ko so bila v pritožbenem in revizijskem postopku opravljena vsa pravdna dejanja, posebnih razlogov za prekinitev in nadaljevanje, vsaj v tej fazi postopka, ni. Procesna upravičenja strank niso več ogrožena. Ta primer in primer, ki ga ureja drugi stavek drugega odstavka 207. člena ZPP, sta primerljiva.[40] To pomeni, da tudi pritožbeno sodišče v primeru, če opravi pritožbeno obravnavo in se začne stečajni postopek šele po zaključku glavne obravnave, lahko postopa po drugem odstavku 207. člena ZPP, drugače pa ne.

V nadaljnji fazi, ki se nanaša na vročanje odločbe pritožbenega sodišča, je treba postopek pravilno prekiniti in ga nadaljevati, tako kot v podobnem primeru pred sodiščem prve stopnje.

Odločitev pritožbenega ali revizijskega sodišča v teh primerih ni drugačna zaradi začetka stečajnega postopka. Dajatveni izrek sodišča prve stopnje se ne spreminja v ugotovitvenega. Na odločitev ne vpliva dejstvo, če upnik terjatve (po začetku stečajnega postopka po zadnji obravnavi pred sodiščem prve stopnje) sploh ni prijavil v stečajnem postopku. Zakonitost sodbe sodišča prve stopnje se namreč ne presoja glede na okoliščine, ki so nastopile po dnevu odločanja sodišča prve stopnje (časovna meja pravnomočnosti).[41] Tudi potrditev dajatvenega izreka sodbe sodišča prve stopnje (namesto ugotovitvenega po začetku stečajnega postopka) nima pravnih posledic, saj je v zadnji stopnji odločilna le izvršitev, do katere lahko pride le v stečajnem postopku kot postopku splošne izvršbe. Tudi potrditev ugodilne

39 S kršitvijo pravila iz prvega odstavka 207. člena ZPP. Glej tudi Ambrož Cvahte, stran 448.
40 Glej npr. sodbo VS RS III Ips 41/1997, sklep in sodbo VIII Ips 211/2001.
41 Glej npr. sodbo VS RS VIII Ips 204/99.

odločbe za terjatve, ki jih tožnik pozneje (ali pred tem) ni prijavil v stečajnem postopku, ne spremeni dejstva, da tožnik s takšno pravnomočno sodbo ne more doseči izvršitve oziroma izpolnitve od stečajnega dolžnika.[42]

4.4 Prekinitev in nadaljevanje postopkov v povezavi z zahtevki

Gornja obrazložitev v zvezi s prekinitvijo in nadaljevanjem postopka se je nanašala na spore za uveljavljanje terjatev iz 20. člena ZFPPIPP (oziroma terjatev iz 20. a člena ZFPPIPP).

Izraz terjatev se v ZFPPIPP ne uporablja drugače kot v obligacijskem pravu. Vendar se pojem terjatve kot terjatve delavca (upnika) proti delodajalcu (stečajnemu dolžniku) po ZFPPIPP nanaša le na terjatve (denarne ali nedenarne), ki lahko vplivajo na razdelitev stečajne mase.[43] Zakonsko opredelitev pojma terjatev iz 20. člena ZFPPIPP je torej treba dopolniti. *Terjatev ni enaka zahtevku.*[44] V stečajnem postopku *je treba prijaviti samo terjatve, ki se lahko poplačajo iz stečajne mase,* drugih pa ne. Določbe ZFPPIPP skratka ne veljajo za terjatve, ki ne bodo poplačane. V nekaterih primerih je očitno, da to že pojmovno ni mogoče. Namen prijave je udeležba upnika pri delitvi stečajne mase, in ne nekaj drugega. Tega namena ne izpolnjujejo npr. čisti ugotovitveni zahtevki.[45]

Stečajni postopek torej ne vpliva na odločitve sodišča v zvezi z zahtevki, ki se ne nanašajo na terjatve, ki (lahko) vplivajo na razdelitev stečajne mase.[46] Postopkovno pa je po začetku stečaja sicer prišlo do prekinitve postopka v delovnem sporu, vendar na nadaljevanje ne bo vplivala določba 301. člena ZFPPIPP. Sodišču v takšnem primeru ne bo treba čakati na sklep o preizkusu terjatve in na potek enomesečnega roka, temveč lahko nadaljuje postopek že pred tem (v skladu z določbo 208. člena ZPP).

V delovnih sporih je navedeno izhodišče pomembno, ker imamo večkrat, celo v istem delovnem sporu, opraviti z uveljavljanjem zahtevkov delavca, ki jih ni mogoče šteti med terjatve iz 20. člena ZFPPIPP, in takimi, ki spadajo med terjatve po tej zakonski določbi. Takšen je npr. klasični delovni spor z zahtevki za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, za ugotovitev, da delovno razmerje tožniku ni prenehalo z določenim dnem, temveč mu še vedno traja (z dolžnostjo, da ga tožena stranka prijavi v ustrezne evidence), za reintegracijo in da mora tožena stranka za tožnika obračunati in mu plačati prejemke iz delovnega razmerja – nadomestilo plače, regres itd.

Zahtevki, ki lahko vplivajo na razdelitev stečajne mase oziroma terjatve, s katerimi je upnik lahko udeležen pri delitvi niso zahtevki za ugotovitev nezakonitosti

42 Glej npr. sodbo VS RS VIII Ips 204/1999.
43 Enako je veljalo že pred tem, vendar delovna sodišča v nekaterih primerih tega razlikovanja niso upoštevala.
44 Glej tudi Vlado Balažic: Stečaj – aktualna vprašanja, stran 24–26.
45 Zahtevek za ugotovitev ničnosti družbene pogodbe ne pomeni nedenarne terjatve po ZFPPIPP (sklep Cpg 239/2012). Stečajni postopek ne vpliva na terjatev za izpraznitev in izročitev nepremičnin. Glej sklep VS RS II Ips 215/2011 in sklep I Ip 785/2010.
46 Ne gre za vpliv na stečajno maso ali na njen obseg (glej tudi 224. člen ZFPPIPP), temveč njeno razdelitev.

odpovedi pogodbe o zaposlitvi in za ugotovitev, da delovno razmerje tožniku (zaradi nezakonite odpovedi) ni prenehalo z določenim dnem, temveč še vedno traja, in zahtevek za reintegracijo. S temi zahtevki, tudi če z njimi uspe, delavec – upnik ne sodeluje pri razdelitvi. Tudi odločitev o reintegraciji nima posledic za razdelitev stečajne mase. Vpliv takšne odločitve je lahko le naknaden in posreden, in sicer šele po tem, ko je delavec reintegriran, vendar v obravnavanih primerih šele po začetku stečaja.[47]

Na razdelitev stečajne mase lahko vplivajo le terjatve iz naslova nadomestila plače, regresa itd. pod pogojem pravočasne prijave v stečajnem postopku in uspeha z zahtevki za ugotovitev nezakonitosti odpovedi, obstoj delovnega razmerja itd.

Zastavlja se vprašanje, kako postopati v primeru delovnega spora s takšnimi zahtevki, nato pa se začne stečajni postopek nad toženo stranko (delodajalcem)?

Navedeni zahtevki ne delijo usode terjatev, ki jih je treba prijaviti v stečajnem postopku, torej zanje ne velja prej opisani režim. V takšnem primeru bi lahko sodnik po začetku stečajnega postopka nad toženo stranko (delodajalcem) nadaljeval pred tem prekinjeni postopek glede zahtevkov za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ugotovitev obstoja delovnega razmerja po datumu prenehanja na podlagi prejšnje odpovedi (tudi z dolžnostjo prijave v matično evidenco)[48] in zahtevka za reintegracijo le ob upoštevanju 208. člena ZPP, torej s povabilom stečajnemu upravitelju, da prevzame postopek brez čakanja na objavo sklepa o preizkusu terjatev. Glede drugih zahtevkov (terjatev) nadaljevanje ni mogoče do predloga tožnika v skladu s tretjim odstavkom 301. člena ZFPPIPP (seveda če je tožnik napoten na pravdo), po roku iz te določbe pa tudi na povabilo sodnika ali s prevzemom stečajnega upravitelja. Če tožnik predlaga nadaljevanje postopka po roku iz 301. člena ZFPPIPP, sodišče njegov zahtevek zavrne.

Praktično bo verjetno (razen v nekaterih primerih) ustrezneje, da se z nadaljevanjem postopka počaka do preizkusa prijavljenih terjatev v stečajnem postopku. Lahko se zgodi, da stečajni upravitelj terjatve prizna; v tem primeru je velika verjetnost, da pride tudi do poznejše pripoznave zahtevkov za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi itd. Obratno se lahko zgodi, da delavec terjatve za plačilo nadomestila plače ne prijavi, jo prijavi po roku ali pravočasno ne predlaga nadaljevanja postopka. To povzroči zavrnitev tega zahtevka in morebiti že iz tega razloga tudi umik tožbe še za druge zahtevke.

Navedeno ne pomeni, da v primeru, ko delavec v sporu zaradi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi ne prijavi ali prepozno prijavi terjatve, ki vplivajo na razdelitev stečajne mase, ali ne predlaga pravočasno nadaljevanja postopka (s posledico zavrnitve teh zahtevkov), ne more *nadaljevati le spora z zahtevki za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi,* za ugotovitev, da mu delovno razmerje ni prenehalo, in reintegracijo. Čeprav iz naslova plač in drugih

47 Saj bi do reintegracije prišlo šele po začetku stečaja in bi reintegracija povzročila tudi dolžnost delodajalca, da delavcu po dnevu reintegracije izplačuje plačo. Več o tem tudi v nadaljevanju.

48 Vzpostavitev lastnosti zavarovanca se lahko ugotavlja po uradni dolžnosti, čeprav ni bilo prijave, vzpostavljeno pa je bilo ustrezno pravno razmerje – glej ZMEPIZ-1.

prejemkov ne dobi ničesar,[49] pravica do uveljavljanja takšnih zahtevkov (brez uveljavljanja plačila) izhaja že iz 200. člena ZDR-1, ne da bi še posebej ugotavljali pravni interes za takšno tožbo.[50] Nenazadnje je treba upoštevati, da bo imel delavec morebiti korist tudi od takšne odločitve sodišča, npr. večji dodatek za delovno dobo pri naslednjih delodajalcih. Interes delavca je lahko podan tudi v primerih, ko v skladu z Zakonom o urejanju trga dela (v nadaljevanju ZUTD)[51] kot upravičenec do denarnega nadomestila mora vztrajati pri tožbi za ugotovitev nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi (glej 2. alinejo drugega odstavka 140. člena ZUTD v povezavi s četrtim odstavkom 65. člena ZUTD in sedmo in osmo alinejo drugega odstavka 63. člena ZUTD).[52]

Vprašanje je, ali med zahtevke, ki jih ni treba prijaviti v stečajnem postopku, lahko spada tudi *zahtevek za obračun prispevkov* (od plače) za obvezno zavarovanje. Kot je znano, se zahtevki običajno glasijo tako, da mora delodajalec delavcu plačati posamezne (konkretne) zneske bruto plače, od njih obračunati in odvesti davke in prispevke ter delavcu izplačati neto zneske z zamudnimi obrestmi. Takšna oblika zahtevka govori za denarni zahtevek oziroma le za uveljavljanje denarne terjatve, saj je obračun prispevkov le v funkciji odvoda teh in plačila neto plače. Ne gre za samostojni zahtevek za obračun prispevkov. Zahtevek za obračun prispevkov bi bil seveda lahko drugačen, in sicer da delavec poleg izplačila plače posebej in izrecno zahteva še obračun prispevkov.

Takšna delitev ne bi bila brez pomena, saj je po določbi 134. člena Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (v nadaljevanju ZPIZ-2)[53] lahko pomemben le obračun prispevkov brez njihovega plačila. Prvi odstavek 134. člena ZPIZ-2 namreč določa, da se ne glede na določbe prejšnjega člena (po katerem se v zavarovalno dobo štejejo obdobja zavarovanja, če so bili za ta obdobja plačani predpisani prispevki itd.) v pokojninsko dobo[54] štejejo obdobja, v katerih je delodajalec obračunal prispevke za obvezno zavarovanje od zavarovančeve plače, vendar jih ni plačal v pokojninsko in invalidsko zavarovanje, ne glede na uspeh ukrepov za izterjavo plačila prispevkov. Seveda se najprej zastavlja vprašanje, ali se določba 134. člena ZPIZ-2 nanaša le na primere, ko je delodajalec delavcem že tekoče obračunaval prispevke, vendar jih ni plačal, ali tudi na primere, ko je do obračuna prišlo ali bi prišlo pozneje. Zakon namreč govori o obdobjih, v katerih je delodajalec obračunal prispevke, in ne o obdobjih, za katere je obračunal prispevke.

49 Primeri, ko delavec ne zahteva izplačila nadomestila plače in v sodnem sporu zahteva le ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, so sicer redki (razlogi so lahko različni, npr. slabo zastopanje, dejstvo, da se je delavec takoj po prenehanju delovnega razmerja zaposlil drugje, ipd.), vendar tožba s takšnim zahtevkom ni nedopustna.

50 To je tudi v skladu z drugim odstavkom 181. člena ZPP, pa čeprav pri zahtevku za ugotovitev nezakonitosti odpovedi (za razliko od zahtevka za ugotovitev obstoja delovnega razmerja) ne gre za „klasični“ ugotovitveni zahtevek po ZPP.

51 Uradni list RS, št. 80/2010 in nadalj.

52 Še bolj je to očitno v primeru osebnega stečaja, saj zamuda delavca pri prijavljanju terjatev, vložitvi tožbe in predlaganju nadaljevanja postopka nima takšnih učinkov kot pri stečaju pravne osebe celo v primeru končanega postopka odpusta obveznosti, saj ta ne vpliva na prednostne terjatve. To so med drugim plače in nadomestila za zadnje tri mesece pred začetkom postopka zaradi insolventnosti itd. Glej poglavje o osebnem stečaju.

53 Uradi list RS, št. 96/2012 in nadalj.

54 V primeru delavcev v delovnem razmerju (14. člen ZPIZ-2 v povezavi z drugi odstavkom 134. člena ZPIZ-2).

Menim, da ima delavec pravico zahtevati tudi obračun prispevkov za nazaj, tako kot za nazaj lahko zahteva plačilo plače. Le zahtevek za obračun prispevkov pa sicer (že pojmovno) ne bi pomenil terjatve, ki vpliva na razdelitev stečajne mase. Ker bi ga bilo mogoče postaviti ločeno le kot zahtevek za obračun prispevkov, bi ga delavec lahko postavil tudi, če bi zamudil s prijavo terjatve za plačilo nadomestila plače v stečajnem postopku, saj ga ne bi zavezovale določbe ZFPPIPP o roku za prijavo terjatve in nadaljevanje postopka.[55]

Praktični primeri:

Tožnica je vložila tožbo za ugotovitev nezakonitosti redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi; zahtevala je tudi ugotovitev obstoja delovnega razmerja do sodbe sodišča prve stopnje, izplačilo nadomestila plače in denarno povračilo po 118. členu ZDR-1.[56] Zaradi začetka stečajnega postopka nad toženo stranko je bil postopek prekinjen. Tožnica je v stečajnem postopku prijavila nekatere denarne terjatve. Nato je že po objavi osnovnega seznama preizkušenih terjatev predlagala nadaljevanje postopka. Sodišče je predlog za nadaljevanje zavrglo, saj je ugotovilo, da še ni bil objavljen sklep o preizkusu terjatev (tožnica je že iz osnovnega seznama terjatev izvedela, da je stečajni upravitelj njeno terjatev prerekal), torej še ni prenehal razlog za prekinitev po 301. členu ZFPPIPP.

Sklep sodišča je delno napačen, ker gre za postopek v delovnem sporu, v katerem je tožnica postavila tako zahtevke, ki ne morejo vplivati na razdelitev stečajne mase (ugotovitev nezakonitosti odpovedi, obstoj delovnega razmerja do določenega datuma), in zahtevke za uveljavljanje terjatev, ki takšen vpliv imajo. Zato bi moralo sodišče na predlog, ki ga je podala tožnica (!), nadaljevati postopek glede zahtevkov, ki nimajo vpliva na razdelitev stečajne mase (in jih ni treba prijaviti) že po 208. členu ZPP.[57]

V nadaljevanju postopka je bil objavljen sklep o preizkusu terjatev, tožnica pa je ponovno predlagala nadaljevanje postopka. Sodišče je predlogu ugodilo, vendar je v sporu naenkrat odločalo le še o denarnih zahtevkih (zahtevkih za ugotovitev obstoja terjatev v določenem skupnem znesku, ki jih je tožnica zahtevala v stečajnem postopku), ne pa o zahtevkih za ugotovitev nezakonitosti redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi, o obstoju delovnega razmerja do sodbe sodišča prve stopnje in o vpisu v matično evidenco. S sodbo je presodilo, da se „zavrže tožba s tožbenim zahtevkom za ugotovitev obstoja terjatve v višini 49.143,39 EUR s pripadki“ in med drugim obrazložilo, da je tako odločilo zato, ker se po 253. členu ZFPPIPP nedenarne terjatve spremenijo v denarne in ker po četrtem odstavku 301. člena ZFPPIPP velja, da upnikov predlog za nadaljevanje postopka vsebuje tudi izjavo o umiku dajatvenega dela tožbenega zahtevka itd.

55 Lahko bi tudi razmišljali, da bi moral biti ob izkazanem delovnem razmerju pri delodajalcu v stečaju obračun prispevkov (celo brez posebnega zahtevka za plačilo plače), ki še ni bil opravljen, že obveznost stečajnega upravitelja. Na ta način bi delavci, zlasti v stečajih, ki se zelo hitro končajo, ker ni stečajne mase za poplačilo ali je ta minimalna, dosegli, da se jim ta obdobja vštejejo v pokojninsko dobo.

56 Sodba VDSS Pdp 472/2015, v zvezi s sodbo Delovega sodišča v Celju Pd 441/2013.

57 V okoliščinah konkretnega primera bi bilo to lahko celo smotrno, saj se je bistveno vprašanje v tej zadevi nanašalo samo na to, ali je tožnica pravočasno vložila tožbo za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi itd.

Takšna odločitev in obrazložitev sta napačni, saj se zahtevek za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi in ugotovitev obstoja delovnega razmerja že zaradi svoje narave ne more spremeniti v denarni zahtevek oziroma nedenarno terjatev, ki se potem pretvori v denarno terjatev. Še bolj pa je obrazložitev „nenavadna," ker je bila odločitev sodišča le posledica tega, da je tožnica zamudila rok za vložitev tožbe za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, v izreku pa je izpadla prav ta odločitev. V uvodu sodbe je bil spor še vedno označen kot spor „zaradi prenehanja pogodbe o zaposlitvi".

Podoben je sklep,[58] s katerim je sodišče zavrglo tožbo z zahtevkom za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ugotovitev, da tožniku delovno razmerje ni prenehalo in še traja, da ga mora toženka pozvati nazaj na delo in mu obračunati ter izplačati nadomestilo plače. Razlog za zavrženje je bil v tem, da je stečajni upravitelj v stečajnem postopku priznal terjatev tožnika za plačilo plače, s tem pa naj bi po 301. členu ZFPPIPP (kot je obrazložilo sodišče) prenehala pravna korist za vodenje delovnega spora, in ker naj bi se nedenarna terjatev upnika do stečajnega dolžnika pretvorila v denarno terjatev (253. člen ZFPPIPP). Spet gre za napačno odločitev, saj kljub priznanju terjatve za plačilo plače v stečajnem postopku to še ne pomeni razloga za zavrženje tožbe glede drugih zahtevkov, ki tudi ne spremenijo svoje narave v skladu z navedeno določbo ZFPPIPP. Če stečajni upravitelj prizna terjatev iz naslova plače za čas po prenehanju delovnega razmerja, je verjetno pričakovati, da bo pripoznal tudi tožbene zahtevke za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ugotovitev obstoja delovnega razmerja, morda tudi reintegracijo (če ne predlaga sodbe razveze). V nobenem od teh primerov ne gre za terjatve, ki jih mora delavec prijaviti v stečajnem postopku, torej jih tudi stečajni upravitelj ne more priznati v stečajnem postopku. Lahko jih morebiti pripozna v delovnem sporu. Sodišče mora o teh zahtevkih odločiti po vsebini, razen če jih delavec ne umakne, kar pa bi bilo spet svojevrstno „presenečenje," saj bi imeli priznano plačo za čas po prenehanju delovnega razmerja na podlagi odpovedi, o nezakonitosti te odpovedi, obstoju delovnega razmerja po nezakonitem prenehanju in prijavi v matično evidenco pa ne bi bilo odločeno. Seveda bi imela takšna odločitev tudi nepredvidljive posledice na pokojninskem področju.

Lahko si zamislimo tudi podoben primer, ko bi sodišče v sporu o nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ugotovitvi, da tožniku delovno razmerje ni prenehalo, reintegraciji in reparaciji z enako logiko, kot izhaja iz navedenih odločb sodišča prve stopnje, odločilo tako, da bi ugotovilo obstoj terjatve iz naslova neizplačanih plač, ne bi pa odločilo o nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi in obstoju delovnega razmerja. Imeli bi torej ugodilno sodbo o neizplačanih plačah, ki bi le v svojih razlogih temeljila na presoji o nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, vendar o tem ne bi bilo formalno odločeno. Nezakonita odpoved bi zato še vedno veljala. Prav tako ne bi bilo odločeno o obstoju delovnega razmerja za čas, ko bi bila delavcu priznana terjatev iz naslova nadomestila plače. Imeli bi odločitev o priznani plači brez priznanega delovnega razmerja, kar ni sprejemljivo in bi lahko povzročilo številne zaplete.

58 Sklep Delovnega sodišča v Celju Pd 250/2013 z dne 8. 6. 2015.

4.5 Končanje stečajnega postopka

Če se stečaj zoper pravno osebo konča (npr. zaradi neznatne vrednosti stečajne mase, brez razdelitve – glej 378. člen ZFPPIPP), se mora zaključiti tudi prekinjeni postopek in formalno zaključiti sodni spis. Tak postopek se sicer ne more več nadaljevati, saj *stečajni dolžnik ne obstaja* več. Zaključi se s sklepom o zavrženju tožbe, saj ni več pravdne stranke, torej po 80. in 81. členu ZPP.

Če tožeča stranka preneha obstajati po vložitvi revizije zaradi zaključka stečajnega postopka, nima pravnega naslednika. To pomeni, da se postopek ne bi mogel nikoli nadaljevati, zaradi česar bi bila uporaba določb ZPP o prekinitvi postopka (3. ali 4. točke prvega odstavka 205. člena ZPP) nesmiselna. Ker se pomanjkanja sposobnosti biti stranka zaradi neobstoja pravnega nasledstva ne da odpraviti (primerjaj peti odstavek 81. člena ZPP), nastane situacija, ko je revizija vložena po osebi, ki te pravice nima (več). Revizija je postala nedovoljena (drugi odstavek 374. člena ZPP) in se zavrže.[59]

Lahko pride tudi do tega, da se po tem, ko je sodišče izdalo sklep o končanju stečajnega postopka nad stečajnim dolžnikom, *najde premoženje* (380. člen ZFPPIPP), vendar imamo v takem primeru lahko spor med upnikom in „pozneje najdenim premoženjem“, in ne spor med upnikom in stečajnim dolžnikom, ki ne obstaja več.

5 OSEBNI STEČAJ

Pravila o postopku osebnega stečaja se uporabljajo za stečaj vsake fizične osebe, ki ima bivališče v Republiki Sloveniji (381. člen ZFPPIPP v povezavi s 7. členom ZFPPIPP). To vključuje tudi potrošnike (ki nimajo bivališča v Republiki Sloveniji, prejemajo pa plačo ali druge stalne prejemke ali imajo premoženje v Republiki Sloveniji) in podjetnike ali zasebnike (ki nimajo stalnega bivališča, imajo pa sedež v Republiki Sloveniji). Podjetnik je fizična oseba iz šestega odstavka 3. člena Zakona o gospodarskih družbah, tj. fizična oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost v okviru organiziranega podjetja. Zasebnik je zdravnik, notar, odvetnik, kmet ali druga fizična oseba, ki ni podjetnik in ki kot poklic opravlja določeno dejavnost (7. člen ZFPPIPP).

Za postopke osebnega stečaja se razen posebnih določb ZFPPIPP v oddelku 5.11 smiselno uporabljajo pravila stečaja nad pravno osebo v oddelkih od 5.1 do 5.10 ZFPPIPP. Pri tem so za delovni spor v povezavi s postopkom osebnega stečaja predvsem pomembna naslednja izhodišča:

- Tudi za osebni stečaj velja pravilo koncentracije, čeprav v omejenem obsegu in posledicah. Upnik lahko svoj zahtevek za izpolnitev obveznosti, ki je nastala do (!) začetka stečajnega postopka, v razmerju do stečajnega dolžnika uveljavlja v stečajnem postopku proti temu dolžniku in v skladu s pravili tega postopka, ne pa mimo ali izven tega postopka (383. člen ZFPPIPP v povezavi s prvim

59 Glej npr. sklep VS RS II Ips 551/2005, sklep II Ips 125/2007.

odstavkom 227. člena ZFPPIPP, ki velja tudi za osebni stečaj). Ta določba izgubi pomen po koncu postopka osebnega stečaja (drugi odstavek 382. člena ZFPPIPP in 396. člen ZFPPIPP). Če se stečajni postopek konča, bo delavec (upnik), ki niti ni prijavil terjatve v stečajnem postopku,[60] lahko sprožil delovni spor za to terjatev, kot da stečajnega postopka ni bilo.

- Prednostne terjatve so poleg terjatev iz prvega in drugega odstavka 21. člena ZFPPIPP med drugim tudi terjatve za odškodnino za škodo zaradi zmanjšanja življenjskih aktivnosti ali zmanjšanja ali izgub delovne zmožnosti. Postopki zavarovanja z začasno ali predhodno odredbo za prednostne terjatve se ne ustavijo (drugi odstavek 390. člena ZFPPIPP v povezavi s 132. členom ZFPPIPP).[61]

- Upnik v primeru zamude rokov za izvedbo dejanj, ki jih mora opraviti v zvezi z uveljavljanjem zahtevkov do stečajnega dolžnika, ne izgubi pravice od stečajnega dolžnika zahtevati izpolnitev obveznosti (drugi odstavek 383. člena ZFPPIPP v povezavi z drugim odstavkom 227. člena ZFPPIPP); zaradi zamude roka za prijavo terjatve ne prenehajo terjatve do stečajnega dolžnika in sodišče ne zavrže prepoznih prijav (drugi odstavek 383. člena ZFPPIPP v povezavi s petim odstavkom 296. člena ZFPPIPP); prijavljena in prerekana terjatev v stečajnem postopku ne preneha v razmerju do stečajnega dolžnika, če upnik v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev ne vloži tožbe proti tistim, ki so prerekali terjatev (drugi odstavek 383. člena ZFPPIPP v povezavi s četrtim odstavkom 300. člena ZFPPIPP);[62] takšne posledice tudi ne veljajo, če v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev ne predlaga nadaljevanja prekinjenega postopka v delovnem sporu oziroma pravdnega postopka (drugi odstavek 383. člena ZFPPIPP v povezavi s sedmim odstavkom 301. člena ZFPPIPP).[63] Tem pravilom ustreza tudi ureditev, da se pozneje prijavljene terjatve preizkušajo v poznejših preizkusih (392. člen ZFPPIPP). To v povezavi s pravilom koncentracije npr. pomeni, da tudi v primeru, če delavec zamudi s prijavo terjatve ali predlaganjem nadaljevanja postopka v tekočem (sedaj prekinjenem delovnem sporu) in se v tem času zaključi postopek osebnega stečaja nad tožencem, delavčeva terjatev pa ni vključena v sklep o končanju postopka osebnega stečaja (s tem pa delavec ne pridobi izvršilnega naslova), to ne vpliva na možnost nadaljevanja delovnega spora za uveljavljanje te terjatve (z dajatvenim zahtevkom za plačilo) in na odločitev.[64]

- Pri osebnem stečaju se ne zgodi, da bi pooblastilo, ki ga je dal stečajni dolžnik, samodejno prenehalo, kot to določajo prvi in drugi odstavek 101. člena ZPP (s prenehanjem pravne osebe preneha tudi pooblastilo, ki ga je dala; pooblastilo,

60 Morda tudi iz razloga, ker za postopek osebnega stečaja nad tožencem (nekdanjim delodajalcem) sploh ni vedel.

61 Tudi sicer zakonska določba o prekinitvi izvršilnega postopka s pričetkom postopka osebnega stečaja ne velja za izvršilne postopke, ki tečejo za uveljavitev upnikove terjatve, ki ne more vplivati na obseg stečajne mase in ki je zato v postopku osebnega stečaja tudi ni treba prijaviti. Glej sklep VS RS II Ips 215/2011.

62 Ob smiselni uporabi se to nanaša le na rok za vložitev tožbe ali nadaljevanje postopka, ne pa na to, koga mora upnik tožiti, če terjatve ne prereka le upravitelj.

63 Enako kot v prejšnji opombi.

64 O posledicah odpusta obveznosti v nadaljevanju.

ki ga je dal stečajni dolžnik, preneha, ko nastanejo pravne posledice začetka stečajnega postopka) ter 245. člen ZFPPIPP (z začetkom stečajnega postopka prenehajo pooblastila dolžnikovih zastopnikov, prokuristov in drugih pooblaščencev za zastopanje dolžnika in pooblastila poslovodstva dolžnika za vodenje njegovih poslov). Te določbe je treba razlagati smiselno, v povezavi s tem, da z začetkom postopka osebnega stečaja ne preneha poslovna sposobnost stečajnega dolžnika, temveč se le omeji, in sicer na sklepanje pogodb in opravljanje poslov ali dejanj, katerih predmet je razpolaganje z njegovim premoženjem, ki spada v stečajno maso. Stečajni dolžnik brez soglasja sodišča ne more opravljati nekaterih pravnih dejanj (386. člen ZFPPIPP; s tem v zvezi glej tudi položaj in pristojnosti upravitelja iz 97. člena ZFPPIPP in 322. člen ZFPPIPP). Stečajni dolžnik izven tega okvira lahko samostojno razpolaga s premoženjem, ki je izvzeto iz stečajne mase, ali pravicami. Nasprotno pa je v okviru razpolaganja s premoženjem, ki spada v stečajno maso, upravitelj zakoniti zastopnik stečajnega dolžnika. Pomembno je tudi, da se 205. člen ZPP, ki v 4. točki določa, da se postopek prekine, če nastanejo pravne posledice začetka stečajnega postopka,[65] smiselno nanaša le na stečaj pravne osebe, saj je pri tem stečaju glavni razlog za prekinitev prenehanje vseh pooblastil, kar za fizično osebo ne velja popolnoma.[66]

- Stečajni postopek se konča po unovčenju vsega premoženja in opravljeni razdelitvi. Če v postopku osebnega stečaja ni bil izveden odpust obveznosti, sodišče s sklepom o končanju postopka osebnega stečaja odloči, katere terjatve, ki so bile prijavljene, so priznane, in o znesku teh terjatev, ki v postopku osebnega stečaja ni bil plačan, in naloži stečajnemu dolžniku, da plača neplačani del teh terjatev. Pravnomočni sklep o končanju postopka osebnega stečaja je izvršilni naslov za izterjavo neplačanih priznanih terjatev, torej samo teh, in ne drugih (396. člen ZFPPIPP).

- V okviru stečajnega postopka se lahko izvede tudi postopek odpusta obveznosti. Ta postopek se začne z odločanjem o začetku postopka, nadaljuje z izdajo sklepa o začetku postopka odpusta obveznosti (z določitvijo preizkusnega obdobja, če seveda ni ovir za izdajo sklepa) in nato s sklepom o odpustu obveznosti. Pravnomočni sklep o odpustu obveznosti ni ovira za nadaljevanje postopka osebnega stečaja. Pomembno je, da s pravnomočnostjo takšnega sklepa preneha upnikova pravica sodno uveljavljati plačilo terjatve, za katero po 408. členu ZFPPIPP učinkuje odpust obveznosti, v delu, v katerem ta ni bila plačana po pravnomočnosti sklepa (409. člen in 410. člen ZFPPIPP). S pravnomočnostjo sklepa torej preneha pravovarstveni zahtevek, in ne tudi

65 Iz te določbe sicer ne izhaja razlikovanje v primeru začetka stečajnega postopka nad pravno ali fizično osebo.

66 Glej Vlado Balažic: Neusklajenost določb ZPP z določbami ZFPPIPP, stran 4–10. Glej tudi sklep VS RS II Ips 215/2011: napačna je utemeljitev na podlagi 245. člena ZFPPIPP, da je dolžnica od začetka postopka zaradi insolventnosti poslovno nesposobna, ker so vsa upravičenja oziroma pooblastila prešla na stečajno upraviteljico, ki je imela od takrat dalje položaj zakonitega zastopnika. V skladu s 386. členom ZFPPIPP poslovna sposobnost stečajnega dolžnika ne preneha, ampak se omeji, in sicer tako, da ne more razpolagati s premoženjem, ki spada v stečajno maso. Smiselna razlaga 245. člena ZFPPIPP v postopku osebnega stečaja, ki jo narekuje 383. člen ZFPPIPP, tako pomeni, da stečajni upravitelj postane zakoniti zastopnik stečajnega dolžnika le glede razpolaganja s tem premoženjem, ne pa glede razpolaganja z drugim premoženjem niti z drugimi pravicami.

materialnopravno upravičenje, ki ga vsebuje terjatev. Odpust obveznosti (glej 408. člen ZFPPIPP) učinkuje na vse terjatve upnikov do dolžnika, ki so nastale do začetka postopka osebnega stečaja, ne glede na to, ali jih je upnik prijavil ali ne, razen med drugim (kar je lahko predvsem pomembno za nekatere terjatve v delovnih sporih) za prednostne terjatve iz prvega odstavka 21. člena ZFPPIPP in prvega odstavka 390. člena ZFPPIPP (ki pa vključuje tudi prednostne terjatve iz drugega odstavka 21. člena ZFPPIPP).

- Za odločanje delovnih sodišč sta pomembni tudi določba 104. člena ZDR-1, po kateri pogodbo o zaposlitvi delavca tudi v postopku osebnega stečaja odpove stečajni upravitelj (s 15-dnevnim odpovednim rokom), in določba 387. člena ZFPPIPP, po kateri z začetkom osebnega stečaja nad podjetnikom ali zasebnikom stečajnemu dolžniku preneha status podjetnika ali zasebnika in s tem dnem prenehajo vsa njegova obvezna socialna zavarovanja, v katera je bil vključen na podlagi statusa podjetnika ali zasebnika.

Če ta izhodišča upoštevamo v delovnih sporih, lahko ugotovimo, da delavec terjatve (ki vpliva na razdelitev stečajne mase tožene stranke v postopku osebnega stečaja) po začetku postopka osebnega stečaja do konca tega postopka ne more uveljaviti mimo stečajnega postopka. Vendar to ne pomeni, da sodišče lahko zavrže tožbo v delovnem sporu, ki jo delavec (tožnik) vloži proti stečajnemu dolžniku za uveljavljanje terjatve, ker te terjatve še ni prijavil v stečajnem postopku. To tudi sicer ne velja za zahtevke, ki ne vplivajo na razdelitev stečajne mase.

Po končanem postopku osebnega stečaja ni formalnih ovir, da delavec ne bi vložil tožbe proti nekdanjemu stečajnemu dolžniku (delodajalcu), razen če njegova terjatev ni bila že priznana v pravnomočnem sklepu o končanju postopka osebnega stečaja. Če je bila, gre že za pravnomočno razsojeno stvar. Če pa je v postopku osebnega stečaja prišlo tudi do odpusta obveznosti (408. člen ZFPPIPP), ta odpust vpliva na vse terjatve upnikov do dolžnika, ki so nastale do začetka postopka osebnega stečaja, ne glede na to, ali jih je upnik prijavil ali ne, razen (med drugim) za prednostne terjatve.

Sodišče tudi ne more sprejeti odločitve o tem, da tožbo zavrže ali tožbeni zahtevek zavrne, če upnik terjatev iz 20. člena ZFPPIPP sicer prijavi v stečajnem postopku, vendar je ne prijavi v roku ali (pravočasno) ne predlaga nadaljevanja postopka v delovnem sporu. Tudi določbo drugega odstavka 301. člena ZFPPIPP (po kateri razlog za prekinitev pravdnega postopka preneha z objavo sklepa o preizkusu terjatev) je treba pri osebnem stečaju razlagati smiselno. To pomeni, da ima sodišče ob prekinjenem postopku podlago za nadaljevanje postopka, ko je objavljen sklep o preizkusu *konkretne* upnikove terjatve, ki je tudi predmet prekinjenega postopka, ne da bi čakalo še en mesec po objavi sklepa o preizkusu konkretne terjatve.

Upoštevajoč gornja izhodišča ne bi bilo treba prekiniti delovnega spora za uveljavljanje zahtevkov za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delodajalca (toženca, sedaj v osebnem stečaju), ugotovitve obstoja delovnega razmerja, reintegracijo, zahtevkov za ugotovitev nezakonitosti disciplinskih sankcij, torej zahtevkov, ki ne vplivajo na razdelitev stečajne mase. Po drugi strani bi bilo treba prekiniti postopek za uveljavljanje denarnih terjatev iz

delovnega razmerja. V teh sporih stečajnega dolžnika zastopa upravitelj; preneha tudi pooblastilo dosedanjemu odvetniku; upravitelj mora odvetnika (istega ali drugega) še enkrat pooblastiti.

Ob tem bi v *klasičnem delovnem sporu za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, za ugotovitev obstoja delovnega razmerja in plačilo nadomestila plače za čas od nezakonitega prenehanja delovnega razmerja* prihajalo do nenavadnih procesnih situacij, ko bi v sporu proti isti fizični osebi (stečajnemu dolžniku)[67] ta nastopal sam in po stečajnem upravitelju in bi sodišče moralo tudi vabila pošiljati obema. Postopek se ne bi prekinil glede prvih zahtevkov; prekinil bi se le v zvezi z uveljavljanjem denarnih terjatev iz delovnega razmerja, ki vplivajo na razdelitev stečajne mase dolžnika. Stečajni dolžnik in njegov upnik bi lahko zagovarjala različna stališča, kljub temu, da gre za povezane zahtevke.

Menim, da bi to pripeljalo do nesprejemljivih zapletov. Prav ti zapleti kažejo na nedodelanost ureditve osebnih stečajev in vprašljivost nekaterih izhodišč. Številna pravila in predpostavke ne omogočajo ustrezne izvedbe klasičnega delovnega spora.

Menim pa, da je ob vsem tem treba vendarle upoštevati tudi dejstvo, da pogodbe o zaposlitvi delavcem odpoveduje stečajni upravitelj, vsaj po začetku osebnega stečaja, in je treba to vlogo oziroma pristojnost upravitelja primerjati s primeri, ko je do odpovedi pogodbe o zaposlitvi prišlo s strani dolžnika v osebnem stečaju še pred začetkom osebnega stečaja. Nadalje je treba izhajati iz primerljivosti položaja stečajnega upravitelja v stečaju pravne osebe in osebnem stečaju. Upoštevati je treba tudi medsebojno povezanost odločitve o zahtevku za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi in nadomestila plače za čas od nezakonite odpovedi ali prenehanja delovnega razmerje po tej odpovedi. Ker je v teh primerih plačilo nadomestila plače za čas nezakonitega prenehanja delovnega razmerja (in plačilo drugih prejemkov iz delovnega razmerja) vezano na ugotovitev nezakonitosti odpovedi in obstoj delovnega razmerja, bi bilo utemeljeno (in smiselno) v spor pritegniti samo stečajnega upravitelja, in sicer v zvezi z uveljavljanjem vseh zahtevkov. To je tudi jasno v primerih, ko pred delovnim sodiščem poteka spor zaradi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi stečajnega upravitelja (torej odpovedi po začetku stečaja). Zavzemam se za enak pristop tudi v primerih, ko gre za spor zaradi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi in posledično še druge zahtevke – terjatve, ki lahko vplivajo na razdelitev – še pred začetkom osebnega stečaja nad stečajnim dolžnikom (delodajalcem). Seveda bi bila tudi v takšnem primeru odločitev o nadaljevanju postopka za uveljavljanje denarne terjatve (nadomestila plače) vezana na priglasitev te terjatve in njen preizkus v stečajnem postopku.

Predlagana rešitev ne velja v sporu o nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani stečajnega dolžnika pred začetkom stečaja itd., vendar brez zahtevkov glede terjatev,[68] ki vplivajo na razdelitev stečajne mase.

67 Po tem, ko tožnik (delavec) tudi prijavi terjatev iz naslova neizplačanih plač v stečajnem postopku in to terjatev stečajni upravitelj prereka, delavec pa nadaljuje spor pred delovnim sodiščem.

68 Npr. brez zahtevka za plačilo nadomestila plače za čas po prenehanju delovnega razmerja.

Kaj bo lahko naredilo delovno sodišče, če je postopek prekinjen, predloga za nadaljevanje že dalj časa ni, gre pa le za zahtevek za uveljavljanje *terjatve, ki vpliva na razdelitev stečajne mase*? Kljub prekinjenemu postopku sodišče lahko pošlje dopis stečajnemu upravitelju in tožniku ter ugotavlja, kaj se dogaja (v stečajnem postopku). Če tožnik svoje terjatve sploh ne prijavi v stečajnem postopku (kar je res izjema), mora sodišče v zvezi z odločanjem o terjatvi, ki lahko vpliva na razdelitev stečajne mase, čakati do konca postopka osebnega stečaja, nato po 208. členu ZPP nadaljevati postopek in še vedno (ker stečajni dolžnik ni prenehal) odločiti o zahtevku. Zahtevek za plačilo (zahtevek v zvezi s terjatvijo, ki je nastala do začetka stečajnega postopka) lahko zavrne le v primeru pravnomočnega sklepa o odpustu obveznosti, vendar ne, če gre za prednostno terjatev.

Poznamo tudi primere, ko je v *osebnem stečaju tožeča stranka (delavec),* ki proti svojemu delodajalcu (ki ni v stečajnem postopku) že uveljavlja terjatev v delovnem sporu ali pa ima zahtevek oziroma terjatev, pa ga oziroma jo še ni uveljavila (ni vložila tožbe za uveljavljanje te terjatve). Tudi v teh primerih je treba upoštevati določbo prvega odstavka 386. člena ZFPPIPP o omejitvi poslovne sposobnosti stečajnega dolžnika. Ta ne more opravljati pravnih poslov in dejanj, katerih predmet je razpolaganje z njegovim premoženjem, ki spada v stečajno maso. Med ta razpolaganja spadajo tudi razpolaganja s terjatvami, ki jih ima delavec (v osebnem stečaju) proti njegovemu delodajalcu in jih že uveljavlja s tožbo ali bi jih lahko uveljavljal. V stečajno maso med drugim spadajo tudi prejemki iz naslova plače med postopkom osebnega stečaja (v omejenem obsegu) in „prejemki na podlagi plače,[69] nadomestila plače“ itd., razen zneska v višini minimalne plače, zmanjšane za plačilo davkov in prispevkov za socialno varnost itd. (prvi in tretji odstavek 389. člena ZFPPIPP). Za delovni spor so predvsem pomembni neizplačani prejemki iz delovnega razmerja pred začetkom stečaja. Ker bi ti spadali v stečajno maso, mora o njihovem uveljavljanju odločati stečajni upravitelj.

Stečajni dolžnik (delavec) lahko torej le prek stečajnega upravitelja vloži tožbo za plačilo prejemkov iz naslova plače pred začetkom postopka osebnega stečaja. Če je stečajni dolžnik že vložil tožbo (kot tožnik v delovnem sporu) in uveljavlja le takšno terjatev, naknadno pa se nad njim začne postopek osebnega stečaja, sodišče postopek prekine in ga nadaljuje s stečajnim upraviteljem.[70] To velja tudi v primerih, ko je plačilo prejemkov iz delovnega razmerja odvisno od nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, obstoja delovnega razmerja itd.

Praktični primer:

V sporu Pdp 957/2011 je tožnik – nekdanji delavec, ki je imel nesrečo pri delu, tožil delodajalca za odškodnino. Tožena stranka, ki je v postopku osebnega stečaja, je vložila pritožbo zoper sodbo sodišča prve stopnje sama, in ne po stečajni upraviteljici. Pritožbeno sodišče je štelo, da je to lahko storila (je imela pravdno sposobnost), ker s pritožbo „lahko poveča stečajno maso ali prepreči njeno zmanjšanje.“[71] Menim, da je odločitev napačna, saj bi pritožbo lahko vložila le po

69 To ni nič drugega kot plača.

70 Ne bi bilo posebno narobe celo, če bi sodišče postopek enostavno nadaljevalo s stečajnim upraviteljem (glej tudi 80. in 81. člen ZPP).

71 Nepravilno je stališče, da bi na ta način lahko povečala stečajno maso.

stečajni upraviteljici; gre za terjatev, ki bo vplivala na razdelitev stečajne mase. V teh primerih pa mora stečajnega dolžnika zastopati stečajni upravitelj.

6 PREDNOSTNE TERJATVE IN STROŠKI

Načeloma so stroški postopka obveznost stečajnega dolžnika, ki nastanejo po začetku stečajnega postopka (354. člen ZFPPIPP), vendar zakon za nekatere obveznosti določa drugače. S tem ustvarja nepotrebno zmedo.

Omenjam le nekatere prednostne terjatve iz 21. člena ZFPPIPP. Terjatev iz 4., 5. in 6. točke 21. člena ZFPPIPP[72] ni treba prijaviti in veljajo za pravočasno prijavljene šele, ko nastanejo. To izhaja iz 1. točke šestega odstavka 296. člena ZFPPIPP. Te terjatve namreč nastanejo šele po začetku stečajnega postopka, razen v delu, v katerem se nanašajo na davke in prispevke iz plač za tretji in drugi mesec pred začetkom stečajnega postopka in na davke za neizplačane odpravnine pred začetkom stečajnega postopka (glej 6. točko v povezavi s 1. in 3. točko 21. člena ZFPPIPP). Posebnost prednostnih terjatev je tudi, da v zvezi z njimi ni treba prijaviti kapitaliziranih obresti do začetka stečajnega postopka, saj mora te vnesti v seznam že stečajni upravitelj (60. člen ZFPPIPP).

Nejasna je *meja med terjatvami iz naslova plače od začetka stečajnega postopka do prenehanja pogodbe o zaposlitvi*, torej katere plače lahko štejemo med prednostne terjatve in katere plače spadajo med stroške stečajnega postopka. Stroški stečajnega postopka so namreč med drugim tudi plače in druga nadomestila osebam, ki opravljajo posle za potrebe stečajnega postopka (355. člen ZFPPIPP).

To razlikovanje je nejasno zlasti v primeru spora zaradi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, v katerem tožnik uspe, sodišče pa ugotovi tudi, da mu delovno razmerje ni prenehalo in mu prisodi nadomestilo plače še v času po začetku stečaja. S stališča delovnega prava se zdi, da ZFPPIPP izhaja iz nepravilne predpostavke, da delovno razmerje pri delodajalcu, nad katerim se začne stečajni postopek, preneha po začetku stečajnega postopka samodejno in hkrati vsem delavcem z odpovedjo s strani stečajnega upravitelja, ki jo poda v najkrajšem možnem času po začetku stečaja, in sicer v petnajstdnevnem odpovednem roku (104. člen ZDR-1).[73] Po tej predpostavki naj bi se terjatev iz naslova plače od začetka stečaja do prenehanja delovnega razmerja vsem (ali večini) delavcem štela kot prednostna terjatev po 4. točki prvega odstavka 21. člena ZFPPIPP, druge plače (plače po tem obdobju) pa kot strošek stečajnega postopka. Takšna logika

72 4. točka: plače in nadomestila plač delavcem, katerih delo zaradi začetka stečajnega postopka postane nepotrebno, za obdobje od začetka stečajnega postopka do poteka odpovednega roka; 5. točka: odpravnine delavcem, ki jim je upravitelj odpovedal pogodbo o zaposlitvi, ker je njihovo delo zaradi začetka stečajnega postopka ali med postopkom postalo nepotrebno; 6. točka: davki in prispevki, ki jih mora izplačevalec obračunati ali plačati hkrati z izplačili iz 1., 3., 4. in 5. točke tega odstavka.

73 Do hkratnega prenehanja delovnega razmerja sicer težko pride v primeru, če so med delavci tudi noseče delavke, delavke, ki dojijo otroka do enega leta starosti, in starše, ki izrabljajo starševski dopust v strnjenem nizu v obliki polne odsotnosti z dela in še en mesec po izrabi tega dopusta, saj je v teh primerih potrebno za odpoved pogodbe o zaposlitvi tudi predhodno soglasje inšpektorja za delo (prvi, tretji in peti odstavek 115. člena ZDR-1). Hkratnega prenehanja tudi ni, če delodajalec v stečaju vsaj v omejenem obsegu nadaljuje poslovanje (317. člen ZFPPIPP).

bi bila (če primerjamo položaje) lahko nekako sprejemljiva le pri delavcih, ki jim v sporu zaradi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi (v primeru odpovedi pred začetkom stečaja) ob uspehu v delovnem sporu preneha delovno razmerje s sodno razvezo, in sicer na dan prenehanja pogodbe o zaposlitvi drugi večini delavcev, ki so bili zaposleni pri delodajalcu in jim je zaradi začetka stečaja prenehalo delovno razmerje. Takšno sklepanje pa ne bi bilo utemeljeno v primerih, ko do razveze ne bi prišlo ali ko bi šlo za delavca, ki mu v primerjavi z drugimi delavci, s katerimi stečajni upravitelj nadaljuje poslovanje, delovno razmerje ne bi prenehalo zaradi začetka stečajnega postopka tako kot drugi večini delavcev.[74] Terjatve iz naslova plače od začetka stečajnega postopka sicer ni treba prijaviti (296. člen ZFPPIPP), vendar je vprašanje, v kakšni višini bi bil delavec do plače upravičen: ali v višini, kot velja za druge (prednostne) terjatve, ali v višini stroškov stečajnega postopka, torej v celoti. Sicer pa ZFPPIPP tudi pri tem, ko določa, da terjatve iz naslova plače od začetka stečajnega postopka ni treba prijaviti (terjatve iz 4. točke prvega odstavka 21. člena ZFPPIPP), verjetno izhaja iz predpostavke, da gre za terjatev delavcev, ki so ob začetku stečaja v delovnem razmerju, saj stečajni upravitelj le v takšnem primeru lahko takoj ugotovi, za katere delavce gre. Gre seveda za drugačen primer, kot je primer delavcev, ki jim je delovno razmerje prenehalo že pred začetkom stečaja, pa uveljavljajo sodno varstvo zaradi nezakonitosti odpovedi in bo šele njihov uspeh v sporu imel za posledico priznanje delovnega razmerja za nazaj in še (morda) za čas po začetku stečaja ter priznanje nadomestila plače tudi po začetku stečajnega postopka nad delodajalcem.

Sporno je tudi, kam spada *denarno povračilo iz 118. člena ZDR-1.* To povračilo ne spada med prednostne terjatve iz 21. člena ZFPPIPP, ki nastanejo šele po začetku stečajnega postopka. ZFPPIPP ga ne omenja. Glede na osnovno razlikovanje prednostnih terjatev in stroškov bi to pomenilo, da je denarno povračilo strošek stečajnega postopka. Izrek sodbe o denarnem povračilu je dajatveni, in ne ugotovitveni.[75]

Opozarjam na to, da bo v primerih začetih stečajev v zvezi z zahtevki za nezakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi, reintegracijo in reparacijo skoraj edina mogoča (in razumna) rešitev tudi *sodna razveza oziroma prenehanje pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča*. Do takšnega prenehanja naj bi (najpogosteje, če ni še drugih okoliščin) prišlo z dnem prenehanja veljavnosti pogodbe drugim delavcem. To je pričakovani datum prenehanja tudi v primeru osebnega stečaja nad podjetnikom ali zasebnikom, kljub temu, da z začetkom tega stečaja preneha tudi status podjetnika ali zasebnika (387. člen ZFPPIPP). Tudi v primeru osebnega stečaja (nad delodajalcem) velja 104. člen ZDR-1. Pogodbo je treba odpovedati. Opozarjam tudi na to, da odločitve o sodni razvezi po 118. členu ZDR-1 sodišče ne more sprejeti samo, temveč le na predlog ene ali druge stranke!

74 Ker bi tudi ta delavec, če mu ne bi prenehalo delovno razmerje že pred začetkom stečaja, nadaljeval delo tako kot drugi primerljivi delavci.

75 Lahko nastane tudi problem zaradi dolžnosti prijave tega povračila v stečajnem postopku.

7 IZREK SODBE IN PRISILNA PORAVNAVA

ZFPPIPP v 217. členu določa: „Če sodišče ali drug pristojni državni organ po pravnomočnosti sklepa o potrditvi prisilne poravnave v postopku, ki teče proti insolventnemu dolžniku ali porokom iz drugega odstavka 210. člena tega zakona, odloča o terjatvi, za katero učinkuje potrjena prisilna poravnava in ni bila ugotovljena v postopku prisilne poravnave, ter presodi, da terjatev obstaja, z odločbo:

1. ugotovi obstoj celotnega zneska terjatve ob začetku postopka prisilne poravnave in
2. insolventnemu dolžniku naloži plačilo terjatve v deležu, rokih in z obrestmi, določenimi v potrjeni prisilni poravnavi.“

Gre za odločbo z ugotovitvenim izrekom (za celotni znesek uveljavljene terjatve) in nato dajatvenim izrekom. Tožnik je za takšen izrek tudi zainteresiran, saj lahko pride do različnih situacij, v katerih je pomembno, da je tako odločeno. Ni torej povsem pravilen izrek:[76] „Tožena stranka je dolžna tožeči stranki pod pogoji iz pravnomočno potrjene prisilne poravnave, kot izhaja iz sklepa ....., obračunati odpravnino po pogodbi z dne …... v bruto znesku....., od tega zneska odvesti akontacijo dohodnine in prispevke za socialno varnost ter tožeči stranki izplačati ustrezen neto znesek. Višji tožbeni zahtevek (za celotni vtoževani znesek brez upoštevanja pravnomočno potrjene prisilne poravnave z zakonskimi zamudnimi obrestmi in za zakonske zamudne obresti od dosojenega zneska) se zavrne.“[77]

Samo dajatveni izrek sodbe (brez predhodne ugotovitve obstoja celotnega zneska terjatve) v podobnih primerih lahko je ustrezen le, če že sam tožnik po ugotovitvi, kolikšno poplačilo mu gre na podlagi prisilne poravnave, oblikuje zahtevek samo še kot dajatveni in pri tem že upošteva delež plačila, ki mu pripada zaradi sklenjene prisilne poravnave; oziroma ko sam tožnik dejansko umakne del zahtevka za ugotovitev obstoja terjatve in upoštevajoč delež poplačila iz potrjene prisilne poravnave zahteva le takšen znesek. Takšno je tudi stališče sodne prakse.[78]

Dajatveni izrek je ustrezen tudi v primeru prednostnih terjatev, saj prisilna poravnava nanje ne učinkuje (2. točka prvega odstavka 213. člena ZFPPIPP).

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Balažic, Vlado: Poslovna sposobnost dolžnikov v osebnem stečaju, Dnevi insolvenčnega prava, Planet GV, februar 2015, strani 5–8.
- Balažic, Vlado: Stečaj - aktualna vprašanja, Odvetnik, letnik XV, št. 2, 2013, str. 24–26.

76 Kot v sodbi VDSS Pdp 404/2015 z dne 24. 6. 2015.

77 II Ips 565/2002: kadar sodišče ugotovi obstoj sporne terjatve in naloži tožniku plačilo v skladu s pogoji potrjene prisilne poravnave (v zadevi še po tretjem odstavku 64. člena ZPPSL), mora v izreku navesti, kakšen je konkretni oblikovalni učinek prisilne poravnave na terjatev. V izreku mora jasno in določno navesti vsebino in višino v skladu s pogoji prisilne poravnave preoblikovane terjatve.

78 Glej odločbe VS RS III Ips 107/2014 in III Ips 83/2015; primerjaj tudi z II Ips 565/2002, kjer je bila situacija nekoliko drugačna; podobno I Cpg 1297/2011 itd.

- Balažic, Vlado: Neusklajenost določb ZPP z določbami ZFPPIPP (v zvezi z osebnim stečajem), Dnevi insolvenčnega prava, Ljubljana, marec 2011, str. 4–10.
- Balažic, Vlado: Problemi sodne prakse o prenehanju po skrajšanem postopku, izbrisu iz sodnega registra in stečaju ter določb ZPP o prekinitvi in nadaljevanju postopka, Pravosodni bilten, Ljubljana, 2002, št. 2, stran 57–69.
- Bloudek, Breda: Nadaljevanje zaradi stečaja prekinjenega pravdnega postopka za uveljavitev terjatve in pravdni stroški, Pravna praksa, letnik 2012, št. 35, strani 9–12.
- Breznik, Mojca: Aktualna vprašanja in dileme vodenja postopka osebnega stečaja z vidika upravitelja, Dnevi insolvenčnega prava, Planet GV, 2010, strani 53–57.
- Breznik, Mojca: Postopek osebnega stečaja s poudarkom na stečajnem postopku podjetnika ali zasebnika, Dnevi insolvenčnega prava, Planet GV, marec 2011, strani 45–48.
- Cvahte, Ambrož: Izbrani procesnopravni vidiki prenehanja pravdne stranke z vidika pravil o prekinitvi postopka, Pravnik, letnik 2012, št. 5 - 6, strani 443–455.
- Debelak, Marijan: Procesna in materialna vprašanja v delovnih sporih v povezavi s stečajem in prisilno poravnavo, Pravosodni bilten, 2001, št. 1, strani 105–130.
- Klun, Žiga: Zastoji pravdnega postopka zaradi razlogov na strani pravne osebe, Podjetje in delo, številka 6 - 7/2014/XXXX, strani 1106–1120.
- dr. Murgel, Jasna: Osebni stečaj podjetnika, Pravna praksa, letnik 2010, št. 8, strani 6–8.
- dr. Plavšak, Nina: Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju s pojasnili, GV Založba 2008.
- ZFPPIPP-A do ZFPPIPP-D, GV Založba 2011.
- ZFPPIPP- E, GV Založba 2013.
- ZFPPIPP-F, GV Založba 2014.
- Ude, Lojze in drugi: Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 1.–4. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana, 2005–2010.
- dr. Varanelli, Luigi: Pasti in nevarnosti osebnega stečaja, Pravna praksa, letnik 2008, številka 33, strani 6–8.
- Zbirka odločb sodišč združenega dela v SR Sloveniji, prva knjiga, Gospodarski vestnik, 1979.

NOVEJŠE ODLOČITVE VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE V SPORIH O SPREMEMBI DELODAJALCA

mag. Ivan Robnik
vrhovni sodnik – svetnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

V sporih, ki jih je v zadnjem letu in pol obravnavalo Vrhovno sodišče RS, se v praksi še vedno kaže pogosto nerazumevanje samega bistva instituta spremembe delodajalca. To velja tako za delodajalce in delavce ter njihove zastopnike in pooblaščence, pa tudi za delovna sodišča, če poskušajo slediti zgrešenim zahtevkom in predlogom strank v sporih. Rezultat takega stanja je, da lahko delavci v končni fazi ostanejo brez pravic iz delovnega razmerja, čeprav bi bili ob pravilnem razumevanju instituta spremembe delodajalca in temu ustreznem uveljavljanju do njih upravičeni. V svojih odločitvah je Vrhovno sodišče RS na revizijski stopnji poskušalo opozoriti na izhodišča instutita spremembe delodajalca, mimo katerih uveljavljanje pravic delavca iz tega naslova ne more biti uspešno in ki jih v tovrstnih sporih sodišča morajo upoštevati.

2 DEJANSKI POMEN INSTITUTA SPREMEMBE DELODAJALCA

2.1 Instutit spremembe delodajalca je bil v naš pravni red uveden z ZDR[1] v letu 2003 kot implementacija Direktive Sveta 2001/23/ES z dne 12. marca 2001 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov (v nadaljevanju: Direktiva).[2] Bistvo spremembe delodajalca je zajeto v prvem odstavku 73. člena ZDR oziroma 75. člena sedanjega ZDR-1.[3] Če pride zaradi pravnega prenosa podjetja ali dela podjetja, izvedenega na podlagi zakona, drugega predpisa, pravnega posla oziroma pravnomočne sodne odločbe ali zaradi združitve ali delitve do spremembe delodajalca, preidejo pogodbene in druge pravice ter obveznosti iz delovnih razmerij, ki so jih imeli delavci na dan prenosa pri delodajalcu prenosniku, na delodajalca prevzemnika.

1 Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 42/2002.
2 UL L št. 82, 22. 3. 2001. Direktiva je nadomestila predhodno Direktivo Sveta 77/187/EGS z dne 14. 2. 1977 ter spremenjeno in dopolnjeno Direktivo Sveta 98/50/ES z dne 17. 7. 1998.
3 Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 21/13.

Ker gre za implementacijo evropske ureditve v naš pravni sistem, je treba določbe ZDR oziroma ZDR-1 o spremembi delodajalca razlagati v smislu Direktive in bogate prakse Sodišča evropske unije (v nadaljevanju: SEU) s tega področja.[4] Pri tem že iz same Direktive (1. člen) izhaja, da je treba za prenos podjetja ali njegovega dela šteti prenos kakršne koli gospodarske enote, ki pri tem ohrani svojo identiteto, to je organiziranega skupka virov, katerega naloga je opravljanje gospodarske dejavnosti – ne glede na to, ali je ta dejavnost glavna ali stranska in ne glede na to, ali gre za pridobitno ali nepridobitno dejavnost ter ne glede na to, ali so v prenosu udeležena zasebna ali javna podjetja.[5]

Sprememba delodajalca tako v smislu ZDR (ZDR-1) kot v smislu Direktive pomeni, da preidejo pogodbene in druge pravice in obveznosti iz delovnih razmerij, ki so jih imeli delavci na dan prenosa pri delodajalcu prenosniku, na delodajalca prevzemnika po samem zakonu (avtomatično, to je *ipso iure*). Ni potreben nikakršen sporazum med delavcem in delodajalcem (ne s prenosnikom in ne s prevzemnikom). Sprememba pogodbe o zaposlitvi ali soglasje za zmanjšanje pravic iz delovnega razmerja pri tem ni upoštevno. Prevzemnik vstopi v pogodbo o zaposlitvi – takšno, kakršna je, s čimer je delavcu zagotovljena ohranitev pravic, ki izhajajo iz delovnega razmerja, kljub spremembi delodajalca.[6] To seveda hkrati pomeni, da prenosnik in prevzemnik prehoda delavcev in njihovih pravic in obveznosti na prevzemnika ne moreta izključiti, če so podani pogoji za spremembo delodajalca, oziroma bi bila taka izključitev spremembe delodajalca pravno neupoštevna.

Lahko ugotavljamo, da bodo ob sedanjih družbenih in gospodarskih razmerah prenosi podjetij oziroma njihovih delov v smislu prvega odstavka 75. člena ZDR-1 oziroma v smislu določb Direktive relativno pogosti. Kot rečeno gre lahko za različne pravne podlage prenosa – od statusnih izločitev dela podjetja (gospodarske družbe) do različnih pogodbenih podlag (prodaja ali najem zaključene enote, pogodbeni prevzem posamezne, lahko tudi pomožne dejavnosti), pa tudi prevzem javnih storitev na podlagi koncesijske pogodbe, javnega razpisa in podobno, seveda če so pri tem podani tudi drugi pogoji. Lahko pričakujemo, da bo do tega pogosto prihajalo pri prestrukturiranju gospodarskih družb in v zvezi s tem izločanjem posameznih poslovnih enot, programov in dejavnosti, pa tudi v družbenih dejavnostih.

2.2 Institut spremembe delodajalca je namenjen varstvu delavcev ob takih spremembah. Če bi delavci ostajali v delovnem razmerju pri dotedanjem delodajalcu, bi zaradi navedenih sprememb in prenosov podjetij oziroma njihovih delov pri dotedanjem delodajalcu evidentno prenehala potreba po njihovem delu

4 „Direktiva učinkuje na države članice tako, da morajo sodišča nacionalno pravo (v tem primeru pravilo o spremembi delodajalca v ZDR) uporabljati in razlagati, kolikor je mogoče v skladu z namenom in besedilom Direktive.“ Glej T. Pirnat: Kdaj gre za spremembo delodajalca, Pravna praksa, Ljubljana 2011, št. 17, str. 22.

5 SEU oziroma že prej Sodišče ES je štelo, da gre za prenos v smislu Direktive tudi, ko je šlo le za prenos pomožne dejavnosti, v okviru katere je delo opravljala tudi le ena delavka (zadeva Schmidt št. 392/92), ko ni bilo med prenosnikom in prevzemnikom nobenega neposrednega pogodbenega razmerja (zadeva Merckx in Neuhuyes št. 171/94 in 172/94 ter zadeva Temco C 51/00), ko je šlo za prenos opravljanja storitev na podlagi javnega razpisa (zadeva Rask in Christensen C 209/91), ko je šlo za prenos opravljanja javnih storitev – pomoči na domu (zadeva Hidalgo C 173/96) in tudi v primeru, ko je bil prodan obrat (klavnica), ki je prenehal obratovati, pa je nekaj mesecev po prenosu ponovno začel obratovati (zadeva Spijkers št. 24/85).

6 Glej M. Blaha: Prenos podjetja in sprememba delodajalca, Delavci in delodajalci, št. 4/2005, str. 603.

in bi zaposlitev izgubili (poslovni razlog). S prehodom k prevzemniku skupaj s prenosom bistvenih elementov, iz katerih izhajajo potrebe po njihovem delu iz pogodbe o zaposlitvi, jim je na podlagi spremembe delodajalcu še naprej zagotovljena zaposlitev pod enakimi pogoji. Cilj ureditve spremembe delodajalca je tako na eni strani zagotovitev varstva nepretrganosti zaposlitve, na drugi strani pa ohranitev pridobljenih pravic v smislu ohranitve pravic iz pogodbe o zaposlitvi oziroma delovnega razmerja, ki so jih delavci imeli pred spremembo delodajalca.[7] Institut spremembe delodajalca ne sledi izhodiščem, ki so se pri nas oblikovala predvsem v pogojih sistema samoupravljanja, to je varstvu zaposlitve oziroma delovnega razmerja delavca pri obstoječem delodajalcu.[8] Nasprotno v pogojih prenosa podjetja in njegovih različnih delov ne nudi zaščite (lahko bi rekli, da celo preprečuje zaščito) delavčeve zaposlitve pri dotedanjem delodajalcu.[9] Zagotavlja pa kar najširšo zaščito zaposlitve delavca v okolju, ki je predmet prenosa, ki je sicer pogojevalo potrebe po njegovem delu oziroma delu iz delavčeve pogodbe o zaposlitvi.

Poenostavljeno povedano – v primeru prenosa podjetja oziroma njegovega dela institut spremembe delodajalca zagotavlja delavcu najširšo zaščito njegovega statusa in pravic iz delovnega razmerja (zaščito po zakonu samem), če delavec sledi potrebam po njegovem delu, ne daje pa mu nobene zaščite, če delavec kljub pogojem za spremembo vztraja pri dotedanjem delodajalcu.

Ob izpolnjenih drugih pogojih delavec lahko uspešno nasprotuje prehodu k delodajalcu prevzemniku le v primeru, da je ugotovljeno, da zaradi prevzema podjetja ali njegovega dela potrebe po delavčevem delu iz njegove pogodbe o zaposlitvi pri dotedanjem delodajalcu (prenosniku) glede na obstoječo organizacijo delovnega procesa niso prenehale. Sicer pa je prenos podjetja ali njegovega dela v smislu prvega odstavka sedanjega 75. člena ZDR-1 oziroma v smislu Direktive z vidika delovnih razmerij šteti za objektivno spremembo, na katero posamezni delavec niti ne more vplivati, v zvezi s katero je varstvo zaposlitve varovano prav z institutom spremembe delodajalca.

V zvezi s tem institutom lahko pride v praksi do različnih situacij, v katerih je udeleženih tudi več oseb. Posebej to velja v primerih začasnega prenosa podjetja oziroma njegovega dela, zlasti v primerih večkratnega začasnega prenosa na različne prevzemnike. Za take primere zakon posebej ureja pravico delavca, da po izteku začasnega prenosa na podlagi spremembe delodajalca preide ponovno nazaj k delodajalcu prenosniku ali k novemu prevzemniku (šesti odstavek 73. člena ZDR oziroma osmi odstavek 75. člena ZDR-1).

7 Glej Bečan in drugi: Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 323 (Končar).

8 Mogoče je ravno to vzrok za nerazumevanje in tudi odklanjanje tega instituta v praksi.

9 Odklonitev prehoda in opravljanja dela pri delodajalcu prenosniku ZDR-1 v sedmem odstavku 75. člena izrecno opredeljuje kot razlog za izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi pri dotedanjem delodajalcu – prenosniku (enako je prej določal peti odstavek 73. člena ZDR).

3 ODLOČITVE SODIŠČA

3.1 Zadeva VIII Ips 41/2014 in zadeva VIII Ips 185/2014[10] – pogodbeni prenos dejavnosti za določen čas – na podlagi javnega naročila

3.1.1 Dejansko stanje

V letu 2010 je javni zavod (delodajalec prenosnik – v sodnem sporu drugi toženec) na podlagi javnega naročila oddal dela čiščenja pogodbenemu izvajalcu (prvi prevzemnik – v sodnem sporu prvi toženec) za določen čas dveh let. Hkrati s pogodbo o prenosu dejavnosti sta stranki sklenili tudi sporazum o prevzemu obeh delavk, ki sta bili kot čistilki zaposleni pri prenosniku, tako da sta pri prevzemniku sprejeti v delovno razmerje za nedoločen čas.

Na podlagi novega javnega naročila je bil v letu 2012 za dejavnost čiščenja izbran novi prevzemnik. S potekom prve pogodbe je prvi prevzemnik delavkama zaključil delovno razmerje in ju ustno napotil k novemu prevzemniku. Dejansko sta se zglasili pri svojem prvotnem delodajalcu (prenosniku), ki jima je vrnitev na delo odklonil.

3.1.2 Opredelitev spora v zadevi VIII Ips 41/2014

Prva delavka (zastopana po odvetniku) je v tožbi uveljavljala delovno razmerje in vrnitev na delo pri prvem prevzemniku (prva toženka), alternativno pa pri prenosniku (druga toženka). Sodišče prve stopnje je tožbenemu zahtevku zoper prvo toženko ugodilo, zoper drugo toženko pa je tožbeni zahtevek zavrnilo.

Sodišče druge stopnje je pritožbo prve toženke zavrnilo in v tem delu potrdilo sodbo sodišča prve stopnje. Obe sodišči sta za bistveno šteli, da sta se toženki ob prvem pogodbenem prenosu dejavnosti dogovorili, da preide tožnica k prevzemniku dejavnosti za nedoločen čas, in dejstvo, da v novem javnem natečaju ni bil določen pogoj, da novoizbrani prevzemnik prevzame tudi v dejavnosti zaposlene delavke.

3.1.3 Odločitev in stališča Vrhovnega sodišča RS

Na podlagi revizije prvega toženca je Vrhovno sodišče RS sodbo sodišča druge in prve stopnje spremenilo tako, da je tožbeni zahtevek zoper prvega toženca zavrnilo. Za svojo odločitev je navedlo naslednje razloge:

> *Sodišče druge stopnje zmotno sklepa, da je v obravnavanem primeru bistveno, da je v letu 2010, ko je bila dejavnost čiščenja prenesena od druge toženke k prvi toženki, obstajal tudi izrecni dogovor strank o trajnem prenosu tožnice od delodajalca prenosnika na delodajalca prevzemnika.*
>
> *Vrhovno sodišče je že v več zadevah (VIII Ips 308/2010 z dne 21. 2. 2012, VIII Ips 209/2011 z dne 5. 12. 2011 in VIII Ips 181/2012 z dne 14. 1. 2013) poudarilo, da v primeru prenosa podjetja ali dela podjetja že na podlagi zakona*

10 Sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 41/2014 z dne 19. 5. 2014 in sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 185/2014 z dne 13. 1. 2015.

pride do avtomatičnega prenosa pravic, ki jih je imel delavec na dan prenosa pri delodajalcu prenosniku na delodajalca prevzemnika. Zakon za te primere ne predvideva odpovedi pogodbe o zaposlitvi pri delodajalcu prenosniku in sklenitve nove pogodbe o zaposlitvi pri delodajalcu prevzemniku, prav tako pa ni potreben poseben sporazum o prevzemu delavcev. Na navedeno zakonsko ureditev tudi pogoji in pravila javnega razpisa nimajo vpliva.

Tudi v primeru začasnega prenosa delovno razmerje delavca za nedoločen čas pri delodajalcu prenosniku ne preide v delovno razmerje za določen čas (pri prevzemniku), zaradi česar opredelitev delovnega razmerja za nedoločen čas v sporazumu med prenosnikom in prevzemnikom ne more biti odločilna za presojo o trajnem ali začasnem prenosu. Nepomembno je tudi, kako je po izteku pogodbe za dejavnost čiščenja med toženkama reagirala prva toženka – ki naj bi drugo toženko prosila le za pomoč pri prenosu obeh delavk in od druge toženke ni zahtevala, da delavki (tožnico in sodelavko) sprejme nazaj. Prav tako niso bistveni pogoji, ki jih je druga toženka določila v javnem razpisu.

Ključnega pomena je, da je bila pogodba o opravljanju storitev čiščenja med toženkama sklenjena za določen čas. Prva toženka v reviziji utemeljeno opozarja, da bi se zato sodišči morali opreti na šesti odstavek 73. člena ZDR in ne na poseben dogovor (in na podlagi tega šteti, da je šlo za trajno spremembo delodajalca v smislu določbe prvega odstavka 73. člena ZDR). Šesti odstavek 73. člena ZDR ureja situacijo začasnega prenosa podjetja na podlagi pravnega posla in s tem povezano varstvo prevzetih delavcev. V navedeni določbi sta obravnavani dve skupini primerov, in sicer prva, ko delodajalec prenosnik podjetje na podlagi pravnega posla začasno prenese delodajalcu prevzemniku, po izteku veljavnosti pravnega posla pa prevzame podjetje nazaj, in druga, ko delodajalec prenosnik podjetje na podlagi pravnega posla začasno prenese prvemu delodajalcu prevzemniku, po izteku veljavnosti pravnega posla s prvim prevzemnikom pa ga začasno prenese novemu prevzemniku. Po prenehanju veljavnosti pravnega posla preidejo v prvem primeru pravice in obveznosti iz delovnih razmerij delavcev ponovno na delodajalca prenosnika, v drugem primeru pa preidejo na delodajalca – novega prevzemnika. V nobenem primeru ne ostanejo pri začasnem delodajalcu prevzemniku.

Glede na kogentno zakonsko ureditev (šesti odstavek 73. člena ZDR) in sodno prakso SEU je v obravnavanem primeru do prenosa pravic in obveznosti iz delovnega razmerja tožnice pri drugi toženki prišlo že na podlagi zakona s trenutkom prenosa dejanskega opravljanja dejavnosti čiščenja na prvo toženko. Pri tem ni šlo za trajni prehod pogodbenih in drugih pravic in obveznosti tožnice iz delovnega razmerja, ne glede na sporazum o prevzemu delavcev ali poseben dogovor med toženkama o naravi prenosa. Drugačen dogovor med toženima strankama, kot izhaja iz 73. člena ZDR, namreč ni pravno upošteven.

Ker je druga toženka po prenehanju pogodbenega odnosa s prvo toženko sklenila pogodbo z novim izvajalcem, bi lahko pravice in obveznosti tožnice prešle bodisi ponovno na delodajalca prenosnika – drugo toženko ali na delodajalca – novega prevzemnika. Posledično tožnica ni imela podlage za nadaljevanje delovnega razmerja pri prvi toženki.

3.1.4 Dejanski rezultat spora

Tožnica s svojim zahtevkom za nadaljevanje zaposlitve ni uspela. Zoper drugega toženca (njenega prvotnega delodajalca oziroma delodajalca prenosnika) je bil njen zahtevek zavrnjen že na prvi stopnji. Zoper tako odločitev ni vložila pritožbe in zato tudi revizijsko sodišče vanjo ni moglo poseči. Zoper prvega toženca (prvega prevzemnika) je njen zahtevek zavrnilo revizijsko sodišče, ker zanj ni bilo pravne podlage.

Če bi ob pravilnem razumevanju določb o spremembi delodajalca tožnica uveljavljala nadaljevanje zaposlitve pod nespremenjenimi pogoji pri novem prevzemniku dejavnosti čiščenja, bi imela realne možnosti za uspeh.

3.1.5 Opredelitev in izid spora v zadevi VIII Ips 185/2014

Druga delavka (tožnica), udeleženka istega prenosa dejavnosti čiščenja, je zastopana po odvetniku najprej (v ločenem postopku) vložila tožbo za nadaljevanje delovnega razmerja zoper novega prevzemnika. Sodišče prve stopnje je njen tožbeni zahtevek zavrnilo. Tožnica se zoper zavrnilno sodbo ni pritožila, tako da je postala pravnomočna.

V obravnavani zadevi je potem enako kot prva delavka vložila tožbo zoper prvega prevzemnika (prva toženka) in zoper prenosnika, to je prvotnega delodajalca (druga toženka). Sodišče je ugodilo njenemu tožbenemu zahtevku za vrnitev na delo in nadaljevanje zaposlitve pri drugi toženki, zahtevek za nadaljevanje zaposlitve pri prvi toženki pa je zavrnilo. Kot med tožnico in drugo toženko nesporno je ugotovilo, da ob prenosu dejavnosti čiščenja s strani novega prevzemnika v letu 2012 ni šlo za prenos podjetja v smislu 73. člena ZDR oziroma v smislu Direktive. Ker pa je šlo med drugo toženko in prvo toženko v letu 2010 le za začasni pogodbeni prenos dejavnosti, so na podlagi šestega odstavka 73. člena ZDR z iztekom sklenjene pogodbe za izvajanje storitev čiščenja pravice in obveznosti iz tožničine pogodbe o zaposlitvi prešle nazaj na drugo toženko kot delodajalca prenosnika.

Druga toženka s pritožbo ni uspela, tako da je postala takšna sodba pravnomočna in je prestala tudi revizijski preizkus.

V obrazložitvi zavrnitve revizije druge toženke je Vrhovno sodišče RS ponovilo stališča iz svoje sodbe v zadevi VIII Ips 41/2014 in ob ugotovitvi, da druga toženka ni izpodbijala presoje, da novega izvajalca čiščenja v letu 2012 ni mogoče šteti za prevzemnika v smislu 73. člena ZDR, soglašalo, da to pomeni, da so pravice iz delovnega razmerja tožnice prešle spet na delodajalca prenosnika, to je drugo toženko kot prvotnega delodajalca.

3.1.6 Komentar

Če bi tožnica nadaljevala prvi spor v ločeni zadevi z novim prevzemnikom, bi v končni fazi verjetno že v navedenem sporu uspešno uveljavila nadaljevanje zaposlitve na podlagi spremembe delodajalca pri novem prevzemniku dejavnosti čiščenja. Ker druga toženka v obravnavani zadevi ni uveljavila prenosa dejavnosti

čiščenja na novega prevzemnika v letu 2012 v smislu 73. člena ZDR, je tožnica s tožbenim zahtevkom zoper njo sicer uspela. Ob normalnem teku stvari pa druga toženka ustreznega dela čiščenja tožnici ni mogla zagotoviti, ker je bila ta dejavnost prenesena na novega prevzemnika. Zato je pri drugi toženki očitno obstajal utemeljen poslovni razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi tožnici.[11]

Ker je sodišče prve stopnje v obravnavanih zadevah (ob sicer identičnem dejanskem stanju) različno razumelo oziroma uporabilo določbe o spremembi delodajalca in ker se tožnica v prvem primeru zoper sodbo sodišča prve stopnje ni ustrezno odzvala, sta bila izida sporov različna.

3.2 Zadeva VIII Ips 51/2015[12] – začasni prenosi dejavnosti in likvidacija delodajalca prevzemnika

3.2.1 Dejansko stanje

Tožnica je bila do leta 2004 zaposlena pri pravni prednici delodajalca prenosnika na delovnem mestu varnostnica – receptorka na enem od objektov takratnega delodajalca. V letu 2004 je takratni delodajalec (delodajalec prenosnik) prenesel službo varovanja na pogodbenega prevzemnika za določen čas treh let. Po poteku pogodbe je bila v letu 2007 služba varovanja prenesena na drugega prevzemnika, v letu 2010 na tretjega in v letu 2011 na četrtega prevzemnika, nad katerim je bil v mesecu novembru 2013 začet postopek redne likvidacije. V prvih dveh pogodbah o prenosu se je prenosnik zavezal, da v primeru predčasne odpovedi pogodbe o prenosu prevzame tožnico nazaj na delo, v nadaljnjih pogodbah z naslednjimi prevzemniki pa takšne zaveze ni bilo. Ob vsakokratni spremembi prevzemnika dejavnosti službe varovanja je tožnica ob nespremenjenih pravicah iz pogodbe o zaposlitvi in delovnega razmerja prešla na delo k novemu delodajalcu prevzemniku. V mesecu novembru 2013 je takratni delodajalec prevzemnik tožnici podal redno odpoved pogodbe o zaposlitvi zaradi začetka postopka redne likvidacije s 30-dnevnim odpovednim rokom. V času odpovednega roka je službo varovanja na prenosnikovem objektu, kjer je delala tožnica, prevzel nov prevzemnik, ki je s prenosnikom že pred tem sklenil okvirno pogodbo o prevzemu službe varovanja na vseh prenosnikovih objektih, v kateri si je zagotovil možnosti opravljati to dejavnost tudi po svojih podizvajalcih (v zadnjem letu naj bi imel položaj podizvajalca tudi prevzemnik, pri katerem je bila tožnica zaposlena do sporne odpovedi). V sporu pred sodiščem prve stopnje je ostalo nerazčiščeno, ali je med trajanjem spora službo varovanja na objektu, kjer je prej delala tožnica, opravljal navedeni prevzemnik, ali pa jo je ponovno pokrival sam delodajalec prenosnik po svojih delavcih.

3.2.2 Opredelitev spora

Tožnica je svoje tožbene zahtevke naslovila zoper tri tožence. Uveljavljala je nezakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi zoper njenega zadnjega delodajalca prevzemnika, ki ji je v mesecu novembru 2014 podal odpoved zaradi začetka

11 Kaj se je dejansko dogajalo na podlagi pravnomočne sodbe v zadevi VIII Ips 185/2014 s tožnico pri drugi toženki, pred sodiščem ni bilo ugotovljeno.
12 Sklep Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 51/2015 z dne 25. 5. 2015.

postopka redne likvidacije (prvi toženec). Nadaljevanje zaposlitve (po izteku odpovednega roka pri prvem tožencu) na podlagi spremembe delodajalca je uveljavljala zoper prenosnika, to je njenega prvotnega delodajalca (drugi toženec), češ da se ima zaradi prenehanja pogodbe o začasnem prenosu službe varovanja pravico vrniti k njemu (tudi na podlagi zavez tega toženca v prvih pogodbah o prenosu službe varovanja). Podredno pa je uveljavljala nadaljevanje zaposlitve na podlagi spremembe delodajalca pri novem prevzemniku dejavnosti službe varovanja, glede na to, da je to dejavnost prevzel med iztekom njenega odpovednega roka (tretji toženec).

Sodišče prve stopnje je tožbene zahtevke zoper vse tri tožence zavrnilo, s takšno odločitvijo pa je na tožničino pritožbo soglašalo tudi sodišče druge stopnje.

Zavrnitev tožbenega zahtevka zoper prvega toženca za ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi je sodišče utemeljilo, češ da je bil pri tem tožencu zaradi njegove likvidacije podan utemeljen razlog za sporno odpoved. Zoper drugega toženca je bil tožbeni zahtevek zavrnjen z utemeljitvijo, da le-ta pogodbe o začasnem prenosu službe varovanja, sklenjene s prvim tožencem, ni predčasno odpovedal. Podredni zahtevek zoper tretjega toženca pa je bil zavrnjen z utemeljitvijo, da zaradi likvidacije prvega toženca njegova dejavnost ni bila prenesena na tretjega toženca, ne glede na to, da je le-ta po podaji sporne odpovedi pogodbe o zaposlitvi tožnici prevzel opravljanje varovanja na objektu, kjer je ves čas delala tožnica.

3.2.3 Odločitev Vrhovnega sodišča RS

Na podlagi revizije, v kateri je tožnica v celoti izpodbijala pravnomočno sodbo sodišča druge stopnje, je Vrhovno sodišče RS sodbi druge in prve stopnje razveljavilo ter zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje. Za svojo odločitev je navedlo naslednje razloge:

> *Ob ugotovljenem dejanskem stanju je bistveno, kako z vidika obveznosti toženih strank razlagati določbe osmega odstavka 75. člena ZDR-1 (oziroma v bistvu identične določbe predhodnega šestega odstavka 73. člena ZDR, ki je veljal za prenose do leta 2013), da v primeru začasnega prenosa podjetja oziroma dejavnosti po prenehanju le-tega preidejo pogodbene pravice in obveznosti iz delovnih razmerij delavcev ponovno na delodajalca prenosnika ali na delodajalca – novega prevzemnika, če gre za več časovno zaporednih začasnih prenosov in če vmes eden od prevzemnikov preneha na podlagi redne likvidacije.*
>
> *Kot prvo je potrebno šteti, da v primeru, da po poteku obdobja začasnega prenosa dejavnost, ki je predmet prenosa, v celotnem obsegu pogodbeno prevzame drugi prevzemnik, preidejo pravice in obveznosti v tej dejavnosti zaposlenih delavcev na novega prevzemnika. Na prenosnika zato ponovno preidejo pravice in obveznosti iz delovnih razmerij teh delavcev le v primeru, če ni novega prevzemnika oziroma če le-ta ne prevzame celotne dejavnosti, ki bi pogojevala tudi prevzem vseh delavcev.*

Kot drugo je potrebno določbe osmega odstavka 75. člena ZDR-1 razlagati tako, da se določbe v zvezi s prehodom pravic in obveznosti iz delovnega razmerja ne izčrpajo s prvim iztekom pogodbenega prenosa podjetja oziroma dejavnosti, temveč veljajo te zakonske določbe tudi v naslednjih časovno povezanih pogodbenih prenosih dejavnosti na istega ali druge prevzemnike. Pri tem je treba šteti, da gre tudi pri naslednjih pogodbenih prenosih dejavnosti za prenos v smislu 75. člena ZDR-1 in Direktive, če se vsebina pogodbenega prenosa v primerjavi s prvim prenosom z vidika dela delavcev ni bistveno spremenila. Le tako so lahko zagotovljeni cilji, ki jih zasleduje Direktiva in 75. člen ZDR-1 glede varstva pravic delavcev v primeru prenosa podjetja oziroma obrata ali njegovih delov (za tak prenos se šteje tudi prenos posamezne zaključene, lahko tudi zgolj interne, dejavnosti).

Direktiva v zvezi s stečajem in likvidacijo posebej obravnava ohranitev pravic delavcev le, če gre za stečaj ali likvidacijo (pod nadzorom državnih oblasti) delodajalca prenosnika, ne pa tudi, če gre za prenehanje delodajalca prevzemnika (5. člen Direktive). V obravnavanem primeru zaradi likvidacije prve toženke v novembru 2013 ni prišlo do prenehanja dejavnosti varovanja premoženja pri drugi toženki, temveč je to dejavnost prevzela (vsaj začasno) tretja toženka. Torej so bili v smislu določb Direktive podani pogoji tudi za prehod pravic in obveznosti iz delovnih razmerij v tej dejavnosti zaposlenih delavcev. Tako je v zvezi z likvidacijo prve toženke v smislu določb Direktive potrebno razlagati tudi določbe 75. člena ZDR-1 o spremembi delodajalca.

Glede na navedeno razumevanje določb 75. člena ZDR-1 o spremembi delodajalca je že sodišče prve stopnje pravilno ugotovilo, da obstoj eventualnih posebnih zavez druge toženke kot delodajalca prenosnika, da bo v primeru odstopa od pogodbe o prevzemu dejavnosti varovanja sprejela nazaj v delovno razmerje tožnico, za ta primer ni bistven. Prav tako pa ni bistvena ugotovitev, da v tem primeru ni prišlo do prenosa dejavnosti v smislu Direktive med prvo toženko in tretjo toženko. Prva toženka je dejavnost opravljala za drugo toženko kot prevzemnik dejavnosti varovanja premoženja (ali morebiti kot podizvajalec pogodbenega prevzemnika) in niti ni mogla nastopati kot prenosnik, tako da ugotovitev, da med njo in tretjo toženko ni prišlo do prenosa dejavnosti, ni mogla biti razlog za zavrnitev tožničinega tožbenega zahtevka zoper prvo in tretjo toženko.

V dosedanjem postopku je ostalo nerazčiščeno, kdo je od konca novembra 2013 oziroma od konca januarja 2014 dalje dejansko nastopal kot prevzemnik dejavnosti varovanja premoženja pri drugi toženki oziroma v njenem obratu, kjer je pred tem delala tožnica. Ta ugotovitev je pomembna za odločitev o tožničinem tožbenem zahtevku zoper drugo in tretjo toženko. Prav tako sodišče doslej ni razčistilo pomena okvirne pogodbe o opravljanju dejavnosti varovanja premoženja, ki jo je imela tretja toženka od leta 2012 dalje sklenjeno z drugo toženko, zlasti kako razlagati določbe te pogodbe v razmerju do zakonskih določb o spremembi delodajalca (po navedbah tretje toženke na obravnavi naj bi ta tudi še po januarju 2014 v določenih dnevih opravljala dela varovanja pri drugi toženki). Vsekakor določb navedene pogodbe sodišče ne bi smelo razlagati tako, da bi se s podizvajalskimi razmerji lahko tretja toženka izognila prisilnim zakonskim določbam o spremembi delodajalca.

Glede na navedeno sodišče ugotavlja, da je tožnica v reviziji utemeljeno uveljavljala zmotno uporabo materialnega prava. Ker pa bo potrebno za pravilno odločitev o vseh tožbenih zahtevkih razčistiti še navedena vprašanja, je ob ugoditvi reviziji in razveljavitvi sodb nižjih sodišč revizijsko sodišče sodbi nižjih sodišč razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v dopolnitev postopka v nakazanih smereh. Ob ugotovitvi zaposlitve tožnice na podlagi spremembe delodajalca po prenehanju opravljanja dejavnosti varovanja s strani prve tožene stranke se bo sodišče ponovno opredelilo tudi do sporne odpovedi pogodbe o zaposlitvi tožnici, upoštevaje, da v primeru spremembe delodajalca na podlagi 75. člena ZDR-1 preidejo pogodbene in druge pravice ter obveznosti iz delovnih razmerij že po zakonu samem na novega delodajalca prevzemnika.

3.2.4 Komentar

Vrhovno sodišče se ni dokončno opredelilo do pomena redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi pri delodajalcu prenosniku v primeru, ko so sicer podani pogoji za spremembo delodajalca zaradi pogodbenega prenosa dejavnosti (dela podjetja) na (novega) prevzemnika. Podobno vprašanje se postavlja tudi v primerih, ko delodajalec prenosnik ob prenosu dela podjetja na prevzemnika delavcu, glede katerega so dejansko izpolnjeni pogoji za spremembo delodajalca, redno odpove pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga.

Glede na bistveno vsebino instituta spremembe delodajalca in določbo osme alinee 90. člena ZDR-1 je mogoče z gotovostjo zaključiti, da je takšna odpoved pogodbe o zaposlitvi nezakonita.

Kaj, če delavec zakonitosti takšne odpovedi ne izpodbija pred sodiščem v zakonskem roku? Ali izgubi pravice na podlagi spremembe delodajalca, ker mu je bila pogodba o zaposlitvi pri delodajalcu prenosniku odpovedana?

SEU se v podobnih primerih z odpovedjo oziroma prenehanjem pogodbe o zaposlitvi na drugih podlagah pri delodajalcu prenosniku (ali začasnem prevzemniku ob izteku začasnega prenosa) praviloma ni ukvarjalo. Opredeljevalo se je izključno do tega, ali so bili podani pogoji za spremembo delodajalca oziroma za prenos pravic in obveznosti iz delavčeve pogodbe o zaposlitvi na prevzemnika.[13] Če bi razlagali, da delavec zaradi odpovedi pogodbe o zaposlitvi pri delodajalcu prenosniku v zvezi s prenosom podjetja, ki je v zakonskem roku ne izpodbija pred sodiščem, izgubi pravico do uveljavljanja pravic pri delodajalcu prevzemniku na podlagi spremembe delodajalca, čeprav bi bili sicer pogoji za to podani, menim, da bi glede na prakso SEU naše sodišče moralo SEU postaviti predhodno vprašanje, ali direktiva ne nasprotuje taki uporabi določb ZDR-1 o odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delodajalca.

13 Glej npr. zadeva Rygaard, št. 48/94.

3.3 Zadeva VIII Ips 101/2015[14] – pogodba o zaposlitvi za določen čas, poslovni razlog, sprememba delodajalca

3.3.1 Dejansko stanje

Tožnica se je 30. 4. 2012 zaposlila pri toženi stranki za določen čas, za čas trajanja projekta USE-REUSE do 3. 12. 2014. Šlo je za evropsko sofinanciran projekt, ki ga je izvajalo več izvajalcev. Tožena stranka ga je izvajala na treh lokacijah in tudi na preostalih dveh lokacijah je za delo na projektu za opravljanje enakih del za določen čas zaposlila po eno delavko. Med izvajanjem projekta je tožena stranka zašla v ekonomske in likvidnostne težave, tako da je v letu 2013 v dogovoru z drugimi deležniki izstopila iz projekta oziroma je namesto nje (na njenih lokacijah) vstopil nov izvajalec, ki je nadaljeval delo na projektu (izvajalec prevzemnik). Pri tem sta bili delavki tožene stranke na preostalih dveh lokacijah prešli na delo pod nespremenjenimi pogoji k izvajalcu prevzemniku, tožnici pa je tožena stranka dne 13. 4. 2013 odpovedala pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga z enomesečnim odpovednim rokom. Izvajalec prevzemnik je za nadaljevanje dela na projektu na tej lokaciji pod enakimi pogoji za preostali določen čas zaposlil drugo delavko.

3.3.2 Opredelitev spora

Tožnica je pred sodiščem uveljavljala nezakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga z dne 12. 4. 2013 in uveljavljala priznanje pravic iz delovnega razmerja ter vrnitev na delo pri toženi stranki, ki ji je pogodbo odpovedala.

Sodišče prve stopnje je tožničinemu tožbenemu zahtevku (vključno z zahtevkom po reintegraciji) ugodilo. Ob sicer protislovnih ugotovitvah (da je bilo med deležniki na projektu dogovorjeno, da bo tožnici pri toženi stranki pogodba o zaposlitvi odpovedana iz razloga nesposobnosti, da so bili v zvezi z izstopom tožene stranke iz projekta in vstopom novega izvajalca prevzemnika sicer podani pogoji za spremembo delodajalca) je kot bistveni razlog za ugotovitev nezakonitosti odpovedi tožničine pogodbe o zaposlitvi navedlo, da tožena stranka odpovednega poslovnega razloga ni ustrezno obrazložila in dokazala.

Sodišče druge stopnje je pritožbo tožene stranke zavrnilo. Pri tem pa je soglašalo s sodiščem prve stopnje, da so bili v tem primeru v celoti podani razlogi za spremembo delodajalca in presodilo, da je že zato izpodbijana redna odpoved pogodbe o zaposlitvi tožnici nezakonita. Ne glede na to je poleg odločitve o nezakonitosti odpovedi potrdilo tudi odločitev sodišča prve stopnje o priznanju pravic iz delovnega razmerja in reintegraciji tožnice k toženi stranki.

V reviziji je tožena stranka v prvi vrsti vztrajala pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga in zanikala obstoj pogojev za spremembo delodajalca glede na to, da je novi prevzemnik dejansko prevzel le zaključek del na projektu. Podredno pa je uveljavljala zmotno odločitev o reintegraciji tožnice k toženi stranki, če držijo ugotovitve, da so bili podani pogoji za spremembo delodajalca.

14 Sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 101/2015 z dne 8. 9. 2015.

3.3.3 Odločitev in razlogi Vrhovnega sodišča RS

Vrhovno sodišče je revizijo tožene stranke glede odločitve o nezakonitosti odpovedi tožničine pogodbe o zaposlitvi zavrnilo, v preostalem pa reviziji ugodilo in sodbi nižjih sodišč spremenilo tako, da je zavrnilo tožničin zahtevek za priznanje pravic iz delovnega razmerja in za vrnitev na delo k toženi stranki. Za svojo odločitev je navedlo naslednje razloge:

Glede pogojev za spremembo delodajalca se primer Rygaard, na katerega se sklicuje revizija (Sodba SES C 48/94 z dne 19. 9. 1995) od tožničinega primera razlikuje v tem, da je bil Ole Rygaard pri glavnem izvajalcu očitno zaposlen za nedoločen čas in je na podlagi takšne pogodbe o zaposlitvi pri podizvajalcu – prevzemniku časovno omejenih mizarskih zaključnih del na določenem objektu neuspešno uveljavljal prenos pravic iz te pogodbe. Tožnica pa je imela sklenjeno pogodbo o zaposlitvi s toženo stranko za določen čas, prav za čas opravljanja del na projektu USE-REUSE, ki je bil prenesen na novega izvajalca prevzemnika. Po presoji sodišča pogodba o zaposlitvi za določen čas ne izključuje uporabe instituta spremembe delodajalca iz 73. oz. 75. člena ZDR in ZDR-1, če so zaradi prenosa podjetja ali dela podjetja tudi pri delodajalcu prevzemniku ohranjeni pogoji, zaradi katerih je bila pogodba o zaposlitvi pri prenosniku zakonito sklenjena za določen čas. V tem primeru pravice in obveznosti iz pogodbe o zaposlitvi preidejo na delodajalca prevzemnika, upoštevaje tudi časovno omejitev veljavnosti pogodbe o zaposlitvi, torej v nespremenjenem obsegu, kot sploh velja za spremembo delodajalca. Bistveni argument SEU v zadevi Rygaard je bil, da pravice iz pogodbe o zaposlitvi ne preidejo na delodajalca prevzemnika, če prenos podjetja v načelu ne zagotavlja pogojev za stabilno, torej tudi trajno zaposlitev delavca, ki izhaja iz njegove pogodbe o zaposlitvi. V tožničinem primeru pa se je lahko postavljalo le vprašanja, ali prevzem nadaljevanja projekta USE-REUSE s strani novega izvajalca zagotavlja možnost realizacije tožničine pogodbe o zaposlitvi, ki je bila že od začetka sklenjena le za čas trajanja tega projekta. To pa je sodišče prepričljivo ugotovilo tako na podlagi prenosa pravic in obveznosti dveh tožničinih sodelavk z enakimi zadolžitvami na projektu na dveh drugih lokacijah kot na podlagi tega, da je novi izvajalec zaradi enakega dela na projektu na tej lokaciji na mesto tožnice za določen čas zaposlil drugo delavko.

Glede na navedeno revizija neutemeljeno izpodbija zaključek sodišča druge stopnje, da so bili v mesecu aprilu 2013 tudi v tožničinem primeru izpolnjeni pogoji za spremembo delodajalca oziroma za prehod pravic in obveznosti iz tožničine pogodbe o zaposlitvi od tožene stranke na novega izvajalca kot prevzemnika vseh pravic in obveznosti iz projekta USE-REUSE v obsegu, kot ga je dotlej izvajala tožena stranka.

V primeru pravnega prenosa podjetja ali njegovega dela na podlagi prvega odstavka 75. člena ZDR-1 preidejo pravice in obveznosti iz pogodbe o zaposlitvi na delodajalca prevzemnika po zakonu samem. Hkrati pa ZDR-1 v 8. alinei 90. člena izrecno določa, da pomeni sprememba delodajalca neutemeljen razlog za redno odpoved pogodbe o zaposlitvi. Zato je sodišče druge stopnje

pravilno ugotovilo, da je sporna redna odpoved tožničine pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga, podana s strani tožene stranke, nezakonita že zato, ker so bili podani pogoji za spremembo delodajalca.

Utemeljeno pa revizija očita sodišču zmotno uporabo materialnega prava, ko je ob gornjih ugotovitvah sledilo tožničinemu tožbenemu zahtevku za reintegracijo tožnice v delovno razmerje pri toženi stranki in priznanje pravic na tej podlagi.

Ob ugotovitvi, da gre pri spremembi delodajalca na podlagi prvega odstavka 75. člena ZDR-1 za prehod pravic in obveznosti iz delavčeve pogodbe o zaposlitvi od delodajalca prenosnika na delodajalca prevzemnika po zakonu samem, gre pri razlagi te zakonske določbe za logično napako, če sodišče na tej podlagi delavcu še naprej priznava pravice in obveznosti iz pogodbe o zaposlitvi pri delodajalcu prenosniku. Logična posledica take ureditve spremembe delodajalca je, da lahko delavec, ne glede na nezakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi pri delodajalcu prenosniku, ob izpolnjenih pogojih za spremembo delodajalca uveljavlja pravice iz svoje pogodbe o zaposlitvi le pri delodajalcu prevzemniku, na katerega so že prešle pravice in obveznosti iz delavčeve pogodbe o zaposlitvi, ne pa več pri dotedanjem delodajalcu, to je delodajalcu prenosniku.

3.3.4 Komentar

Tožnica je sicer utemeljeno uveljavljala nezakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi pri toženi stranki. Pri tem pa ni upoštevala, da so vsi pogoji za nadaljevanje njene zaposlitve s prenosom projekta USE-REUSE prešli na novega izvajalca prevzemnika, tako da so bili podani pogoji za spremembo delodajalca. Pogojev za nadaljevanje tožničine zaposlitve pri toženi stranki ni bilo več. Če bi uveljavljala nadaljevanje zaposlitve pri prevzemniku del na projektu, bi lahko pravice iz pogodbe o zaposlitvi ohranila.

4 ZAKLJUČNE UGOTOVITVE

Bistveni razlog, da delavke tožnice v navedenih zadevah s svojimi zahtevki niso bile uspešne – pa tudi če so delno uspele, je bil njihov uspeh manjši, kot bi lahko bil – je dejstvo, da tako pri vlaganju tožb in oblikovanju tožbenih zahtevkov kot pri oblikovanju svojih procesnih dejanj med postopkom niso ustrezno upoštevale določb o spremembi delodajalca. V vseh primerih so bile ustrezno zastopane po odvetnikih. Zaskrbljujoče je, da določb o spremembi delodajalca ne poznajo oziroma očitno ne razumejo in ne znajo uporabiti tudi mnogi odvetniki. Res gre v zvezi s spremembo delodajalca včasih za zahtevne primere z več udeleženci (toženci), zoper katere je mogoče oziroma potrebno uveljavljati različne zahtevke. Do tega lahko pride zlasti v zvezi z večkratnimi začasnimi prenosi podjetja oziroma njegovega dela in glede na različna ravnanja posameznih v prenosih udeleženih delodajalcev.

Z razumevanjem pomena določb o spremembi delodajalca imajo v praksi očitno težave tudi nekateri sodniki delovnih sodišč. Dopuščam, da so v posameznih primerih dejansko poskušali reševati zgrešene tožbene zahtevke v korist delavcev oziroma tožnic, pa se je to izkazalo za neuspešno oziroma zgrešeno.

Glede na očitne težave strank z razumevanjem instituta spremembe delodajalca sodnikom svetujem drugačen pristop – materialno-procesno vodstvo v smislu odprtega sojenja, v katerem sodnik na primeren način stranke opozori na dejanski pomen spremembe delodajalca – tudi če so stranke zastopane po odvetnikih.

V primerih, ko so objektivno podani pogoji za prehod pogodbenih in drugih pravic in obveznosti iz pogodbe o zaposlitvi oziroma delovnega razmerja na delodajalca prevzemnika, sodniki zoper spremembo delodajalca ne bi smeli imeti pomislekov. Resna analiza pokaže, da v takem primeru z vidika varstva in ohranjanja zaposlitve za delavca praviloma ni boljše rešitve. Vztrajanje na zaposlitvi pri dotedanjem delodajalcu (delodajalcu prenosniku) je v takih primerih zgrešeno. Prenos podjetja oziroma njegovega dela bo praviloma vedno pomenil, da potrebe po delu delavcev, ki so bili zaposleni v podjetju oziroma njegovem delu, ki je predmet prenosa, pri delodajalcu prenosniku objektivno prenehajo, tako da delavčeva pogodba o zaposlitvi pri prenosniku izgubi dejansko podlago. Sprememba delodajalca preprečuje, da bi tem delavcem delodajalec odpovedal pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga, ki bi bil sicer podan. Tudi če se uspešnost prenosa pri delodajalcu prevzemniku izjalovi ali se jim pravice poslabšajo, delavci praviloma niso na slabšem, kot če bi ostali pri prenosniku. Ob solidarnem jamstvu prenosnika in prevzemnika jim gredo pravice, kot če bi jim bila pogodba o zaposlitvi odpovedana iz poslovnega razloga (tretji odstavek 75. člena ZDR-1). Eventualne poskuse zlorab instituta spremembe delodajalca v povezanih družbah, kjer so take dogovorne zlorabe sicer mogoče, ZDR-1 preprečuje s solidarno oziroma subsidiarno odgovornostjo delodajalca prenosnika za terjatve delavcev, ki so na podlagi spremembe delodajalca prešli k delodajalcu prevzemniku, če je le-ta v roku dveh let zašel v stečaj ali drug postopek prisilnega prenehanja (peti in šesti odstavek 75. člena).

Samo z doslednim upoštevanjem instituta spremembe delodajalca s strani sodišč, če so zanj podani objektivni pogoji, bodo v praksi doseženi cilji, ki jih ta institut zasleduje. To je ohranjanje in varstvo zaposlitve delavcev pod nespremenjenimi pogoji tudi v primerih specifičnih, pa vendar pogostih objektivnih sprememb v delodajalski sferi, ki jih delavci v bistvu ne morejo preprečiti.

PREDSTAVITEV POMEMBNEJŠIH ODLOČB IN SKLEPOV USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S PODROČJA DELOVNEGA PRAVA, SPREJETIH V LETIH 2014 IN 2015

doc. dr. Etelka Korpič - Horvat
doktorica pravnih znanosti
ustavna sodnica
Ustavno sodišče Republike Slovenije

Povzetek: *Avtorica v prispevku obravnava odločitve Ustavnega sodišča RS s področja delovnega prava na podlagi vložene zahteve Vrhovnega sodišča RS in treh ustavnih pritožb. Vrhovno sodišče je v zvezi s plačami sodnikov zahtevalo presojo o ustavnosti drugega odstavka 9. člena Zakona o interventnih ukrepih (Uradni list RS, št. 94/10; v nadaljevanju: ZIU). Dve ustavni pritožbi sta se nanašali na razlago sodišč o določitvi osnove za odmero odpravnine pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti in ena na upoštevanje pravnih učinkov ugotovitvenih odločb ustavnega sodišča. Pri slednji avtorica primerja in analizira ustavnosodno presojo s presojo vrhovnega sodišča, ki se prav tako nanaša na učinkovanje ugotovitvene odločbe ustavnega sodišča.*

1. UVOD

V prispevku predstavljam odločitve Ustavnega sodišča RS s področja delovnega prava, sprejete v letu 2014 do 1. septembra 2015. V tem času je bilo rešenih 48 zadev z obravnavanega področja; izdane so bile štiri odločbe na podlagi vložene zahteve in treh ustavnih pritožb in izdanih je bilo 44 sklepov na podlagi vloženih zahtev, pobud in ustavnih pritožb.

Rešene zadeve na Ustavnem sodišču RS s področja delovnega prava v letu 2014 do septembra 2015

	Rešene v letu 2014	**Rešene v letu 2015 (do 1. 9. 2015)**
	2 odločbi (Up-109/12 in Up-624/11) 26 sklepov	2 odločbi (Up-810/12, U-I-15/14) 18 sklepov
SKUPAJ	28	20

Vir: Ustavno sodišče RS, september 2015

Delovni spori po izdanih odločbah so se nanašali na: Zakon o delovnih razmerjih in Zakon o interventnih ukrepih; pretežni del zadev z izdanimi sklepi pa se je nanašal na Zakon za uravnoteženje javnih financ (devet zadev) in na predpise, ki določajo plačni sistem v javnem sektorju (tri zadeve); Zakon o ustavnem sodišču (tri zadeve); Zakon o obrambi (tri zadeve), Pravilnik o letnem dopustu (tri zadeve) in druge.

2. ODLOČBA USTAVNEGA SODIŠČA RS ŠT. UP-109/12 Z DNE 23. 1. 2014 (osnova za odmero odpravnine ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti)

Pritožnicama je bila priznana pravica do dela s krajšim (polovičnim) delovnim časom po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 109/06 – uradno prečiščeno besedilo; v nadaljevanju: ZPIZ-1) zaradi ugotovljene invalidnosti III. kategorije. Ker pritožnici nista bili zmožni delati za polni delovni čas, jima je bila hkrati po 93. členu ZPIZ-1 priznana pravica do delne invalidske pokojnine. Delodajalec je pritožnicama odpovedal pogodbo o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti. Izplačal jima je odpravnino z upoštevanjem osnove za odmero od celotnega obdobja zaposlitve (tudi za čas dela s polnim delovnim časom, ki je bil pretežni del njune 35- in 24-letne zaposlitve), pri čemer je upošteval njuno povprečno plačo v zadnjih treh mesecih dela s krajšim delovnim časom.

Pritožnici sta zahtevali izplačilo od osnove za odmero odpravnine po drugem stavku prvega odstavka 109. člena Zakona o delovnih razmerjih[1] (Uradni list RS, št. 42/02; v nadaljevanju: ZDR/02). Menili sta, da se mora v odpravnino vštevati tudi prejemek delne pokojnine in se pri tem sklicevali na drugi odstavek 66. člena ZDR/02, ki določa, da delavci, ki delajo krajši delovni čas po posebnih predpisih, uživajo druge pravice in obveznosti iz delovnega razmerja kot delavci, ki delajo polni delovni čas.

Sodišče prve stopnje je razsodilo, da se v osnovo za odmero pokojnine ne vštevajo prejemki iz invalidnosti (delna invalidska pokojnina), temveč da se upošteva le dejanska plača, tj. plača za krajši delovni čas. Sodišče je svojo odločitev z upoštevanjem drugega odstavka 66. člena ZDR/02 razložilo, da ne daje podlage za upoštevanje osnove za odmero odpravnine v višini dvakratnika dejanske plače. Zato je tožbeni zahtevek pritožnic zavrnilo; višje sodišče pa je zavrnilo pritožbe.

Vrhovno sodišče ni dopustilo revizije.

V ustavni pritožbi sta pritožnici zatrjevali kršitev 14. člena ustave (enakost pred zakonom) in kršitve procesnih jamstev po 22. členu ustave (enako varstvo pravic) in 23. členu ustave (pravica do sodnega varstva). Poudarjali sta, da gre za pomembno ustavnopravno vprašanje, ker gre za varstvo invalidov, materialno prikrajšanje zaradi invalidnosti pa je nedopustno. Formalna enakost naj bi pomenila posredno diskriminacijo invalidov.

Ustavno sodišče je menilo, da je razlaga sodišč o določitvi osnove za odmero odpravnine pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti, ki so jih sprejela sodišča na podlagi drugega odstavka 66. člena ZDR/02 in drugega stavka prvega odstavka 109. člena ZDR/02 kršila človekove pravice. Kršitev drugega odstavka 14. člena ustave je podana zato, ker sta sodišči različno obravnavali delavki v bistveno enakih položajih. Delavki sta pretežni del svoje zaposlitve (35 let oziroma 24 let) delali polni delovni čas in le krajši čas (dve leti oziroma štiri leta) krajši

1 Drugi stavek prvega odstavka 109. člena določa »Osnova za izračun odpravnine je povprečna mesečna plača, ki jo je prejel delavec ali ki bi jo prejel delavec, če bi delal, v zadnjih treh mesecih pred odpovedjo«.

delovni čas, zato je njun prispevek k delu delodajalca v bistvenem enak kot prispevek delavcev, ki so zaposleni s polnim delovnim časom. Namen izplačila odpravnine sta delavčev prispevek k delu delodajalca in socialna varnost ob izgubi zaposlitve, zato edino merilo za določitev osnove za odpravnino ne more biti plača pritožnic za delo s krajšim delovnim časom. Besedilo drugega odstavka 66. člena ZDR/02 določa, da delavcem, ki delajo krajši delovni čas, v posebnih primerih pripada plačilo za delo po dejanski delovni obveznosti, druge pravice pa kot delavcem, ki delajo polni delovni čas, je mogoče razlagati, da se nanaša na višino odpravnine in ne le na izbiro kriterijev za njen izračun. Sodišči zato nista ustavno skladno razložili navedeni pravni normi ZDR/02, kar jih zavezuje 125. člen ustave, po katerem morajo sodišča odločati na podlagi ustave in zakona. Zato je ustavno sodišče izpodbijane sodbe razveljavilo in zadevo vrnilo pristojnemu sodišču v novo odločanje.

3. ODLOČBA USTAVNEGA SODIŠČA RS ŠT. UP-810/12 Z DNE 11. 11. 2014 (osnova za odmero odpravnine ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti)

Gre za enak ustavnopravni primer kot v zgoraj že obrazloženi zadevi št. Up-109/12 z dne 23. 1. 2014. Senat ustavnega sodišča je zato v skladu s tretjim odstavkom 59. člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/04 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12; v nadaljevanju: ZUstS) izdal odločbo, s katero je sodbi sodišč razveljavil in vrnil zadevo v novo odločanje pristojnemu sodišču iz enakih razlogov, kot je navedeno v odločbi št. Up-109/12 z dne 23. 1. 2014.

4. ODLOČBA ŠT. UP-624/11 Z DNE 3. 7. 2014 (upoštevanje in pravni učinki ugotovitvenih odločb ustavnega sodišča)[2]

Odločba je pomembna zaradi razjasnitve, kako morajo redna sodišča upoštevati ugotovitvene odločbe,[3] ki jih izda ustavno sodišče, in kakšni so pravni učinki načina izvršitve, ki jih lahko določi ustavno sodišče v svoji odločbi (48. člen in drugi odstavek 40. člena ZUstS).[4]

Primer se nanaša na presojo roka za odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga od izdanega opozorila, v katerem lahko delodajalec delavcu redno odpove

2 Navedeno odločitev ustavnega sodišča sem podrobneje obrazložila na sodniški šoli lansko leto, zato bom zdaj opozorila le na bistvene ugotovitve in zadevo primerjala z odločitvijo vrhovnega sodišča v zadevi VIII Ips 163/2014 z dne 17. 2. 2015.

3 Pri ugotovitvenih odločbah ustavno sodišče zakon ali njegov del ohrani, vendar zahteva, da ga zakonodajalec spremeni tako, da postane ustavno skladen. Če ustavno sodišče oceni, da je zakon, drug predpis ali splošni akt, izdan za izvrševanje javnih pooblastil, protiustaven ali nezakonit, zato ker določenega vprašanja ne ureja, pa bi ga moral (pravna praznina), ali ga ureja na način, ki ne omogoča razveljavitve oziroma odprave, ustavno sodišče sprejme o tem ugotovitveno odločbo (prvi odstavek 48. člena ZUstS). Ustavno sodišče ugotovi protiustavnost (nezakonitost) in zahteva od pristojnega organa, da protiustavnost oziroma nezakonitost v roku, ki ga samo določi, odpravi (drugi odstavek 48. člena ZUstS). NERAD, Sebastian. Interpretativne odločbe, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2007, str. 64.

4 Več o učinkovanju ugotovitvenih in razveljavitvenih odločb ustavnega sodišča glej Korpič – Horvat, Etelka, Pravosodni bilten št. 4/2014, Ministrstvo za pravosodje, Center za izobraževanje v pravosodju, str. 107–120.

pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga. Delodajalec je delavcu izdal opozorilo in odpoved pogodbe o zaposlitvi v času veljavnosti ZDR/02, ki v prvem odstavku 83. člena ni določal roka, v katerem lahko delodajalec, po izdanem opozorilu, delavcu v primeru, da stori novo kršitev pogodbene ali druge delovne obveznosti, odpove pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga.

Ustavno sodišče je z odločbo št. U-I- 45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007 ugotovilo, da je prvi odstavek 83. člena ZDR/02 v neskladju z ustavno pravico iz prvega odstavka 23. člena ustave (pravica do sodnega varstva) in naložilo zakonodajalcu, da ugotovljeno neskladje odpravi v roku šestih mesecev od objave odločbe. Določilo je način izvršitve, da delodajalec lahko delavcu odpove pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga na podlagi pisnega opozorila, ki ne sme biti starejše od enega leta pred novo kršitvijo delovnih obveznosti.

Navedena odločba Ustavnega sodišča RS št. U-I-45/07, Up-249/06 je že bila objavljena v Uradnem listu RS in je zato učinkovala 17. 5. 2007, ko je Vrhovno sodišče RS izdalo sodbo št. VIII Ips 360/07 z dne 6. 4. 2009, s katero je zavrnilo pritožnikovo revizijo. Razložilo je, da ZDR/02 ne določa roka, v katerem mora delodajalec pisno opozoriti delavca o kršitvi, niti roka, v katerem mu mora po izdanem opozorilu odpovedati pogodbo o zaposlitvi. V svoji sodbi vrhovno sodišče navedene odločitve ustavnega sodišča ni omenilo.

Pritožnik je zoper navedeno odločitev vrhovnega sodišča vložil ustavno pritožbo in se je skliceval na odločitev Ustavnega sodišča RS v zadevi št. U-I- 45/07 in Up-249/06 z dne 17. 5. 2007. Navajal je, da bi moral način izvršitve v navedeni odločbi ustavnega sodišča, da mu odpoved pogodbe o zaposlitvi ne sme biti izdana po enem letu od vročitve opozorila, veljati tudi v njegovem primeru.

Ustavno sodišče je z odločbo št. Up-803/09 z dne 9. 12. 2010 razveljavilo sodbo vrhovnega sodišča št. VIII Ips 360/2007 z dne 6. 4. 2009 in zadevo vrnilo temu sodišču v novo odločanje, ker je ugotovilo, da je v času odločanja vrhovnega sodišča že učinkovala odločba ustavnega sodišča št. U-I-45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007. Presodilo je, da je bila pritožniku kršena pravica do učinkovitega sodnega varstva (prvi odstavek 23. člena ustave), ker je vrhovno sodišče svojo sodbo oprlo na prvi odstavek 83. člena ZDR/02, za katerega pa je ustavno sodišče v odločbi št. U-I-45/07, Up-249/06 ugotovilo, da je v neskladju s prvim odstavkom 23. člena Ustave RS.

Vrhovno sodišče v ponovnem odločanju (sodba št. VIII Ips 2/2011 z dne 21. 2. 2011) prav tako ni upoštevalo odločbe ustavnega sodišča glede enoletnega roka, ki bi vezal delodajalca za izdajo odpovedi. V svoji odločitvi je vrhovno sodišče navedlo, da potek časa med izdanim opozorilom in odpovedjo pogodbe o zaposlitvi ni vplival na pritožnikovo pravico do učinkovitega sodnega varstva, pa čeprav je bila odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcu (pritožniku) izdana po več kot letu dni od izdanega opozorila. Zato je zavrnilo pritožnikovo revizijo.[5]

5 Sodišče prve stopnje je zavrnilo tožbeni zahtevek pritožnika, da je bila redna odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga z dne 19. 12. 2005 nezakonita. Ugotovilo je, da je delodajalec ravnal v skladu s prvim odstavkom 83. člena ZDR/02 in da pritožnikova kršitev (samovoljna premaknitev videokamer) predstavlja resen in utemeljen razlog, ki onemogoča nadaljevanje delovnega razmerja. Višje delovno in socialno sodišče je pritožnikovo pritožbo zavrnilo, vrhovno sodišče pa je s sodbo št. VIII

Ustavno sodišče je kljub temu, da vrhovno sodišče ni upoštevalo navedenega enoletnega roka, zavrnilo ustavno pritožbo zoper navedeno sodbo vrhovnega sodišča št. VIII Ips 2/2011 z dne 21. 2. 2011. V svoji odločitvi (odločba št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014) je ustavno sodišče presodilo, da je vrhovno sodišče navedlo utemeljen razlog, zakaj ne upošteva načina izvršitve, kot ga je določilo ustavno sodišče.

Če povzamem, iz obrazložitve Ustavnega sodišča RS v odločbi št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014 izhaja naslednje:

- Ugotovitvena odločba ustavnega sodišča učinkuje na nepravnomočne rešene zadeve, in sicer od objave odločbe naprej (ex nunc) – torej na odprte sodne ali upravne postopke.

- Ugotovitvena odločba učinkuje tudi, če se pravnomočno rešena zadeva[6] izpodbija z izrednimi pravnimi sredstvi ali ustavno pritožbo. Zato vložena ustavna pritožba povzroči, da ugotovitvena odločba učinkuje tudi na pravnomočno odločbo sodišča, zoper katero pritožnik vlaga ustavno pritožbo.[7] S pravilnimi pravočasnimi pravnimi sredstvi se torej varujejo učinki ugotovitvene odločbe.

- Redna sodišča so pri upoštevanju pravnih učinkov ugotovitvenih odločb ustavnega sodišča dolžna protiustavni zakon presojati tako, da ta ne bo v nasprotju z razlogi, na podlagi katerih je ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost celega zakona ali njegovega dela. Razloge, ki so ustavno sodišče vodili k ugotovitvi neskladnosti zakona, morajo redna sodišča vedno upoštevati.

- Način izvršitve, ki ga določi ustavno sodišče, morajo redna sodišča upoštevati kot zakonsko normo in ga tako tudi razlagati, ker z načinom izvršitve začasno, do spremembe zakona, ustavno sodišče prevzame vlogo zakonodajalca. Odločba ustavnega sodišča nadomesti zakon, dokler zakonodajalec ne sprejme novele ali novega zakona. Način izvršitve, ki ga določi ustavno sodišče, ima zato enako pravno moč kot zakon. Z načinom izvršitve, ki ga določi ustavno sodišče, začasno pravno uredi določeno vprašanje z namenom, da se zapolni pravna praznina. Sodniki morajo zato v konkretnem primeru ustavno skladno razlagati tudi način izvršitve ustavnega sodišča. To pomeni, da morajo upoštevati vse omejitve, ki veljajo za razlago zakona (npr. retroaktivnost, varstvo človekovih pravic in druge), in le z upoštevanjem razlogov lahko odstopijo od načina izvršitve, ki ga je določilo ustavno sodišče.

- Z upoštevanjem določila 125. člena ustave morajo sodniki rednih sodišč zakonsko določbo razložiti ustavno skladno in pri tem upoštevati razloge, ki jih je navedlo ustavno sodišče, ko je ugotovilo neskladnost zakona z ustavo.

Ips 360/2007 z dne 6. 4. 2009 zavrnilo njegovo revizijo.

6 V pravnomočna razrešena pravna razmerja lahko poseže le zakonodajalec na podlagi 158. člena ustave. 158. člen ustave določa: »Pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa, je mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti le v primerih in po postopku, določenih z zakonom.«

7 Odločba ustavnega sodišča št. Up-252/96 z dne 30. 9. 1999.

Sodnik, ko obravnava konkreten primer, lahko uporabi ustavno neskladen zakon, vendar mora upoštevati ustavnopravne razloge ustavnega sodišča iz ugotovitvene odločbe in razložiti, zakaj ne upošteva načina izvršitve ustavnega sodišča.

- Pri upoštevanju odločb ustavnega sodišča gre za vprašanje, ali je bilo ravnanje v skladu z ustavo, in ne za vprašanje, ali je bilo ravnanje zakonito. To presojo pa morajo, kot že navedeno, po 125. členu ustave opravljati tudi sodniki rednih sodišč, ker so vezani na zakon in ustavo. Zato ne presojajo le zakonitosti ravnanj, temveč tudi ustavne skladnosti. Sodnik ustavno skladno odločitev sprejme po lastni presoji glede na obravnavo konkretnega primera. Slediti pa mora razlogom, kot jih je navedlo ustavno sodišče v svoji odločbi, zato je presoja rednih sodišč lahko različna od presoje ustavnega sodišča glede na obravnavanje konkretnega primera, vendar le v delu, ki se nanaša na način izvršitve. Ko je protiustavnost zakona ugotovljena, so sodišča na to ugotovitev vezana tako, da upoštevajo razloge ustavnega sodišča, ko odločajo, ali ravnati v skladu z načinom izvršitve.

- Pri ugotovitvenih odločbah se bo moral odzvati zakonodajalec in odpraviti ustavno neskladnost zakona. Novela ali nov zakon veže sodnika in ga mora upoštevati, saj v nasprotnem lahko krši 22. člen ustave zaradi očitne napačnosti sprejete odločitve.

- V obravnavanem primeru je vrhovno sodišče odločilo, da dejanski potek časa, ki je bil daljši od enega leta, ni vplival na učinkovito izpodbijanje opozorila v sodnem postopku in zato tožniku (pritožniku) ni bila kršena pravica do učinkovitega sodnega varstva. Poleg tega je še ugotovilo, da tožnik neutemeljenosti opozorila niti ni zatrjeval. Vrhovno sodišče je zato menilo, da več kot enoletna časovna odmaknjenost opozorila od dane odpovedi v obravnavanem primeru ne pomeni neučinkovitega sodnega varstva (23. člen ustave). Pri tem je upoštevalo razloge iz obrazložitve odločbe ustavnega sodišča št. 45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007, v kateri je ustavno sodišče poudarilo, da »samo dejstvo časovne odmaknjenosti možnosti izpodbijanja opozorila še ne pomeni, da je takšno sodno varstvo vedno neučinkovito. Neučinkovito bi bilo le v primeru, če bi ta časovna odmaknjenost trajala tako dolgo, da bi bilo dokazovanje neutemeljenosti pisnega opozorila bistveno oteženo« (točka 11 obrazložitve). Vrhovno sodišče je v obravnavanem konkretnem primeru argumentirano, z ustaljenimi pravili in metodami pravne razlage, razložilo, zakaj ne gre za kršitev 23. člena ustave in zakaj ne bo upoštevalo načina izvršitve ustavnega sodišča.

- Ustavno skladnih presoj zakona glede roka za odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga po izdanem opozorilu je možnih več in eno od njih je sprejelo ustavno sodišče v načinu izvršitve, drugo, prav tako ustavno skladno razlago zakona pa lahko sprejmejo redna sodišča.

Sodba Vrhovnega sodišča RS v sodbi št. VIII Ips 163/2014 z dne 17. 2. 2015

Če analiziram upoštevanje zgoraj navedenih pravil, ki se nanašajo na ugotovitveno odločbo in na način izvršitve Ustavnega sodišča RS iz odločbe št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014 s primerom odločitve Vrhovnega sodišča RS v sodbi št. VIII Ips 163/2014 z dne 17. 2. 2015, ugotovim naslednje:

- Ustavno sodišče je z odločbo št. U-I-214/09, Up-2988/08 z dne 8. 7. 2010 ugotovilo neskladnost tretjega odstavka 3. člena Zakona o prispevkih za socialno varnost, (Uradni list RS, št. 5/96 do 97/2001; v nadaljevanju: ZSPV), z načelom enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena ustave, ker odpravnine v zvezi z odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti niso bile izvzete iz plačila prispevkov, kot je to veljalo za odpravnine v zvezi z odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga.

- Ustavno sodišče je določilo način izvršitve, da se prispevki od odpravnin, izplačanih zaradi odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti, do uskladitve zakonske določbe ne plačujejo.

- Tožena stranka, delodajalec, je v mesecu decembru 2009 svojo obveznost izpolnil tako, da je obračunal in plačal odpravnino delavki ter po takrat veljavnem ZSPV odvedel prispevke. Pred učinkovanjem ugotovitvene odločbe Ustavnega sodišča RS št. U-I-214/09, Up-2988/08 je tako v celoti izpolnil svojo obveznost, kot je izhajala iz zakona. Ravnal je torej zakonito.

- Tožnica je dne 4. 7. 2012 vložila tožbo in zahtevala izplačilo razlike odpravnine za odvedene prispevke. Tožba je bila torej vložena po izpolnitvi obveznosti in po začetku učinkovanja odločbe ustavnega sodišča.

- Sodišče prve stopnje je tožničin tožbeni zahtevek zavrnilo z obrazložitvijo, da je tožena stranka svojo obveznost pravilno izpolnila in s plačilom odpravnine je obveznost tožene stranke ugasnila; s plačilom odpravnine je bilo razmerje med strankama dokončno urejeno in z uveljavitvijo ustavne določbe ne more priti do ponovne vzpostavitve (že ugasle) obveznosti delodajalca.

- Višje delovno in socialno sodišče je tožničini pritožbi ugodilo in spremenilo sodbo sodišča prve stopnje. Štelo je, da o spornem plačilu še ni bilo pravnomočno odločeno. Res je, da je tožena stranka takrat ravnala v skladu z zakonsko določbo, vendar to ne pomeni, da je bilo med strankama glede plačila odpravnine pravnomočno odločeno. Pravnomočno bo odločeno šele v tem sodnem sporu, je menilo višje sodišče.

- Vrhovno sodišče je revizijo zavrnilo in se sklicevalo na 44. člen ZUstS, po katerem razveljavitvene in ugotovitvene odločbe ustavnega sodišča učinkujejo za vsa razmerja, o katerih do začetka učinkovanja odločbe ustavnega sodišča še ni bilo pravnomočno odločeno. Ne gre samo za razmerja, ko je že začet sodni spor, temveč tudi za razmerja, ko je še mogoče vložiti tožbo, ker o njih še ni odločitve z učinkom pravnomočnosti. Nadalje je vrhovno sodišče v svoji odločitvi navedlo, da je pri odločitvi uporabilo zakonsko določbo tako, da ni

bila v nasprotju z razlogi, zaradi katerih je ustavno sodišče ugotovilo ustavno neskladnost. Ne gre za problem, ko je bilo določeno ravnanje storjeno v skladu s takrat veljavnim zakonom, temveč za vprašanje, ali je bilo to ravnanje ustavno skladno.

Komentar k navedenim odločitvam sodišč

Obravnavana zadeva ni enaka vsebini iz odločbe Ustavnega sodišča RS št. Up-624/11, ker ustavno sodišče v navedeni zadevi ni obravnavalo vprašanja učinkovanja ugotovitvene odločbe v primeru, ko delodajalec (dolžnik) v celoti izpolni obveznost pred odločitvijo ustavnega sodišča na podlagi zakona, za katerega ustavno sodišče po izpolnitvi obveznosti ugotovi, da je zakon protiustaven. V tej zadevi ni bilo odprtega postopka, saj ni bilo spora med strankama glede izpolnitve obveznosti. Gre za vprašanje, kako daleč segajo učinki ugotovitvene odločbe ustavnega sodišča v primerih, ko je obveznost v celoti izpolnjena; kdaj se šteje, da je v zadevi pravnomočno odločeno oziroma kdaj se šteje, da gre za odprti postopek; ali mora biti sodni postopek že začet; ali mora obstajati spor v zvezi z izpolnitvijo obveznosti, ko začne učinkovati ugotovitvena odločba ustavnega sodišča, ali zadošča le, da zastaralni rok še ni potekel in upnik lahko vloži tožbo na izpolnitev obveznosti, ki je bila pravilno izpolnjena na podlagi zakona, za katerega je ustavno sodišče po izpolnitvi obveznosti in v drugem postopku ugotovilo, da gre za ustavno neskladen zakon.[8]

Kot je navedeno v obravnavanem primeru, zadeva ni bila sodno obravnavana, ker delavka izplačila odpravnine ni izpodbijala, zato ni bil odprt sodni postopek in zato ne obstaja pravnomočna odločitev sodišča. Med delodajalcem in delavko tudi sicer ni bilo sporno, da je odpravnina, ki jo je delodajalec izplačal delavki, pravilna. Če delavka z izpolnitvijo ne bi bila zadovoljna, bi še lahko vložila tožbo, ker zastaralni rok ni potekel.

Delodajalec je torej v celoti izpolnil obveznost po veljavnem zakonu, ko ustavno sodišče še ni ugotovilo, da gre za protiustaven zakon oziroma njegovo določbo. Zastavlja se vprašanje, kako v takem primeru razlagati 44. člen Zakona o ustavnem sodišču (v nadaljevanju: ZUstS). Menim, da sta dve možnosti razlage – ali dati prednost zastaralnemu roku ali zaupanju v pravo.

Ker zastaralni rok še ni potekel, se šteje, da gre za še nepravnomočno zadevo. Ugotovitvena odločba ustavnega sodišča učinkuje na nepravnomočno rešene zadeve od objave odločbe naprej. Delavka lahko na podlagi ugotovitvene odločbe odpre sodni spor in zahteva višjo odpravnino. To pomeni, da se tako, kot je odločilo vrhovno sodišče v navedeni zadevi, učinek odločbe ustavnega sodišča razteza do poteka zastaralnih rokov.

Ta razlaga ne upošteva, da je bilo razmerje v trenutku izpolnitve po takrat veljavnem zakonu izpolnjeno in v celoti zaključeno; da je treba zaradi zaupanja v pravo upoštevati tudi delodajalca, ki je pravilno izpolnil obveznost. Zato je vprašanje,

8 V nadaljevanju izražam svoje strokovno mnenje, ki pa me ne veže pri morebitnem odločanju v obravnavanju enakih primerov. V obravnavani zadevi ustavna pritožba ni bila vložena.

ali ugotovitvena odločba ustavnega sodišča lahko učinkuje tudi na nesporna zaključena pravna razmerja.

Z izpolnitvijo obveznosti, ki ni bila sporna, je bilo pravno razmerje zaključeno oziroma je prenehalo. Delodajalec je svojo obveznost v celoti izpolnil po takrat veljavnem zakonu in je upravičeno pričakoval, da iz pravnega razmerja, ki je dejansko ugasnilo, ne bodo več nastale pravne posledice, da se njegov položaj ne bo poslabšal. Vprašanje je, ali ne gre za poseg v delodajalčeve pričakovane pravice, kar načenja njegovo zaupanje v pravo (2. člen ustave). Menim, da je v primerih, ko so pravna razmerja zaključena, treba 44. člen ZUstS razložiti tako, da zaradi pravne varnosti ugotovitvene odločbe ustavnega sodišča ne učinkujejo na pravna razmerja, ki so prenehala.

V razmislek o možnosti drugačne odločitve, kot jo je sprejelo vrhovno sodišče, navajam tudi stališče Nerada, ki navaja, da se »/z/a pravna razmerja, ki so prenehala, /…/ odločba ustavnega sodišča, s katero je bil kasneje razveljavljen predpis,[9] na katerem je pravno razmerje temeljilo, ne uporablja, čeprav o pravnem razmerju nikoli ni bilo pravnomočno odločeno (ker, na primer nikoli ni bilo sporno). Ustavno-sodna razveljavitev tako ne učinkuje na pravna razmerja, ki sploh ne obstajajo, ker še niso nastala ali so že prenehala obstajati.«[10]

Neradovo stališče razumem tako, da se pravna razmerja med strankama z izpolnitvijo obveznosti, ki ni sporna, zaključijo, kar pomeni, da učinki odločb ustavnega sodišča v ta ugasla razmerja ne morejo več posegati. Pravna razmerja, ki so zaključena, se na podlagi odločitve ustavnega sodišča ponovno ne vzpostavijo. Do pravnomočne odločitve ne pride, ker spor ni bil odprt. Zato je irelevantno, ali zastaralni rok še ni potekel. Pomembno je, da je dolžnik obveznost pravilno v celoti izpolnil na podlagi takrat veljavnega zakona in da to med strankama ni bilo sporno, kar mora sodišče ugotoviti v vsakem primeru posebej. Če torej sodišče ugotovi, da je pravno razmerje med strankama ugasnilo, takrat, menim, zastaralni rok ni pomemben, ker ni več temelja, na podlagi katerega bi se lahko presojal. Zgolj zaradi nastanka ugotovitvene odločbe ustavnega sodišča se pravno razmerje, ki med delavcem in delodajalcem ne obstaja več, ne more ponovno vzpostaviti. Ustavno sodišče ne more biti generator sporov. V nasprotnem bi se z nadaljnjo možnostjo izpodbijanja izpolnitve obveznosti dovoljevala prevelika pravna nevarnost. Kot navedeno pa gre le za moje stališče, saj se ustavno sodišče do tega vprašanja še ni opredelilo. Prav tako se še ni opredelilo, ali učinki ugotovitvene odločbe prenehajo s potekom zastaralnega roka.

5. ODLOČBA ŠT. U-I 15/14 Z DNE 26. 3. 2015 (ZIU, plače sodnikov)

Gre za vprašanje, ali lahko zakonodajalec po objavljeni odločbi ustavnega sodišča podaljša rok veljavnosti neustavne določbe zakona z interventnim zakonom. Zakonodajalec se je sicer na odločbo ustavnega sodišča, ki je ugotovilo ustavno

9 Enake posledice kot za razveljavitvene odločbe po 44. členu ZUstS veljajo tudi za ugotovitvene odločbe (odločba Ustavnega sodišča RS št. Up-624/11, točki 12 in 13).

10 NERAD, str. 190.

neskladnost zakona, odzval, vendar naj bi z novo zakonsko ureditvijo prav tako kršil ustavna načela.

Na zahtevo predlagatelja – Vrhovnega sodišča RS (sklep št. VIII Ips 83/2013 z dne 14. 1. 2014) je ustavno sodišče presojalo ustavnost drugega odstavka 9. člena Zakona o interventnih ukrepih (Uradni list RS, št. 94/10; v nadaljevanju: ZIU), po katerem se je rok za uskladitev plač sodnikov podaljšal na 31. 12. 2011. Po mnenju predlagatelja naj bi bila navedena zakonska določba v neskladju z načelom pravne države (2. člen ustave), z načelom delitve oblasti (drugi stavek drugega odstavka 3. člen ustave) in 125. členom ustave (neodvisnost sodnikov). Predlagatelj je menil, da navedena zakonska določba 1) znižuje plače sodnikom in podaljšuje protiustavno stanje in 2) obravnava sodnike manj ugodno od funkcionarjev drugih dveh vej oblasti ter da 3) ne upošteva odločitev ustavnega sodišča, ki jih je ustavno sodišče sprejelo glede urejanja plač sodnikov. Poudaril je tudi, da je pri določitvi plačnih razredov sodnikov z ZSPJS-L[11] šlo za uskladitev plač med funkcionarji vseh treh vej oblasti in ne za odpravo nesorazmerij zaradi prehoda na nov plačni sistem.

Ustavno sodišče je odločilo, da se po izpodbijanem ZIU plače sodnikom niso znižale, ker je ta zakon začel veljati 27. 11. 2010, to je pred 1. 12. 2010, ko naj bi se sodnikom določile plače s končnimi plačnimi razredi in ko naj bi bila odpravljena tudi plačna nesorazmerja drugih funkcionarjev. Šlo je le za poseg v pričakovanja sodnikov, da se bodo njihove plače zvišale 1. 12. 2010, z izplačilom januarja 2011. Sodnikova neodvisnost mora biti varovana zaradi jamstva sodniške neodvisnosti, ki jo zagotavlja 125. člen ustave (neodvisnost sodnikov), vendar – ker se plače sodnikom dejansko niso znižale, le rok »končnih« plač se je prestavil – je težo posega v njihova pričakovanja treba obravnavati manj strogo in pri tem upoštevati namen ZIU kot interventnega zakona za omejitev proračunskih odhodkov. Ustavno sodišče je zato menilo, da ne gre za kršitev načela delitve oblasti, ker začasno določene plače sodnikom bistveno ne odstopajo oziroma ne pomenijo bistvenega nesorazmerja med plačnimi razredi funkcij sodnikov v primerjavi s plačnimi razredi funkcij izvršilne in sodne veje oblasti. Ustavno sodišče je ocenilo, da so bila plačna razmerja sodnikov in funkcionarjev drugih vej oblasti sprejemljiva tudi v prehodnem obdobju. Zato podaljšana prehodna ureditev po 17. členu ZSPJS-L ni bila v neskladju z načelom delitve oblasti.

Glede nespoštovanja odločb ustavnega sodišča pa je Ustavno sodišče RS menilo, da če se zakonodajalec na odločbo ustavnega sodišča odzove in zagreši morebitne nove protiustavnosti, to samo po sebi ne pomeni kršitev ustavnih načel, temveč je nova zakonska ureditev predmet nove ustavno-sodne presoje. V obravnavanem primeru se je zakonodajalec odzval na odločbo Ustavnega sodišča RS št. 159/08 in sprejel ZSPJS-L, zato ni mogoče govoriti o kršitvi navedenih ustavnih načel.

11 Gre za novelo zakona, ki je bila sprejeta po odločitvi Ustavnega sodišča RS št. U-I-159/08, ko je ustavno sodišče ugotovilo neskladnost z ustavo, in sicer za plačna razmerja med funkcionarji sodne veje in drugih vej oblasti. ZSPJS-L je v 17. členu določal sodniške plače v obdobju od 1. 12. 2010 do 31. 12. 2011 začasne plačne razrede funkcij sodnikov (prehodna določba), v 16. členu v zvezi z 18. členom pa končne plačne razrede s 1. 12. 2010. Torej bi naj sodniki dosegli primerljive plače v dveh korakih. Od 1. 7. 2009 z začasnimi plačnimi razredi, s 1. 12. 2010 pa s končnimi plačnimi razredi. Končna uvrstitev v nova plačna razmerja naj bi bila realizirana 1. 12. 2010, z ZIU pa je prišlo do ponovnega zamika do 31. 12. 2011. Sprejem ZSPJS-L naj bi bil presojan na referendumu, vendar je ustavno sodišče z odločbo št. U-II-2/09 ugotovilo, da bi zavrnitev ZSPJS-L na referendumu pomenilo nevzdržno nadaljevanje protiustavnega stanja.

6. SKLEPNE UGOTOVITVE

Če na kratko povzamem presoje Ustavnega sodišča RS v obravnavanih zadevah, ugotovim naslednje:

- V odločbi Ustavnega sodišča RS št. Up-109/12 z dne 23. 1. 2014 in v odločbi Ustavnega sodišča RS št. Up-810/12 z dne 11. 11. 2014 je Ustavno sodišče RS odločilo, da gre za kršitev drugega odstavka 14. člena ustave, ker so sodišča z razlago o določitvi osnove za odmero odpravnine pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti, ki so jih sprejela sodišča na podlagi drugega odstavka 66. člena ZDR/02 in drugega stavka prvega odstavka 109. člena ZDR/02, kršila človekove pravice. Kršitev drugega odstavka 14. člena ustave je podana zato, ker sta sodišči različno obravnavali delavki v bistveno enakih položajih. Delavki sta pretežni del svoje zaposlitve delali polni delovni čas in le kratek čas (dve oziroma štiri leta) krajši delovni čas, zato je njun prispevek k delu delodajalca v bistvenem enak kot prispevek delavcev, ki so zaposleni s polnim delovnim časom.

- V odločbi št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014 je Ustavno sodišče RS zavzelo več pomembnih stališč, ki se nanašajo na upoštevanje in pravne učinke ugotovitvenih odločb ustavnega sodišča.

  Ugotovitvena odločba Ustavnega sodišča RS učinkuje na nepravnomočno rešene zadeve in pravnomočno rešene zadeve, če sta zoper odločbo sodišča pravočasno vložena izredno pravno sredstvo in ustavna pritožba. Odločitev rednega sodišča o načinu izvršitve je lahko drugačna, kot je določena v načinu izvršitve ugotovitvene odločbe ustavnega sodišča, vendar pa mora sodnik rednega sodišča upoštevati razloge, ki jih je navedlo ustavno sodišče pri presoji zakona. Pri upoštevanju odločb ustavnega sodišča gre za vprašanje, ali je bilo določeno ravnanje v skladu z ustavo, kar pa so po 125. členu ustave dolžni presojati tudi sodniki rednih sodišč.

- V odločbi št. U-I 15/14 z dne 26. 3. 2015 je po vloženi zahtevi Vrhovnega sodišča RS Ustavno sodišče RS presojalo ustavno skladnost drugega odstavka 9. člena Zakona o interventnih ukrepih. Gre za vprašanje, ali lahko zakonodajalec po objavljeni odločbi ustavnega sodišča podaljša rok veljavnosti neustavne določbe zakona z interventnim zakonom. Ustavno sodišče je menilo, da ne gre za kršitev načela delitve oblasti, ker začasno določene plače sodnikom bistveno ne odstopajo oziroma ne pomenijo bistvenega nesorazmerja med plačnimi razredi funkcij sodnikov v primerjavi s plačnimi razredi funkcij izvršilne in sodne veje oblasti.

LITERATURA IN DRUGI VIRI:

- NERAD, Sebastian: Interpretativne odločbe, Ljubljana, Uradni list RS, 2007.
- Zakon o ustavnem sodišču, Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-109/12 z dne 23. 1. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča št. U-I 15/14 z dne 26. 3. 2015.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-810/12 z dne 11. 11. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča št. U-I 15/14 z dne 26. 3. 2015.
- Sodba Vrhovnega sodišča št. VIII Ips 163/2014 z dne 17. 2. 2015.

NOVEJŠA SODNA PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE NA PODROČJU SOCIALNIH SPOROV

doc. dr. Etelka Korpič - Horvat
doktorica pravnih znanosti
ustavna sodnica
Ustavno sodišče Republike Slovenije

Povzetek: *Avtorica navaja, da je bilo v obdobju od 1. januarja 2014 do 1. septembra 2015 na Ustavnem sodišču rešenih 59 zadev s področja socialnih sporov. V prispevku obravnava odločitve, ki so se nanašale na ponovno odmero pokojnine na podlagi upoštevanja dela plač, s katerimi so bile vplačane delnice v notranjem odkupu po Zakonu o lastninskem preoblikovanju podjetij. Druga predstavljena odločba se nanaša na poseg v pravico do osebne svobode iz prvega odstavka 19. člena Ustave, ki je bila ugotovljena s preizkusom drugega in tretjega odstavka 74. člena Zakona o duševnem zdravju. Več odločitev Ustavnega sodišča pa zajema tudi zdravljenje v tujini po prvem odstavku 135. člena Pravil obveznega zdravstvenega zavarovanja.*

1. UVOD

V prispevku predstavljam posamezne odločitve Ustavnega sodišča na področju socialnih sporov, sprejete v obdobju od 1. januarja 2014 do 1. septembra 2015. V tem času je bilo rešenih 59 zadev z obravnavanega področja; izdanih je bilo 38 odločb in 21 sklepov na podlagi vloženih zahtev, pobud in ustavnih pritožb.

Ustavnosodne presoje na področju socialnih sporov v letu 2014 do septembra 2015:

	Rešene v letu 2014	**Rešene v letu 2015 (do 1. 9. 2015)**
	6 odločb 11 sklepov	32 odločb 13 sklepov
SKUPAJ	17	45

Vir: Ustavno sodišče, september 2015

Pretežni del odločitev Ustavnega sodišča (31 zadev) se je nanašal na ponovno odmero pokojnine (starostne, invalidske in predčasne) zavarovancem oziroma uživalcem pokojnin, katerim so bile delnice za notranji odkup po Zakonu o lastninskem preoblikovanju podjetij (Uradni list RS, št. 55/92, v nadaljevanju: ZLPP) vplačane z delom plače, ki se po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 12/92, 5/94, 7/96 in 54/98, v nadaljevanju: ZPIZ-1) niso vštevale v pokojninsko osnovo.

2. ODLOČBA USTAVNEGA SODIŠČA ŠT. U-I-239/14, UP-1169/12 Z DNE 26. 3. 2015 (PONOVNA ODMERA POKOJNINE)

Odločitev Ustavnega sodišča v navedeni zadevi se nanaša na ponovno odmero pokojnine na podlagi upoštevanja dela plač, s katerimi so bile vplačane delnice v notranjem odkupu po Zakonu o lastninskem preoblikovanju podjetij (Uradni list RS, št. 55/92, 7/93, 31/93 in 1/96 – v nadaljevanju: ZLPP). V navedeni odločbi je Ustavno sodišče odgovorilo na vprašanje, ali bi moral zakonodajalec v sistemu pokojninskega in invalidskega zavarovanja tudi v vmesnem obdobju po ZPIZ-1 urediti posebno izredno pravno sredstvo za ponovno odmero pokojnine, ki je bilo določeno po prejšnji ureditvi, po ZPIZ/92 in poznejši ureditvi po ZPIZ-2.

Pritožnica je v notranjem odkupu leta 1992 kot enim od načinov preoblikovanja družbenih podjetij v podjetja z znanim lastnikom po ZLPP namenila del plače za odkup delnic v »svojem« podjetju. Od plače je bil obračunan prispevek za pokojninsko in invalidsko zavarovanje. Ta del plače pa ni bil vštet v pokojninsko osnovo.

V notranji reviziji, ki je bila opravljena 2009. leta, je Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje (v nadaljevanju: Zavod) ugotovil, da se pritožnici del plače, namenjen za lastninsko preoblikovanje, ni vštel v pokojninsko osnovo. Pritožnica je v letu 2010 (v času veljavnosti ZPIZ-1) vložila zahtevek na Zavod za ponovno odmero pokojnine. Zavod je njeno zahtevo zavrgel, pritožbo pa zavrnil z obrazložitvijo, da je bilo o njeni pravici do pokojnine že pravnomočno odločeno. Ker ZPIZ-1 ponovne odmere pokojnine ni določal, se je Zavod v svoji odločitvi skliceval na 4. točko prvega odstavka 129. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 126/07, 6/08, 8/10 in 82/13, v nadaljevanju: ZUP).[1]

Sodišče prve stopnje je odločitev Zavoda odpravilo in mu naložilo izdajo nove odločbe o odmeri pokojnine, ker ni upošteval obračunane plače in plačanih prispevkov pri odmeri pokojnine. Višje sodišče je ugodilo pritožbi Zavoda in spremenilo odločitev sodišča prve stopnje tako, da je tožbeni zahtevek pritožnice zavrnilo, Vrhovno sodišče pa je zavrnilo pritožničino revizijo. Navedlo je, da bi pritožnica lahko po pravnomočnosti odločbe uveljavljala spremembo odločbe o odmeri pokojnine le z izrednim pravnim sredstvom obnove postopka, če ne bi že potekel objektivni rok treh let od dokončnosti odločbe, ko se obnova ne more več predlagati in tudi ne uvesti po uradni dolžnosti (četrti odstavek 263. člena ZUP).

V ustavni pritožbi je pritožnica navajala kršitev načela varstva zaupanja v pravo (2. člen Ustave), neenako obravnavanje zavarovancev (drugi odstavek 14. člena Ustave), kršitev pravice do zasebne lastnine (33. člen Ustave) in pravice do socialne varnosti (50. člen Ustave).

1 Četrta točka prvega odstavka 129. člena ZUP določa, da organ po preizkusu zahteve sprejme sklep o zavrženju zahteve tudi, » če se o isti upravni zadevi že vodi upravni ali sodni postopek, ali je bilo o njej že pravnomočno odločeno, pa je stranka z odločbo pridobila kakšne pravice, ali so ji bile naložene kakšne obveznosti. Enako ravna tudi, če je bila izdana zavrnilna odločba in se dejansko stanje ali pravna podlaga, na katero se opira zahtevek, ni spremenilo.«

Pri odločanju je Ustavno sodišče upoštevalo že izdano odločbo št. U-I-392/98 z dne 10. 7. 2002 v zvezi z vštevanjem dela plač, s katerimi so bile vplačane delnice za notranji odkup, v pokojninsko osnovo. V navedeni odločbi je Ustavno sodišče ugotovilo neskladje takrat veljavnega ZPIZ/92 (četrte alineje 46. člena) z Ustavo. Ta določba ni dopuščala vštevanja navedenih plač v pokojninsko osnovo. Ustavno sodišče je izpodbijano ureditev ocenilo za arbitrarno in nasprotno načelu pravne države (2. člen Ustave), ker v zakonodajnem postopku ni bil ugotovljen javni interes, ki bi upravičeval razloge za različno urejanje pokojninske osnove zavarovancev, ki so sodelovali v notranjem odkupu po ZLPP, od zavarovancev, ki so kupili delnice na druge načine.

V obravnavani zadevi je Ustavno sodišče ugotovilo, da je bila pritožnici starostna pokojnina odmerjena z odločbo v času veljavnosti ZPIZ/92. Ta zakon je dovoljeval ponovno odmero pokojnine s posebnim izrednim pravnim sredstvom razveljavitve ali spremembe dokončne odločbe (270. člen ZPIZ/92). Enako pravno sredstvo določa tudi veljavni Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 96/12, 39/13 in 44/14 – v nadaljevanju: ZPIZ-2), ki dovoljuje ponovno odmero pokojnine na zahtevo zavarovanca ali po uradni dolžnosti v desetih letih od vročitve dokončne odločbe Zavoda. Gre za posebno izredno pravno sredstvo, ki omogoča ponovno odmero pokojnine zaradi uporabljenih napačnih podatkov pri odmeri pokojnine po dokončni oziroma pravnomočni odločitvi. V času, ko je začela učinkovati odločba Ustavnega sodišča št. U-I-392/98, je veljal ZPIZ-1, ki ni vseboval določb o možnosti ponovne odmere pokojnine. Torej v vmesnem času, v času veljavnosti ZPIZ-1, ureditev glede možnosti zahtevati ponovno odmero pokojnine s posebnim izrednim pravnim sredstvom ni bila določena, kot je veljala po prejšnjem ZPIZ/92 in tudi po poznejšem ZPIZ-2. Zato je Ustavno sodišče v postopku ustavne pritožbe po uradni dolžnosti vodilo postopek ocene ustavnosti ZPIZ-1 in ustavno skladnost tega zakona presojalo glede na splošno načelo enakosti po drugem odstavku 14. člena Ustave.

Ustavno sodišče je glede na zgornje ugotovitve o možnostih izpodbijanja odločbe o odmeri pokojnine ugotovilo, da je ZPIZ-1 neskladen z Ustavo, ker je v bistvenem enake položaje uživalcev pokojnine brez razumnih razlogov, ki bi izhajali iz narave stvari, uredil različno. Zavarovancem je bila v času veljavnosti ZPIZ/92 in ZPIZ-2 omogočena uporaba izrednega pravnega sredstva in ponovna določitev pokojnine, medtem ko zavarovancem oziroma uživalcem pokojnin v času veljavnosti ZPIZ-1 to ni bilo omogočeno, zato so imeli ti zavarovanci oziroma uživalci pokojnin neenak položaj. Ustavno sodišče je v svoji odločitvi navedlo: »Glede na posebno naravo in namen pravice do pokojnine ter glede na specifičen način njenega uživanja terja načelo enakosti, da so posamezniki, ko zahtevajo priznanje in odmero pokojnine v temelju v enakem položaju /…/ ne glede na to, kdaj zahtevajo priznanje pravice in njeno (ponovno) odmero.« Svojo odločitev je Ustavno sodišče utemeljilo s tem, da je pravica do pokojnine varovana s pravico do lastnine iz 33. člena Ustave in s pravico do socialne varnosti iz prvega odstavka 50. člena Ustave, kjer je izrecno v navedenem odstavku 50. člena določeno »zaradi njene dolgotrajne narave in pomembnosti njenega uživanja za posameznika«. Zaradi narave, namena in načina uživanja pravice do pokojnine zato ni najti razumnega razloga za različno obravnavanje uživalcev pokojnine glede na to, po katerem predpisu oziroma kdaj

so imeli možnost zahtevati ponovno odmero pokojnine.[2] Zaradi ustavne zahteve po enakosti zavarovancev oziroma uživalcev pokojnine bi zakonodajalec moral tudi v vmesnem času (v času veljavnosti ZPIZ-1) urediti posebno izredno pravno sredstvo, ki bi omogočalo uživalcem pokojnin pravilno odmero pokojnine.

Ustavno sodišče je ugotovilo protiustavnost zakona, ki ne velja več (ZPIZ-1), zato ker določenega vprašanja ni uredil, pa bi ga moral urediti (pravna praznina), in določilo način izvršitve. Zavodu je naložilo, da po uradni dolžnosti ponovno odmeri pokojnine v primerih opravljenih revizij, v drugih primerih pa je določilo 60-dnevni rok, v katerem lahko zavarovanci oziroma uživalci pokojnin zahtevajo izvedbo revizije podatkov o plačah in pokojninskih osnovah za obdobje notranjega odkupa ter na podlagi ugotovitev iz revizije ponovno odmero pokojnine. Določilo je tudi učinkovanje odločbe za naprej, za odprte postopke pa od prvega dne naslednjega meseca po dani zahtevi.

3. ODLOČBE SENATA USTAVNEGA SODIŠČA NA PODLAGI VLOŽENIH USTAVNIH PRITOŽB, KI SE NANAŠAJO NA ODLOČITVE SODIŠČ O PONOVNI ODMERI POKOJNINE NA PODLAGI UPOŠTEVANJA DELA PLAČ, S KATERIMI SO BILE VPLAČANE DELNICE V NOTRANJEM ODKUPU PO ZLPP

Po izdani odločbi št. U-I-239/14, Up-1169/12 je o enakem ustavnopravnem vprašanju ureditve posebnega izrednega pravnega sredstva v ZPIZ-1 o možnosti preverjanja dokončnih odločb o odmeri pokojnine zaradi ustavne zahteve enakosti odločal senat Ustavnega sodišča[3] v 30 zadevah. Senat je upošteval stališča v navedeni odločbi št. U-I-239/14, Up-1169/12. Izpodbijane sodbe je razveljavil zaradi kršitve drugega odstavka 14. člena Ustave in zadeve vrnil pristojnim sodiščem v nova odločanja.

4. ODLOČBA USTAVNEGA SODIŠČA ŠT. U-I-294/12 Z DNE 10. 6. 2015 (ZAKON O DUŠEVNEM ZDRAVJU)

Z navedeno odločbo je Ustavno sodišče odločilo, da gre za poseg v pravico do osebne svobode iz prvega odstavka 19. člena Ustave posamezniku z duševno motnjo, ki mu je odvzeta poslovna sposobnost, če je brez njegove privolitve sprejet ali odpuščen z varovanega oddelka socialnovarstvenega zavoda (v nadaljevanju: varovani oddelek[4]) in namesto njega da privolitev njegov zakoniti

2 Pripomniti je, da je Ustavno sodišče v odločbi tudi zapisalo, da je šele poprava podatkov v matični evidenci za leto 1992 omogočila pravilen izračun pokojninske osnove.

3 Pristojnost senata, da lahko odloča o enakih ustavnopravnih primerih, o katerih je Ustavno sodišče že odločilo, je določena v tretjem odstavku 59. člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12).

4 Gre za zaprte varovane oddelke, kamor so nameščene osebe po zaključenem psihiatričnem zdravljenju (duševno prizadete osebe, dementne osebe, zasvojene osebe z drogami in alkoholom idr.). Te osebe potrebujejo stalno oskrbo in varstvo, ker same niso sposobne skrbeti za svoje življenjske potrebe. Pogoji, kdaj je lahko oseba sprejeta v varovani oddelek, so določeni v prvem odstavku 74. člena ZDZdr. Ob zakonsko izpolnjenih pogojih je oseba lahko sprejeta v varovani oddelek z njeno privolitvijo ali brez,

zastopnik (skrbnik). Osebam – varovancem z duševno motnjo, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost, za sprejem v varovani oddelek in odpust iz njega mora biti zagotovljena sodna kontrola.

Zahtevo za preizkus drugega in tretjega odstavka 74. člena Zakona o duševnem zdravju (Uradni list RS, št. 77/08) (ZDZdr) je vložil Varuh človekovih pravic – predlagatelj. Navedena določba 74. člena ZDZdr ureja postopek sprejema osebe, ki ji je bila odvzeta poslovna sposobnost, v varovani oddelek. Menil je, da je izpodbijana ureditev v neskladju s tretjim in četrtim odstavkom 5. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – v nadaljevanju: EKČP) ter 14. člena Ustave (enakost pred zakonom), 19. člena Ustave (varstvo osebne svobode), 22. člena Ustave (enako varstvo pravic) in 23. člena Ustave (pravica do sodnega varstva), ker osebi z odvzeto poslovno sposobnostjo pri sprejemu v varovani oddelek s privolitvijo njenega zakonitega zastopnika ne zagotavlja sodelovanja v postopku niti sodnega varstva.

Ustavno sodišče je torej presojalo ustavno skladnost ZDZdr v delu, ki določa primere in postopek sprejema osebe z duševno motnjo, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, v obravnavo v varovanem oddelku s privolitvijo njenega zakonitega zastopnika (tretji stavek drugega odstavka in tretji stavek tretjega odstavka 74. člena ZDZdr). Presojo je opravilo z vidika 19. člena Ustave in 5. člena EKČP.

Ustava in EKČP določata enako varstvo pravice do osebne svobode. Razlikujeta se v tem, da EKČP v 5. členu določa primere omejitve osebne svobode in posebej določa tudi zakonito pridržanje oseb z duševno motnjo. Ustava primerov ne določa, v 19. členu določa jamstva, in sicer da je poseg v pravico do osebne svobode dopusten le v zakonsko določenih primerih in po zakonsko določenem postopku odvzema prostosti in vsakdo, ki mu je odvzeta prostost, mora biti poučen o razlogih in določenih pravicah. Pri ureditvi primerov je zakonodajalec dolžan upoštevati zlasti tretji odstavek 15. člena Ustave, po katerem je človekove pravice in temeljne svoboščine mogoče omejiti le v primerih, ki jih določa Ustava, oziroma zaradi pravic drugih, ter načela pravne države iz 2. člena Ustave. Zakonodajalec je z določitvijo pogojev, ki jih mora izpolnjevati oseba, da je lahko sprejeta v varovani oddelek (če je akutno bolnišnično zdravljenje zaključeno oziroma ni potrebno; če potrebuje stalno oskrbo in varstvo, ki ju ni mogoče zagotoviti v domačem okolju ali kako drugače; če huje ogroža svoje zdravje ali zdravje drugih ali povzroča hudo premoženjsko škodo sebi ali drugim idr., določenih v prvem odstavku 74. člena ZDZdr), po oceni Ustavnega sodišča zadostil prvi zahtevi odvzema prostosti, določitvi primerov.

Pri urejanju postopka, kjer je zakonodajalec dolžan upoštevati ustavno procesna jamstva (22., 23. in 25. člen Ustave), pa je Ustavno sodišče ugotovilo, da je pri sprejemu in odpustu iz varovanega oddelka kršena pravica do izjave, ki je

---

vendar tudi v primeru, ko gre za sprejem brez privolitve osebe, je ta dopusten le na podlagi sklepa sodišča in po postopku, ki ga določa ZDZdr (sodelovanje izvedenca psihiatrične stroke, pooblaščenca po uradni dolžnosti, neposreden stik sodišča z osebo); če pa se oseba sprejme s privolitvijo, mora biti njena privolitev pisna in jasna ter jo lahko kdajkoli prekliče in zahteva odpust iz varovanega oddelka. Za osebo, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, pa privolitev da njen zakoniti zastopnik. Njegova privolitev nadomesti voljo osebe, ki v postopku ne sodeluje.

varovana po 22. členu Ustave. ZDZdr osebi ne daje nikakršnih možnosti, da bi lahko sodelovala v postopku odvzema njene prostosti. Gre za napačno domnevo, da oseba, ki nima poslovne sposobnosti, tudi nima privolitvene sposobnosti. Razumevanje osebe, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, v zdravljenju in oskrbi v varovanem oddelku je treba presojati v vsakem primeru posebej. Njeno voljo pa je zakonodajalec izključil iz postopka in jo nadomestil s privolitvijo njenega zakonitega zastopnika, zaradi česar ni mogoče govoriti o poštenem postopku, zlasti če upoštevamo posebno varstvo obravnavanih oseb, ki jim kot invalidom to varstvo zagotavlja Ustava v 52. členu. Zahteve glede ureditve ustavno skladnega postopka za odvzem prostosti, kot to določa drugi odstavek 19. člena, zato po oceni Ustavnega sodišča zakonodajalec ni izpolnil. Sprejem posameznika v varovani oddelek posega v njegovo pravico do osebne svobode.

Ustavno sodišče se je pri svoji odločitvi sklicevalo tudi na sodbe ESČP.[5] V sodbi Winterwerp proti Nizozemski je ESČP določilo tri zahteve, ki morajo biti izpolnjene za dopustno pridržanje oseb z duševno motnjo: duševna motnja mora biti medicinsko izkazana; zaradi duševne motnje bolnik pomeni resno nevarnost zase in za druge; pridržanje lahko traja samo toliko časa, dokler traja duševna motnja.

Ustavno sodišče je razveljavilo tisti del navedene določbe ZDZdr, ki določa, da za osebo, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, zadošča za sprejem (ali odpust) v varovani oddelek le privolitev ali preklic zakonitega zastopnika. Odločilo je, da začne razveljavitev učinkovati po poteku enega leta od objave odločbe v Uradnem listu Republike Slovenije (161. člen Ustave in 43. člen ZUstS). Za čas odložnega roka je zaradi zagotovitve procesnih jamstev pri omejevanju pravice do osebne svobode osebam, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost, določilo tudi način izvršitve (drugi odstavek 40. člena ZUstS), posebej za na novo sprejete osebe in že sprejete osebe v varovani oddelek z določitvijo postopka z vključitvijo sodnega nadzora.

5. ODLOČBA USTAVNEGA SODIŠČA ŠT. UP-1303/11, U-I-25/14 Z DNE 21. 3. 2014 IN ODLOČBE SENATA USTAVNEGA SODIŠČA, KI SE NANAŠAJO NA ZDRAVLJENJE V TUJINI[6]

Z navedeno odločbo je Ustavno sodišče ugotovilo, da je bil prvi odstavek 135. člena Pravil obveznega zdravstvenega zavarovanja (Uradni list RS, št. 30/03 – prečiščeno besedilo, 35/03 – popr., 78/03, 84/04, 44/05, 86/06, 90/06 – popr., 64/07, 33/08, 7/09, 88/09, 30/11, 49/12 in 106/12, v nadaljevanju: Pravila), ki je izvirno določal vsebino pravice do zdravstvenega varstva, v neskladju s pravico do zdravstvenega varstva iz prvega odstavka 51. člena v zvezi z drugim odstavkom 50. člena Ustave.

5 Sodbe ESČP v zadevah Winterwerp proti Nizozemski, Kedzior proti Poljski, Zagidulina proti Rusiji in druge. Za sprejem v varovani oddelek in odpust iz njega mora biti zagotovljena sodna kontrola.

6 Odločbe št.: Up-1030/13 z dne 4. 9. 2014; Up-444/13 z dne 8. 7. 2014, Up-453/13 z dne 8. 7. 2014; Up-50/14 z dne 11. 11. 2014.

Pravica do zdravstvenega varstva je določena v 51. in 50. členu Ustave. Uresničuje se pod pogoji, ki jih določa zakon, in ne podzakonski predpis. Država mora zagotoviti učinkovito zdravstveno varstvo[7] in s tem uresničevanje te človekove pravice. Ustava navedeno pravico zagotavlja s t. i. zakonskim pridržkom. Zakonodajalcu je dano pooblastilo, da uredi pravico do zdravstvenega varstva, da določi pogoje uveljavljanja pravice do zdravstvenega varstva in način izvrševanja pravice. Določiti mora subjekte, vrsto in obseg pravic, katere pravice do zdravstvenega varstva zagotavlja obvezno zdravstveno zavarovanje (prvi odstavek 51. člena v zvezi z drugim odstavkom 50. člena Ustave) ter financiranje iz javnih sredstev (drugi odstavek 51. člena Ustave). Zakonodajalec pravico do zdravstvenega varstva lahko tudi omeji, vendar pri tem ne sme kršiti Ustave.

Iz zakonskega pooblastila (ZZVZZ) ni izhajalo, da je Zavod pooblaščen, da s splošnim aktom, izdanim za izvrševanje javnih pooblastil, določi pogoje in način za uveljavljanje pravice do zdravstvenega varstva v tujini, ker so te vsebine po Ustavi pridržane zakonodajalcu. To velja tudi za omejitve pravice do zdravstvenega varstva. Podzakonski akt lahko navedene vsebine le operacionalizira. Samo natančnejša opredelitev standardov in normativov storitev, natančnejši način njihovega izvrševanja (strokovna, medicinska in tehnična vprašanja), ki niso primerna za zakonsko urejanje, so lahko predmet urejanja s Pravili OZZ.

Po prvem odstavku 135. člena Pravil je imela zavarovana oseba pravico do pregleda, preiskave ali zdravljenja v tujini oziroma do povračila stroškov teh storitev, če so bile v Republiki Sloveniji izčrpane možnosti, z zdravljenjem oziroma pregledom v drugi državi pa je bilo utemeljeno pričakovati ozdravitev ali izboljšanje zdravstvenega stanja oziroma preprečitev nadaljnjega poslabšanja. Ustavno sodišče je ocenilo, da gre za določanje pogojev za zagotavljanje zdravljenja in načina uresničevanja pravice do zdravstvenega varstva v primeru zdravljenja v tujini. Določitev teh vsebin pa je po prvem odstavku 51. člena v povezavi z drugim odstavkom 50. člena Ustave izrecno pridržana zakonu. Iz ZZVZZ ne izhaja pooblastilo Zavodu, da s Pravili obveznega zdravstvenega zavarovanja uredi navedene vsebine (pogoje, načine in omejitve zdravljenja v tujini), pod katerimi se pravica do zdravstvenega varstva lahko uveljavlja v tujini.

Ureditev zdravljenja v tujini na podlagi Pravil je prenehala veljati z uveljavitvijo ZZVZZ-M,[8] s katerim je zakonodajalec prenesel Direktivo 2011/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu (UL L 88, 4. 4. 2011). ZZVZZ-M je v členih 44. a do 44. e določil pogoje in postopek za uveljavljanje pravice do zdravstvenih storitev v tujini. Države članice so pri prenosu direktive dolžne upoštevati njene cilje. Ali bodo pravice urejene z zakonom ali pa z nižjimi akti, ni stvar urejanja z direktivo. Prenos pa mora biti ustavno skladen. Če je na podlagi določb Ustave potrebno, da se materija zakonsko uredi, potem je ustavno skladen le tak prenos.

7 Prvi odstavek 51. člena Ustave določa: »Vsakdo ima pravico do zdravstvenega varstva pod pogoji, ki jih določa zakon.«

8 Pravila so veljala do uveljavitve Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (Uradni list RS, št. 91/13 – v nadaljevanju: ZZVZZ-M).

Na navedeni odločitvi Ustavnega sodišča št. Up-1303/11, U-I-25/14 z dne 21. 3. 2014 temeljijo odločitve senata po vloženih štirih ustavnih pritožbah. Izpodbijane sodbe temeljijo na določbi Pravil, za katero je bilo ugotovljeno neskladje z Ustavo, zato je senat sodbe sodišč razveljavil in zadeve vrnil pristojnemu sodišču v novo odločanje.

6. SKLEPNE UGOTOVITVE

Če povzamem presoje Ustavnega sodišča v obravnavanih zadevah, ugotovim:

- v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-239/14, Up-1169/12 z dne 26. 3. 2015 je Ustavno sodišče v zvezi s ponovno odmero pokojnine na podlagi upoštevanja dela plač, s katerimi so bile vplačane delnice v notranjem odkupu po Zakonu o lastninskem preoblikovanju podjetij, odločilo, da bi moral zakonodajalec v ZPIZ-1 zaradi upoštevanja načela enakosti po drugem odstavku 14. člena Ustave urediti posebno izredno pravno sredstvo za ponovno odmero pokojnine, kot je bilo urejeno po ZPIZ/92 in poznejši ureditvi po ZPIZ-2. Ustavno sodišče je zato ugotovilo protiustavnost ZPIZ-1, ker je v bistvenem enake položaje uživalcev pokojnin brez razumnih razlogov, ki bi izhajali iz narave stvari, uredil različno. Ustavno sodišče je določilo način izvršitve. Zavodu za pokojninsko in invalidsko zavarovanje je naložilo, da po uradni dolžnosti ponovno odmeri pokojnine v primerih opravljenih revizij, v drugih primerih pa na podlagi zahtevkov zavarovancev oziroma uživalcev pokojnin. Učinkovanje odločbe je določilo za naprej, za odprte postopke pa od prvega dne naslednjega meseca po dani zahtevi. Na podlagi upoštevanja razlogov v navedeni odločbi je Ustavno sodišče v enakih zadevah odločilo še v 30 primerih.

- Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-294/12 z dne 10. 6. 2015 se je nanašala na ustavno sodno presojo Zakona o duševnem zdravju. Varuh človekovih pravic je kot predlagatelj izpodbijal postopek sprejema in odpusta osebe z duševno motnjo, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, v varovani oddelek socialnovarstvenega zavoda. Sprejem in odpust iz varovanega oddelka je bil mogoč le s privolitvijo njenega zakonitega zastopnika, ne da bi prizadeta oseba pri tem kakorkoli sodelovala. Ustavno sodišče je opravilo presojo z vidika posega v pravico do osebne svobode iz prvega odstavka 19. člena Ustave in 5. člena EKČP. Ugotovilo je, da je pri sprejemu in odpustu iz varovanega oddelka kršena pravica do izjave, ki je varovana po 22. členu Ustave, predvsem z vidika poštenega postopka, še posebej zato, ker gre za invalidno osebo, ki uživa varstvo po 52. členu Ustave. Zato postopek odvzema prostosti ni bil ustavnoskladen.

- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-1303/11, U-I-25/14 z dne 21. 3. 2014 se nanaša na zdravljenje v tujini. Gre za eno izmed več enakih zadev, ki jih je Ustavno sodišče rešilo v zvezi z zdravljenjem v tujini. Ustavno sodišče je ugotovilo, da so Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja kot podzakonski akt določala pogoje in način za zagotavljanje zdravljenja v tujini. Ureditev teh vsebin pa je treba obravnavati v okviru pravice do zdravstvenega varstva, ki je zagotovljena v Ustavi in se lahko uresničuje le na podlagi zakonskih določil, ne pa v podzakonskem aktu. Zato gre za neskladnost s pravico do zdravstvenega varstva iz prvega odstavka 51. člena v zvezi z drugim odstavkom 50. člena Ustave. Ureditev zdravljenja v tujini na podlagi Pravil je prenehala veljati z uveljavitvijo ZZVZZ-M.

VIRI:

- Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-392/98 z dne 10. 7. 2002.
- Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-239/14, Up-1169/12 z dne 26. 3. 2015.
- Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-294/12 z dne 10. 6. 2015.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-1303/11, U-I-25/14 z dne 21. 3. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-1030/13 z dne 4. 9. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-444/13 z dne 8. 7. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-453/13 z dne 8. 7. 2014.
- Odločba Ustavnega sodišča št. Up-50/14 z dne 11. 11. 2014.

SODBA SODIŠČA EVROPSKE UNIJE NLB LEASING – KAKO NAPREJ

Blaž Pate
odvetnik
Odvetniška pisarna Blaž Pate, d. o. o.

Rosana Dražnik
davčna svetovalka
LeitnerLeitner, d. o. o.

Julija 2015 je Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju SEU) prvič razsodilo o predhodnih vprašanjih iz Republike Slovenije s področja DDV, in sicer v zadevah *NLB Leasing*[1] in *Kezić oz. Trgovina Prizma*.[2] Po mnenju avtorjev je pomembna predvsem sodba v zadevi *NLB Leasing*, ki sistemsko obravnava tudi vprašanje predčasnega prenehanja pogodbe[3] oziroma kako take transakcije obravnavati z vidika DDV. Namen tega prispevka je predstaviti problematiko, ki izhaja iz primera *NLB Leasing,* ter možnosti, ki jih ima Vrhovno sodišče pri sprejetju svoje odločitve.

1. POSTOPEK PREDHODNEGA ODLOČANJA

Eden najpomembnejših sodnih postopkov pred SEU je postopek predhodnega odločanja po 267. členu Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju PDEU).[4] Gre za zelo pogost postopek, ki je pomemben tako za države članice kot za samo EU. Postopek, v katerega so vključena nacionalna sodišča in SEU, je namenjen razreševanju vprašanj veljavnosti in razlage prava EU ter s tem zagotovitvi pravilne oz. enotne uporabe prava EU. Ob tem je treba poudariti, da SEU zgolj razlaga pravo EU, v konkretni zadevi pa vedno odloči nacionalno sodišče. Nacionalno sodišče je torej tisto, ki na podlagi napotil SEU samo odloči v konkretnem primeru,

V 267. členu PES je določeno, da lahko nacionalno sodišče, ki se sreča s primerom, za katerega meni, da bi za ustrezno presojo potrebovalo predhodno presojo SEU, to vprašanje predloži v odločanje slednjemu. Če pa tako vprašanje prejme nacionalno sodišče, zoper odločitve katerega ni pravnega sredstva, pa je to dolžno predložiti vprašanje za predhodno odločanje, če meni, da obstaja dvom o možni razlagi določene določbe prava EU.

1 Zadeva C-209/14, *NLB Leasing d. o. o. proti Republiki Sloveniji*, 2. 7. 2015.
2 Zadeva C-331/14, *Kezić proti Republiki Sloveniji*, 9. 7. 2015.
3 Avtorja želita poudariti, da je eno od bistvenih vprašanj, ali je treba za namene DDV slediti pravni definiciji prekinitve oziroma prenehanja pogodbe ali ne. Glede na zaključke Upravnega sodišča v postopku NLB Leasing je razumeti, da je pogodba potekla, vendar pa je Vrhovno sodišče v postopku predhodnega odločanja poudarilo tudi možnost, da bi se transakcija za namene DDV štela kot neizpolnjena oziroma da je prišlo do naknadne spremembe pogojev.
4 Pogodba o delovanju Evropske unije, UL C 115, 9. 5. 2008.

Že razmeroma zgodaj in predvsem z namenom razbremenitve sodišča je SEU razvilo tudi merila, po katerih so tudi nacionalna sodišča, zoper odločitev katerih po nacionalnem pravu ni pravnih sredstev, odvezana dolžnosti predložiti zadevo v predhodno odločanje. Sistematično jih je predstavilo v zadevi *C.I.L.F.I.T.*[5] V skladu z njo tako predložitev v predhodno odločanje ni potrebna: če vprašanje ni pomembno za sprejetje odločitve; če je bilo vprašanje že predmet postopka za predhodno odločanje (t. i. doktrina *acte* écla*iré*) in tudi če je pravilna uporaba prava Unije tako očitna, da ne pušča nobenega prostora za dvom o odgovoru na vprašanje (t. i. doktrina *acte clair*).

SEU v okviru postopka na podlagi 267. člena PDEU ni pristojno niti za razlago nacionalnih zakonskih ali drugih predpisov niti za presojo njihove združljivosti s pravom Unije. Lahko pa predložitvenemu sodišču da smernice in napotke za razlago prava Unije, ki mu bodo omogočali presojo skladnosti pravil nacionalnega prava s predpisi EU in ustrezno odgovoriti na predloženo pravno vprašanj.[6] Navodila oziroma smernice, ki jih SEU da, oziroma odločitve, ki jih sprejme, so za nacionalno sodišče zavezujoče. SEU je torej organ, ki skrbi za poenoteno razlago prava EU.

V 113. členu PDEU je določeno, da Svet EU sprejme ustrezne določbe za uskladitev zakonodaje glede prometnih davkov, trošarin in drugih posrednih davkov v obsegu, v kakršnem je taka uskladitev potrebna za vzpostavitev delovanja notranjega trga in preprečevanja izkrivljanja konkurence. Posledično je bila sprejeta Direktiva 2006/112/ES (v nadaljevanju Direktiva o DDV)[7] kot podlaga za harmonizacijo DDV. Za razumevanje sistema DDV kot celote pa so zelo pomembne tudi sodbe SEU, ki s svojim precedenčnim učinkom pomembno vplivajo na pravno varstvo zavezancev.

2. PREDSTAVITEV IZHODIŠČ V ZADEVI NLB LEASING

Bistveno za obravnavo DDV je, da sta družbi NLB Leasing d. o. o. (v nadaljevanju NLB Leasing) in Domino Ing. d. o. o. (v nadaljevanju Domino) aprila 2009 sklenili sale & lease back pogodbi za dve nepremičnini.[8] Družba Domino je kot lastnik obeh nepremičnin nepremičnini prodala družbi NLB Leasing, ki se je s pogodbama o finančnem lizingu sočasno zavezala, da bo ti nepremičnini družbi Domino dala v najem za nekajmesečna obdobja. V pogodbah o finančnem lizingu je bilo dogovorjeno, da mora družba Domino pred iztekom teh pogodb izbrati eno od treh možnosti, in sicer:

- podaljšanje trajanja pogodb,
- vrnitev nepremičnin družbi NLB ali
- uveljavitev odkupnih opcij, ki jih je imela na teh nepremičninah.

5 Zadeva C-283/81, *C.I.L.F.I.T.,* 6. 10. 1982.
6 Zadeve C-385/09, *Nidera Handelscompagnie BV*, 21. 10. 2010, C-118/11, *Eon Aset Menidjmunt OOD*, 16. 2. 2012, C-337/13, *Almos Agrarkulkereskedelmi Kft*, 15. 5. 2014, in druge.
7 Direktiva Sveta 2006/112/ES z dne 28. 11. 2006 o skupnem sistemu davka na dodano vrednost, UL L 347, 11. 12. 2006.
8 Predhodno so bile sklenjene tudi pogodbe o financiranju nakupa nepremičnin, katerih vsebina lahko nakazuje na pogodbeno voljo strank pri sklenitvi sale&lease back pogodb.

Pri sklenitvi pogodb o finančnem lizingu je družba NLB Leasing od zneska, ki ga je družbi Domino zaračunala s tema pogodbama – in sicer zneska, ki ustreza vsoti vseh mesečnih obrokov, vključno z odkupnima opcijama, ki ju je imela družba Domino – plačala DDV. Ker družba Domino družbi NLB Leasing ob izteku pogodb o finančnem lizingu ni plačala vseh zapadlih mesečnih obrokov, je družba NLB Leasing skladno s pogodbama prevzela nepremičnini, ki sta bili predmet finančnega lizinga, v svojo posest in ju prodala tretji osebi, družbi Sava IP d. o. o. (v nadaljevanju Sava IP). Pri prodaji je bil obračunan DDV.

Družba NLB je zaradi neizpolnitve pogodbenih obveznosti družbi Domino izdala dobropis in naredila popravek obračunanega zneska DDV, in sicer za znesek odkupnih opcij. Po prodaji predmeta lizinga je NLB Leasing sestavila dokončni obračun, v skladu s katerim je družbi Domino izplačala znesek, ki ustreza razliki med prejeto kupnino pri prodaji nepremičnin družbi Sava IP in terjatvijo, ki jo je NLB Leasing imela do družbe Domino, vključno z odkupnimi opcijami.

Tako davčni organ kot tudi Ministrstvo za finance kot pritožbeni organ se s postopkom nista strinjala in sta bila mnenja, da sta bila dobropisa izdana neupravičeno, saj so vsi lizinški obroki, vključno z odkupno opcijo, že zapadli, pogodbi pa nista bili razdrti, temveč v celoti realizirani. Po njunem mnenju torej ni prišlo do prenehanja pogodb in posledično tudi ne do odškodnine za nastalo škodo, temveč se je s prodajo predmeta lizinga za račun družbe Domino družba NLB Leasing samo v celoti poplačala.

Upravno sodišče je pritrdilo toženi stranki in dodalo, da pogodba dejansko ni bila razdrta,[9] ker ni tožeča stranka v ničemer izkazala, da bi jo razdrla oz. da bi šlo za sporazumno razvezo. Če bi tožnik izkazal razvezo oziroma prekinitev pogodbe s pisnimi dokazili, bi sodišče učinke razdrte pogodbe razsojalo po OZ. Ker dokazov ni, je sodišče zavrnilo tudi sklicevanje na restitucijo. Prav tako pa tudi ni moglo priti do vračila predmeta lizinga, saj sta bili obe pogodbi realizirani tako, kot je določeno za primer plačilne nediscipline.

V primeru finančne nediscipline gre torej po mnenju Upravnega sodišča za unovčevanje instrumentov zavarovanja,[10] med katerimi je na prvem mestu prodaja predmeta lizinga. Ker je lizingojemalec dolgoval obveznosti po pogodbah, je po mnenju sodišča družba NLB Leasing imela pooblastilo za prodajo predmeta lizinga na prostem trgu in jo tudi izpeljala. Prevzem nepremičnine v posest naj bi v tem primeru torej pomenil realizacijo lizinške pogodbe zaradi finančne nediscipline in ne pomeni dobave blaga tožniku.[11]

9 Iz javno dostopnih izhodišč izhaja, da bi morala družba Domino izbrati pred potekom pogodbe eno od možnosti, vendar pa avtorja nista zasledila, da bi bila dejansko izbrana odkupna opcija.

10 Avtorja želita pri tem opozoriti, da je treba v primeru unovčitve instrumenta zavarovanja odgovoriti tudi na vprašanje, v čigavem imenu se tak predmet proda in kdo je opravil obdavčljivo transakcijo skladno z zakonodajo o DDV.

11 V sodbi Upravnega sodišča avtorja pogrešata predvsem utemeljitev same presoje z vidika DDV ter presojo razlik med prenosom lastninske pravice skladno s stvarnopravno zakonodajo in definicijo prenosa pravice do razpolaganja skladno z zakonodajo o DDV. Sodišče je torej po razumevanju avtorjev presodilo, da je bila pogodba o finančnem najemu v celoti realizirana kot dobava blaga skladno z zakonodajo o DDV, čeprav tega ni podrobneje obrazložilo, ter da odvzem nepremičnine s strani NLB Leasing ne pomeni obdavčljive transakcije.

Zoper sodbo Upravnega sodišča je družba NLB Leasing vložila revizijo, v kateri je zatrjevala, da sta davčni organ in sodišče prve stopnje napačno razlagala 39. člen Zakona o davku na dodano vrednost (v nadaljevanju ZDDV-1)[12] in prvi odstavek 90. člena Direktive o DDV. Vračilo nepremičnin, ki ga je družba Domino izvedla zaradi neizpolnitve svojih pogodbenih obveznosti, naj bi namreč povsem ustrezalo enemu od položajev iz zgoraj navedenih določb. Nadalje je družba NLB Leasing še navedla, da če se ne dopusti, da lahko v okoliščinah, kakršne so bile te v konkretni zadevi, zmanjša svojo davčno osnovo, bi to, da je pri prodaji nepremičnin tretji družbi drugič plačala DDV, pomenilo kršitev načela davčne nevtralnosti.

V teh okoliščinah je Vrhovno sodišče prekinilo postopek in SEU v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba glede na okoliščine, kakršne so v postopku v glavni stvari, člen 90(1) Direktive o DDV razlagati tako, da pomeni vrnitev predmeta leasinga nepremičnine zaradi delnega neplačila obveznosti leasingojemalca nazaj v posest leasingodajalcu z namenom nadaljnje prodaje in poplačila iz leasing pogodbe že po zapadlosti vseh obrokov leasinga, situacijo, preklica naročila, zavrnitve ali celotnega ali delnega neplačila' po dobavi, po kateri se davčna osnova ustrezno zmanjša?

2. Ali je treba člene 2(1), 14 in 24(1) Direktive o DDV razlagati tako, da se znesek za odkupni opciji, ki predstavlja bistveni del celotne obveznosti po Pogodbah o finančnem leasingu, in ki ga je leasingojemalec plačal leasingodajalcu na način, da je zaradi delnega neplačila obveznosti leasingodajalec odvzel predmet leasinga nazaj v svojo posest, ga prodal tretji osebi in presežek kupnine iz te prodaje izplačal leasingojemalcu, pri čemer je v dokončnem obračunu od presežka kupnine odštel tudi zneske odkupnih opcij, šteje kot plačilo za izpolnitev pogodbe in dobavo blaga in kot tako za predmet DDV; ali kot plačilo za storitev najema oziroma uporabe nepremičnine (in kot tako za predmet DDV po izbiri davčnih zavezancev); ali kot odškodnina za odpoved pogodbe, plačana za odpravo škode, utrpljene zaradi neizpolnitve leasingojemalca, ki nima neposredne zveze s kakršnokoli odplačno storitvijo in kot taka ni predmet DDV?

3. Če je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da gre za plačilo za dobavo blaga in izpolnitev pogodbe, je nadaljnje vprašanje, ali načelo davčne nevtralnosti nasprotuje temu, da je leasingodajalec izstopni DDV obračunal dvakrat, in sicer prvič ob sklenitvi Pogodb o finančnem leasingu (tudi za znesek odkupnih opcij, ki je predstavljal večji del pogodbene vrednosti) ter drugič zaradi delno neplačanih obveznosti leasingojemalca ob (nadaljnji) prodaji te nepremičnine tretji osebi, glede na to, da je breme DDV od te druge dobave s končnim obračunom prenesel na leasingojemalca?"[13]

12 Zakon o davku na dodano vrednost, Uradni list RS, št. 13/11, 18/11, 78/11, 38/12, 83/12 in 86/14.
13 X Ips 476/2012, 16. 4. 2014.

3. ODLOČITEV SEU

SEU sodbo začne z obravnavo **drugega vprašanja**. Pri tem uvodoma opozori, da na podlagi 267. člena PDEU nima pristojnosti za uporabo pravil prava Unije za posamezen primer (sodba *Patriciello*[14]), temveč samo pravico dati vsa potrebna napotila, da bi nacionalno sodišče lahko opravilo ustrezne pravne kvalifikacije v predmetni stvari.

SEU uvodoma povzema sodno prakso in navede merila za presojo poslovnega in finančnega najema. Ob tem je treba izhajati iz predpostavke, da se lizing načeloma obravnava kot dobava storitev. Iz ustaljene sodne prakse je razvidno, da je treba poslovni najem razlikovati od finančnega najema, za katerega je značilen prenos večine prednosti in tveganj, povezanih s pravnim lastništvom, na lizingojemalca. To, da se prenos lastništva opravi ob izteku pogodbe ali da je diskontirana vsota obrokov skoraj enaka tržni vrednosti blaga, sta merili, ki vsako zase ali skupaj omogočata ugotavljanje, ali je pogodbo mogoče opredeliti kot finančni najem oziroma kot dobavo blaga.[15] Poleg tega se pojem dobava blaga ne nanaša na prenos lastninske pravice skladno z nacionalnim pravom, ampak zajema vsak prenos premoženja v stvareh ene stranke, ki drugo stranko pooblasti, da s tem premoženjem dejansko razpolaga, kot da bi bila njegov lastnik.

V zvezi s tem po mnenju SEU *„dejansko stanje, ki ga zadeva spor o glavni stvari, in sicer zlasti določila dogovorov o „poslovnem sodelovanju“ ter transakcije, opravljene na podlagi dokončnega obračuna, kaže na to, da je bil namen pogodb o finančnem lizingu prenos lastništva nepremičnin, ki sta bili predmet navedenih pogodb, na družbo Domino“*, kar mora preveriti predložitveno sodišče glede na podana merila.

SEU torej po mnenju avtorjev zaključi, da so bili v danem primeru ob sklenitvi pogodbe dejansko izpolnjeni pogoji, da se transakcija obravnava kot dobava blaga skladno z zakonodajo o DDV, kar pa dejansko niti ni bilo sporno. Vendar je SEU samo drugo vprašanje Vrhovnega sodišča RS povzelo tako, da je kot sporno poudarilo samo, ali je treba transakcijo lease back v tem primeru obravnavati kot dobavo blaga ali storitev, pri tem pa je v celoti v tem delu izpustilo vprašanje samega prenehanja pogodbe. SEU je torej po mnenju avtorjev izključno odgovorilo na to, kdaj se lizinška transakcija šteje kot dobava blaga in kdaj kot dobava storitev.

Delni odgovor na drugi del drugega vprašanja, kaj se zgodi v primeru odvzema predmeta lizinga, pa SEU podaja pri odgovoru na **prvo vprašanje,** ali vrnitev nepremičnine, ki je predmet lizinga, lizingodajalcu, pomeni primer preklica naročila, zavrnitve, celotnega ali delnega neplačila ali znižanja cene v smislu prvega odstavka 90. člena Direktive o DDV. V zvezi s tem SEU uvodoma poudarja, da morajo v skladu s to določbo v primeru preklica naročila, zavrnitve, delnega ali polnega neplačila ter naknadnega znižanja cene po dobavi države članice

14 Zadeva C-163/10, *Aldo Patriciello*, 6. 9. 2011.

15 Avtorja ob tem opozarjata, da ZDDV-1 ali Direktiva o DDV ne vsebuje definicije finančnega najema ter da je treba transakcijo kot dobavo blaga presojati izključno z vidika definicije prenosa pravice do razpolaganja po zakonodaji o DDV in sodni praksi SEU. Točka b drugega odstavka 6. člena ZDDV-1 torej ni definicija finančnega najema, kot se v praksi pogosto navaja, temveč določa, da o dobavi blaga govorimo tudi v primeru zakupno-prodajne (angl. sales – purchase) pogodbe.

zmanjšati davčno osnovo in torej znesek DDV, ki ga dolguje davčni zavezanec, vsakič ko so ti pogoji izpolnjeni. Ta določba je izraz temeljnega načela Direktive o DDV, na podlagi katerega je **davčna osnova dejansko prejeto plačilo** in davčna uprava iz naslova DDV ne more prejeti zneska, ki je višji od tistega, ki ga je prejel davčni zavezanec (sodba *Almos Agrárkülkereskedelmi)*.[16]

SEU se sklicuje tudi na lastno sodno prakso, iz katere izhaja, da se prvi odstavek 90. člena Direktive o DDV – razen v primerih razveljavitve ali razveze pogodb, v katerih so stranke znova postavljene v položaj, v katerem so bile pred sklenitvijo pogodbe, in davčni zavezanec nima več svoje terjatve – nanaša le na položaje, v katerih druga pogodbena stranka terjatve, ki jo je dolžna izpolniti na podlagi te pogodbe, ne izpolni oziroma jo izpolni le delno. Zato davčne osnove ni mogoče zmanjšati, če:

- je davčni zavezanec dejansko prejel celotno plačilo v zameno za storitev,[17] ki jo je opravil, ali
- prejemnik te storitve – ne da bi bila pogodba razvezana ali razveljavljena – v razmerju do davčnega zavezanca ni več zavezan k plačilu dogovorjene cene.

V tem delu SEU torej nedvoumno odgovori, da lahko pride do popravka davčne osnove samo, če se naknadno spremeni sama cena ali pa dobavitelj ne prejme polnega plačila oziroma če je pogodba razveljavljena ali razvezana. Ali je v danem primeru do tega prišlo ali ne, mora presoditi nacionalno sodišče glede na vse konkretne okoliščine zadeve. Po mnenju avtorjev sta presoja in odgovor na to vprašanje bistvena za celotno transakcijo, zato bo v nadaljevanju podrobneje predstavljen ravno vidik popravka davčne obveznosti.

S tega vidika je pomembno tudi **tretje vprašanje**, ki se nanaša na vprašanje davčne nevtralnosti, torej ali lahko isti zavezanec dvakrat opravi transakcijo z istim blagom, prvič ob sklenitvi pogodbe o finančnem lizingu, ki zajema odkupno opcijo, in drugič ob prodaji blaga, ki je predmet te pogodbe, tretji družbi zaradi neizpolnitve obveznosti lizingojemalca.

SEU uvodoma opozori na **načelo davčne nevtralnosti** kot neločljiv element skupnega sistema DDV. **V nasprotju s tem načelom bi bilo, če obdavčitev poslovnih dejavnosti davčnega zavezanca povzroči dvojno obdavčenje**. SEU tudi opozarja, da je treba za namene DDV vsako transakcijo običajno obravnavati kot ločeno in samostojno. Kljub temu je treba v nekaterih okoliščinah več formalno ločenih transakcij, ki bi lahko bile opravljene ločeno, obravnavati kot enotno transakcijo, če transakcije niso samostojne. Predložitvenemu sodišču naloži, da preveri, ali je treba predmetne transakcije, in sicer na eni strani storitve, opravljene za družbo Domino, in na drugi prodajo nepremičnin tretji družbi, šteti za „enotno dobavo“.[18] Če se izkaže, da navedenih transakcij ni mogoče šteti za enotno

16 Zadeva C-337/13, *Almos Agrarkulkereskedelmi Kft*, 15. 5. 2014.

17 Kot bo razvidno tudi v nadaljevanju, je v praksi pogosto težko določiti, kateri del terjatve je dejansko plačilo za opravljeno dobavo.

18 To velja zlasti, če sta dva ali je več elementov ali dejanj, ki jih dobavi davčni zavezanec, tako tesno povezanih, da objektivno sestavljajo eno samo nedeljivo gospodarsko dobavo, katere razdelitev bi bila umetna.

dobavo, pa po mnenju SEU načelo davčne nevtralnosti ne nasprotuje temu, da so transakcije, kar zadeva DDV, posebej obdavčene. Iz zgoraj navedenih premislekov izhaja, da je treba načelo davčne nevtralnosti razlagati tako, da ne nasprotuje temu, da sta storitev finančnega lizinga nepremičnin in naknadna prodaja teh nepremičnin tretji osebi, ki ni stranka pogodbe o finančnem lizingu, ločeno obdavčeni, če teh transakcij ni mogoče šteti za enotno dobavo.

SEU torej odloči, da je treba preveriti, ali sta sama dobava nepremičnin v okviru finančnega najema in posledično prodaja istih nepremičnin povezani storitvi za namene DDV, tako da druga brez druge ne bi mogli obstajati, ali gre za dve samostojni transakciji. Pri tem je bistveno vprašanje, kako je treba razumeti napotila SEU. Lizinške transakcije, kot je bilo predhodno že navedeno, se načeloma obravnavajo kot storitev, vendar pa je hkrati jasno, da se finančni najem v določenih primerih obravnava kot dobava blaga. Kadar se lizinške transakcija obravnavajo kot storitev, ni sporno, da se prodaja, ki sledi tej lizinški transakciji, obravnava kot dobava blaga.[19] Prav tako to ni sporno, kadar prva transakcija ni bila izpeljana in se pravica do razpolaganja prenese šele z naslednjo transakcijo.

Za dobavo blaga je bistveno, da se ob tem prenese pravica do razpolaganja z blagom, kot bi bil prejemnik lastnik. Po mnenju avtorjev je posledično nemogoče, da bi se v primeru, da je prva dobava opredeljena kot dobava blaga, tudi naslednja dobava istega zavezanca opredelila kot dobava blaga, ne da bi prodajalec predhodno ponovno pridobil pravico do razpolaganja. V takem primeru bi namreč isti zavezanec dvakrat prenesel pravico do razpolaganja z istim sredstvom, ne da bi jo vmes ponovno pridobil.

4. NAKNADNI POPRAVEK DAVČNE OSNOVE

Obdavčljivi dogodek in s tem obveznost za obračun DDV nastane, ko je dobava blaga ali storitev opravljena. V 33. členu ZDDV-1 so podrobneje določena pravila, kdaj je treba DDV v posameznih primerih dejansko obračunati.

S samo obveznostjo za obračun DDV je tesno povezana tudi **davčna osnova, iz katere izhaja znesek obveznosti, ki ga je treba izkazati in plačati**. V 36. členu ZDDV-1 je tako navedeno, da pri dobavah blaga in storitev davčna osnova vključuje vse, kar pomeni plačilo (v denarju, stvareh ali storitvah), ki ga je prejel ali ga bo prejel dobavitelj ali izvajalec od kupca, naročnika ali tretje osebe za te dobave, vključno s subvencijami, ki so neposredno povezane s ceno takih dobav.

Za namene tega prispevka pa je bistvenega pomena tudi 39. člen ZDDV-1,[20] v katerem je med drugim opredeljena možnost popravka davčne osnove in obračunanega DDV v primeru naknadne spremembe dejavnikov, ki vplivajo na določitev višine davčne osnove in posledično tudi davčne obveznosti. Kot je bilo že navedeno, sta po temeljnem načelu DDV sama obveznost za obračun DDV

19 Glej tudi zadeva C-589/12, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs proti GMAC UK plc*, 3. 9. 2014.

20 Vsebinsko enak prvemu odstavku 90. člena Direktive o DDV.

in pravica do odbitka DDV v korelaciji. Zato so tudi določbe o popravku davčne osnove smiselno enake tistim o popravku odbitka vstopnega DDV skladno z 68. členom ZDDV-1.

ZDDV-1 tako v drugem odstavku 39. člena določa, da se pri preklicu naročila, vračilu ali znižanju cene po opravljeni dobavi davčna osnova ustrezno zmanjša. Davčni zavezanec lahko popravi (zmanjša) znesek obračunanega DDV, če pisno obvesti kupca o znesku DDV, za katerega kupec nima pravice do odbitka.

Kot je razvidno iz dosedanjih navedb, je popravek DDV določen tudi v Direktivi o DDV. Skladno z direktivo morajo države članice zavezancem dovoliti znižanje davčne osnove v primeru odpovedi ali zavrnitve dobave, polnega ali delnega neplačila ali naknadnega znižanja cene po dobavi. Države članice pri tem lahko določijo pogoje, pod katerimi je to mogoče, in Slovenija je kot tak pogoj določila pisno obvestilo kupcu o znesku DDV, za katerega mora popraviti odbitek DDV oz. nima pravice do odbitka DDV. Kot izhaja tudi iz sodbe SEU v zadevi *GMAC UK,*[21] ta določba državam članicam dopušča polje proste presoje pri določitvi ukrepov, ki omogočajo zmanjšanje DDV. Vendar pa to ne vpliva na natančnost in nepogojnost obveznosti priznanja pravice do zmanjšanja davčne osnove v primerih, na katere se nanaša navedena določba. Ta določba torej izpolnjuje pogoje za neposredni učinek. Hkrati pa je ta določba **izraz temeljnega načela Direktive o DDV**, na podlagi katerega je **davčna osnova dejansko prejeto plačilo in katerega posledica je, da davčna uprava iz naslova DDV ne more prejeti zneska, višjega od tistega, ki ga je prejel davčni zavezanec.**[22] Po mnenju avtorjev iz navedenega izhaja, da države članice nimajo pravice do proste presoje te določbe, temveč jo morajo presojati zgolj v okviru cilja, ki ga v osnovi narekuje Direktiva o DDV, vse omejitve, ki jih države članice postavijo pri uveljavljanju te pravice, pa morajo biti zakonsko določene.

Glede na sodno prakso SEU in ne nazadnje tudi pojasnila Finančne uprave Republike Slovenije[23] ne bi smelo biti sporno, da so v primeru **predčasnega prenehanja pogodbe** izpolnjeni pogoji za popravek davčne osnove in s tem obveznosti DDV. Davčna osnova je namreč vse, kar pomeni plačilo za opravljeno dobavo po tej pogodbi. Če je pogodba predčasno prenehala, torej ni mogoče šteti, da morebitna odškodnina ali drugo nadomestilo, ki ga lizingojemalec dobi zaradi tega prenehanja, pomeni plačilo za opravljeno dobavo po tej pogodbi. Davčna osnov je torej lahko zgolj znesek, ki ga je lizingodajalec prejel za dobavo predmeta lizinga, in v ta znesek ne more biti vključeno nadomestilo za nastalo škodo, ker dobava ni bila v celoti realizirana. Predmet obdavčitve z DDV je namreč zgolj dobava blaga ali storitev. Meniva, da je treba pri presoji tovrstnih transakcij zgolj zasledovati temeljno vprašanje, ki je, kaj je davčna osnova za določeno dobavo blaga, če ta ne sme biti višja od plačila, ki ga dobavitelj, v tem primeru lizingodajalec, dejansko prejme za to dobavo.

21 Zadeva C-589/12, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs proti GMAC UK plc*, 3. 9. 2014.
22 Glej tudi sodbo v zadevi C-337/13, *Almos Agrarkulkereskedelmi Kft*, 15. 5. 2014.
23 Pojasnilo DURS, št. 4230-156526/2014-2, 9. 4. 2014.

V primeru odvzema in prodaje predmeta lizinga se plačilo, ki ga lizingodajalec prejme od tretjega, uporabi kot poplačilo dolga, ki ga ima lizingojemalec. Celotni znesek, ki ga je lizingodajalec prejel za dobavo predmeta lizinga, pa je sestavljen iz zneska, zapadlega do trenutka prenehanja pogodbe o finančnem najemu,[24] in zneska, ki ga prejme od tretjega za dobavo tega predmeta. Zgolj in samo ta dva zneska pomenita plačilo za dobavo predmeta lizinga in s tem davčno osnovo.[25] Preostali znesek, ki bi ga lizingodajalec lahko dodatno prejel in ki bi presegal prej navedeno vrednost, pa je lahko zgolj odškodnina, ki jo mora lizingojemalec poravnati, če je predmet lizinga prodan po nižji ceni kot znaša odškodnina. Vendar ta načeloma ni nadomestilo za dobavo blaga, temveč je nadomestilo škode, ki je lizingodajalcu nastala, ker pogodba ni bila realizirana. Bistveno za to razumevanje je lahko tudi zapisano v točki 38 zadeve *GMAC UK*: *„Davčna osnova bi bila torej sestavljena iz zneskov, ki sta jih plačala lizingojemalec in končni kupec in bi s tem dejansko ustrezala plačilu, ki ga je družba prejela*.“[26]

5. ODPRTA VPRAŠANJA

Meniva, da lahko zaključki v zadevi *GMAC UK* in drugih sodbah SEU v primerih naknadne spremembe davčne osnove ter temeljna načela DDV pomagajo pri razumevanju sodbe v zadevi *NLB Leasing* in sprejetju dokončne odločitve, ki lahko v marsičem vpliva na davčno prakso na tem področju v Sloveniji. Vprašanje naknadnega popravka davčne osnove v primeru predčasnega prenehanja pogodb o finančnem najemu in tudi v primeru poteka pogodbe, kjer plačilo ni bilo opravljeno, je v praksi precej problematično in odgovori oziroma merila, ki bi jih Vrhovno sodišče podalo v tej zadevi, bi lahko pomembno vplivali tudi na rešitev drugih spornih zadev. Vendar pa avtorja uvodoma poudarjata, da so lahko tudi okoliščine, ki vplivajo na vsak postopek, zelo različne in zato je treba biti pozoren, da se transakcije presojajo temu primerno in ne enačijo vsi postopki.

Ker je pogodba o finančnem najemu pogodba avtonomnega prava, ki ni tipizirana, se pri njeni presoji že s pravnega vidika odpirajo mnoga vprašanja. Vendar pa je tu treba poudariti, da zakonodaja o DDV ne sledi strogo logiki pravnih poslov in je treba biti pri tem še toliko pozornejši pri presoji posledic DDV pri tovrstnih transakcijah. Kot je razvidno tudi iz zadeve NLB Leasing, namreč prenos pravice do razpolaganja za namene DDV ne sledi pravni definiciji v nacionalni zakonodaji, temveč ima svojo definicijo, ker mora biti ta enotna za celo EU. Vendar pa hkrati ni mogoče povsem spregledati pravnega vidika, saj je SEU tudi jasno navedlo, da so v primeru razdrtja ali razveljavitve pogodbe izpolnjeni pogoji za naknadni popravek davčne osnove.

24 Kot je bilo že pojasnjeno, bi lahko v določenih izjemnih okoliščinah, kadar višina obrokov ni sorazmerna z dejanskim plačilom za uporabo, potencialno prišlo tudi do vprašanja dejanske davčne osnove oziroma plačila, ki ga zavezanec prejme za opravljeno dobavo.

25 ZDDV-1 določa davčno osnovo, od katere se obračuna DDV, zato je treba z vidika DDV določiti pravilno davčno osnovo, ki je bila prejeta za določeno dobavo in od katere se obračuna DDV, presoja je torej potrebna na ravni davčne osnove in ne samega zneska DDV, ki je bil plačan.

26 V tem primeru je sicer lizinška transakcija pomenila dobavo storitev po lokalni zakonodaji, vendar so po mnenju avtorjev zaključki iz sodbe pomembni tudi za predmetno obravnavo.

Po prepričanju avtorjev bi moralo Vrhovno sodišče v primeru NLB Leasing najprej podati pravno presojo, ali je pogodba dejansko potekla s časom in bila realizirana, ter če je bila realizirana, ali je bila realizirana kot najemna pogodba ali dejansko kot dobava blaga, torej kakšna je narava osnovne pogodbe, ter ali je bila izkoriščena tudi odkupna opcija. Če pogodba ni bila realizirana in se šteje, da je bila razdrta, po mnenju avtorjev ne bi smelo biti dvoma, da so izpolnjeni pogoji za naknadno znižanje davčne osnove skladno z drugim odstavkom 39. člena ZDDV-1, saj to jasno izhaja iz obrazložitve SEU.

Če so izpolnjeni pogoji za popravek davčne osnove, je bistveno vprašanje, kako je treba to določiti, ali to predstavljajo dejansko zapadli obroki v trenutku razdrtja pogodbe ali predstavlja davčno osnovo znesek, ki bi ga lizingojemalec v običajnih pogojih zaračunal za uporabe predmeta lizinga v določenem času, ali se ta določi po kakšnem drugem merilu.

Če se šteje, da se je pogodba iztekla in ni bila razdrta ali razveljavljena, pa je treba po mnenju avtorjev ugotoviti, ali je z njenim potekom dejansko prišlo do prenosa pravice do razpolaganja nad predmetom lizinga in kakšna je potem narava odvzema predmeta lizinga ter njegove nadaljnje prodaje. Torej, koliko obdavčljivih transakcij z vidika DDV je potem nastalo oziroma ali ne bi bilo treba take transakcije potem obravnavati z vidika enotne dobave, kot je tudi eno od napotil SEU. Če pa s potekom pogodbe ne pride tudi do prenosa pravice do razpolaganja na nepremičnini, pa bi bilo treba ugotoviti, kakšna je davčna osnova oziroma kateri del posla je bil realiziran. Morebitna merila, ki bi jih Vrhovno sodišče za tak primer postavilo, bi bila v praksi zelo pomembna.

Ker avtorja nista podrobneje seznanjena z dejstvi v zadevi NLB Leasing, lahko zgolj iz dostopnih informacij sklepata, kakšne bi bile mogoče rešitve v dani zadevi:

- Če se je pogodba iztekla s časom in do prenosa pravice do razpolaganja ni prišlo ter družba Domino ni izkoristila nobene od treh ponujenih opcij, bi morala biti po mnenju avtorjev nepremičnina vrnjena lastniku zaradi poteka pogodbe. Predmet dobave bi bila zgolj najemnina oziroma nadomestilo za uporabo nepremičnine, pri čemer bi po mnenju avtorjev davčno osnovo pomenili zgolj zapadli obroki do prenehanja pogodbe, ne pa tudi odkupna opcija, ki lahko v takem primeru pomeni zgolj odškodnino.

- Odloči, da je pravica do razpolaganja[27] prešla na družbo Domino in pogodba ni bila razdrta. V tem primeru je treba presoditi, kaj pomenita odvzem nepremičnine z vidika zakonodaje o DDV in nadaljnja prodaja te nepremičnine.[28]

- Če pa je bila pogodba realizirana kot dobava blaga in izkoriščena odkupna opcija, pa je po mnenju avtorjev pomembno pravno vprašanje, ali je bilo plačilo bistvena

27 Definicija prenosa pravice do razpolaganja je po mnenju avtorjev nekoliko odprta, SEU je o tem odločalo že v več primerih, vendar nedvoumnega odgovora, ali je treba tu zasledovati bolj ekonomsko ali pravno načelo, ni podalo. Se pa glede na zadnje sodbe po mnenju avtorjev SEU bolj nagiba k ekonomski presoji. Glej tudi sodbe SEU v zadevah C-118/11, *Eon Aset Menidjmunt OOD*, 16. 2. 2012, in C-337/13 *Almos Agrarkulkereskedelmi Kft*, 15. 5. 2014.

28 Avtorjema ni poznano, da bi kateri od primerljivih sistemov EU poznal tako rešitev v primeru finančne nedisciplineinodvzema predmeta lizinga, vendar pa je praksa na področju finančnega najema v EU zelo različna.

sestavina pogodbe, zaradi katere je ta lahko razdrta oziroma razveljavljena tudi po preteku roka. Če bi Vrhovno sodišče razsodilo, da je plačilo bistvena sestavina pogodbe, bi to lahko pomenilo, da je družba NLB Leasing upravičena do popravka DDV skladno z drugim odstavkom 39. člena ZDDV-1. Vendar pa bi se hkrati zastavilo pomembno vprašanje, kaj je davčna osnova oziroma plačilo za dobavo blaga.

- Razsodi, da sta storitev finančnega najema, opravljena družbi Domino, in storitev prodaje nepremičnin družbi Sava IP tako tesno povezani, da sestavljata enotno dobavo in morata biti torej enotno obdavčeni.

Po prepričanju avtorjev pa bi bilo vsekakor v nasprotju s samim načelom nevtralnosti, če bi sodišče razsodilo, da je bila dobava blaga iz družbe NLB Leasing na družbo Domino opravljena in zato popravek obveznosti DDV ni mogoč, hkrati pa bi NLB Leasing s to isto nepremičnino opravila še en prenos pravice do razpolaganja. Avtorja menita, da dvakratni prenos pravice do razpolaganja s strani istega zavezanca ni mogoč, ne da bi ta vmes prešla nazaj na prvotnega imetnika.

6. SKLEPNA UGOTOVITEV

Kot je bilo že navedeno, je Vrhovno sodišče pri sprejetju svoje odločitve vezano na razlago prava EU, kot jo je podalo SEU. Po mnenju avtorjev[29] ima torej Vrhovno sodišče v dani zadevi več možnosti. Lahko odloči na podlagi dejstev in okoliščin primera ter ob upoštevanju napotil SEU ali pa v primeru dvoma pošlje dodatno vprašanje na SEU.[30] V tem dodatnem vprašanju lahko opozori na problem, ki onemogoča sprejetje ustrezne odločitve. Po vedenju avtorjev so po odločitvi SEU v strokovni javnosti še vedno odprta nekatera vprašanja, kot so:

- višina davčne osnove v primeru predčasnega prenehanja pogodbe oziroma kaj je dejansko plačilo za opravljeno dobavo in kaj je morebitna odškodnina za namene DDV, torej ali se tu upoštevajo izključno pravna pravila v nacionalni zakonodaji,
- vprašanje, ali je mogoče določbo 14. člena Direktive o DDV razumeti tako, da lahko isti davčni zavezanec opravi dvakrat prenos pravice do razpolaganja na predmetu lizinga, če je sam to pravico pridobil le enkrat, oziroma če to ni mogoče, ali se lahko transakcija opravi v imenu in za račun zavezanca, ki ne obstaja,[31]
- ter samo vprašanje prenosa pravice do razpolaganja, torej ali lahko govorimo o tem, da je transakcija dobave za namene DDV opravljena, tudi če je bila pogodba pravnoformalno razdrta, če kupcu ostajajo vsa ekonomska upravičenja iz posla.[32]

29 Avtorja nista podrobneje seznanjena z vsemi dejstvi primera in zato lahko podata zgolj splošno mnenje.

30 Tovrstni primeri so se v preteklosti že zgodili. Glej npr. združeni zadevi C-51-54/71 in C-21-24/72, *International Fruit Company NV*, z dne 15. 12. 1972 oz. 12. 12. 1972; zadevi C-104/79 in 244/80, *Foglia proti Novello*, z dne 11. 3. 1980 oz. 16. 12. 1981, in druge.

31 V primeru take rešitve bi lahko namreč pogosto prišlo do okoliščin, v katerih v trenutku prodaje lizingojemalec ne bi več obstajal.

32 Torej ali lahko v primeru razdrtja pogodbe davčni organ odloči, da celotno plačilo predstavlja davčno osnovo in ne dovoli popravka DDV obveznosti.

Transakcije finančnega najema so lahko zelo kompleksne s pravnega in davčnega vidika, saj gre za netipizirane pogodbe, pri katerih lahko malenkosti vplivajo na pravno in davčno presojo. Avtorja sta zato prepričana, da bi lahko odločitev Vrhovnega sodišča pomembno vplivala na davčno prakso v Sloveniji, vendar pa je treba ob tem vedeti, da splošnih pravil, ki bi ločila vse primere, po mnenju avtorjev zaradi narave posla ni mogoče podati.

DELO DRŽAVNIH PRAVOBRANILCEV SKOZI OČI VARUHA

Vlasta Nussdorfer
Varuhinja človekovih pravic Republike Slovenije

Naučili so me, da pot napredka ni ne hitra in ne lahka.
Marie Curie

1. SPLOŠNO

Kako Varuh človekovih pravic Republike Slovenije spremlja delo državnih pravobranilcev? Kaj mu narekuje zakon ter kakšna so pričakovanja pobudnic in pobudnikov?

Pravni okvir za delovanje institucije varuha človekovih pravic v Republiki Sloveniji in njegovo zdaj že 21-letno delovanje je Zakon o varuhu človekovih pravic (ZVarCP[1]), način dela pa ureja Poslovnik varuha človekovih pravic.[2]

Varuh človekovih pravic deluje po določilih ustave ter mednarodnih pravnih aktih o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, pri svojih ukrepih pa se lahko sklicuje tudi na načela pravičnosti in dobrega upravljanja. Pri svojem delu je neodvisen in samostojen, postopek pri njem pa je zaupen, neformalen in za stranke brezplačen. Posreduje ob nepravilnem in oporečnem delu državnih organov, organov lokalne skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, nima pa pristojnosti na področju zasebnih subjektov. Nanj se lahko obrne vsakdo, ki meni, da so mu z aktom ali dejanjem organa kršene človekove pravice ali temeljne svoboščine, in zato vloži pobudo za začetek postopka. Varuh lahko začne postopek tudi na lastno pobudo, če gre za posebno pomemben primer kršitve človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, česar se je v preteklosti pogosto loteval, zlasti glede romske problematike, okolja, zdravstva, invalidov, odločanja o otrocih, pa tudi glede medijsko razvpitih primerov z različnih področij delovanja, v zadnjem času tudi begunske problematike. Pobudo varuh zavrne, če človekove pravice ali temeljne svoboščine niso kršene, če je pobudnik po predhodnem opozorilu ne dopolni, če je zadeva v postopku pred pravosodnimi organi, kjer sicer lahko poda videnje primera v smislu *amicus curie*, če je zadeva v pristojnosti preiskovalnih komisij državnega zbora, če niso bila izčrpana vsa redna ali izredna pravna sredstva ali če gre za manj pomembno zadevo. Varuh človekovih pravic lahko zahteva vse podatke iz pristojnosti državnih organov, organov lokalne skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, ne glede na stopnjo zaupnosti. Varuh oziroma oseba, ki jo pooblasti, lahko vstopi v uradne prostore vsakega državnega organa, v zvezi s svojim delom pa ima tudi pravico vpogleda v podatke in dokumente iz njihove pristojnosti. Ob ugotovljeni kršitvi ali

1 Uradni list RS, št. 71/1993 (15/1994 – popr.), 56/2002 – ZJU.
2 Uradni list RS, št. 63/1995, 54/1998, 101/2001 in 58/2005.

nepravilnosti ukrepa tako, da organu, ki jo je povzročil, predloži svoje mnenje, predlog, kritiko ali priporočila, predlaga, da organ ponovno izvede postopek skladno z zakonom ali povrne škodo oziroma odpravi nepravilnosti. Zato varuh poroča državnemu zboru z rednimi in posebnimi poročili. Predstavi svoje delo, ugotovitve o stopnji spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter spregovori o pravni varnosti državljanov v Republiki Sloveniji. Pooblaščen je tudi, da vloži zahtevo za presojo ustavnosti in zakonitosti predpisov in splošnih aktov, izdanih za uresničevanje javnih pooblastil, državnemu zboru ali vladi pa daje pobudo za spremembo zakonov in drugih predpisov.

2. NEKATERI PRIMERI, KI JIH JE VARUH ČLOVEKOVIH PRAVIC OBRAVNAVAL V POVEZAVI Z DELOM DRŽAVNEGA PRAVOBRANILSTVA

1. primer:

Po 17 letih izvršilni naslov – inšpekcijska odločba še vedno obstaja, izvršba je bila ustavljena, pobudnik z družino pa še naprej trpi v onesnaženem okolju; nadaljevanje primera iz leta 2008. Še po 17 letih nerešen problem.

V varuhovem letnem poročilu za leto 2008 smo predstavili primer, ki se nanaša na dolgoletno problematiko onesnaževanja Železarne Ravne in domnevno neizvršeno odločbo takratnega sanitarnega inšpektorata (RSI) z dne 24. 9. 1992. S to odločbo je RSI naložil Železarni Ravne, da se mora nehati obratovanje UPH-peči in spremljajoče odpraševalne naprave med 22. in 6. uro naslednjega dne do predložitve dokazila o znižanju hrupa v naravnem in bivalnem okolju (hiše stranke, ki je pobudnik varuhu) na predpisano najvišjo dovoljeno raven za IV. stopnjo zahtevnosti (Odlok o maksimalno dovoljenih ravneh hrupa za posamezna območja naravnega in bivalnega okolja ter bivalne prostore – Uradni list SRS, št. 29/80). Rok za izvršitev odločbe je bil naslednji dan po prejetju odločbe. Zavezanec je moral po odločbi do 31. 12. 1992 predložiti RSI ukrepe, s katerimi bi se preprečila prekoračitev najvišje dovoljene ravni hrupa za IV. stopnjo zahtevnosti pri stanovanjski hiši pobudnika. Inšpektorat je 8. 9. 1997 izdal sklep o ustavitvi upravne izvršbe, s katerim je bila upravna izvršba, dovoljena s sklepom RSI z dne 9. 7. 1993, ustavljena, sklep o dovolitvi izvršbe in doslej opravljena izvršilna dejanja pa odpravljena.

Ob obravnavi zadeve pri Varuhu človekovih pravic RS v letu 2008 je ostalo nerazjasnjeno vprašanje, ali izvršilni naslov, odločba z dne 24. 9. 1992, še obstaja, saj je bila s sklepom ustavljena le izvršba. Po varuhovem mnenju so bili dvomljivi tudi pogoji za izdajo sklepa o ustavitvi izvršbe.

Pojasnilom in utemeljitvam Zdravstvenega inšpektorata RS (ZIRS), v pristojnost katerega spada ta problematika, varuh ni mogel pritrditi. Po varuhovem mnenju se izrek odločbe z dne 24. 9. 1992 nanaša na konkretno lokacijo, saj je v izreku zapisana hiša pobudnika NN. Iz obrazložitve sklepa o ustavitvi izvršbe pa izhaja, da odločba z dne 24. 9. 1992 ni bila izvršena, zato po varuhovem mnenju niso bili izpolnjeni vsi pogoji za izdajo tega sklepa (vsaj ne v delu, ki se nanaša na družino NN, ki je tudi edina navedena v izreku odločbe z dne 24. 9. 1992). Zavezanec

(Železarna Ravne oziroma njen pravni naslednik) je sicer dosegel dogovor o preselitvi oziroma o odškodnini z vsemi družinami, razen z družino NN, ki je tak dogovor odklanjala. ZIRS je 8. 9. 1997 izdal sklep o ustavitvi upravne izvršbe, saj naj bi bil z ukrepom preselitve (vseh družin, razen omenjene) dosežen cilj, zaradi katerega je bila odločba sploh izdana, to je varovanje javnega zdravja.

Varuh v zadevi ne more spregledati, da je bil inšpekcijski ukrep z odločbo z dne 24. 9. 1992 »izbran« in izrečen. Odločba je bila pravnomočna in izvršljiva. Na njeni podlagi je bil izdan sklep o dovolitvi izvršbe.

S tem, ko ZIRS pojasnjuje, da je bil namesto prenehanja obratovanja UHP-peči in odpraševalne naprave v nočnem času uporabljen ukrep preselitve vseh ogroženih družin na drugo lokacijo, pritrjuje ugotovitvi, da odločba z dne 24. 9. 1992 ni bila izvršena, torej tudi ni bilo podlage za izdajo sklepa o ustavitvi izvršbe. Pobudnikova družina namreč ni bila preseljena, njena pobuda varuhu pa je bila utemeljena.

Varuh od leta 2008 vodi intenzivno komuniciranje o tej zadevi tudi z Državnim pravobranilstvom RS, ki jo prav tako obravnava. Žal kljub številnim dopisom in posredovanju varuha pri Državnem pravobranilstvu RS ter sestankom z generalnim državnim pravobranilcem zadeva še danes nima epiloga. Varuh se zaveda, da sta za dosego sporazuma v tem primeru potrebna aktivnost in popuščanje vseh vpletenih. Kljub temu pa menimo, da so v obravnavi zadevi prekoračeni vsi razumni roki, saj problematika niti po 17 letih ni rešena.

2. primer:

Pravobranilstvo je glede pravne podlage za rušenje hiše v isti zadevi zavzelo povsem različni stališči

Pobudniki so se obrnili na Varuha človekovih pravic RS zaradi domnevnega diskriminatornega ravnanja Državnega pravobranilstva RS (pravobranilstvo), saj je v lastnih pravnih mnenjih v isti zadevi sprejelo različna stališča, ki bistveno posegajo v človekove pravice. S tem je pravobranilstvo, po mnenju pobudnikov, ravnalo diskriminatorno in v celoti v nasprotju z Evropsko konvencijo o človekovih pravicah, protokol 12, 1. člen. Državno pravobranilstvo je namreč pri obravnavi stališča do rušitve objekta na določenem zemljišču v dopisih s takratnim Inšpektoratom Republike Slovenje za okolje in prostor zagovarjalo stališče, da je bila hiša porušena brez pravne podlage, medtem ko je v isti zadevi pri obravnavi vloge državljana – stranke v postopku, kot je navajala pobudnica, v ponarejanju dejstev zagovarjalo diametralno nasprotno stališče.

O tem smo opravili poizvedbo na pravobranilstvu, ki nam je odgovorilo, da gre v zadevi za dva postopka, in sicer za upravnega in pravdnega. V teh postopkih sta Republiko Slovenijo zastopali dve pravobranilki. Vloge v katerem koli postopku temeljijo na dejanski in pravni podlagi posameznega postopka ter strokovni neodvisnosti in avtonomiji posameznega pravobranilca, delujočega v smislu varstva interesov Republike Slovenije. Glede na to so mogoča različna stališča, predočena sodiščem, ki odločajo o zadevi. Zapisali so, da pri tem ni zaznati diskriminatornih ravnanj, z zatrjevanjem pa jih pobudnica tudi ni izkazala.

Po mnenju pravobranilstva imajo pobudniki možnost svoja stališča zatrjevati in dokazovati v ustreznih postopkih. Izven njih se do navedb ni mogoče opredeljevati. Ugotavljajo, da kršitve morebitnih drugih človekovih pravic niso dokazane. Z odgovorom pravobranilstva nismo bili zadovoljni, zato smo zaradi dodatne razjasnitve okoliščin obravnavane zadeve povabili na sestanek dr. Boštjana Tratarja, generalnega državnega pravobranilca. Ta je ponovil svoje stališče iz predhodno poslanega odgovora, poudaril strokovno neodvisnost pravobranilcev oziroma zastopanje na podlagi usmeritvenih navodil zastopanca, v konkretni zadevi pa ugotovil majhno nekonsistentnost v ravnanju pravobranilstva.

Pravobranilstvo smo opozorili, da se z njihovim stališčem ne strinjamo. Menimo namreč, da neodvisnost in samostojnost zahtevata tudi odgovornost in samorefleksijo, hkrati pa zagotavljata varstvo objektivne zakonitosti, kar izhaja iz načela zakonitosti in načela enakosti pred zakonom. Generalnemu državnemu pravobranilcu smo predlagali, da poskrbi, da tovrstnih situacij ne bo več. Pravobranilstvo nam je sporočilo, da stališče varuha spoštujejo, da pa v konkretnem primeru niso ravnali nekonsistentno. Pojasnili so še, da interna korespondenca s pristojnim inšpektoratom (v upravni zadevi), ki se je nanašala zgolj na stroškovne vidike odločbe in izpodbijanje v tej smeri, ne pomeni nekonsistentnosti nasproti zavrnitvi zahtevka stranki (v tem primeru pobudnici) in s tem tudi ne posega v njene ustavne pravice.

Pravobranilstvo je dodalo, da v obeh primerih stališče temelji na zakonitosti, kar je temelj delovanja državnega pravobranilstva (pa naj je to objektivna ali subjektivna zakonitost). Državni pravobranilki sta v obravnavani zadevi ravnali odgovorno in samoreflektivno ter v smislu varovanja interesov Republike Slovenije.

Pravobranilstvo je še zapisalo, da mora kot vsak državni organ imeti pri delu ves čas pred očmi določbe o ustavnih pravicah, ki jih bo spoštovalo in udejanjalo tudi v prihodnje.

Varuh v celoti vztraja pri lastnem stališču. Dopuščanje tovrstnih ravnanj katerega koli organa lahko privede tudi do kršitve človekovih pravic. Seveda pa je treba na tem mestu dodati naslednje: organi javne uprave so pri svojem delu vezani na ustavo, zakone in druge predpise. Pri njihovi uporabi se v posameznih primerih lahko zgodi, da se predpis uporablja ali razlaga nepravilno. Zmotna uporaba materialnega prava ali procesne kršitve sicer še ne pomenijo krivdnega ravnanja, vendar pa je protipravnost sama po sebi zadosten pogoj za nastanek odškodninske odgovornosti države, saj tako določa Ustava RS v 26. členu.

Ta določba zagotavlja odškodninsko pravno varstvo proti državi in njenim organom. Gre za ustavno pravico, ki jo je v skladu s tretjim odstavkom 15. člena Ustave RS mogoče omejiti, ne pa v celoti izključiti. Odškodninska tožba bo uspešna le, če so navedeni vsi elementi civilnega delikta (protipravno ravnanje povzročitelja, odgovornost, škoda in vzročna zveza med ravnanjem povzročitelja in nastalo škodo). V tovrstnih sporih državno pravobranilstvo zastopa državo, njene organe in upravne organizacije v sestavi, ki so pravne osebe. Pri tem državno pravobranilstvo upošteva usmeritvena navodila tistega, ki ga zastopa v postopku. Zakon o

državnem pravobranilstvu (ZDPra[3]) v 14. členu še določa, da mora vsakdo, kdor namerava začeti pravdni ali drug postopek proti subjektu, ki ga zastopa državno pravobranilstvo, pravobranilstvu predhodno predlagati, da se sporno razmerje reši pred uvedbo pravdnega ali drugega postopka. Ali v posameznem primeru obstaja odškodninska odgovornost države, je navsezadnje stvar posameznega sodnega postopka.

Tudi 37. člen Zakona o inšpekcijskem nadzoru (ZIN[4]) določa odškodninsko odgovornost države za škodo, ki je bila pri delu inšpektorjev protipravno povzročena zavezancu. Republika Slovenija oziroma samoupravna lokalna skupnost odgovarja za premoženjsko škodo, ki je bila zavezancu ali drugi osebi povzročena s protipravnim dejanjem ali opustitvijo dejanja inšpektorja pri opravljanju nalog inšpekcijskega nadzora. Če je storil dejanje naklepno ali iz hude malomarnosti, ima Republika Slovenija oziroma samoupravna lokalna skupnost proti njemu regresni zahtevek. Zavezanec ali tretja oseba lahko zahteva povračilo škode neposredno od inšpektorja le, če je ta nastala zaradi kaznivega dejanja inšpektorja.

3. primer:

Zaradi nezakonitega ravnanja Ministrstva za notranje zadeve je ostal policist brez zaposlitve

Varuhu človekovih pravic RS je naslovil pobudo bivši uslužbenec Ministrstva za notranje zadeve (MNZ), Policije. Pobudniku je pogodba o zaposlitvi v MNZ prenehala z izredno odpovedjo v začetku leta 2011. Zoper odpoved je vložil tožbo, ki ji je Delovno sodišče v Mariboru novembra 2011 delno ugodilo, in sicer v ugotovitvi nezakonitosti sklepov o izredni odpovedi pogodbe o zaposlitvi; pri pravicah iz delovnega razmerja pa glede povračila plač in dolžnih davkov ter prispevkov s pripadajočimi obrestmi. Zavrnilo pa je zahtevek v delu, v katerem je pobudnik zahteval, da ga mora delodajalec pozvati nazaj na delo in prijaviti v obvezno zavarovanje.

Na dan izdaje prvostopenjske sodbe je bil namreč pobudnik še vedno prijavljen v obvezna zavarovanja in je prejemal nadomestilo plače, čeprav mu je bila pogodba o zaposlitvi izredno odpovedana. MNZ ga je še isti dan po prejemu prvostopenjske sodbe odjavilo iz obveznih zavarovanj. Odjavilo ga je takoj, ko je ugotovilo, da zaradi pomote delovno razmerje ni bilo zaključeno v programu za obračun plač MFERAC že v začetku leta 2011. Napaka naj bi se zgodila (kot je izhajalo iz navedb MNZ v pritožbi zoper sodbo), ker je MNZ Policija državni organ s skoraj 10.000 zaposlenimi, v sklopu katerega delujejo različne strokovne službe, med katerimi je prišlo do komunikacijskega kratkega stika, zaradi česar je pobudnik po pomoti ostal v suspenzu in prejemal del plače.

Zaradi napake MNZ, ki pobudnika ni odjavilo iz obveznih zavarovanj, ko bi ga moralo, prvostopenjsko sodišče ni ugodilo tožbenemu zahtevku v delu, da mora

3 Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 77/09, 46/13 in 95/14 – ZUPPJS15.
4 Uradni list RS, št. 43/07 – uradno prečiščeno besedilo in 40/14.

delodajalec pobudnika pozvati nazaj na delo in prijaviti v obvezna zavarovanja, saj za to takrat ni bilo podlage. Prvostopenjska sodba je postala pravnomočna s sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča julija 2012. Pobudnik se ob vložitvi pobude še ni vrnil na delo, čeprav je bilo s pravnomočno sodbo ugotovljeno, da je bila izredna odpoved pogodbe o zaposlitvi nezakonita.

V zvezi z obravnavo pobude smo opravili več poizvedb pri MNZ. V prvem odgovoru je MNZ pojasnilo potek dogodkov v zvezi z ugotavljanjem nezakonitosti izredne odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Navedli so, da so ugotovili pomoto, da v programu za obračun plač MFERAC dejansko še ni bilo prekinjeno delovno razmerje na dan prejema prvostopenjske sodbe. Na ta dan so nato pobudnika odjavili iz obveznih zavarovanj, saj sodba, s katero je bilo ugotovljeno, da je bila izredna odpoved pogodbe o zaposlitvi nezakonita, še ni bila pravnomočna. Dopis so končali z obljubo, da bodo pobudnika v najkrajšem možnem času reintegrirali v delovno razmerje.

Ker stanje ni bilo tako, kot so zagotavljali, smo jim po treh mesecih pisali še enkrat.

MNZ je v odgovoru pojasnilo, da so bile v zvezi z reintegracijo pobudnika v delovno razmerje sicer izvedene nekatere aktivnosti (iskanje ustreznega delovnega mesta, določanje datuma zdravniškega pregleda ipd.), vendar pa se je celotna zadeva ustavila, ker je v tem času pred pristojnim Delovnim sodiščem v Mariboru stekel sodni postopek. (Pobudnik je namreč med obravnavo pobude zahteval reintegracijo v delovno razmerje tudi s tožbo.) MNZ je z Državnega pravobranilstva RS, zunanjega oddelka v Mariboru, prejelo zapisnik s poravnalnega naroka in prvega naroka za glavno obravnavo, v katerem je bilo napisano, da je stvar zrela za odločitev in da sodba izide pisno. Glede na navedeno in ker za pobudnikovo reintegracijo, kot so navedli, dejansko niso imeli nobene pravne podlage (na primer pravnomočne sodbe), so se odločili, da z reintegracijo počakajo do prejema sodbe. Sodišče je tožbo s sklepom zavrglo, saj je ugotovilo, da je pobudnik sodno varstvo uveljavljal prepozno. Zoper predmetno sodbo je slednji vložil pritožbo, o tej pa še ni bilo odločeno. MNZ je dopis končalo z navedbo, da bodo na podlagi zgoraj navedenega v predmetni zadevi ravnali skladno z odločitvijo pristojnega sodišča. Če bo odločilo, da je pobudnika treba ponovno vključiti v delovno razmerje, bodo to tudi nemudoma storili.

Varuh meni, da je ravnanje MNZ v navedenem primeru neetično in nezakonito, s čimer je bilo poseženo v pravice pobudnika. MNZ je kršilo zakonodajo, ko pobudnika ni pravočasno odjavilo iz obveznih zavarovanj, nato pa še, ko je svojo napako popravljalo brez pravne podlage tako, da ga je odjavilo po prejemu prvostopenjske sodbe, v kateri je bilo že (res sicer nepravnomočno) ugotovljeno, da je bila odpoved nezakonita.

Menimo, da je država tista, ki mora prva spoštovati predpise ter načela dobrega in etičnega upravljanja. V tem primeru jih prav gotovo ni:

1. Če MNZ pobudniku ne bi nezakonito odpovedalo pogodbe o zaposlitvi, celotnega problema sploh ne bi bilo.
2. Če MNZ pobudnika ne bi pozabilo odjaviti iz socialnih zavarovanj, ko je bil za to pravi čas, bi Delovno sodišče v Mariboru odločilo drugače in bi zahtevku pobudnika v celoti ugodilo ter odločilo, da ga morajo vzeti nazaj na delo.

3. Če MNZ svoje napake ne bi popravljalo, kot jo je, bi bil pobudnik ves čas zaposlen. S tem bi se tudi izognil sodnemu postopku, ki še poteka. Njegov izid je negotov, celoten postopek pa gotovo pomeni strošek tudi za državni proračun.

Stališče pod drugo točko potrjuje drug, enak primer sodelavca pobudnika, s katerim sta istočasno prejela izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi zaradi istega dogodka. Pri njem napake pri odjavi ni bilo in policist je bil že pred časom vključen v delovno razmerje.

Lahko sicer pritrdimo mnenju MNZ, da ni pravne podlage, da bi pobudnika reintegrirali v delovno razmerje. Vendar pa tudi niso imeli pravne podlage za njegovo odjavo iz zavarovanj šele 15. 11. 2011. Ob sklicevanju na načela pravičnosti in dobrega upravljanja smo zato MNZ poslali mnenje, v katerem smo predlagali, da pobudnika reintegrirajo v delovno razmerje.

MNZ nam je v odgovoru ponovno pojasnilo, da za reintegracijo pobudnika v delovno razmerje dejansko nima pravne podlage. Pri vseh odločitvah je treba po njihovem mnenju spoštovati 16. člen Zakona o javnih uslužbencih (ZJU[5]), ki v tretjem odstavku določa, da delodajalec javnemu uslužbencu ne sme zagotavljati pravic v večjem obsegu, kot je to določeno z zakonom, podzakonskim predpisom ali kolektivno pogodbo, če bi s tem obremenil javna sredstva. Zato pobudnika ne bodo reintegrirali v delovno razmerje, saj bi bilo to nezakonito. Se je pa MNZ strinjalo z našimi ugotovitvami, da je bilo njihovo ravnanje v tem delu nezakonito, zato bodo, kot so navedli, z njim vzpostavili stik glede možnosti ponovne zaposlitve v istem organu in poskušali predmetno zadevo rešiti v obojestransko zadovoljstvo.

Že v zadnjem dopisu, ki smo ga poslali MNZ, smo se strinjali, da ni pravne podlage, po kateri bi MNZ lahko ponovno vključilo pobudnika v delovno razmerje. Vendar pa tudi niso imeli pravne podlage za njegovo odjavo iz zavarovanj šele po prejemu prvostopenjske sodbe. Na podlagi navedenega vztrajamo pri stališču, da mora MNZ pobudnika ponovno zaposliti. Glede na navedbe MNZ pričakujemo, da se bo to tudi zgodilo. Pobuda je bila utemeljena.

4. primer:

(Ne)odzivanje Državnega pravobranilstva RS

Pobudnik, ki je menil, da je bil oškodovan zaradi ravnanja prekrškovnega organa, je na Državno pravobranilstvo RS (pravobranilstvo) naslovil odškodninski zahtevek. Na poziv pravobranilstva je svoj zahtevek dopolnil, vendar nadaljnjega njegovega odziva ni bil deležen. Tudi na vlogo, s katero je pravobranilstvo prosil za podatek, kako predmetna zadeva poteka, ni prejel odgovora, zato je prosil za posredovanje Varuha človekovih pravic RS.

Državna pravobranilka, ki je zadevo obravnavala, je na poizvedovanje varuha sporočila, da je pravobranilstvo prejelo odškodninski zahtevek pobudnika 17. 8.

5 Uradni list RS, št. 63/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 69/08 – ZTFI-A, 69/08 – ZZavar-E in 40/12 – ZUJF.

2011. Poslala ga je organu, na kršitev katerega se je zahtevek nanašal (Generalna policijska uprava RS) in ki se je do tega zahtevka opredelilo šele po posredovanju pravobranilstva 18. 11. 2012. Pravobranilstvo je nato pobudnika (šele) 31. 1. 2012 pozvalo, da pošlje specifikacijo odškodninskega zahtevka. Pobudnik jo je poslal pravobranilstvu 7. 2. 2012. Državna pravobranilka je sporočila, da je pravobranilstvo prejelo ponovni zahtevek pobudnika 11. 10. 2012, 29. 10. 2012 pa tudi dopis varuha. Potrdila je, da so pobudnikove navedbe sicer točne, vendar je za reševanje te zadeve porabila več časa, kot je sicer predvideno, saj je podvomila o verodostojnosti nekaterih predloženih listin. Hkrati je sporočila, da bo pobudniku nemudoma sporočila, do povrnitve katerih stroškov in v kakšni višini je upravičen. To ponudbo je pobudnik, kot je sporočil, tudi prejel, poslana pa je bila z dopisom pravobranilstva (šele) z dne 12. 11. 2012.

Po varuhovem mnenju se pravobranilstvo v obravnavanem primeru ni zadovoljivo odzvalo pobudniku. Potrebovalo je več kot pet mesecev zgolj za to, da je pobudnika pozvalo k specifikaciji odškodninskega zahtevka. Po njenem prejemu pa mu je poslalo poravnalno ponudbo po več kot devetih mesecih in šele po tem, ko je k obravnavi njegovega zahtevka pozval tudi varuh. V skladu z drugim odstavkom 14. člena ZDPra bi moralo državno pravobranilstvo čim prej, najpozneje pa v 30 dneh ustrezno obvestiti pobudnika o stališču do vloženega odškodninskega zahtevka. Ob doseženem sporazumu bi nato moralo skleniti z njim poravnavo. Tako bi po varuhovem mnenju lahko ravnalo pravobranilstvo tudi v obravnavanem primeru, saj državna pravobranilka ni navedla nobenega utemeljena razloga za svoje pozno odzivanje. Četudi je podvomila o verodostojnosti predloženih listin, ni sprožila nobenega postopka, od izida katerega bi bila odvisna končna odločitev pravobranilstva, kakršna je bila pobudniku nazadnje vendarle poslana.

5. primer:

Je državno pravobranilstvo Republike Slovenije tudi pravni svetovalec?

V nekaterih izmed obravnavanih pobud so bili navedeni pomisleki glede obravnavanja odškodninskih zahtevkov s strani Državnega pravobranilstva Republike Slovenije (DPRS), ki jih nanj naslovijo stranke v skladu z določbo 14. člena ZDPra. Obrazložitve pravobranilstva v zvezi z zavrnitvijo odškodninskih zahtevkov so bile po mnenju pobudnikov pavšalne in splošne, strankam pa se zato povzročajo dodatni in nepotrebni stroški. V tej zvezi se je tako zastavilo vprašanje vsebinske primernosti obravnavanja predlogov strank zaradi mirne rešitve spornega razmerja in seveda tovrstnega pojasnila strankam. Stranka, ki je seznanjena z obrazloženimi razlogi, zaradi katerih je pravobranilstvo zavrnilo njen predlog za izvensodno rešitev spora (oziroma v tem primeru odškodninski zahtevek), namreč na tej podlagi lažje sprejme odločitev, ali bo kljub tem razlogom postopek nadaljevala po sodni poti ali pa ga zaradi prepričljivih utemeljitev ne bo (po nepotrebnem) sprožila.

V odgovoru na našo poizvedbo je pravobranilstvo zagovarjalo stališče, da bi njegovo podrobno razlaganje neobstoja odškodninske odgovornosti države in utemeljevanje pogojev te odgovornosti pomenili argumentacijo pravnega spora (zlasti če nasprotno stranko zastopa pravno usposobljena oseba – odvetnik) in pravno svetovanje nasprotni stranki, kar pa je lahko v škodo Republiki Sloveniji v morebitni pravdi

(in kar po mnenju pravobranilstva tudi ni namen 14. člena ZDPra). Če predlagatelj po 14. členu ZDPra nato vloži tožbo zoper Republiko Slovenijo, ta v pravdnem postopku nastopa kot enakovredna stranka. Po stališču pravobranilstva bi bilo poučevanje stranke o tem, kaj bi bilo treba utemeljiti v smislu obstoja odškodninske odgovornosti, nedopustno in bi povzročilo, da ob pravdnem postopku Republiki Sloveniji ne bi bila več zagotovljena enakost orožja. Pravobranilstvo je menilo tudi, da so njegove utemeljitve zavrnitve odškodninskih zahtevkov po 14. členu ZDPra ustrezno obrazložene, upoštevajoč še dopustno mero, da se odgovor v bistvu ne sprevrže v pravno svetovanje nasprotni stranki, da pa slednjo vseeno z obrazložitvijo pouči o neobstoju elementov odškodninske odgovornosti.

Na podlagi preučitve navedb, dokumentacije v pobudah in pojasnil pravobranilstva varuh ni mogel slediti navedbam oziroma očitkom pobudnikov. Navedbe pravobranilstva so bile po njegovi presoji neoporečne, smiselne in utemeljene. Poleg tega pa v primeru, kakršen je bil eden od obravnavanih, predhodni predlog pravobranilstva po 14. členu ZDPra tudi ni bil procesni pogoj za vložitev tožbe. Enako je izhajalo (tudi) iz načelnega pravnega mnenja obče seje Vrhovnega sodišča RS z dne 16. 6. 1998 (Pravna mnenja VSRS 1/98, str. 20) in ustaljene sodne prakse višjih sodišč (VSL sklep II Cp 173/2009 z dne 22. 4. 2009, II Cp 678/2009, VSL sodba II Cp 678/2009 z dne 1. 7. 2009, VSL sodba in sklep II Cp 1000/2014 z dne 11. 6. 2014 ...). Navedeno je po našem mnenju pomenilo, da mora stranka tudi brez predhodne opredelitve pravobranilstva glede utemeljenosti odškodninskega zahtevka sama priti do odločitve, ali je postavitev (in vlaganje) tega zahtevka utemeljena ali ne. Če pa sama ne razpolaga z ustreznim znanjem, si mora v ta namen zagotoviti pravno pomoč pravnega strokovnjaka, praviloma odvetnika. Ker tako (pravno) pomoč Republiki Sloveniji zagotavlja pravobranilstvo, bi bilo morebitno delovanje slednjega, kakor je opisano zgoraj, po naši presoji lahko v nasprotju z njegovo ključno nalogo, to pa je zastopanje in pravno svetovanje Republiki Sloveniji in drugim državnim organom pred domačimi, tujimi in mednarodnimi sodišči.

Čeprav varuh v minulih letih ni obravnaval veliko zadev, ki bi se dotikale dela državnih pravobranilcev, je mogoče z gotovostjo trditi, da naše pobudnice in pobudniki dobro poznajo svojo trnovo pot skozi različne faze postopka, dolga sojenja, ki jih včasih vodijo celo do Evropskega sodišča za človekove pravice, povsem različne odločitve sodnikov, ki jim ne vlivajo občutka pravne varnosti, in vlaganje odškodninskih zahtevkov zoper državo. Tudi neodzivanje državnega pravobranilstva je lahko nezakonito ravnanje. Varuh nima pristojnosti za obravnavo zadev, ki še potekajo pred pristojnimi sodišči, vsekakor pa njegovo delo lahko vodi tudi k pozivu za hitrejša sojenja, ki ljudem prinašajo take ali drugačne odločitve, ko pa so sodbe pravnomočne, jih stranke vsekakor morajo spoštovati. Zato je delo državnih pravobranilcev izjemnega pomena za ljudi, ki odpirajo in zapirajo vrata zelo različnih institucij ter upajo na hitrejšo razsodbo.

3. RAZMIŠLJANJE ZA KONEC

Državno pravobranilstvo je po določilu prvega odstavka 2. člena ZDPra samostojen državni organ. Po določilu prvega odstavka 1. člena ZDPra je zastopnik Republike Slovenije in drugih subjektov, določenih s tem zakonom, pred sodišči in upravnimi

organi. Tudi po določilu prvega odstavka 7. člena ZDPra državno pravobranilstvo pred sodišči zastopa državo, njene organe in upravne organizacije v sestavi, ki so pravne osebe. Po ZDPra mora torej državni pravobranilec v sodnih sporih zastopati določen (državni) subjekt. Drugačna pa je ureditev v ZUS, ki je za sodelovanje državnega pravobranilstva v upravnem sporu specialnejši predpis. Po določilu njegovega 17. člena je stranka v upravnem sporu lahko tudi zastopnik javnega interesa – državni pravobranilec. Kadar državni pravobranilec vloži tožbo v upravnem sporu, ker meni, da je z upravnim aktom kršen zakon v škodo javne koristi (drugi odstavek 18. člena ZUS), ne zastopa nobenega državnega subjekta, ampak javni interes. Poleg funkcije zastopanja opravlja državno pravobranilstvo nekatere naloge glede strokovne pomoči državnim organom pri sklepanju pogodb v zvezi z nepremičninami in pri drugih premoženjskopravnih vprašanjih.

Državno pravobranilstvo je kot zastopnik države v najširšem smislu vključeno v številne postopke. Čeprav pobude, ki jih obravnava varuh s tega področja, niso številne, to še ne pomeni, da problematike na tem področju ne zaznava. Sodna praksa na primer kaže, da se med državo in oškodovanci redko sklenejo poravnave, in taki zahtevki dodatno obremenjujejo sodišča.

Ustavno sodišče RS v odločbah uvršča državno pravobranilstvo med pravosodne organe. Državno pravobranilstvo s svojim delom nedvomno prispeva k uresničevanju pravne države in ustavnih pravic. Ima namreč pomembno vlogo pri reševanju številnih sporov, v katerih je udeležena država.

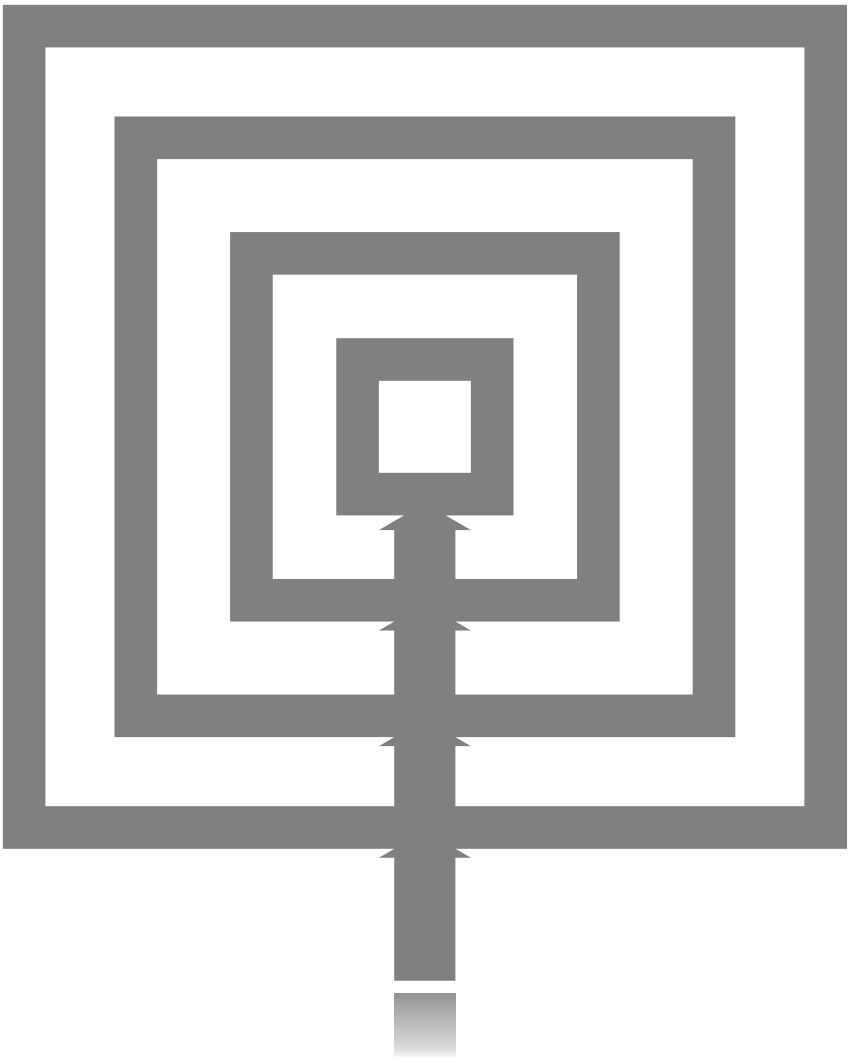
Prav zaradi tako pomembne vloge državnega pravobranilstva varuh z vidika varovanja človekovih pravic budno spremlja tudi njegovo delo. Predstavljeni primeri so tako kazalnik dobre ali slabe prakse države in njenih institucij.

Varuh je »kontrolni most« med državljani in državo, zato je povabilo k predstavitvi posameznih primerov, ki jih je v preteklosti obravnaval, odlična priložnost za še boljše delo vseh vpletenih.

Morali bi se zavedati,
da nismo edini, ki se lahko
znajdemo v očitno slepi
ulici. Kakor se papirnat
zmaj dvigne v veter,
nam lahko tudi največje
težave dajo novih moči.
Če se je na tisoče ljudi pred
nami srečalo z enako usodo
in so jo lahko obvladali,
jo lahko tudi mi!
DR. R. BRASCH

VIRI:

- Letno poročilo Varuha človekovih pravic za leto 2014
- Poslovnik varuha človekovih pravic (Uradni list RS, št. 63/95, 54/98, 101/01 in 58/05)
- Zakon o državnem pravobranilstvu (Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 77/09, 46/13 in 95/14 – ZUPPJS15)
- Zakon o inšpekcijskem nadzoru (Uradni list RS, št. 43/07 – uradno prečiščeno besedilo in 40/14)
- Zakon o javnih uslužbencih (Uradni list RS, št. 63/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 69/08 – ZTFI-A, 69/08 – ZZavar-E in 40/12 – ZUJF)
- Zakon o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/06, 107/09 – odl. US, 62/10, 98/11 – odl. US in 109/12)
- Zakon o varuhu človekovih pravic (Uradni list RS, št. 71/93, 15/94, 56/2002 in 109/2012)



OBITER DICTA

ČUSTVA IN PRAVO[1]

Tinkara Pavšič Mrevlje
univerzitetna diplomirana psihologinja
doktorica klinične psihologije
docentka na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru

1. UVOD

Pravo se primarno obravnava kot racionalno, logično, objektivno, kar pa ne drži povsem. Ljudje smo namreč emocionalna in racionalna bitja – kolikor je mogoče to sploh jasno ločiti. Pravnik pri svojem delu nima le pogostih in dolgotrajnejših stikov z ljudmi, temveč imajo ta srečanja zaradi posameznikovega iskanja pravice pogosto močno čustveno spremljavo, ki pa ni nujno očitna in neposredno razpoznavna. Zaznati jo je mogoče prek lastnih doživljanj – pri delu na nekaterih primerih in/ali ob določenih strankah: jeza, nemoč, dolgčas, utrujenost, odpor, pretiran občutek odgovornosti za rešitev primera itd. Tovrstni čustveni odziv se v psihologiji imenuje *kontratransfer*. Psihoterapevt se ga mora kot strokovnjak nujno zavedati in ga nadzirati, obenem pa je zanj tudi pomembno orodje, s katerim si pomaga razumeti dogajanje v pacientovem notranjem svetu. Delo pravnika je seveda drugačne narave, vendar je prepoznavanje kontratransfera velikega pomena, saj lahko brez tega (nezavedni) čustveni odzivi izkrivljajo in meglijo razmišljanje, odločanje in celotno delo na posameznih primerih.

Prepoznavanje čustvenih vsebin na področju prava ne pomeni le boljšega razumevanja strank in zadovoljivih rezultatov dela za vse vpletene, temveč tudi manjše pritiske zaradi stresnosti dela in večjo (psihično) odpornost pri delu s travmatiziranimi strankami.[2] Prispevek skuša zaobjeti ključne elemente, vezane na kontratransferne odzive: vzroke, prepoznavne znake in možne rešitve.

2. ČUSTVA IN RAZUM

S čustvi ljudje ocenimo/ovrednotimo pomen situacij, v katerih smo, prek česar nas čustva tudi usmerjajo. S čustvenimi reakcijami se neposredno (npr. izogibanje nevarnostim) in posredno (npr. olajševanje socialnih odnosov) prilagajamo danim okoliščinam, vendar ne le zaradi ohranjanja preživetja in (psihičnega) ravnovesja, temveč tudi za doseganje (psihične) blaginje.[3] Že sama beseda *emocija* namreč

1 Prispevek je za objavo dopolnjeno in prirejeno vabljeno predavanje avtorice na 14. posvetu Otrok in pasti sodobnega časa, ki je v organizaciji Društva državnih tožilcev Republike Slovenije in Generalne policijske uprave v sodelovanju s Centrom za izobraževanje v pravosodju in Ministrstvom za pravosodje potekal 2. in 3. aprila 2015 na Brdu pri Kranju.

2 Silver, M. A., Portnoy, S. in Peters, J. K., Stress, Burnout, Vicarious Trauma, and Other Emotional Realities in the Lawyer/Client Relationship: A Panel Discussion, Touro Law Review, 2004, str. 854.

3 Damasio, A., Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello (tretja izdaja), Milano: Adelphi, 2008, str. 49 in 54.

prihaja iz latinščine (emovere) in pomeni *spraviti v gibanje*. Vsi zunanji in notranji dražljaji, ki so filogenetsko (evolucijsko) in/ali ontogenetsko (v življenju posameznika) prepoznani kot pomembni, v nas sprožijo čustvene odzive.

Čustvovanje se pravzaprav zgodi v vsakem medosebnem odnosu, torej tudi strokovnem. V nekaterih poklicih, na primer psihoterapevtskem, je usmerjenost pozornosti na čustva drugega celo ključna, se mu pa ne moremo izogniti niti na drugih področjih, kot je recimo pravo.

V pravni sferi je termin čustvo dolgo veljalo kot kategorija za vse, čemur se je treba izogniti – subjektivno, iracionalno, pristransko, neoprijemljivo[4] – in lahko vodi v zmoto. Pravo je namreč racionalno, linearno in ciljno usmerjeno, logično in temelječe na dejstvih.[5] Še vedno je pogosto zaslediti prepričanje, da bi priznavanje pomena čustev pomenilo opuščanje trezne misli, kar bi se v pravu pokazalo kot odločanje na ravni političnih kompromisov in nedemokratičnih mnenj.[6] Joan S. Meyer poroča o študentki prava, ki je med izobraževanjem o pravnih vidikih nasilja v družini (vodili sta ga pravnica in psihologinja) rekla: »Mislila sem, da študiram za pravnico. Zakaj potrebujem psihologa?«[7] Že sam proces izobraževanja študente usmerja v ločevanje logičnega mišljenja od čustev v prepričanju, da lahko tako kompetentno in temeljito analizirajo pravna vprašanja. Običajno so vsebine, vezane na empatijo in soočanje s čustvovanjem strank ter lastnih čustvenih odzivov nanje, redko obravnavane, zaradi česar imajo lahko študenti prava kasneje v praksi težave.[8]

Zanikanje emocionalnega v pravu le ni tako absolutno: v porotniških sistemih se kdaj ne upošteva dokaz, ki bi lahko močno vplival na sposobnost odločanja porote (npr. izrazito nasilne fotografije); družinsko pravo išče rešitve v kontekstu navezanosti in ljubezni; v odškodninskem pravu se »meri« psihično trpljenje; stranke v sporu iščejo čustveno zadoščenje prek pravnih mehanizmov;[9] kazensko pravo prepoznava nenadna, jasna, enostavnejša čustva.[10] Vpeljava emocionalnega je sprejemljiva predvsem pri razumevanju psihologije strank, pri katerih se poskušajo ugotoviti njihova (psihična) dobrobit oziroma oškodovanost, motivi za njihova dejanja ali odsotnost le-teh ipd. Maroney[11] zaključuje, da sta v pravu *racionalno* in *emocionalno* še vedno precej nepovezana, da pa se od srede devetdesetih let prejšnjega stoletja pravna sfera le odpira tovrstnim temam (tudi) kot posledica novih vpogledov in razumevanja čustvovanja, predvsem

4 Bandes, S. A. in Blumenthal, J. A., Emotion and the Law. Annual Review of Law and Social Science, 2012, str. 162.

5 Nelken, M. L., Negotiation and Psychoanalysis: If I'd Wanted to Learn About Feelings, I Wouldn't Have Gone to Law School, Journal of Legal Education, 1996, str. 421.

6 Grossi, R., Understanding Law and Emotion, Emotion Review, 2015, str. 57.

7 Meyer, J. S., Notes from the Underground: Integrating Psychological and Legal Perspectives on Domestic Violence in Theory and Practice, Hofstra Law Review, 1993, str. 1357.

8 Parker, L. M., Increasing Law Student's Effectiveness When Representing Traumatized Clients: A Case Study of the Katharine & George Alexander Community Law Center, Georgetown Immigration Law Journal, 2007, str. 168–171.; Gallacher, I., Thinking Like Non-Lawyers: Why Empathy is a Core Lawyering Skill and Why Legal Education Should Change to Reflect its Importance. Journal of the Association of Legal Writing Directors, 2010, pridobljeno 26. 7. 2015 na <papers.ssrn.com>, str. 1.

9 Maroney, T. A., Law and Emotion: A proposed Taxonomy of an Emerging Field, Law and Human Behavior, 2006, str. 120.

10 Baker, K. K., Gender and Emotion in Criminal Law. Harvard Journal of Law and Gender, 2005, str. 447.

11 Maroney, T. A., nav. delo, str. 121.

skozi nevropsihologijo. Slednja namreč z odkrivanjem možganskega delovanja dokazuje, da kognitivnih procesov (med njimi so spomin, mišljenje in presojanje) ni mogoče ločiti od čustvovanja. Dolgo je veljalo, poenostavljeno rečeno, da je z racionalnim delovanjem povezana predvsem najmlajša plast človeških možganov – neokorteks, medtem ko so ob čustvovanju aktivni (evolucijsko gledano) starejši deli možganov. Nedavne raziskave pa kažejo, da neokorteks ne more delovati brez aktivnosti drugih (starejših) delov možganov. Še več: zaradi neločljivosti od telesa ima čustvovanje primarno vlogo, ki prežema celotno psihično delovanje in tako pomeni referenčni okvir za kognitivno delovanje možganov.[12]

3. PROFESIONALNI ODNOS IN ČUSTVA

Čustveni odzivi so prisotni pri vseh akterjih na pravnem področju, ne le pri strankah, temveč tudi pri pravnikih. Njihovo delo zahteva tako intelektualni kot čustveni napor, saj gre za pravno vplivanje na življenje posameznika. Pogosteje kot zadovoljstvo, ki ga prinese na primer zadoščenje pravicam posameznika, je v delu pravnikov prisotna problematika, vezana na nerazumevanje, strah in pohlep.[13] Stranka z doživljanji, kot so strah, tesnoba in nemoč, išče pomoč in strokovno znanje ter podporo. Pravnik je za stranko avtoritativna figura,[14] tako kot jo v drugih okoliščinah predstavljajo na primer zdravnik, učitelj (profesor) in psihoterapevt. Že v osnovi je tovrsten odnos definiran kot asimetričen z vidika moči, saj nudenje pomoči ni obojestransko.[15] Pravnik pozna mnoge potankosti iz intimnega življenja stranke, obratno pa to ne drži, zato je predvsem pravnik odgovoren za spoštovanje vlog in meja v odnosu. Še toliko bolj, ker stranka v odnos vstopa s čustvenimi potrebami in je zato tudi bolj ranljiva.[16]

V idealnem profesionalnem odnosu obe strani vodijo objektivna pričakovanja in razumevanje okoliščin, logično spoprijemanje z različnimi vprašanji, strinjanje o (delovnih) ciljih, zagotavljanje potrebnih informacij, kompromisi, spoštovanje in pozitivno sprejemanje razlik v vlogah.[17] Najpogosteje pa to ni tako: na eni strani imamo stranke z že omenjenimi potrebami in željami, na drugi pa na primer pravnika, čigar vloga bi bila brez strokovnosti, moči in avtoritete pravzaprav brez pomena. Odnos že na začetku zaznamujejo predstave in pričakovanja o tem, kaj bo pravnik uredil in zagotovil (za stranko) in kakšne bodo želje, zahteve in vedenje stranke (do pravnika), preden se obe strani sploh srečata. In ker so to intrapsihično, medosebno in pogosto tudi finančno pomembne okoliščine[18] intenzivne narave, jih neizogibno zaznamuje tudi čustvena spremljava.

12 Damasio, A. R., Descartes' Error. Emotion, Reason, and Human Brain, New York: Avon Books, 1994, str. 160.
13 Juergens, A., Practicing What we Teach: The Importance of Emotion and Community Connection in Law Work and Law Teaching, Clinical law Review, 2005, str. 902.
14 Chapman, J., Interviewing and Counselling (druga izdaja), London: Cavendish Publishing Limited, 2000.
15 Etchegoyen, R. H., Fundamentals of Psychoanalytic Technique, London, Karnac Books, 2005, str. 268.
16 Fines, B. G. in Madsen, C., Caring too little, caring too much: Competence and the Family Law Attorney, University of Missouri-Kansas City Law Review, 2007, str. 996.
17 Feinberg, R. in Greene, J. T., Transference and Countertransference Issues in Professional Relationships, Family Law Quarterly, 1995, str. 112.
18 Hamel, L. H. in Davis, J. T., Transference and Countertransference in the Lawyer-Client Relationship: Psychoanalysis Applied in Estate Planning, Psychoanalytic Psychology, 2008, str. 600.

Ob čustvih stranke se pravnik in druge avtoritativne figure srečajo z lastnimi čustvenimi odzivi. Iz psihoterapevtske prakse je znano, da se lahko začne tudi najbolj mil in dobrosrčen psihoterapevt besno pritoževati, ko postane objekt klientove paranoidne kritike.[19] Ta pojav, imenovan kontratransfer, je bil sprva prepoznan v psihoanalizi, kasneje pa tudi širše sprejet.

4. KONTRATRANSFER

Prvič je bil *kontratransfer* omenjen leta 1910, ko je na drugem psihoanalitičnem kongresu Sigmund Freud predaval o prihodnosti psihoanalitične terapije.[20] Od petdesetih let prejšnjega stoletja dalje se kontratransferu posveča posebna pozornost predvsem v psihoterapiji, prepoznava pa se njegova pomembna vloga tudi na drugih področjih. Najširše je kontratransfer definiran kot vsi čustveni odzivi, ki jih psihoanalitik doživlja do pacienta/stranke.[21] Kontratransfer ima lahko negativen vpliv, če ni prepoznan in predelan. Pojavlja se predvsem v odnosih z avtoritativno figuro,[22] torej tudi na vseh področjih pravnega dela.[23] Vsa čustvena doživljanja seveda niso problematična, ravno nasprotno. Tako psihoterapevt kot pravnik izražata zanimanje za stranko in si s svojim znanjem želita pomagati, zato morata biti tudi empatična. Poleg tega so jima nekatere stranke bolj, nekatere manj »blizu«, doživljanje nekaterih je lažje, drugih spet težje razumeti. Dokler se tega zavedata in to lahko nadzirata, ne gre za kontratransfer. Če pa so tovrstna doživljanja intenzivnejša, gre zagotovo za vpliv nezavednih kontratransfernih občutkov,[24] ki jih doživljajo tudi strokovnjaki z dolgoletnimi izkušnjami.[25] Reči, da je nekdo tako »čustveno zrel«, da do kontratransfera ne pride, je naivno, če ne celo arogantno.[26] V odnose namreč vsi vstopamo (tudi) s pričakovanji, željami, strahovi in obrambami, ki so se razvili skozi vse naše pretekle izkušnje, predvsem tiste najbolj zgodnje. V hierarhičnih in čustveno intenzivnih odnosih je verjetnost, da se na drugega odzovemo z (nezavednimi) kontratransfernimi čustvi, velika. Ponovno je treba poudariti, da ne gre za nezaželeno čustvovanje na splošno. Med pravniki pogosto velja mnenje, da so čustva pri njihovem delu irelevantna, vendar zanikanje in ignoriranje strahov, jeze, tesnobe, žalosti in drugih duševnih stanj posledično pomeni, da je za stranko sprejemanje informiranih odločitev težko, če ne celo nemogoče.[27] Empatija je pomemben del odnosa, z njo poskušamo prek identifikacije z drugim razumeti njegovo počutje, želje, potrebe. Kontratransfer pa so doživljanja, ki so neobvladana in izkrivljena, zaradi česar lahko pride do motenj v odnosu in neprofesionalnega ter manj učinkovitega dela. Da bi to preprečili, se moramo zavedati in razumeti pomen kontratransfera in se mu ne izogibati – do tega odziva in posledic namreč pride, če to priznamo ali ne.

19 McWilliams, N., Psychoanalytic case formulation, New York: The Guilford Press, 1999, str. 105.
20 Baum, E., Countertransference, Psychoanalytic Review, 1969–1970, str. 622.
21 Heimann, P., On Counter-Transference. International Journal of Psycho-Analysis, 1950, str. 81.
22 Feinberg, R. in Greene, J. T., nav. delo str. 111.
23 Hamel, L. H. in Davis, J. T., nav. delo str. 590.
24 Baum, E., nav. delo str. 625.
25 Sattar, S. P., Pinals, D. A. in Gutheil, T. G., Countering Countertransference, II: Beyond Evaluation to Cross-Examination. Journal of the American Academy of Psychiatry and Law, 2004, str. 149.
26 Feinberg, R. in Greene, J. T., nav. delo str. 120.
27 Fines, B. G. in Madsen, C., nav. delo, str. 982.

Kontratransfer je vezan tako na (osebno) psihologijo stranke kot na (osebno) psihologijo pravnika. Kontratransferna vloga pravnika namreč ni samo vprašanje strokovne usposobljenosti, ampak tudi njegove osebnosti, s katero odigra različne zavestne in nezavedne vloge v odnosu s stranko: kot pravnik in oseba je tarča želja, potreb, pričakovanj stranke, na katere se odzove z lastnimi (nezavednimi) potrebami, željami in pričakovanji.[28] Feinberg in Greene[29] med opozorilne znake, ki kažejo na kontratransfer strokovnjaka, umeščata med drugim tudi: željo po tem, da bi na stranko naredil vtis, izkazovanje odpora do stranke ali nenavadno pozitivnih čustev do nje. Odpor do stranke oziroma negativni kontratransfer se lahko pri pravniku pokaže kot:

- doživljanje čustev, ki jih ne razume; »stranka pritiska na moje gumbe«;
- tesnoba pred srečanjem;
- izčrpanost med srečanjem ali po njem;
- pretirana jeza na stranko zaradi zamujanja, neplačevanja, nerazumevanja ipd.;
- nepozornost med sestanki;
- stranki pozabi vrniti klic;
- odlaganje dela z določeno stranko;
- stranka ga spominja na pomembno osebo iz preteklosti, na katero se pogosto spomni, ko je s stranko.

Kontratransfer je lahko tudi pozitiven:

- pričakovanje, morda celo vznemirjenost zaradi srečanja s stranko;
- uporaba mnogih izgovorov v imenu stranke, ko ta npr. zamuja, ne plačuje, se ne drži nekaterih dogovorov ipd.;
- močna čustva in mnenja o drugem pravniku in njegovih motivih (npr. v ločitvenih postopkih);
- občutenje strankine bolečine;
- razmišljanje o stranki izven uradnih ur;
- spolno vznemirjenje ob srečanjih.

Najresnejše posledice neprepoznanega kontratransfera, ki posežejo v razreševanje nekega primera, so najpogosteje slabe pravne odločitve in slaba kakovost dokumentov, vezanih na primer.[30] Pravniki se v razmerju do stranke zaznavajo kot njihovi zagovorniki, kar tudi drži, vendar pa se morajo izogibati enostranskim in samostojnim odločitvam in s pridobitvijo natančnih podatkov čim bolj objektivno opraviti svoje delo v imenu stranke.

5. PREPOZNAVANJE KONTRATRANSFERA IN UKREPANJE

Sprejemanje čustvovanja kot pomembnega dela komunikacije v odnosu s stranko pomeni empatično vstopanje v odnos, ki omogoča strokovno sodelovanje in odločanje. Da bi lahko ob empatičnem spremljanju stranke ohranili profesionalnost,

28 Hinshelwood, R. D., Countertransference. International Journal of Psychoanalysis, 1999, str. 814.
29 Feinberg, R. in Greene, J. T., nav. delo str. 114.
30 Hamel, L. H. in Davis, J. T., nav. delo str. 600.

je nujno vzpostavljanje in ohranjanje meja, saj nas te ščitijo, na primer, pred občutki (prevelike in zato neustrezne) osebne odgovornosti za reševanje težave stranke ali prijateljskim (morda celo spolnim) odnosom z njo. Včasih zadostuje že, da se svoje kontratransferne reakcije zavemo – ugotavljanje, zakaj je do tega prišlo, ni vedno nujno. Že to, da svoj čustveni odziv prepoznamo, je kdaj lahko dovolj, da ga lahko nadzorujemo in se izognemo morebitnim negativnim posledicam.[31] Poznavanje in razumevanje samega sebe je tu ključno. Če ne »slišimo« in ne razumemo sebe, je tudi naše razumevanje in »slišanje« drugih okrnjeno – zato želja strank ne razumemo pravilno, zgrešimo morebitne možnosti za poravnavo, rešitev primera ipd.[32]

Na naše strokovne kompetence vpliva tudi naše zasebno življenje.[33] Skrb za svoje psihofizično zdravje, ustrezno ravnovesje med delom in življenjem, sprostitvene in duhovne dejavnosti ter učinkovito spoprijemanje s stresom omogočajo, da imamo dovolj psiholoških virov za strokovno (in emocionalno uglašeno) delo s stranko. Brez tega je posameznik bolj ranljiv za kontratransferne odzive.

Iz psihoterapevtskega dela je že dolgo znano, da je veliko lažje prepoznavati svoje odzive in kakovost svojega dela, ko te vsebine delimo s kolegi in sodelavci. Včasih dobimo uvid v nekatere vsebine že med samo predstavitvijo primera, preden se imajo drugi možnost odzvati.[34] Vsekakor so supervizije pomembna pobuda delovne organizacije. Pogoste so tudi t. i. *intervizije*, na katerih med rednimi srečanji učinkovito izkoristimo podporo sodelavcev in kolegov, ki nam lahko pomagajo integrirati, uravnavati in nevtralizirati kontratransferne odzive.[35] Zavračanje in zanikanje pomembnosti tovrstnih srečanj pogosto kaže zadrego posameznika, ki se ob tem »razkrije« kot ne docela objektiven,[36] kar mu vzbuja občutke nezadostnosti, šibkosti, manjvrednosti. Upoštevanje in izvajanje strokovnih norm je sicer res ključnega pomena, podpora sodelavcev in kolegov pri delu s čustveno prežetimi primeri pa omogoča razvoj spretnosti in razmišljanja, ki vodijo do pravilnih odločitev.[37]

V skrajnih primerih, kjer je delo strokovnjaka kljub intervencijam neobjektivno, je dobro uporabiti možnosti predaje primera drugim. Če pa je izguba objektivnosti prisotna večkrat in pri različnih delovnih primerih, je strokovnjaku v veliko korist tudi osebna psihoterapija.[38]

31 Silver, M. A., Love, Hate, and Other Emotional Interference in the Lawyer/Client Relationship, Clinical Law Review, 1999, str. 298.
32 Juergens, A., nav delo str. 905; Nelken, nav. delo str. 423.
33 Fines, B. G. in Madsen, C., nav. delo, str. 997.; Baum, O. E., Countertransference and the Vicissitudes in an Analyst's Development, Psychoanalytic Review, 1977, str. 547.
34 Baum, E., nav. delo str. 627.
35 Protter, B. in Travin, S., The Significance of Countertransference and Related Issues in a Multiservice Court Clinic. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, 1983, str. 227; Silver, M. A., nav. delo str. 298.
36 Feinberg, R. in Greene, J. T., nav. delo str. 118.
37 Freedman, A. E., Fact-finding in civil domestic violence cases: Secondary traumatic stress and the need for compassionate witnesses. American University Journal of International Law and Policy, 200, str. 621.
38 Sattar, S. P., Pinals, D. A. in Gutheil., T. G., nav. delo str. 153.

6. SKLEP

Zavedanje vpliva čustev na profesionalne odnose je pomembno za čim večjo objektivnost in strokovnost pri delu. V prispevku je v ospredju predvsem kontratransfer – čustveni odziv na doživljanje stranke, katerega zaradi (primarno) nezavedne narave pravnik ne prepozna in zato ne uravnava.

Vsebine iz psihologije, vezane tudi na kontratransfer, bi bilo priporočljivo predstaviti že študentom prava, na delovnem mestu pravnikov pa so poleg izobraževanj že dolgo priporočljive tudi inter- oziroma supervizije, ki poleg razbremenitve in posvetovalne funkcije omogočajo tudi vpogled in razreševanje kontratransfernih odzivov.

NAVODILA ZA AVTORJE

1 OBJAVA PRISPEVKOV

Pravosodni bilten praviloma objavlja le dela, ki še niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo drugi reviji. Če avtor že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v Pravosodnem biltenu, mora sporočiti, kje je bil prispevek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če avtor v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral že v kakem drugem svojem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega že v Pravosodnem biltenu objavljenega prispevka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem že pisal v prispevku, ki je bil objavljen v Pravosodnem biltenu. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska, diplomska, magistrska ali doktorska naloga), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti. Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

Uredniški odbor lahko glede posameznih prispevkov odloči, da se pošljejo v recenzijo. Recenzirani članki se na podlagi pozitivne recenzije, ki je pridobljena v postopku dvojne anonimizirane recenzije, ko ne avtor in ne recenzent ne vesta za ime drugega, objavijo kot (izvirni ali pregledni) znanstveni članki. Avtorju se odločitev o (ne)objavi članka kot znanstvenega, potrebi po dopolnitvi oziroma popravi prispevka sporoči skupaj z (anonimizirano) obrazložitvijo recenzenta.

Prispevke razvršča v rubrike uredniški odbor.

Prejeti prispevki bodo po odobritvi uredniškega odbora za objavo v Pravosodnem biltenu lektorirani in poslani v pregled avtorjem prispevkov.

2 ODDAJA PRISPEVKOV

Prispevek naj bo posredovan po elektronski pošti na naslov pravosodnibilten.mp@gov.si, shranjen kot besedilni dokument v formatu MS Office. Dokument naj bo naslovljen s priimkom avtorja in naslovom prispevka.

3 OBSEG PRISPEVKOV

Prispevek lahko obsega skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature **največ eno in pol avtorske pole** (tj. do 45.000 znakov s presledki). V pisavi Times New Roman velikosti 12 z razmikom med vrsticami 1,5 to znaša največ 23 strani besedila. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

4 NAVEDBA AVTORJA

Pod naslovom prispevka naj bosta navedena ime in priimek avtorja z znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen. Če gre za skupinsko avtorstvo, se navedejo tudi soavtorji z vsemi ustreznimi podatki.

5 PISAVA IN ODSTAVKI

Celoten prispevek naj bo zapisan v pisavi **Times New Roman z velikostjo pisave 12**, sprotne opombe pa z velikostjo pisave **10**. **Razmik med vrsticami** naj bo nastavljen na **1,5**, besedilo pa naj bo **obojestransko poravnano**. Med odstavki naj se uporabljajo ročno narejeni presledki (ne avtomatski), prav tako naj bodo ročno narejeni presledki med tekstom in vsakim naslovom. Tudi številčenje naslovov naj bo ročno.

6 NASLOV IN MEDNASLOVI

Naslov prispevka naj bo zapisan z velikimi tiskanimi črkami, velikost pisave 14, krepko. Mednaslovi (vključno z uvodom in zaključkom) naj bodo oštevilčeni in zapisani s krepkimi črkami velikosti 12. Uporabljene naj bodo največ tri ravni naslovov: naslovi prve ravni naj bodo zapisani z velikimi tiskanimi črkami, naslovi druge ravni z malimi tiskanimi črkami in naslovi tretje ravni z ležečimi malimi tiskanimi črkami (orisno oštevilčeni v slogu: **1. NASLOV PRVE RAVNI, 1.1 Naslov druge ravni, *1.1.1 Naslov tretje ravni***).

7 REFERENCE

7.1 Seznam virov in literature

Seznam uporabljenih virov in literature, razvrščen po abecednem vrstnem redu priimkov avtorjev (če avtorja ni, se upošteva naslov dela), naj bo naveden na koncu prispevka. Za vsa dela naj bodo **na enoten način** navedeni **popolni bibliografski podatki** o delu z uporabo enega od uveljavljenih načinov citiranja, po možnosti mednarodnega standarda ISO 690 (ki se uporablja pri izpisu bibliografij v sistemu Cobiss).

Primeri:

- Knjiga: NOVAK, Janez. *Pravica do sodnega varstva*. Ljubljana: Nova založba, 2013.
- Poglavje v knjigi ali zbirki člankov: NOVAK, Janez. Pravica do sodnega varstva. V: Repe, M., Košir, L., in Golouh, M. (ur.), *Sodno varstvo*. Ljubljana: Nova založba, 2013, str. 20-30.
- Članek iz revij: NOVAK, Janez. Pravica do sodnega varstva. *Pravosodni bilten*, 2013, letn. 33, št. 1-2, str. 103-203.

Reference **elektronskih dokumentov** in njihovih delov naj bodo navedene po standardu ISO 690-2; uporabljen naj bo simbol < pred in simbol > za popolnim naslovom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom zadnjega obiska strani v oklepaju.

Primer: <www.mp.gov.si> (4. 4. 2016)

7.2 Navajanje virov in literature v besedilu

Pri sklicevanju na vire in literaturo se **v sprotnih opombah** (pod črto) navede samo priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran navedenega dela. Če so avtorji oziroma redaktorji več kot trije, zadošča navedba priimka prvega navedenega, nato pa navedba »in drugi«. V neposredno sledečih sprotnih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 23.« Če je isti pisec naveden z več deli, se za priimkom dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno, ali prva beseda naslova dela. Opombne številke se pišejo **za ločili**. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju, če uradne krajšave ni, pa jo izbere avtor. Hkrati se v sprotni opombi navede številka uradnega lista, v katerem je bil citirani predpis objavljen.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Avtorje prispevkov prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.