PRAVOSODNI BILTEN

3/2016

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

Aleksandra VRHUNC KOVAČIČ
Državno pravobranilstvo Republike Slovenije

doc. dr. Rok ČEFERIN
Odvetniška zbornica Slovenije

Andrej DOKLER
Notarska zbornica Slovenije

Tajnica uredniškega odbora
mag. Nives SLAK
Ministrstvo za pravosodje
tel. št. 01/369 57 77

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

mag. Nina Betetto
vrhovna sodnica
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
SOSPORNIŠTVO V ODŠKODNINSKIH SPORIH 11

ČLANKI

izr. prof. dr. Katja Filipčič
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti
NASILJE V DRUŽINI KOT KAZNIVO DEJANJE – ZNAČILNOSTI IN ZAGATE KAZENSKOPRAVNEGA OBRAVNAVANJA 29

prof. dr. Nina Peršak
Pravna fakulteta, Univerza v Gentu
SOVRAŽNI GOVOR V PERSPEKTIVI ČLOVEKOVIH PRAVIC TER NEKATERA ODPRTA VPRAŠANJA KRIMINALIZACIJE IN PREGONA 45

mag. Damijan Florjančič
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
KAZENSKO PRAVO IN ČLOVEKOVE PRAVICE 63

dr. Sanja Šešok, univ. dipl. specialistka klinične psihologije
sodna izvedenka za področje klinične psihologije odraslih in nevropsihologije odraslih
UKC Ljubljana, Nevrološka klinika, Služba za nevrorehabilitacijo
RAZLIČNI OBRAZI NASILJA 75

mag. Sandi Čurin
nacionalni koordinator za boj proti trgovini z ljudmi
KRITIČEN POGLED NA PROBLEMATIKO TRGOVINE Z LJUDMI V SLOVENIJI OB UPOŠTEVANJU MEDNARODNIH PRIPOROČIL IN EVROPSKEGA PRAVNEGA REDA 87

Ana Vilfan Vospernik
pravna svetovalka
Direktorat Juriskonzula (Pravnega svetovalca), ESČP
NOVEJŠA SODNA PRAKSA EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE O SOVRAŽNEM GOVORU 103

mag. Darja Novak Krajšek
višja sodnica
Okrožno sodišče v Ljubljani
REGISTRSKI POSTOPEK PRI ČEZMEJNIH ZDRUŽITVAH 117

dr. Peter Podgorelec
izredni profesor na Ekonomsko-poslovni fakulteti Univerze v Mariboru
NOVELA ZAKONA O GOSPODARSKIH DRUŽBAH – ZGD-1I 133

mag. Maja Veber Šajn
okrajna državna tožilka
Specializirano državno tožilstvo Republike Slovenije
SLOVENIJA V DELOVNI SKUPINI OECD PROTI PODKUPOVANJU V MEDNARODNEM POSLOVANJU 151

dr. Andrej Veble
notar iz Maribora
OVERITVE PODPISOV TUJIH DRŽAVLJANOV: PROBLEMATIKA MEDNARODNEGA ELEMENTA V ZVEZI Z LISTINAMI IN PREDLAGALNO VLOGO NOTARJA TER DRUGIH PREDLAGATELJEV V POVEZAVI S SODNIM REGISTRSKIM POSTOPKOM 159

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Ana Vilfan Vospernik
pravna svetovalka
Direktorat Juriskonzula (Pravnega svetovalca), ESČP
**SLOVENIJA PRED ESČP
KRATEK PREGLED ZA OBDOBJE 1994-2016 ..... 175**

Vladimir Horvat
vrhovni sodnik
vodja Evidenčnega oddelka
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
NEKATERE NAJNOVEJŠE ODLOČBE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE 191

Marjeta Kreča
okrožna državna tožilka svetnica
Okrožno državno tožilstvo v Celju
PREDSTAVITEV DVEH PRIMEROV KAZNIVEGA DEJANJA NASILJA V DRUŽINI 229

mag. Damijan Florjančič
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
KAZNIVO DEJANJE PRANJA DENARJA V LUČI DOMAČE SODNE PRAKSE 243

mag. Darja Novak Krajšek
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani
ODGOVORI NA VPRAŠANJA REGISTRSKE ŠOLE 2016 249

Nada Mitrović
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani
ODLOČANJE O VPISIH V SODNI REGISTER
MOGOČI ODGOVORI NA VPRAŠANJA..... 264

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani
ODLOČANJE O MATERIALNOPRAVNIH POGOJIH VPISOV (IZBRISOV) V SODNI REGISTER..... 280

mag. Katarina Vodopivec
višja sodnica
Služba za upravljanje projektov
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
MOGOČI ODGOVORI NA TEHNIČNA IN DRUGA VPRAŠANJA 297

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani
ZGD-1 IN 10.A ČLEN..... 307

Marjana Tičar Bešter
notarka v Škofji Loki
predsednica Notarske zbornice Slovenije 2008 - 2015
POSEBNOSTI NOTARSKEGA DELA PRI REŠEVANJU VLOG V SODNEM REGISTRU 317

mag. Andreja Veselič
okrožna sodnica
Okrožno sodišče v Mariboru
STROŠKI PRAVDNEGA POSTOPKA, NASTALI PRED ZAČETKOM STEČAJA..... 329

OBITER DICTA

mag. Aleksander Karakaš
višji sodnik
Višje sodišče v Mariboru
MEDNARODNA KONFERENCA O(B) PRENOVI MADŽARSKEGA ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU
BUDIMPEŠTA, 29. 2.-1. 3. 2016..... 339

UVOD

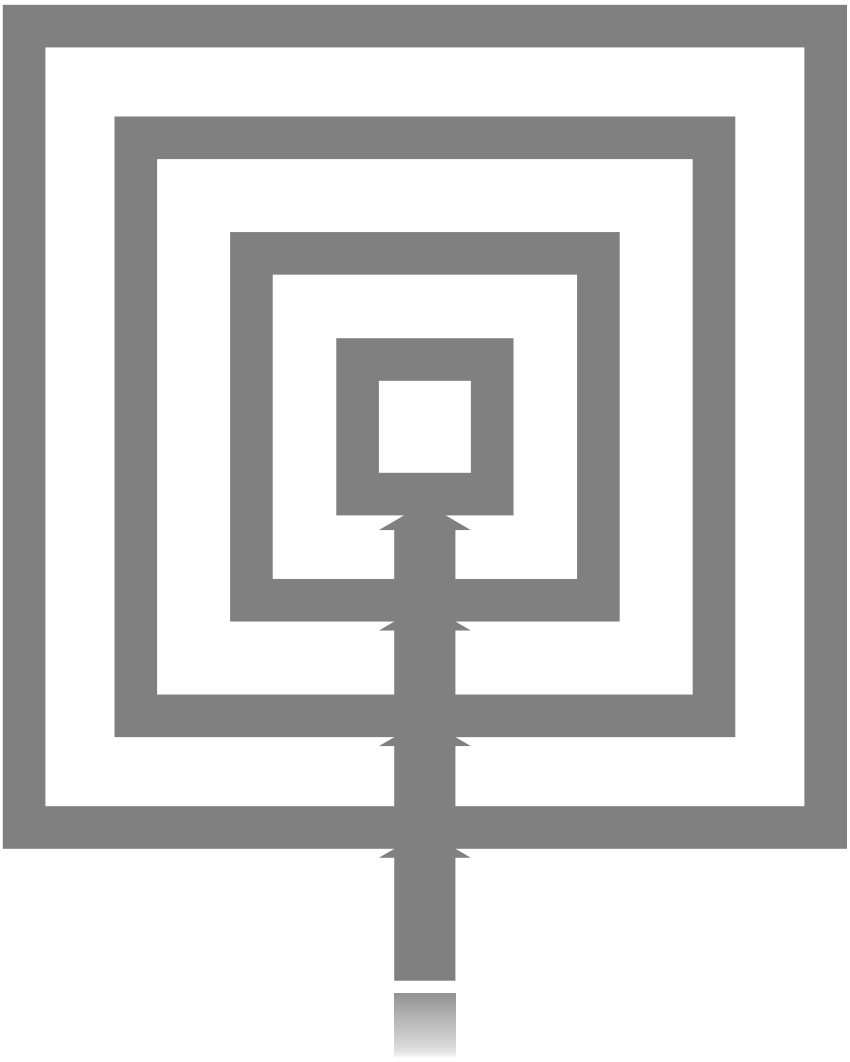
V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na CIVILNOPRAVNI SODNIŠKI ŠOLI 2016 (Portorož, 2. do 4. marec in 16. do 18. marec 2016), na ŠOLI INSOLVENČNEGA PRAVA 2016 (Portorož, 9. do 11. marec 2016), na KAZENSKOPRAVNI ŠOLI 2016 (Portorož, 11. in 12. april ter 18. in 19. april 2016), na REGISTRSKI ŠOLI 2016 (Portorož, 13. do 15. april 2016), na ŠOLI EVROPSKEGA PRAVA 2016 (Portorož, 9. do 10. maj 2016), na seminarju PODKUPOVANJE TUJIH JAVNIH USLUŽBENCEV V MEDNARODNEM POSLOVANJU (Brdo pri Kranju, 21. marec 2016) in na POSVETU O IZVEDENSTVU KLINIČNIH PSIHOLOGOV PRI KAZNIVEM DEJANJU NASILJA V DRUŽINI (Ljubljana, 6. maj 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.

Tudi tokrat objavljamo znanstveni članek.

Ljubljana, november 2016

Uredniški odbor



ZNANSTVENI ČLANKI

SOSPORNIŠTVO V ODŠKODNINSKIH SPORIH[1, 2]

Mag. Nina Betetto
vrhovna sodnica
podpredsednica Vrhovnega sodišča
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Civilno procesno pravo kot metoda (torej oblika) za varovanje pravic in pravnega reda je tesno odvisna od materialnega civilnega prava.[3] Triva poudarja, da bi morale zaradi svoje instrumentalne narave norme civilnega procesnega prava vsebinsko ustrezati temeljnim značilnostim civilnopravnih razmerij, v zvezi s katerimi teče pravdni postopek.[4]

Povezanost materialnega in procesnega prava ni le splošna, temveč se kaže tudi v odvisnosti in pogojenosti posameznega instituta procesnega prava z naravo spornega materialnega razmerja. Institut sosporništva (191.–198. člen Zakona o pravdnem postopku; v nadaljevanju besedila: ZPP)[5] je eden najizrazitejših primerov tesne vezi procesnega prava s civilnopravnim razmerjem, v katerem sta udeleženi stranki, ki sta sestavljeni iz več oseb. V nadaljevanju obravnavam pogojenost in medsebojno povezanost pravil o odškodninski odgovornosti (zlasti nepogodbeni) in instituta sosporništva. Prispevek je bil v ustni in skrajšani obliki predstavljen na Dnevih civilnega in gospodarskega prava 2012 v Portorožu v okviru sekcije Procesni vidiki uveljavljanja odškodninskih zahtevkov.

2 AKTIVNO IN PASIVNO SOSPORNIŠTVO V ODŠKODNINSKIH SPORIH

Sosporniki na aktivni strani v odškodninskih sporih so oškodovanci. Ti so lahko formalni ali materialni sosporniki.

Aktivno sosporništvo lahko nastane ne glede na to, ali zahtevek enega tožnika (npr. sopotnika, ki se je poškodoval v prometni nesreči) temelji na objektivni,

1 Prispevek je bil objavljen tudi v zborniku Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava: Liber amicorum Lojze Ude, Pravna fakulteta: Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2016, str. 169.

2 Avtorica je uredništvu Pravosodnega biltena prispevek poslala 30. 6. 2016. Recenzijo članka je uredništvo prejelo 27. oktobra 2016.

3 Ude, L., Civilno procesno pravo, Ljubljana, Uradni list RS, 2002, str. 63. Primerjaj tudi Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2004, str. 12, in Juhart, J., Civilno procesno pravo FLRJ, Ljubljana, Univerzitetna založba Ljubljana, 1961, str. 26.

4 Triva, S., Dika, M., prav tam, str. 8.

5 Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US in 48/15 – odl. US.

drugega (npr. voznika) pa na subjektivni odgovornosti. Lahko gre tudi za posebne primere odgovornosti, katerih podlaga so specifični dejanski stanovi (156.–163. člen Obligacijskega zakonika; v nadaljevanju besedila: OZ).[6] Nekateri oškodovanci, sosporniki na aktivni strani, lahko utrpijo premoženjsko (npr. škodo zaradi izgube preživljanja ali škodo v primeru telesne poškodbe ali prizadetega zdravja; 173. in 174. člen OZ), drugi pa nepremoženjsko škodo (npr. škodo zaradi prestanih telesnih bolečin, duševnih bolečin zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, skaženosti in strahu; 179. člen OZ). Mogoča je kumulacija denarnih in nedenarnih zahtevkov, na primer en tožnik zahteva, da toženec preneha s kršitvami pravic osebnosti (157. člena OZ), drugi pa povrnitev nepremoženjske škode za prestane duševne bolečine zaradi okrnitve osebnostne pravice (179. člen OZ).

Sosporniki na pasivni strani so povzročitelji škode in odgovorne osebe, ki odgovarjajo namesto oziroma poleg povzročitelja škode. Tudi ti so lahko formalni ali materialni sosporniki.

Zakon pogosto olajšuje položaj oškodovanca tako, da določa solidarno odgovornost povzročiteljev škode, kar v skladu s 1. točko prvega odstavka 191. člena ZPP pogojuje nastanek materialnega sosporništva v morebitni pravdi. Tako OZ določa, da za škodo, ki jo je povzročilo več oseb skupaj, odgovarjajo vsi udeleženci solidarno. Napeljevalec in pomagač ter tisti, ki je pomagal, da se odgovorne osebe ne bi odkrile, odgovarjajo solidarno z njimi. Solidarno odgovarjajo za povzročeno škodo tudi tisti, ki so jo povzročili, delali pa neodvisno drug od drugega, če ni mogoče ugotoviti njihovih deležev pri povzročeni škodi. Kadar ni dvoma, da je škodo povzročila neka izmed dveh ali več določenih oseb, ki so na neki način med seboj povezane, ni pa mogoče ugotoviti, katera od njih jo je povzročila, odgovarjajo te osebe solidarno (prvi do četrti odstavek 186. člena OZ). Namesto imetnika stvari pod določenimi pogoji odgovarja obratovalec, vendar poleg njega solidarno odgovarja tudi imetnik stvari, če je škoda posledica kakšne skrite napake ali skrite lastnosti stvari, na katero imetnik stvari obratovalca ni opozoril (drugi in tretji odstavek 152. člena OZ). Če je k nastanku škode od nevarne stvari ali nevarne dejavnosti prispeval kdo tretji, odgovarja ta zanjo oškodovancu solidarno z imetnikom stvari (četrti odstavek 153. člena OZ). Za škodo, ki jo pretrpijo drugi pri nesreči premikajočih se motornih vozil, odgovarjata imetnika motornih vozil solidarno (četrti odstavek 154. člen OZ). Naročnik in izvajalec del na nepremičnini odgovarjata solidarno tretjemu za škodo, ki sta mu jo povzročila v zvezi z izvajanjem teh del (187. člen OZ). Če v primeru prekoračitve pooblastil zastopani noče odobriti pogodbe, sta zastopnik in zastopani solidarno odgovorna za škodo, ki jo je imela druga stranka, če ni vedela in ni bila dolžna vedeti za prekoračitev pooblastil (peti odstavek 72. člena OZ). Pogodbeniki solidarno odgovarjajo za škodo, nastalo zaradi kršitve gospodarske pogodbe, razen če ni solidarnost izrecno izključena (394. člen OZ).

6 Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo. Primeri odgovornosti za drugega so odgovornost zaradi terorističnih dejanj (156. člen OZ), odgovornost organizatorja prireditve (157. člen OZ), odgovornost imetnika živali (158. člen OZ), odgovornost imetnika stavbe (159. člen OZ), odgovornost za rušenje gradbe (160. člen OZ), odgovornost zaradi opustitve nujne pomoči (161. člen OZ), odgovornost v zvezi s sklenitvijo pogodbe (162. člen OZ) in odgovornost v zvezi z opravljanjem poslov splošnega pomena (163. člen OZ).

OZ v posebnem delu predvideva solidarno odgovornost za obveznosti, torej tudi odškodninske, pri gradbeni pogodbi (tretji odstavek 659. in prvi odstavek 665. člena OZ), prevozni pogodbi (695. člen OZ), mandatni pogodbi (774. in 781. člen OZ) in družbeni pogodbi (tretji odstavek 995. člena OZ).

Oba starša odgovarjata za škodo, ki jo povzroči drugemu njun otrok (prvi in četrti odstavek 142. člena OZ). Kot starša sta soudeležena v specifičnem pravnem razmerju, v katerem prevladujejo njune starševske dolžnosti, ki jih izvršujeta skupaj (tretji odstavek 4. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; v nadaljevanju besedila: ZZZDR),[7] zato sta glede na sporni predmet v pravni skupnosti in sta materialna sospornika. Če je nastala škoda posledica kršitve dolžnosti obeh staršev, da skrbita za varstvo in vzgojo v najširšem smislu, zanjo odgovarjata solidarno v skladu s pravilom iz prvega odstavka 186. člena OZ.

Če je več dedičev, so ti nerazdelno odgovorni za zapustnikove dolgove (torej tudi odškodninske obveznosti), in sicer vsak do višine vrednosti svojega dednega deleža ne glede na to, ali je delitev dediščine že izvršena ali ne (tretji odstavek 142. člena Zakona o dedovanju).[8]

Sosporništvo na pasivni strani lahko nastane tudi na podlagi materialnopravnih predpisov o odgovornosti za drugega. Če poleg staršev odgovarja tudi otrok, je njihova odgovornost solidarna (143. člen OZ). Za škodo, ki jo drugemu povzroči mladoletnik, medtem ko je pod nadzorstvom skrbnika, šole ali druge ustanove, odgovarjajo skrbnik, šola oziroma druga ustanova. Če odgovarja za škodo tudi mladoletnik, je njihova odgovornost solidarna (144. člen OZ).

Oškodovanec lahko z eno tožbo toži odgovorno osebo in zavarovalnico, pri kateri je zavarovana odgovornost odgovorne osebe, njuna odgovornost pa je solidarna (o tem več v nadaljevanju, 3. in 4. točka).

Za škodo, ki jo povzroči delavec pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, odgovarja pravna ali fizična oseba, pri kateri je delavec delal, ko je bila škoda povzročena. Oškodovanec ima pravico zahtevati povrnitev škode tudi neposredno od delavca, če je ta škodo povzročil namenoma (prvi in drugi odstavek 147. člena OZ). Če sta tožena skupaj, je njuna odgovornost solidarna.

Treba je opozoriti, da je subjektivna kumulacija ne glede na morebitno materialno sosporništvo izključena, če je za posamezno procesno razmerje predpisana pristojnost drugega sodišča.[9] V konkretnem primeru z delovnopravnega področja je delovno sodišče pristojno za odločanje v odškodninskem sporu zoper delodajalca (točka b prvega odstavka 5. člena Zakona o delovnih in socialnih sodiščih; v

7 Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US in 82/15 – odl. US).

8 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 in 31/13 – odl. US).

9 Betetto, N., v Ude, L., in drugi, Pravdni postopek: zakon s komentarjem, Ljubljana, Uradni list RS, GV Založba, 2005–2009, 1. knjiga, str. 246. V zvezi z atrakcijo pri materialnem sosporništvu Triva, S., Dika, M., str. 279.

nadaljevanju besedila: ZDSS-1),[10] ne pa v sporu zoper delavca, povzročitelja škode.[11] Če je za sojenje zoper enega toženca pristojno sodišče splošne pristojnosti, zoper drugega pa specializirano sodišče, ne velja pravilo atrakcije, ki bi povzročilo pritegnitev pristojnosti za sospornike.[12]

Subjektivne kumulacije v takem primeru ne more utemeljevati niti 484. člen ZPP, ki določa, da veljajo pravila o postopku v gospodarskih sporih tudi, kadar so v sporu poleg oseb iz prvega odstavka 481. člena ZPP kot materialni sosporniki udeležene še druge osebe. Če je za sojenje proti enemu tožencu pristojno sodišče splošne pristojnosti, proti drugemu pa specializirano delovno sodišče, potem ne moreta biti tožena z isto tožbo.[13] Sodišče mora razdružiti postopek zoper posamezne tožence (tretji odstavek 300. člena ZPP) in zadevo glede zahtevka zoper toženca, za katerega ni pristojno, odstopiti pristojnemu sodišču.[14]

2.1 Eventualno sosporništvo na pasivni strani

Kadar dejansko (na primer kdo je povzročil škodo v pretepu) ali pravno (na primer kdo je odgovoren za vzdrževanje ceste, kjer se je zgodila prometna nesreča) ni jasna pasivna legitimacija toženca, utegne biti koristen institut eventualnega sosporništva, ki je predviden le na pasivni strani. Tožnik se s pomočjo eventualnega sosporništva izogne morebitni materialnopravni prekluziji ali zastaranju tožbenega zahtevka. Omogoča mu, da v tožbi določi vrstni red, po katerem bo sodišče presojalo utemeljenost tožbenih zahtevkov proti posameznim tožencem. Izključno stvar njegove volje je, kako združi zahtevke proti več tožencem; kumulativno ali podredno. S stališča procesnega prava je nepomembno, ali obveznost enega toženca lahko obstaja poleg obveznosti drugega ali se med seboj izključujeta,[15] zato ni nobene ovire, da tožnik ne bi mogel uveljavljati istega zahtevka hkrati proti enemu in drugemu tožencu. Vprašanje pasivne legitimacije ni procesna predpostavka in spada v okvir presoje utemeljenosti tožbenega zahtevka. V sodni praksi so taki zahtevki celo pogostejši kot primeri eventualne subjektivne kumulacije, čeprav na račun izgube spora proti enemu sosporniku. Tožnik tako hitreje pride do pravnomočne sodne odločbe zoper vse tožence, saj mu ni treba čakati na morebitno zavrnilno pravnomočno sodbo zoper prvega toženca.

Za nastanek eventualnega sosporništva so v drugem odstavku 192. člena ZPP predpisane posebne predpostavke. Nanašajo se na tožbeni zahtevek in pristojnost sodišča.[16] Tožnik lahko toži več tožencev v eventualnem razmerju, če uveljavlja

10 Uradni list RS, št. 2/04, 10/04 – popr., 45/08 – ZArbit, 45/08 – ZPP-D, 47/10 – odl. US in 43/12 – odl. US.

11 Tako tudi VDSS v sklepu Pdp 204/2015 z dne 25. februarja 2015 v zadevi, v kateri je tožnica od toženccev zahtevala solidarno plačilo odškodnine zaradi trpinčenja na delovnem mestu in se pri tem sklicevala na uporabo določbe 186. člena OZ in 191. člena ZPP.

12 Izjema je določena v drugem odstavku 5. člena ZDSS-1, po katerem je lahko v odškodninskem sporu, za katerega je podana pristojnost delovnega sodišče, poleg delodajalca kot sospornik tožena tudi zavarovalnica, in sicer le tista, pri kateri ima zavarovano odgovornost delodajalec. O tem podrobneje Lubinič, M., Stvarna pristojnost v delovnih sporih, Pravosodni bilten, št. 3/2014, str. 216.

13 Sklep VSL I Cpg 426/2015 z dne 22. aprila 2015.

14 Prav tam.

15 Triva, S., O nekim pitanjima suparničarstva i pasivne legitimacije, Pravni život 1956, št. 2, str. 4.

16 Sodišče ravna s tožbo zoper eventualnega sospornika, če predpostavke eventualnega sosporništva niso izpolnjene, kot z vlogo, ki je ni mogoče obravnavati, torej po 108. členu ZPP, v nadaljevanju pa glede na rezultat postopka po omenjenem zakonskem določilu. Sklep VS RS I R 95/2015 z dne 27. avgusta 2015.

proti vsakemu isti zahtevek. Primer take kumulacije je tožba zoper lastnika in imetnika stvari, kadar je nejasno, kdo od njiju je odgovoren za nastalo škodo. Če ne gre za isti zahtevek, zadošča, da se zoper posamezne tožence uveljavljajo zahtevki, ki so v medsebojni zvezi. Zahtevka sta na primer v medsebojni zvezi, če kupec, ki trdi, da je blago kupil prek zastopnika, ki je imel pooblastilo za sklepanje pogodb v imenu in na račun prodajalca, toži prodajalca za izročitev blaga, podrejeno pa zastopnika za plačilo odškodnine, ker je bil zapeljan v zmoto o obstoju pooblastila. Koneksiteta med zahtevkoma obstaja, če oba izvirata iz istega ali vsaj delno istega dejanskega stanja. Kadar dejansko stanje, na katero se opirata zahtevka, ni popolnoma identično, mora tožnik opredeliti, za kateri primer uveljavlja zahtevek proti drugemu tožencu.[17] Tako kot pri identičnih tožbenih zahtevkih tudi analiza konkretnih primerov koneksnih zahtevkov kaže, da zahtevka drug drugega izključujeta. Če je utemeljen proti prvemu tožencu, ne more biti utemeljen proti drugemu. Druga predpostavka je, da mora biti sodišče stvarno in krajevno pristojno za vsak zahtevek posebej, in to ne glede na to, ali je podana identiteta zahtevka, ki ga tožnik uveljavlja, ali ne.

V nadaljevanju želim opozoriti le na dve, v praksi odškodninskih sporov še vedno aktualni vprašanji eventualnega sosporništva, in sicer na pravilo odločanja iz prvega odstavka 192. člena ZPP in vrstni red obravnavanja zahtevkov.

Kljub jasnemu, že zdavnaj (od leta 1977) uveljavljenemu pravilu, po katerem je pravnomočna zavrnilna sodba proti prvemu tožencu pogoj za izdajo sodbe zoper naslednjega toženca, se še vedno dogaja, da sodišče z eno sodbo odloči o utemeljenosti zahtevkov zoper vse tožence.[18] Če se tožnik, ki je uspel s tožbo zoper drugega toženca, ne pritoži zoper zavrnilno sodbo zoper prvega toženca, v primeru uspešne pritožbe eventualnega toženca, spor izgubi zoper oba toženca.[19] V ZPP je predviden le vrstni red odločanja o zahtevkih, ne pa tudi vrstni red njihovega obravnavanja. Načeloma je torej mogoče oboje: skupno obravnavanje zahtevkov proti obema sospornikoma, lahko pa se sodišče omeji samo na obravnavanje tožbe proti prvemu tožencu in šele če je tožbeni zahtevek proti njemu pravnomočno zavrnjen, začne obravnavati tožbo proti naslednjemu tožencu. Izhajajoč iz ureditve ZPP sta dopustni obe varianti. Kako bo ravnalo sodišče, je odvisno od konkretnega primera in ocene, ali je sodelovanje eventualno toženega smotrno že med razpravljanjem o zahtevku proti prvemu tožencu. Sprejemljiva je rešitev, da sodišče subsidiarne tožence, potem ko jim vroči tožbo in vzpostavi kontradiktoren postopek, samo obvesti, da se vodi pravda med tožnikom in prvim tožencem ter da so oni v tožbi navedeni kot subsidiarni toženci.[20] Vsekakor sukcesivnost pri odločanju o obeh zahtevkih ne pomeni, da je izključeno njihovo skupno razpravljanje. Pogosto je skupno obravnavanje nujno, na primer pri ugotavljanju pasivne legitimacije. Ker je interes eventualno toženega nasproten tistemu, ki ga zastopa prvi toženec,

17 Tako tudi VS RS v sklepu VIII Ips 248/2011 z dne 4. junija 2012.

18 Glej na primer sklep VSL I Cpg 891/2013 z dne 4. septembra 2013.

19 Sodna praksa pred ZPP iz leta 1977 je v zvezi z opisano procesno zagato izoblikovala z vidika instituta pravnomočnosti in prepovedi *reformatio in peius* problematično stališče, da se mora taka sodba v zvezi s pritožbo drugega toženca obravnavati kot celota, ker to zahteva povezanost in medsebojna pogojenost zahtevkov.

20 Tako obvestilo subsidiarnih tožencev je sugeriralo stališče Jugoslovanske gospodarske kordinacije 21.–23. maja 1984, Gospodarski vestnik 1984, št. 29, str. 84. Tako tudi sodba VSC Cpg 368/2014 z dne 10. februarja 2015.

se mu mora omogočiti, da enakopravno sodeluje v pravdi. Če sodišče tožbo tudi subsidiarnemu tožencu vroči takrat, ko jo vroči prvemu tožencu, in postopek nadaljuje hkrati proti obema tožencema, je subsidiarni toženec v primeru, če tožnik uspe s tožbenim zahtevkom proti prvemu tožencu, upravičen zahtevati povrnitev pravdnih stroškov od tožnika.[21]

3 FORMALNO IN MATERIALNO SOSPORNIŠTVO V ODŠKODNINSKIH SPORIH

Merilo razlikovanja med materialnim in formalnim sosporništvom je časovna, krajevna in osebna povezanost pravotvornih dejstev tožbenega temelja. Poenostavljeno povedano so materialni sosporniki tisti oškodovanci, katerih zahtevki temeljijo na istem škodnem dogodku ali kršitvi iste pogodbe, formalni pa tisti, katerih zahtevki temeljijo na istovrstnih škodnih dogodkih. Podobno so toženci – povzročitelji škode formalni sosporniki, če so škodo povzročili neodvisno drug od drugega oziroma je škoda nastala iz dveh ali več dogodkov, nasprotno tvorijo procesno skupnost materialnih sospornikov.

Materialno sosporništvo (1. točka prvega odstavka 191. člena ZPP) je dano, kadar so sosporniki soupravičenci ali sozavezanci iz materialnopravnega razmerja, ki je obstajalo pred pravdo ter obstaja zunaj pravde in ne glede na pravdo.[22] Več oseb je lahko toženih ali toži z isto odškodninsko tožbo, če so glede na sporni predmet v pravni skupnosti ali če se njihove pravice oziroma obveznosti opirajo na isto dejansko in pravno podlago ali če gre za solidarne terjatve oziroma solidarne obveznosti. V pravni skupnosti glede na sporni predmet so sosporniki, ker so soudeleženci specifičnega civilnopravnega razmerja, iz katerega izhajajo upravičenja in obveznosti, o katerih teče spor.[23] To bodo na primer solastniki, skupni lastniki, soposestniki, sodediči ali zakonca, ki tožijo ali so toženi za plačilo odškodnine, če je vez med njimi v zvezi s predmetom spora, torej če na primer tožijo ali so toženi za plačilo odškodnine v zvezi z nepremičnino, ki je v solastništvu, skupni lasti ali soposesti.

O materialnem sosporništvu govorimo, če se pravice tožnikov oziroma obveznosti tožencev opirajo na isto dejansko in pravno podlago (*idem factum – idem ius*). Strinjam se, da je opredelitev, kdaj imajo zahtevki isto in kdaj različno dejansko in/ali pravno podlago, bolj stvar konvencije kot poglobljenih razmišljanj in analiz.[24] Čeprav tožbeni zahtevki izhajajo iz istega historičnega dogodka in se opirajo na isti pravni predpis, vsak zase ohranijo svojo samostojnost. Terjatve posameznih oškodovancev so neodvisne druga od druge. Popolna istovetnost dejanske podlage že po naravi stvari ni mogoča. Če izhajamo iz v ZPP sprejete teorije substanciranja,[25] morajo biti ista le tista pravotvorna dejstva, ki so nujna za konkretizacijo in določitev spornega predmeta. Posamezne podrobnosti, ki le nebistveno vplivajo na nastanek pravic in obveznosti, so za opredelitev identitete dejanskega stanja

21 Sklep VSL I Cpg 891/2013 z dne 4. septembra 2013.
22 Juhart, J., str. 305.
23 Triva, S., Dika, M., str. 441.
24 Zobec, J. v Ude, L. in drugi, 1. knjiga, str. 220.
25 Juhart, J., str. 264.

kot predpostavke materialnega sosporništva nepomembne (npr. različne telesne poškodbe, ki so jih oškodovanci utrpeli v prometni nesreči). Tudi pravna podlaga tožbenih zahtevkov je lahko delno različna. Sopotnik v vozilu voznika motornega vozila, ki ni kriv za nesrečo, lahko uveljavlja odškodninski zahtevek na podlagi pravil o objektivni odškodninski odgovornosti (četrti odstavek 154. člena OZ), nekrivi voznik pa na podlagi pravila o krivdni odškodninski odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom (prvi odstavek 154. člena OZ). Razlike v dejanskem stanju po drugi strani kljub temu ne smejo preseči neke razumne spodnje meje, saj se nasprotno ustvari nova kvaliteta – istovrstno in ne isto dejansko stanje.[26]

Zavzemam se za stališče, da gre za isto dejansko in pravno podlago odškodninskih zahtevkov, ki jih več oškodovancev uveljavlja z isto tožbo, kadar vsi izvirajo iz istega škodnega dogodka. Materialna sospornika sta na primer oškodovanca, ki uveljavljata denarno odškodnino za različne oblike nepremoženjske škode, po omilitvi stališč glede (ne)seštevanja premoženjske in nepremoženjske škode pa je mogoče tako sklepati tudi glede oškodovancev, od katerih eden zahteva povračilo premoženjske in drugi nepremoženjske škode.[27]

Čeprav se pri materialnem sosporništvu odškodninski tožbeni zahtevki opirajo na isto dejansko in pravno podlago, ni nujno, da so tudi identični. Več oškodovancev lahko na primer iz istega škodnega dogodka uveljavlja različne oblike nepremoženjske škode (179. člen OZ). Ne sme pa se zaradi druge oblike pravnega varstva, ki jo tožnik zahteva, spremeniti pravna narava zahtevka.

Sosporništvo je materialno, če gre za solidarne terjatve oziroma obveznosti. Prav primeri materialnega sosporništva na pasivni strani (o primerih glej 2. točko) so v odškodninskih sporih najpogostejši.

Kadar tožnik zahteva povrnitev škode od odgovorne osebe in zavarovalnice, pri kateri je zavarovana odgovornost odgovorne osebe,[28] je njuna odgovornost solidarna.[29] ZPP je odpravil dvom, ali razmerje med odgovorno osebo in zavarovalnico ustreza materialnemu sosporništvu ali je bolj podobno razmerju med glavnim dolžnikom in porokom,[30] saj zdaj v 1. točki prvega odstavka 191. člena ZPP izrecno določa, da je z isto tožbo lahko toženih več oseb (sospornikov) tudi, če gre za solidarne

26 Triva, S., Dika, M., str. 441.

27 Novejša sodna praksa je presegla pogosto kritizirani »drobitveni pristop« pri presoji vrednosti spornega predmeta in kot alibi za ta odmik uporabila novelo ZPP-D. V obrazložitvi sklepa II Dor 465/2012 z dne 10. junija 2013 je Vrhovno sodišče zapisalo: »Z novelo spremenjeni peti odstavek 367. člena ZPP dopušča ugotovitev vrednosti izpodbijanega dela pravnomočne sodbe tudi s seštevkom vrednosti posameznih zahtevkov oziroma delov zahtevkov, ki so še sporni. Tudi v obravnavanem primeru, ko gre za zahtevke za povrnitev premoženjske in nepremoženjske škode, ki sicer ne temeljijo na isti dejanski in pravni podlagi, gre za medsebojno povezane zahtevke, saj vsa škoda in zanjo zahtevana odškodnina izvirata iz istega škodnega dogodka.«

28 Oškodovanec ima neposredno tožbo *(actio directa*) zoper zavarovalnico na podlagi prvega odstavka 965. člena OZ.

29 Wedam Lukić, D., Pravna narava sosporništva med zavarovalnico in odgovorno osebo, Pravosodni bilten, št. 3/1985, str. 133; Betetto, N., Pogostejši problemi enotnega in nujnega sosporništva, Pravosodni bilten, št. 3/2001, str. 190; Strohsack, B., Obligacijska razmerja III, Ljubljana, ČZ Uradni list RS, 1993, str. 163.

30 O tem glej na primer Wedam Lukić, D., str. 135, ki je zastopala stališče, da gre za razmerje, ki najbolj ustreza razmerju med glavnim dolžnikom in porokom.

obveznosti. Zato ne more biti več sporno, da sta zavarovalnica in odgovorna oseba v primerih, ko je njuna obveznost solidarna, materialna sospornika.[31]

Formalno sosporništvo je podano, če so predmet spora zahtevki oziroma obveznosti iste vrste, ki se opirajo na istovrstno dejansko in pravno podlago, ter veljata stvarna in krajevna pristojnost istega sodišča za vsak zahtevek in vsakega toženca (2. točka prvega odstavka 191. člena ZPP). Primer formalnega sosporništva na aktivni strani je tožba več zavarovancev za plačilo zavarovalnine na podlagi več polic; na pasivni strani pa odškodninska tožba zoper lastnika stvari in podrejeno zoper imetnika stvari (eventualno sosporništvo). Predmet spora morajo biti zahtevki oziroma obveznosti iste vrste, torej istovrstnost spornega predmeta, na primer plačilo več odškodninskih terjatev. Zahtevki oziroma obveznosti se morajo opirati na bistveno istovrstno dejansko podlago. Ni nujno, da so se pravotvorna dejstva, na katerih temeljijo zahtevki oziroma obveznosti, uresničila hkrati in na istem kraju, zadošča, da so bistveno istovrstna do te mere, da je ob obravnavi mogoča skupna dokazna ocena glede vseh sospornikov.[32] Dopustna bo na primer kumulacija zahtevkov več tožnikov za plačilo odškodnine zoper zavarovalnico, če njihovi zahtevki izvirajo iz podobnih škodnih dogodkov. Kumulativno z istovrstnostjo dejanske podlage mora obstajati tudi bistvena istovrstnost pravne podlage. Ker formalni sosporniki niso soupravičenci ali sozavezanci iz istega materialnega pravnega razmerja, je kot zadnja procesna predpostavka za formalno sosporništvo predpisana stvarna in krajevna pristojnost istega sodišča za vsak zahtevek in vsakega toženca.

Priznati je treba, da je sodna praksa, kar zadeva razlikovanje med materialnim in formalnim sosporništvom, precej nedosledna.[33] Kot bo razvidno iz nadaljevanja, to sicer nima vedno za posledico nepravilne odločitve (kadar gre za oceno pravice do revizije glede na vrednost spornega predmeta), lahko pa jo ima (kadar gre za opredelitev mednarodne pristojnosti slovenskega sodišča, krajevne pristojnosti in vrste postopka).

3.1 Vpliv materialnega sosporništva na pristojnost slovenskega sodišča, vrsto postopka in izbirno krajevno pristojnost

Materialna vez med toženci utemeljuje mednarodno pristojnost slovenskega sodišča. Če je z isto tožbo toženih več tožencev, ki so v pravni skupnosti ali katerih obveznosti se opirajo na isto pravno in dejansko podlago, je sodišče Republike Slovenije pristojno tudi, kadar ima eden izmed tožencev stalno prebivališče oziroma sedež v Republiki Sloveniji (prvi odstavek 49. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku; v nadaljevanju besedila: ZMZPP).[34] ZMZPP sicer za razliko od ZPP ne predpisuje izrecno, da je materialno sosporništvo *ex lege* podano, če gre za solidarne obveznosti, vendar pa po drugi strani določa, da če sta z isto tožbo tožena glavni dolžnik in porok, je slovensko sodišče pristojno tudi, kadar je pristojno za tožbo proti glavnemu dolžniku.

31 Enako Ude, L., str. 232.
32 Filipče, S., Suparničarstvo, Pravni život 1961, št. 1, str. 33.
33 VS RS je v odločbi II Ips 564/2008 z dne 31. marca 2011 na primer zmotno presodilo, da gre za formalno sosporništvo: »Na aktivni strani v tej pravdi nastopata dve osebi, ki sta kot oškodovanki iz istega škodnega dogodka (iz obrazložitve je razvidno, da obe zahtevata povračilo nepremoženjske škode, op. p.) naperili zoper toženca vsaka svoj odškodninski zahtevek. Tožnici sta torej formalni sospornici /…/«.
34 Uradni list RS, št. 56/99 in 45/08 – ZArbit. Glej na primer sklep VSL I Cpg 403/2015 z dne 22. aprila 2015.

Po določbi 484. člena ZPP se pravila v postopku o gospodarskih sporih uporabijo tudi, kadar so v sporu poleg oseb iz prvega odstavka 481. člena ZPP kot materialni sosporniki udeležene še druge osebe.[35]

Kadar so toženci (ne pa tožniki!) materialni sosporniki, je v skladu z 49. členom ZPP vse dopustno tožiti pri sodišču, ki je pristojno za enega izmed njih (*forum attractionis*).[36] Če so toženci formalni sosporniki, mora sodišče, pri katerem je vložena tožba, postopek razdružiti in tožbo, naperjeno zoper toženca, za katero to sodišče ni krajevno pristojno, odstopiti pristojnemu sodišču.

Prevladuje mnenje, da je atrakcija pristojnosti popolna, torej povzroči tudi spremembo stvarne, in ne le krajevne pristojnosti. To pa velja le, če za tožence, ki so toženi pred določenim sodiščem, na podlagi pravila o atrakciji ni pristojno višje sodišče (pri deljeni prvostopenjski pristojnosti) ali sodišče druge vrste (o tem glej 2. točko).

ZPP ne pove, kakšna mora biti krajevna pristojnost za enega sospornika, da bi imela atraktivno moč. Ker ni omejitev, mora veljati, da tožnik lahko izbira med sodiščem, ki je splošno pristojno za enega izmed tožencev, in posebno pristojnostjo,[37] na primer izbirno pristojnostjo v odškodninskih sporih na podlagi 52. člena ZPP. Iz zakonskega pravila ne izhaja, da bi imela pritegnitveno moč le zakonsko določena krajevna pristojnost, zato je za vse sospornike pristojno tudi sodišče, ki je pristojno za enega toženca po sporazumu o krajevni pristojnosti (pristojnost po volji strank).[38] Kar zadeva razmerje med izbirno pristojnostjo po 49. členu ZPP in izključno krajevno pristojnostjo, ki je predpisana za enega izmed tožencev, se zdi pravilnejše stališče, da uporaba določila o izbirni krajevni pristojnosti tedaj ne pride v poštev. Iz sistemizacije krajevnih pristojnosti izhaja, da izključna pristojnost ne izključuje le uporabe splošne, temveč tudi uporabo vseh vrst posebnih pristojnosti.[39]

Lahko se zgodi, da tožnik tožbo zoper enega izmed tožencev, ki je materialni sospornik, vloži le zato, da bi postopek tekel pred določenim sodiščem, nato pa tožbo zoper njega umakne. Ker se krajevna pristojnost določa po okoliščinah, ki obstajajo v času vložitve tožbe, sodišče kljub umiku tožbe, njenem zavrženju ali zavrnitvi tožbenega zahtevka zoper tega toženca ostane pristojno za reševanje konkretnega spora. Res je sicer, da določene pomisleke vzbuja dejstvo, da je tožnik, ki je vložil tožbo zoper določenega toženca, morda ravnal špekulativno, vendar pa je odločilno, da so toženci zaradi koristi, ki jih imajo kot udeleženci pravne skupnosti, dolžni pristati na krajevno pristojnost določenega sodišče. Pristojnost po atrakciji temelji na dejstvu povezanosti med postopki, ki se vodijo pred določenim sodiščem. Vez med materialnimi sosporniki izvira iz materialnopravnega razmerja ter obstaja ne glede na pravdo in njen izid.[40]

35 Glej na primer sklep VSL II Cp 1312/2001 z dne 29. avgusta 2001. V tem odškodninskem sporu je sodišče sklep o obstoju materialnega sosporništva oprlo na procesni položaj, v katerem sta na aktivni strani nastopala sospornika – gospodarska družba in fizična oseba, ki sta utrpela škodo v istem škodnem dogodku, toženka pa je bila zavarovalnica.

36 Pravilo o atrakciji se smiselno uporablja tudi v izvršilnem postopku, glej na primer sklep VS RS I R 137/2007 z dne 4. oktobra 2007.

37 Betetto, N., v Ude, L., in drugi, 1. knjiga, str. 246.

38 Prav tam.

39 Prav tam.

40 Prav tam, str. 247.

Vendar pa sodna praksa šteje, da ustalitve pristojnosti ni, kadar delavec pred delovnim sodiščem toži oba, delodajalca in zavarovalnico, pri kateri ima delodajalec zavarovano odgovornost,[41] ter če pozneje tožbo zoper delodajalca umakne ali se postopek zoper njega kako drugače zaključi. Delovno sodišče v tem primeru izgubi stvarno pristojnost za odločanje o tožbenem zahtevku iz naslova zavarovanja odgovornosti zoper zavarovalnico, ki je izgubila položaj sospornika.[42]

4 SOSPORNIŠTVO GLEDE NA UČINKE V ODŠKODNINSKIH SPORIH

Kdaj so si stranke na aktivni ali pasivni strani v razmerju enotnih sospornikov, ne določajo procesni predpisi (ZPP), ampak pravila materialnega prava, na katera napotuje procesni predpis. Sosporniki se štejejo za enotno pravdno stranko, »če je mogoče po zakonu ali po naravi pravnega razmerja«, torej po pravilih materialnega prava, spor rešiti samo enako za vse sospornike in izdati enotno sodbo.

Sosporništvo v odškodninskih sporih na aktivni strani je enotno, če in kadar nedeljivost odškodninskega razmerja izvira iz njegove pravne narave. Enotni aktivni sosporniki so na primer dediči nerazdeljene zapuščine, ki zahtevajo plačilo škode od skrbnika zapuščine, zakonca v sporu zaradi povrnitve škode na njunem skupnem premoženju, in družbeniki, ki tožijo tretjega zaradi škode, nastale družbi.

Kar zadeva razmejitev dispozitivnega in nujnega sosporništva, mora tudi v odškodninskih sporih veljati splošno pravilo, da sosporništvo na aktivni strani v izhodišču ne more biti nujno. Ustaljeno stališče sodne prakse je, da ni mogoče odreči pravnega varstva enemu izmed udeležencev materialnopravnega razmerja, ki nastopa v pravdi na aktivni strani, če so ostali pasivni.[43] Če kot primer vzamemo (kolektivno) odškodninsko terjatev zakoncev, ki zahtevata povračilo premoženjske škode, nastale na nepremičnini, ki je skupno premoženje, bi bilo v primeru nasprotujočih si interesov zakoncev neživljenjsko vztrajati pri sicer doktrinarno pravilnem stališču o njuni skupnoročni skupnosti, ki bi imelo za posledico procesno nujnost, da tožita oba.[44] Res pa je, da je končni sklep, ali mora biti v konkretnem primeru tisti zakonec, ki noče nastopati kot tožnik, kot toženec zajet na pasivni strani, odvisen od narave spornega pravnega razmerja oziroma v jeziku procesnega prava od oblike pravnega varstva, ki ga tožnik uveljavlja. Če na primer eden od zakoncev zahteva plačilo odškodninske terjatve, sorazmerne z višino njegovega deleža na skupnem premoženju, s tem zahteva že delitev skupnega premoženja. To pa pomeni, da mora imeti drugi zakonec možnost sodelovanja v tej pravdi.[45]

V zvezi z učinki sosporništva na pasivni strani je pomembno, da zakon pogosto olajšuje položaj oškodovanca tako, da določa solidarno odgovornost povzročiteljev škode (glej primere v 2. točki). Po svoji naravi so solidarne obveznost deljive;

41 V drugem odstavku 5. člena ZDSS-1 je določena izjema, da je lahko v odškodninskem sporu, za katerega je podana pristojnost delovnega sodišče, poleg delodajalca kot sospornik tožena tudi zavarovalnica, pri kateri ima zavarovano odgovornost delodajalec. Glej tudi 2. točko.
42 Sklep VDSS Pdp 476/2015 z dne 29. julija 2015.
43 Prav tam, str. 256.
44 Primerjaj Žnidaršič Kranjc, V., Premoženjska razmerja med zakoncema, Ljubljana, Bonex, 2002, str. 377.
45 Primerjaj sklep VS RS II Ips 123/2011 z dne 25. oktobra 2012.

od deljenih obveznosti se razlikujejo po temelju (zakon ali pravni posel). V teoriji prevladuje stališče, za katerega se zavzemam tudi sama, da solidarni dolžniki ne morejo biti enotni sosporniki. Izmed več solidarnih dolžnikov vsak lahko dolguje z drugim rokom izpolnitve, z drugimi pogoji in sploh z različnimi odmiki (drugi odstavek 395. člena OZ). Obseg in narava njihovih obveznosti sta torej lahko bistveno različna. Solidarna obveznost še ne pomeni iste pravne podlage[46] (npr. obveznost odgovorne osebe temelji na pravilih o nepogodbeni odškodninski odgovornosti, obveznost zavarovalnice pa na zavarovalni pogodbi, sklenjeni z odgovorno osebo). OZ je glede pobota sprejel sistem omejenega splošnega učinkovanja (396. člen OZ), odpust dolga in prenovitev imata lahko omejeno generalno učinkovanje (397. in 398. člen OZ). Solidarni dolžniki lahko uveljavljajo tudi ugovore, ki izvirajo iz njihovega osebnega razmerja z upnikom, ne pa tudi osebnih ugovorov, ki bi jih lahko imeli drugi toženci.[47] Zavarovalnica ima na primer v pravdi materialnopravne ugovore, ki se nanašajo na nastanek odškodninske obveznosti odgovorne osebe, ne pa na primer ugovora za zmanjšanje odškodnine zaradi slabega premoženjskega stanja po prvem odstavku 170. člena, saj gre za osebni ugovor odgovorne osebe; nasprotno lahko zavarovalnica, ne pa zavarovanec oziroma odgovorna oseba, ugovarja, da je bila zavarovalna vsota izčrpana.

Sodna praksa solidarne dolžnike praviloma šteje za navadne sospornike,[48] nesporno in splošno sprejeto pa je stališče, da gre v razmerju med odgovorno osebo in zavarovalnico, pri kateri je zavarovana odgovornost odgovorne osebe, za navadno sosporništvo.

Kadar gre za solidarno obveznost, je obveznost ena sama. Konča se s plačilom enega od solidarnih dolžnikov ali s plačilom delnih izpolnitev več solidarnih dolžnikov. Če poseže vmes pravnomočna sodba zoper enega solidarnega dolžnika, nato pa se vodi postopek zoper drugega solidarnega dolžnika in sta nato oba ločeno obsojena kot samostojna dolžnika,[49] obstaja nevarnost, da v izvršilnem postopku upnik doseže izvršbo zoper oba v celoti. Za prakso utegne biti zato koristno stališče Vrhovnega sodišča, naj sodišče, ki sodi v zadevi pozneje, upošteva že pravnomočno sodbo zoper enega solidarnega dolžnika tako, da v poznejši sodbi zoper drugega solidarnega dolžnika upošteva obstoj solidarne zaveze do zneska, k plačilu katerega je zavezan že pravnomočno obsojeni prvi solidarni dolžnik.[50]

V odškodninskih sporih ne more biti enotnega in še manj nujnega sosporništva na pasivni strani, ne pri denarnih ne pri nedenarnih zahtevkih (npr. vzpostavitev prejšnjega stanja, prepoved posegov, odstranitev škodne nevarnosti). Narava odškodninskega razmerja je taka, da je spor mogoče rešiti različno za posamezne

46 Sklep VS RS II Ips 1657/1998 z dne 17. septembra 1998.

47 Strohsack, B., str. 165.

48 Sklep VS RS II Ips 57/2014 z dne 26. novembra 2015, sodba VS RS II Ips 225/2013 z dne 18. novembra 2013, sodba VS RS II Ips 20/2007 z dne 6. marca 2008 in drugi. Drugače, vendar nepričljivo in osamljeno, sklep VS RS II Ips 94/2001 z dne 19. septembra 2001.

49 Tožnik je z eno tožbo tožil oba toženca, vendar je bila sodba zoper enega toženca razveljavljena in zadeva v tem obsegu vrnjena v novo sojenje.

50 Sodba VS RS II Ips 554/2000 z dne 22. februarja 2001: »Tožena stranka Javni zavod … mora plačati tožeči stranki 37.500.000,00 SIT z zakonskimi zamudnimi obrestmi od 1. 10. 1999 do plačila s tem, da je njena obveznost solidarna z obveznostjo prvotnega drugega toženca J. G. do zneska 31.141.018,00 SIT iz sodbe Temeljnega sodišča v Celju, Enote v Žalcu, z dne 21. oktobra 1994 P 392/91, v 15 dneh.«

sospornike. Odškodninski zahtevek je po materialnem pravu in ob izpolnjenih predpostavkah odškodninskega delikta utemeljen zoper tistega, ki je povzročil škodo. Če je povzročitelj med več toženci en sam oziroma so le v zvezi z njim izpolnjene predpostavke odškodninskega delikta, bo sodišče glede njega izdalo ugodilno sodbo, zoper druge sospornike pa bo tožbeni zahtevek zavrnilo. To velja tudi pri nedenarnih odškodninskih zahtevkih. Če tožnik na primer uveljavlja zahtevek za varstvo pred imisijami zoper več toženccev – solastnikov ali skupnih lastnikov, je (ne)obstoj procesne nujnosti toženccev odvisen od tega, na kateri podlagi utemeljuje svoj zahtevek – stvarnopravni ali odškodninski. V prvem primeru so toženci – skupni lastniki nujni sosporniki, ker s tožbenim zahtevkom uveljavljano upravičenje posega v njihovo nedeljivo pravno razmerje glede stvari, ki pripada vsem skupaj in glede katere deleži niso vnaprej določeni (prvi odstavek 72. člena Stvarnopravnega zakonika)[51]. Odgovor, ali so toženci – solastniki nujni sosporniki, je odvisen od narave materialnopravnega razmerja, torej od tega, ali s tožbenim zahtevkom uveljavljano upravičenje posega v tisti del pravnega razmerja med solastniki, ki je po naravi skupen vsem solastnikom, ali pa se posega le v pravice posameznega solastnika.[52] Če tožnik toži na odškodninski podlagi, glede na opisano naravo odškodninskega razmerja toženci niso ne enotni ne nujni sosporniki.

5 VPLIV SOSPORNIŠTVA NA VREDNOST SPORNEGA PREDMETA V ODŠKODNINSKIH SPORIH

Stvarna pristojnost, pravica do revizije in vrsta postopka (redni postopek ali spor majhne vrednosti) so odvisne od vrednosti spornega predmeta.[53]

Za primere sosporništva ZPP predpisuje le pravilo, da če se zahtevki uveljavljajo zoper več toženccev, se določi pristojnost po vrednosti vsakega posameznega zahtevka (drugi odstavek 41. člena ZPP), odprto pa ostaja, ali to velja za vse vrste sosporništva in kako je s sosporništvom na aktivni strani. Odgovor glede enotnega sosporništva na aktivni in tudi pasivni strani ni težak: zaradi usodne procesne povezanosti se vsi enotni sosporniki štejejo za eno stranko.[54] Druga izjema so solidarne obveznosti oziroma terjatve, pri čemer je treba poudariti, da se solidarnost ne domneva, temveč mora biti izrecno opredeljena v tožbenem predlogu oziroma izreku sodbe. Če denarna obveznost (terjatev) ni opredeljena kot solidarna, gre za deljivo obveznost (terjatev).[55]

Pri formalnem sosporništvu na aktivni strani (ki ga po naravi stvari spremlja objektivna kumulacija) se tožbeni zahtevki ne opirajo na isto dejansko in pravno podlago, zato ne more biti sporno, da se določi pristojnost po vrednosti vsakega posameznega zahtevka. Primeri aktivnega materialnega sosporništva so v praksi

51 Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.
52 Primerjaj sklep VS RS II Ips 208/2010 z dne 25. aprila 2013.
53 Vrednost spornega predmeta je pomembna tudi v drugih primerih, določenih v ZPP (ali so izpolnjeni pogoji za izdajo nedokumentiranega plačilnega naloga in ali lahko odvetnika v gospodarskih sporih nadomešča odvetniški pripravnik).
54 Zobec, J., v Ude, L., in drugi, 1. knjiga, str. 224.
55 Sklep VS RS II Ips 230/2005 z dne 20. aprila 2006 in drugi.

zelo pogosti, na primer več oškodovancev, poškodovanih v istem škodnem dogodku, z isto tožbo zahteva plačilo nepremoženjske in premoženjske škode. Že leta 1980 je bilo sprejeto stališče, izoblikovano v zvezi z dovoljenostjo revizije, da je v primerih, ko več tožnikov z eno tožbo zahteva več med seboj neodvisnih zahtevkov, čeprav se ti opirajo na isto dejansko in pravno podlago (materialno sosporništvo), odločilna vrednost vsakega zahtevka posebej.[56] Menim, da o njegovi pravilnosti ne more biti dvoma, saj bi nasprotno nastal nemogoč položaj, da bi tožniki – materialni sosporniki z odločitvijo o tem, ali bodo vložili eno tožbo ali bodo tožili vsak posebej, odločali o tem, katero stvarno pristojno sodišče bo obravnavalo tožbo in ali je dovoljena revizija.[57]

Tožnik mora v odškodninskem sporu z nedenarnim zahtevkom že v tožbi navesti vrednost spora (drugi odstavek 44. člena ZPP). Če tega ne stori, ravna sodišče po določbi 108. člena ZPP, ki velja za nepopolne vloge, in vrne tožbo tožniku v dopolnitev. Navedba vrednosti je v teh primerih torej obvezna sestavina tožbe. Zakon ocenitveno dolžnost tožnika kombinira s korekturno dolžnostjo sodišča (tretji odstavek 44. člena ZPP). Kadar gre za subjektivno kumulacijo nedenarnih tožbenih zahtevkov, je treba praviloma navesti oziroma ugotoviti vrednost za vsak posamezen zahtevek. Nediferencirana vrednost spornega predmeta ne zadošča, saj se ne ve, na katerega od več zahtevkov se nanaša oziroma v katerem delu se nanaša na posamezen zahtevek. Položaj je enak, kot da vrednost spornega predmeta sploh ni navedena. Izjema je enotno sosporništvo in na pasivni strani enoten ekonomski pomen oziroma cilj, ki ga je z mehkejšim pristopom vpeljalo Vrhovno sodišče in s tem omogočilo omilitev (pre)strogih stališč glede spornega predmeta v preteklosti. Določene spore (npr. primer konfesorne)[58] naj bi namreč povezovala lastnost, da je njihov pomen oziroma cilj enoten in neodvisen od števila sospornikov oziroma subjektivne kumulacije na pasivni strani.[59] Zamislimo si lahko odškodninski spor, v katerem tožnik z eno tožbo od toženccev – skupnih lastnikov ali solastnikov zahteva vzpostavitev prejšnjega stanja. Ti niso enotni sosporniki, tožnikov ekonomski interes, to je, da se vzpostavi stanje, kot je bilo pred posegom, pa je nedvomno enoten.

V zvezi s pravico do revizije po vrednostnem kriteriju ZPP v petem odstavku 367. člena določa, da se vrednost izpodbijanega dela pravnomočne sodbe ne glede na drugi odstavek 41. člena ZPP ugotovi s seštevkom vrednosti posameznih zahtevkov oziroma delov teh zahtevkov, ki so še sporni, če je odločitev o reviziji odvisna od rešitve pravnih vprašanj, skupnih za vse navedene zahtevke, ali če so posamezni zahtevki med seboj tako povezani, da je odločitev o posameznem zahtevku odvisna od odločitve o drugem zahtevku. Ta novost s seštevanjem vrednosti, ki je bila v novelo ZPP-D vnesena zato, da bi se ocena vrednosti spora

56 Odločba VS RS II Ips 44/80 z dne 17. aprila 1980, Poročilo VSS 1/80, str. 36.

57 Betetto, N., Procesni institut sosporništva glede na predpostavke in čas nastanka, Pravnik, št. 10–12, str. 473. Glej sklep VS RS II DoR 245/2009 z dne 3. marca 2011, sklep II Dor 300/2011 z dne 15. septembra 2011 in drugi.

58 Konfesorna tožba je namenjena odpravi slehernega posega v služnostno pravico, zato je njen ekonomski pomen oziroma vrednost, to je posegov prosto izvrševanje služnostne pravice, enak(a) ne glede na način motenja in število kršiteljev.

59 O tem glej podrobneje Ovčak Kos, M., in Razdrih, Ž., Dovoljenost revizije z vidika vrednostnega kriterija – civilnopravni spori, Odvetnik, št. 3/2015, str. 20.

približala pravemu ekonomskemu pomenu zadeve,[60] po zdaj že ustaljeni sodni praksi velja le za objektivno, ne pa tudi subjektivno kumulacijo zahtevkov.[61] Vsak sodolžnik dolguje le svoj del obveznosti in vsak oškodovanec lahko uveljavlja le svoj del terjatve, pri čemer zakon določa domnevo o delitvi obveznosti oziroma terjatve na enake dele (drugi in tretji odstavek 393. člena OZ). Obstaja toliko pravnih razmerij, kolikor je subjektov na eni ali drugi strani. Treba je torej šteti, da je v takem primeru v smislu drugega odstavka 41. člena ZPP toliko relevantnih zahtevkov, kolikor je tožnikov in toženccev. To velja tudi, če vsak od tožnikov uveljavlja več zahtevkov (npr. zahteva plačilo premoženjske in nepremoženjske škode) in čeprav je odločitev o reviziji odvisna od rešitve skupnega pravnega vprašanja (npr. odgovornosti za škodo).[62] Menim, da je stališče pravilno, saj bi lahko nasprotno – če je treba vrednosti posameznih zahtevkov pri subjektivni kumulaciji seštevati – prišlo do nemogočega položaja, v katerem bi bila pravica do revizije odvisna od tega, katera od pravdnih strank oziroma koliko sospornikov na strani ene pravdne stranke je vložilo predlog za dopustitev revizije oziroma direktno revizijo.[63]

6 SKLEP

Analiza procesnih položajev v odškodninskih sporih, v katerih na aktivni ali pasivni strani nastopa več oseb, potrjuje, da je sosporništvo institut, tesno povezan z materialnim-odškodninskim razmerjem.

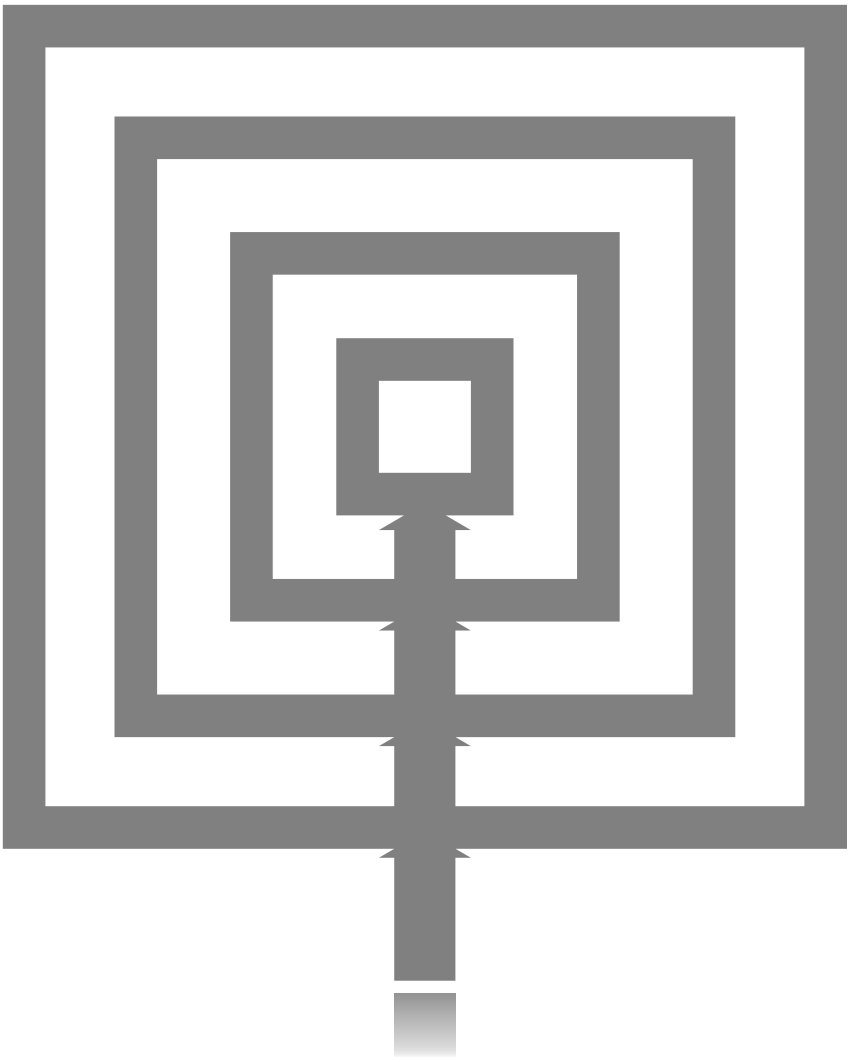
Ta vpliv se najprej kaže v tem, da je od odškodninskega razmerja, ki obstoji med udeleženci, odvisno, pod katerimi predpostavkami lahko skupaj tožijo ali so skupaj toženi. Ker popolna istovetnost dejanske podlage že po naravi stvari ni mogoča, mora v tipičnem odškodninskem sporu veljati, da gre za isto dejansko in pravno podlago odškodninskih zahtevkov (in s tem za materialno sosporništvo), kadar vsi izvirajo iz istega škodnega dogodka. Ločevanje med formalnim in materialnim sosporništvom mora zato preseči pretežno kazuistični pristop, čemur se je z omilitvijo nekaterih stališč novejša sodna praksa precej približala.

ZPP iz leta 1999 je izrecno opredelil, da gre za materialno sosporništvo tudi, kadar gre za solidarne terjatve in obveznosti. Ta novost je bila najpomembnejša prav glede odškodninskih sporov, v katerih so solidarne obveznosti zelo pogoste, saj je prispevala k poenotenju stališč glede določenih primerov subjektivne kumulacije (pravna narava sosporništva med zavarovalnico in odgovorno osebo ter pravna narava sosporništva med solidarnimi dolžniki).

Materialnopravno odškodninsko razmerje je odločilno tudi za opredelitev pravne narave sosporništva in posledično za položaj enega sospornika v razmerju do drugih. Odškodninski zahtevek je po materialnem pravu in ob izpolnjenih

60 Galič, A., Pristojnost v nepogodbenih odškodninskih sporih, Pravni letopis 2012, Ljubljana, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2012, str. 26.
61 Sklep VS RS II Ips 258/2015 z dne 17. decembra 2015 in drugi. Drugače, a osamljeno II Dor 243/2010 z dne 10. novembra 2010.
62 Sklep II Ips 222/2010 z dne 13. junija 2011 in drugi.
63 Tako tudi Ovčak Kos, M., in Razdrih, Ž., str. 17.

predpostavkah odškodninskega delikta utemeljen zoper tistega, ki je povzročil škodo. To pomeni, da je zoper posamezne sospornike mogoče izdati različno sodbo, zato v odškodninskih sporih ne more biti enotnega in še manj nujnega sosporništva na pasivni strani.



ČLANKI

NASILJE V DRUŽINI KOT KAZNIVO DEJANJE – ZNAČILNOSTI IN ZAGATE KAZENSKOPRAVNEGA OBRAVNAVANJA

izr. prof. dr. Katja Filipčič
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti

1 UVOD

Bleiweis je leta 1844 zapisal: »Svet ženam, kadar mož razgraja: vzamejo naj vodo v usta ter jo drže, dokler je mož hud, da ne bodo mogle jezikati.«[1] Iz tega zapisa izhaja odnos družbe 19. stoletja do nasilja nad ženskami; za nasilje so odgovorne same, kadar ne sprejmejo svoje podrejene vloge v družini.[2] Oznako družbenega problema začne nasilje nad ženskami v našem okolju dobivati šele v osemdesetih letih 20. stoletja zaradi prizadevanj feminističnega gibanja, vendar je bil ta proces počasen; jugoslovanska delegacija je na Svetovnem kongresu žensk v Nairobiju leta 1985 poročala, da v Jugoslaviji ne obstaja niti en sam primer nasilja nad ženskami.[3] Od konca osemdesetih pa so se začele ustanavljati nevladne organizacije za pomoč ženskam – žrtvam nasilja v družini, ki so z delovanjem bistveno prispevale k temu, da so državne institucije in javnost spremenili odnos do nasilja nad ženskami ter tudi do vseh drugih oblik nasilja v družini. Vse to je pripeljalo do pomembnih sprememb posamičnih zakonov na različnih področjih (npr. Stanovanjski zakon, Zakon o policiji, Kazenski zakonik). Ob tem se je oblikovalo spoznanje, da posamična ustanova ne more biti uspešna pri zmanjševanju nasilja in zaščiti žrtev, ampak da je potrebno povezovanje med njimi. Prvi primer takega povezovanja je bil uzakonjen leta 2003 v Zakonu o policiji,[4] ki je uvedel prepoved približevanja (policija mora o izreku ukrepa obvestiti center za socialno delo). Šele leta 2008 s sprejetjem Zakona o preprečevanju nasilja v družini[5] pa je Slovenija začela graditi sistemski pristop k obravnavanju nasilja v družini.[6]

Kakšna je vloga kazenskega prava pri obravnavanju nasilja v družini? Kazensko pravo pomeni represivni odziv države na najbolj zavržne družbene pojave in ima zato pomembno simbolno vlogo. Javnost je tudi prepričana, da kaznovanje (predvsem zelo strogo) pomembno zmanjšuje deviantna ravnanja. V tujini so bile opravljene številne raziskave o zastraševalnem učinku kaznovanja povzročiteljev nasilja v družini, vendar nobena ni ugotovila statistično pomembne povezave med obsegom nasilja in strogim kaznovanjem ali pa je bil specialnopreventivni učinek kaznovanja kratkotrajen.[7] Kot učinkovit se kaže pristop, v katerem je ob obravnavanju storilca v kazenskem postopku žrtev deležna pomoči t. i. nerepresivnih institucij, ki ji

1 Novice, 1844, str. 112.
2 Leskošek, 2014, str. 36.
3 Leskošek, 2014, str. 37.
4 Uradni list RS, št. 79/2003.
5 Uradni list RS, št. 16/2008.
6 Filipčič, 2014, str. 161.
7 Sherman, 1992a; Sherman, 1992b; Fagan, 1996; Davis in Smith, 1995.

omogočijo ekonomsko neodvisnost od storilca in ji zagotavljajo psihično podporo.[8] V nadaljevanju bo prikazano kazenskopravno odzivanje na nasilje v družini v Sloveniji, s poudarkom na analizi značilnosti kaznivega dejanja nasilja v družini po 191. členu Kazenskega zakonika (v nadaljevanju besedila: KZ-1).[9] Pred tem pa še nekaj poudarkov o značilnostih kazenskopravnega odzivanja na nasilje v družini, s katerimi se srečujejo vsi pravni sistemi.

2 TEMELJNE ZAGATE KAZENSKOPRAVNEGA OBRAVNAVANJA NASILJA V DRUŽINI

2.1 Pregon po uradni dolžnosti – vprašanje avtonomije žrtev

Lažje oblike nasilja v družini (take, ki ne zajemajo težjih telesnih poškodb) so postale pregonljive po uradni dolžnosti že leta 1999 s spremembo takratne kazenske zakonodaje (spremenjeno kaznivo dejanje nasilništva po 299. členu Kazenskega zakonika).[10] Po uradni dolžnosti so pregonljive lažje oblike nasilja v družini tudi v trenutno veljavni kazenski zakonodaji (kaznivo dejanje nasilja v družini v 191. členu KZ-1).

Glede oblike pregona je naša zakonodaja sledila zgledom iz tujine. Zaveza države do obveznega pregona povzročiteljev nasilja se najbolj dosledno izraža v ZDA, predvsem v obvezni aretaciji povzročitelja nasilja in uvedbi pravila, da tožilec ne le, da mora uvesti pregon, ampak tudi v njegovi dolžnosti, da ga ne sme opustiti, tudi če mu žrtev nasprotuje ali če med postopkom postane pasivna.[11] V ZDA ta pristop imenujejo »*no-drop policy*«. Njegovo izhodišče je ničelna toleranca do nasilja in njegova nedvoumna simbolna obsodba. Feministična gibanja, ki so se najprej zavzemala za tak odnos kazenskega prava do nasilja v družini, vedno glasneje opozarjajo na njegove slabosti, zato ker zanika avtonomijo žrtve. Feministična gibanja za spremembo kazenskopravnega odzivanja na nasilje v družini so se v ZDA oblikovala kot kritika neodzivnosti policije na nasilje nad ženskami oziroma na minimiziranje tega pojava. Da bi se tak odnos presegel, so feministke zahtevale, da morata policija in tožilstvo na vsak primer dosledno reagirati z represivnimi ukrepi zoper povzročitelja nasilja in da tako ukrepanje ne sme biti prepuščeno diskreciji posamičnega policista ali tožilca. Tako so želele doseči, da bi nasilje v družini iz zasebnega postalo družben problem.[12] Ob tem so bile predstavnice feminističnih gibanj prepričane, da bosta v središču kazenskopravnega obravnavanja nasilja žrtev in njena dolgoročna varnost, spregledale pa so, da v središču kazenskega prava ni žrtev, ampak obsodba storilca in njegovega dejanja. Vizija avtonomije

8 Prva skupina kritik zajema samo naravo in pomen kazenskopravnega obravnavanja nasilja. V središču kazenskopravnega obravnavanja sta storilec in njegovo dejanje, interesi žrtve (ki presegajo kazenskopravni pregon storilca) pa so zapostavljeni. Kazenskopravni sistem ni orientiran v dolgoročno reševanje problemov, ker je v središču pozornosti kratkoročna rešitev (Epstein, 2003, str. 467), ki se zreducira na kaznovanje storilca.

9 Uradni list RS, št. 55/2008, s spremembami.

10 Uradni list RS, št. 23/1999.

11 Epstein, 2003; Chiu, 2001.

12 V ZDA se je to prizadevanje izrazilo v besedni zvezi »*the personal is political*«, ki se je kot moto feminističnih prizadevanj uveljavil po tem, ko je odmeven esej s tem naslovom objavila Carol Hanisch leta 1970 (Bailey, 2010, str. 1260).

žrtev, kot so jo pričakovale feministke, ni »prevedljiva« v kazenski sistem. Lahko bi rekli, da isti pojmi v feminističnem gibanju in kazenskem pravu nimajo istega pomena, zato nekateri kritiki izgubo avtonomije žrtev v kazenskopravnem sistemu poimenujejo »izgubljeno s prevodom«.[13]

Nepriznavanje avtonomije pomeni, da žrtev s klicem policije, s katerim želi (zgolj ali predvsem) doseči takojšnjo zaščito pred nasilnim partnerjem, neizogibno sproži delovanje celotnega represivnega aparata in postane del kazenskopravnega obravnavanja nasilneža; pa če to želi ali ne.[14] Ob tem je treba poudariti, da kazenski postopek povzroča sekundarno viktimizacijo, ki lahko žrtev močno prizadene, ob tem pa ji ne prinese želene dolgoročne varnosti. Celo nasprotno, lahko je deležna dodatnega nasilja zaradi pritiskov storilca, da bi v postopku zanikala nasilje (ukrepi policije niso vedno uspešni pri zagotavljanju njene varnosti). Nekatere žrtve zmorejo same prekiniti nasilno razmerje in dolgoročno poskrbeti za svojo varnost (ob pomoči svoje socialne mreže, nevladnih organizacij, socialnih služb) in je kazenski postopek zanje predvsem breme. Zato ameriški avtorji vedno pogosteje poudarjajo, da ni mogoče vseh primerov obravnavati na isti način, z istim pristopom (*one-size-fits-all*), ampak je treba upoštevati različnost oblik nasilja, intenzivnosti nasilja, nevarnosti ponovitve in trajanje nasilja.[15] Večina avtorjev upoštevanje avtonomije žrtve ne vidi v vračanju na zasebni pregon, ampak predlagajo selektivno upoštevanje avtonomije žrtve prek diskrecije tožilca, da ob dobrem poznavanju dinamike nasilja v družini in upoštevanju žrtvinih želja v konkretnem primeru presodi, ali bo primer opustil, preusmeril njegovo obravnavanje v alternativne postopke ali bo kljub žrtvinemu nasprotovanju vztrajal pri kazenskem pregonu storilca.[16]

Razprave o problematičnosti pregona kaznivega dejanja po 191. členu KZ-1 po uradni dolžnosti so pri nas redke.[17] Razlogov je več. Pomembno vlogo ima verjetno še vedno bojazen, da tožilci ne poznajo dovolj dinamike nasilja v družini, da ne razumejo žrtev in jim zato ni mogoče zaupati diskrecije, kot jo predlagajo tuji avtorji. Poleg tega pri nas še ni bila opravljena analiza zadev, ki jih obravnavajo sodišča, z vidika pasivnosti žrtev ter njenega vpliva na izid kazenskega postopka in razmisleka, ali je naš kazenskopravni pristop k obravnavanju nasilja v družini ustrezen in uspešen.

2.2 Pasivnost žrtev v kazenskem postopku

Ena od pomembnih težav kazenskopravnega obravnavanja nasilja v družini je pasivnost žrtev, ki nočejo pričati zoper povzročitelja nasilja. S tem kažejo svoje nestrinjanje s kazenskim postopkom zaradi različnih razlogov. Večina raziskav v tujini govori o polovici takih žrtev,[18] nekatere pa ugotavljajo, da jih je celo več, od 60 do 80 odstotkov.[19]

13 Bailey, 2010.
14 Filipčič, 2012.
15 Bailey, 2010, str. 1297–1298.
16 Ferguson, 2009, str. 4.
17 Glej npr. Filipčič, 2010; Rihtaršič, 2011.
18 Hoyle, 1998.
19 Bailey, 2010, str. 1257.

Razlogi za pasivnost žrtev so podobni razlogom, zaradi katerih žrtve ne prijavijo nasilja in vztrajajo v nasilnem razmerju, na primer strah, občutek krivde.[20] Poleg njih študije izpostavljajo predvsem omejene možnosti kazenskega sistema pri celovitem reševanju težav žrtev nasilja in zato nezainteresiranost žrtev za potek kazenskega postopka. Veliko avtorjev poudarja, da je bistvena čustvena podpora žrtve med kazenskim postopkom, vendar pa so ameriške raziskave pokazale, da ta dejavnik nima pričakovane pomembnosti. Potrdile so močno povezavo med sodelovanjem žrtve z organi pregona in finančno pomočjo države, ki ji omogoči samostojno življenje brez nasilneža.[21] Ameriške in kanadske raziskave kažejo, da sodelovanje žrtve s socialnimi službami za dvakrat poveča verjetnost, da bo žrtev dejavno sodelovala v kazenskem postopku proti nasilnežu,[22] zato ker socialnovarstvene institucije vzporedno s kazenskim postopkom rešujejo žrtvine eksistenčne težave, s katerimi se žrtev sooča, ko zapusti partnerja. Ko se žrtev odloči, da ne bo več prenašala partnerjevega nasilja, ima kaznovanje storilca tudi zanjo pomembno simbolno vlogo, vendar je za številne žrtve pomembneje, da se izvijejo iz nadzora nasilneža. Zgolj kaznovanje storilca ima pri tem zelo omejeno vlogo.[23]

Vse navedene ugotovitve izhajajo iz tujih raziskav. Koliko žrtev izkoristi privilegij in se odreče pričanju v kazenskih postopkih pri nas, ne vemo. Iz pripovedovanj tožilcev in sodnikov je mogoče sklepati, da je tudi pri nas pasivnost žrtev eden temeljnih razlogov za zaustavitev postopkov.

3 ZNAČILNOSTI KAZNIVEGA DEJANJA NASILJA V DRUŽINI (191. ČLEN KZ-1)

3.1 Objekt varstva

Novo kaznivo dejanje nasilja v družini je umeščeno v poglavje kaznivih dejanj zoper zakonsko zvezo, družino in otroke. Iz tega izhaja, da je s tem kaznivim dejanjem varovana družina (in njej podobna življenjska skupnost); družinska skupnost ima naravo kazenskopravne dobrine. Tako je tudi izrecno navedeno v sodbi Vrhovnega sodišča I Ips 815/2010-192 z dne 3. 3. 2011: »Smisel oz. cilj zaščite tega člena pa je družinska skupnost oz. dom, kjer naj bi se človek počutil najbolj varnega.« Ob tem je treba poudariti, da je s tem kaznivim dejanjem varovanih več objektov,[24] kot so »varnost, telesna in duševna celovitost ter čast in dobro ime posameznika« (VS v sodbi I Ips 194/2009). Gre za osebno kaznivo dejanje (objekt varstva torej ni družinska skupnost), to pa tudi pomeni, da ni mogoč navidezen stek v primeru, ko je isti storilec oškodoval več družinskih članov.

20 Glej npr. Filipčič, 2002, str. 94–99.
21 Goodman et al., 1999.
22 Gillis et al., 2006, str. 1154.
23 Filipčič, 2012, str. 53.
24 »V primerjavi s kazenskopravno dobrino, ki je po svoji naravi abstraktna, idealna vrednota družbenega reda, v teoriji poznamo tudi pojem objekt kazenskopravnega varstva. Gre za konkretnejše cilje v objektivnem smislu, ki so znotraj določene dobrine napadeni s posameznim kaznivim dejanjem.« (Bavcon et al., 2013, str. 207)

Z vidika sistematike posebnega dela KZ-1 bi bila zato ustreznejša umestitev v poglavje kaznivih dejanj zoper človekove pravice in svoboščine ter s tem poudarjen objekt varstva. Vendar pa sama umestitev kaznivega dejanja v določeno poglavje posebnega dela kazenskega zakonika ne vpliva na interpretacijo njegovih zakonskih znakov, ima pa nedvomno simbolni pomen glede vprašanja, koga in zakaj se varuje s kazenskim pravom.

3.2 Vez med storilcem in žrtvijo – *delictum proprium*

Dejanje mora biti izvršeno v družinski skupnosti (prvi odstavek 191. člena KZ-1) ali kakšni drugi trajnejši življenjski skupnosti (drugi odstavek 191. člena KZ-1).[25] KZ-1 navedenih pojmov ne opredeljuje; v četrtem odstavku 99. člena opredeljuje zunajzakonsko skupnost, ki je le ena od možnih oblik življenjskih skupnosti (po stališču Vrhovnega sodišča gre za obliko družinske skupnosti, sodba I Ips 40643/2010-183, 10. 1. 2013).

Družinske skupnosti ni mogoče enačiti s pojmom družina iz Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR),[26] ki v 2. členu opredeljuje družino kot življenjsko skupnost staršev in njihovih otrok. Tudi ko je Kazenski zakonik z novelo leta 1999 v kaznivo dejanje nasilništva po 299. členu med zakonske znake dodal izraz »družina«, to ni pomenilo blanketne norme, ko bi bilo treba pojem družina razlagati v skladu z ZZZDR kot matičnim zakonom. Tako stališče je v sodbi I Ips 260/2005 (6. 4. 2006) zavzelo tudi Vrhovno sodišče.[27] Treba je namreč upoštevati namen urejanja razmerij med družinskimi člani, ta pa je v primeru družinske in kazenske zakonodaje različen. Tudi v strokovni literaturi se izrecno zastopa stališče, da opredelitev družine v ZZZDR ne pomeni, da zakonodaja z drugih področij prava ne more drugače opredeliti družine oziroma družinskih članov, ob upoštevanju take opredelitve samo na določenem pravnem področju.[28]

KZ-1 je pojem družine iz 299. člena KZ nadomestil s pojmom družinska skupnost in druga trajnejša življenjska skupnost. Domnevam, da se je zakonodajalec namenoma izognil uporabi pojma družine in tako pokazal, da gre za širši pojem od družine iz ZZZDR. Vrhovno sodišče je v sodbi XI Ips 48327/2012-90 (29. 10. 2012) opredelilo življenjsko skupnost kot »okolje, ki za oškodovanca in storilca predstavlja skupnost vrednot, pomembnih za sobivanje ljudi v najožjem smislu«.

Kljub navedenim pozitivnim vidikom uporabe pojmov družinska in življenjska skupnost je treba opozoriti, da je s tem v KZ-1 vneseno še eno poimenovanje

25 Nomotehnično je nenavadno, da je v primeru še obstoječe trajnejše življenjske skupnosti zakon oblikoval poseben odstavek, pri čemer je kaznovalni okvir isti, ko pa gre za razpadlo skupnost (3. odstavek), pa je obe obliki združil v istem odstavku.

26 Uradni list RS, št. 69/2004 – prečiščeno besedilo.

27 »Pri razlagi pojma družina, ki je zakonski znak kaznivega dejanja, je treba upoštevati vodilno načelo kazenskega prava, da mora sodišče kazenskopravne norme razlagati v skladu z ustavnimi določbami, zlasti s tistimi, ki zadevajo človekove pravice; za te pa velja, da jih je treba razlagati razširjujoče. Kazenski zakonik pojma družine ne opredeli … Na podlagi ustrezne razširjujoče razlage, ki izhaja iz načela zakonitosti, objekta zaščite in namena dopolnjene inkriminacije ter ki se smiselno naslanja tudi na primarno zakonsko normo (ZZZDR), je kazenskopravni pojem družine kot zakonski znak kaznivega dejanja nasilništva lahko tudi širši od pojma družine, kot ga opredeljuje sedaj veljavni ZZZDR.« (VS, sodba I Ips 260/2005 z dne 6. 4. 2006)

28 Zupančič, 1999.

razmerja med storilcem in oškodovancem, ki pa ni jasno razmejeno od drugih podobnih pojmov. Za KZ-1 je značilna nedoslednost pri poimenovanju pomembnejše življenjske povezanosti med storilcem in oškodovancem (ali drugimi osebami);[29] težko je z gotovostjo reči, kdaj gre (le) za nomotehnične spodrsljaje, ki jih je mogoče odpraviti z redaktorskimi posegi, kdaj pa za domišljeno poudarjene (vsebinske) razlike med podobnimi pojmi, kar naj bi izhajalo iz namena njihove uporabe. Zaradi spoštovanja načela *lex certa* bi bilo nujno poenotiti uporabo izrazov oziroma jasno opredeliti njihov (morebiti različen) pomen pri posamičnih določbah. Tako se v KZ-1 poleg družinska in druga trajnejša življenjska skupnost pojavijo še naslednji (vsebinsko) podobni izrazi: »bližnji« v 134. a členu, »bližnji sorodnik« v 299. členu, »bližnje razmerje« v 224. členu, v nekaterih primerih pa KZ-1 izrecno našteje bližnje osebe, ne da bi jih tako poimenoval (npr. v 281. členu).

Kljub navedeni pojmovni zmedi je pri opredelitvi družinske in druge trajnejše življenjske skupnosti treba izhajati iz namena inkriminacije (zavarovati osebe, nad katerimi storilec izvršuje nasilna ravnanja, tako da izrablja bližnji odnos med njima). Zato je smiselna uporaba opredelitve družinskih članov iz 2. člena Zakona o preprečevanju nasilja v družini (ZPND) v kombinaciji z opredelitvijo oseb, s katerimi je storilec v »bližnjem razmerju«, kot to izhaja iz 224. člena KZ-1, čeprav imata navedeni določbi različen namen; namen ZPND je določiti obveznost države zagotavljati žrtvam nasilja v družini pomoč, namen 224. člena KZ-1 pa je upoštevati odnose med storilcem in oškodovancem pri obliki pregona premoženjskih kaznivih dejanj. Tak pristop je zavzel Zakon o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol),[30] ko določa pogoje za izrek prepovedi približevanja; namen tega ukrepa je zaščititi žrtve nasilja v družini, kadar to izpolnjuje zakonske znake prekrška ali kaznivega dejanja in ga ni mogoče izreči žrtvam drugih oblik nasilja. Določba 60. člena ZNPPol pravi, da se lahko prepoved izreče zaradi preprečitve nadaljnjega ogrožanja osebe, s katero je ali je bil storilec »v bližnjem razmerju v smislu določb kazenskega zakonika in zakona, ki ureja preprečevanje nasilja v družini«. Primerjava opredelitve družinskih članov iz ZPND in oseb v bližnjem razmerju iz 224. člena KZ-1 pokaže, da se opredelitvi skoraj v celoti prekrivata; opredelitev iz ZPND je širša in zajema vse osebe iz 224. člena KZ-1, poleg njih pa še skrbnika in varovanca ter osebe, ki imajo skupnega otroka. Konkreten primer bi sicer lahko pokazal, da tudi ZPND ne zajema kakšnega odnosa, ki bi ustrezal družinski oziroma življenjski skupnosti iz 191. člena KZ-1 in v takem primeru je potrebna ocena sodišča, ali konkretno razmerje spada v okvir teh pojmov. Takšno je tudi stališče Vrhovnega sodišča.[31]

29 Izčrpneje o tem Jenull, 2015.

30 Uradni list RS, št. 15/2013.

31 VS je v sodbi I Ips 40643/2010-183 (10. 1. 2013) ob ugotavljanju, ali je podana trajnejša življenjska skupnost, zapisalo: »Ugotovitev obstoja takšne skupnosti je rezultat vsakokratne presoje vseh konkretnih okoliščin posameznega primera. Presoja, ali je pri enem ali drugem partnerju obstajala volja za takšno skupnost, je dejansko vprašanje, o katerem odloča sodišče na podlagi načela proste presoje dokazov. Pri takšni presoji je seveda pomembna vsebina razmerij obeh partnerjev kot tudi obstoj volje za zvezo.« V sodbi XI Ips 48327/2012-90 (29. 10. 2012) pa je ugotovilo: »Oškodovanca in obdolženec (sicer stric oškodovanca) že sedem let živijo v ločenih etažah iste stanovanjske hiše, lastnika katere sta sicer oškodovanca, ki sta na podlagi pogodbe o preužitku dolžna obdolžencu zagotavljati bivanje in prehrano. Na ravni utemeljenega suma opisano obdolženčevo ravnanje zadošča za sklep, da naj bi očitano kaznivo dejanje storil v takšni, družini podobni, trajni življenjski skupnosti, v okolju, ki za oškodovanca in zanj predstavlja skupnost vrednot, pomembnih za sobivanje ljudi v najožjem smislu.«

Če med storilcem in oškodovancem ne gre za družinsko ali drugo trajnejšo življenjsko skupnost, je lahko podano kaznivo dejanje nasilništva po prvem odstavku 296. člena KZ-1. Večina izvršitvenih ravnanj je istih kot pri kaznivem dejanju po 191. členu KZ-1, pri čemer pa nasilništvo ne vsebuje zakonskega znaka življenjske skupnosti.

3.3 Kolektivna narava kaznivega dejanja

Kaznivo dejanje je oblikovano kot kolektivno, saj so uporabljene nedovršne glagolske oblike.[32] To pomeni, da enkratno nasilno ravnanje ne zadošča za njegovo dokončanje, lahko pa predstavlja izpolnitev zakonskih znakov kakšnega drugega kaznivega dejanja. Vendar pa je sodna praksa tako kot pri drugih kaznivih dejanjih, ki so v KZ-1 oblikovana kot kolektivna, odstopila od te temeljne značilnosti kolektivnega kaznivega dejanja. Po mnenju Vrhovnega sodišča v sodbi I Ips 815/2010-192 (3. 3. 2011) gre v primeru 191. člena KZ-1 »praviloma za neko trajnejše ravnanje storilca, ne pa za enkratno ogrozitev ali grdo ravnanje«. Z uporabo izraza »praviloma«[33] je sodišče dopustilo možnost, da storilec tudi že z enim nasilnim dejanjem izvrši kaznivo dejanje po 191. členu KZ-1. Tak odstop od bistva kolektivnega kaznivega dejanja je vprašljiv z vidika načela zakonitosti, saj je v primeru le enega ravnanja storilec kaznovan, čeprav ni izpolnil zakonskih znakov. Vendar je odstop pri kaznivem dejanju po 191. členu KZ-1 (na videz) manj grob. Nezadostnost enkratnega ravnanja namreč Vrhovno sodišče v navedeni sodbi utemeljuje z odsotnostjo podrejenega položaja oškodovanca, ki praviloma ni izpolnjen le pri enem ravnanju.[34] Vendar ob tem dopušča izjeme. Konceptualno pravilno bi bilo stališče, da eno ravnanje ne zadošča za izvršitev tega kaznivega dejanja zaradi njegove kolektivne narave tudi, če bi samo eno ravnanje povzročilo nastanek posledice – podrejen položaj oškodovanca.

Kaznivo dejanje po 191. členu KZ-1 ni le kolektivno, ampak tudi sestavljeno. Storilec lahko izvrši več različnih ravnanj, ki jih zakon našteva alternativno, vse pa opiše z nedovršnimi glagoli. Zastavi se vprašanje, ali je zadoščeno kolektivni naravi kaznivega dejanja, ko storilec oškodovanca na primer enkrat razžali, mu enkrat grozi, ga enkrat pretepe in z njim enkrat grdo ravna, vsa ravnanja skupaj (kot celota) pa bi povzročila podrejenost oškodovanca. Ob upoštevanju kolektivne narave kaznivega dejanja, ki se kaže v ponavljanju istih ravnanj in ne v kopičenju (posamičnih) različnih ravnanj, bi bila opredelitev storilčevih ravnanj kot kaznivo dejanje po 191. členu KZ-1 neustrezna; storilčeva ravnanja bi bilo treba opredeliti kot več samostojnih različnih kaznivih dejanj (npr. kot kaznivo dejanje razžalitve po 158. členu, grožnje po 135. členu).

32 Konstrukcija nadaljevanega kaznivega dejanja »je nastala ob koncu devetnajstega stoletja zaradi prepričanja, da je storilce kaznivih dejanj mogoče klasificirati med drugim tudi na tiste, ki izvršujejo kazniva dejanja obrtoma, poklicno ali iz navade«. (Bavcon et al., 2013, str. 216)

33 Ta poudarek je uporabilo Vrhovno sodišče tudi v drugih svojih odločbah, npr. v sklepu I Kp 1/2011 (22. 3. 2011) in sodbi I Ips 194/2009.

34 Pri kaznivem dejanju nasilja v družini mora »iti praviloma za neko trajnejše ravnanje storilca, ki poruši normalne medosebne odnose v družini tako, da ostanejo določeni družinski člani brez topline doma, brez občutka varnosti, so prestrašeni ipd., oziroma so ravno zaradi obdolženčevega ravnanja spravljeni v podrejen položaj oziroma v položaj, ki je temu pojmu po vsebini primerljiv, čeprav sicer ni mogoče izključiti, da bi tudi enkraten izjemen eksces lahko imel hude posledice za družinske člane, kar pa se seveda presoja v vsakem konkretnem primeru posebej.« (Sodba I Ips 815/2010-192, 3. 3. 2011)

Ob kritiki zakonodajalca, ker je uporabil kolektivno obliko kaznivega dejanja (ki odpira številna vprašanja) in sodne prakse, ker to obliko nedosledno uporablja, je korektno poudariti, da je zakonodajalec z nedovršnimi oblikami glagolov (in z navedbo posledice spravljanja v podrejen položaj) poudaril bistveno značilnost nasilja v družini, to pa je storilčevo ponavljanje (lažjih) nasilnih ravnanj. Lahko rečemo tudi, da je tako v inkriminacijo zajel bistvo t. i. sociološke opredelitve nasilja v družini, ki je nasilen odnos med storilcem in žrtvijo in ne (iz konteksta izvzeto) posamično nasilno ravnanje.[35] Z navedenim približanjem sociološki opredelitvi bi iz obsega kaznivosti kaznivega dejanja po 191. členu KZ-1 ob upoštevanju načela zakonitosti morali biti izvzeti primeri, ko je storilec ravnal nasilno le enkrat, pa čeprav je že s tem povzročil podrejenost žrtve. Seveda gre lahko za kakšno drugo kaznivo dejanje (in storilec ne bo ostal nekaznovan), ki ne zajemajo bistva takega ravnanja – zlorabe intimnega odnosa in zaupanja žrtve. Nasilje v družini bi bilo ustrezneje inkriminirano, če bi inkriminacija po 191. členu KZ-1 zajela tudi posamična nasilna ravnanja v družini. To bi bilo mogoče doseči z dikcijo, ki jo je KZ-1 uporabil pri kaznivem dejanju davčne zatajitve po 249. členu (»kdor z enim ali več ravnanji«). Zato predlagam ustrezno spremembo 191. člena KZ-1 po zgledu 249. člena KZ-1. Ob tem bi bilo seveda treba tudi pri zgolj enem ravnanju dokazati posledico, to je podrejenost žrtve.

3.4 Izvršitvena ravnanja

Zakonodajalec je izvršitvene oblike kaznivega dejanja po 191. členu KZ-1 navedel alternativno, pri tem pa uporabil analogijo *inter legem*, saj je navedenim oblikam dodal še »ali kako drugače z nasilnim omejevanjem njegovih enakih pravic«. Naloga sodne prakse je, da v konkretnem primeru oceni, ali je določeno ravnanje v zadostni meri podobno navedenim, da ga je mogoče opredeliti kot izvršitveno ravnanje tega kaznivega dejanja. Zanimivo je, da se zakonodajalec pri uporabi analogije *intra legem* ni zadovoljil le z zapisom »ali kako drugače« (kot v drugih primerih take analogije), ampak je tovrstno analogijo dodatno omejil s tem, ko je dodal, da mora iti za nasilno omejevanje »enakih pravic«, pri čemer gre za enakost pravic storilca in oškodovanca. Z vsebinskega vidika ni nobene potrebe po tem dodatku, vnaša celo nejasnost v njeno razumevanje. Daje namreč vtis, da v taki skupnosti obstajata dve vrsti pravic; take, ki so enake za vse člane, in take, do katerih je upravičen le en član (in njihovo omejevanje drugemu zato ni kaznivo v okviru 191. člena KZ-1). Če je zakonodajalec želel poudariti, da imajo v skupnosti vsi člani enake pravice (in je njihovo omejevanje s strani enega člana ravno zato zavržno), je to napravil zelo nespretno.

Nekatere izvršitvene oblike so bile že pred letom 2008 zajete v našo kazensko zakonodajo, nekatere pa so novost. Med njimi je tudi zalezovanje, ki ga zakon ob sprejetju posebnega kaznivega dejanja podrobneje ni opredelil. Novela KZ-1C[36] je oblikovala novo kaznivo dejanje zalezovanja (134. a člen), ki pove, da zalezovanje ni le fizično zasledovanje osebe, ampak tudi vzpostavljanje stikov (ali zgolj prizadevanje za to) prek elektronskih komunikacijskih sredstev. In da gre za ponavljajoče se oblike ravnanja, kar spet kaže kolektivno naravo kaznivega

35 Več o tem Filipčič, 2012.
36 Uradni list RS, št. 54/2015.

dejanja po 191. členu KZ-1. Z oblikovanjem kaznivega dejanja po 134. a členu KZ-1 je izvršitveno ravnanje »zalezovanja« dobilo zakonsko opredeljeno vsebino. Jenull opozarja, da ni jasen namen zakonodajalca, »ali in v kakšnem obsegu se z novim kaznivim dejanjem posega v obstoječe okvire pregona znotraj družinske ali druge trajnejše skupnosti«.[37] Ena od zagat je posledica, ki jo morajo ravnanja povzročiti, da gre za zalezovanje – povzročiti morajo »prestrašenost ali ogroženost«. Zalezovanje kot izvršitveno ravnanje v okviru 191. člena KZ-1 mora spraviti oškodovanca v podrejen položaj v skupnosti. Ali to pomeni, da bodo morala sodišča ugotavljati obe posledici ali ugotoviti, da je posledica zalezovanja zajeta v posledici nasilja v družini (ne pa tudi obratno)?

3.5 Spravljanje v podrejen položaj

Za storitev kaznivega dejanja ni dovolj izpolnitev enega od izvršitvenih ravnanj, ampak mora storilec s takim ravnanjem oškodovanca spravljati v skupnosti v podrejen položaj. Vrhovno sodišče je v sodbi I Ips 194/2009 (3. 9. 2009) zavrnilo stališče, da besedna zveza »spravljanje v podrejen položaj« predstavlja zgolj eno od alternativno navedenih oblik izvršitvenih ravnanj, in poudarilo, da je to posledica izvršitvenih ravnanj, v sklepu I Kp 1/2011 pa se opredelilo še do njegove pravne narave – spravljanje v podrejen položaj je objektivni pogoj kaznivosti. To pomeni, da zadošča ugotovitev dejstva, da je bila žrtev zaradi storilčevega ravnanja v podrejenem položaju, pri čemer se ne ugotavlja storilčev subjektivni – krivdni odnos do te posledice.[38] Če ob navedenih izvršitvenih oblikah ni dan objektivni pogoj, gre lahko za druga kazniva dejanja, ki praviloma niso uradno pregonljiva (kot npr. zalezovanje po 134. a členu KZ-1, grožnja po 135. členu KZ-1). Če sodišče zato prekvalificira kaznivo dejanje, ki se preganja na predlog, upošteva določbo, da se v primeru, če je sam oškodovanec podal ovadbo, šteje, da je s tem podal tudi predlog za pregon (drugi odstavek 53. člena Zakona o kazenskem postopku; v nadaljevanju besedila: ZKP).[39]

Sodišče mora v vsakem konkretnem primeru ugotoviti, ali je ravnanje storilca žrtev spravilo v podrejen položaj. Iz številnih odločb Vrhovnega sodišča, ki presojajo pravilno oceno sodišč prve in druge stopnje glede podanosti tega elementa, je mogoče sklepati, da je to zahtevna naloga. Glede njegove opredelitve je dobrodošlo stališče Vrhovnega sodišča (sodba I Ips 194/2009, 3. 9. 2009), da »spravljanje v podrejen položaj ni le ravnanje, s katerim si ena oseba podreja drugo tako, da ta upošteva njeno voljo oz. zahteve. Pomeni tudi ravnanje, ko izvajanje nasilja žrtev spravi v ponižujoč, podrejen položaj, ko se žrtev storilcu uklanja, oz. položaj, ko postane žrtev objekt izvajanja nasilja, ki se mu niti ne more ali ne zna izogniti. Takšen položaj storilec ustvari, ko pri žrtvah povzroči nemoč, strah, vznemirjenje ipd. večje intenzivnosti in trajanja.«

37 Jenull, 2015.
38 Bavcon et al., 2013, str. 194.
39 Uradni list RS, št. 63/1994, s spremembami.

4 PORAVNAVANJE – USTREZNA ALTERNATIVA KAZENSKEMU POSTOPKU?

4.1 Poravnavanje in nasilje v družini v naši zakonodaji

Slovenija je v svoj kazenskopravni sistem vnesla nekaj institutov z elementi restorativne pravičnosti. S tem je poudarila pomen poprave škode, ki je bila povzročena s kaznivim dejanjem in ki jo je najustrezneje odpraviti v posebnih postopkih s sodelovanjem vseh zainteresiranih (storilca, žrtve in skupnosti). Tak pristop se najbolje uresničuje v institutu poravnanja. V Sloveniji poznamo le neposredno poravnavanje med storilcem in žrtvijo, ki se v celoti izvaja zunaj sodnega sistema. Njen cilj je nadomestiti tradicionalen odziv na kaznivo dejanje, zato se izvaja predvsem v predkazenskem postopku, lahko pa tudi že po njegovi uvedbi. Če je poravnavanje med storilcem in žrtvijo uspešno, je konflikt med njima razrešen, zato je državni tožilec dolžan zavreči ovadbo oziroma umakniti obtožni akt, če se je kazenski postopek že začel.

Za temeljno obliko kaznivega dejanja po 191. člena KZ-1 je predpisana kazen zapora do pet let. To pomeni, da državni tožilec te oblike kaznivega dejanja ne more odstopiti v poravnavanje; ne po temeljni obliki poravnavanja po prvem odstavku 161. a člena. ZKP (kazniva dejanja s predpisano kaznijo do treh let) in tudi ne v primeru podanih posebnih okoliščin, ki bi morebiti upravičevale poravnavanje, saj to kaznivo dejanje ni našteto med tistimi (drugi odstavek 161. a člena ZKP), kjer je to kljub kazni, daljši od treh let, dopustno. Zaradi predpisane kazni je poravnavanje dopustno v primeru nasilja nad bivšim partnerjem; KZ-1 v tretjem odstavku 191. člena določa kazen do treh let zapora, če gre za nasilje »proti osebi, s katero je storilec živel v družinski ali drugi trajnejši skupnosti«.

Generalna državna tožilka je leta 2011 sprejela Splošno navodilo o pogojih in okoliščinah za odstopanje zadev v poravnavanje (v nadaljevanju besedila: Navodila),[40] v katerem je oblikovana politika uporabe instituta poravnavanja. Med zadevami, ki so »praviloma primerne« za odstop v poravnavanje (1. člen Navodil), je navedeno tudi kaznivo dejanje po 191. členu KZ-1, pri čemer gre glede na pogoje iz 161. a člena ZKP lahko le za dejanje po tretjem odstavku 191. člena KZ-1 (razpadla družinska ali druga življenjska skupnost). Poravnavanje je tako v primeru kvalifikacije dejanja po 191. členu KZ-1 močno omejeno, v primerih nasilja proti bivšim partnerjem pa prepoznano kot posebej primerno. Poleg tega Navodila v 2. členu navajajo, da so za poravnavanje primerna kazniva dejanja telesnih poškodb (iz drugega odstavka 161. a člena ZKP), če je poškodba »posledica dalj časa trajajočih sporov ali konfliktnega razmerja med osumljencem in oškodovancem«. Glede na navedeno je logičen naslednji zaključek: če ZKP ne dopušča poravnavanja v primeru lažjih oblik nasilja v družini (prvi odstavek 191. člena KZ-1), poravnavanje tudi ni mogoče, če je posledica nasilja huda telesna poškodba (in gre zato za kaznivo dejanje telesne poškodbe v steku s kaznivim dejanjem po 191. členu KZ-1), čeprav ZKP v primeru tega kaznivega dejanja poravnavanje izrecno dopušča. Drugačna interpretacija bi bila neustrezna.

40 Uradni list RS, št. 24/2011.

Zaradi navedbe v Navodilih, da je nasilje v družini (191. člen KZ-1) posebej primerno za poravnavanje (kljub prej navedeni omejitvi iz ZKP), in zaradi kaznovalne politike, naklonjene alternativnim načinom obravnavanja kaznivih dejanj, je vprašanju poravnavanja v primerih nasilja v družini smiselno nameniti več pozornosti. Prav tako je tudi treba upoštevati, da je partnersko nasilje, ki sicer ne izpolnjuje vseh zakonskih znakov kaznivega dejanja nasilja v družini po 191. členu KZ-1, lahko kvalificirano kot kakšno drugo kaznivo dejanje (npr. po 296. členu KZ-1, 135. členu KZ-1, 122. členu KZ-1), pri katerem pa je poravnavanje po naši zakonodaji dopustno.

4.2 Poravnavanje in nasilje v družini v mednarodnih dokumentih

Restorativno pravičnost kot alternativo klasičnemu kazenskemu postopku spodbujajo tako Svet Evrope, OZN in Evropska unija; Svet Evrope je s tem namenom leta 1999 izdal posebno priporočilo,[41] OZN je leta 2002 izdelala načela za uporabo programov restorativne pravičnosti,[42] Evropska komisija pa leta 2001 Okvirni sklep,[43] ki ga je leta 2010 nadomestila Direktiva.[44] Nobeden od navedenih dokumentov izrecno ne govori o restorativni pravičnosti v primeru nasilja v družini. OZN je do tega vprašanja leta 2009 zavzela stališče v priporočilih za oblikovanje zakonodaje o nasilju nad ženskami,[45] v okviru katerih priporoča državam, naj »izrecno prepovedo mediacijo v vseh primerih nasilja nad ženskami, tako pred kot tudi med pravnim postopkom«. To priporočilo se nanaša na kazenske in tudi civilne (družinske) postopke.

Istanbulska konvencija Sveta Evrope iz leta 2014[46] v 48. členu zavezuje države, da prepovedo obvezne nadomestne postopke za reševanje sporov, pri čemer izrecno navaja mediacijo, torej tudi poravnavanje kot alternativen način kazenskopravnega obravnavanja nasilja v družini. Povedano drugače, poravnavanje je v primerih nasilja v družini dopustno le, če je prostovoljno. V obrazložitvi konvencij[47] je navedeno, da alternativni postopki prinašajo prednosti pred formalnim adversarnim postopkom, vendar pa avtorji opozarjajo na negativne učinke. Pri tem izpostavljajo, da storilec in žrtev nista enakovredna v smislu porazdelitve moči; žrtev je ranljiva in se čuti brezmočno, medtem ko storilec izžareva občutek moči in nadvlade.

4.3 Argumenti za in proti poravnavanju v primerih nasilja v družini

O ustreznosti poravnavanja v primerih nasilja v družini je bilo v tujem strokovnem tisku objavljenih veliko razprav in stališča avtorjev so različna. Odločni zagovorniki poravnavanja so v manjšini. Poudarjajo, da tradicionalni kazenski postopek ne more zagotavljati potreb žrtev, ker je v središču pozornosti kaznovanje storilca in zato skrb za njegove postopkovne garancije. V postopku poravnavanja žrtev lahko

41 Recommendation No. R(99) 19.
42 ECOSOC Resolution 2002/12, Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters.
43 Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings.
44 Directive on minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.
45 Handbook, str. 38.
46 Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.
47 Explanatory Report, 2011.

pove svojo zgodbo, ki jo storilec posluša in je tako opolnomočena, po drugi strani pa storilec prevzame odgovornost za svoje dejanje. In vse to se dogaja v okolju, ki ne ocenjuje žrtvine vloge v lastni viktimizaciji, kot se to pogosto dogaja na sodišču.

V razpravah o poravnavanju prevladujejo konceptualni pomisleki in med njimi so najpogosteje izraženi naslednji:

- Poravnavanje kot neformalna oblika obravnavanja nasilja v družini ne zmanjšuje nevarnosti nasilja v prihodnosti in je taka oblika preveč podobna starim oblikam poravnanja, ki so izhajale iz prepričanja, da sta oba vpletena (storilec in žrtev) odgovorna za nasilje.[48] Različna združenja so si dolgo časa prizadevala, da mora žrtve nasilja v družini zaščititi država ter s tem pokazati, da gre za javni in ne zasebni problem. Restorativna pravičnost temelji na umiku države pri obravnavanju kriminalitete. Tako se zdi uporaba restorativne pravičnosti pri obravnavanju nasilja v družini korak nazaj, ko je nasilje spet pahnjeno v zasebno sfero, ko gre za njegovo ponovno privatizacijo.
- Zoper poravnanje govori sam koncept restorativne pravičnosti, zgrajen na definiciji posamičnega dogodka kot konflikta med posamezniki. Pri nasilju v družini nasilja ni mogoče opredeliti kot konflikt oziroma kot eskalacijo konflikta, saj bi to pomenilo obojestransko odgovornost za nasilje, tako s strani storilca kot tudi žrtve.[49]
- Nasilje nad ženskami kot oblika nasilja v družini za razliko od drugih oblik nasilja vsebuje še dodatno komponento, to je na spolu zgrajen družbeni položaj žensk. Ta oblika nasilja vsebuje nadzorovanje in kontrolo, se dogaja pogosto, se stopnjuje s potekom časa in prizadene tudi ljudi poleg primarne tarče – otroke, druge družinske člane.[50]

Po mnenju nekaterih[51] je poravnavanje ustrezen način obravnave, vendar le v primerih, ko ni bilo uporabljeno fizično nasilje ter ko je med partnerjema še vedno podano ravnotežje moči in ko ima žrtev zagotovljeno pomoč zagovornika ali druge strokovne osebe v postopku poravnavanja. V primeru fizičnega nasilja je razmerje prešlo v bitko za premoč in podrejanje partnerja, zato poravnavanje ni dopustno in zoper nasilneža se mora začeti kazenski postopek. Navedeno stališče spregleda pomen psihičnega nasilja, ki je prav tako kot fizično lahko demonstracija moči oziroma oblika zlorabe moči. Zato večina avtorjev, ki ne odklanja možnosti poravnavanja v primerih nasilja v družini, poudarja pomen izbora ustreznih zadev,[52] ki ne temelji na obliki nasilja;[53] v postopku poravnavanja ne morejo sodelovati žrtve, ki so izkusile »kulturo nasilja« (*culture of battering*), pri čemer je kultura pojmovana kot skupek informacij in znanj, zakodiranih v sistem simbolov. V kontekstu nasilja v družini to pomeni, da je podano sistematično nadzorovanje žrtve in izkazovanje (pre)moči storilca prek različnih oblik. V njuno vsakdanjo komunikacijo so vpeta subtilna sporočila, ki jih razumeta le partnerja, vsa pa pomenijo način podrejanja žrtve; žrtev je socialno izolirana in živi v stalnem strahu. Taka oblika partnerskega

48 Elias, 2015, str. 77.
49 Hooper, Busch, 1993.
50 Stubbs, 2010.
51 Npr. Bigornia, 2000.
52 Drost er al., 2015.
53 Npr. Murphy in Rubinson, 2005; Vidmar et al., 1993; Landrum, 2011.

nasilja je v literaturi poimenovana tudi »intimni terorizem«.[54] Druga oblika nasilja v družini je označena kot situacijsko nasilje, ki predstavlja nasilno reakcijo na konflikt in kjer ni nevarnosti za recidivizem (ne gre za potrebo po dominiranju, ampak za posledico slabih komunikacijskih veščin),[55] ter je zato primerna za poravnavanje. Med tema dvema ekstremnima oblikama je cela paleta različnih oblik partnerskega nasilja, za izbor zadev za poravnavanje pa so potrebni jasni protokoli, zato da je zagotovljeno žrtvino svobodno in informirano soglasje.[56] Ob tem je treba upoštevati, da večina žrtev prijavi nasilneža zato, ker od sistema pričakuje, da jo bo zaščitil pred nasiljem, zato ji ne bi smelo biti ponujeno sodelovanje v nobenem procesu, ki bi lahko ogrozil njeno varnost.[57] Odgovornost tožilca pri izboru zadev, primernih za poravnavanje, je velika in njegova diskrecija mora temeljiti na dobrem poznavanju vseh značilnosti nasilja v družini. Posebna pozornost mora biti posvečena specializaciji poravnalcev, da bo poravnavanje doseglo svoj namen.

Če povedano prenesemo na slovensko kazensko pravo, lahko zaključimo, da KZ-1 v 191. členu inkriminira tiste primere nasilja v družini, ki spadajo v prej opisano »kulturo nasilja« oziroma »intimni terorizem«. Zadržanost našega zakonodajalca do poravnavanja je v skladu s prevladujočim mnenjem v tuji strokovni literaturi. Zastavi pa se vprašanje, ali je ustrezna ureditev, ko je mogoče poravnavanje v primeru nasilja po razpadu zveze (za katero je bil značilen »intimni terorizem«). Raziskave kažejo, da je za žrtev posebej nevaren čas razhoda z nasilnim partnerjem oziroma čas, ko žrtev končno zapusti partnerja. Največ umorov se zgodi ravno ob prvem poskusu ženske, da zapusti partnerja, oziroma v prvem letu po njenem odhodu.[58] Za obdobje po razpadu nasilne družinske ali druge življenjske skupnosti je značilno prizadevanje »zapuščenega« partnerja, da ne le ohrani, ampak celo okrepi nadzor nad bivšo partnerko. Nekateri avtorji navajajo tudi posebno obliko nasilja, ki se pojavi šele ob razpadu zveze in po njem (*separation-instigated violence*).[59] Za navedeni obliki nasilja ni mogoče na splošno reči, ali sta primerni za poravnavanje; odločitev mora temeljiti na dobrem razumevanju dinamike nasilja v družini in poznavanju konkretnega primera. Ni pa še raziskano, po katerih kriterijih slovenski tožilci izberejo zadeve za poravnavanje v primerih kaznivih dejanj po tretjem odstavku 191. člena KZ-1.

5 SKLEP

Nasilje v družini je družbeni pojav in zaradi njegove razširjenosti, posledic in zavržnosti se mora nanj odzivati tudi kazensko pravo. Ob tem se odpirajo številna vprašanja: kakšen naj bo ta odziv, kdaj je kazenskopravno odzivanje učinkovito in kakšna naj bo pri tem vloga žrtve. Glede tega smo priča različnim, tudi nasprotujočim si trendom. Po eni strani žrtvi ni omogočeno, da bi odločala o uvedbi kazenskega

54 Podreka (2014, str. 65) definira intimni terorizem kot obliko nasilja, ko je »nasilni partner uporabljal multiple taktike nasilja (fizično, psihično, spolno, ekonomsko nasilje in zalezovanje) z namenom, da bi permanentno in dolgoročno nadzoroval partnerko, partnerka pa nasilja ni vračala«.
55 Restorative justice and domestic violence, A guide for practitioners, 2016.
56 Hooper in Busch, 1993.
57 Prav tam.
58 Prav tam.
59 Landrum, 2011.

postopka, po drugi pa ji dopuščamo (če tako oceni tožilec), da odloča o odvračanju od pregona in o obravnavanju zadeve v postopku poravnavanja.

Pravni sistemi si na različne načine prizadevajo odgovoriti na navedena vprašanja. Ameriška zakonodaja ima na tem področju bogate izkušnje; že tri desetletja uvaja spremembe v kazenskopravno obravnavanje nasilja v družini, vendar pa nobena od novih rešitev ni zadovoljujoča, ker žrtvam ne zagotavlja večje varnosti in aktivnejše vloge v postopku obravnavanja. Tudi naše izkušnje kažejo, da mora ustrezen kazenskopravni odziv na nasilje v družini najti pravo kombinacijo diskrecije strokovnjakov, pravnih intervencij in restorativne pravičnosti.

LITERATURA:

- Bailey, K. D. Lost in translation: domestic violence, »the personal is political«, and the criminal justice system. The Journal of Criminal Law and Criminology, 2010, Vol. 100, No. 4, str. 1255–1300.
- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., Filipčič, K. Kazensko pravo, Splošni del. 6. izd. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2013.
- Bigornia, L. Alternatives to Traditional Criminal Prosecution of Spousal Abuse, Journal of Contemporary Legal IssueS, Vol. 11, 2000, str. 57–62.
- *Chiu, E. Confronting the Agency in Battered Mothers.* Southern California Law Review, 2001, Vol. *74*, No. 4*, str. 1223–1273.*
- Davis, R. C., Smith, B. (1995) Domestic Violence Reforms: Empty Promises or Fulfilled Expectations? Crime & Delinquency, 1995, No. 4, str. 541–552.
- Drost et al. Restorative Justice in Cases of Domestic Violence, (JUST/2013/JPEN/AG/4587) WS1. Comparative Report, Verwey-Jonker Instituut, 2015.
- Elias, R. A. Restorative Justice in Domestic Violence Cases, DePaul Journal for Social Justice, Volume 8, Issue I, 2015, str. 67–91.
- Epstein, D., Bell, M. E., Goodman, L. A.: Transforming Aggressive Prosecution Policies: Prioritizing Victims' Long-Term Safety in the Prosecution of Domestic Violence Cases. Journal of Gender, Social Policy & the Law, 2003, Vol. 11, No. 2, str. 465–498.
- Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 2011, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a (1. 5. 2016)
- Fagan, J. The Criminalization of Domestic Violence: Promises and Limits, U.S. Department of Justice 1996, str. 11–15.
- Ferguson, J. Professional discretion and the use of restorative justice programs in appropriate domestic violence cases: an effective innovation, American University Criminal Law Brief, 2009, Volume 4, Issue 2, str. 3–22.

- Filipčič, K. Avtonomija žrtev nasilja v družini vs. prijavitvena dolžnost. V: Dvoršek, A. (ur.), Selinšek, L. (ur.). Nasilje v družini: kazensko pravni, kriminalistični in kriminološki problemi. Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede: Pravna fakulteta, 2010, str. 19–29.
- Filipčič, K. O pravnih vidikih odzivanja na nasilje v družini. V: Muršič, M. (avtor, urednik), Filipčič, K., Pušnik, M., Klemenčič I., Lešnik D.: (O)krog nasilja v družini in šoli: soočanje šole/vrtca z nasiljem nad otroki. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, 2012. str. 43–74.
- Filipčič, K. Zakonodaja na področju preprečevanja nasilja v družini. V: Veselič, Š., Horvat, D., Plaz, M. (ur.): Priročnik za delo z ženskami in otroki z izkušnjo nasilja, Ljubljana, Društvo SOS telefon za ženske in otroke – žrtve nasilja, 2014, str. 157–174.
- Filipčič, K. Nasilje v družini. 1. natis. Ljubljana: Bonex, 2002.
- Gillis, J. R., Diamond, S. L., Jebely, P., Orekhovsky, V., Ostovich, E. M., MacIsaac, K., Sagrati, S., Mandell, D. Systemic Obstacles to Battered Women's Participation in the Judicial System, When Will the Status Quo Change?. Violence Against Women, 2006, Vol. 12, No. 12, str. 1150–1168.
- Goodman, L., Bennett, L., & Dutton, M. A. Obstacles to victims' cooperation with the criminal prosecution of their abusers: The role of social support. Violence and Victims, 1999, 14, str. 427–444.
- Handbook for legislation on violence against women, Department of economic and social affairs, ST/ESA/329, United Nations, New York, 2010, str. 38. http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf (1. 5. 2016).
- Hooper, S., Busch, R. Domestic Violence and Restorative Justice Initiatives: the risks of a new panacea, Waikato Law Review, Vol 1, 1993, str. 1–29.
- Hoyle, C. Negotiating Domestic Violence: police, Criminal Justice and Victims. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Jenull, H. Drugi in bližnji v kazenski zakonodaji, PP 2015, št. 36–37, str. 14–18.
- Landrum, S. The ongoing debate about mediation in the context of domestic violence: a call for empirical studies of mediation effectiveness, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 12, 2011, str. 425–469.
- Lerman, L. Mediation of wife abuse cases: the adverse impact of informal dispute resolution on women, Harvard Women's Law Journal, Vol. 7, 1984, str. 57–113.
- Leskošek, V. Razvoj dela na področju nasilja nad ženskami v Sloveniji. V: Veselič, Š., Horvat, D., Plaz, M. (ur.): Priročnik za delo z ženskami in otroki z izkušnjo nasilja, Ljubljana, Društvo SOS telefon za ženske in otroke – žrtve nasilja, 2014, str. 33–48.
- Murphy, J.C., & Rubinson, R. Domestic Violence and Mediation: Responding to the Challenges of Creating Effective Screens, Family Law Quarterly, 2005, Volume 39, Number 1, str. 53–85.

- Podreka, J. Intimnopartnerski umori v Sloveniji in njihova spolna zaznamovanost, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 2014, št. 1, str. 60–73.
- Rihtaršič, M. Vloga žrtve pri kazenskopravnem obravnavanju nasilja v družini: magistrska naloga. Ljubljana, 2011.
- Restorative Justice and Domestic Violence, A Guide for practitioners, (JUST/2013/JPEN/AG/4587), Verwey-Jonker Instituut, 2016.
- Sherman L. W. Policing Domestic Violence, Experiments and Dilemmas.New York: Free Press, 1992a.
- Sherman, L. W. The Influence of Criminology on Criminal Law: Evaluating Arrests for Misdemeanor Domestic Violence. The Journal of Criminal Law and Criminology, 1992b, 1, str. 1–45.
- Stubbs, J. Relations of domination and subordination: challenges for restorative justice in responding to domestic violence, UNSW Law Journal, Volurne 33(3), 2010, str. 970–986.
- Vidmar, N., et al. Culture of Battering and the Role of Meditation in Domestic Violence Cases, 46 S.M.U. Law Review, 1993, str. 2117–2175.
- Zupančič, K.: Družinsko pravo, Ljubljana, Uradni list, 1999.

SOVRAŽNI GOVOR V PERSPEKTIVI ČLOVEKOVIH PRAVIC TER NEKATERA ODPRTA VPRAŠANJA KRIMINALIZACIJE IN PREGONA

Prof. dr. Nina Peršak
Pravna fakulteta, Univerza v Gentu

1 UVOD

Sovražni govor je del širše kriminalitete iz sovraštva (*hate crime*). Gre za izražanje, katerega namen je ponižati, ustrahovati ali podžgati nasilje zoper osebo ali skupino ljudi na temelju določenih osebnih naveznih okoliščin (pogosto rase, narodnosti, spola, vere, spolne usmerjenosti, invalidnosti, jezikovnih sposobnosti, političnih in moralnih prepričanj, družbenega razreda, poklica ipd.).[1] Izražanje sovražnosti ali diskriminatornih predsodkov na račun zgoraj naštetih osebnih okoliščin oziroma izražanje, ki je v celoti ali delno motivirano z rasnimi, etničnimi, verskimi, spolnimi in drugimi predsodki.[2] Praviloma gre za govor močnih proti ranljivejšim skupinam in seveda je tak govor – s položaja moči – še posebej škodljiv, vendar pa to ni nujni element sovražnega govora.

Pri sovražnem govoru gre za več kot samo za verbalno nasilje (oziroma za eno izmed najhujših oblik verbalnega nasilja), več kot samo za razžalitev; pri njem sta podani tako večja moralna zavržnost dejanja (materialna protipravnost) kot večja škodljivost. Pri slovenskem kazenskopravnem ubesedenju omenjenega pojava pa gre še za več (in v tem smislu je koncept ožji oz. so pogoji zanj strožji) – za izražanje, ki vodi k dejanjem, ki spodbujajo sovraštvo, nasilje ali nestrpnost proti tej žrtvi, torej za dodatno škodljivo lastnost tovrstnega izražanja (dodatno kazenskopravno škodo – angl. *harm*).

1 14. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah izrecno omenja spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine. Te posebej naštete okoliščine se v judikaturi Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) štejejo za »*suspect categories*« oz. posebej pomembne in se diskriminacija na njihovi podlagi posebej strogo presoja. Ustava RS v 14. členu (enakost pred zakonom) omenja narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katero koli drugo osebno okoliščino, v 63. členu pa med naveznimi okoliščinami omenja le narodnost, raso in vero, ko prepoveduje »vsakršno spodbujanje k narodni, rasni, verski ali drugi neenakopravnosti ter razpihovanje narodnega, rasnega, verskega ali drugega sovraštva in nestrpnosti«. KZ-1 je v tem smislu strožji, saj v prvem odstavku 297. člena omenja naslednje kategorije: narodnostno, rasno, versko ali etnično pripadnost, spol, barvo kože, poreklo, premoženjsko stanje, izobrazbo, družbeni položaj, politično ali drugo prepričanje, invalidnost, spolno usmerjenost ali katero koli drugo osebno okoliščino.

2 Svet Evrope ga v svojem Priporočilu (97)2/E/30 opredeli kot vsako izražanje, ki »širi, spodbuja ali opravičuje rasno sovraštvo, sovraštvo do tujcev, antisemitizem in druge vrste sovraštva, ki temeljijo na nestrpnosti, agresivnem nacionalizmu ali etnocentrizmu, diskriminaciji in sovražnosti proti manjšinam, migrantom ali ljudem tujega rodu«.

Kot vse pravice, ki niso absolutne, ima tudi svoboda izražanja svoje meje in postal je že truizem, da je včasih zelo težko potegniti ločnico med dopustnim in nedopustnim. Vzemimo primer francoskega polmesečnika Charlie Hebdo. Njegove karikature preroka Mohameda in provokacije so včasih na meji sprejemljivega: ali gre za satiro (ki je zaščitena) ali za sovražni govor, usmerjen proti določeni religiji? Države imajo pozitivno obveznost (*positive obligation*) zaščititi svoje prebivalce pred kriminaliteto in neredom, zato bi država z nedejavnostjo na tem področju že sama po sebi kršila človekove pravice. Kako in kdaj sankcionirati in še posebej kriminalizirati, pa je stvar njihove presoje – ob spoštovanju mednarodnih konvencij, zlasti Konvencije Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: Konvencija ali EKČP).

V tem prispevku bomo v prvem delu analizirali sodno prakso ESČP na področju sovražnega govora (ne govora, ki škodi ugledu posameznika na splošno oz. obrekovanja)[3] ter poskušali prepoznati nekaj usmeritev v luči splošnih načel in konceptov, ki jih ESČP uporablja pri razlagi Konvencije. V drugem delu pa se bomo posvetili slovenski ureditvi sovražnega govora ter podrobneje proučili in poskusili odgovoriti na nekaj konkretnih odprtih vprašanj kriminalizacije in pregona sovražnega govora v Sloveniji, natančneje na (a) vprašanje kriminaliziranja in kategorij neprimernega govora in, še ožje, kategorij sovražnega govora (in posledičnih razmejitev med kaznivim dejanjem in prekrškom), (b) vprašanje določenih elementov obstoječega kaznivega dejanja, vključno z elementom javnosti oz. »javnega prostora« in »javnega reda in miru« ter morebitnih obteževalnih okoliščin, ter (c) vprašanje pregona in primernega družbenega nadzora nad pojavom na splošno. Prispevek je bil prvič predstavljen na Šoli evropskega prava (9. maj 2016, Portorož); zaradi prostorske omejitve pisnega prispevka smo morali skrajšali zlasti začetni (bolj pregledni, manj analitični) del prvega dela prispevka in se tako omejiti na predstavitev odmevnejših in nedavnih sodnih primerov.

2 ESČP IN SOVRAŽNI GOVOR: PREGLED IN ANALIZA SODNE PRAKSE

2.1 Uvodno

Pravica do svobodnega izražanja, ki je zapisana v 10. členu Konvencije, je ena izmed temeljnih konvencijskih pravic in osrednjega pomena. Velja tudi za enega od predpogojev demokracije.[4] Govor je varovan, četudi je žaljiv, šokira ali razburja (*Handyside proti Združenemu kraljestvu, 1976*). Sodišče zato strogo presoja upravičenost posega v omenjeno pravico. Svoboda izražanja je temeljna, ni pa

3 V okviru presojanja slednjega (in presojanja morebitnih kršitev 10. člena Konvencije nasploh) je ESČP izoblikovalo dodatna stališča in doktrine (npr. razmejevanje med dejstvi in vrednostnimi sodbami, koncept »zadostne dejanske podlage« (ki mora biti podana tudi v primerih vrednostnih sodb), doktrina javne osebe (*public figure doctrine*), posebna dolžnost novinarjev, da podajajo pravilne in zanesljive informacije v skladu z novinarsko etiko, preverijo verodostojnost novice (*proof of truth*) ter ponudijo možnost drugi strani, da se izjasni o zadevi in razkrije resnico, metoda široke interpretacije »vrednostne sodbe«, presojanja zadeve »kot celote«), ki pa se jih zaradi prostorske omejitve članka ne bomo podrobneje dotaknili, v kolikor niso povezani s tematiko oz. sodno prakso glede sovražnega govora.

4 Svet Evrope (nav. delo).

absolutna pravica. Omejitve nekaterih vrst govora so dovoljene, če je poseg države zakonit, upravičljiv na podlagi enega izmed taksativno naštetih legitimnih ciljev (iz drugega odstavka 10. člena) in nujen v demokratični družbi, kar pomeni, da za njegovo omejitev obstaja pereča družbena potreba (*pressing social need*) in še posebej, če je sorazmeren glede na uporabljena sredstva in zadani legitimni cilj. Sovražni govor je tudi v sodni praksi ESČP več kot zgolj žaljiv govor in hkrati širši pojem kot govor, ki spodbuja nasilje (*incitement to violence*), ali revizionistični govor – ki sta lahko razumljena tudi kot podvrsti sovražnega govora. Slednjima dvema Konvencija ne nudi zaščite in Sodišče v takih primerih pogosto poseže po 17. členu Konvencije ter zavrže pritožbo *rationae materiae*. Poleg 10. člena se primeri sovražnega govora pogosto dotikajo tudi 14. člena (prepoved diskriminacije) in 1. člena Protokola 12, ki razširja varstvo pred diskriminacijo na vse – ne le konvencijske – pravice.

2.2 Obstoječa judikatura

Iz obstoječe sodne prakse lahko na splošno izluščimo dva pristopa k sovražnemu govoru: (a) kadar gre za sovražni govor take vrste, da krši same temelje Konvencije, vrednote, na katerih Konvencija temelji, ESČP pogosto uporabi 17. člen, ki prepoveduje zlorabo konvencijskih pravic, in takemu govoru ne podeli varstva po Konvenciji ter zavrže oz. razglasi pritožbo za nedopustno (*inadmissible*); (b) kadar gre za sovražni govor, ki ni usmerjen proti temeljnim konvencijskim vrednotam oz. ni zmožen narušiti omenjenih temeljnih vrednot, mu nudi zaščito 10. člena (svoboda izražanja) ter presoja upravičenost posegov v svobodo izražanja v skladu z zgoraj omenjeno tripartitno shemo.[5]

2.2.1 Primeri sovražnega govora, ki ne uživajo konvencijske zaščite (17. člen)

V omenjeno kategorijo se pogosto uvrstijo primeri negacionizma (zanikanja genocida) in revizionizma (spreminjanja zgodovinskih dejstev glede genocida). V zadevi *Garaudy proti Franciji* (2003) je bil pritožnik, avtor knjige *The Founding Myths of Modern Israel*, obsojen zaradi zanikanja obstoja zločinov zoper človeštvo, obrekovanja skupine ljudi (judovske skupnosti) na podlagi rase in razpihovanja rasnega sovraštva. Sodišče je zavrglo njegovo pritožbo na podlagi 17. člena, ker je ugotovilo, da je šlo za zanikanje jasno ugotovljenih zgodovinskih dejstev, kar ne pomeni znanstvenega in zgodovinskega raziskovanja. Menili so, da je bil njegov resnični namen rehabilitirati nacionalsocialistični režim in žrtve okriviti potvarjanja zgodovine. Ta ravnanja pa so očitno nezdružljiva (*manifestly incompatible*) s temeljnimi vrednotami Konvencije, zato pritožnik ni bil upravičen do zaščite po 10. členu Konvencije. V tem primeru je ESČP ubralo pristop, da ne le zanikanje, ampak tudi minimiziranje stopnje grozodejstev izgubi zaščito 10. člena, kadar gre za »jasno ugotovljena zgodovinska dejstva«.[6] *M'Bala M'Bala proti Franciji* (2015)

5 Harris in drugi (nav. delo, str. 622-623) opažajo določen premik Sodišča k čedalje pogostejši uporabi drugega pristopa, ki ga tudi pozdravljajo, saj se jim zdi bolj tenkočuten in razumen.

6 Nekateri strokovnjaki opozarjajo, da bi z razširitvijo *Garaudy*-pristopa na vse primere zločinov zoper človeštvo (ne le genocid) morda pregloboko posegli v svobodo izražanja, zlasti kadar gre za revizionistične komentarje, ki naj bi le vrgli drugačno luč na obseg ali vzrok grozodejstev. Z vidika pomembnosti svobode izražanja zagovarjajo kontekstualni pristop, kot ga je ESČP npr. ubralo v

je podoben primer negacionizma, ki pa je bil umeščen v predstavo. Dieudonne M'Bala M'Bala je politično angažiran komik, ki ga je Francija obsodila zaradi javne razžalitve Judov. Konec leta 2008 je namreč med svojim nastopom na oder povabil Roberta Faurissona (akademika, ki je bil v Franciji že večkrat obsojen zaradi svojih negacionističnih in revizionističnih mnenj), kjer mu je nato igralec, oblečen v judovskega deportiranca, izročil nagrado za nesramnost (*insolence*) v obliki troramnega svečnika z jabolkom na vsaki »roki« svečnika. Ta primer je še posebej zanimiv, saj je bilo opisano dejanje umeščeno v komedijo. Umetniški in satirični govor sta namreč deležna posebne zaščite ESČP (manj kot politični govor in govor medijev, a več kot komercialni govor). V tem primeru pa je Sodišče menilo, da je bila komedija le dimna zavesa za nekaj, kar je bližje političnemu srečanju, ki spodbuja negacionizem, in ta predstava, »četudi satirična ali provokativna«, ne spada pod 10. člen Konvencije, saj je bila v resnici »glede na okoliščine primera predstava sovraštva in antisemitizma ter podpore zanikanju holokavsta«.

Tudi primeri etničnega, rasnega in verskega sovraštva pogosto prikličejo 17. člen. V zadevi *Pavel Ivanov proti Rusiji* (2007) je bil pritožnik obsojen zaradi javnega razpihovanja etničnega, rasnega in verskega sovraštva prek medijev. V seriji člankov, ki jih je napisal in objavil, je pozival k izključitvi Judov iz družbenega življenja, jih označil za vir zla v Rusiji, jim pripisal fašistično ideologijo in jih okrivil, da snujejo zaroto proti ruskemu prebivalstvu. Tudi ko je pričal pred sodiščem, je zatrjeval, da Judje nimajo pravice do nacionalnega dostojanstva, ker da niso narod. Strasbourško sodišče je zavrglo pritožbo kot nesprejemljivo. Namen jasnega antisemitskega tona njegovih izjav je bil po mnenju ESČP razpihovati sovraštvo proti judovskemu ljudstvu. Tak splošen silovit napad na etnično skupino pa je v nasprotju s konvencijskimi vrednotami, zlasti strpnostjo, družbenim mirom in nediskriminacijo. V zadevi *Glimmerveen in Hagenbeek proti Nizozemski* (1979) so bili pritožniki obsojeni zaradi posesti brošur, ki so bile naslovljene na »bele Nizozemce« (*White Dutch people*) in katerih namen je bil zagotoviti odhod vsega nebelega prebivalstva iz Nizozemske. Komisija za človekove pravice (predhodnica ESČP) je tudi v tem primeru uporabila 17. člen, saj je razširjanje idej, ki diskriminirajo na podlagi rase, nezdružljivo z 10. členom Konvencije. Podobno je ESČP obravnavalo primer pritožnika, ki je na svojem oknu razobesil poster Britanske nacionalne stranke, na katerem sta bila narisana newyorška dvojčka (*Twin Towers*) v plamenih, zraven pa je stal napis »Islam ven iz Britanije – zavaruj Britance«. Tak splošen napad na versko skupnost in povezovanje celotne skupnosti s terorističnim napadom je v nasprotju s konvencijskimi vrednotami, zlasti strpnostjo, družbenim mirom in nediskriminacijo (*Norwood proti Združenemu kraljestvu, 2004*).

ESČP na enak način zavrača pritožbe, ki izražajo ideje, ki pomenijo grožnjo demokratičnemu sistemu in za katere obstaja verjetnost, da bi lahko vodile v vnovično vzpostavitev totalitarnega režima. Uporaba 17. člena (prepoved zlorabe pravic) pa je vendarle omejena, po besedah ESČP v zadevi *Perinçek proti Švici* (2015), na izjemne, skrajne primere, ko je »takoj očitno« (*manifestly evident*), da je svoboda izražanja zlorabljena v namene, ki so v jasnem nasprotju z vrednotami Konvencije.

primeru *Fáber v. Madžarska* (razkazovanje zgodovinske zastave, ki je bila tudi simbol fašističnega režima), kjer je v presojo vzelo tudi učinek pritožnikovega govora na preživele oškodovance (žrtve), čas in kraj razkazovanja kontroverznega napisa itd., namesto absolutne prepovedi tovrstnega govora (Harris in drugi (nav. delo), str. 625).

Temu pristopu sledi slovenski kazenski zakonik,[7] ki v drugem odstavku 297. člena kaznuje enako kot po prvem odstavku (tj. z zaporom do dveh let) storilca, ki na način iz prvega odstavka tega člena »javno širi ideje o večvrednosti ene rase nad drugo ali daje kakršno koli pomoč pri rasistični dejavnosti ali zanika, zmanjšuje pomen, odobrava, opravičuje, smeši ali zagovarja genocid, holokavst, hudodelstvo zoper človečnost, vojno hudodelstvo, agresijo ali druga kazniva dejanja zoper človečnost, kot so opredeljena v pravnem redu Republike Slovenije«.

2.2.2 Primeri sovražnega izražanja, ki se presojajo po 10. členu

V kategorijo sovražnega govora, ki je »varovan« z 10. členom, tj. ne sproži uporabe 17. člena, upravičenost državnega posega vanj pa se presoja v skladu z zgoraj omenjeno tripartitno analizo, sodi vrsta zadev proti Turčiji, kjer je ESČP ugotovilo, da je šlo za opravičevanje nasilja in spodbujanje sovražnosti oz. nasilja (*incitement to violence*). V zadevi *Sürek (št. 1) proti Turčiji* (1999) je bil pritožnik obsojen kot lastnik tednika, v katerem sta bili objavljeni pismi bralcev, v katerih sta avtorja silovito obsodila vojaške akcije vlade v SV Turčiji in vlado obtožila brutalnega zatiranja Kurdov v njihovih prizadevanjih za neodvisnost in svobodo. Omenjeni pismi sta vključevali izraze, kot so »pokoli«, »morilska banda«, »fašistična turška vojska«, »zakol« ipd. ESČP v tem primeru ni našlo kršitve 10. člena, saj je presodilo, da je šlo v pismih za poziv h krvavemu obračunu, ob čemer so bile v enem pismu poimensko omenjene konkretne osebe, kar jih je izpostavilo tveganju fizičnega obračuna. Posebno pozornost je namenilo tudi okoliščinam primera. Pismi sta bili namreč objavljeni v času neredov in izrednih razmer, zato sta bili še posebej podžigajoči in bi lahko spodbudili nadaljevanje nasilja.

V sodbi *Gündüz proti Turčiji* (2003) je sodišče odločilo, da je prišlo do kršitve 10. člena in da pritožnikovih pripomb, izrečenih v televizijski oddaji, ni šteti za poziv k nasilju ali sovražni govor, ki temelji na verski nestrpnosti. Turške oblasti so pritožnika obsodile na dvoletno zaporno in denarno kazen, ker je v večerni televizijski oddaji pozival k islamizaciji družbe, močno kritiziral sekularna demokratična načela ter zagovarjal uvedbo šeriatskega prava. Sodišče je ugotovilo, da je tako predstavljal skrajne ideje svoje sekte in stališča, ki so bila že dolgo znana turški javnosti, ter da se je dogodek zgodil v okviru razgibane javne diskusije, v kateri so bila predstavljena tudi drugačna stališča, ki so omilila njegove argumente. Pritožnikova obsodba tako v demokratični družbi ni bila nujna. Podobno je bolj pred kratkim sodišče našlo kršitev 10. člena v sodbi *Faruk Temel proti Turčiji* (2011). Faruk Temel, vodja politične stranke, je bil v tem primeru obsojen zaradi razširjanja propagande, in sicer je na srečanju stranke prebral izjavo za javnost, v kateri je kritiziral ravnanje turških oblasti, izginotje pridržanih oseb, napad ZDA na Irak ipd. ESČP je ugotovilo, da je pritožnik govoril kot član opozicije in predstavljal stališča svoje stranke na temo, ki je v splošnem javnem interesu, ter odločilo, da njegove izjave »kot celota« niso spodbujale k uporabi nasilja, oboroženega spopada ali vstaje.

Precej zadev, ki se znajdejo v tej skupini, je tudi primerov spodbujanja rasne diskriminacije ali sovraštva. V *Feret proti Belgiji* (2009) je bil pritožnik poslanec in vodja politične stranke Front National/Nationaal Front. V času politične kampanje

7 Kazenski zakonik (KZ-1-UPB2), Uradni list RS, št. 50/2012.

so razširjali zloženke s sloganom »Uprite se islamizaciji Belgije«, »Ustavite lažno politiko integracije«, »Pošljite neevropske iskalce zaposlitve domov«. Belgijske oblasti so pritožnika obsodile na delo v skupnosti in mu prepovedale opravljanje parlamentarne službe za deset let. ESČP je razsodilo, da pri tem ni bil kršen 10. člen Konvencije, saj so pritožnikovi komentarji spodbujali občutke nezaupanja, zavrnitve in celo sovraštva do tujcev, zlasti med manj razgledanimi člani družbe. Njegova sporočila so imela v času volitev posebno sporočilno moč in so jasno spodbujala rasno sovraštvo. Njegova obsodba je bila tako upravičena z vidika preprečevanja neredov in zavarovanja pravic drugih, namreč pripadnikov priseljenske skupnosti. V zadevi *Le Pen proti Franciji* (2010) je ESČP menilo, da je bila kazenska obsodba predsednika francoske Nacionalne fronte Le Pena zaradi izjav v dnevniku Le Monde v demokratični družbi nujna (in pritožbo razglasilo za nedopustno zaradi »očitne neutemeljenosti«). Le Pen je v svojih komentarjih muslimansko skupnost na splošno ocenjeval kot problem, njen porast pa kot latentno grožnjo dostojanstvu in varnosti francoskega prebivalstva ter tako spodbujal k zavračanju te skupnosti in sovražnosti do nje.

Po drugi strani pa je ESČP našlo kršitev svobode izražanja v zadevi *Jersild proti Danski* (1994), v kateri je novinar – pritožnik – intervjuval tri člane skupine Greenjackets, ki so izjavili derogatorne opazke o priseljenskih in etničnih skupinah na Danskem. ESČP je potegnilo ločnico med mnenji njegovih intervjuvancev in novinarjevim prispevkom, v katerem je ta hotel le osvetliti »določene vidike vprašanja, ki je že takrat sprožilo veliko javno zanimanje«. Dokumentarec je bil tako po mnenju Sodišča zgolj informativen in ni propagiral rasističnih stališč. Podobno je kršitev 10. člena Sodišče ugotovilo tudi v zadevi *Perinçek proti Švici* (2015). Tu je bil pritožnik turški politik, ki je bil v Švici kazensko obsojen zaradi izraženega mnenja, da masovne deportacije in pokoli Armencev v Otomanskem cesarstvu leta 1915 in pozneje niso bile genocid. Švicarska sodišča so menila, da so se pritožnikovi motivi zdeli rasistični in nacionalistični ter da njegove izjave niso prispevale k zgodovinski debati. ESČP je pripoznalo, da je za Armence pomembno, da se omenjeni dogodki označijo za genocid, in menilo, da jih varuje 8. člen Konvencije (pravica do spoštovanja zasebnega življenja). Pri tehtanju med pravicama iz 8. in 10. člena pa je sklenilo, da v konkretnih okoliščinah kazenska sankcija ni bila nujna za zaščito pravic armenskega ljudstva v demokratični družbi; da so bile pritožnikove izjave stvar javnega interesa in jih ni mogoče označiti za poziv k sovraštvu ali nestrpnosti; da okoliščine primera niso bile zaznamovane s poostrenimi napetostmi; da Švica ni imela nobene mednarodnopravne obveznosti, da omenjeno ravnanje kriminalizira, in da so nacionalna sodišča tako le preprosto cenzurirala izjave, ki se razlikujejo od sicer uveljavljenih v Švici.

V primeru homofobnih izjav v zadevi *Vejdeland in drugi proti Švedski* (2012) ESČP ni ugotovilo neposrednih pozivov k sovražnim dejanjem. Kljub temu pa je razširjanje homofobnih zloženk, ki so trdile, da gre pri istopolnosti za »deviantna spolna nagnjenja«, ki imajo »moralno uničujoč učinek na družbeno vsebino« in so »odgovorna za razvoj virusa HIV in aidsa«, še zlasti pa dejstvo, da so jih pritožniki puščali na omaricah srednješolcev v šoli (v občutljivih najstniških letih) zadostovalo, da ESČP ni našlo kršitve 10. člena in je razglasilo obsodbo pritožnikov kot upravičljiv poseg države v svobodo izražanja v demokratični družbi za zaščito pravic drugih.

V to skupino govora sodijo tudi primeri spodbujanja etničnega sovraštva in verske nestrpnosti. Kot primer zadnjega omenimo zadevo *Erbakan proti Turčiji* (2006), kjer je vodja politične stranke *Refah Partisi* (ki je bila razpuščena leta 1998 zaradi ukvarjanja z dejavnostjo, ki nasprotuje načelu sekularizma) v javnem govoru podal izjave, ki naj bi spodbujale sovraštvo in versko nestrpnost. ESČP se je strinjalo, da so njegove izjave, ki propagirajo družbo, zgrajeno izključno na verskih vrednotah, težko združljive s pluralizmom sodobnih družb in da se bi morali politiki vzdržati izjav, ki lahko spodbujajo nestrpnost, da pa – glede na temeljno naravo politične debate v demokratični družbi – predloženi razlogi za pregon niso bili zadostni in tako njegov pregon ni bil »nujen v demokratični družbi«.

2.3 Prihodnost: smernice razvoja

Čeprav je trende nehvaležno napovedovati, ker se ugotovitve lahko razlikujejo tako med senati kot tudi med senatom in velikim senatom, pogosto pa so posebej odvisne od konkretnih dejstev primera, se pogosto omenjajo naslednje smernice razvoja:

- uporaba 10. člena – raje kot 17. člena, ki odreče meritorno presojo primera (in konča v zavrženju pritožbe);[8]
- uporaba kontekstualnega pristopa in presojanje zadeve »kot celote« (*as a whole*) raje kot zgolj posamičnih sovražnih besed. Tak pristop pogosto privede do sodb, ki so bolj naklonjene svobodi izražanja;
- države prosto presojajo, ali je poseg potreben in na kateri podlagi (legitimni cilj), kaj je zanje nujno v demokratični državi (t. i. polje proste presoje), kljub temu pa opažajo, da ESČP izkazuje manjšo strpnost do praks, ki jih dojema kot izhajajoče iz komunističnih časov;[9]
- diskusija se pogosto osredotoči na presojanje sorazmernosti (sredstev do legitimnega cilja) v okviru tretjega kriterija, tj. nujnosti posega v pravico v demokratični družbi: če so bila državi na voljo manj vsiljiva ali omejujoča sredstva za dosego cilja, pa jih država ni uporabila, lahko ESČŠ ugotovi kršitev človekove pravice iz razloga nesorazmernosti;
- v luči dinamične interpretacije oz. Konvencije kot »živega instrumenta« se ESČP odziva na novonastale družbene razmere in trende v državah članicah.

Države, ki so ratificirale Konvencijo, imajo pozitivno obveznost, da zagotovijo polno uživanje človekovih pravic, tj. zaščitijo svoje ljudi pred kriminaliteto in izvedejo uspešno preiskavo kršitev človekovih pravic (oz. kaznivih dejanj – na področju kazenskega prava). Kaj to pomeni v kontekstu sovražnega govora, ki je – kot smo omenili – precej širši družbeni pojav kot kaznivo dejanje po 297. členu KZ-1? Pri presoji, ali neki nezaželen družbeni pojav doseže ali prestopi mejo sprejemljivega (v demokratični družbi, ki jo po ESČP zaznamujejo pluralizem, tolerantnost in

8 Uporabo 17. člena kritizirajo tudi mnogi akademiki, češ da vodi v kategorično izključitev določenega govora iz zaščite Konvencije in se ne vklaplja dobro k splošnemu pristopu ESČP k svobodi govora, ki običajno nudi široko varstvo. Prav tako naj bi bil v navzkrižju z njihovo običajno presojo posegov v svobodo izražanja v luči zadeve kot celote, upoštevajoč vsa pomembna dejstva in pomembne pravne elemente (Cannie in Voorhoof (nav. delo)).

9 Harris in drugi (nav. delo).

odprtost duha[10] (*Handyside proti Združenemu kraljestvu*)) in ga je zato treba kriminalizirati, velja uporabiti kriterij kazenskopravne škode (*harm*). Določena škodljivost zavržnega dejanja (*wrongful harm*) je meja, ki jo mora neko ravnanje doseči, da govorimo o upravičeni kriminalizaciji.[11]

3 ODPRTA VPRAŠANJA KRIMINALIZACIJE IN PREGONA SOVRAŽNEGA GOVORA V SLOVENIJI

3.1 Kriminalizacija

V slovenskem ubesedenju kaznivega dejanja »javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti« (297. člen KZ-1-UPB-2) imamo dva elementa kaznivega dejanja, ki sta povezana z javnostjo. Po eni strani mora biti dejanje storjeno v javnosti (»javno spodbujanje ...«), prav tako pa mora po razlagi Vrhovnega državnega tožilstva (2013) ravnanje ogroziti ali motiti javni red in mir.

3.1.1 Javni prostor (»javno«)

V povezavi s prvim elementom se odpira vprašanje, kako oziroma kaj definirati kot »javni prostor«. Poleg fizičnega javnega prostora sem spadajo tudi sredstva javnega obveščanja, vključno z virtualnimi kraji, kot je splet. Slednji je bil leta 2012 izrecno vključen v novelo KZ-1-UPB2.

Dejstvo je, da so nove tehnologije dale polet sovražnemu govoru. Veliko ljudi namreč še vedno misli, da so na spletu anonimni ali da se med množico (komentarjev) lahko porazgubijo. Prav tako je na spletu v občutno večjem obsegu kot pri klasičnih medijih dosegljiva »*user-generated content*« oz. vsebina, ki jo sestavijo uporabniki, ne upravljavec storitve.[12] Upravljavec storitve, če je le tehnični upravljavec, je zgolj posrednik, zato zanj običajno ne veljajo ista pravila glede odgovornosti za vsebino objav, kot veljajo za tradicionalnega urednika ali izdajatelja časopisa. Zanj velja izključitev odgovornosti ponudnika posredovanih storitev v skladu s členi 12 do 15 Direktive o elektronskem poslovanju,[13] čemur v ZDA pravijo »varni pristan« (*safe harbour*). Drugače velja za ponudnika vsebine (časopisni portali), ki se ne znebi odgovornosti moderiranja forumov. Njegova odgovornost je zato bližje tradicionalni odgovornosti izdajatelja in urednika.[14]

10 Angl. *pluralism, tolerance and broadmindedness* (*broadmindedness* se dobro prevaja tudi kot »širina duha« ali »širokomiselnost«, med prevodi pa zasledimo tudi »širokosrčnost« – glej npr. v Gomien (nav. delo), str. 87).

11 Peršak (nav. delo), Simester in von Hirsch (nav. delo).

12 Pirc Musar (nav. delo).

13 Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju).

14 S tem vprašanjem se je srečalo tudi ESČP. V sodbi *Delfi proti Estoniji* (2015) je ESČP razlikovalo med zgolj tehničnimi ponudniki storitev in vsebinskimi ponudniki (spletnimi novičarskimi portali), slednji imajo več »dolžnosti in odgovornosti« in jih države pogodbenice lahko upravičeno štejejo za odgovorne, če ne ukrepajo tako, da bi odstranili očitno nezakonite komentarje brez odlašanja (celo ne glede na to, ali jih na to opozori žrtev ali tretja oseba).

Vendar internet ni enoznačni »javni« prostor, ampak ga odlikujejo različne stopnje javnosti in zasebnosti, kar je težavno tako za kriminalizacijo kot pregon – tudi v primeru sovražnega govora. Vzemimo za primer Facebook, ki je lep primer družbenega omrežja, kjer se javno in zasebno mešata na različne načine.[15] Facebook je bil ob ustanovitvi 4. februarja 2004 in še nekaj let zatem zaprta mreža za študente prestižnih univerz (najprej v ZDA, nato v VB), septembra 2006 pa se je odprl vsemu svetu oz. tistim, ki so bili stari najmanj 13 let. Kakšen naj bo njegov status v smislu »javnega kraja«? Ga v celoti definirati kot zasebno ali javno omrežje ali pa je to odvisno od konteksta, npr. števila »Facebook-prijateljev«, ki jih nekdo ima,[16] ali njegovih nastavitev zasebnosti profila (kar je težko preveriti »od zunaj«)?

Na Facebooku (v nadaljevanju: FB) je namreč več možnih nastavitev zasebnosti in to vpliva na javnost kraja in seveda namen storilca. Osnovni črno-beli skrajnosti sta: (a) popolnoma javen profil in objave (*postanje*) na njem, ki jih lahko vidijo vsi, tudi tisti, ki sploh nimajo profila na FB, in (b) popolnoma zaprt profil, kjer objave lahko vidijo le tisti, ki imajo FB-profil in jih je kot prijatelje dodal oz. sprejel uporabnik sam. Drugi (ne le zunanji, ki niso na FB, ampak tudi tisti, ki so na FB, pa niso med »prijatelji« uporabnika) ne vidijo nobenih njegovih objav. Seveda pa uporabnik lahko omeji vidljivost kake svoje objave le na določene »prijatelje«, tako da izključi nekatere izmed svojih FB-prijateljev.

Medtem ko bi za prvo skrajnost lahko rekli, da gre za popolnoma javen prostor (in bi bila zato kriminalizacija te skrajnosti najmanj problematična), je druga skrajnost podobna zasebnemu prostoru.[17] Potem je tu še vrsta »sivih con« oziroma polodprtih ali polzaprtih sistemov prostora, ker je uporabnik lahko nedosegljiv za ljudi izven FB (ki nimajo FB-računa), a popolnoma odprt za ljudi, ki imajo FB-račun (četudi niso v njegovem omrežju prijateljev). Načelo *ultima ratio* in pomembnost svobode izražanja pa tudi individualne odgovornosti govorijo v prid temu, da se mnogo teh sivih con naj ne kriminalizira.

V vsakem primeru se namreč upravičeno sprožajo tudi vprašanja uporabnikovega poznavanja aktualnih FB-nastavitev, kajti FB-upravljavci neprestano posodabljajo in spreminjajo njegove nastavitve in tako lahko postane odprto tudi kaj, česar uporabnik ni želel ali nameraval deliti z drugimi. Slednje bi bilo pomembno za presojanje njegove odgovornosti (krivde), kar pa se seveda lahko ugotavlja le *in concreto.* S tega vidika je vprašanje javnosti spletnih družbenih omrežij vprašanje, ki ga je treba razrešiti od primera do primera, odvisno tako od pravil objave vsakega družbenega omrežja kot tudi od zavedanja in konkretnih nastavitev (pričakovane

15 Podobnega mnenja je UNESCO (nav. delo), ki pravi, da se z vidika uporabnika Facebook nahaja v »preseku zasebne in javne sfere, kjer posamezniki ustvarijo zasebne spletne prostore, v katerih komunicirajo z drugimi na spletu«.

16 Po analogiji z elektronskim sporočilom, ki je odprto javnosti? Po mnenju Vrhovnega državnega tožilstva je dejanje po 297. členu namreč lahko storjeno tudi »z elektronsko pošto, če je poslana odprtemu krogu oseb in tudi, če je naslovljena na zaprt krog, če je iz okoliščin razvidno, da je namen takega pisanja doseči (širšo) javnost« (VDT (nav. delo), str. 3).

17 Toda tudi tu ni vse kristalno čisto. Posamično objavo lahko uporabnik odpre javnosti, četudi je drugače »zaprt za javnost«, kar bi bil lep primer naklepa javno razširiti svojo (sovražno) misel. A tudi če uporabnik ostaja zaprt za katerega koli zunanjega uporabnika, ima pa veliko »FB-prijateljev«, npr. 1000 ali več, bi lahko argumentirali, da je svoje sporočilo objektivno gledano posredoval javnosti. In tudi če jih ima manj, njegovi prijatelji pa delijo *(share)* njegovo objavo naprej, lahko ta v nekaj minutah doseže 2000 ali več ljudi, četudi avtor ni imel tovrstnega namena (bi pa moral vedeti, da se to lahko zgodi?).

zasebnosti) uporabnika. To pa seveda lahko presojata le tožilec in sodnik v praksi, in ne zakonodajalec.[18]

3.1.2 Javni red in mir

»Javni red in mir« (JRM) oz. možnost njegove ogrozitve ali motenja je eden izmed načinov storitve kaznivega dejanja po 297. členu (dodano z novelo Kazenskega zakonika leta 2012).[19] Slednje mora biti podano kot izvršitveni način ali pa mora biti dejanje storjeno »z uporabo grožnje, zmerjanja ali žalitev«.[20] Pravno stališče Vrhovnega državnega tožilstva RS (v nadaljevanju: VDT) omenja javni red in mir celo kot prvega (primarnega?) izmed treh »širših« objektov kazenskopravnega varstva:[21] druga dva sta strpnost in dostojanstvo (63. člen Ustave RS) ter tudi enakost ne glede na osebne okoliščine (14. člen Ustave RS).[22] Slednje ne ostaja brez kritik. Odbor Združenih narodov za odpravo rasne diskriminacije (v nadaljevanju: Odbor CERD) je na primer v svojem zadnjem poročilu izrazil začudenje, da naše kaznivo dejanje zahteva kršitev javnega reda in miru, saj gre za element, ki ni definiran v mednarodnih pogodbah, in naj bi zato povezave s sovražnim govorom ne bile primerne, »sploh kot predpogoj«.[23]

Kršitev javnega reda in miru sproža tudi vprašanja razmejitve med kaznivim dejanjem in prekrškom iz 20. člena ZJRM-1. Preprečevanje nesankcioniranosti ali izognitve družbeni odgovornosti za sovražni govor bi govorilo v prid temu, da bi imeli tudi prekršek za tovrstno izražanje. Državni tožilec Hinko Jenull zagovarja prekršek tudi kot prvi korak, korak preventive na tem področju.[24] Podobnega stališča je vlada, ki v svojem mnenju o Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu javnega reda in miru (z dne 3. 2. 2016) meni, da bi se s prekrškom (izrečenim za dejanje sovražnega govora, ki je manjše intenzitete kot sovražni govor, prepovedan po 297. členu KZ) delno lahko tudi preventivno ukrepalo ter tako morebiti preprečilo stopnjevanje intenzitete in prerast dejanj v

18 Pri tem pa ne gre pozabiti na morda najučinkovitejšo metodo preprečevanja razširjanja sovražnega govora po spletu – ravnanje upravljavcev. Evropska komisija (2016, nav. delo) je 31. maja 2016 naredila pomemben korak v tej smeri, ko je skupaj z IT-podjetji – Facebookom, Twitterjem, YouTubeom in Microsoftom – sprejela Kodeks ravnanja *(Code of Conduct)* proti širjenju kaznivega spletnega sovražnega govora v Evropi.

19 V tem pomenu je novi kazenskopravni okvir milejši za storilce, saj zahteva izpolnitev več znakov, kot je to zahtevala prejšnja formulacija 297. člena. Glej tudi Jenull (nav. delo), str. 18.

20 Omenjeni dikciji sicer izhajata iz Okvirnega sklepa Sveta 2008/913/PNZ z dne 28. novembra 2009 o boju proti nekaterim oblikam in izrazom rasizma in ksenofobije s kazensko-pravnimi sredstvi, ki v 2. točki 1. člena dopušča članicam možnost, da kaznujejo le tista v 1. točki opredeljena dejanja »ki so bodisi izvršena na način, ki lahko moti javni red in mir, bodisi so to grožnje, zmerjanje ali žaljenje«. Slovenija in Ciper zagotavljata obe možnosti (glej Evropska komisija, 2014 (nav. delo, str. 6)).

21 To najverjetneje izhaja iz tega, da je omenjeno kaznivo dejanje umeščeno v 29. poglavje KZ, med »kazniva dejanja zoper javni red in mir«.

22 »Širši objekt varstva (…) po 297. členu je javni red in mir, pa tudi strpnost in dostojanstvo (63. člen Ustave RS) in enakost ne glede na osebne okoliščine (14. člen Ustave RS), zamejena pa je svoboda izražanja (39. člen Ustave RS).« (VDT (nav. delo), str. 2.)

23 Generalni sekretariat Vlade RS (nav. delo, str. 9). Krivic (nav. delo, str. 8) opaža »poenostavljene ideje o neposredno grozečem nasilju kot edinem možnem razlogu za kaznivost sovražnega govora«, razlog za to, kot se zdi, pa pripisuje neupravičenemu osredotočanju zgolj na legitimni cilj »preprečevanja neredov ali zločinov« pri kaznovanju sovražnega govora, pozabljanje pa na preostale legitimne cilje za poseg države v svobodo govora v skladu z 10. členom Konvencije, zlasti na »zavarovanje ugleda ali pravic drugih«.

24 Glej magnetogram Odbora za notranje zadeve (nav. delo).

kazniva dejanja, prav tako pa naj bi se na ta »postopni« način ozaveščalo javnost glede nesprejemljivosti takega govora.[25] Tak pristop bi pomenil tudi spoštovanje načela *ultima ratio*. To je prepričljiva argumentacija, s katero se je težko ne strinjati.

A kako se tega lotiti? Vlada v svojem že omenjenem mnenju napoveduje, da bo glede sovražnega govora proučila vprašanje, ali je treba dodelati znake prekrška iz 20. člena ZJRM-1, »saj meni, da je še prostor za dodelavo prekrška iz tega člena v morda bolj samostojno obliko določitve (širših) znakov kaznivega ravnanja, ki pa se seveda ne smejo prekrivati z znaki kaznivega dejanja po 297. členu [...]«. Ugotavlja namreč, da obstaja pomembno vprašanje glede tega, »ali so morda možni kakšni drugi ustavno skladni posegi glede sovražnega govora na področju prekrškov«.[26] To je zagotovo pomembno vprašanje, a po našem mnenju ZJRM ni primeren kraj za umestitev prepovedi tistega sovražnega govora, ki ostaja v glavnem nekaznovan (in glede katerega tudi javnost čuti nekakšno nelagodje v smislu prevelike popustljivosti Slovenije do tega pojava). Kar morebiti manjka v slovenski ureditvi (bodisi v zakonodaji bodisi v praksi pregona in razumevanja 297. člena KZ), je prepoved kakršnega koli sovražnega govora, četudi ta ne ogroža javnega reda in miru ali celo ne spodbuja ali razpihuje sovraštva, temveč le izraža diskriminatorne predsodke oziroma ima namen ponižati ali ustrahovati ali zagovarjati diskriminiranje pripadnika katere od varovanih skupin. Taka regulacija bi primarno ščitila (kot prvi objekt varstva) pravice drugih, strpnost in podobne družbene vrednote, kar je bolj v skladu s sodobnimi kazenskopravnimi sistemi demokratičnih družb kot primarno ščitenje javnega reda. To nekako (vsaj implicitno) izhaja tudi iz mnenja Odbora CERD, prav tako pa bi se taka prepoved približala širšemu družbenemu pojmovanju pojma sovražni govor (tako pri nas kot v svetu) ter zapolnila vrzel, ki jo zdaj mnogi občutijo, in zagotovila varstvo, ki ga pričakujejo v luči občutno širše pravice oz. načela enakosti, ki nam ga zagotavlja Ustava RS v 14. členu. S tega vidika bi veljalo prekršek raje določiti brez elementa kršitve javnega reda in miru v Zakonu o varstvu pred diskriminacijo (in ne v ZJRM – ki že nominalno ščiti javni red in mir).

Vprašanje javnega reda in miru, ki ga VDT primarno omenja kot objekt varstva, je povezano tudi z vprašanjem, ali je obstoječe kaznivo dejanje prestrogo zastavljeno. Nekateri menijo, da je element javnega redu in miru tisti, ki prestrogo omejuje (ali je prestrogo interpretiran s strani državnega tožilstva) pregon in tako ne zaščiti dovolj ljudi (ali določenih skupin) pred posledicami sovražnega govora. Je 297. člen prestrogo formuliran? Ustava RS očitno prepoveduje (oz. označuje za protiustavno) več kot Kazenski zakonik, saj prepoveduje »*vsakršno* spodbujanje k narodni, rasni, verski ali drugi neenakopravnosti ter razpihovanje narodnega, rasnega, verskega ali drugega sovraštva in nestrpnosti«. KZ ne uresniči Ustave, a mu tega tudi ni treba. Države pogodbenice Konvencije nimajo dolžnosti uporabiti sredstvo kriminalizacije za zaščito posameznikovih pravic; ESČP dovoljuje, da *bolj* zaščitijo konvencijsko pravico – svobodo govora v tem primeru –, kot to določa Konvencija, kar posledično pomeni, da kriminalizirajo manj.[27]

25 Vlada RS (nav. delo, str. 2).
26 Prav tam.
27 Cf. Čeferin (nav. delo, str. 8).

Čeprav je razumljivo in pravilno (v luči načel *ultima ratio* in kazenskopravne škode (*harm principle*)), da je kazenskopravna zakonodaja strožja in kaznuje le tista ravnanja, ki so dovolj zavržna in dovolj resno škodljiva drugim, to ne pomeni, da se nižje oblike sovražnega govora, za katere družba meni, da so (bodisi glede na trenutne družbene okoliščine bodisi glede na družbene spremembe v miselnosti in sprejemljivosti določenih ravnanj in mnenj) dovolj škodljive, čeprav ne dosežejo praga kaznivega dejanja, lahko popolnoma izognejo odgovornosti ali se jih spregleda oz. dopušča.

V primeru, da bi se odločili, da »preostanek« raje zaobsežemo s prekrškovno zakonodajo kot z neformalnim družbenim nadzorom, menim, da bi prekršek brez elementa »javnega reda in miru« spadal pod področno zakonodajo, ki ureja diskriminacijo. A je na tem mestu pomembno opozoriti tudi na to, da zgolj branje 297. člena KZ omogoča tudi drugačno razumevanje kaznivega dejanja, po katerem verjetnost ogrožanja ali motenja JRM ni nujni element kaznivega dejanja. Če je izvršitveni način »z uporabo grožnje, zmerjanja ali žalitev« podan kot alternativen (med obema načinoma je namreč uvrščena besedica »ali«), bi veljalo ugotoviti, da javni red in mir *ni nujni* element ali pogoj uresničitve tega kaznivega dejanja, v kolikor se javno spodbuja ali razpihuje sovraštvo, nasilje ali nestrpnost (ki temelji na naštetih osebnih okoliščinah) z uporabo grožnje, zmerjanja ali žalitev. Po tej razlagi – ki ne izhaja ravno iz pravnega stališča VDT – ni »nekaznovanosti« za sovražni govor, četudi ni izpolnjenega znaka JRM, dokler je uporabljeni način grožnja, zmerjanje ali žalitev (kar pa je pri sovražnem govoru najbrž skoraj vedno).

3.1.3 Dodatna vprašanja glede formulacije kaznivega dejanja: obteževalne okoliščine

Glede na priporočila Odbora CERD velja razmisliti tudi o tem, ali dodati posebne obteževalne okoliščine (v njihovem priporočilu glede rase) ali pa še naprej prepustiti sodnikom, da preprosto uporabijo splošni del KZ (splošna pravila za odmero kazni po 49. členu) glede presoje in določitve kazni v posebno hudih primerih.

Odbor CERD namreč priporoča »krepitev odzivanja kazenskega pravosodja proti rasističnemu sovražnemu govoru in nasilju, dopolnitev kazenskega zakonika tako, da bodo rasistični vzgibi opredeljeni kot oteževalna *[sic]* okoliščina pri vseh kaznivih dejanjih in prekrških, sprejetje kodeksa ravnanja poslancev, ki naj vključuje določbe o pomembnosti izogibanja rasističnemu in ksenofobičnemu govoru ter njegovi obsodbi, izvedbo vseh potrebnih ukrepov za boj proti takemu govoru, tudi s prepovedjo organizacij in dejanj, ki spodbujajo rasno sovraštvo in nasilje, ter vzpostavitev novega, od notranjega ministrstva neodvisnega sistema za preiskavo nezakonitega ravnanja policije«.[28] Odbor se je seznanil s spremembami KZ leta 2011, vendar je izrazil zaskrbljenost glede dejstva, da so rasni vzgibi kot obteževalna okoliščina navedeni v KZ samo v zvezi s kaznivim dejanjem umora, ne pa tudi v zvezi z drugimi kaznivimi dejanji.[29] Kar nekaj dejavnikov sicer govori v prid veljavni slovenski ureditvi.

28 Generalni sekretariat Vlade RS (nav. delo), str. 10.
29 Prav tam, str. 15.

Najprej velja opozoriti na to, da se v nekaterih državah v splošnem govoru (pa tudi ožje strokovnem) z izrazom »rasizem« označujeta tudi nacionalizem in diskriminacija na podlagi jezika, družbenega izvora ipd. Skratka, rasizem je ponekod postal nadpomenka, torej ne le oznaka za *species* neke vrste diskriminacije, ampak splošna oznaka za diskriminacijo ali vsaj več vrst diskriminacije (seksizem in diskriminacija na podlagi spolne usmeritve se za zdaj še ne uvrščata pod njo). Rasizem v tako širokem pomenu seveda izgubi svojo določnost (*lex certa*), kar je lahko problematično z vidika načela zakonitosti in lahko privede do težav pri pregonu.

Povzdig le nekaterih naveznih okoliščin (v tem primeru rase) bi lahko na videz zmanjšal pomembnost drugih okoliščin, npr. spola, nacionalnosti, spolne usmeritve. To odpre vprašanja upravičenosti privilegiranja nekaterih diskriminiranih skupin proti drugim: je res huje, če te nekdo napade kot predstavnika druge rase, kot če te napade kot predstavnika drugega spola, manjšinske pripadnosti ali drugačne spolne usmeritve? Neupravičeno pravno privilegiranje določenih osebnih okoliščin lahko sàmo privede do neupravičene diskriminacije (različne pravne zaščite) med diskriminiranimi skupinami oz. osebnimi okoliščinami, proti katerim je uperjen sovražni govor.

Poleg tega rasizem v ožjem pomenu ne zadošča za obravnavo zares problematičnih slovenskih primerov, saj ti običajno niso neposredno povezani z raso. Če pogledamo najbolj nedavne primere, povezane z begunsko krizo, sovražni govor ni bil povezan z določeno raso, ampak z religijo, nacionalnostjo, dejstvom, da so to tujci (ksenofobija). Zato bi veljalo pustiti kaznivo dejanje, kot je, sodnik pa lahko uporabi obteževalno okoliščino glede nagiba, iz katerega je storilec dejanje storil.

3.2 Pregon

Vrhovno državno tožilstvo je februarja 2013 izdalo pravno stališče glede 297. člena, v katerem je pojasnilo elemente kaznivega dejanja, ki morajo biti po mnenju tožilstva dokazani. Element kaznivega dejanja, ki ga VDT ni pojasnilo in se morda zato pogosto spregleda oz. se o njem ne razpravlja, so izrazi »sovraštvo, nasilje ali nestrpnost«. Ali je npr. spodbujanje diskriminatornega ravnanja kaj od tega? Spada pod »nestrpnost«? To ostaja nedorečeno. Upati je, da bo element sčasoma postal jasnejši na podlagi sodne prakse (ki pa zaradi majhnega števila primerov na tem področju nastaja zelo počasi).

Nekateri menijo, da je pregon neučinkovit, drugi, da si tožilci prestrogo razlagajo ta člen. Ob branju omenjenega pravnega stališča lahko vidimo, da so kriteriji zares strogi – a to samo po sebi ni kritika (prej obratno). Kazensko pravo najbolj posega v človekove pravice posameznika in kot tako ne sme biti kodeks morale ali lepega obnašanja, ampak zgolj »etični minimum«,[30] ki kaznuje zares najresnejša, najhujša človekova ravnanja, ki škodujejo drugim. Spustiti mejo oz. odstraniti določene elemente zgolj zato, da se jih več ujame v mrežo družbenega nadzora (*widening of the net of social control*),[31] ne glede na samo škodljivost dejanja, ni upravičeno

30 Jellinek (nav. delo), str. 42.
31 Cohen (nav. delo).

z vidika pravne države (ne kazenskopravnih načel, npr. *ultima ratio*, ne človekovih pravic).

Glede učinkovitosti je državni tožilec Hinko Jenull na februarski seji Odbora za notranjo politiko Državnega zbora RS pojasnil, da niso ne pretirano omejevalni ne ekspanzivni pri pregonu tovrstnih dejanj: v zadnjih petih letih (2011–2015) je bilo 60 % zavrženih, 24 % obtoženih in 16 % nerešenih primerov (kar naj bi bilo podobno statistiki, ki jo beležijo tudi pri drugih kaznivih dejanjih). Med drugim je omenil tudi, da na zavrženje pregona vplivajo številne okoliščine, kot so na primer položaj osebe, njen vpliv, kontekst, kesanje, ugotovitev, da oseba ni imela pravega namena spodbujati nestrpnost, pa tudi sorazmernost pregona.[32]

Ali bi v zdajšnjih družbenih razmerah lahko npr. zmanjšali svojo »toleranco« pri pregonu (manj zavrženja), je seveda vprašanje, s katerim se mora soočiti tožilstvo. Odgovarjati nanj brez poznavanja dejstev konkretnih primerov, ki so privedli do tožilske odločitve, ni na mestu. Za učinkovito preprečevanje (in zaupanje ljudi v delo tožilstva) pa bi pregon moral biti tudi medijsko dovolj pokrit. GRECO je pred kratkim omenjal komunikacijo slovenskega tožilstva z javnostjo kot problem; še posebej so izpostavili, da javnost brez ustreznega pojasnila težko razume, zakaj se ovadba zavrže.[33] Morda bi bilo mogoče kaj narediti tudi na tem področju, npr. s posebej izurjenimi tožilci, ki bi občasno nastopali v medijih in pojasnjevali abstraktne situacije.[34]

A po drugi strani – v luči judikature ESČP in politike, ki iz nje izhaja – je morda bolje ohraniti obstoječe kaznivo dejanje, kot je, in ga tudi strogo presojati (tj. šteti element JRM kot nujni element kaznivega dejanja). Nekateri poznavalci (tudi zahodni strokovnjaki) opažajo, kot smo že omenili, da ESČP izkazuje manjšo strpnost do tega, kar vidi kot prakso, ki izhaja iz komunističnih časov. V luči našega preteklega »verbalnega delikta«, ki se je zlorabljal, bi tako lahko tudi trdili, da je prav, da imamo bolj poostrene pogoje za kazenski pregon, sploh na področju svobode izražanja, ki je predpogoj demokracije. Olajševanje pregona zoper določene vrste govora bi se namreč lahko štelo kot vračanje v preteklost. V sodbi *Faruk Temel proti Turčiji* (2005) je ESČP poleg tega izjavilo, da mora biti vlada zadržana pri uvedbi kazenskih postopkov, zlasti kadar so na voljo drugi načini za obravnavo neupravičenih napadov in kritik njenih sovražnikov. Tudi to stališče govori v prid raje večje zadržanosti države pri kazenskem pregonu kot proaktivnega pregona, ki bi lahko postavil pod vprašaj sorazmernost posega.

Omenili smo, da je pri presojanju zadev s strani ESČP opaziti določen trend, ki gre v smeri kontekstualne presoje (raje kot absolutne prepovedi) – gl. npr. že omenjene zadeve *Surek*, *Perinçek, Faber*. Tudi to govori v prid slovenski politiki pregona, kot je razvidna iz pravnega stališča VDT. ESČP vzame v presojo okoliščine, v katerih so bile izrečene besede. Če gre za »izražanje zgodovinske, pravne ali politične narave, ki je bilo del burne razprave« (*Perinçek*), ESČP raje uporabi 10. člen kot 17. in takemu govoru nudi zaščito. Enako velja, če gre za izražanje, ki je v

32 Odbor za notranje zadeve Državnega zbora RS (nav. delo).
33 GRECO (nav. delo), str. 52; Peršak in Štrus (nav. delo), str. 96.
34 Zanimivo prakso imajo nizozemska sodišča s t. i. *press judges* (Rechtspraak, nav. delo).

javnem interesu ali prispeva k javni diskusiji. V tej luči je kontekstualni pristop, ki ga, kot kaže, tožilstvo uporablja že pri presoji, ali uvesti pregon ali ne, pravilen. Dodatno, kar ESČP vzame v presojo, česar pa VDT v svojem pravnem stališču ne obravnava, so posledice ali učinek (*impact*) govora na žrtve, ki je prav tako subjektiven element, a na strani oškodovancev, ne obdolženca.

Sodbe ESČP na podlagi 10. člena se pogosto vrtijo okoli presoje sorazmernosti (tudi iz tega razloga se najdejo kršitve 10. člena), kar se primerno odraža v 9. točki pravnega stališča VDT. Četudi so same besede lahko spoznane za sovražne in je govor morda »na meji« prepovedanega, ESČP lahko najde kršitev v nesorazmernosti posega v svobodo izražanja. Kadar nacionalna sodišča, na primer, ne vzamejo v poštev in presojo vseh pomembnih okoliščin ali odmerijo prestrogo kazen, medtem ko so na voljo alternativna, milejša sredstva za dosego cilja, se država spogleduje s kršitvijo Konvencije. V tej luči je obstoječi pristop VDT varnejši.

4 SKLEPNO O NIANSAH IN ALTERNATIVAH DRUŽBENEGA NADZORA

V luči judikature (in politike, ki iz nje izhaja) ESČP je morda bolje ohraniti obstoječe kaznivo dejanje, kot je, in ga tudi strogo presojati, vrzel pa morebiti zapolniti s prekrškom, ki bi odstranil element kršitve javnega reda in miru in bi bil uvrščen npr. v Zakon o varstvu pred diskriminacijo. Ob tem velja še enkrat opozoriti, da tudi obstoječe besedilo kaznivega dejanja omogoča manj omejevalno branje, in sicer tako, da ob pogoju, da je dejanje storjeno z grožnjo, zmerjanjem ali žalitvijo, elementa JRM (tj. verjetnost motenja ali kršitve JRM) ni treba izkazati. Poleg tega bi veljalo razmisliti, ali so mogoči še kateri drugi izvršitveni načini sovražnega govora, ki bi dovoljevali ali zahtevali ureditev tudi v prekrškovnem pravu.

Seveda ni dovolj, da se zadeva zgolj simbolično kriminalizira (bodisi kot kaznivo dejanje bodisi kot prekršek), če se pravne določbe ne izvajajo oz. tozadevna dejanja ne preganjajo (dovolj). Javnost ima pogosto svoje mnenje o politiki pregona, ne pa tudi uvida v dejanske razmere. Tak neuvid in občutek nemoči se pogosto prevedeta v pozive k strožjemu normiranju, pri čemer vsega tudi ni mogoče regulirati. Prenormiranje in povečevanje kazenske represije je tipičen odgovor šibke države,[35] prav tako pa je treba določene zadeve prepustiti sodni praksi, da izoblikuje svoje kriterije.

Kljub temu je treba primarno bojno polje zoper sovražni govor umestiti v *neformalni* družbeni nadzor civilne družbe in neposredne okolice, ki se morata *hitro* odzvati. Dober primer je odziv nogometnega kluba Maribor na rasistične opazke navijačev Olimpije proti temnopoltemu igralcu Maribora Jean-Philippu Mendyju in pozneje Nogometne zveze Slovenije proti trenerju Olimpije Marku Nikoliću (rasistična opazka na tekmi med Olimpijo in Zavrčem proti igralcu Blessingu Elekeju). NZS je v tej zadevi izvedla disciplinski postopek, četudi mu je menda lastni klub oprostil, in s tem pokazala ničelno toleranco do tovrstnega vedenja. Trenerju so izrekli

35 Nietzsche (nav. delo), Sparks (nav. delo).

kazen prepovedi dostopa do garderob in uradnega tehničnega prostora na sedmih nogometnih tekmah in denarno kazen v višini 1.500 EUR.[36] Hitra in gotova kazen. Ker uživa šport v Sloveniji nekvalificirano podporo in ne polarizira ljudi, je tak odziv še posebej odmeven in učinkovit.

Da je neformalni družbeni nadzor pogosto učinkovitejši od formalnega, pa potrjujejo tudi uspehi neformalnih iniciativ. Tak primer je portal Zlovenija,[37] ki je bil, kot kaže, učinkovit v neformalnem družbenonadzorskem pomenu. Podobno velja za Spletno oko, ki spletnim uporabnikom med drugim omogoča anonimno prijavo sovražnega govora.[38] Večja aktivacija neformalnega družbenega nadzora, pa ne le s strani nevladnih organizacij, ampak civilne družbe nasploh, torej posameznikov, sosedov, očividcev ipd., in njihov hiter odziv (ki je po Beccarii pomembnejši od strogosti ukrepa)[39] bi bila priporočljiva. Proti sovražnemu govoru se borimo z več govora, ne manj. Čeprav je včasih učinkovito tudi ignoriranje nesramnega, škodljivega govora – s tem takemu govoru ne dajemo prevelike teže, ne medijske pozornosti, s čimer frustriramo izvajalca pri doseganju njegovega cilja, pogosteje nevtraliziramo sovražni govor s hitrim, zanesljivim in odločnim širše družbenim odzivom, ki odseva vrednote strpnosti in pluralizma.

LITERATURA:

- BECCARIA, Cesare. Beccaria, C. *O zločinih in kaznih*. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, 2002 (izv. 1764).
- CANNIE, Hannes in VOORHOOF, Dirk. The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: An added value for democracy and human rights protection? *The Netherlands Quarterly of Human Rights*, letn. 29, št. 1, str. 54–83.
- COHEN, Stan. *Visions of social control*. Cambridge: Polity Press, 1985.
- ČEFERIN, Rok. Sovražni govor v sodni praksi ESČP. *Odvetnik*, 2012, letn. 14, št. 1, str. 7–8.
- DOMIEN, Donna (2009). *Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah*. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje.
- EVROPSKA KOMISIJA. Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu o izvajanju Okvirnega sklepa Sveta 2008/913/PNZ o boju proti nekaterim oblikam in izrazom rasizma in ksenofobije s kazensko-pravnimi sredstvi, COM (2014) 27 final, 27. 1. 2014.

36 NZS (nav. delo).

37 Na strani http://zlovenija.tumblr.com (ki sicer ni več aktivna) so se nekajkrat dnevno objavljali sovražni komentarji uporabnikov Facebooka na temo begunske krize (prenešeni s FB). Stran je delovala kot nekakšen sramotilni steber za podpihovalce sovraštva. Na prošnjo so bile sporne FB-objave odstranjene, če so avtorji objav na Facebooku objavili predlagano javno opravičilo (Netokracija, nav. delo).

38 <safe.si/spletno-oko/> (27. 4. 2016)

39 Beccaria (nav. delo).

- EVROPSKA KOMISIJA. *European Commission and IT Companies announce Code of Conduct on illegal online hate speech* (izjava za javnost). Bruselj: Evropska komisija, 2016. Dostopno na: <europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm> (1. 6. 2016)
- GENERALNI SEKRETARIAT VLADE RS. *Poročilo o obravnavi združenega osmega do enajstega periodičnega poročila RS o uresničevanju določil Mednarodne konvencije o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije na 88. zasedanju Odbora ZN za odpravo rasne diskriminacije, 1. in 2. decembra 2015 v Ženevi – predlog za obravnavo*, 1. 2. 2016. Dostopno na: <vrs-3.vlada.si/MANDAT14/VLADNAGRADIVA.SF/71d4985ffda5de89c12572c3003716c4/3061c6c6ef9e967cc1257f5700475e98/$FILE/CERD1_P.pdf > (30. 3. 2016).
- GRECO. *Fourth Evaluation Round: Corruption Prevention in Respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors. Evaluation Report: Slovenia.* Strasbourg: GRECO, 2012.
- HARRIS, David J., O'BOYLE, Michael, BATES, Ed, in BUCKLEY, Carla M. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- JELLINEK, Georg. *Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878.
- JENULL, Hinko. Novela KZ-AB kot milejši kazenski zakon. *Odvetnik*, 2012, letn. 14, št. 2, str. 15–19.
- KRIVIC, Matevž (2012). Kje je meja med svobodo govora in sovražnim govorom? *Pravna praksa*, 2012, št. 1, str. 6–8.
- NETOKRACIJA.<//www.netokracija.si/zlovenija-sovrazni-govor-tumblr-96840>
- NIETZSCHE, Friedrich. *H genealogiji morale*. Ljubljana: Slovenska matica, 1988.
- NZS. Disciplinski sodnik NZS sprejel odločitev v primeru Nikolić. Dostopno na: <www.nzs.si/novice/2016-04-14-Disciplinski-sodnik-NZS-sprejel-odlocitev-v-primeru-Nikolic> (16. 4. 2016).
- ODBOR ZA NOTRANJE ZADEVE, JAVNO UPRAVO IN LOKALNO SAMOUPRAVO. *34. nujna seja (magnetogram),* 16. 2. 2016.
- PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.* New York: Springer, 2007.
- PERŠAK, Nina, in ŠTRUS, Jože. Legitimacy and trust-related issues of judiciary: New challenges for Europe. V: Peršak, N. (ur.), *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*. Farnham, Burlington: Ashgate, 2014, str. 89–110.
- PIRC MUSAR, Nataša. Spletna sovražna beseda in (ne)moč prava. *Podjetje in delo*, 2014, št. 6–7, str. 1011–1014.
- RECHTSPRAAK. Dostopno na: <www.rechtspraak.nl/SiteCollection Documents/The-Judiciary-and-the-Media-in-the-Netherlands.pdf> (20. 5. 2016)

- SIMESTER, A.P., in VON HIRSCH, A. *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.* Oxford: Hart Publishing, 2011.
- SPARKS, Richard. Perspectives on risk and penal politics. V: Hope, T., in Sparks, R. (ur.), *Crime, Risk and Insecurity*. London: Routledge, 2000, str. 129–145.
- SVET EVROPE. *Freedom of expression: Still a precondition for democracy* (konferenca), okt. 2015, Strasbourg.
- UNESCO. *Countering Online Hate Speech.* Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2015. Dostopno na: <unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf> (5. 5. 2016)
- VLADA RS (2016). *Mnenje o Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu javnega reda in miru*, št. 00702-2/2016/6, z dne 3. 2. 2016.
- VRHOVNO DRŽAVNO TOŽILSTVO, Kazenski oddelek. *Pravno stališče o pregonu kaznivega dejanja Javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti po 297. členu KZ-1*, št. Ktr 2/13-6/HJ-TL/vg, z dne 27. 2. 2013.

KAZENSKO PRAVO IN ČLOVEKOVE PRAVICE[1,2]

Mag. Damijan Florjančič
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Človekove pravice so opredeljene v različnih domačih in mednarodnih dokumentih, za njihovo upoštevanje v domači kazenskopravni sodni praksi pa so vsekakor najpomembnejše Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (EKČP, 2. do 14. člen), od uveljavitve Lizbonske pogodbe tudi Listina temeljnih pravic v EU, predvsem pa Ustava RS, ki to vsebino ureja v II. poglavju z naslovom Človekove pravice in temeljne svoboščine.

V Kazenskem zakoniku (KZ-1)[3] je posebno poglavje z naslovom Kazniva dejanja zoper človekove pravice in svoboščine (XVI. poglavje), kar pa ne pomeni, da se človekove pravice varujejo le pri kaznivih dejanjih, ki so opredeljena v tem okviru. Tako na primer pravica do nedotakljivosti človekovega življenja (17. člen Ustave RS) dobi svoj najbolj prepoznaven odraz v 115. členu (uboj) in 116. členu (umor) KZ-1 (XV. poglavje: Kazniva dejanja zoper življenje in telo). Zato ne moremo enačiti kazenskopravno varovanih človekovih pravic v XVI. poglavju KZ-1 z ustavno določenimi človekovimi pravicami ali tistimi, ki so vsebovane v različnih mednarodnih konvencijah ali drugih dokumentih.

Na področju kazenskega prava pri nas se človekove pravice zagotavljajo oziroma varujejo v Kazenskem zakoniku s predpisovanjem kaznivih dejanj, ki te pravice kršijo, in Zakonu o kazenskem postopku (prekrškovno pravo v tem okviru zanemarim), kjer se varujejo predvsem pravna jamstva iz 29. člena Ustave, s katerimi se zagotavlja poštena izvedba tega postopka. Vendar pa se v kazenskem pravu ne srečujemo le s človekovimi pravicami osumljencev oziroma obdolžencev in obsojencev, temveč so človekove pravice zagotovljene tudi drugim udeležencem v kazenskem postopku, zlasti žrtvam kaznivih dejanj, pričam, odvetnikom oziroma zagovornikom, pa tudi tožilcem in sodnikom.

Glede na nakazano široko polje ustavnopravne in zakonske ureditve temeljnih človekovih pravic se v nadaljevanju omejim le na nekatera ožja področja njihovega varstva v kazenskem pravu, tako kot se to odraža v novejši sodni praksi ESČP, Ustavnega sodišča RS in Vrhovnega sodišča RS.

1 Prispevek je prirejeno avtorjevo predavanje na Šoli za kazenske sodnike, ki je bila izvedena v organizaciji Ministrstva za pravosodje RS, Centra za izobraževanje v pravosodju, aprila 2016 v Portorožu.
2 Stališča avtorja v tem članku niso nujno stališča institucije, v kateri je avtor zaposlen.
3 Uradni list RS, št. 55/08, 39/09 in 54/15.

2 OPISI KAZNIVIH DEJANJ, NAČELO ZAKONITOSTI (PRVI ODSTAVEK 28. ČLENA USTAVE) IN PRAVICA DO OBRAMBE

Opisi dejanj v izrekih sodb so ena izmed osrednjih značilnosti, pa tudi problemov naše kazenskoprocesne ureditve. Obdolženčeva pravica do obrambe je namreč v neposredni povezavi z očitkom konkretnega kaznivega dejanja in ko je ta očitek v konkretni obliki in vsebini naslovljen na posameznika, se šele vzpostavi in omogoči izvrševanje te pravice. Pravica do obrambe torej ni nekaj, kar bi obstajalo samo zase in samo po sebi, temveč je v kazenskem pravu v vzročno-posledični zvezi z obtožbenim zatrjevanjem. Sodna praksa naših sodišč kaže, da je v tem pogledu še precej nejasnosti, negotovosti ali nedoslednosti, ki so razvidne tudi iz naslednjih primerov.

V tej zvezi je treba za izhodišče izpostaviti »načelo zakonitosti v kazenskem pravu«, ki je kot človekova pravica določeno v 28. členu Ustave RS in 7. členu EKČP. Določba prvega odstavka 28. člena Ustave RS, ki nas v tem okviru zanima, je oblikovana na način prepovedi oziroma zapovedi (»Nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno.«) z implicitno vsebovano človekovo pravico, ki je v tem, da po načelu *lex certa* vsakdo vnaprej ve, kaj je kaznivo. Ta določba obsega tako zakonodajno raven, ki mora dobiti svoj odraz v materialnem kazenskem zakonu, ko se določajo oziroma predpisujejo abstraktni zakonski znaki posameznega kaznivega dejanja, kot tudi raven (pravo)sodnega odločanja, ko se tak zakon razlaga ob obravnavi konkretnega, življenjskega primera. Če za zakonodajalca velja, da se mora ob spoštovanju načela *lex certa* izogibati vsakršnim nejasnim ali nedoločljivim pojmom, pa za sodišče velja, da je »v kazenskem postopku zavezano k ustavnoskladni razlagi kazenskega materialnega zakona«, kar pomeni (tudi) »v skladu s človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami« (18. točka obrazložitve odločbe Ustavnega Sodišča RS Up-879/14-15 z dne 20. 4. 2015).

Če se osredotočimo na ta drugi korak uveljavitve načela zakonitosti, to je pri sodni razlagi kazenskega materialnega zakona, vidimo, da se v citirani odločbi Ustavnega sodišča navaja, da sodišče ob obravnavanju konkretnega primera obdolžencu očitanega kaznivega dejanja pri razlagi zakonskih znakov kaznivega dejanja najprej »iz zakonske norme izlušči abstraktni, tj. zakonski dejanski stan, iz življenjskega primera konkretni dejanski stan in nato ob primerjavi obeh ugotovi, da je konkretni dejanski stan primer zakonskega dejanskega stanu« (21. točka odločbe). Ob tem Ustavno sodišče še opozarja, da za ustavnosodno presojo ni treba, da bi bil z dejstvi napolnjen konkretni dejanski stan kot opis dejanja zajet izrecno v izreku sodbe, saj je izrek skupaj z obrazložitvijo celota in je zato pomembno le, da so posamezna dejstva, ki konkretizirajo abstraktni, zakonski dejanski stan, navedena bodisi v izreku bodisi obrazložitvi sodbe 22. točka odločbe.

V navedeni zadevi je Ustavno sodišče presodilo, da v primeru obravnavanega kaznivega dejanja sprejemanja daril za nezakonito posredovanje po prvem odstavku 269. člena KZ ni mogoče na zakonski znak sprejetja obljube nagrade (kot samostojnega zakonskega znaka) sklepati iz izpolnjenih in na konkreten način opisanih drugih zakonskih znakov, kot je 1) obljuba nagrade ali 2) namen, zaradi

katerega je bila obljuba sprejeta (kot samostojnih zakonskih znakov), temveč bi moral biti ta zakonski znak konkretiziran z obsojenčevimi/pritožnikovimi ravnanji, »ki bi sama po sebi neposredno pomenila sprejetje (obljube nagrade)«, kar bi šele omogočilo zanesljivo sklepanje o obstoju tega zakonskega znaka (41. točka obrazložitve). Težišče opredelitve tovrstnega konkretnega zakonskega dejanskega stanu mora torej vselej biti ravnanje storilca (44. točka obrazložitve).

Iz navedenih razlogov citirane ustavne odločbe je jasno razvidno, da je taka razlaga zakonskih znakov kaznivega dejanja v pomenu njihove konkretizacije z ugotovljenimi dejstvi (konkretni dejanski stan) pomembna zato, da se obdolženec lahko brani na ta način opisanih konkretnih očitkov. V tem je pomen opisa dejanja, kot je za obtožnico določen v 2. točki prvega odstavka 269. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP) in za izrek sodbe v 1. točki prvega odstavka 359. člena ZKP.[4] Tako se vzpostavlja stičišče med načelom zakonitosti iz prvega odstavka 28. člena Ustave RS in pravnimi jamstvi v kazenskem postopku iz 29. člena Ustave RS, ki vsebinsko pomenijo uresničevanje pravice do obrambe v širšem pomenu.

S primeri nekonkretiziranih zakonskih znakov posameznih kaznivih dejanj se Vrhovno sodišče v postopkih po zahtevah za varstvo zakonitosti (pre)pogosto srečuje. Tako je v zadevi I Ips 41364/2011 z dne 24. 9. 2015 po ugoditvi zahtevi obsodilno sodbo zaradi kaznivih dejanj samovoljnosti po prvem odstavku 310. člena KZ-1 spremenilo in izreklo oprostilno sodbo. V obrazložitvi je bilo poudarjeno, da je za presojo, ali je kaznivo dejanje samovoljnosti storjeno, »nujen predpogoj, da je ta pravica (ali domnevna pravica) v opisu dejanja konkretno opredeljena, bodisi da gre za stvarno ali obligacijsko pravico«. Šele tak opis bi namreč omogočil zaključevanje, ali „ je obsojenec tako pravico dejansko imel oziroma je le mislil, da jo ima«, in »zato v opisu dejanja ne zadošča le konkretizacija izvršitvenega načina, saj je na iste izvršitvene načine mogoče samovoljno jemanje različnih pravic oziroma domnevnih pravic«.

Za pravilno konkretizacijo zakonskih znakov kaznivega dejanja je torej treba najprej preveriti in razjasniti sliko, kateri so abstraktni zakonski znaki določenega kaznivega dejanja, kot je opredeljeno v kazenskem zakoniku, saj je šele zatem mogoča ustrezna opredelitev na konkretni, dejstveni ravni. S tega vidika pomanjkljiv pristop je botroval napačni odločitvi v sodbi sodišča prve stopnje, ko je kaznivo dejanje obsojenca pravno opredelilo kot izsiljevanje po tretjem v zvezi s prvim odstavkom 213. člena KZ-1, pri čemer je izrek sodbe navajal, da je obsojenec dejanje storil »na posebej surov način«, ki je bil nadalje opisan s konkretnim obsojenčevim ravnanjem. Vendar pa je zakonski znak kaznivega dejanja po tretjem odstavku 213. člena KZ-1 (eden od alternativnih izvršitvenih načinov te kvalificirane oblike kaznivega dejanja) izpolnjen, če je dejanje iz prvega odstavka storjeno »na posebej surov in poniževalen način«. Vrhovno sodišče je zato (sodba I Ips 6021/2010 z dne 5. 3. 2015) pritrdilo vložniku zahteve za varstvo zakonitosti, da je to obliko storitve mogoče izvršiti le na surov način, ki je hkrati poniževalen. V izreku sodbe tako niso bile konkretizirane okoliščine, iz katerih bi izhajalo, da je bil posebej surov način storitve kaznivega dejanja izsiljevanja za oškodovanca hkrati tudi poniževalen, in

4 »Brez takšne konkretizacije obtožbe obdolžencu ni omogočena učinkovita obramba.« Štefan Horvat, Zakon o kazenskem postopku s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 600.

sodišče je zato pravno opredelitev kaznivega dejanja spremenilo v prvi odstavek 213. člena KZ-1.

Niso pa le abstraktni zakonski znaki posameznega kaznivega dejanja tisti, ki morajo biti konkretizirani v opisu dejanja, pač pa »morajo biti opisana (tudi) konkretna ravnanja in okoliščine, ki utemeljujejo« uporabo drugih institutov »splošnega dela KZ-1, kot so npr. poskus, oblika udeležbe, oblika krivde, stopnja prištevnosti in podobno«.[5] Tako je Vrhovno sodišče v zadevi I Ips 9199/2012 z dne 15. 1. 2015 navedlo, da »tudi v primeru, ko obdolženec ne izpolni zakonskih znakov kaznivega dejanja, pač pa njegova odgovornost temelji na določbah KZ-1 o sostorilstvu ali udeležbi, mora biti v izreku sodbe navedeno konkretno ravnanje obdolženca«.

Podobno je zaključilo Vrhovno sodišče v zadevi I Ips 59294/2010 z dne 18. 6. 2015, ko je obravnavalo vprašanje konkretizacije ravnanja napeljevalca (k storitvi kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic po drugem v zvezi s prvim odstavkom 244. člena KZ). V tej zvezi je poudarilo, da očitek napeljevalcu, da je soobsojenega »pripravil« k določenim, v izreku sodbe sicer konkretno opisanim ravnanjem, ne pove ničesar o tem, kako konkretno in s kako obliko krivde naj bi napeljevalec izvršil napeljevanje soobsojenega. Napeljevanje je namreč samostojno ravnanje napeljevalca, zato mora biti kot tako tudi opisano in ga ni mogoče konkretizirati z opiso(vanje)m ravnanja napeljevanega.

Navedeni primeri sami po sebi opozarjajo, kako pomemben je v naši kazenskoprocesni ureditvi opis dejanja v izreku sodbe z dovolj jasno konkretizacijo dejstev in okoliščin, da se v njej prepoznajo vsi v opredelitvi posameznega kaznivega dejanja v kazenskem zakoniku navedeni abstraktni zakonski znaki. Sodnikova obveznost je zato, da v vsakem obravnavanem primeru najprej sam pri sebi določno opredeli, kateri so zakonski znaki kaznivega dejanja, saj mu bo to omogočilo pravilno nadaljnje vodenje dokaznega postopka in pravilno odločitev v zadevi, pri kateri je odločilnega pomena subsumpcija ugotovljenega dejanskega stanja na zakonsko opredelitev kaznivega dejanja.

3 PRAVICA DO SVOBODE IZRAŽANJA

S to pravico (določeno v 10. členu EKČP in 39. členu Ustave RS) se v kazenskem postopku srečamo v različnih konotacijah, vendar bi se v tem delu zadržal pri primerih, ko se na odrekanje te pravice zaradi očitanega mu kaznivega dejanja sklicuje obdolženec.

V nedavno razsojeni zadevi Genner proti Avstriji, sodba št. 55495/08 z dne 12. januarja 2016, je Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) obravnavalo primer pritožnika, v Avstriji obsojenega M. Gennerja zaradi kaznivega dejanja obrekovanja. Kot zaposlen v organizaciji, ki je nudila pomoč prosilcem za azil in beguncem, je le dan po smrti avstrijske ministrice za notranje zadeve na spletni strani te organizacije objavil besedilo, v katerem je navedel,

5 Delo, citirano v opombi 4, str. 746.

da gre za dobro novico, saj je umrla ministrica za mučenje in deportacije. Poleg tega je ob omenjanju različnih primerov prosilcev za azil navedel, da je pripadala kriminalcem, kot so že bili v okrutni zgodovini Avstrije, da je bila zastrupljena z rasizmom in da noben dostojen človek ne bo potočil solze zaradi njene smrti. Mož pokojne ministrice je zoper Gennerja vložil zasebno tožbo zaradi obrekovanja, prvostopenjsko sodišče ga je spoznalo za krivega in obsodilo na denarno kazen. V razlogih sodbe je bilo posebej izpostavljeno, da sklicevanje obdolženca tudi na nedavno sprejeti amandma k azilni zakonodaji, ki je bil na podlagi pravice do svobode izražanja deležen kritike, ne more upravičiti obdolženčevega umeščanja pokojne političarke v nacionalsocialistični in rasistični kontekst, temveč je prešel meje sprejemljive kritike v demokratični družbi. Pritožbeno sodišče je obdolženčevo pritožbo zavrnilo, pritrdilo razlogom sodbe sodišča prve stopnje in še navedlo, da četudi so bila izražena stališča politične vrednostne ocene, pritožnik za te dejstvene navedbe ni predložil nobenih dokazov. Zatem je še Vrhovno sodišče Avstrije zavrnilo zahtevo za obnovo postopka.

Obsojeni M. Genner je vložil pritožbo na ESČP, v kateri je uveljavljal kršitev pravice do svobode izražanja po 10. členu EKČP. ESČP je v sodbi pritrdilo stališču avstrijske vlade, da je bila kazenskopravna intervencija v tem primeru upravičena, saj je pritožnikova svoboda do izražanja zamejena tudi z določbo drugega odstavka 10. člena EKČP, po kateri izvrševanje svobode do izražanja vključuje tudi varovanje »ugleda in pravic drugih ljudi«, v tem primeru pokojne ministrice in njenih družinskih članov. Čeprav so se pritožnikova stališča nanašala na zadevo javnega interesa (položaj prosilcev za azil in beguncev glede na novo azilno zakonodajo), ki bi lahko prispevala k politični debati o tem vprašanju, je bila za sodišče pomembna okoliščina, da so bila inkriminirana stališča objavljena dan po nenadni smrti ministrice in so izražala zadovoljstvo ob tej smrti, kar je sodišče upoštevalo ob ocenjevanju navzkrižja pravic po 8. in 10. členu EKČP. Tak način je bil ocenjen kot nedostojen in nespoštljiv ter je po oceni sodišča pomenil napad na samo bistvo osebnostnih pravic. Poleg tega je pritožnik v svojih stališčih takoj prešel na osebnostni napad na pokojno ministrico, pri čemer bi tako resne in težke obtožbe, ki jih je pritožnik navajal, terjale posebej trdno dejstveno podlago. Poleg tega naj ne bi razlikoval med osebo pokojne in njenimi političnimi stališči. Sodišče je nadalje pritrdilo tudi razlogom avstrijskih nacionalnih sodišč in poudarilo, da pritožnik ni predložil (niti v dokumentaciji, priloženi pritožbi na ESČP) zadostnih dejstvenih podlag za navedene obtožbe zoper pokojno ministrico. Zaključek sodišča je bil, da v tem primeru ni bil kršen 10. člen EKČP.

Pri tej zadevi je treba posebej opozoriti, da je ESČP od kriterijev, ki jih je izoblikovalo že v drugih istovrstnih zadevah glede presoje kršitve 10. člena EKČP (34. točka obrazložitve sodbe Genner proti Avstriji – prispevek k razpravi, ki je v javnem interesu; stopnja v javnosti znane prizadete osebe; vsebina izjave; vedenje prizadete osebe v preteklosti; kontekst, oblika in posledice objave in ko je to ustrezno, okoliščine, v katerih je bilo stališče sporočeno), v tem primeru posebej izpostavilo okoliščino, da je bilo inkriminirano besedilo objavljeno le dan po smrti ministrice. S tem je sporočilo, da je treba vsak primer obravnavati posebej glede na specifične okoliščine, ki ga spremljajo, in že izoblikovani načelni kriteriji ne

morejo biti na enak način in v enaki meri uporabljeni v vseh primerih.[6] Seveda pa je sodišče tudi v tem primeru izpostavilo (že iz več preteklih sodb znano stališče, npr. *Lingers proti Avstriji*, št. 9815/82 z dne 8. 7. 1986), da je nujno razlikovanje med dejstvi in vrednostnimi sodbami, pri čemer je jasno, da vrednostne sodbe ne morejo biti predmet dokazovanja, vendar pa mora zanje obstajati zadostna dejstvena podlaga.

Vrhovno sodišče je obravnavalo primer zatrjevane kršitve pravice do svobode izražanja v zadevi I Ips 12175/2013 z dne 18. 2. 2016, ugotovilo kršitev te pravice (38. člen Ustave in 10. člen EKČP) in je bila zato pravnomočna obsodilna sodba zaradi kaznivega dejanja razžalitve po drugem v zvezi s prvim odstavkom 158. člena KZ-1 spremenjena ter izrečena oprostilna sodba. V tem primeru naj bi se o zasebnem tožilcu žaljivo izrazil publicist v neki reviji – tedniku, in sicer mu je očital uporabo poitalijančenega osebnega imena še desetletja po drugi svetovni vojni, s čimer naj bi potrdil »pravilnost« fašistične raznarodovalne politike.[7] Sodišči prve in druge stopnje sta izrazili stališči, da je bila razžalitev storjena, saj naj bi navedeni očitki v resnici pomenili kritiko osebnosti zasebnega tožilca, način obdolženčevega izražanja in okoliščine, v katerih je prišlo do objave tega besedila, pa naj bi kazale, da so bili ti očitki »podani ravno z namenom zaničevanja«. Ne glede na to, da so ta stališča ostala le na ravni splošnosti, brez določne navedbe, na čem temeljijo, je Vrhovno sodišče zaključilo drugače, in sicer da so očitki, naslovljeni na zasebnega tožilca, vrednostne sodbe, ki imajo zadostno dejstveno podlago, saj je sam zasebni tožilec pojasnjeval, kako je prišel do poitalijančenega imena ter kako in zakaj ga je še po drugi svetovni uporabljal in spreminjal. Vrednostno sodbo je obdolženec kot pisec inkriminiranega članka izrazil tudi s stališčem, da je zasebni tožilec uporabljal poitalijančeno ime »tudi v razmerah, ko za to niso obstajali nikakršni zunanji razlogi«.

Na okoliščine, ki jih je treba pri presoji inkriminiranega članka upoštevati, je Vrhovno sodišče opozorilo v zvezi z dejstvom, da je bilo obdolženčevo negativno ocenjevanje ravnanja zasebnega tožilca neizogibno povezano z »raznarodovalno izkušnjo zoper Slovence v Kraljevini Italiji v času fašističnega režima«. Zato je »glede na kraj prebivanja, študija in pretežnega strokovnega udejstvovanja zasebnega tožilca (Trst) obsojenčev očitek, naslovljen na zasebnega tožilca, treba razumeti v kontekstu zgodovinsko-političnega dogajanja na tem prostoru. Če je bilo poitalijančevanje slovenskih imen izrazit izraz raznarodovalne politike fašističnega režima v Kraljevini Italiji, je nadaljnjo uporabo tako preoblikovanega imena posameznika mogoče ocenjevati, torej se do njega vrednostno opredeljevati, tudi in prav v odnosu do ciljev take politike. Zato je tudi obsojenčevo navedbo, da je zasebni tožilec na svojem zgledu potrdil »pravilnost« fašistične raznarodovalne politike, razumeti kot njegovo vrednostno oceno takega ravnanja zasebnega tožilca

6 Vsebinsko enako sporočilo izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča Up-345/01 z dne 5. 2. 2004, v kateri je izraženo stališče, da je treba vprašanje dopustnosti uveljavljanja svobode tiska presojati na podlagi vseh okoliščin primera, saj »ne zadošča zgolj ocena o žaljivosti ali nežaljivosti besed oziroma izjav samih po sebi«.

7 Podobno, kot je izpostavljeno v točki 2. glede opisov kaznivih dejanj, se je tudi v tem primeru opis dejanja pokazal kot problematičen, in sicer v pomenu konkretizacije razžalitve, saj ob delnem, relativno obsežnem povzetku članka ni bilo konkretno opredeljeno, katere so tiste navedbe, ki naj bi bile žaljive, ampak je bila ta konkretna vsebina opredeljena šele v obrazložitvi sodbe.

v odnosu do te zgodovinske izkušnje, katere cilj je bil izbrisati sledove slovenske etnije na Italiji priključenem ozemlju«.

Za sodno prakso je pomembno opozoriti še na stališče, izhajajoče iz sodbe v citirani zadevi, da vrednostna sodba, zavzeta v članku, nima namena zaničevanja zasebnega tožilca, pač pa že zaradi njene narave, ki je v vrednotenju, zavzema negativno opredeljevanje do zasebnemu tožilcu očitanega ravnanja in so zato navedbe iz inkriminiranega članka zasebnega tožilca lahko prizadele in jih je lahko dojel celo kot žaljive, kar pa ne zadošča za obstoj kaznivega dejanja razžalitve (glede na tretji odstavek 158. člena KZ-1).

4 PRAVICE ŽRTEV V KAZENSKEM POSTOPKU

Na mednarodni ravni so te pravice urejene v naslednjih dokumentih:

1. Deklaracija OZN o osnovnih načelih pravičnosti za žrtve kaznivih dejanj ali zlorabe moči (sprejeta 29. 11. 1985) in Resolucija Generalne skupščine ZN št. 40/34;
2. Okvirni sklep Sveta EU o položaju žrtev v kazenskem postopku (2001/220/PNZ) zaradi uvedbe minimalnih standardov glede pravic in varovanja žrtev kaznivih dejanj;
3. Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta (2012/29/EU) o določitvi minimalnih standardov na področju pravic, podpore in zaščite žrtev kaznivih dejanj (sprejeta 25. 10. 2012).

Za slovensko sodno prakso je v tej zvezi pomembna sodba ESČP v zadevi *Y. proti Sloveniji,* št. 41107/10 z dne 28. 5. 2015, in to predvsem zaradi kritične presoje uporabe sodnikovih pooblastil, ki jih ima pri vodenju postopka (še posebej na glavni obravnavi) z vidika varovanja pravic žrtve. V tem primeru je ESČP obravnavalo položaj pritožnice (oškodovanke v kazenskem postopku), ki je bila kot priča zaslišana(-evana) v kazenskem postopku zoper osebo X zaradi kaznivega dejanja spolnega napada na osebo, mlajšo od 15. let, po prvem in drugem odstavku 183. člena Kazenskega zakonika. Obtoženec je bil v kazenskem postopku sicer oproščen vseh obtožb, pritožnica pa je pred ESČP zatrjevala kršitev 3. in 8. člena EKČP, katerih bistveno besedilo v tej zvezi se glasi:

3. člen
Nikogar se ne sme mučiti ali nečloveško in ponižujoče z njim ravnati ali ga kaznovati.

8. člen
1. *Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja.*
2. *Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi …*

ESČP je najprej ugotovilo kršitev 3. člena EKČP, in sicer je presodilo, da kazenski postopek ni bil voden skladno s postopkovno zahtevo po hitri obravnavi zadeve. Predvsem je sodišče izpostavilo številna daljša obdobja popolnega mirovanja

postopka, kot na primer, da je preiskovalni sodnik potreboval za odločanje o zahtevi za preiskavo enaindvajset mesecev, da je bil narok za glavno obravnavo razpisan osem mesecev po potrditvi obtožnice in da je do izreka sodbe na prvi stopnji minilo več kot sedem let.

Ugotovljena pa je bila tudi kršitev 8. člena EKČP, in sicer zaradi naslednjih razlogov:

1. kljub temu da je imel obdolženec ves čas postopka zagovornika, je oškodovanko sam navzkrižno zasliševal (sodišče bi postavljanje vprašanj v takih primerih lahko določilo tako, da jih obdolženec postavlja prek zagovornika!), pri čemer je bila večina vprašanj »razvidno osebne narave«; več vprašanj je bilo postavljenih tako, da so napeljevala na odgovor, več pa jih je bilo postavljenih več kot enkrat, pri čemer je X »vsiljeval svojo različico dogodkov«;
2. nekatera izmed vprašanj in pojasnil X niso služila samo napadom na verodostojnost oškodovanke, temveč so imela namen očrniti njen značaj; ESČP je izrecno poudarilo, da je »prva in najpomembnejša dolžnost predsedujočega sodnika zagotoviti varovanje ustreznega spoštovanja osebne integritete oškodovanke/pritožnice na sojenju«, zato se od predsedujočega sodnika zahteva, da nadzira obliko in vsebino vprašanj in pripomb X ter po potrebi poseže vmes; žaljiva podtikanja X v zvezi z oškodovanko so presegla meje še dopustnega, da bi se omogočila izpeljava učinkovite obrambe. Okrnitev osebnih pripomb X po mnenju sodišča ne bi neupravičeno omejila njegove pravice do obrambe;
3. še preden je bila policija obveščena o tej zadevi, se je oškodovanka o spolnih napadih nanjo posvetovala z odvetnikom M, ki je bil zatem zagovornik X v tej zadevi; ESČP je ocenilo, da možnost predhodnega neformalnega posvetovanja med pritožnico in M po domači zakonodaji ni sprožila vprašanja o nasprotju interesov, a ne glede na to je »negativni psihološki učinek kot posledica navzkrižnega zaslišanja s strani M bistveno presegel občutenje strahu, ki bi ga pritožnica doživela, če bi jo zaslišal drug odvetnik«. ESČP je zato ocenilo, da domača zakonodaja o izločitvi zagovornika ali način, na katerega je bila uporabljena v obravnavanem primeru, ni dovolj upoštevala interesov pritožnice;
4. izvedenec za ginekologijo B (z nalogo ugotoviti, ali je imela oškodovanka spolni odnos v obravnavanem času) je oškodovanko spraševal, zakaj se ni odločneje branila, in postavljal druga vprašanja, ki niso bila povezana z vprašanjem, za katero je bil poklican, da ga prouči; po oceni ESČP so vprašanja, pripombe in pravne ugotovitve, ki jih je dal v svojem izvedenskem mnenju, presegli obseg njegove naloge in hkrati njegovega zdravniškega znanja; sicer pa je sodišče izpostavilo, da iz spisovnih podatkov ni bilo razvidno, da bi bil ta izvedenec sploh usposobljen za opravljanje razgovorov z žrtvami spolnih zlorab, kar je med drugim povzročilo, da je bila oškodovanka pred njim postavljena v obrambni položaj;
5. glede na dejstvo, da je šlo za predhodna intimna razmerja med obdolžencem in oškodovanko, ter glede na oškodovankino mladost je šlo za posebno občutljive točke, ki so zahtevale ustrezen pristop organov glede vodenja kazenskega postopka v tej zadevi; vsa predhodno navedena dejstva in okoliščine so po oceni ESČP bistveno presegli raven nelagodja, ki je lastno žrtvam (domnevnih) spolnih napadov pri navajanju dokazov, in jih zato ni mogoče upravičiti na podlagi zahtev poštenega sojenja(!!!).

V tej sodbi izpostavljena stališča in zaključki nujno vodijo k razmisleku, koliko se sodniki v resnici zavedajo pomena in odgovornosti vloge, ki jo imajo v kazenskem postopku – ne le do obdolžencev, temveč tudi do drugih udeležencev v postopku, zato da se zamejijo v procesno vlogo, ki jim gre, in je ne presegajo (izvedenec, zagovornik) ter da se zavarujeta dostojanstvo in osebna integriteta posameznih udeležencev postopka, še posebej tistih, ki so najbolj ranljivi udeleženci, kot so žrtve kaznivih dejanj. Ob vsem tem pa je nujno samoizpraševanje sodnikov o usposobljenosti in/ali sposobnosti izpeljati to procesno nalogo.

5 PRAVICA OBDOLŽENCA DO ZASLIŠANJA PRIČ

Čeprav je ta pravica tudi v slovenski sodni praksi kazenskih sodišč že dovolj dobro poznana in uveljavljena (v kontekstu udejanjanja temeljne človekove pravice iz tretje alineje 29. člena Ustave – kot pravica do izvajanja dokazov), se v posameznih primerih pojavljajo različna stališča, ali je bilo tej pravici zadoščeno oziroma ali je bila kršena. To ne velja le za naša ali sodišča drugih držav članic Sveta Evrope ali naše Ustavno sodišče, ampak prav tako za ESČP. To je razvidno iz ene zadnjih odločb ESČP, in sicer v zadevi Schatschaschwili proti Nemčiji, št. 9154/10 z dne 15. 12. 2015.

V tem primeru sta moška v Nemčiji oropala prostitutki, po poreklu iz Latvije, v njunem stanovanju. Glavni storilec je bil po zaključenem kazenskem postopku v Nemčiji obsojen na devet let in šest mesecev zaporne kazni.

Kmalu po obravnavanem ropu sta bili Latvijki zaslišani pred preiskovalnim sodnikom, vendar brez navzočnosti obdolženca, ki v tistem času še ni bil aretiran niti še ni imel zagovornika. Preiskovalni sodnik je tedaj ocenil, da bi obveščanje obdolženca ali zagovornika o zaslišanju oviralo nadaljnjo preiskavo, ker bi se priči lahko bali pričati zaradi morebitnega maščevanja obdolženca. Priči sta zatem Nemčijo zapustili in na nadaljnja zaslišanja v tem kazenskem postopku zoper obdolženca nista pristopili z opravičilom posttravmatske motnje kot posledice prav navedenega dogodka – ropa. Nemško sodišče je zaprosilo latvijsko, da se omogoči zaslišanje teh prič prek videokonference (sklicujoč se pri tem na pravico obdolženca in njegovega zagovornika, da skladno s točko d tretjega odstavka 6. člena EKČP neposredno zastavljata vprašanja priči), vendar priči nista pristopili niti na to obliko zaslišanja ter se opravičili z zdravniškim potrdilom, ena od prič pa se je sklicevala tudi na bojazen pred maščevanjem obdolženca. Ker za nemško sodišče ta opravičila niso bila sprejemljiva, je zaprosilo, da ju pregleda ustrezen izvedenec zdravniške stroke ali pa latvijsko sodišče s privedbo zagotovi njuni navzočnosti, vendar ti zaprosili nemškega sodišča nista bili izvršeni oziroma nanju ni bilo niti odgovorjeno. Zaradi nastale situacije, ko je nemško sodišče ocenilo, da prič zaradi nepremostljivih ovir ni mogoče (znova) zaslišati, saj sodišče ni imelo možnosti uporabe prisilnih sredstev zoper njiju, ter ob upoštevanju, da je bil obdolženec že dolgo v priporu, je odločilo, da se izjavi obeh prič, kot sta jih podali pred preiskovalnim sodnikom, prebereta.

Pritožnik/obsojenec je po svojem zagovorniku vložil pritožbo na ESČP zaradi zatrjevane kršitve točke d tretjega odstavka 6. člena EKČP, ki naj bi bila storjena

s tem, da niti obdolženec niti njegov zagovornik nista imela možnosti neposredno zasliševati navedeni priči v katerem koli stadiju kazenskega postopka. Zadeva je bila najprej predložena v odločanje senatu sedmih sodnikov pete sekcije, ki so sprejeli odločitev (s petimi glasovi za in dvema proti), da ni kršitve po prvem odstavku 6. člena EKČP v zvezi s točko d tretjega odstavka 6. člena EKČP.

Pritožnik/obsojenec je zahteval, da se zadeva predloži v odločitev velikemu senatu ESČP, kar je senat sprejel. Po obravnavi primera je sprejel drugačno odločitev kot prvi senat, in sicer da je bila storjena kršitev prvega odstavka 6. člena in točke d tretjega odstavka 6. člena EKČP (zavrnil pa je zahtevo pritožnika po pravični odškodnini). Odločitev je bila sprejeta z devetimi glasovi za in osmimi proti.

Pri tej odločitvi, ne glede na njeno morebitno spornost (kar nakazuje že njeno sprejetje s tesnim preglasovanjem), je za nadaljnjo sodno prakso (tudi naših sodišč) pomembna utemeljitev sodbe na t. i. Al-Khawajevem testu, ki je razdelan v obrazložitvi sodbe. Gre za tri korake, v katerih je treba presoditi:

1. ali so obstajali utemeljeni razlogi (*good reasons*) za nenavzočnost prič (v obravnavanem primeru je ESČP presodilo, da je nemško sodišče storilo ustrezne ukrepe za zagotovitev navzočnosti prič in je bila zato pravilna odločitev za branje zapisnika o predhodnem zaslišanju prič pred preiskovalnim sodnikom) ;ali je izvedba dokaza, ki je bil pridobljen od te priče, edini ali odločilni dokaz (*sole or decisive evidence*), na katerem temelji sodba (v obravnavanem primeru je ESČP presodilo, da gre za odločilni dokaz, saj so obstajali še drugi dokazi, ki pa so imeli manjšo dokazno vrednost);
2. ob koncu dokaznega postopka in ob upoštevanju vseh izvedenih dokazov ter šele po pozitivnih odgovorih na obe predhodni vprašanji še težo tega dokaza v primerjavi s protiutežnostnimi dejavniki (*counterbalancing factors*), kar naj bi, vse skupaj, zagotovilo pošten postopek.

Kaj je odločilni dokaz, mora biti po obrazložitvi ESČP ozko interpretirano, in sicer da gre za dokaz, ki je takega pomena, da bo skoraj zagotovo odločil izid zadeve (*evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case*).

Za preverjanje, ali obstojijo zadostni (procesni) protiutežnostni dejavniki, ki nadomestijo prikrajšanje na strani obrambe kot posledici sprejetja izpovedbe priče, ki je obramba ni imela možnost zaslišati na glavni obravnavi (*trial*), je ESČP navedlo: 1) oceno zanesljivosti takega dokaza, pri čemer mora sodišče izkazati zavedanje, da ima izpovedba odsotne priče manjšo težo (poleg tega bi bila dodatna varovalka, če bi se na glavni obravnavi lahko predvajal videoposnetek zaslišanja odsotne priče na zaslišanju pred preiskovalnim sodnikom), 2) obstoj drugih podpornih dokazov, ki potrjujejo izpovedbo take priče (na primer izpovedbe drugih prič na glavni obravnavi, katerim je odsotna priča izpovedala o obravnavanem dogodku takoj po storjenem dejanju; nadaljnji drugi dokazi, zagotovljeni v zvezi z dejanjem, kot so lahko forenzični dokazi; izvedensko/strokovno mnenje o verodostojnosti izpovedovanja priče), 3) omogočanje obrambi, da postavi vprašanja priči posredno, na primer v pisni obliki, 4) omogočanje obrambi, da zaslišuje pričo v stadijih postopka pred glavno obravnavo, zlasti če se pričakuje, da priča ne bo mogla biti

zaslišana na glavni obravnavi (posebej predvidljivo v primerih, ko je žrtev spolne zlorabe mladoletna oseba), 5) možnost obrambe, da tudi takemu dokazu oporeka z navajanjem svoje različice dogodka, opozarjanjem na nedoslednosti v navedbah priče in navajanjem možnih motivov za lažno pričanje.

V obravnavanem primeru je ESČP presodilo, da je 1) pritožnik na glavni obravnavi sicer lahko predstavil svojo različico dogodka in izpodbijal verodostojnost izpovedbe prič, vendar 2) niti pritožnik niti njegov zagovornik nista imela možnosti zasliševati priči v preiskavi kot tudi ne pisno zastaviti vprašanja v poznejši fazi, in 3) nemško sodišče bi v takem primeru glede na domačo zakonodajo lahko postavilo pritožniku/obsojencu zagovornika po uradni dolžnosti, da bi bil prisoten na zaslišanjih prič pred preiskovalnim sodnikom in jim postavljal vprašanja, vendar tega ni storilo, pri čemer je 4) pomembna okoliščina, če je sodišče tedaj lahko sklepalo, da priča ne bo prisotna na sojenju – glavni obravnavi. To je pritožnik sodišču tudi sicer očital, saj je preiskovalni sodnik opravil zaslišanje teh prič prav zaradi njunega predvidenega takojšnjega odhoda v Latvijo, pa tudi državni tožilec je predlagal njuno zaslišanje prav zato, da se bo zapisnik lahko uporabil na glavni obravnavi.

Navedeno stališče pritožnika je bilo za ESČP prepričljivo in je zato ocenilo, da je nemško sodišče očitno prevzelo tveganje, da obramba pozneje v postopku ne bo imela več možnosti zasliševati teh prič. Čeprav je nemško sodišče skrbno presojalo izpovedbi navedenih prič v povezavi tudi z drugimi dokazi in izvedlo vse potrebno za zagotovitev njune navzočnosti na glavni obravnavi, zaradi nezadostnih uravnotežnostnih ukrepov, sprejetih zaradi odvzete možnosti obrambi, da zasliši ti priči, postopka kot celote vendarle ni bilo mogoče oceniti kot poštenega.

Kriterije, ki jih uveljavlja ESČP z navedenim testom, je zato primerno in prav uporabiti tudi v primerih, ko se pred našimi sodišči presoja, ali naj se izpoved priče prebere ali pa je vendarle treba uvesti še dodatne ukrepe in procesna dejanja, da se zagotovi njena navzočnost in s tem omogoči obrambi njeno zaslišanje na glavni obravnavi.

6 SKLEP

Že na podlagi teh nekaj predstavljenih primerov iz sodne prakse je mogoče ugotoviti, da se pravo človekovih pravic zelo tesno in vsestransko prepleta s kazenskim pravom. Življenje pa prinaša vedno nove situacije, kjer je treba kazenskopravna vprašanja obravnavati tudi ali zlasti z vidika spoštovanja človekovih pravic, s čimer se kazenskopravne določbe (materialne in procesne) dopolnjujejo z novo, dodatno ali celo pravo vsebino, ki je sicer lahko prezrta.

LITERATURA:

- Dežman, Zlatko, in Erbežnik, Anže. Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, GV založba, Ljubljana, 2003.
- Gomien, Donna. Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah, Ministrstvo za pravosodje RS, Center za izobraževanje v pravosodju, Ljubljana, 2009.
- Horvat, Štefan. Zakon o kazenskem postopku s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Pavčnik, Marijan. Argumentacija v pravu, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 272–287.
- Pavčnik, Tomaž. Koncept in argumentacija sodne odločbe, Pravosodni bilten, št. 3, 2015.
- Šturm, Lovro, ur. Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana, 2011.

dr. Sanja Šešok, univ. dipl. psih., specialistka klinične psihologije
sodna izvedenka za področje klinične psihologije odraslih in nevropsihologije odraslih
UKC Ljubljana, Nevrološka klinika, Služba za nevrorehabilitacijo, Nevropsihološka dejavnost

1 UVOD

Nasilje v širših in ožjih medosebnih odnosih je družbeni pojav, ki je prisoten skozi celotno človeško zgodovino, ne glede na čas in prostor. V zgodovini se je pojmovanje nasilnega vedenja močno spreminjalo, predvsem v smeri vse manjše tolerance v razvitih družbah. Nasilje je kljub temu še vedno močno v različnih okoljih (v družinskem, delovnem in med različnimi socialnimi skupinami), vsaka družbena ureditev pa si je glede na trenutna pojmovanja nasilnega vedenja prizadevala razviti mehanizme za njegovo omejevanje. V sodobnem času je zlasti veliko strokovne pozornosti namenjene razumevanju nasilnega vedenja, v ozadju katerega je želja po prepoznavanju vzrokov za nasilno vedenje in možnih ukrepov preprečevanja. V tem delu so tako predstavljene različne opredelitve nasilnega vedenja in z njim povezanih pojmov ter dosedanja psihološka in sociološka teoretska izhodišča pri razumevanju nastanka nasilnega vedenja. S psihološkega stališča je zlasti predstavljeno nasilje v družinskem okolju, ki je izvor nasilnega vedenja v drugih kontekstih posameznikovega socialnega življenja.

2 OPREDELITEV NASILJA IN POVEZANIH POJMOV

V zvezi z nasiljem ločujemo več pojmov, ki jih je treba opredeliti pred samim razumevanjem pojava nasilnega vedenja. Pojmi se nanašajo na različne izraze, ki jih v sodni in tudi kliničnopsihološki praksi pogosto uporabljamo, nanašajo pa se predvsem na točno določene psihološke konstrukte.

Agresivnost je kakršna koli oblika vedenja, usmerjena proti drugi osebi z namenom povzročiti ji škodo, ta oseba pa tako dejanje občuti kot grožnjo in se ji skuša izogniti. **Nasilje** pa je pojav, pri katerem je ključni cilj povzročiti izjemno škodo. V nekaterih primerih agresivnost ni nasilje (npr. če malček potiska drugega otroka stran od tricikla, je njegovo vedenje agresivno, vendar pa ni nasilno; 1).

Agresivnost je izredno širok pojem in ga ne moremo pojmovati kot enodimenzionalen pojav. Vključuje različne socialne, psihološke in genetske vidike ter se izraža na mnogo načinov, z različnimi funkcijami, cilji in v različnih okoliščinah. V študijah se potrjuje večdimenzionalnost agresivnosti, pri čemer so se kot tri pomembne dimenzije izkazale **biološka, socialna in situacijska dimenzija agresivnosti**. V okviru biološke dimenzije ločujemo *psihično in fizično* agresivnost, v okviru socialne

direktivno in nedirektivno, v socialni dimenziji pa je širok razpon agresivnosti glede na njeno funkcijo, tako poznamo *instrumentalno in afektivno* (2).

Najbolj prvotna, tradicionalna razdelitev agresivnosti v sociološki in psihološki literaturi je ločevanje agresivnosti na instrumentalno in afektivno. Obe obliki agresivnosti se pojavljata v posameznikovem vsakodnevnem življenju, v različnih oblikah vedenja in tudi različno intenzivno. **Afektivna agresivnost** (tudi *impulzivna, negativna, destruktivna*) se nanaša na ravnanje, ki ni zavestno in razumsko kontrolirano, temveč je izraz impulzivnega čustvovanja (jeze, besa), ko posameznik začasno izgubi sposobnost obvladovanja svojega vedenja. Po navadi je izraz zaznane provokacije v situaciji, pogoste oblike in skrajne tovrstne reakcije pa so verjetnejše pri posamezniku, ki socialni svet zaznava negativno, s pristranskostjo ali pa ima težave pri presojanju namer drugih ljudi in jih bistveno hitreje zazna kot ogrožajoče v primerjavi z drugimi posamezniki. Pogosto so posamezniki z afektivno agresivnostjo nagnjeni k depresivnosti, somatizaciji, internaliziranju problemov in drugim duševnim težavam. Z opisano afektivno obliko agresivnosti se v večji meri povezujejo nekatere fiziološke in nevropsihološke značilnosti, med njimi so zlasti nižja intelektualna opremljenost, nižje besedne sposobnosti in oškodovanost prefrontalnih (čelnih) možganskih predelov (3).

Nasprotno je **instrumentalna agresivnost** (tudi *kontrolirana, pozitivna ali konstruktivna*) oblika, ki služi doseganju določenega cilja ali namena. V tem primeru gre za orodje, z uporabo katerega oseba lažje doseže izbrani cilj. Presega zgolj namen povzročiti škodo drugi osebi, saj je višji namen doseči osebni, pomembni cilj. Instrumentalna agresivnost je namenska, usmerjena k cilju in kot taka ni odziv na zaznano provokacijo, niti ni izraz negativnega čustvenega afekta (jeze, besa). Določena mera instrumentalne agresivnosti je pozitivna in socialno pričakovana, denimo v obliki vodenja in drugih hierarhičnih socialno družbenih funkcij (4). Z nevropsihološkega vidika imajo posamezniki, ki pogosto uporabljajo instrumentalno agresivnost, običajne intelektualne in besedne sposobnosti ter izgrajen učinkovit nadzor nad lastnim vedenjem (2).

Psihično nasilje je, v primerjavi s fizičnim, manj točno opredeljena vrsta nasilja. Tudi širša družba ga ne dojema vedno jasno kot nasilno ali agresivno vedenje, kar ni presenetljivo, saj ne pušča vidnih fizičnih posledic. Tako so različne oblike fizičnega nasilja (udarci, pretepanje) hitreje prepoznane kot škodljivo vedenje. Ob tem je po večini držav pravosodni kazenski sistem naravnan k opredelitvi in hitrejšemu sankcioniranju fizičnih oblik nasilnega vedenja, medtem ko je oteženo kaznovanje in tudi razumevanje nasilja v obliki poniževanja, groženj, razvrednotenja (5). Treba je opozoriti, da psihično nasilje pušča izredno velike posledice na zdravstvenem področju žrtve, ob dolgotrajni psihični zlorabi pa so te posledice celo hujše. Po raziskavah sodeč psihično nasilje neugodno vpliva na žrtvino razpoloženjsko stanje, saj zvišuje negativen afekt, žrtev se počuti nemočno, je depresivna, brezvoljna, obupana. Izključeni niso niti vplivi na telesno zdravje. Žrtve psihičnega nasilja enako pogosto trpijo za telesnimi bolečinami, migrenami, težavami z želodcem in gastrointestinalnimi simptomi (6). Psihološka agresivnost pušča torej jasne posledice na duševnem in telesnem stanju žrtve ter je prav tako kot fizično nasilje neopravičljivo vedenje, ki bi ga morale družbene institucije prepoznati in preprečevati (7).

3 TEORIJE AGRESIVNOSTI

Pri preučevanju nasilnega vedenja je nastala kopica teorij, ki so skušale pojasniti izvore nasilja in agresivnosti ter opredeliti, kdaj prihaja do nasilnega vedenja. V ozadju razvoja številnih teorij je želja, da bi ta pojav razumeli zaradi prepoznavanja dejavnikov, na katere bi družba lahko vplivala, jih nadzorovala in s tem preprečevala nasilno ravnanje. Obstajajo štiri vodilne teorije agresivnosti in poglavitni generalni model agresivnosti, ki skuša nasilno vedenje celostno obrazložiti z vidika predhodnih teorij.

Kognitivna neoasociacijska teorija (4) razlaga predvsem kognitivni vidik agresivnosti v posameznikovi duševnosti in zlasti pojasnjuje afektivno obliko agresivnosti. Temelji na domnevi, da so agresivne misli, negativna čustva in agresivno vedenje medsebojno povezani v posameznikovem spominskem sistemu. Povezani so tudi različni pojmi, ki so si podobni po pomenu, to so t. i. koncepti. Ko je koncept oziroma pojem nečesa agresivnega v posameznikovih mislih aktiviran, se aktivirajo tudi vsi drugi koncepti, povezani z agresivnimi vsebinami. S koncepti so povezana tudi čustva, spomini, vedenje in telesni odzivi. V teoriji celo predpostavljajo, da se v tej mreži s koncepti povezujejo tudi določene situacije; ko posameznik torej v okolici zazna nekaj neugodnega (npr. hrup, provokacijo, frustracijo, neugodno temperaturno okolje), to občutje aktivira negativna čustva, njihova aktivacija pa nadalje sproža neugodne misli, ki lahko vodijo do agresivnega odgovora.

Teorija socialnega učenja (8) predpostavlja, da se posameznik agresivnega vedenja med odraščanjem v družbeni okolici nauči, kot se nauči vsakega drugega kompleksnega vedenja. Nasilnemu vedenju je lahko izpostavljen sam ali pa ga le opazuje in se prek tega uči agresivnih reakcij ter tudi sam privzema take odzive. S tem si posameznik ustvarja socialen svet, ki temelji na tem, da je agresivno vedenje dobro, učinkovito, sprejemljivo, da se od njega morda celo pričakuje. Oseba tudi oblikuje določena pričakovanja o agresivnem vedenju in nasilju drugih ter o tem razvije številna pozitivna prepričanja. Ta teorija je zaradi upoštevanja vplivov ožjega in tudi širšega družbenega okolja uporabna predvsem pri delu z nasiljem v družini, saj omogoča lažje razumevanje družinskih interakcij (npr. ko mladoletnik, ki izhaja iz nasilnega družinskega okolja, tudi sam razvije tako vedenje in je nasilen do drugih), hkrati pa dobro opredeljuje izvor instrumentalnega nasilja.

Teorija skriptov (9) predpostavlja, da se posameznik med odraščanjem nauči določenih agresivnih skriptov. Ti se nanašajo na vedenje, ki je v določeni situaciji pričakovano, in pravzaprav delujejo kot »navodilo«, kako naj se oseba vede v določenem socialnem kontekstu. Za vsako situacijo se oblikuje svoj skript, v katerem sta zapisana cilj in načrt, kako ta cilj doseči. Z določeno situacijo se »navodilo za vedenje« v posameznikovem spominu poveže tako močno, da značilnost same situacije avtomatično sproža posameznikovo običajno vedenje. V otroštvu smo zlasti ranljivi za oblikovanje agresivnih skriptov, saj takrat zaradi zorenja možganskih celic proces učenja poteka neprestano. Situacije, ki so ponavljajoče se, se tako v največji meri vtisnejo v otrokov spomin in se nato generalizirajo na preostale skripte, torej na vedenje v drugih socialnih situacijah, ki niso nujno povezane z agresivnimi vsebinami. Ponavljajoča se aktivacija rezultira tudi v tem, da je tak

skript v posameznikovem spominu okrepljen in se aktivira zelo hitro, pogosto pa se tudi generalizira na druge socialne kontekste. Kot primer lahko damo otroka, ki je neprestano priča očetovemu nasilju (kletvice, filmi z nasilno tematiko, žaljenje drugih družinskih članov). Otrok je v takih razvojnih pogojih neprestano izpostavljen nasilju in se nasilnega vedenja nauči (kot sledi iz teorije socialnega učenja), hkrati pa se v njegovem notranjem psihološkem svetu oblikujejo jasni vzorci, kdaj naj se nasilno odzove, to vedenje pa se posploši in je prisotno tudi v socialnih situacijah zunaj družinskega okolja.

Teorija socialnih interakcij (10) agresivno vedenje razlaga kot posameznikovo racionalno izbiro, pri čemer posameznik primerja prednosti in slabosti določenega vedenja, možnosti za dosego nagrade in pričakovane stroške (izgube). Tako ekonomsko odločanje se pri posamezniku dogaja tudi na neozaveščeni ravni, na podlagi predhodnih izkušenj. Teorija tudi opozarja, da je vsako nasilno ravnanje vsaj deloma posledica racionalne odločitve; tudi ob afektivni agresivnosti je v ozadju težnja po zmanjševanju verjetnosti za prihodnja pojavljanja provokacij.

Generalni model agresivnosti (11) združuje posamezne vidike agresivnega vedenja, ki jih opredeljujejo manj obsežne teorije, zaradi česar je parsimoničen (to pomeni, da z manj informacijami razloži čim več raznolikosti v agresivnem vedenju). Ponuja razlago za več oblik agresivnega vedenja, tudi za tiste oblike, pri katerih se prepletata instrumentalna in afektivna raven agresivnosti. Ponuja tudi možnost za lažje razumevanje »kronično agresivnih« posameznikov, katerih agresivno vedenje izvira iz več pomembnih dejavnikov. Navsezadnje zaradi širokega nabora možnih dejavnikov izvora nasilnega vedenja podaja več možnih intervencij pri delu z nasilnim posameznikom ali družino.

Generalni model temelji na posameznikovem celotnem sistemu znanja, ki se oblikuje na podlagi predhodnih izkušenj. Ta sistem znanja vpliva na zaznavo dogodkov v sedanjosti, vključuje naučene vedenjske vzorce in se močno povezuje s čustvi. Med dejavniki agresivnosti so v modelu zajeti *osebni* in *situacijski* dejavniki. **Osebni dejavniki** se nanašajo na vse tiste značilnosti, ki jih oseba prinaša v situacijo, torej predhodno znanje, naučeni vzorci vedenja ter genetske in fiziološke predispozicije. Te lastnosti v določeni meri tudi vodijo posameznika k določenim situacijam (še zlasti k tistim, v katerih doživlja ugodna čustvena stanja), od drugih pa ga odvračajo. Tako osebni dejavniki opredeljujejo posameznikovo pripravljenost za agresivno vedenje. Med najpomembnejšimi so spol, določene osebnostne lastnosti, prepričanja, stališča in narava zastavljenih ciljev (11).

Glede na *spol* so v številnih raziskavah potrdili razlike v nasilnem vedenju med moškimi in ženskami. Medtem ko so ženske največkrat nasilne posredno, verbalno, moški pogosteje uporabljajo neposredna, fizično nasilna vedenja. Nekatere osebnostne značilnosti zvišujejo možnost za agresivno vedenje. Med najpogostejšimi osebnostnimi lastnostmi nasilnežev se je izkazala *visoka stopnja samozavesti*, zlasti ko je ta *samopodoba nestabilna*. Posameznik se takrat na zaznano ogroženost odzove z agresivnostjo ali nasiljem, da bi si tako zagotovil vzdrževanje lastne pozitivne samopodobe (tako osebnostno lastnost lahko poimenujemo tudi *narcisizem*). Med prepričanji, ki večajo verjetnost za agresivno vedenje, so zagotovo pozitivna prepričanja o tem, da bo *agresivno*

dejanje pripeljalo do želenega cilja ter da je posameznik *sposoben samostojno in učinkovito izpeljati določeno nasilno dejanje*. Tovrstna prepričanja so običajno že v ožjem družinskem krogu in se jih nasilni posameznik tam tudi nauči. Presenetljivo so pri izboru agresivnih metod za njihovo uresničevanje pomembne tudi *lastnosti ciljev*, ki jih oseba želi doseči v življenju. Ugotovljeno je bilo, da so dolgoročni, abstraktni cilji pogosteje povezani z agresivnostjo. Med take cilje spadajo želja po (straho)spoštovanju s strani drugih, ugledu, po moči, bogastvu (12).

Med **situacijske dejavnike** uvrščamo različne *aspekte situacij*, predvsem prisotnost predhodnega agresivnega dražljaja ali provokacije. Situacijski dejavniki vplivajo na posameznikove misli, čustva in vedenje, seveda v povezavi z njegovimi osebnimi dejavniki. Tako se dva posameznika v isti situaciji ne odzoveta enako. Med situacijske dejavnike štejemo tri aspekte: *agresivne dražljaje* ter *zaznano provokacijo* in *zaznano frustracijo*. *Agresivni dražljaji* so vsi predmeti ali pojmi, ki v posameznikovem spominu sprožajo asociativne povezave z agresivnostjo (npr. pištola v filmu neposredno sproža agresivne misli). *Provokacija* se nanaša na objektivno agresivna dejanja v situaciji (npr. fizična ali verbalna agresivnost), zaradi katere je pri posamezniku ovirano doseganje cilja. Zaradi provokacije se oseba odzove z nasilnim vedenjem. Ta dejavnik je pogost na delovnem mestu v primeru nepravičnosti pri napredovanju ali nagrajevanju. *Frustracija* se nanaša na zaznano oviro na poti do doseganja cilja, pri čemer posameznik krivdo za oviranje pripiše določenemu objektu, praviloma drugi osebi, čeprav ta oseba ni neposredno odgovorna za nastalo neugodno situacijo. Občutek frustracije je del posameznikovega vsakdana in ga mnogokrat izkusimo vsi posamezniki. Raziskave kažejo, da frustracijo izkusimo tudi, ko se pojavijo popolnoma objektivne in nekontroljive prepreke. Od posameznikovih drugih sposobnosti pa je odvisno, ali bo agresivno vedenje vztrajalo in ali se bo dejansko usmerilo k zaznanemu odgovornemu objektu. Pri opisovanju situacijskih dejavnikov ne moremo spregledati vpliva *fizično neugodnih pogojev* (npr. neustrezne temperature, zelo hrupno okolje), ki izzovejo neprijetno počutje ali celo občutje bolečine. Agresivno vedenje je takrat neposreden odgovor na zaznan negativni afekt. Sama situacija lahko vključuje tudi *prisotnost drog in alkohola*. Za zlorabo psihoaktivnih snovi je bilo ugotovljeno, da posredno prispevajo k zvišanju agresivnega vedenja, kar pomeni, da je posameznik pod njihovim vplivom dovzetnejši za nasilno odreagiranje ob zaznani provokaciji ali frustraciji (12).

Opisani dejavniki (osebni in situacijski) prek **miselnih shem** (asociacijskih povezav) in čustvenih stanj vplivajo na posameznikovo notranje doživljanje, to pa vodi h končnemu vedenju. Končno vedenje ni takojšnji pokazatelj notranjega stanja, temveč je lahko bolj ali manj nadzorovano. *Takojšnja zaznava* provokacije/frustracije/agresivnega dražljaja v največji meri temelji na čustvenih stanjih in se pri večini posameznikov nadaljuje v *ponovno oceno* dogodka, ki poteka na zavestni ali nezavedni ravni, ter je odvisna od razpoložljivosti miselnih kapacitet osebe. To pojasni, zakaj se nekateri ljudje v določenih stresnih situacijah hitro odzovejo agresivno, drugi pa zmorejo mirno presoditi različne vidike situacije in izberejo najustreznejšo možnost (12). Z izrazom *impulzivnost* navadno opredeljujemo hiter, nepremišljen, takojšnji agresiven odziv, ki ni razumsko kontroliran in je izraz nezmožnosti presojanja ustreznosti različnih odzivov, medtem ko je razumevanje same situacije ohranjeno. Na tem mestu naj še dodam, da je v kriminalistiki

impulzivnost eden izmed pogostih pojmov, povezanih z agresivnostjo. S psihiatričnega vidika ga opredeljujemo še širše, kot tendenco k takojšnjemu dejanju. Izraža se v številnih duševnih in vedenjskih motnjah (npr. kleptomanija, piromanija, zloraba psihoaktivnih snovi, seksualne motnje, bulimija, samopoškodbeno ali samomorilno vedenje). Znotraj impulzivnega vedenja ločimo več oblik impulzivnega vedenja, še zlasti je pomembna ločitev impulzivnega ravnanja v določeni situaciji (npr. sicer neimpulzivna oseba v določeni situaciji ne zmore odložiti takojšnje zadovoljitve potreb) od širše impulzivnosti kot trajne osebnostne lastnosti (npr. oseba ne zmore ločiti dejanske razlike med hitrejšo nagrado ali poznejšim, boljšim rezultatom; 2).

Nekatera čustvena stanja, še zlasti **jeza in bes**, prav tako spadata med osrednje psihične procese pri opredeljevanju agresivnosti in nasilja. Jeza ima pomembno vlogo pri oblikovanju agresivnega ali nasilnega vedenja, saj ohromi višje kognitivne procese, na katerih temelji ponovna ocena dane situacije. Hkrati prisotnost občutij jeze zvišuje možnost za nadaljnje vzdrževanje agresivnega vedenja, predvsem zato, ker je jezen posameznik bolj pozoren na dogodke provokacije in zaradi višje ravni psihofizičnega vzburjenja bolj energično dosega zastavljene cilje (12).

Na podlagi opisanega celostnega modela agresivnega vedenja se postavljajo pod vprašaj dosedanji raznoliki načini intervencij, kot so denimo preusmerjanje agresivnosti v kondicijske treninge, individualna psihoterapija, skupinska terapija. Generalni model namreč predpostavlja pomembnost identificiranja vseh dejavnikov, ki pri delinkventni osebi pripomorejo k nastanku in vzdrževanju nasilnega vedenja. Na prepoznanih dejavnikih lahko nato gradimo tudi možne uspešne intervencije (12).

4 NASILJE IN AGRESIVNOST V RAZLIČNIH SOCIALNIH OKOLJIH

4.1 Nasilje v domačem okolju

Nasilje v družinskem okolju je v sociološki in psihološki literaturi zaradi izjemno visoke prevalence vezano predvsem na oblike *nasilnega vedenja med partnerjema*, čeprav ne smemo zanemariti nasilja, ki vključuje nasilna vedenja staršev do otrok in naraščajoče oblike nasilja mlajših generacij do starostnikov. Nasilna dejanja v domačem okolju lahko privzamejo katero koli obliko: fizična agresivnost (udarci, pretepanje, brcanje), psihološka zloraba (poniževanje), siljenje v spolnost ali oblike nadzorovanja in kontroliranja vedenja s strani enega partnerja na drugega (izoliranje, obrekovanje, oteževanje dostopnosti do informacij ali pomoči širše skupnosti). Ker je v svetu še vedno prevladujoč vzorec nasilja moških do partneric, se v nadaljevanju podrobneje posvečam tej obliki nasilja. Moški so namreč fizičnega nasilja skorajda vedno deležni s strani nepoznanih oseb v enkratnih, izoliranih dogodkih, za razliko od žensk, nad katerimi nasilje v največjem deležu izvaja intimni partner (13).

Nasilje moškega je običajno dolgotrajen in ponavljajoč se proces, ki vključuje več psiholoških fenomenov na žrtvini in tudi na agresorjevi strani, zato je še toliko bolj zapletena oblika škodljivega vedenja. V večini razmerij ni vezan samo na eno

vrsto nasilnega vedenja, temveč vključuje več različnih oblik, po navadi prehaja od začetnega psihološkega nasilja, denimo privzemanja celotnega nadzora nad družinskimi financami, nato pretiranega kontroliranja in omejevanja partnerjevega vedenja, pozneje se izraža v grožnjah in posameznih manjših fizičnih napadih, v končnih stopnjah pa vključuje različne oblike fizične agresivnosti. Seveda ni izključeno, da dolgoletno razmerje vključuje le eno obliko nasilja (npr. zmerno kontroliranje ženinega vedenja z občasnimi izbruhi fizičnega nasilja; 14).

Nasilje partnerja je za žrtev še zlasti boleč in nepričakovan dogodek, saj je intimno razmerje v tem primeru hkrati vir pozitivnih občutij (ljubezni, podpore in prijateljstva) in izrazito negativnih (občutki manjvrednosti zaradi partnerjevega nasilja). V tem oziru nasilno intimno razmerje žrtev osiromaši pri zaupanju v odnos. Pri žrtvi se pogosto pojavi ambivalentnost, ki se nanaša na nihanje med zaznanimi negativnimi občutki v razmerju (željo po prekinitvi razmerja) ter med pričakovanji, da se bo partner vendarle spremenil in bo nasilje ponehalo (7). V zvezi s tem je razumljivo, da trpinčena ženska v nasilnem odnosu vztraja in prilagodi vedenje do te mere, da čim bolj zmanjša pojavnost agresivnosti pri partnerju. Nemalokrat so v takem odnosu ključni tudi otroci, zaradi katerih se matere navadno prepustijo partnerjevim nasilnim reakcijam (13).

Trpinčene ženske se na pojav partnerjevega nasilnega vedenja odzovejo različno. Nekatere študije potrjujejo obstoj posebnih osebnostnih značilnosti pri trpinčenih ženskah, t. i. osebnost, ki je odporna na viktimizacijo (tj. sprejemanje vloge žrtve). Pri ženskah, dolgotrajno vključene v razmerje z nasilnežem, je bilo ugotovljeno, da moževa nasilna dejanja zaznavajo kot izraz nezmožnosti kontroliranja lastne jeze, torej kot pokazatelj moževe impulzivnosti. Tako nasilna dejanja zaznavajo vse ženske, ki so deležne nasilja v zakonu, tudi v primeru nasilnih moških, ki nasilje uporabljajo z instrumentalnega vidika (torej bi lahko kontrolirali svoje vedenje in ga načrtno uporabljajo za doseganje cilja). Hkrati trpinčene ženske moževa dejanja v večji meri sprejemajo in jih pojasnjujejo z naučenimi agresivnimi vzorci iz preteklosti (14). Hkrati je bilo ugotovljeno, da trpinčena ženska v zakonu moževa nasilna dejanja ne zaznava vedno kot agresivna ali nasilna, temveč njihov pomen in škodljivost v svojih zaznavah minimalizira. Tako izkrivljeno zaznavanje s strani žrtve je glavna ovira na poti do iskanja pomoči in izhoda iz nasilnega razmerja. Šele ko ženske zmorejo prepoznati nasilno vedenje in zaznati njegove škodljive posledice, postopoma prehajajo na pot iskanja pomoči in zaščite v širšem socialnem okolju (15). Raziskave ugotavljajo tudi, da nekatere ženske krivdo za pojav nasilja v razmerju pripišejo sebi in svojo moč vlagajo predvsem v to, da svoje vedenje prilagodijo možu na tak način, da povečajo pojavnost tistih vedenj, ki zagotovo ne prinašajo fizične ali psihološke kazni. Tako obliko prilagoditve lahko štejemo kot skrajno podredljivost nasilnemu partnerju. Razumljivo je, da je doživljanje žrtev v tem primeru preplavljeno z občutji depresivnosti, strahu, tesnobe in negotovosti, v takem psihičnem stanju pa nikakor ne zaznajo dejanskega problema (7).

Nekatere ženske sicer prepoznajo partnerjevo nasilje, vendar pa zaradi pomanjkljivih virov, materialnih ali socialnih, nasilnega razmerja ne zapustijo. Med najpomembnejšimi socialnimi dejavniki, ki prispevajo k ostajanju v nasilnem razmerju, so *nizka stopnja podpore* staršev, sorodnikov ali prijateljev, žrtvina *ekonomska in čustvena odvisnost* od partnerja, *pomanjkanje alternativnih finančnih*

virov, *navzočnost otrok* v zakonu in žrtvina *nižja starost*. Nekateri psihološki dejavniki so v predhodnem odstavku že nakazani in jih lahko strnemo v *prisotnost upanja, da se bo partner spremenil*, *zanikanje ali minimaliziranje partnerjeve agresivnosti* ter strah pred tem, da jih bo širša družba po razkritju nasilnega zakona *socialno izolirala*. Strah pred stigmatizacijo je tudi v razvitih državah še vedno prisoten; kar 20 do 70 odstotkov žrtev nikoli ne pove o nasilju v zakonu, razen če o tem niso izrecno povprašane. Odhod žrtve iz razmerja je zato večinoma povezan s podporo, ki jo nudijo družinski člani (redkeje policija in druge ustanove), ob hkratnem zavedanju, da se partnerjevo nasilje ne bo končalo. Pogosto so otroci v zakonu na tej stopnji zakona že starejši ali celo odrasli (13).

Opredelimo lahko tudi nekaj dejavnikov, ki prispevajo k pojavu in vzdrževanju partnerjevega nasilnega vedenja. Med glavnimi so *prisotnost nasilja v otroštvu in mladostništvu* (čeprav se je treba zavedati, da niso vsi otroci iz nasilnega zakona tudi sami pozneje nasilni do svojih žena), prisotnost *določenih osebnostnih potez ali osebnostnih motenj* in sama *kakovost razmerja* (npr. slabša povezanost in pogosta prerekanja so izvor nasilnosti med partnerjema). Na širši družbeni ravni so ključni dejavniki vzdrževanja nasilja *visoka družbena tolerantnost* nasilnega vedenja do žensk in *nizke sankcije* ter *revščina*, ki sproža raznovrstne frustracije (13). V študijah (16) glede na splet različnih dejavnikov prepoznavajo več vrst nasilnih moških: tiste, ki so *nasilni le v družinskem krogu* in nimajo psihopatoloških osebnostnih značilnosti; tiste, ki so *impulzivni in čustveno manj stabilni* ter nepremišljeno posežejo po nasilnih oblikah vedenja, zaradi česar se lahko njihovo nasilje izrazi tudi v drugih okoljih, ne le v ožjem družinskem; ter tiste, ki jih lahko opišemo kot posameznike z *antisocialno osebnostno motnjo*, saj je nasilno vedenje pri njih pogosto, vztraja od zgodnje odraslosti in se generalizira na širša okolja.

Ker je nasilje v zakonu kompleksen pojav z vidika žrtve in tudi agresorja, so intervencije smiselne na več ravneh, tako na ravni ozaveščanja žensk v procesu šolanja in na ravni zdravstvene nege žrtev ter tudi na ravni celotne družbe in javnih institucij (večje sankcije, razvoj ustreznih vrednot; 13).

4.2 Otroci kot žrtve nasilja

Veliko raziskav je bilo narejenih na področju razumevanja nasilja do otrok v domačem okolju. Pomembno je opozoriti, da so otroci žrtve nasilja tudi, ko **opazujejo nasilno vedenje med partnerjema**, ne samo, ko so **neposredno deležni nasilja** – v obeh primerih so psihološke posledice primerljive, saj negativno vplivajo na socializacijo. V mnogih primerih se obe vrsti izpostavljenosti nasilju tudi prepletata, kar pri otroku povzroči najslabši možen izid. Preostali dejavniki tveganja v nasilnih družinah, kot so *prisotnost zlorabe alkohola*, *nizka izobrazbena raven* in *nizek ekonomski dohodek staršev*, *slabši* življenjski *pogoji* in *višja stopnja generalnega stresa*, še naprej nižajo ustreznost pogojev za otrokov razvoj ter postavljajo podlago za razvoj njegovih poznejših duševnih in vedenjskih motenj. Otroci iz nasilnih družin so neuspešni na vedenjskem, socialnem in akademskem področju ter imajo nižje prilagoditvene sposobnosti kot njihovi vrstniki. Razvijejo pozitivna prepričanja o koristnosti agresivnega vedenja, agresivno vedenje uporabljajo tudi sami, pogosto pa so tudi močno prepričani, da so sami krivi za nasilje med staršema (17).

Nasilje v družini nima nujno tako drastičnih in dolgoročnih posledic pri vseh otrocih. Posledice so odvisne od *otrokove starosti* in že razvitih *strategij spoprijemanja s stresom* ob zaznanem nasilju v družini (zato je tudi nižja otrokova starost navadno bolj povezana s slabšimi izidi). Vsak otrok se glede na svoje čustvene, socialne in miselne kapacitete različno odziva na nasilje v družini, ob tem pa se ne sme zanemariti *stopnja nasilnih dogodkov*; splošno gledano, so otroci najpogosteje navzoči ob blagem ali zmernem nasilju, medtem ko so jim hudi nasilni dogodki med partnerjema največkrat prihranjeni. Seveda je hkrati pomembna tudi *otrokova čustvena občutljivost*, saj vsi otroci enakega nasilnega dogodka ne doživljajo enako (17).

4.3 Druge oblike nasilja

Nasilje med starostniki je opredeljeno kot vedenje, ki starostniku odvzema temeljne človeške pravice, povzroča psihološko neugodje ali bolečino ter tako zmanjšuje kakovost njegovega življenja. Vključuje fizično ali verbalno nasilje, pa tudi neglekt, to pomeni odsotnost ustrezne skrbi, pomoči in nege za ostarelega posameznika. Starostniki so zaradi omejenih telesnih sposobnosti in morebitnega pojava upada miselnih sposobnosti (bolezni demence) izredno ranljiva skupina, zato je na tem področju smiselna uvedba ustreznih intervenc, še zlasti pa ukrepi v smeri ozaveščanja populacije in prepoznavanja pokazateljev tovrstnega nasilja (13).

Seksualno nasilje se nanaša na vsakršno spolno dejanje, s katerim se oseba ne strinja, je torej vanj prisiljena ali svojega soglasja ne more dati (npr. zaradi zaostanka v duševnem razvoju ali v stanju opitosti in spanja). Vključuje posilstvo (s strani družinskega člana ali tujca), zahtevanje spolnih uslug in spremljajoče grožnje, spolne zlorabe otrok ter duševno in telesno oviranih oseb, prisiljeno poroko, omejevanje uporabe kontracepcije, prisiljen splav in trgovino z belim blagom. Med žrtvami so zlasti mlajše osebe; osebe, ki so pod vplivom alkohola ali drog; osebe, ki so bile spolnega nasilja v preteklosti že deležne; in osebe, ki imajo več spolnih partnerjev. Izrazito neugoden dejavnik je revščina, zaradi katere ženske sprejemajo več različnih del in tudi dela, povezana s spolnostjo (13).

Poleg navedenih oblik nasilja ne moremo spregledati **nasilja na delovnem mestu** in **nasilja med mladostniki**. Nasilje med mladostniki se največkrat povezuje z dejavniki nasilja v družini, pri čemer so k nasilnim oblikam vedenja bolj nagnjeni mladostniki, ki so nasilja deležni v družini ali imajo določene osebnostne lastnosti (npr. psihiatrične bolezni) in se znajdejo v določenih socialnih situacijah, ki nasilno vedenje spodbujajo (npr. zloraba psihoaktivnih snovi; 13). Nasilje na delovnem mestu je v svetu naraščajoč in kompleksen problem. Vključuje nasilje delodajalca, med sodelavci in nasilje strank, ki storitve koristijo. Od smeri nasilne interakcije so deloma odvisne tudi posledice, ki jih ta pusti na duševnem in telesnem zdravju zaposlenega – nasilje med sodelavci je vir izrazitega stresa na čustveni ravni, znižuje celotno psihično blagostanje zaposlenega in se izraža s psihosomatskimi težavami. Nasilje strank do zaposlenih (npr. v šolstvu ali zdravstvenih ustanovah) pa krepi predvsem strah pred nadaljnjim nasiljem (18).

5 SKLEP

Ne glede na vrsto nasilja ali značilnosti okolja, v katerem se nasilje pojavlja, od družbe zahteva veliko žrtev. Čeprav je nasilje del človekove zgodovine, to še ne pomeni, da ga je treba sprejemati in dopuščati.

Raznolikost nasilja je pokazatelj številnih dejavnikov, ki pripomorejo k njegovemu nastanku in vztrajanju. Nekateri dejavniki so v nekaterih družbenih okoljih tako močno zakoreninjeni v vsakdanje vzorce, da jih težko povežemo z nasiljem in njegovimi predhodniki. Natančnejše poznavanje izvora agresivnega in nasilnega vedenja je bistveno pri oblikovanju intervencij, ki so najuspešnejše pri individualno prilagojenem načrtu pomoči žrtvam in nasilnim posameznikom.

LITERATURA:

- Bushman, B. J.; Anderson, C. A. Is it time to pull the plug on hostile versus instrumental aggression dichotomy? *Psychological review*, 2001, 108.1: 273.
- Ramirez, J. M.; Andreu, J. M. Aggression, and some related psychological constructs (anger, hostility, and impulsivity) Some comments from a research project. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 2006, 30.3: 276–291.
- Barratt, E. S., et al. Impulsive and premeditated aggression: a factor analysis of self-reported acts. *Psychiatry research*, 1999, 86.2: 163–173.
- Berkowitz, L. *Aggression: Its causes, consequences, and control*. Mcgraw-Hill Book Company, 1993.
- Carlson, B. E.; Worden, A. P. Attitudes and beliefs about domestic violence: Results of a public opinion survey I. Definitions of domestic violence, criminal domestic violence, and prevalence. *Journal of interpersonal violence*, 2005, 20.10: 1197–1218.
- Coker, A. L., et al. Physical and mental health effects of intimate partner violence for men and women. *American journal of preventive medicine*, 2002, 23.4: 260–268.
- Arriaga, X. B.; Capezza, N. M. *The paradox of partner aggression: Being committed to an aggressive partner*. 2011.
- Bandura, A. Social cognitive theory: An agentic perspective. *Annual review of psychology*, 2001, 52.1: 1–26.
- Huesmann, L. R. *The role of social information processing and cognitive schema in the acquisition and maintenance of habitual aggressive behavior*. 1998.
- Tedeschi, J. T.; Felson, R. B. *Violence, aggression, and coercive actions*. American Psychological Association, 1994.
- Bushman, B. J.; Anderson, C. A. Is it time to pull the plug on hostile versus instrumental aggression dichotomy? *Psychological review*, 2001, 108.1: 273.

- Anderson, C. A.; Bushman, B. J. Human aggression. *Psychology*, 2002, 53.1: 27.
- Krug, E. G., et al. The world report on violence and health. *The lancet*, 2002, 360.9339: 1083–1088.
- Walker, L. EA. *The battered woman syndrome*. Springer Publishing Company, 2009.
- Dunham, K.; Senn, C. Y. Minimizing Negative Experiences Women's Disclosure of Partner Abuse. *Journal of Interpersonal Violence*, 2000, 15.3: 251–261.
- Holtzworth-Munroe, A.; STUART, G. L. Typologies of male batterers: three subtypes and the differences among them. *Psychological bulletin*, 1994, 116.3: 476.
- Kitzmann, K. M., et al. Child witnesses to domestic violence: a meta-analytic review. *Journal of consulting and clinical psychology*, 2003, 71.2: 339.
- Leblanc, M. M.; Kelloway, E. K. Predictors and outcomes of workplace violence and aggression. *Journal of Applied Psychology*, 2002, 87.3: 444.

KRITIČEN POGLED NA PROBLEMATIKO TRGOVINE Z LJUDMI V SLOVENIJI OB UPOŠTEVANJU MEDNARODNIH PRIPOROČIL IN EVROPSKEGA PRAVNEGA REDA

Mag. Sandi Čurin
nacionalni koordinator za boj proti trgovini z ljudmi

1 UVOD

Prispevek je namenjen kratkemu splošnemu pregledu problematike trgovine z ljudmi z vidika njenih zdajšnjih značilnosti in prepoznavnosti tega pojava v Sloveniji. Osrednji del izpostavlja nekaj temeljnih mednarodnih in evropskih dokumentov o obravnavani problematiki, ki so zavezujoči tudi za Slovenijo. S tem namenom je na podlagi mednarodnih priporočil in določb evropske zakonodaje nekoliko podrobneje opredeljeno samo kaznivo dejanje trgovine z ljudmi in dodana njegova razčlenitev. Izpostavljena pa so tudi področja zasega in odvzema protipravno pridobljene premoženjske koristi iz tega kaznivega dejanja ter nekaznovanje žrtev in zaščita njihovih pravic vključno z možnostjo odškodninskih zahtevkov. Primerjalno je opisana ustreznost prenosa v nacionalno zakonodajo in izkušnje, ki smo jih pri tem pridobili v Sloveniji. Prispevek po večini temelji na osebnem zaznavanju obravnavane problematike skozi dolgoletno delo na tem področju.

2 PREGLED PODROČJA

Trgovina z ljudmi je hudo kaznivo dejanje, ki ga pogosto storijo organizirane kriminalne združbe. Vse pogosteje pa se trgovina z ljudmi obravnava tudi z vidika kršenja temeljnih človekovih pravic in dostojanstva žrtev trgovanja. Začetki tovrstnega razumevanja so zapisani v dokumentih Sveta Evrope, ki je pojav želel prikazati ne zgolj kot eno izmed oblik organiziranega kriminala, temveč kot fenomen, ki vstopa v vse pore sodobne družbe, postaja strukturni element nekaterih gospodarskih panog, predvsem pa posega v temeljne pravice in svoboščine posameznika, ki postane žrtev takega trgovanja. Če je torej še pred dobrim desetletjem trgovina z ljudmi veljala zgolj za eno izmed oblik kriminalitete, je danes prepoznana kot večplastni fenomen, ki se glede na različne družbeno-socialne in gospodarske dejavnike spreminja in dosega nam še neznane razsežnosti. Vse v odvisnosti od ponudbe in povpraševanja ter s tem povezanih domišljije in odklonskih nagnjenj posameznikov oziroma družbe. In prav zaradi tega, ker so predmet trgovanja in posledično izkoriščanja ljudje – človeška bitja, je njihova zaščita temeljnega pomena.

Trendi v Evropi in svetu kažejo na vse večjo potrebo po učinkovitejših ukrepih tako na sistemski kot izvedbeni ravni.[1] Kljub na neki način marginalnosti problematike

1 Europol, Situation Report Trafficking in Human Beings in the EU, Haag, 2016.

trgovine z ljudmi (predvsem v naši družbi) je ta žal v porastu. Razlogi za to so v izkoriščevalskih nagnjenjih na račun kršenja pravic drugemu, izgubljenih vrednotah potrošniške družbe, vse večjega povpraševanja po ceneni delovni sili in globalni revščini večjega dela prebivalstva.

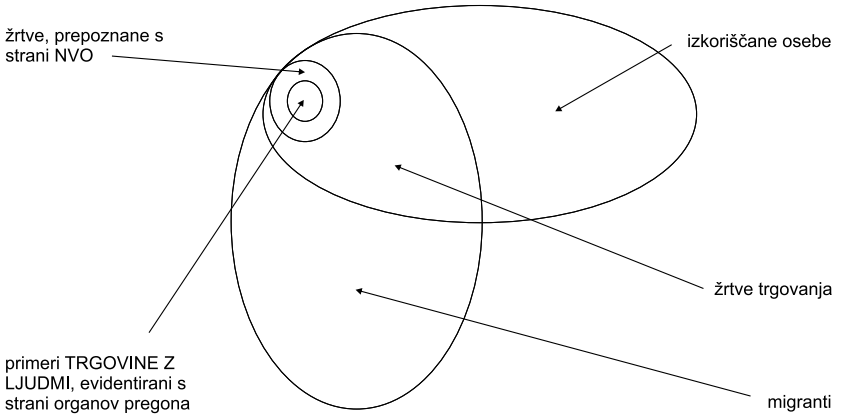
V Sloveniji so še nedavno obstajala ugibanja o tem, ali je pri nas sploh prisoten fenomen trgovine z ljudmi in ali temu velja posvečati pozornost ter v kolikšni meri. Pojavna oblika trgovine z ljudmi je bila večkrat spuščena na raven kaznivega dejanja zlorabe prostitucije, najsibo zaradi lažje dokazljivosti tega dejanja ali zgolj zaradi medsebojne prepletenosti. To je bil tudi razlog širšega nerazumevanja in posploševanja te problematike.

Poleg tega se trgovina z ljudmi prepleta tudi z drugimi področji družbenega življenja, kot so na primer aktualna migracijska problematika, izkoriščanje dela – predvsem tuje delovne sile, porast kaznivih dejanj kot eden izmed namenov trgovanja z ljudmi, splošna varnostna problematika, problematika otrok – predvsem otrok brez spremstva, pa najsibo prosilcev za mednarodno zaščito ali zgolj zlorabljenih mladoletnikov, prisiljenih v beračenje, ali deklet v službabniških razmerjih pod krinko prisilnih zakonskih zvez. Vse to problematiko trgovine z ljudmi spreminja v večplastno, h kateri je treba pristopiti celovito in usklajeno.

Shema prikazuje prepoznan delež žrtev trgovine z ljudmi znotraj posameznih populacij izkoriščanih oseb in migrantov, v okviru tega delež, ki ga uradno zaznajo organizacije civilne družbe kot ključni akterji oskrbe žrtev, ter delež zaznave in obravnave s strani organov odkrivanja in pregona.

Raziskave seveda opozarjajo na različne parametre zbiranja podatkov in s tem povezane napačne interpretacije. Slabši kot nikakršni podatki so napačni ali zavajajoči podatki. Zato predstavljene sheme ne velja razumeti za vsako regijo ali državo enako, temveč zgolj kot okvir razumevanja razmerij in sivega polja pri identifikaciji žrtev trgovine z ljudmi.[2]

Shema 1: Delež trgovine z ljudmi znotraj posameznih skupin



2 *Guri Tyldum in Anette Brunovskis, Describing the Unobserved: Methodological Challanges in Empirical Studies on Human Trafficking, IOM 2005.*

V minulih petnajstih letih so bili v Sloveniji storjeni določeni premiki na vseh področjih preprečevanja in boja proti trgovini z ljudmi. Zagotovljeni so dokaj učinkoviti zaščita in pomoč žrtvam, ozaveščanje javnosti in posameznih ciljnih skupin ter solidno izobraževanje in usposabljanje stroke. Tako vzpostavljen sistem je do neke mere vzdržen, ni pa zadovoljiv. Kljub temu, da statistični obseg tega pojava pri nas ni alarmanten, to ni in ne sme biti razlog upočasnitve ali celo zaviranja dosedanjih dosežkov.[3]

V vsakoletnih poročilih Vladi Republike Slovenije, ki jih pripravi Medresorska delovna skupina za boj proti trgovini z ljudmi in v njenem imenu nacionalni koordinator, so izpostavljeni tako dosežki kot tudi pomanjkljivosti in k tem pripisani predlogi izboljšav. Na ta način koordinator poskuša delovati kot poročevalec in do neke mere tisti, ki opozarja na potrebno sistemsko in izvedbeno nadgradnjo, zato je do opravljenega dela konstruktivno kritičen.

3 MEDNARODNI DOKUMENTI S POUDARKOM NA KONVENCIJI SVETA EVROPE O UKREPANJU PROTI TRGOVINI Z LJUDMI IN DIREKTIVI 2011/36/EU EVROPSKEGA PARLAMENTA IN SVETA O PREPREČEVANJU TRGOVINE Z LJUDMI IN BOJU PROTI NJEJ TER ZAŠČITI NJENIH ŽRTEV

Kot že omenjeno, preprečevanje in boj proti trgovini z ljudmi opredeljujejo številni mednarodni dokumenti, ki so se skozi čas dopolnjevali, vendar v svojem bistvu ohranjajo sporočilno vrednost prepovedi zasužnjevanja predvsem ranljivih kategorij oseb, tj. žensk in otrok.

Nekoliko podrobneje se bom posvetil dokumentom po letu 2000, ki tudi sicer krojijo našo novejšo pravno podlago kaznivega dejanja trgovine z ljudmi.

Že ob koncu tisočletja se je trgovina z ljudmi začela opredeljevati predvsem v kontekstu organiziranega kriminala. Pečat k temu je prispevala decembra 2000 sprejeta Konvencija o mednarodnem organiziranemu kriminalu s pripadajočim **Protokolom o preprečevanju, zatiranju in kaznovanju trgovine z ljudmi, predvsem ženskami in otroki (**skrajšano, glede na kraj podpisa, Paleremski protokol). Veljati je začel 25. decembra 2003, Slovenija pa ga je ratificirala 21. 4. 2004 (Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 15/04).[4]

V sami preambuli protokola je zapisano, da države pristopnice k protokolu *»izjavljajo, da učinkovito ukrepanje in zatiranje mednarodne trgovine z ljudmi, zlasti ženskami in otroki, zahteva celovit mednarodni pristop v izvornih, tranzitnih in namembnih državah, ki vključuje ukrepe za preprečevanje take trgovine,*

3 <http://www.vlada.si/teme_in_projekti/boj_proti_trgovini_z_ljudmi/medresorska_delovna_skupina_za_boj_proti_trgovini_z_ljudmi/letna_porocila_mds/>

4 Zakon o ratifikaciji Protokola za preprečevanje, zatiranje in kaznovanje trgovine z ljudmi, zlasti ženskami in otroki, ki dopolnjuje Konvencijo Združenih narodov proti mednarodnemu organiziranemu kriminalu (MPTLMOK), Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 15/04, stran 4001 (Uradni list RS, št. 48/04).

kaznovanje prekupčevalcev in zaščito žrtev take trgovine, vključno z varstvom njihovih mednarodno priznanih človekovih pravic«.

Konvencija Sveta Evrope o ukrepanju proti trgovini z ljudmi iz leta 2005 je bila v Sloveniji sprejeta na podlagi zakona o ratifikaciji te konvencije 15. julija 2009 (MKUTL).[5] Konvencija izhaja iz dejstva, da je trgovina z ljudmi kršenje temeljnih človekovih pravic ter napad na dostojanstvo in integriteto osebe, ki postane žrtev tega pojava. S tega vidika dopolnjuje Paleremski protokol. V obrazložitvenem poročilu h konvenciji je poudarjeno, da je v Evropi danes trgovina z ljudmi velika težava, ki ogroža človekove pravice in temeljne vrednote demokratičnih družb. Obrazložitveno poročilo še navaja: *»Trgovina z ljudmi je z zapeljevanjem svojih žrtev sodobna oblika stare, po vsem svetu razširjene trgovine s sužnji. Človeka obravnava kot blago, ki se kupi in proda, ga prisili k prisilnemu delu, običajno v spolni industriji, vendar tudi na primer v kmetijskem sektorju, prijavljenih ali neprijavljenih izkoriščevalskih delavnicah »potilnicah«, za majhno nagrado ali celo zastonj. Večina identificiranih žrtev je ženskega spola, včasih so tudi moški,. Poleg tega je veliko žrtev tudi mladih, včasih so tudi otroci. Vsi si obupano želijo vsaj skromno preživeti, vendar njihova življenja uničita izkoriščanje in grabežljivost.«*[6]

K podkrepitvi dejstva, da je trgovina z ljudmi prepoznana kot kršitev temeljnih človekovih pravic, prispeva tudi znana sodba Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) v zadevi Rantsev proti Cipru in Rusiji.[7] ESČP je v sodbi določilo standarde učinkovite policijske oziroma sodno-tožilske preiskave v primeru smrti domnevne žrtve trgovine z ljudmi. Prav tako je odločilo potrebne standarde skrbnosti drugih organov (upravnih, ministrstva, tožilstva), ko gre za sodelovanje oziroma odkrivanje okoliščin smrti, in potrebne zaščite te žrtve. Pri tem je sodišče ugotovilo:

- da je Ciper odgovoren za kršitev pravice do življenja iz 2. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah,
- da sta Ciper in Ruska federacija odgovorna za kršitev prepovedi suženjstva in prisilnega dela iz 4. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah ter
- da je Ciper odgovoren za kršitev pravice do svobode in varnosti iz 5. člena taiste konvencije.

Sodba je pomembna zaradi podrobnejše razčlenitve:

- kaj je področje kaznivih dejanj trgovine z ljudmi v kontekstu Evropske konvencije o človekovih pravicah,
- kdo je žrtev trgovine z ljudmi ter
- kaj vse je bilo pri vrsti organov z različnimi pristojnostmi in v različnih državah neučinkovito izvajano.
-

Sodišče je med drugim odločilo tudi to, da trgovina z ljudmi sama po sebi spada na področje uporabe 4. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah, in poudarilo,

5 MKUTL, Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 14/09.
6 <http://www.kok-gegen-menschenhandel.de/fileadmin/user_upload/PDF_Conv_197_Trafficking_E.pdf>
7 <http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/trgovina/RANTSEV_proti_Cipru_in_Rusiji_3.10.2010.pdf>

da je trgovina z ljudmi prepovedana, ne da bi jo bilo treba pred tem opredeliti kot suženjstvo, služabništvo ali prisilno delo.

Nadalje je sodišče ugotovilo, da je trgovina z ljudmi zelo podobna suženjstvu, saj imajo trgovci moč, ki je enaka lastništvu, in da trgovina z ljudmi ogroža človekovo dostojanstvo in temeljne svoboščine žrtev ter je ni mogoče razumeti kot nekaj, kar je skladno z načeli demokratične družbe in vrednotami, ki so izražene v Konvenciji.

Zadnji in novejši dokument, ki uokvirja to problematiko tudi znotraj držav članic EU, je **Direktiva 2011/36/EU** (UL L št. 101 z dne 15. 4. 2011; v nadaljevanju: direktiva).[8] Direktiva je bila sprejeta 5. aprila 2011 na podlagi predloga Evropske komisije iz marca 2010 in hkrati nadomešča Okvirni sklep Sveta iz julija 2002 (2002/629/PNZ). Osnutek in strokovno podlago direktive je pred tem pripravila skupina strokovnjakov pri Komisiji v mandatu 2008–2011, katere član sem bil tudi sam. Gre za soodločujoči dokument Evropskega parlamenta in Sveta EU, ki ga je bilo treba skladno z 22. členom direktive prenesti v nacionalne zakonodaje držav članic EU do 6. aprila 2013. V letu 2015 se je začel proces ocene ustreznosti prenosa, ki bo opozoril na nekatere pomanjkljivosti in potrebne reforme.

Direktiva je del celostnega ukrepanja proti trgovini z ljudmi in obsega ukrepe, ki vključujejo tudi tretje države oziroma izvajanje ukrepov v tretjih državah, od koder v globalnem smislu žrtve tudi najpogosteje izvirajo. Ti ukrepi so lahko raznovrstni, tako na področju preventive in večjega ozaveščanja v državah izvora kot tudi pri učinkovitejšem ukrepanju na področju pregona ob upoštevanju čezmejnega sodelovanja. Direktiva namreč vzpodbuja oblike čezmejnega sodelovanja med organi pregona, vključno z izmenjavo informacij in dobrih praks, boljše sodelovanje med institucijami, predvsem Europolom in Eurojustom, ter vzpostavljanje skupnih preiskovalnih skupin, t. i. JIT-ov (*Joint Investigation Team*).

Med ukrepi direktive velja poudariti tudi posebnost zaradi raznolikosti namenov trgovine z ljudmi in posebnosti, vezanih na spol. Namreč z ženskami in moškimi se praviloma trguje za različne namene in so glede na to raznoliki tudi spodbujevalni in zaviralni dejavniki (*push & pull factors*). Na primer v panogah delovnega izkoriščanja ali spolnega izkoriščanja se proces rekrutacije načeloma razlikuje. Zato je treba tem dejavnikom prilagoditi tudi ustrezne ukrepe pomoči. Pomoč žrtvam prisilnega dela oziroma delovnega izkoriščanja naj se razlikuje od pomoči žrtvam spolnega izkoriščanja.

Zelo pomembno je tudi sporočilo direktive pri spodbujanju organizacij civilne družbe v kampanjah ozaveščanja in informiranja, političnih pobudah, raziskavah, izobraževanjih in usposabljanjih ter spremljanju in ocenjevanju učinkov ukrepov zoper trgovino z ljudmi.

Namen direktive je torej nadgraditi ukrepe za uspešnejšo borbo proti tej trgovini in pri tem zajeti področja, kot so:

- kaznivost in sankcije,
- preiskovanje in pregon,

8 Direktiva 2011/36/EU, UL L št. 101 z dne 15. 4. 2011.

- pomoč in podpora žrtvam, vključno z njihovo zaščito in pravicami,
- preprečevanje ter
- sistemska urejenost oziroma koordinacija in poročanje.

4 PREGLED POMEMBNEJŠIH VSEBINSKIH SKLOPOV O BOJU PROTI TRGOVINI Z LJUDMI IN ZAŠČITI NJENIH ŽRTEV

V nadaljevanju se bom v glavnem osredotočil na tiste zgoraj naštete vsebine, ki so pomembne za pravosodje. Omejil se bom zgolj na iztočnice iz Priporočil nadzorstvenega mehanizma skupine strokovnjakov po Konvenciji Sveta Evrope o ukrepanju proti trgovini z ljudmi – GRETA[9] in Direktive 2011/36/EU ter s krajšimi komentarji predstavil pozitivne primere in pomanjkljivosti tega področja v Sloveniji.

4.1 Opredelitev pojma trgovine z ljudmi in kaznivosti

Za celovitejše razumevanje same definicije trgovine z ljudmi sta v nadaljevanju citirana 4. člen Konvencije Sveta Evrope o ukrepanju proti trgovini z ljudmi in 2. člen Direktive 2011/36/EU.

V tej konvenciji (MKUTL):

a) »trgovina z ljudmi« pomeni novačenje, prevoz, premestitev, dajanje zatočišča ali sprejemanje oseb zaradi izkoriščanja z grožnjo, uporabo sile ali drugimi oblikami prisile, ugrabitvijo, goljufijo, prevaro, zlorabo pooblastil ali ranljivosti oziroma dajanjem ali prejemanjem plačil ali koristi, da se doseže soglasje osebe, ki ima nadzor nad drugo osebo. Izkoriščanje vključuje vsaj izkoriščanje prostitucije ali drugih oblik spolne zlorabe oseb, njihovo prisilno delo ali storitve, suženjstvo ali podobna stanja, služabništvo ali odstranitev organov;
b) soglasje žrtve trgovine z ljudmi o nameravanem izkoriščanju iz prejšnje točke se ne upošteva, če so bila uporabljena sredstva iz prejšnje točke; novačenje, prevoz, premestitev, dajanje zatočišča ali sprejemanje otrok zaradi izkoriščanja se šteje za trgovino z ljudmi, tudi če ne vključuje sredstev iz točke a tega odstavka;
c) »otrok« pomeni vsako osebo, ki še ni stara 18 let;
d) »žrtev« pomeni vsako osebo, ki je vpletena v trgovino z ljudmi, kot določa ta odstavek;
e) »otrok« pomeni vsako osebo, ki še ni stara 18 let;
f) »žrtev« pomeni vsako fizično osebo, ki je pod prisilo vključena v trgovino z ljudmi, kot določa ta odstavek.

Kazniva dejanja v zvezi s trgovino z ljudmi (Direktiva 2011/36/EU):

1. Države članice sprejmejo ustrezne ukrepe, s katerimi zagotovijo, da so naslednja naklepna dejanja kazniva:
   novačenje, prevoz, premestitev, dajanje zatočišča ali sprejemanje oseb, vključno z izmenjavo ali prenosom nadzora nad temi osebami, z uporabo

9 <http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/trgovina/THB_GRETA-_PRIPOROCILA.pdf>

grožnje, sile ali drugih oblik prisile, ugrabitvijo, goljufijo, prevaro, zlorabo pooblastil ali ranljivosti oziroma dajanjem ali prejemanjem plačil ali koristi, da se doseže soglasje osebe, ki ima nadzor nad drugo osebo, zaradi izkoriščanja.

2. Ranljivost pomeni položaj, v katerem zadevna oseba nima druge resnične ali sprejemljive možnosti, kot da pristane na zlorabo.
3. Izkoriščanje vključuje najmanj izkoriščanje prostitucije ali drugih oblik spolne zlorabe oseb, prisilno delo ali storitve, vključno s prosjačenjem, suženjstvom ali podobnimi praksami, služabništvom, izkoriščanje kriminalnih dejavnosti ali odstranitev organov.
4. Soglasje žrtve trgovine z ljudmi o nameravanem ali dejanskem izkoriščanju se ne upošteva, če so bila uporabljena sredstva iz 1. odstavka.
5. *Kadar ravnanje iz 1. odstavka vključuje otroka, se obravnava kot kaznivo dejanje trgovine z ljudmi, čeprav ni bilo uporabljeno nobeno od sredstev iz 1. odstavka.*
6. *Za namene te direktive je »otrok« vsaka oseba, ki ima manj kot 18 let.*

Tako prvi odstavek direktive navaja ravnanja, opredeljena kot naklepna dejanja (novačenje, prevoz, premestitev, dajanje zatočišča, sprejemanje oseb, izmenjava nadzora nad temi osebami) z uporabo sredstev (sile, grožnje, drugih oblik prisile, ugrabitve, prevare, goljufije zlorabo pooblastil ali ranljivosti, podkupovanjem, da se doseže soglasje – privolitev osebe ….), vse to zaradi izkoriščanja. V primerih, ko so žrtve otroci, se obravnava kot kaznivo dejanje, četudi ni bilo uporabljeno nobeno od navedenih sredstev v tem odstavku; torej se morebitna privolitev nikoli ne bi smela šteti za veljavno, kot je navedeno v četrtem in petem odstavku.

Ranljivost, ki je opredeljena v drugem odstavku, pa pomeni, da »žrtev« nima druge resnične ali sprejemljive možnosti, kot da pristane na zlorabo.

V primerjavi s prejšnjimi pravnimi dokumenti je obseg namena, se pravi izkoriščanja, opredeljenega v tretjem odstavku, nekoliko razširjen, saj poleg že opredeljenih namenov iz prejšnjih mednarodnih dokumentov dodatno navaja beračenje in izkoriščanje kriminalnih dejavnosti. V okviru te direktive je prisilno beračenje razumljeno kot oblika prisilnega dela, kar je pojasnjeno v preambuli pod točko 11. Izraz »izkoriščanje kriminalnih dejavnosti« pa kot izkoriščanje osebe, da stori dejanja, ki so kazniva in prinašajo finančni dobiček (žeparstvo, tatvine, razpečevanje prepovedanih drog ipd.; oblike in dejanja se spreminjajo glede na trend in aktualnost). Opredelitev zajema tudi trgovino z ljudmi za namen odstranitve organov.

Kazenski zakonik RS trgovino z ljudmi kot kaznivo dejanje opredeljuje v 113. členu: ko se z namenom izkoriščanja druga oseba novači, proda ali kupi, prevzame, nastani, prepelje oziroma drugače z njo razpolaga ne glede na njeno morebitno privolitev oziroma se nad njo izvaja nadzor.

Pri tem se kot izkoriščanje razumejo izrabljanje prostitucije ali drugih oblik spolnih zlorab, prisilno delo, suženjstvo, služabništvo, izvajanje kaznivih dejanj, trgovina z organi, človeškimi tkivi ali krvjo. Opredeljena je tudi kvalificirana oblika tega kaznivega dejanja, če je storjeno proti mladoletni osebi oziroma če je bila pri tem uporabljena sila, grožnja, preslepitev, ugrabitev ali zloraba podrejenega oziroma odvisnega položaja ali se je izvajalo dajanje ali prejemanje plačil oziroma koristi, da

se doseže soglasje osebe, ki ima nadzor nad drugo osebo, ali dejanje z namenom prisiljevanja k nosečnosti ali umetni oploditvi.[10]

Torej, če izhajam iz obeh zgoraj navedenih členov in tudi iz 113. člena KZ-1, je izhodišče za obravnavo trgovine z ljudmi v **namenu izkoriščanja** druge osebe s kršenjem temeljnih človekovih pravic in njenega dostojanstva. Ravnanja, ki so navedena, so ob uporabi sredstev neposredno povezana z namenom izkoriščanja.

*Kot primer pojavne oblike izkoriščanja za **namen suženjstva in služabništva** je v nadaljevanju povzet primer iz obsodilne sodbe za t. i. prisilno poroko.[11] Sodba je postala pravnomočna decembra 2015.*

Trije sostorilci (sin, oče in mati) so obsojeni kaznivega dejanja trgovine z ljudmi po drugem v zvezi s prvim odstavkom 113. člena KZ-1 v zvezi z drugim odstavkom 20. člena KZ-1, ker so skupaj zavestno sodelovali pri storitvi k. d. tako, da so zaradi suženjstva in služabništva kupili mladoletno osebo, jo pripeljali iz tujine in nastanili v stanovanju v Mariboru. Mladoletno dekle so kupili v Makedoniji, in sicer za 6.000 EUR, z namenom, da se bo poročila s storilcem očitanega mu k. d., tj. sinom. Kupnina je bila izročena očetu mladoletne osebe v Makedoniji, kjer sta se storilec in žrtev tudi takoj poročila. Po prihodu v Slovenijo so bili žrtvi omejeni kakršno koli gibanje, stiki in komunikacija. Bila je izkoriščana v služabniške namene, dela na domu za vse člane družine, brez plačila je delala na gradbiščih in kmetijah, bila je večkrat pretepena. Posledice fizičnega in psihičnega nasilja so žrtev spravile v popolnoma podrejen in odvisen položaj, saj je bila pod vplivom verskih običajev, ki terjajo žensko poslušnost. Poleg tega je bila v neznanem okolju, prestrašena, pretepena in pod stalnim nadzorom, brez možnosti vzpostavitve kakršnih koli socialnih stikov.

Nadalje direktiva v 4. členu opredeljuje podrobno načelo določanja kazni tako za fizične kot pravne osebe. Prav tako opredeljuje kvalificirano obliko kaznivega dejanja v primerih, ko je kaznivo dejanje storjeno v posebnih okoliščinah, kot na primer:

- nad posebej ranljivo žrtvijo,
- ko jo storijo hudodelske združbe,
- ko ob naklepu ali malomarnosti ogrozijo življenje žrtve,
- ob uporabi hudega nasilja.

Kaznivost je v direktivi opredeljena z najvišjo zaporno kaznijo, ki je najmanj pet let (prvi odstavek) oziroma najmanj deset let (drugi odstavek), ko gre za prej omenjeno kvalificirano obliko. Pri ocenjevanju ranljivosti žrtve pa naj bi se upoštevali še dejavniki, kot so spol, nosečnost, zdravstveno stanje ali invalidnost.

Zaporna kazen za to kaznivo dejanje v Sloveniji je 1–10 let, a v praksi kazni ne presegajo štirih let. V Sloveniji zaznavamo prve obsodilne sodbe za kazniva dejanja trgovine z ljudmi šele v letu 2009. Število sodb na letni ravni niha, kljub temu pa kaže na proces prepoznave fenomena trgovine z ljudmi v Sloveniji, ki je sicer dolgotrajen, vendar nekako učinkovit.

10 KZ-1-NPB4.
11 XK 5830/2014.

Tabela št. 1: Število obravnavanih primerov storilcev kaznivega dejanja trgovine z ljudmi po 113. členu KZ-1, 2010–2015

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Število osumljencev	5	16	13	15	8	42
Število obsodb	4	6*	8	2	0	5

** Sodbe, v katerih je sodišče obdolžencu spremenilo pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja trgovine z ljudmi v pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja izkoriščanja prostitucije.*

V nadaljevanju se bom dotaknil nekaterih Priporočil nadzorstvenega mehanizma GRETA,[12] ki se navezujejo na dopolnitev 113. člena Kazenskega zakonika, in priporočil, ki se navezujejo na področja zasega in odvzema protipravno pridobljenega premoženja, nekaznovanja žrtev in njihove zaščite ter odškodnine žrtvam. Priporočila in interpretacija vsebinsko sorodnih določb direktive so pospremljeni z odzivi, ki jih je nanje podala Slovenija.

4.2 Dopolnitev kaznivega dejanja trgovine z ljudmi

Skladno z 20. priporočilom GRETE bi morali slovenski organi uvesti posebno kaznivo dejanje prikrivanja, poškodovanja ali uničenja potovalnih ali osebnih dokumentov v zvezi s trgovino z ljudmi, GRETA pa v svojem 21. priporočilu še poziva slovenske organe, da razmislijo o vzpostavitvi kaznivega dejanja uporabe storitev, ki so predmet izkoriščanja, kot jih določa 4. člen konvencije, ob zavedanju, da je oseba žrtev trgovine z ljudmi.

Tudi direktiva v četrtem odstavku 18. člena poziva k proučitvi možnosti, da obravnavajo kot kaznivo dejanje uporabo storitev, ki so predmet izkoriščanja iz 2. člena, če je znano, da je oseba žrtev trgovine z ljudmi. To se nanaša tudi na delodajalce, ki zaposlujejo žrtve.

S spremembami Kazenskega zakonika julija 2015 se je v 113. členu dodal nov tretji odstavek, na podlagi katerega se z zaporom do treh let in denarno kaznijo kaznuje oseba, ki zadrži, odvzame, skrije, poškoduje ali uniči javno listino, s katero se izkazuje identiteta žrtve trgovine z ljudmi, na podlagi novega četrtega odstavka pa se z zaporom do treh let in denarno kaznijo kaznuje oseba, ki ve, da je druga oseba žrtev trgovine z ljudmi, pa uporablja njene storitve.

Pozornost velja nameniti četrtemu odstavku 18. člena, ki se ga direktiva posebej dotika v nadaljevanju v 23. členu »Poročanje«, skladno s katerim mora Komisija poročati o napredku držav članic EU glede zmanjševanja povpraševanja po storitvah žrtev trgovine z ljudmi.

Kot primer: nekatere skandinavske države izrecno poudarjajo sankcioniranje vseh uporabnikov prostitucije, ne glede na to, ali je uporabnik storitve vedel oziroma domneval, da so prostitutke žrtve trgovanja, ali ne. Izpostavljen je problem

12 <http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/trgovina/THB_GRETA-_PRIPOROCILA.pdf>

dokazovanja, da je uporabnik storitev ali proizvodov, pridobljenih s strani žrtev trgovine z ljudmi, za to dejstvo lahko vedel oziroma o tem sklepal.

4.3 Odvzem premoženja

Pomembna določba direktive je v 7. členu, ki govori o zasegu in zaplembi sredstev in premoženja, pridobljenega s kaznivim dejanjem iz 2. in 3. člena te direktive. Ta ukrep daje možnost finančne oslabitve storilcev navedenih kaznivih dejanj. Kot vemo, sta zaseg in odvzem premoženja med učinkovitejšimi ukrepi tako zoper organizirane kriminalne združbe kot tudi zoper posameznike znotraj njih. Na ta način jim je odvzet ključni motiv njihovega delovanja, to je denar, ter posledično vpliv in moč.

V preambuli direktive (točka 13) je posebej izpostavljeno spodbujanje, da se zasežena in zaplenjena sredstva in premoženjske koristi, pridobljene s k. d. iz te direktive, uporabijo kot podpora pri pomoči in zaščiti žrtev, tudi ko gre za odškodnine žrtev in pri ukrepih čezmejnega kazenskega pregona.

V slovenski zakonodaji je ta določba delno pokrita s členi 74 do 77 Kazenskega zakonika. Na podlagi Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora je sodišče v konkretnem primeru začasno zavarovalo tudi premoženje v višini 1.000.000 EUR iz sredstev, vloženih v investicijske sklade, vezanega depozita in sredstev na transakcijskem računu, začasno je zavarovalo še eno stanovanjsko hišo, tri stanovanja in dve osebni vozili, vse v lasti istega obtoženca oziroma z njim povezanih fizičnih in pravnih oseb (Poročilo medresorske delovne skupine za boj proti trgovini z ljudmi za leto 2013).[13]

4.4 Nekaznovanje žrtev trgovine z ljudmi

GRETA v 22. priporočilu poziva slovenske oblasti, da zagotovijo skladnost s 26. členom konvencije s sprejetjem določbe o nekaznovanju žrtev trgovine z ljudmi zaradi njihove vpletenosti v nezakonite dejavnosti, če so bile v to prisiljene, oziroma da se za to oblikujejo ustrezne smernice za državne tožilce. Priporočilo posebej navaja, da med trajanjem postopka identifikacije možne žrtve trgovine z ljudmi ne smejo biti kaznovane za kazniva dejanja, povezana s priseljevanjem.

Prav tako direktiva v 8. členu daje možnost pristojnim organom, da žrtve trgovine z ljudmi ne preganjajo ali kaznujejo zaradi njihove vpletenosti v k. d., ki so jih bile prisiljene izvesti zaradi dejstva, da so bile žrtve katerega koli dejanja iz 2. člena (primer uporabe ponarejenih dokumentov, dejanja nelegalnega prehoda državne meje, dejanj, povezanih s prostitucijo, ipd.). Namen te določbe je zaščititi osnovne pravice žrtev, izogniti se njihovi nadaljnji viktimizaciji in jih vzpodbuditi, da pričajo v kazenskih postopkih zoper storilce.

V praksi v Sloveniji žrtve trgovine z ljudmi, ki so bile prisiljene storiti kaznivo dejanje, praviloma niso preganjane. Ta določba je opredeljena v 23. členu Kazenskega

13 <http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/trgovina/Porocilo_THB_za_leto_2013.pdf>

zakonika RS in navaja, da »dejanje, ki je bilo storjeno pod vplivom sile, ki se ji storilec ni mogel upreti, ni kaznivo dejanje« (KZ-1).[14] Možne žrtve trgovine z ljudmi v Republiki Sloveniji niso kaznovane za nezakonit prestop meje. Skladno s 50. členom Zakona o tujcih[15] žrtvi trgovine z ljudmi, ki v Republiki Sloveniji prebiva nezakonito, policija na njeno prošnjo ali po uradni dolžnosti dovoli zadrževanje za čas treh mesecev, da se odloči, ali bo sodelovala kot priča v kazenskem postopku zaradi kaznivega dejanja trgovine z ljudmi.

4.5 Zaščita žrtev trgovanja

GRETA v 25. priporočilu poziva slovenske oblasti, da skladno z 28. členom konvencije v celoti izkoristijo razpoložljive ukrepe za zaščito žrtev med preiskavo ter med sodnim postopkom in po njem. V tem kontekstu morajo slovenski organi sprejeti dodatne ukrepe, ki zagotavljajo, da so žrtve trgovine z ljudmi ustrezno obveščene o svojih pravicah in obstoječih pravnih sredstvih ter deležne pomoči med predkazenskim in sodnim postopkom.

Tudi direktiva v drugem odstavku 12. člena opredeljuje, da imajo žrtve pravico do pravnega svetovanja in brezplačnega pravnega zastopanja, vključno z namenom uveljavljanja odškodnine.

Pravno svetovanje naj opravljajo osebe, ki po izobrazbi niso nujno pravniki, so pa ustrezno pravno usposobljene (primeri nekaterih NVO). Žrtve so po tretjem odstavku tega člena upravičene do ustrezne zaščite, če je potrebno, pa tudi do programov za zaščito prič ali drugih podobnih programov, kar naj temelji na podlagi ocene tveganja posameznega primera, in sicer v izogib povračilnim ukrepom, ustrahovanju in nevarnosti, da spet postanejo žrtve.

Z namenom preprečevanja sekundarne viktimizacije pa so v četrtem odstavku opredeljeni ukrepi:

- nepotrebnega ponavljanja zaslišanj med preiskavo, pregonom in sojenjem;
- vizualnega stika med žrtvijo in obdolžencem;
- pričanju na javni obravnavi;
- nepotrebnega zaslišanja glede zasebnega življenja.

Nadalje GRETA v 26. priporočilu meni, da morajo slovenski organi razširiti postopke posebne zaščite na vse žrtve trgovine z ljudmi do starosti 18 let, ob upoštevanju najboljšega interesa otroka.

Direktiva pa v 15. členu ločeno opredeljuje zaščito otrok žrtev trgovanja. Pri zaslišanjih v tretjem odstavku tega člena narekuje:

- izvedbo zaslišanj brez neutemeljenih zamud,
- da zaslišanje otrok poteka v zato zasnovanih in prilagojenih prostorih,
- da je pri zaslišanju potrebno sodelovanje za to usposobljenih strokovnjakov,

14 <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlurid=20082296>
15 ZTuj-2; Uradni list RS, št. 45/14 – uradno prečiščeno besedilo, 90/14, 19/15 in 47/15 – ZZSDT.

- da zaslišanja opravijo iste osebe, da je število zaslišanj čim manjše in se opravijo le, če so nujno potrebna,
- da otroka spremlja zastopnik po njegovi izbiri.

V skladu s četrtim odstavkom istega člena mora biti v kazenskih preiskavah dana možnost posneti vsa zaslišanja otrok žrtev, ki jih je mogoče predložiti kot dokaze v skladu s pravili nacionalnega prava. Prav tako se v kazenskih postopkih zahtevata izločitev javnosti in uporaba sodobne komunikacijske tehnologije, kar je določeno v petem odstavku.

Direktiva na področju pomoči, podpore in zaščite žrtev z ločenimi določbami v 13. do 16. členu obravnava žrtve trgovanja – otroke in tako tej ranljivi kategoriji namenja posebno pozornost.

V postopku prepoznave žrtve trgovine z ljudmi slovenska policija v jeziku, ki ga žrtev razume, le-to seznani s pravico do pomoči in podpore, varne namestitve v času okrevanja in razmisleka ter s pravico do sodelovanja pri kazenskem postopku. Organi in organizacije ter nevladne in humanitarne organizacije, ki so pri svojem delu vključene v postopke prepoznave žrtev trgovine z ljudmi, so dolžni žrtve seznaniti z naslednjimi informacijami in pravicami:

- o vrsti služb ali organizacij, na katere se lahko obrnejo za pomoč;
- o vrsti pomoči, ki jo lahko dobijo;
- kje in kako lahko naznanijo kaznivo dejanje;
- o postopkih, ki sledijo naznanitvi, ter njihovi vlogi v zvezi s takimi postopki;
- kako in pod kakšnimi pogoji lahko pridobijo zaščito;
- v kakšnem obsegu in pod kakšnimi pogoji imajo dostop do pravnih nasvetov, pravne pomoči ali katere koli druge vrste nasvetov;
- o zahtevah, ki jih morajo izpolniti, da so upravičene do odškodnine;
- o vseh posebnih ureditvah, ki so jim na voljo za zaščito njihovih interesov, če stalno bivajo v drugi državi članici;
- kako do povračila stroškov, ki so nastali kot posledica njihovega sodelovanja v kazenskem postopku.

Policija predstavnikom nevladne in/ali humanitarne organizacije (izvajalcem programa Oskrba žrtev trgovine z ljudmi) omogoči individualen razgovor z žrtvijo pred izvedbo postopka zbiranja obvestil od žrtve.

V kazenskem postopku, ki teče zaradi kaznivega dejanja trgovine z ljudmi po 113. členu Kazenskega zakonika, ima mladoletni oškodovanec ves čas od uvedbe kazenskega postopka pooblaščenca, ki skrbi za njegove pravice, veljavna kazenskoprocesna zakonodaja pa na glavni obravnavi prepoveduje neposredno zaslišanje oseb, mlajših od 15 let, ki so bile žrtve zgoraj navedenega kaznivega dejanja.

Za zagotavljanje primerne pomoči otrokom žrtvam trgovine z ljudmi se poskrbi v okviru ustreznih institucij. Tovrstne oblike pomoči se nanašajo na pomoč žrtvam pri njihovem telesnem, psihološkem in socialnem okrevanju kot tudi na pomoč pri urejanju statusa ter v kazenskem postopku.

V okviru javnega razpisa za izbiro izvajalca za izvedbo projekta Oskrba žrtev trgovine z ljudmi – krizna namestitev v letih 2014 in 2015 je izvajalec, izbran na razpisu, dolžan poskrbeti za vse žrtve trgovine z ljudmi. Projekt obsega nudenje pomoči žrtvam trgovine z ljudmi, odraslim in otrokom, pri njihovem telesnem, psihološkem in socialnem okrevanju, ko se žrtvi zagotovi prvi in nujen umik iz ogrožajočih okoliščin. V tem delu se uporablja Protokol o sodelovanju med centri za socialno delo in Policijo pri izvajanju pomoči mladoletnim tujcem brez spremstva po Zakonu o tujcih z dne 16. 8. 2012.[16] Protokol opredeljuje izvedbene postopke in sodelovanje med centri za socialno delo in Policijo v primerih tujih mladoletnih oseb. Tako v primeru obravnave mladoletnega tujca brez spremstva, ki je nezakonito vstopil v državo ali v njej prebiva, policija obvesti krajevno pristojni center oziroma interventno službo centra in jo seznani o ugotovitvah. Center za socialno delo na kraj napoti strokovnega delavca, ki opravi razgovor z mladoletnim tujcem, mu nudi prvo socialno pomoč ter pridobi njegovo izjavo o postavitvi skrbnika za poseben primer. Če se v razgovoru z mladoletnim tujcem prepoznajo znaki, da je mladoletna oseba žrtev trgovanja oziroma bi to lahko glede na okoliščine postala, velja, da gre v takem primeru za posebne potrebe in strokovni delavec spremlja mladoletnega tujca v ustrezno namestitveno ustanovo.

Praviloma je nameščanje otrok v omenjene namestitvene ustanove (krizni centri za mlade) časovno omejeno na tri tedne z možnostjo podaljšanja. Pri tem je treba vedeti, da so te namestitvene ustanove na znanih lokacijah in z vidika varnosti do nameščenih otrok, žrtev trgovanja, izpostavljene. Prav tako je usposobljenost zaposlenih usmerjena v glavnem na področje dela z otroki in ne toliko na posebnosti dela z osebami, ki so bile žrtve trgovanja. Sistem namestitev mladoletnih oseb, možnih ali prepoznanih žrtev trgovanja z ljudmi, je tako v tem delu nedodelan.

4.6 Odškodnine žrtvam trgovine z ljudmi

GRETA v 17. priporočilu poziva slovenske organe, da skladno s 15. členom konvencije sprejmejo ukrepe za omogočanje in zagotavljanje dostopa do odškodnine za žrtve trgovine z ljudmi in da zlasti:

- zagotovijo, da so žrtve trgovine z ljudmi sistematično obveščene, v jeziku, ki ga razumejo, o pravici, da zahtevajo odškodnino, in potrebnih postopkih;
- omogočijo žrtvam trgovine z ljudmi, da uveljavljajo pravico do odškodnine, s tem, da jim zagotovijo učinkovit dostop do pravne pomoči;
- vključijo vse žrtve trgovine z ljudmi v področje uporabe Zakona o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj, ne glede na njihovo državljanstvo in to, ali je bila uporabljena sila in ali je prišlo do kršitve spolne nedotakljivosti.

Glede odškodnine direktiva v 17. členu opredeljuje le zagotovilo žrtvam o dostopu do veljavnih shem za uveljavljanje odškodnine v primerih nasilnih naklepnih dejanj. Torej žrtve niso neposredno upravičene do odškodnine kot samoumevnega dejstva, temveč do načina, kako odškodnino uveljavljati.

16 Protokol o sodelovanju med centri za socialno delo in Policijo pri izvajanju pomoči mladoletnim tujcem brez spremstva po Zakonu o tujcih.

Na podlagi določil nedavno sprejetega Priročnika o identifikaciji, pomoči in zaščiti žrtev trgovine z ljudmi[17] morajo organi in organizacije ter nevladne in humanitarne organizacije, ki pri svojem delu identificirajo žrtve trgovine z ljudmi oziroma so kako drugače vključene v postopke identifikacije žrtev trgovine z ljudmi, le-te seznaniti tudi z navedenimi informacijami. Glede samih odškodnin pa bo treba odpraviti pomanjkljivosti Zakona o odškodninah žrtvam kaznivih dejanj, priporočilo GRETE pa bo upoštevano pri pripravi sprememb zakonodaje.

5 USPOSABLJANJE

GRETA v svojem 4. priporočilu meni, da bi morali slovenski organi sprejeti nadaljnje ukrepe za zagotavljanje rednega usposabljanja na področju trgovine z ljudmi in pravic žrtev za vse ustrezne strokovnjake (na primer sodnike, tožilce, pravnike, osebje upravnih enot, pristojnih za izdajanje dovoljenj za prebivanje, delovne inšpektorje, organe za zaščito otrok in socialne delavce). Prihodnji programi usposabljanja morajo biti zasnovani tako, da bodo izboljšali znanje in veščine ustreznih strokovnjakov ter jim tako omogočili, da identificirajo žrtve trgovine za vse oblike izkoriščanja ter jim nudijo pomoč in zaščito ter odškodnino in da zagotavljajo obsodbo storilcev.

S podobno vsebino se GRETA opredeljuje v 23. priporočilu v okviru sklopa o preiskavi, pregonu in procesnem pravu, kjer meni, da bi morali slovenski organi okrepiti usposabljanje za sodnike, tožilce in druge ustrezne strokovnjake o trgovini z ljudmi, z namenom izboljšati njihovo znanje in občutljivost o tej vsebini in pravicah žrtev trgovanja, ter zagotoviti praktično izvajanje obstoječih določb v boju proti trgovini z ljudmi, da se omogočita učinkovit pregon storilcev in kaznovanje, ki naj bo sorazmerno s težo kaznivega dejanja.

Nadalje v 24. priporočilu GRETA tudi meni, da bi morali slovenski organi spodbujati preiskovalne organe in organe pregona, da povečajo specializiranost na področju trgovine z ljudmi, z namenom izboljšati zbiranje zadostnih dokazov in doseči uspešen pregon večjega števila storilcev.

Prav tako tretji odstavek 9. člena direktive navaja, da države članice EU zagotovijo ustrezno usposobljenost oseb, enot ali služb organov preiskovanja in pregona kaznivih dejanj po tej direktivi, ter v nadaljevanju v 18. členu preprečevanje, naj spodbudijo redno usposabljanje vseh uradnikov, ki se pri svojem delu srečujejo s pojavno obliko trgovine z ljudmi, predvsem v postopkih prepoznave žrtev. V preambuli pod točko 25 so naštete tovrstne kategorije uradnikov in med njimi so tudi sodniki in zaposleni v sodstvu.

Policija na podlagi letnega delovnega načrta organizira in sodeluje v programih usposabljanj na temo trgovine z ljudmi. V teh programih sodelujejo še vrhovno državno tožilstvo, specializirano državno tožilstvo, različne inšpekcijske službe in nevladne organizacije. Poleg tega se po programih multiplikatorjev (*train the trainers*) letno usposabljajo policisti iz lokalnih policijskih postaj. Policisti se

17 Priročnik o identifikaciji, pomoči in zaščiti žrtev trgovine z ljudmi.

seznanjajo s postopki, ki jih morajo izvesti pri zaznavi kaznivega dejanja trgovine z ljudmi, in kazalniki za prepoznavo žrtev. Prav tako se v okviru izobraževanj policistom posredujejo informacije o delovanju nevladnih organizacij, pristojnih za pomoč žrtvam trgovine z ljudmi. Dvakrat letno potekajo tudi strokovna delovna srečanja policije, kjer se analizirajo zaključene preiskave. Tako se policisti seznanjajo z novimi pojavnimi oblikami trgovine z ljudmi, drugimi operativnimi ugotovitvami, načini zaznave kaznivega dejanja, pristopom k preiskavi in zbiranjem dokazov.

6 SKLEP

Problematika trgovine z ljudmi šele utira pot prepoznavnosti tako na področju širše laične javnosti kot tudi v okviru strokovnih služb, vključno s pravosodjem. Razlog za to je prepletenost s podobnimi pojavnimi oblikami, kot je navedeno na začetku prispevka, pa tudi pomanjkanje ozaveščenosti o dejstvu, da se tovrstni primeri kriminala in kršenja temeljnih človekovih pravic dogajajo tudi v našem okolju. Čeprav za zdaj še v krogu marginalnih skupin dna družbene lestvice oziroma tujim državljanom, pa vendar je to lahko že v kratkem tudi problem naših mladostnikov in novih generacij, ki iščejo nove življenjske priložnosti, avanture in zaposlitvene izzive. Zato so potrebni budno spremljanje evropskih trendov na tem področju, prenos mednarodnih predpisov v nacionalno zakonodajo in seveda njena uveljavitev. S prispevkom sem želel le dopolniti širši mozaik celovitega pristopa k preprečevanju in boju proti trgovini z ljudmi s poudarkom na ozaveščanju in usposabljanju pravosodnih organov.

NOVEJŠA SODNA PRAKSA EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE O SOVRAŽNEM GOVORU[1]

Ana Vilfan Vospernik
pravna svetovalka
Direktorat Juriskonzula (Pravnega svetovalca), ESČP[2]

1 UVOD

Sovražni govor je široko pravno, sociološko in filozofsko vprašanje, ki ima pogosto zgodovinsko dimenzijo.

Drugi predavatelji na sekciji so pripravili širši pregled pomembnih dokumentov Sveta Evrope, posebej Priporočila R (97) 20,[3] ter predstavili zgodovinske temelje Konvencije. Ta pomembna besedila Sveta Evrope in mednarodnega prava, tako imenovano mehko pravo (angl. *soft law*), so za Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) vir navdiha, odloča pa kazuistično.

Naj omenim le zadnje besedilo Evropske komisije za boj proti rasizmu in nestrpnosti (ECRI) ter njeno 15. priporočilo o boju proti sovražnemu govoru, sprejeto decembra 2015. Priporočilo govori o dolžnosti ohranjanja spomina ter nam narekuje pozornost in boj proti različnim oblikam rasizma, diskriminacije in sovraštva. Omenja porast sovražnega govora, posebej na spletu.[4]

Uvodoma velja tudi omeniti, da je tragična izkušnja druge svetovne vojne botrovala pomembni epistemološki razliki med Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP ali Sodišče) in Vrhovnim sodiščem ZDA, ki postavlja svobodo govora in »tržišče idej«[5] nad vse in kjer so preizkusi za kvalifikacijo sovražnega govora občutno strožji.

Navkljub osrednjemu mestu, ki ga ima svoboda izražanja po 10. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) v demokratični družbi, sodna praksa ESČP postavlja meje izrazom, nabitim s sovraštvom, saj so temeljne vrednote

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Civilnopravni sodniški šoli 2016, sekcija »Sovražni govor«, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala od 2. do 4. marca 2016 in od 16. do 18. marca 2016 v Portorožu.

2 Mnenja, izražena v prispevku, so avtoričina in niso stališča ustanove, v kateri je zaposlena.

3 Priporočilo R (97) 20 opredeljuje sovražni govor kot *»vse oblike izražanja, ki širijo, spodbujajo, promovirajo ali opravičujejo rasno sovraštvo, ksenofobijo, antisemitizem ali druge oblike sovraštva, ki temeljijo na nestrpnosti, agresivnem nacionalizmu ali etnocentrizmu, diskriminaciji in sovražnosti proti manjšinam, priseljencem ali ljudem tujega rodu«*.

4 Glej http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-ENG.pdf.

5 Glej članek nekdanje belgijske sodnice Francoise Tulkens »Ko je reči tudi storiti: Svoboda izražanja in sovražni govor v sodni praksi ESČP«, v Casadevall, J., Myjer, E., O'Boyle, M., Austin, A. (uredniki): FREEDOM OF EXPRESSION – Essays in honour of Nicolas Bratza – President of the European Court of Human Rights, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, str. 279–295.

EKČP tudi strpnost, dostojanstvenost in enakopravnost. Poudariti velja, da vsaka močna kritika ali negativen izraz prav tako še ni sovražni govor. Nekdanja belgijska sodnica Françoise Tulkens se je o naboju sovražnosti, ki mora biti prisoten v sovražnem govoru, izrazila slikovito: »*When to say is to do.*«[6]

Naslednji citat iz sodbe *Erbakan proti Turčiji*, št. 59405/00, tč. 56, 6. julij 2006, povzema bistvo pristopa ESČP do sovražnega govora:

> *»Strpnost in spoštovanje enakega dostojanstva vseh ljudi sta temelja demokratične pluralistične družbe. Glede na navedeno je treba v nekaterih demokratičnih družbah načeloma kaznovati ali celo preprečiti vse oblike izražanja, ki razširjajo, podžigajo, spodbujajo ali upravičujejo sovraštvo, ki temelji na nestrpnosti /…/, ob pogoju, da so naložene »obličnosti, pogoji, omejitve ali kazni« sorazmerne zastavljenemu cilju.«*

Najtežje je torej vprašanje, kje so te meje, kdaj se morajo državne ustanove odzvati oziroma kakšen mora biti pravni okvir, da se pravice drugih ne kršijo čezmerno in je svoboda govora varovana. V tem prispevku predstavljam odgovore, ki jih lahko najdemo v novejši sodni praksi ESČP.

Ključnega pomena sta 10. člen, ki varuje svobodo izražanja, in 17. člen, ki prepoveduje zlorabo pravic. Pristopa Sodišča po teh dveh členih se razlikujeta, prvi je širši in se vedno tehtata javni in zasebni interes oziroma dva zasebna interesa, drugi pa je ožji in absolutnega značaja. Pomembna sta tudi 8. člen, ki varuje pravico do zasebnosti, in 14. člen Konvencije, ki prepoveduje diskriminacijo.

Na splošno o 10. členu EKČP in merilih presoje ESČP

Ko govorimo o sodni praksi, seveda ne moremo mimo klasičnih elementov presoje ESČP, ki so podobni kot pri drugih kvalificiranih pravicah po 8., 9. in 11. členu, ter metodologije, po kateri ESČP presoja vse pritožbe po 10. členu. Prvi odstavek opredeljuje vsebino svobode izražanja, drugi odstavek pa določa, katere so dopustne omejitve pri njenem uveljavljanju.

10. člen pravi takole:

»Svoboda izražanja

1. *Vsakdo ima pravico do svobode izražanja. Ta pravica obsega svobodo mišljenja ter sprejemanja in sporočanja obvestil in idej brez vmešavanja javne oblasti in ne glede na meje. /…/*
2. *Izvrševanje teh svoboščin vključuje tudi dolžnosti in odgovornosti in je zato lahko podrejeno obličnosti in pogojem, omejitvam ali kaznim, ki jih določa zakon in ki so nujne v demokratični družbi zaradi varnosti države, njene ozemeljske celovitosti, zaradi javne varnosti, preprečevanja neredov ali kaznivih dejanj, za varovanje zdravja ali morale, za varovanje ugleda ali pravic drugih ljudi, za preprečitev razkritja zaupnih informacij ali za varovanje avtoritete in nepristranskosti sodstva.«*

6 *Ibidem*. Glej tudi Hare, I., in Weinstein, J. (uredniki): EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY, Oxford University Press, 2009.

Pri opredelitvi same vsebine svobode izražanja po 10. členu, ki vsebuje tako pravico sprejemati kot pravico sporočati obvestila in ideje, je ključnega pomena citat iz vodilne sodbe s tega področja *Handyside proti Združenemu kraljestvu*, 7. december 1976, tč. 49, serija A, št. 24, ki je povzet v tako rekoč vseh sodbah po 10. členu in pravi, da je »svoboda izražanja eden od bistvenih temeljev demokratične družbe, predpogoj za njen napredek ter za razvoj vsakega posameznika /.../. Ne velja samo za »obvestila« ali »ideje«, ki so sprejete pozitivno in jih imamo za nenevarne ali nepomembne, temveč tudi za tiste, ki žalijo, prizadenejo ali vznemirijo državo ali del njenega prebivalstva. Takšne so zahteve pluralizma, strpnosti in duhovne širine, brez katerih ni 'demokratične družbe'«. Legitimnost kakršne koli »obličnosti ali pogojev, omejitve ali kazni« iz drugega odstavka 10. člena ESČP presoja restriktivno in v duhu tega citata.

Pritožbe po 10. členu ESČP obravnava po v nadaljevanju zapisanih strogo določenih korakih. Najprej ugotavlja, ali je prišlo do posega oziroma vmešavanja (angl. *interference*) državnih oblasti v svobodo izražanja. Lahko gre za določeno dejanje ali opustitev domačih oblasti po doktrini pozitivnih obveznosti. Na področju sovražnega govora imajo pozitivne obveznosti države velik pomen. Potem preverja, ali je bil poseg v svobodo izražanja predpisan z zakonom (angl. *provided by law*), torej tudi, ali je domača zakonodaja ustrezna, tako kazenska kot civilna. Sodna praksa tolmači načelo zakonitosti širše kot zgolj obstoj zakonskega akta, saj to načelo pokriva vse vrste prava, tudi mednarodno, podzakonske predpise in tudi nezapisano pravo. Da pa je temu pogoju zadoščeno, morata biti izpolnjeni dve zahtevi: pravno pravilo mora biti dostopno (angl. *accessible*) in predvidljivo (angl. *foreseeable*), kar pomeni, da posameznik lahko predvidi posledice nekega ravnanja ali opustitve. Če poseg ne temelji na zakonu, EKČP takoj ugotovi kršitev 10. člena in preizkusa sorazmernosti, ki je zadnji korak presoje, sploh ne uporabi. Izjemoma pa to lahko stori zaradi splošnega pomena posamične zadeve.

Tretji korak je ugotavljanje, ali poseg sledi enemu od taksativno določenih legitimnih ciljev (angl. *the legitimate aim*) iz drugega odstavka 10. člena. Med te cilje, zaradi katerih je dopustno poseči v svobodo izražanja, uvršča npr. varovanje javne varnosti in preprečevanje neredov. Poudariti velja, da svobodo izražanja najpogosteje omejuje varovanje ugleda ali pravic drugih ljudi, kar je eden od naštetih legitimnih ciljev. Med pravice drugih, ki pogosto pridejo v kolizijo s svobodo izražanja posameznika, se uvršča predvsem pravica do zasebnosti po 8. členu, ki varuje tudi pravico do dobrega imena in časti.

Čeprav ESČP večinoma sprejme legitimni cilj, na katerega se sklicujejo države pogodbenice, velja kot zanimivost omeniti, da v lanski vodilni sodbi o sovražnem govoru *Perinçek proti Švici* [VS], št. 27510/08, tč. 150–154 in 155–157, ESČP 2015 (izvlečki), ni sprejelo švicarskega argumenta, da je bil cilj vmešavanja oblasti varovanje javne varnosti in preprečevanja neredov, ki ga je treba tolmačiti restriktivno. Strinjalo pa se je, da je šlo za varovanje pravic drugih. Način, kako so domača sodišča opravila tehtanje nasprotujočih si interesov, torej pravice do zasebnosti in svobodo izražanja, je lahko odločilnega pomena.

Zadnji in zelo pomemben del presoje je preizkus sorazmernosti posega z zastavljenim ciljem (angl. *the proportionality test*). Države lahko v svobodo izražanja

posežejo le, če je to v demokratični družbi nujno (angl. *necessary in the democratic society*). Izraz nujen pomeni, da mora vsak poseg ustrezati žgoči družbeni potrebi (angl. *a pressing social need*) (glej *Perinçek,* navedeno zgoraj, tč. 196–197).

Pri tem ESČP vsako zadevo presoja kot celoto,[7] pri čemer so na področju svobode izražanja zelo pomembne tudi okoliščine.

Države pogodbenice imajo do neke mere možnost proste presoje (angl. *margin of appreciation)* pri ocenjevanju obstoja žgoče družbene potrebe, ki »gre z roko v roki z evropskim nadzorom« (*Handyside*, navedeno zgoraj, tč. 49). Širina polja presoje je odvisna tudi od narave zastavljenega legitimnega cilja.

Poudariti velja tudi, da drugi odstavek 10. člena omejevanja svobode izražanja pravzaprav ne dopušča pri vprašanjih splošnega interesa, med katere spada npr. izmenjava mnenj v okviru politične razprave. Kadar gre za izmenjavo političnih mnenj, ESČP tolmači omejitve zelo restriktivno, saj jih lahko upravičijo samo zelo močni razlogi. Tudi akademska svoboda je zelo zaščitena.

Za določitev širine prostega polja presoje so pomembni tudi rezultati primerjalnopravnih analiz, ki jih večinoma opravi raziskovalni oddelek ESČP, predvsem za veliki senat, včasih pa se nanje sklicujejo tudi pritožniki ali države pogodbenice.

Pri analizi posamezne zadeve je zelo pomembno, da so razlogi, na katerih slonijo domače odločitve, pomembni in zadostni (angl. *relevant and sufficient*), saj v t. i. obdobju subsidiarnosti dobro poznavanje splošnih načel posamezne problematike in njihovo tolmačenje dobivata poseben pomen.[8] Eno od smeri razvoja doktrine prostega polja presoje predstavlja stališče, da bo ESČP sledilo odločitvam domačih sodišč, če so ta sledila sodni praksi ESČP in uporabila pomembna merila za presojo.[9]

Uporaba 10. člena EKČP v primerih sovražnega govora pomeni klasični, ožji vidik omejevanja konvencijske zaščite svobode izražanja, in sicer na podlagi dovoljenih omejitev iz drugega odstavka 10. člena, ter vedno vsebuje tehtanje nasprotujočih si interesov in iskanje ravnovesja.

Na splošno o 17. členu EKČP in sodna praksa o sovražnem govoru po tem členu

Pristop Sodišča po 17. členu ima širši, restriktiven značaj, saj izključuje konvencijsko zaščito. Nekateri ta člen označujejo tudi kot »giljotinsko določbo«.[10] Uporablja se pri hudih oblikah sovražnega govora, ki pomenijo zanikanje samih konvencijskih vrednot. 17. člen EKČP pravi (poudarki dodani):

7 Glej Gomien, D.: Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah. Ministrstvo za pravosodje, 2009, str. 65–67.
8 Glej v kontekstu 10. člena *Jelševar in drugi proti Sloveniji* (odl.), št. 47318/07, 11. marec 2014, tč. 33–40.
9 Glej članek islandskega sodnika ESČP Roberta Spane v: Human Rights Law Review, 2014.
10 Glej navedeni članek nekdanje belgijske sodnice Françoise Tulkens.

»**Prepoved zlorabe pravic**
Nobene določbe v tej Konvenciji ni mogoče razlagati tako, kot da **vsebuje** za katero koli državo, skupino ali posameznika **pravico do kakršne koli dejavnosti ali dejanja, ki je usmerjeno h kršenju katerih koli pravic ali svoboščin, ki so tu določene**, ali k njihovemu omejevanju v večjem obsegu, kot je določeno v tej Konvenciji.«

V preteklosti je ESČP 17. člen uporabilo razmeroma redko, v zadnjem času pa večkrat, in sicer zaradi izražanja negacionizma in revizionizma, etničnega, rasnega in verskega sovraštva ter zaradi grožnje demokratični ureditvi.

Kadar ESČP uporabi ta člen, razglasi pritožbo *ratione materiae* v neskladju z določbami Konvencije. Take zadeve nimajo nikakršne konvencijske zaščite.[11]

V preglednici službe ESČP za stike z javnostjo[12] je mogoče najti nekaj takih primerov, v katerih so domači organi pritožnike kaznovali zaradi njihovih izjav ali dejanj.
Primeri *Pavel Ivanov proti Rusiji* (odl.), št. 35222/04, 20. februar 2007, *Garaudy proti Franciji* (odl.), št. 65831/01, ESČP 2003-IX, ter *W. P. in drugi proti Poljski* (odl.), št. 42264/98, ESČP 2004-VII, so bili povezani s hudimi izrazi antisemitizma, nekateri od teh pa tudi z zanikanjem holokavsta.

Primer *Glimmerveen in Hagenbeek proti Nizozemski* (št. 8348/78 in 8406/78, odločitev Komisije z dne 11. oktobra 1979, Odločitve in poročila 18, št. 187) je bil povezan z rasnim sovraštvom. Pritožnik je imel letake, ki so bili namenjeni »belim Nizozemcem« in na katerih so pozivali, naj vsi drugi zapustijo Nizozemsko.

Sodišče je uporabilo 17. člen tudi v primeru *Norwood proti Veliki Britaniji,* št. 23131/03, ESČP 2004-XI: pritožnik je z okna izobesil plakat Britanske nacionalne stranke, pripadnik katere je bil, na katerem je bila fotografija gorečih newyorških dvojčkov ter napis »Islam ven iz Britanije, treba je zaščititi Britance«. Bil je obsojen zaradi zbujanja sovraštva proti verski skupnosti.

Nadzorni organi EKČP so za nedopustne razglasili tudi več pritožb, ki jih je navdihoval totalitarni svetovni nazor.

Vodilna lanskoletna sodba o sovražnem govoru *Perinçek* (navedeno zgoraj, tč. 114–115) je tudi zadnji zgled tolmačenja odnosa med 10. in 17. členom Konvencije. Kot pravi, se 17. člen uporablja zgolj izjemoma in v skrajnih primerih, saj je njegov učinek zanikanje uporabe konvencijskih pravic, ki jih skuša pritožnik uveljavljati pred Sodiščem. V primerih, ki so povezani z 10. členom, se uporabi le, če je nemudoma jasno, da skuša sporno izražanje sprevreči uporabo tega člena od svojega pravega namena. V primeru *Perinçek* ni bilo tako.

11 Podrobnejšo predstavitev tehnike odločanja po 17. členu najdete v članku nekdanjega liechtensteinskega sodnika Marka Villigerja »17. člen EKČP in svoboda izražanja v Strasbourški praksi«, v Casadevall, J., Myjer, E., O'Boyle, M., Austin, A. (uredniki): FREEDOM OF EXPRESSION – Essays in honour of Nicolas Bratza – President of the European Court of Human Rights, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, str. 321–330.

12 Preglednica »*Factsheet – Hate speech«, Press Unit, ECHR.*

Da je bil ta prag vendarle dosežen, je Sodišče ugotovilo v lanski zadevi *M'Bala M'Bala proti Franciji* (odl.), št. 25239/13, 20. oktober 2015. Znani francoski komik Dieudonné M'Bala M'Bala, ki je tudi politično dejaven, je bil obsojen, ker je na koncu svoje predstave na oder povabil akademika Roberta Faurissona, znanega po negacionističnih in revizionističnih stališčih o zanikanju obstoja koncentracijskih taborišč in plinskih celic. Neki igralec v progasti taboriščni obleki mu je podelil nagrado *»družbenega izogibanja in predrznosti«*. Nagrada je bila v obliki trikrakega svečnika z jabolki, s katerim so torej izražali norčevanje iz judovskega obrednega svečnika menore. Sodišče je menilo, da je šlo pri tem za politično srečanje, ki je pod pretvezo komedije promoviralo negacionizem, za prikaz sovraštva in antisemitizma ter za podporo zanikanju holokavsta. Zato je bilo pod krinko umetniškega izražanja enako nevarno kot neposreden napad. Nudilo je prostor ideologiji, ki nasprotuje temeljnim konvencijskim vrednotam.

Kratek pregled novejše sodne prakse o sovražnem govoru po 10. členu in splošna načela o sovražnem govoru

Poveličevanje in spodbujanje k nasilju, terorizmu in vojnim zločinom, blatenje narodne identitete, spodbujanje k etničnemu, rasnemu in nacionalnemu sovraštvu, rasni diskriminaciji in verski nestrpnosti ter homofobija so značilna področja, za katera je Sodišče ugotovilo, da so bile omejitve izražanja zaradi sovražnega govora po 10. členu dopustne in sorazmerne. Znotraj rasnega, etničnega in verskega sovraštva je posebno poglavje antisemitizem, zadnje čase pa seveda tudi islamofobija, ki narašča. Lani je ESČP tudi prvič obravnavalo sovražni govor na internetu, in sicer v znanem primeru *Delfi AS proti Estoniji*, [VS], št. 64569/09, ESČP 2015 (izvlečki).

V zadnjih petnajstih letih lahko razlikujemo več različnih obdobij v sodni praksi ESČP.

Ob prelomu tisočletja se je ESČP veliko ukvarjalo s turškimi primeri poveličevanja nasilja. Ugotovilo je, da je bil sovražni govor del celostnega delovanja krogov blizu PKK in spodbujanja k nasilju z izrazi, kot je na primer »*uporaba nožev ali bajonetov, da se znebimo političnih sovražnikov*«.

Od leta 2008 dalje se ESČP več ukvarja s sovražno propagando v kontekstu neevropskih priseljenskih skupnosti v Evropo in islamofobije.

V zadevi *Leroy proti Franciji*, št. 36109/03, tč. 45, 2. oktober 2008, je imelo Sodišče prvikrat priložnost izreči se o poveličevanju terorizma v povezavi z zahodno demokracijo. Šlo je za karikaturo gorečih newyorških dvojčkov, objavljeno 13. septembra 2001, torej tik po tragičnih dogodkih, z napisom »*vsi smo sanjali o tem … Hamas je to storil*«. Kljub temu, da je umetniško izražanje, vključno s satiro in dobro mero provokacije, zelo zaščiteno, je Sodišče menilo, da je karikatura povzročila javni odziv, ki bi lahko spodbudil k nasilju in vplival na javni red v baskovskem delu Francije. Upoštevalo je možen negativni učinek karikature.

V zadevi *Féret proti Belgiji,* št. 15615/07, tč. 52, 16. julij 2009, je bil pritožnik, predsednik belgijske stranke Nacionalna fronta, obsojen zaradi javnega hujskanja

k diskriminaciji in rasnemu sovraštvu, ker je objavljal in razdeljeval letake, ki so »*nasprotovali islamizaciji Belgije*« na več področjih. Pritožniku je bila odvzeta parlamentarna imuniteta in belgijska sodišča so ga obsodila na 250 ur dela v sektorju integracije oseb tuje narodnosti ter mu odvzela pasivno volilno pravico za deset let.

Navkljub visoki zaščiti svobode političnega izražanja je Sodišče ugotovilo, da 10. člen ni bil kršen. Sklicujoč se na besedila ECRI je poudarilo pomen boja proti rasni diskriminaciji v vseh oblikah in pojavih. Ključno je, da se politiki v svojih javnih nastopih izogibajo sporočilom, ki lahko razpihujejo nestrpnost. V tem primeru je bilo torej pomembno, da so bili letaki razdeljeni v okviru volilne kampanje, ko je učinek rasističnega in ksenofobičnega govora večji in lahko povzroči več škode. Priseljensko skupnost je bilo treba zaščititi. Sodišče je torej videlo neposredno zvezo med sovražno propagando ter družbenim redom in politično stabilnostjo v demokratični družbi.

V podobnem tonu je odločalo tudi v primeru *Le Pen proti Franciji* (odl.), št. 18788/09, 20. april 2010 (glej tudi *Soulas in ostali proti Franciji* (št. 15948/03, tč. 37–38, 10. julij 2008). Jean-Marie Le Pen, predsednik francoske stranke Nacionalna fronta, je bil kaznovan zaradi dveh izjav. Najprej je v intervjuju za časopis *Le Monde* izjavil: »Na dan, ko v Franciji ne bo več 5 milijonov, ampak 25 milijonov muslimanov, bodo oni vladali.« Za drugi časopis pa je izjavil, da mu ljudje pravijo, in to ne brez razloga, da je v Franciji že 25 milijonov muslimanov.

Sodišče je menilo, da so njegove izjave nedvomno lahko označile celotno »muslimansko skupnost« kot negativno in celo zaskrbljujočo. Francosko sodišče je med drugim menilo, da je pritožnik javnost skušal prepričati, da je varnost Francozov odvisna od zavrnitve muslimanov ter da bi zaskrbljenost in strah, povezana z njihovo čedalje številčnejšo prisotnostjo v Franciji, prenehala, če bi se njihovo število zmanjšalo ali bi izginili. Sodišče je sklenilo, da so bili razlogi domačih sodišč pomembni in zadostni.

Leta 2012 je Sodišče prvič obravnavalo sovražni govor v povezavi s homofobično propagando, in sicer v zadevi *Vejdeland in ostali proti Švedski*, št. 1813/07, 9. februar 2012. Pritožniki so bili štirje mladeniči, ki so vstopili v neko srednjo solo v Švedski in vrgli sporne letake v šolske omarice ali pa so jih pustili tam. Na letakih je med drugim pisalo tudi, da »je istospolna usmerjenost spolna deviacija«, da »ima homoseksualnost uničevalen učinek na družbo«, da sta se »HIV in AIDS pojavila skupaj s homoseksualci« in da je »njihov promiskuitetni način življenja med glavnimi vzroki za širjenje te sodobne kuge«. Pred domačimi sodišči so bili obtoženi sovražnega hujskanja proti homoseksualcem kot skupini ljudi, opredeljivi na temelju osebnih okoliščin. Trem so dosodili pogojne obsodbe in denarne kazni med 200 in 2000 evri, enemu pa izrekli pogojen odpust kazni.

Sodišče je menilo, da je šlo za »zelo resne obtožbe«, četudi ne nagovarjajo neposredno k storitvi dejanj iz sovraštva. Ciljna skupina je bila v občutljivih letih. Sklicujoč se na že omenjeno zadevo *Féret* je poudarilo, da je diskriminacija na podlagi spolne usmerjenosti enako resna kot diskriminacija na podlagi »rase, narodnostnega izvora ali barve kože«. Napadi na osebe, storjeni z žalitvijo ali

obrekovanjem posebne skupine prebivalstva, lahko zadostujejo za odločitev domačih organov, da postavijo boj proti rasističnemu govoru, ki je v švedskem primeru obsegal tudi spolno usmerjenost, nad svobodo izražanja. Pomembno je tudi bilo, da so bile kazni sorazmerno mile. Pritrdilna mnenja in komentarji kažejo na to, da pot do odločitve v tem primeru nikakor ni bila preprosta.[13]

Na koncu še nekaj več o lanski, že omenjeni sodbi *Perinçek proti Švici*, ki je pomembna z mnogih vidikov. Je zadnja vodilna sodba, ki podaja pregled splošnih načel o sovražnem govoru na vseh področjih.

Doğu Perinçek je turški politik in pravnik, ki je leta 2005 med svojim potovanjem po Švici trikrat javno izjavil, da Otomansko cesarstvo leta 1915 in v naslednjih letih ni izvedlo genocida nad armenskim prebivalstvom. Dejal je tudi, da so »zatrjevanja o armenskem genocidu mednarodna laž«. Društvo Švica – Armenija je proti njemu podalo kazensko prijavo. Po zaslišanju zgodovinarjev in sociologa so švicarska kazenska sodišča pritožnika obsodila na podlagi četrtega odstavka 261.*bis* člena švicarskega kazenskega zakonika o prepovedi rasne diskriminacije. Prvostopenjsko sodišče je med drugim tudi navedlo, da je obstoj armenskega genocida neizpodbitno zgodovinsko dejstvo.

Sodba je torej povezana s posebno obliko sovražnega govora, in sicer zanikanjem armenskega genocida v Švici. ESČP je poudarilo, da je svobodno izvajanje pravice odkrito razpravljati o vprašanjih občutljive in polemične narave eden od temeljnih vidikov svobode izražanja, ki razlikuje strpno in pluralistično družbo od totalitarnega ali diktatorskega režima.

Veliki senat se je postavil na izhodišče metodičnega dvoma, ki je, kot vemo, temelj racionalizma, ter postavil jasne meje svoji presoji. Poudaril je, da njegova naloga ni odločati o tem, ali so poboji in deportacije, ki so jih utrpeli Armenci, pravno kategorizirani kot genocid. Obstoja genocida, ki je natančno določen pravni pojem, ni bilo lahko dokazati. ESČP je dvomilo, da je mogoče splošno soglasje o podobnih dogodkih, saj so zgodovinske raziskave po definiciji odprte za razpravo in ne vodijo nujno do sklepov ali trditev o objektivni in absolutni resnici.

ESČP je tudi dejalo, da tiste države, ki so uradno priznale armenski genocid, niso menile, da je treba sprejeti kazensko zakonodajo za preganjanje tistih, ki bi zanikali uradno stališče, saj je pomembno omogočiti manjšini, da prispeva k razpravi o vprašanjih javnega interesa. Poleg obširnega mednarodnopravnega pregleda je bil vključen tudi primerjalnopravni pregled odnosa držav do obsega kaznivega dejanja zanikanja genocidov, kjer so tudi podatki o Sloveniji (*Perinçek*, navedeno zgoraj, tč. 99); le-ta se med štirimi kategorijami, od nekriminalizacije do obsodbe zanikanja vseh genocidov, uvršča v zadnjo.

Veliki senat je tako povzel splošna načela o sovražnem govoru in pozivanju k nasilju po 10. členu EKČP (*Perinçek proti Švici*, navedeno zgoraj, tč. 204–208):

13 Glej navedeni članek nekdanje belgijske sodnice Françoise Tulkens, stran 295.

»204. Sodišče je bilo pozvano k obravnavanju uporabe 10. člena v številnih primerih, ki so zadevali verbalne in neverbalne izraze, ki naj bi spodbujali ali upravičevali nasilje, sovraštvo ali nestrpnost. Pri presojanju, ali je bil poseg v izvajanje pravice do svobode izražanja avtorjev oziroma včasih založnikov v teh primerih »nujen v demokratični družbi« v luči splošnih načel, razvitih v svoji sodni praksi, /…/ je Sodišče upoštevalo več dejavnikov.

205. Eden od teh dejavnikov je bil, ali so bile izjave podane v okoliščinah napetega političnega in družbenega ozadja. V ugotovitvi takega ozadja je Sodišče določeno obliko vmešavanja domačih oblasti po večini sprejelo kot upravičeno. Primeri vključujejo: napeto ozračje zaradi oboroženih spopadov med PKK (prepovedano Kurdsko delavsko stranko) in turškimi varnostnimi silami v jugovzhodni Turčiji v osemdesetih ali devetdesetih letih (glej *Zana proti Turčiji*, 25. november 1997, tč. 57–60, Poročila 1997-VII; *Sürek proti Turčiji* (št. 1) [VS], št. 26682/95, tč. 52 in 62, ESČP 1999-IV; *Sürek proti Turčiji* (št. 3) [*VS*], št. 24735/94, tč. 40, 8. julij 1999); vzdušje, ki so ga povzročili upori v turških zaporih s smrtonosnim izidom v Turčiji decembra 2000 (glej *Falakaoğlu in Saygılı proti Turčiji*, št. 22147/02 in 24972/03, tč. 33, 23. januar 2007, ter *Saygılı in Falakaoğlu proti Turčiji (št. 2)*, št. 38991/02, tč. 28, 17. februar 2009); probleme, povezane z integracijo neevropskih in še posebej muslimanskih priseljencev v Franciji (glej *Soulas in ostali proti Franciji*, št. 15948/03, tč. 38–39, 10. julij 2008, in *Le Pen proti Franciji* (odl.), št. 18788/09, 20. april 2010); kakor tudi odnose z narodnimi manjšinami v Litvi po ponovni vzpostavitvi neodvisnosti leta 1990 (glej *Balsytė-Lideikienė proti Litvi*, št. 72596/01, tč. 78, 4. november 2008).

206. Naslednji dejavnik pri presoji je bil, ali se lahko šteje, da so izjave, pošteno tolmačene in vzete v njihovem takojšnjem ali širšem kontekstu, neposredno ali posredno pozivale k nasilju ali upravičevale nasilje, sovraštvo ali nestrpnost (glej med zadnjimi avtoritetami, *Incal proti Turčiji*, 9. junij 1998, tč. 50, Poročila 1998-IV; *Sürek (št. 1)*, navedeno zgoraj, tč. 62; *Özgür Gündem proti Turčiji*, št. 23144/93, tč. 64, ESČP 2000-III; *Gündüz proti Turčiji*, št. 35071/97, tč. 48 in 51, ECHR 2003-XI; *Soulas in ostali*, navedeno zgoraj, tč. 39–41 in 43; *Balsytė-Lideikienė*, navedeno zgoraj, tč. 79–80; *Féret*, navedeno zgoraj, tč. 69–73 in 78; *Hizb ut-Tahrir in ostali proti Nemčiji* (odl.), št. 31098/08, tč. 73, 12. junij 2012; *Kasymakhunov in Saybatalov*, št. 26261/05 in 26377/06, tč. 107–112, 14. marec 2013; *Fáber proti Madžarski*, št. 40721/08, tč. 52 in 56–58, 24. julij 2012; *Vona proti Madžarski*, št. 35943/10, tč. 64–67, ESČP 2013). Pri presoji tega vidika je bilo Sodišče posebej pozorno na kategorične izjave (angl. *sweeping statements*), ki napadajo ali mečejo slabo luč na celotne etnične, verske ali druge skupnosti (glej *Seurot proti Franciji* (odl.), št. 57383/00, 18. maj 2004; *Soulas in ostali*, navedeno zgoraj, tč. 40 in 43; *Le Pen*, navedeno zgoraj, ki so vsi zadevali splošne negativne izjave o neevropskih in posebej muslimanskih priseljencih v Franciji; *Norwood*, navedeno zgoraj, ki je zadeval povezovanje vseh muslimanov v Združenem kraljestvu s terorističnimi dejanji v Združenih državah Amerike 11. septembra 2001; *W. P. in ostali,* navedeno zgoraj, ter *Pavel Ivanov,* navedeno zgoraj, ki sta oba zadevala hude antisemitske izjave; *Féret*, navedeno zgoraj, tč. 71, ki je zadeval izjave, ki so prikazovale neevropske priseljenske skupnosti v Belgiji kot kriminalno nastrojene; *Hizb ut-Tahrir in ostali*, tč. 73, ter *Kasymakhunov in Saybatalov*, tč. 107, oboje navedeno zgoraj, ki sta obe zadevali neposredne pozive k nasilju proti Judom,

izraelski državi in celotnemu Zahodu; *Vejdeland in ostali,* navedeno zgoraj, ki je zadeval zatrjevanja, da skušajo homoseksualci podcenjevati pedofilijo in da so odgovorni za širitev virusa HIV in AIDS-a).

207. Sodišče je pozornost namenilo tudi načinu, kako so bile izjave izrečene, in njihovi – neposredni in posredni – zmožnosti povzročiti škodljive posledice. Primeri vključujejo *Karataş proti Turčiji* ([VS], št. 23168/94, tč. 51–52, ESČP 1999-IV), kjer je dejstvo, da so bile izjave izrečene skozi poezijo, in ne v sredstvih javnega obveščanja, vodilo do sklepa, da posebni varnostni ukrepi, ki so bili drugače prisotni, v tem primeru niso mogli upravičiti vmešavanja v svobodo izražanja; *Féret* (navedeno zgoraj, tč. 76), kjer so bile izjave zapisane na volilnih lističih in tako še okrepile diskriminatorno in sovražno sporočilo, ki so ga razširjale; *Gündüz* (navedeno zgoraj, tč. 43–44), kjer so bile izjave podane med namenoma pluralistično televizijsko razpravo, kar je zmanjšalo njihov negativni učinek; *Fáber* (navedeno zgoraj, tč. 44–45), kjer je izraz obsegal zgolj miroljubno držanje zastave v bližini shoda, kar je imelo zelo omejen učinek, če sploh kakšnega, na potek shoda; *Vona* (navedeno zgoraj, tč. 64–69), kjer je šlo za paradiranje v vojaškem slogu v vaseh s številnim romskih prebivalstvom, kar je imelo zaradi danega zgodovinskega ozadja na Madžarskem zloveščo konotacijo; *Vejdeland in drugi* (navedeno zgoraj, tč. 56), kjer so bile izjave podane na letakih, razdeljenih v dijaških omaricah.

208. V vseh navedenih primerih je šlo za medsebojno vplivanje različnih dejavnikov, in ne zgolj za enega, ločenega od preostalih, kar je bilo odločilno za izid vsakega primera. Pristop Sodišča do tega tipa primerov je torej zelo odvisen od posebnih okoliščin vsake posamezne zadeve.«

Po presoji vseh navedenih pomembnih dejavnikov je veliki senat v zadevi *Perinçek* odločil, z desetimi glasovi za in sedmimi proti, da je prišlo do kršitve 10. člena Konvencije zaradi vmešavanja švicarskih oblasti. Zavedajoč se pomembnosti vprašanja, ali je mogoče omenjene deportacije in pomore imeti za genocid, za armensko skupnost, je Sodišče najprej menilo, da 8. člen Konvencije (pravica do zasebnosti) ščiti dostojanstvo žrtev ter dostojanstvo in identiteto sodobnih Armencev. Nato je tehtalo nasprotujoče si interese. Upoštevaje posebne okoliščine primera ter sorazmernost med uporabljenimi sredstvi in zastavljenim ciljem je Sodišče sklenilo, da v demokratični družbi ni bilo nujno kazensko preganjati in kaznovati pritožnika, da bi zaščitili pravice Armencev do dostojanstva.

Pri tem je upoštevalo predvsem naslednje dejavnike (*Perinçek*, navedeno zgoraj, tč. 280): pritožnikove izjave so bile povezane z vprašanji javnega interesa in jih ni bilo mogoče označiti za neposreden poziv k sovražnosti ali nestrpnosti; okoliščin, v katerih so bile izrečene, ni zaznamovala napetost ali specifični zgodovinski podtoni v Švici; izjave niso mogle v tolikšni meri vplivati na dostojanstvo armenske skupnosti, da bi bilo treba uporabiti kazensko pravo; mednarodno pravo Švici ni nalagalo obveze kriminalizacije tovrstnih izjav; kazalo je, da so švicarska sodišča pritožnika kaznovala, ker je izrazil drugačno mnenje od splošno sprejetega, in niso opravila tehtanja nasprotujočih si interesov; vmešavanje domačih oblasti je bilo resne kazenskopravne narave.

Nemška sodnica Angelika Nussberger je v ločenem pritrdilnem mnenju zapisala, da je po njenem mnenju prišlo zgolj do postopkovne kršitve, med drugim zato, ker švicarska sodišča niso opravila tehtanja svobode izražanja pritožnika in pravic Armencev. Sedem sodnikov, ki so glasovali proti, pa je napisalo ločeno mnenje.

Posebej o sovražnem govoru na spletu

Lani je Sodišče prvikrat obravnavalo sovražni govor na spletu ter dolžnosti in odgovornosti lastnikov spletnih portalov za žaljive komentarje bralcev, in sicer v že omenjeni zadevi *Delfi AS proti Estoniji*.

Podjetje Delfi je lastnik enega največjih spletnih portalov v Estoniji. Januarja 2006 je bil na portalu objavljen članek o podjetju, ki je spremenilo poti svojih trajektnih linij do nekaterih bližnjih otokov, kar je povzročilo lomljenje ledu in večtedensko zamudo pri odprtju ledenih cest do teh otokov. Bralce je ravnanje podjetja razjezilo, svoje nestrinjanje pa so izrazili v anonimnih komentarjih. Številni komentarji so bili zelo žaljivi do večinskega lastnika podjetja, nekateri so vsebovali tudi grožnje. Delfi je imel nastavljen filter, ki je samodejno zaznaval nekatere ključne obscene besede, vendar ni zaznal omenjenih komentarjev. Žaljivi komentarji so bili tako odstranjeni šele po opozorilu. Trajektno podjetje je Delfi tožilo. Estonsko sodišče je povleklo vzporednico z odgovornostjo založnikov in ugotovilo, da je bil Delfi odgovoren za žaljive komentarje, in podjetju dodelilo nizko odškodnino v višini 320 evrov.

Sodišče je uvodoma ponovilo,[14] da je splet največja platforma za izvajanje svobode izražanja. Poleg ogromne dobrobiti prinaša s seboj tudi nekatere nevarnosti. Žaljivi izrazi in druge oblike protipravnega govora, vključno s sovražnim govorom in pozivanjem k nasilju, se lahko razširijo v nekaj sekundah in včasih ne morejo odstraniti. Nasprotujoči si interesi, svoboda izražanja in pravica do osebnega dostojanstva so torej v osrčju tega primera, pravice po 8. in 10. členu pa naj uživajo enako zaščito.

Sodišče je tudi omejilo obseg svojega obravnavanja zadeve, in sicer na lastnike spletnih portalov z ekonomsko koristjo, ki omogočajo objave jasno protipravnega govora znanih ali anonimnih uporabnikov, ki posega v osebnostne pravice drugih, v obliki komentarja na že objavljena besedila. Ni šlo torej za forum ali druge oblike spletne komunikacije. Omenjene komentarje je veliki senat imel za sovražni govor ali za pozivanje k nasilju.

Sodišče se je dotaknilo tudi uporabe prava Evropske unije in pomembne direktive ter dejalo, da je tolmačenje prava v domeni domačih sodišč in da ne gre oporekati njihovi uporabi obligacijskega zakonika. Delfi torej ni imel zgolj tehnične, pasivne vloge pri objavi komentarjev, kakor zatrjevano po pravu EU, čeprav ni bilo mogoče izenačiti obveznosti in odgovornosti klasičnih založnikov in lastnikov spletnih portalov.

14 Glej dokument *»Internet: case law of the European Court of Human Rights«, Research Division, ECHR, junij 2015*, dostopen na spletni strani ESČP.

Po oceni sobesedila komentarjev Delfijeve odgovornosti in možne odgovornosti bralcev, avtorjev komentarjev, nezadostnih ukrepov za odstranitev komentarjev in minimalnega učinka posega je veliki senat z veliko večino (petnajst glasov proti dvema) odločil, da 10. člen ni bil kršen, da so bili razlogi domačih sodišč pomembni in zadostni ter da poseg ni bil nesorazmeren.

Sodišče je torej sprejelo, da država pogodbenica od spletnega portala lahko zahteva nadzor nad komentarji bralcev z namenom takojšnje odstranitve jasno protipravnih komentarjev, in sicer brez opozorila žrtve ali tretje strani. Iz tega sledi, da sistem odstranitve po opozorilu (angl. *notice-and-take-down system*) ni zadosten *post facto* nadzor nad tovrstnimi komentarji.

Februarja letos pa je senat četrtega oddelka izdal sodbo *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt proti Madžarski*, št. 22947/13, 2. februar 2016, torej drugo sodbo glede sovražnega govora na spletu. Madžarska sodišča so dva spletna portala denarno kaznovala zaradi komentarjev[15] pod objavljenimi članki. Senat je ugotovil, da poseg ni bil sorazmeren ter da madžarska sodišča niso ustrezno upoštevala in pretehtala vseh okoliščin primera, ki so se v bistvenem razlikovale od okoliščin v vodilnem primeru *Delfi proti Estoniji*.

V tem primeru elementi sovražnega govora in pozivi k nasilju niso bili prisotni, ampak je šlo za vulgarno in žaljivo pisanje, ki je pomenilo izražanje mnenja oziroma vrednostno sodbo ter ni doseglo stopnje očitne protipravnosti. Razprava, na katero so se nanašali sporni komentarji, je bila v javnem interesu, ker je bila povezana z nepošteno poslovno prakso nepremičninskih podjetij, ki jo je v trenutku objave komentarjev že preiskovala tržna inšpekcija. Sporni komentarji zato niso mogli bistveno poslabšati ugleda nepremičninskega podjetja, česar pa nacionalna sodišča niso ustrezno upoštevala. Poleg tega ugled gospodarske družbe nima tolikšne moralne vrednosti, kot jo ima ugled posameznika, s čimer se je Sodišče srečalo v primeru *Delfi*. Nacionalna sodišča tudi niso presojala morebitne odgovornosti neposrednih avtorjev komentarjev, ampak so predpostavila izključno odgovornost portalov, in eden od portalov (MTE) je bil neprofitna organizacija.

Navkljub široki uporabi in dejstvu, da je splet prisoten v našem vsakdanjem življenju že več kot dve desetletji, je sodna praksa Sodišča o sovražnem govoru na spletu razmeroma skopa in odpira številna nova vprašanja zaradi narave tega hitro se razvijajočega novega medija komunikacije. V sodni praksi ESČP se zarisuje v tradicionalne okvire napetosti med pravico do zasebnosti po 8. in 10. členu Konvencije ter naraščanjem zaščite svobode izražanja in določenim omejevanjem te svobode. Pričakovati je torej, da se bo sodna praksa na tem področju hitro razvijala.[16]

15 Komentar je bil naslednji: »Takšni ljudje naj serjejo ježa in porabijo ves denar na grobu svojih mater, dokler ne crknejo.«

16 Islandski sodnik ESČP Robert Spano je to napetost filozofsko umestil med libertarianistični pristop, po katerem je splet sui generis globalni komunikacijski medij, ki ga ne bi smeli uravnavati, ter pristop družbene odgovornosti, po katerem so pravice in dolžnosti na spletu enake kot drugje in se uporabljajo tradicionalna pravna načela. Njegov članek na temo splet in ESČP je v pripravi. Prav tako je v okviru programa HELP v pripravi modul o sovražnem govoru.

VIRI, DOSTOPNI NA SPLETNI STRANI ESČP:

- Podatkovna baza odločitev HUDOC.
- Preglednica *Factsheet – Hate speech, Press Unit, ECHR.*
- Dokument *Internet: case law of the European Court of Human Rights, Research Division, ECHR, junij 2015.*
- Publikacija *Annual report 2015.*
- Mesečni pregled sodne prakse.

VIRI SVETA EVROPE:

- COE Recommendation (2014) on A Guide to Human Rights of Internet Users.

REGISTRSKI POSTOPEK PRI ČEZMEJNIH ZDRUŽITVAH

višja sodnica
mag. Darja Novak Krajšek
Okrožno sodišče v Ljubljani

1 UVOD

Čezmejnih združitev, v katerih bi bile udeležene tudi pravne osebe s sedežem v Sloveniji, do zdaj ni bilo veliko. Zato se sodna praksa na tem področju šele oblikuje. Postopek čezmejne združitve in postopek registracije čezmejne združitve se v vsaki državi članici EU izpeljeta po pravilih, ki veljajo za notranje združevanje kapitalskih družb in ob upoštevanju predpisanih dodatnih zahtev. Sodna praksa bo morala ponuditi odgovore na že odprta vprašanja, ali je pravila o čezmejnih združitvah iz Desete direktive 2005/56/ES in Zakona o gospodarskih družbah mogoče smiselno uporabiti tudi za čezmejno združevanje osebnih družb in drugih pravnih oseb, kako naj registrsko sodišče preveri, ali so skupščine vseh udeleženih družb odločale o istem načrtu čezmejne združitve, in po kakšni poti naj registrsko sodišče obvesti tuj registrski organ o izvedenem vpisu čezmejne združitve v sodni register.

2 PRAVNI VIRI, KI UREJAJO ČEZMEJNE ZDRUŽITVE

Čezmejne združitve so urejene v Deseti direktivi 2005/56/ES o čezmejnih združitvah, ki sta jo sprejela Evropski parlament in Svet dne 26. 10. 2005. Zahteve iz Direktive so bile v naš pravni red implementirane z Novelo Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1A iz leta 2008[1], ki je v VI. del ZGD-1 uvrstila nov 4. oddelek z naslovom Posebna pravila o čezmejnih združitvah in je čezmejne združitve specialno uredila v členih 622. a–l. V skladu z Direktivo 2005/56/ES je bilo z Zakonom o soodločanju delavcev pri čezmejnih združitvah kapitalskih družb posebej urejeno tudi soodločanje delavcev v organih vodenja in nadzora družb, ki nastanejo s čezmejno združitvijo kapitalskih družb. Registrski postopek čezmejnih združitev je urejen v členih 116. a–c Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register.[2]

2.1 Deseta direktiva 2005/56/ES o čezmejnih združitvah

Deseta direktiva ureja čezmejne združitve kapitalskih družb, torej delniških družb, družb z omejeno odgovornostjo in komanditnih delniških družb. Ne omenja pa možnosti čezmejnega združevanja drugih oblik pravnih oseb. Iz Desete direktive izhajajo naslednja načela, ki jih morajo države članice EU upoštevati pri svojih

1 Uradni list RS, št. 10/2008.
2 Uradni list RS, št. 43/2007, 5/2010 in 25/2014.

ureditvah čezmejnih združitev:

1. postopek čezmejne združitve se v vsaki državi članici izpelje po nacionalnih pravilih, ki se uporabljajo za notranje združitve;
2. poslovodna ali upravna organa obeh udeleženih družb morata oblikovati skupen predlog pogojev čezmejne združitve, ki mora vsebovati obvezne sestavine, ki jih zahteva Direktiva, in jih je treba objaviti vsaj en mesec pred dnevom skupščine, ki bo odločala o tem predlogu;
3. poslovodna ali upravna organa vsake od udeleženih družb morata pripraviti poročilo o predlagani čezmejni združitvi za družbenike in zaposlene, v katerem pojasnita pravne in ekonomske vidike čezmejne združitve in njene posledice;
4. o združitvi mora biti izdelano neodvisno strokovno poročilo, razen če se vsi družbeniki udeleženih družb strinjajo, da to ni potrebno;
5. o potrditvi skupnega predloga čezmejne združitve odloča skupščina vsake udeležene družbe;
6. vsaka država članica mora opredeliti organ, ki je pristojen izvesti nadzor zakonitosti tistega dela postopka čezmejne združitve, ki poteka v njegovi državi, po pravilih nacionalnega prava in izdati potrdilo, ki potrjuje pravilno izvedbo predpisanih dejanj pred združitvijo (t. i. predzdružitveno potrdilo);
7. vsaka država članica mora opredeliti organ, pristojen za nadzor zakonitosti tistega dela postopka, s katerim se čezmejna združitev zaključi, in zakonitosti ustanovitve nove družbe, če je bila s čezmejno združitvijo ustanovljena na območju njegove države, ter mora ta organ tudi preveriti, ali so vse udeležene družbe odobrile skupni predlog pogojev čezmejne združitve pod enakimi pogoji;
8. registrski organ, v katerega se vpiše družba, ki je izšla iz čezmejne združitve, mora nemudoma obvestiti registrske organe združujočih se družb, ki morajo opraviti izbrise teh družb;
9. države članice morajo določiti pravila o načinu objave zaključka čezmejne združitve;
10. pravni učinki čezmejne združitve so prenehanje obstoja prevzetih družb, prenos vseh njihovih sredstev in obveznosti na prevzemno družbo ter pridobitev statusa družbenika v prevzemni družbi družbenikov prevzetih družb;
11. za soodločanje delavcev pri upravljanju se uporabi nacionalno pravo države, ki velja za družbo, ki izide iz čezmejne združitve, razen če ni imela vsaj ena od prevzetih družb v zadnjih šestih mesecih pred objavo predloga pogojev čezmejne združitve več kot 500 zaposlenih in tudi sistem soodločanja delavcev ali če nacionalna zakonodaja prevzemne družbe ne predvideva vsaj take ravni soodločanja delavcev, kot je uveljavljena v prevzetih družbah.

2.2 Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1)[3]

2.2.a) Iz členov 622. a–b ZGD-1 lahko ugotovimo, da se pravila ZGD-1 o čezmejnih združitvah uporabljajo:

- le za kapitalske družbe (d. d., d. o. o. in k. d. d.) in za evropsko delniško družbo (SE) s sedežem v Sloveniji;

3 Uradni list RS, št. 65/09, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13 in 55/15.

- izključena je uporaba teh določb za investicijske sklade za finančno investiranje;
- kapitalska družba s sedežem v Sloveniji lahko pri čezmejni združitvi nastopa kot prevzemna družba, kot prevzeta družba ali kot novoustanovljena družba, nastala s čezmejno združitvijo ene ali več kapitalskih družb, ustanovljenih po pravu različnih držav članic (EU);
- za izvedbo postopka čezmejne združitve se smiselno uporabljajo določbe 580. člena do 622. l člena ZGD-1, ki urejajo nacionalne pripojitve in spojitve, dodatno pa še specialne določbe o čezmejnih združitvah iz 622. a–l člena ZGD-1;
- dan začetka veljavnosti čezmejne združitve se presoja po pravu, ki velja za družbo, ki izide iz čezmejne združitve (torej za prevzemno družbo ali z novonastalo družbo, ki je nastala s čezmejno združitvijo).

2.2.b) Specialne določbe o postopku čezmejne združitve:

1. skupen načrt čezmejne združitve mora potrditi notar (peti odstavek 622. c člena ZGD-1);
2. poročilu poslovodstva oziroma organa vodenja o čezmejni združitvi, v katerem je treba obrazložiti pravne in ekonomske posledice čezmejne združitve, se ni dovoljeno odpovedati in je obvezno (četrti odstavek 622. č člena ZGD-1) tudi pri poenostavljenih pripojitvah (pri nacionalnih poenostavljenih pripojitvah je odpoved dovoljena z izjavami o odpovedi vseh delničarjev vsake od udeleženih družb, danimi v obliki notarskega zapisa);
3. predložitvi poročila o čezmejni združitvi registrskemu organu in objavi obvestila o predložitvi se ni dovoljeno odpovedati (peti odstavek 622. e člena ZGD-1);
4. poleg tega, da mora družba objaviti, da je registrskemu organu predložila načrt čezmejne združitve na spletni strani Ajpesa, mora v Uradnem listu Republike Slovenije objaviti še naslednje podatke:
   - podatke o pravnoorganizacijski obliki, firmi in sedežu vseh družb, ki se bodo čezmejno združile;
   - pri katerih registrskih organih so za te družbe shranjene predpisane listine iz Prve publicitetne direktive 68/151 (zbirke listin);
   - pod katero številko so te družbe vpisane v register;
   - način za uveljavitev pravic upnikov in družbenikov vseh udeleženih družb in naslov, na katerem lahko o tem brezplačno pridobijo popolne informacije;
5. pri poenostavljenih pripojitvah oziroma združitvah (če je prevzemna družba 100-odstotna lastnica edine prevzete družbe) za veljavnost sklepa o soglasju za čezmejno združitev ni potrebno soglasje skupščine prevzete družbe (622. f člen ZGD-1) ter ni treba upoštevati določb o menjalnem razmerju in morebitnih denarnih doplačilih (četrti odstavek 622. c člena ZGD-1);
6. če je prevzeta družba iz Slovenije, prevzemna družba s sedežem v drugi državi članici EU pa ima vsoto osnovnega kapitala in vezanih rezerv nižjo od prevzete slovenske družbe, je treba vse znane upnike prevzete slovenske družbe tudi osebno obvestiti o predložitvi načrta čezmejne združitve;
7. če je prevzemna družba v drugi članici EU, je treba vsakemu upniku prevzete družbe s sedežem v Sloveniji na njegovo zahtevo najpozneje naslednji delovni dan brezplačno dati prepis načrta čezmejne združitve, letnih poročil vseh udeleženih družb za zadnja tri leta, poročil poslovodstev o združitvi, poročil nadzornih svetov o pregledu združitve in poročil revizorjev (prepis listin iz drugega odstavka 586. člena ZGD-1);

8. vsak družbenik prevzete družbe s sedežem v Sloveniji, ki nasprotuje čezmejni združitvi in je na njeni skupščini na zapisnik ugovarjal sklepu o soglasju za čezmejno združitev, družbenik, ki mu je bila protipravno preprečena udeležba na tej skupščini, ali če je bila skupščina nepravilno sklicana oziroma predmet njenega odločanja ni bil pravilno objavljen, lahko od prevzemne družbe zahteva, da prevzame njegov delež za plačilo primerne denarne odpravnine, in ima pravico zahtevati tudi sodni preizkus primernosti višine denarne odpravnine (pri nacionalnih združitvah imajo pravico do denarne odpravnine le delničarji prosto prenosljivih delnic prevzete družbe, ki so ugovarjali združitvi s prevzemno družbo, ki ima vinkulirane delnice, in ugovarjajoči družbeniki prevzete družbe, če ima prevzemna družba drugačno pravnoorganizacijsko obliko od prevzete);
9. če so pri čezmejni združitvi udeležene tudi družbe iz držav članic EU, katerih pravni redi ne urejajo postopka za sodni preizkus menjalnega razmerja, je izključena možnost izpodbijanja sklepa skupščine zaradi neprimernega menjalnega razmerja (iz razlogov po 604. členu ZGD-1) le tedaj, če skupščine vseh tujih družb iz tistih držav, v katerih ni urejen postopek sodnega preizkusa menjalnega razmerja, ob sprejemanju sklepov o soglasju za čezmejno združitev, izrecno soglašajo, da lahko družbeniki prevzete družbe s sedežem v Sloveniji predlagajo sodni preizkus menjalnega razmerja proti prevzemni družbi oziroma novoustanovljeni družbi, in to tako v primeru, če ima ta sedež v Sloveniji, kot tudi, če ima sedež v drugi državi članici, in to pod pogoji, ki so za nacionalne združitve določeni v 605. do 615. členu ZGD-1.

3 POSTOPEK ČEZMEJNE ZDRUŽITVE

3.1 Posebnosti glede revizije

Pri čezmejni združitvi tudi za udeležene d.o.o. velja, da revizija čezmejne združitve ni potrebna, ko se vsi družbeniki vsake od udeleženih družb z izjavo v obliki notarskega zapisa ali ustno na zasedanju skupščine, ki odloča o soglasju za čezmejno združitev, odpovejo uporabi določb o reviziji. To je drugače kot pri nacionalnih združitvah d.o.o., pri katerih je potrebna revizija združitve le, če tako predlaga kateri od družbenikov.

Za t. i. poenostavljeno pripojitev, pri kateri je prevzemna družba 100-odstotna lastnica edine prevzete družbe, velja, da revizija čezmejne združitve ni potrebna, saj preverjanje ustreznosti menjalnega razmerja ni aktualno (četrti odstavek 622. c člena ZGD-1).

Tudi pri čezmejni združitvi lahko revizorji za vse družbe, udeležene pri čezmejni združitvi, izdelajo skupno poročilo o reviziji ali revizijo čezmejne združitve izdelajo za vsako udeleženo družbo posebej.

Pri reviziji čezmejne združitve velja še specialna določba petega odstavka 622. d člena ZGD-1, po kateri je treba v primeru, ko je prevzeta družba iz Slovenije, prevzemna ali novoustanovljena družba pa je iz druge države članice EU, v poročilu o reviziji čezmejne združitve navesti tudi višine osnovnih kapitalov in višine vezanih rezerv vseh družb, ki se čezmejno združujejo.

3.2 Posebnosti glede skupščine

Tudi pri čezmejnem združevanju d.o.o. je treba za izvedbo skupščin, ki odločajo o soglasju za čezmejno združitev, upoštevati določbe o izvedbi skupščin delniških družb, saj prvi odstavek 622. e člena ZGD-1 predpisuje, da se za pripravo in izvedbo skupščine d.o.o., ki bo odločala o soglasju za čezmejno združitev, namesto določb 619. člena ZGD-1 uporabljajo določbe 586. člena ZGD-1:

- da mora poslovodstvo vsake pri pripojitvi udeležene družbe vsaj mesec dni pred zasedanjem skupščine registrskemu organu predložiti načrt čezmejne združitve in objaviti obvestilo o predložitvi načrta;
- da je treba vsaj mesec dni pred zasedanjem skupščine, ki bo odločala o soglasju, vsakemu družbeniku vsake udeležene družbe na sedežu družbe omogočiti pregled načrta čezmejne združitve, pregled letnih poročil vseh udeleženih družb za zadnja tri poslovna leta, poročil poslovodstev, nadzornih svetov in revizorjev o pregledu čezmejne združitve, da je treba družbenikom na njihovo zahtevo naslednji delovni dan dati brezplačno prepis teh listin ter da mora poslovodstvo na začetku obravnave na skupščini ustno razložiti vsebino načrta čezmejne združitve in obvestiti o vseh pomembnih spremembah premoženja do zasedanja skupščine, ki bi lahko vplivale na menjalno razmerje, in na zahtevo ustno pojasniti tudi za pripojitev pomembne zadeve drugih udeleženih družb.

Če je prevzemna družba 100-odstotna lastnica edine prevzete družbe, za veljavnost sklepa o soglasju za čezmejno združitev ni potrebno soglasje skupščine prevzete družbe (prvi odstavek 622. f člena ZGD-1).

Skupščina vsake, pri čezmejni združitvi udeležene družbe lahko združitev (svoje soglasje k združitvi) pogojuje s tem, da se pri družbi, ki bo izšla iz čezmejne združitve, izrecno potrdi način soodločanja delavcev (drugi odstavek 622. f člena ZGD-1).

4 VARSTVO DRUŽBENIKOV DRUŽB, KI SE ČEZMEJNO ZDRUŽUJEJO

4.1 Varstvo družbenikov prevzete družbe iz Slovenije

Če so pri čezmejni združitvi udeležene tudi družbe iz držav članic EU, katerih pravni redi ne urejajo postopka za sodni preizkus menjalnega razmerja, je izključena možnost izpodbijanja sklepa skupščine zaradi neprimernega menjalnega razmerja (iz razlogov po 604. členu ZGD-1) le tedaj, če skupščine vseh tujih družb iz tistih držav, ki nimajo urejenega postopka sodnega preizkusa menjalnega razmerja, ob sprejemanju sklepov o soglasju za čezmejno združitev soglašajo, da lahko družbeniki prevzete družbe s sedežem v Sloveniji, v Sloveniji in pod pogoji, ki jih določa ZGD-1 v 605. do 615. členu za nacionalne združitve, predlagajo sodni preizkus menjalnega razmerja proti prevzemni družbi oziroma novoustanovljeni družbi. In to tako v primeru, če ima prevzemna družba oziroma novonastala družba sedež v Sloveniji, kot tudi tedaj, če ima sedež v drugi državi članici. Če takega

soglasja skupščin vseh družb iz tistih tujih držav članic, ki ne urejajo postopka sodnega preizkusa menjalnega razmerja, ni, lahko družbeniki prevzete družbe iz Slovenije izpodbijajo sklep skupščine o soglasju za čezmejno združitev tudi zaradi neustreznega menjalnega razmerja ali ker obrazložitev menjalnega razmerja v poročilu poslovodstva, revizijskem poročilu in pisnem poročilu nadzornega sveta ni bila v skladu z zakonom.

Proti prevzemni ali novonastali družbi s sedežem v drugi članici EU, ki ne pozna postopka sodnega preizkusa menjalnega razmerja, lahko družbeniki prevzete družbe iz Slovenije zahtevajo sodni preizkus menjalnega razmerja po pravilih iz ZGD-1 le, če so na zapisnik skupščine, ki je odločala o soglasju za čezmejno združitev, napovedali vložitev predloga za sodni preizkus menjalnega razmerja ali če so vložitev takega predloga družbi napovedali v mesecu dni po sprejetju soglasja skupščine za čezmejno združitev.

Vsak imetnik deležev prevzete družbe s sedežem v Sloveniji, katere premoženje se prenaša na prevzemno družbo s sedežem v drugi državi članici, ki na skupščini prevzete družbe na zapisnik ugovarja sklepu o soglasju za čezmejno združitev, lahko od prevzemne družbe, ki izide iz čezmejne združitve, zahteva prevzem svojih deležev, ki mu jih mora zagotoviti zaradi združitve za plačilo primerne denarne odpravnine. To pravico imajo tudi imetniki deležev prevzete družbe, ki se skupščine niso udeležili zaradi protipravne preprečitve njihove udeležbe, zaradi nepravilnega sklica skupščine ali ker ni bil pravilno objavljen predmet odločanja skupščine.

4.2 Varstvo družbenikov prevzete družbe iz druge države članice EU

Družbeniki prevzete družbe s sedežem v drugi državi članici EU lahko vložijo predlog za sodni preizkus menjalnega razmerja (proti prevzemni družbi v Sloveniji), če:

- iz predzdružitvenega potrdila, ki ga izda pristojni registrski organ njihove matične države, izhaja, da so se veljavno odpovedali pravici do izpodbijanja skupščinskega sklepa o soglasju za čezmejno združitev iz razlogov v zvezi z menjalnim razmerjem, in
- če vse prevzete družbe s sedeži v drugih državah članicah soglašajo z vložitvijo predloga za sodni preizkus menjalnega razmerja.

5 VARSTVO UPNIKOV IN IMETNIKOV POSEBNIH PRAVIC

Upniki prevzete družbe s sedežem v Sloveniji, ki se čezmejno združuje s prevzemno družbo iz druge države članice EU, imajo pravico zahtevati zavarovanje za svoje nezapadle, negotove ali pogojne terjatve:

- v enem mesecu po objavi obvestila o predložitvi načrta čezmejne združitve registrskemu organu;
- če verjetno izkažejo, da je zaradi čezmejne združitve ogrožena izpolnitev njihove terjatve.

Po prvem odstavku 622. j člena ZGD-1 se šteje terjatev upnikov za ogroženo, če je vsota osnovnega kapitala in vezanih rezerv prevzemne družbe ali novonastale družbe s sedežem v drugi državi članici nižja od vsote osnovnega kapitala in vezanih rezerv prevzete družbe iz Slovenije.

Pravice zahtevati zavarovanja terjatev nimajo tisti upniki, ki imajo v primeru stečajnega postopka pravico do prednostnega poplačila.

Imetnikom zamenljivih obveznic, obveznic s pravico do prednostnega nakupa delnic in imetnikom dividendnih obveznic oziroma drugih posebnih pravic do udeležbe pri dobičku prevzete družbe je treba v prevzemni družbi oziroma družbi, ki izide iz čezmejne združitve, zagotoviti enakovredne pravice.

6 REGISTRSKI POSTOPEK ČEZMEJNE ZDRUŽITVE

Pri izvedbi čezmejne združitve bo sodni register pristojnega sodišča v Republiki Sloveniji izvedel bodisi postopek vpisa namere čezmejne združitve ali postopek vpisa čezmejne združitve. Vpis namere čezmejne združitve bo izveden, če ima v Sloveniji sedež prevzeta družba ali ena od prevzetih družb, vpis čezmejne združitve pa takrat, ko ima v Sloveniji sedež prevzemna družba oziroma če bo imela tukaj sedež družba, ki bo izšla iz čezmejne združitve (nova družba, nastala z združitvijo).

6.1 Postopek vpisa namere čezmejne združitve

Pri vpisu namere čezmejne združitve v sodni register je naloga registrskega sodišča predhodni nadzor zakonitosti čezmejne združitve in izdaja t. i. predzdružitvenega potrdila (622. k člen ZGD-1), na podlagi katerega bo nato registrski organ tuje prevzemne družbe ali novonastale družbe s sedežem v drugi državi članici izvedel vpis čezmejne združitve. Pri vpisu namere čezmejne združitve registrsko sodišče preverja zakonitost postopka z zornega kota varovanja pravic prevzete družbe, njenih družbenikov in upnikov.

6.1.1 Predlog za vpis namere čezmejne združitve

Drugi odstavek 622. k člena ZGD-1 predpisuje, da mora vpis namere čezmejne združitve v sodni register predlagati poslovodstvo prevzete družbe in da je predlogu treba priložiti naslednje listine:

1. notarsko potrjen **načrt čezmejne združitve**, ki mora vsebovati (622. c člen ZGD-1):

a) pravnoorganizacijsko obliko, firmo in sedež vsake prevzete družbe in prevzemne družbe oziroma družbe, ki izide iz čezmejne združitve;
b) menjalno razmerje deležev prevzete družbe za deleže prevzemne družbe in višino morebitnega denarnega doplačila, izraženo v denarnem znesku na posamezen delež prevzete družbe (to ni potrebno, če je prevzemna družba edina lastnica prevzete oziroma vseh prevzetih družb);
c) natančen opis postopkov prenosa deležev prevzemne družbe in plačila denarnega doplačila oziroma razloge, če prevzemna družba ne bo zagotovila

deležev (to ni potrebno, če je prevzemna družba edina lastnica prevzete oziroma vseh prevzetih družb);

d) natančen opis verjetnih vplivov čezmejne združitve na položaj delavcev v vseh družbah, ki se čezmejno združujejo;
e) dan, od katerega so imetniki zaradi združitve zagotovljenih deležev prevzemne družbe udeleženi pri njenem dobičku, in podrobnosti o uveljavitvi te pravice (to ni potrebno, če je prevzemna družba edina lastnica prevzete oziroma vseh prevzetih družb);
f) dan obračuna čezmejne združitve (od katerega dne se štejejo dejanja prevzetih družb, opravljena za račun prevzemne družbe);
g) pravice in ukrepe za uresničitev pravic imetnikov posebnih pravic iz deležev prevzetih družb;
h) posebne ugodnosti, ki bodo zagotovljene članom organov vodenja ali nadzora udeleženih družb in revizorjem;
i) predlog statuta prevzemne oziroma novoustanovljene družbe;
j) podatke o vrednotenju premoženja in obveznosti prevzete družbe, ki se prenesejo na prevzemno družbo oziroma družbo, ki izide iz čezmejne združitve;
k) bilančni presečni dan računovodskih poročil udeleženih družb, ki so bila podlaga za določitev pogojev čezmejne združitve;
l) ponudbo za prevzem proti primerni denarni odpravnini za deleže družbenikov, ki so na zapisnik skupščine ugovarjali soglasju za čezmejno združitev (razen če so se denarni odpravnini odpovedali);
m) podatke o postopkih, s katerimi je bila v skladu z Direktivo 2005/56/ES določena udeležba delavcev pri upravljanju prevzemne družbe, če je to primerno;

2. zapisnik skupščine prevzete družbe o soglasju za čezmejno združitev;
3. poročilo poslovodstva prevzete družbe o čezmejni združitvijo;
4. revizijsko poročilo ali poročila čezmejne združitve;
5. zaključno poročilo prevzete družbe;
6. dokaz, da je bilo obvestilo o nameri čezmejne združitve objavljeno na Ajpesu in da so bili predpisani podatki objavljeni tudi v Uradnem listu RS;
7. dokaze o zagotovitvi pogojev za uresničitev pravic družbenikov in soglasje družb iz drugih držav članic za začetek postopka sodnega preizkusa primernosti denarne odpravnine;
8. dokaze o zagotovitvi pogojev za uresničitev pravic upnikov ali izjavo, da to ni bilo potrebno;
9. izjavo poslovodstva prevzete družbe, da proti sklepu skupščine o soglasju za čezmejno združitev ni bila vložena tožba na izpodbijanje sklepa ali ugotovitev njegove ničnosti ali da je bila taka tožba pravnomočno zavrnjena, zavržena oziroma umaknjena ali da so se družbeniki v obliki notarskega zapisa odpovedali pravici do izpodbijanja oziroma ugotavljanja ničnosti;
10. izjavo poslovodstva prevzete družbe o številu družbenikov, ki uveljavljajo pravico do plačila denarne odpravnine za prevzem njihovih delnic oziroma deležev, in o načinu uresničitve te pravice;
11. dovoljenje pristojnega organa, če se to zahteva za čezmejno združitev.

6.1.2 Kaj mora registrsko sodišče preveriti pred vpisom namere čezmejne združitve v sodni register

Četrti odstavek 622. k člena ZGD-1 predpisuje, da mora registrski organ preizkusiti:

- ali so bila v zvezi s čezmejno združitvijo pravilno opravljena vsa predpisana pravna opravila;
- ali so izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravice družbenikov zahtevati prevzem deležev za plačilo denarne odpravnine oziroma ali so se vsi veljavno odpovedali tej pravici (ali so družbeniki na skupščini na zapisnik ugovarjali sklepu o soglasju);
- ali so izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravice upnikov zahtevati zavarovanje (če so izkazali, da je zaradi čezmejne združitve ogrožena izpolnitev njihovih terjatev in so njihovo zavarovanje zahtevali v roku enega meseca od objave obvestila o predložitvi načrta čezmejne združitve registrskemu sodišču) in ali jim je bilo zavarovanje tudi res dano (tretji odstavek 622. j člena ZGD-1);
- ali so bile imetnikom posebnih pravic zagotovljene enakovredne pravice, torej pravica do zamenjave njihovih obveznic v delnice, pravica do prednostnega nakupa delnic oziroma pravica do dividend (tretji odstavek 622. j člena ZGD-1);
- v potrdilu je treba navesti, ali in kateri družbeniki so napovedali vložitev predloga za sodni preizkus menjalnega razmerja (tretji odstavek 622. i člena ZGD-1);
- ali je bilo družbenikom za izpolnitev obveznosti plačila denarne odpravnine dano ustrezno zavarovanje ali so se vsi upravičenci do denarne odpravnine tej odpovedali (četrti odstavek 622. g člena ZGD-1).

Iz navedenih določb lahko ugotovimo, kakšna naj bi bila vsebina t. i. predzdružitvenega potrdila iz četrtega odstavka 622. k člena ZGD-1, ki ga mora registrsko sodišče na sedežu prevzete družbe izdati takoj po vpisu namere čezmejne združitve v sodni register. S tem potrdilom registrsko sodišče potrdi, da so bila pravilno opravljena vsa pravna opravila, ki jih je bilo treba opraviti za čezmejno združitev. Za to potrdilo je iz drugega odstavka 622. l člena ZGD-1 razvidno, da ga mora registrskemu organu prevzemne družbe oziroma družbe, ki bo izšla iz čezmejne združitve, predložiti poslovodstvo družbe ob vložitvi predloga za vpis čezmejne združitve v sodni register. Kar pomeni, da mora poslovodstvo prevzemne ali novonastale družbe samo poskrbeti tudi za overjen prevod tega potrdila v uradni jezik pristojnega registrskega organa, ki bo vpisalo izvedbo čezmejne združitve. Potrdilo oziroma potrdila, če je prevzetih družb več, ob vložitvi predloga za vpis čezmejne združitve v sodni register ne smejo biti starejša od šestih mesecev (drugi odstavek 622. l člena ZGD-1).

6.1.3 Vsebina registrskega vpisa namere čezmejne združitve

Peti odstavek 622. k člena ZGD-1 predpisuje, da se ob vpisu namere za čezmejno združitev vpišeta v sodni register nameravani sedež družbe, ki izide iz čezmejne združitve, in register, pri katerem bo ta družba vpisana. Vpis se opremi z zaznamkom, da je bilo izdano potrdilo iz četrtega odstavka tega člena, torej predzdružitveno potrdilo. Vsebina vpisa je razvidna tudi iz prvega odstavka 116. a člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, ki predpisuje,

da je treba s predlogom za vpis namere čezmejne združitve zahtevati, da se v sodni register vpiše:

- namero čezmejne združitve;
- nameravani sedež družbe, ki izide iz čezmejne združitve;
- register, pri katerem bo ta družba vpisana, s podatkom o pristojnem organu države članice, ki vodi ta register, in
- navedbo, da je pristojno registrsko sodišče z odločitvijo o vpisu te namere potrdilo pravilnost izvedenih pravnih opravil za čezmejno združitev po četrtem odstavku 622. k člena ZGD-1.

6.2 Postopek vpisa čezmejne združitve v sodni register

Ta postopek se izvaja v državi prevzemne družbe oziroma družbe, ki bo izšla iz čezmejne združitve. Kadar ima taka družba sedež v Sloveniji, velja določba prvega odstavka 622. l člena ZGD-1, po kateri mora poslovodstvo vsake družbe, ki se čezmejno združuje, pri registrskem sodišču v Sloveniji, pri katerem bo v register vpisana družba, ki izide iz čezmejne združitve, vložiti predlog za vpis čezmejne združitve. Kar kaže, da morajo predloge (lahko tudi skupen predlog) vložiti poslovodstva vseh v čezmejni združitvi udeleženih družb, in ne le tiste s sedežem v Sloveniji.

Predlogu morajo biti priložena tudi potrdila (predzdružitvena), ki so jih po opravljenem vpisu namere čezmejne združitve izdali pristojni registrski organi držav članic, v katerih so imele sedeže prevzete družbe. Potrdila ne smejo biti starejša od šestih mesecev in morajo biti predložena tudi v overjenem prevodu v slovenski jezik (drugi odstavek 3. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register). Predlogu za vpis morajo biti priložene listine tudi iz drugega odstavka 590. člena ZGD-1:

1. izjave poslovodstev vseh pri čezmejni združitvi udeleženih družb, da proti sklepu skupščine o soglasju za čezmejno združitev ni bila vložena tožba na izpodbijanje sklepa ali ugotovitev njegove ničnosti ali da je bila taka tožba pravnomočno zavrnjena, zavržena oziroma umaknjena ali da so se družbeniki v obliki notarskega zapisa odpovedali pravici do izpodbijanja oziroma ugotavljanja ničnosti;
2. pri poenostavljeni pripojitvi izjavo poslovodstva prevzemne družbe, da njeni delničarji niso zahtevali, naj o soglasju odloča skupščina prevzemne družbe, ali da so se tej pravici odpovedali v obliki notarskega zapisa;
3. zapisnike skupščin vseh družb, ki so odločale o soglasju za čezmejno združitev;
4. poročila poslovodstev udeleženih družb o čezmejni združitvi;
5. poročila ali skupno poročilo o reviziji čezmejne združitve;
6. poročila nadzornih svetov o pregledu čezmejne združitve;
7. zaključna poročila prevzetih družb;
8. dovoljenje ali soglasje pristojnega državnega ali drugega organa, če je to potrebno;
9. dokaz, da je bil načrt čezmejne združitve objavljen v skladu z zakonom;
10. izjave oseb, ki bodo morda namesto prevzemne družbe zagotovile denarna doplačila ali denarno odpravnino družbenikom prevzete družbe.

6.3 Kaj mora registrsko sodišče preveriti pred vpisom čezmejne združitve v sodni register

Tretji odstavek 622. l člena ZGD-1 zahteva, da registrsko sodišče pred vpisom čezmejne združitve v sodni register preizkusi:

1. ali so vse skupščine družb, ki se čezmejno združujejo, s sklepom o soglasju za čezmejno združitev potrdile isti načrt čezmejne združitve;
2. ali so bila v prevzetih družbah izvedena pogajanja o udeležbi delavcev pri upravljanju družbe, ki izide iz čezmejne združitve.

Ali so vse skupščine potrdile isti načrt čezmejne združitve, pa ni mogoče preizkusiti drugače, kot da se od predlagateljev zahteva predložitev overjenih prevodov v slovenski jezik vseh načrtov čezmejne združitve, o katerih so odločale skupščine vseh udeleženih družb. Ugotovitev, ali so bila v prevzetih družbah izvedena pogajanja o udeležbi delavcev pri upravljanju družbe, ki izide iz čezmejne združitve, pa morajo omogočiti podatki iz načrta čezmejne združitve. Kajti 10. točka 622. c člena ZGD-1 predpisuje, da mora načrt čezmejne združitve vsebovati tudi podatke o postopkih, s katerimi so določene podrobnosti o udeležbi delavcev pri opredelitvi njihovih pravic do soodločanja v družbi, ki nastane iz čezmejne združitve.

7 UDELEŽBA DELAVCEV PRI UPRAVLJANJU

Glede udeležbe delavcev pri upravljanju prevzemne družbe oziroma družbe, ki izide iz čezmejne združitve, je treba upoštevati Zakon o soodločanju delavcev pri čezmejnih združitvah kapitalskih družb (ZSDČZKD),[4] ki velja za prevzemne družbe s sedežem v Sloveniji oziroma za družbe, ki izidejo iz čezmejne združitve s sedežem v Sloveniji, ter tudi za prevzete družbe s sedežem v Sloveniji, ki se pripojijo k prevzemni družbi s sedežem v drugi državi članici (2. člen). Vendar pa določbe tega zakona veljajo za družbo s sedežem v Sloveniji, nastalo s čezmejno združitvijo, le v naslednjih primerih:

- če je v zadnjih šestih mesecih pred objavo načrta čezmejne združitve vsaj ena od udeleženih družb zaposlovala povprečno več kot 500 delavcev in je bil v njej uveljavljen sistem soodločanja delavcev ali
- če je obstajal v prevzetih družbah iz drugih držav članic večji obseg soodločanja delavcev, kot ga predvideva zakonodaja v Sloveniji (Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju);
- če naša zakonodaja za delavce v podružnicah tuje prevzemne družbe ne predvideva enake pravice do soodločanja, kot so priznane delavcem v Sloveniji.

Obseg soodločanja delavcev se meri po deležu predstavnikov delavcev v organu vodenja ali nadzora (5. člen ZSDČZKD).

4 Uradni list RS, št. 56/2008.

Če je treba uporabiti ZSDČZKD, so pravila naslednja:

- po objavi načrta čezmejne združitve morajo poslovodstva vseh udeleženih družb čim prej začeti pogajanja s predstavniki delavcev udeleženih družb o ureditvi načina soodločanja delavcev;
- za sklenitev sporazuma o ureditvi soodločanja delavcev je treba ustanoviti posebno pogajalsko telo;
- poslovodstva udeleženih družb morajo seznaniti posebno pogajalsko telo s predlogom in postopkom ustanavljanja družbe, ki bo izšla iz čezmejne združitve;
- za sklenitev sporazuma o ureditvi soodločanja delavcev morajo biti delavci seznanjeni z identiteto in strukturo vseh udeleženih družb, njihovo porazdelitvijo po državah, skupnim številom delavcev po posameznih državah, s podatkom o obstoječih delavskih predstavnikih v teh družbah in s številom delavcev, ki imajo pravico do soodločanja v organih teh družb;
- sporazum o načinu soodločanja delavcev mora biti v pisni obliki, sklenejo pa ga posebno pogajalsko telo in poslovodstva vseh udeleženih družb;
- sporazum mora določati načine soodločanja, vključno s številom članov delavcev v organih vodenja ali nadzora družbe, ki bo izšla iz čezmejne združitve in jih bodo volili delavci, ter postopke, kako jih bodo volili.

Pogajalsko telo lahko z dvotretjinsko večino sklene, da ne začne pogajanj ali da jih prekine, in v takem primeru bodo za soodločanje delavcev veljali predpisi države članice, v kateri bo imela sedež družba, ki bo nastala s čezmejno združitvijo. V Sloveniji veljajo torej pravila Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju.

Če s pogajanji ni bil dosežen sporazum o načinu soodločanja delavcev, se lahko poslovodstva udeleženih družb dogovorijo za uporabo določb IV. poglavja ZSDČZKD oziroma se tudi sicer poslovodstva vseh udeleženih družb lahko vedno dogovorijo za uporabo tega poglavja zakona, to je naslednjih pravil:

- če v nobeni od udeleženih družb ni bilo soodločanja delavcev, se tudi v družbi, ki bo izšla iz čezmejne združitve, ne zahteva uvedba delavskega soodločanja;
- soodločanje mora biti urejeno, če je v eni ali več udeleženih družbah obstajalo soodločanje delavcev za najmanj 1/3 skupnega števila delavcev vseh udeleženih družb ali če se tako odloči pogajalsko telo;
- delavci družbe, nastale s čezmejno združitvijo, imajo pravico, da izvolijo, priporočijo ali nasprotujejo imenovanju članov organov vodenja ali nadzora, in sicer takega števila članov, ki je enak največjemu deležu v udeleženih družbah pred združitvijo;
- posebno pogajalsko telo odloči o razdelitvi sedežev v organih vodenja ali nadzora družbe, ki je nastala s čezmejno združitvijo, med predstavnike delavcev iz posameznih držav članic, in sicer v skladu z deležem delavcev, zaposlenih v posamezni državi.

Po ZSDČZKD je torej delavska udeležba pri upravljanju prevzemne družbe predmet pogajanj in je treba oblikovati posebno pogajalsko telo, ki sprejme pravila o načinu udeležbe delavcev. V primeru neuspešnih pogajanj je treba upoštevati stopnjo udeležbe delavcev tiste prevzete družbe, ki je delavcem zagotavljala najvišji standard udeležbe.

Da lahko ugotovimo, v kateri državi članici, iz katerih so pri čezmejni združitvi udeležene družbe, je zagotovljena najvišja stopnja delavskega soupravljanja, je treba seveda poznati določbe **Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju (ZSDU)**,[5] ki vsebuje naslednja pravila:

- v družbah z več kot 20 zaposlenimi delavci soodločajo pri upravljanju prek sveta delavcev;
- v družbah z manj kot 20 zaposlenimi soodločanje poteka prek delavskega zaupnika;
- v dvotirnem sistemu upravljanja so predstavniki delavcev v nadzornem svetu, lahko pa tudi v upravi kot delavski direktor;
- število predstavnikov delavcev v nadzornem svetu se določi s statutom, ne sme pa biti manjše od ene tretjine članov nadzornega sveta in ne večje od ene polovice članov nadzornega sveta;
- v upravnem odboru je najmanj en član predstavnik delavcev, ne sme pa biti manj kot en član izmed vsakokratnih treh dopolnjenih članov upravnega odbora;
- v dvotirnem sistemu upravljanja družbe z več kot 500 zaposlenimi je v upravi delavski direktor, ki ga v upravo predlaga svet delavcev;
- v enotirnem sistemu upravljanja družbe z več kot 500 delavci je v upravnem odboru eden izmed predstavnikov delavcev imenovan za izvršnega direktorja;
- kadar je v družbi manj kot 500 delavcev, je lahko delavski direktor imenovan v upravo ali za predstavnika delavcev v upravni odbor za izvršnega direktorja, če je tako določeno v dogovoru med svetom delavcev in delodajalcem.

8 OBVESTILO O VPISU ČEZMEJNE ZDRUŽITVE

Četrti odstavek 622. l člena ZGD-1 predpisuje, da mora registrski organ po vpisu čezmejne združitve v register po uradni dolžnosti nemudoma o tem vpisu obvestiti pristojne registrske organe v državah članicah prevzetih družb. Registrski organ, pri katerem je vpisana prevzeta družba, mora po prejemu obvestila o vpisu čezmejne združitve po uradni dolžnosti izbrisati prevzeto družbo iz registra (sedmi odstavek 622. k člena ZGD-1). Iz določbe četrtega odstavka 622. l člena ZGD-1 o dolžnosti takojšnje obvestitve po uradni dolžnosti bi lahko razumeli, da mora registrsko sodišče prevzemne družbe neposredno obvestiti pristojne registrske organe vseh prevzetih družb o vpisu čezmejne združitve. Vendar pa menim, da bi lahko dolžnost takojšnjega obvestila po uradni dolžnosti razumeli tudi tako, da mora registrsko sodišče takoj po izvedenem vpisu čezmejne združitve v sodni register po uradni dolžnosti izdati (brez predloga prevzemne družbe) ustrezno obvestilo o izvedenem vpisu čezmejne združitve. To obvestilo nato registrskim organom v državah članicah, kjer so vpisane prevzete družbe, za namen njihovega izbrisa predloži poslovodstvo prevzemne družbe oziroma poslovodstvo družbe, ki izide iz čezmejne združitve. Kajti šesti odstavek 622. k člena ZGD-1 določa, da mora poslovodstvo družbe, ki izide iz čezmejne združitve, ko so izpolnjene predpostavke, ki jih za veljavnost združitve predpisuje pravni red države, v kateri bo vpisana ta družba (prevzemna ali novonastala družba), to sporočiti registrskemu organu, pri katerem

5 Uradni list RS 42/1993, 61/2000, 56/2001, 26/2007 in 45/2008.

je vpisana prevzeta družba, ter da mora biti to obvestilo v izvirniku in overjenem prevodu. Po mojem mnenju ni utemeljenega razloga, zakaj bi moralo obvestilo o vpisu čezmejne združitve pristojnim tujim registrskim organom prevzetih družb poslati neposredno registrsko sodišče, ki je izvedlo vpis, ter tudi poslovodstvu prevzemne družbe oziroma družbe, ki je izšla iz čezmejne združitve. Poleg tega bo poslovodstvo družbe, ki izide iz čezmejne združitve, bistveno hitreje zagotovilo takojšnje obvestilo tujih registrskih organov o izvedenem vpisu čezmejne združitve v Sloveniji, kot bi to lahko po predpisanih postopkih izvedlo samo registrsko sodišče. Kajti registrsko sodišče bi za neposredno izvedbo takega obvestila moralo prevzemno družbo najprej pozvati k založitvi ustreznega predujma za prevod obvestila v uradne jezike vseh držav članic, iz katerih so prevzete družbe. Nato bi moralo s sklepom angažirati ustrezne sodne tolmače in po prejemu prevodov obvestila o vpisu čezmejne združitve poslati tujim registrskim organom po ustrezni mednarodni poti.

9 ALI SO MOGOČE TUDI ČEZMEJNE ZDRUŽITVE OSEBNIH DRUŽB IN DRUGIH PRAVNIH OSEB

Deseta direktiva ureja le čezmejne združitve kapitalskih družb, torej delniških družb, družb z omejeno odgovornostjo in komanditnih delniških družb, ter nima nobenih določb o tem, ali je mogoče tudi čezmejno združevanje drugih oblik pravnih oseb. Tudi iz 622. b člena ZGD-1 lahko ugotovimo, da ureja le čezmejno združevanje kapitalskih družb in evropske delniške družbe (SE) s sedežem v Sloveniji. Vendar pa menim, da bi glede na odločbe Sodišča ES, še zlasti v zadevi Sevic (2005), težko zavrnili možnost čezmejnega združevanja osebnih družb ali drugih pravnih oseb samo zato, ker postopki in pravila njihovega čezmejnega združevanja niso urejeni. Sodišče ES je v zadevi Sevic poudarilo, da harmonizacijska pravila (pri tem je bil mišljen takrat še predlog Desete direktive) lahko pomagajo pri lajšanju čezmejnih združitev, vendar pa njihova odsotnost ne more biti ovira za izvajanje pravice do ustanavljanja. Države članice morajo čezmejne združitve omogočiti neodvisno od obstoja harmonizacije. Ne nazadnje pri nas tudi nacionalne združitve osebnih družb in drugih pravnih oseb niso posebej urejene. Pač pa ZGD-1 glede osebnih družb v 639. členu določa, da se za združitve, pri katerih so udeležene osebne družbe, smiselno uporabljajo določbe tega zakona o združitvah družb z omejeno odgovornostjo. Posebej se za združitve osebnih družb predpisuje samo to, da sta za sklep o združitvi potrebna soglasje osebno odgovornih družbenikov v osebni družbi in soglasje družbenikov v kapitalski družbi, ki bodo po združitvi odgovorni za obveznosti družbe z vsem svojim premoženjem. Za nekatere druge pravne osebe pa njihovi matični zakoni sicer določajo možnost združevanja, vendar pri tem ne vsebujejo nobenih pravil za izvedbo združitve. Prav tako ne vsebujejo napotila na morebitno smiselno uporabo pravil o združevanju iz ZGD-1. Ker razen ZGD-1 drugih zakonov, ki bi urejali združevanje pravnih oseb, sploh ni, je po mojem mnenju tudi za združevanje drugih oblik pravnih oseb smiselno uporabiti splošna načela in pravila iz ZGD-1, seveda ob upoštevanju drugačne narave in specifičnih lastnosti drugih oblik pravnih oseb.

PRAVNI VIRI:

- Deseta direktiva 2005/56 ES o čezmejnih združitvah.
- Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13 in 55/15).
- Zakon o soodločanju delavcev pri čezmejnih združitvah kapitalskih družb (Uradni list RS, št. 56/2008).
- Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju (Uradni list RS, št. 42/1993, 61/2000, 56/2001, 26/2007 in 45/2008).
- Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (Uradni list RS, št. 43/2007, 5/2010 in 25/2014).

LITERATURA:

- Bedrač, J. Čezmejna združitev gospodarskih družb v EU – takoj? *Pravna praksa*, št. 12/06, str. 8.
- Kocbek, M. Prva novela ZGD-1A: Implementacija direktive o čezmejnih združitvah. *Podjetje in delo*, 2008, št. 2, str. 179.
- Prostor, J. Čezmejne združitve kapitalskih družb v Evropski uniji. *Podjetje in delo*, 2007, št. 1, str. 87.
- Rajgelj, B. *Pravo gospodarskih družb v EU*. Ljubljana: GV Založba, 2007.

NOVELA ZAKONA O GOSPODARSKIH DRUŽBAH – ZGD-1I

Dr. Peter Podgorelec
izredni profesor na Ekonomsko-poslovni fakulteti Univerze v Mariboru

1 UVOD

V Sloveniji so t. i. gospodarske družbe urejene v enotnem zakonu, tj. Zakonu o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD-1), in se delijo na osebne družbe (družba z neomejeno odgovornostjo in komanditna družba) in kapitalske družbe (družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba in evropska delniška družba). V ZGD-1 so urejena tudi temeljna bilančnopravna vprašanja, podjetniki posamezniki, gospodarska interesna združenja, povezane družbe, statusna preoblikovanja in tuja podjetja. V letu 2006 sprejeti (prenovljeni) ZGD-1, ki je nadomestil prejšnji ZGD iz leta 1993, je bil kar osemkrat noveliran. Razlog za pogoste spremembe so bila predvsem usklajevanja z evropskim pravom družb in evropskim bilančnim pravom, ki se prav tako nenehno spreminja. V manjšem obsegu so se z novelami dograjevali obstoječi instituti ali uvajala nova pravila neodvisno od razvoja na evropski ravni. Tudi tokrat je tako. Na predlog vlade je bila 13. julija 2015 sprejeta nova novela ZGD-1,[1] že deveta po vrsti, ki je v bilančnopravnem delu začela veljati 1. januarja 2016, v preostalem delu pa že petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije (8. avgusta 2015). Namen novele je bil predvsem prenos bilančnopravnih direktiv, ki so bile sprejete v zadnjem obdobju, vključno s spremembami revizijske direktive. Z zadnjo novelo pa se odpravljajo tudi pomanjkljivosti koncernskega prava, uvajajo nekatere novosti na področju korporativnega upravljanja in širijo prepovedi glede ustanavljanja družb. Novela je posegla še v druge dele zakona. Tako so novelirani še nekateri drugi instituti delniškega prava, pri družbi z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) sta pomembni novosti pravni učinek vpisa prenosa poslovnega deleža v sodni register in možnost sodnega imenovanja poslovodje. Spremembe in dopolnitve so tudi v pravni ureditvi podjetnika in osebnih družb, na področju firmskega prava, pri statusnih preoblikovanjih, gospodarskih interesnih združenjih in tujih podjetjih. Za sodno prakso je pomembna novost razširitev pooblastil prokurista za zastopanje družbe pred sodišči in drugimi organi. Prenovljene so kazenske določbe. Skratka, novela je zelo obsežna in posega v vse dele zakona. Zaradi omejenosti prostora lahko v tem prispevku predstavim le najpomembnejše novosti in razloge zanje.

1 Uradni list RS, št. 55/15.

2 BILANČNO PRAVO: PRENOS DIREKTIVE ŠT. 2013/34/EU, DIREKTIVE ŠT. 2014/56/EU IN IZVAJANJE UREDBE ŠT. 1126/2008/ES

Najobsežnejši del novele ZGD-1 so spremembe bilančnopravnega dela zakona (VIII. poglavje – poslovne knjige in letno poročilo, členi 53 do 70), ki so bile potrebne predvsem zaradi prenosa Direktive 2013/34/EU, ki je nadomestila četrto, »bilančno« direktivo in sedmo direktivo o konsolidiranih letnih poročilih ter Direktivo2014/56/EU o spremembah in dopolnitvah Direktive 2014/56/EU (t. i. revizijske direktive). ZGD-1 vsebuje le temeljna pravila v zvezi z vodenjem poslovnih knjig, bilanciranjem, poročanjem in revidiranjem, podrobneje pa so ta vprašanja urejena s slovenskimi računovodskimi standardi (SRS), ki jih sprejema Slovenski inštitut za revizijo v soglasju z ministroma, pristojnima za finance in gospodarstvo, oziroma z mednarodnimi računovodskimi standardi (MRS) ter Zakonom o revidiranju (ZRev-2). Prenos prej omenjenih evropskih direktiv je tako zahteval tudi ustrezne prilagoditve SRS. Najpomembnejše novosti, ki jih prinaša novela ZGD-1, so naslednje:

- Skladno z Direktivo 2013/34/EU so se spremenila **merila za razvrščanje družb** na mikro, majhne, srednje in velike družbe. Znižali so se pragovi za mikro in majhne družbe, zvišali pa pragovi za srednje družbe. To pomeni, da bo mikro družb manj, majhnih družb pa več. Manj bo tudi večjih družb, več pa srednjih družb. Razvrstitev družb v velikostne razrede je pomembna zaradi obsega računovodskega poročanja, dolžnosti revidiranja in vrednotenja postavk v računovodskih izkazih. V skladu z Direktivo 2013/34/EU se uvajajo pomembne **poenostavitve glede obsega računovodskega poročanja za mikro družbe, vse majhne družbe pa so po novem oproščene dolžnosti revidiranja letnih poročil.** Že do zdaj je veljalo, da morajo biti revidirana letna poročila le tistih majhnih družb, z vrednostnimi papirji katerih se trguje na organiziranem trgu. Po novem tudi te majhne družbe niso zavezane k revidiranju.
- Tako po obsegu kot pomenu so najpomembnejše tiste spremembe, ki se nanašajo na **splošna pravila vrednotenja** postavk v računovodskih izkazih. Posebej je treba izpostaviti spremembo glede uporabe načela vrednotenja po pošteni vrednosti (*fair value*). Po novem se začetno merjenje računovodskih postavk opravi po nakupni ceni ali proizvajalnih stroških (t. i. izvirna vrednost – angl. *historical cost*). V skladu s 1. točko 7. člena Direktive 2013/34/EU zakon dopušča družbam, da vrednotijo opredmetena osnovna sredstva po revaloriziranih zneskih. Po pošteni vrednosti pa lahko družbe vrednotijo finančne instrumente, vključno z izvedenimi finančnimi instrumenti, in naložbene nepremičnine (1. točka 8. člena Direktive 2013/34/EU). Uvajata se **dve novi kategoriji rezerv**: revalorizacijska rezerva in rezerva zaradi vrednotenja po pošteni vrednosti. Samo revalorizacijska rezerva se lahko uporabi za povečanje osnovnega kapitala iz sredstev družbe.
- V skladu s 36. členom Direktive 2013/34/EU je bil uveden **poseben režim za mikro kapitalske družbe**[2] (70.a člen ZGD-1), in sicer **glede dodatnih**

2 Mikro družba je družba, ki izpolnjuje dve od teh meril: 1) povprečno število delavcev v poslovnem letu ne presega deset; 2) čisti prihodki od prodaje ne presegajo 700.000 evrov; 3) vrednost aktive ne presega

razkritij. Te družbe niso dolžne sestaviti priloge s pojasnili k računovodskim izkazom, ampak je dovolj, da na koncu bilance stanja razkrijejo podatke o: skupnem znesku pogojnih finančnih obveznosti, ki niso vključene v bilanco stanja; višini vseh obveznosti, ki so zavarovane s stvarnim jamstvom (npr. z zastavno pravico); posojilih, ki jih je družba ali od nje odvisna družba odobrila članom organov in delavcem na podlagi individualne pogodbe o zaposlitvi; lastnih deležih, ki jih družba ima oziroma jih je pridobila med poslovnim letom. Vendar pa oprostitev dolžnosti sestave priloge s pojasnili velja le, če družba ni vrednotila računovodskih postavk po načelu poštene vrednosti, ampak jih je vrednotila po načelu izvirne vrednosti. Oprostitev dolžnosti sestave priloge s pojasnili v nobenem primeru ne velja za naložbena podjetja in finančne holdinge.

- Po novi ureditvi nastane dolžnost sestave **konsolidiranega letnega poročila** le, če obvladujoča družba skupaj z odvisnimi družbami dosega pogoje za velike družbe. Pri tem se merili čistih prihodkov od prodaje in vrednosti aktive povečata za 20 odstotkov. To pa ne velja, če je ena od družb v skupini (obvladujoča ali odvisna družba) subjekt javnega interesa – v tem primeru obstaja dolžnost izdelave poročila ne glede na velikost skupine. V skladu s 23. členom Direktive 2013/34/EU so določene še dodatne izjeme od dolžnosti konsolidiranja. Tako obvladujoči družbi, z vrednostmi papirji katere se ne trguje na organiziranem trgu in ki je hkrati odvisna družba od družbe iz države članice, ni treba izdelati konsolidiranega letnega poročila, če je družba iz države članice imetnica vseh deležev te družbe ali ima v lasti več kot 90 odstotkov deležev in preostali družbeniki soglašajo z izvzetjem. V konsolidacijo tudi ni treba vključiti odvisne družbe, če to ni pomembno za resničen in pošten prikaz finančnega položaja in drugih podatkov o skupini. Ta izjema ne velja, če so vse odvisne družbe skupaj pomembne za resničen in pošten prikaz.
- Konsolidirano letno poročilo, ki je sestavljeno iz konsolidiranega računovodskega poročila in konsolidiranega poslovnega poročila, mora biti sestavljeno v skladu z mednarodnimi standardi računovodskega poročanja (*International Financial Reporting Standards – IFRS*). Prej je veljalo, da mora biti konsolidirano letno poročilo sestavljeno v skladu z IFRS le, če se z vrednostnimi papirji obvladujoče družbe trguje na enem od organiziranih trgov v državah članicah. Z novo ureditvijo se je torej dolžnost uporabe IFRS razširila na vsa konsolidirana letna poročila, ne glede na to, ali je obvladujoča družba, ki jih je dolžna sestaviti, javna ali nejavna družba. Neodvisno od dolžnosti konsolidiranja morajo biti v skladu z IFRS sestavljena računovodska poročila bank in zavarovalnic. Druge družbe sestavljajo računovodska poročila v skladu z IFRS, če tako odloči skupščina družbe, vendar najmanj za pet let (enajsti odstavek 54. člena ZGD-1). Tako je veljalo že po prejšnji ureditvi in tega novela ZGD-1I ni spremenila.
- Kot je bilo omenjeno že v prvi alineji, so majhne kapitalske družbe v novi ureditvi oproščene revidiranja letnih poročil. Vendar zakon uvaja nov institut, to je **preiskavo letnih računovodskih izkazov**, ki pa je obvezna le, če te družbe uporabljajo nadomestne metode vrednotenja. Če so torej opredmetena osnovna sredstva merjena po revalorizirani vrednosti, mora revizor opraviti

350.000 evrov (drugi odstavek 55. člena ZGD-1). Pred novelo ZGD-1I je bilo mikro družb 94 %, po novi ureditvi pa jih bo 86,9 %.

preiskavo letnih računovodskih izkazov in izraziti mnenje v skladu z mednarodnimi revizijskimi standardi. Enako velja, če majhne kapitalske družbe vrednotijo finančne instrumente, za katere ni objavljena cena na organiziranem trgu, vključno z izvedenimi finančnimi instrumenti, ter naložbene nepremičnine po pošteni vrednosti. Preiskava mora biti izvedena v šestih mesecih po koncu poslovnega leta.

- Glede **sestavin letnega poročila** ni večjih sprememb. Izjema je priloga s pojasnili k izkazom, saj se je obseg razkritij občutno povečal. Obseg razkritij je sicer odvisen od velikosti družbe. Novela sledi eni od temeljnih zahtev Direktive 2013/34/EU, po kateri od majhnih družb ni dovoljeno zahtevati nobenih dodatnih razkritij, razen tistih, ki so predvidena z direktivo. V zvezi s poslovnim poročilom je le ena novost: navesti je treba tudi politiko raznolikosti, ki se izvaja v zvezi z zastopanostjo v organih vodenja in nadzora družbe glede vidikov, kot so npr. spol, starost ali izobrazba, ter cilje, načine izvajanja in dosežene rezultate politike raznolikosti v obdobju poročanja.
- V 57. členu ZGD-1, ki ureja revidiranje, je bil skladno z Direktivo 2014/56/EU v celoti prenovljen drugi odstavek, ki določa **sestavine revizorjevega poročila**. V zvezi s tem je posebej pomembna novost, da mora revizorjevo poročilo vsebovati tudi izjavo o kakršni koli pomembni negotovosti, povezani z dogodki ali okoliščinami, ki bi lahko povzročila pomemben dvom o zmožnosti družbe, da bi nadaljevala poslovanje (7. točka).

3 NADALJNJE OMEJITEV V ZVEZI Z USTANAVLJANJEM DRUŽB IN PRIDOBIVANJEM DELEŽEV TER DRUGE SPREMEMBE IN DOPOLNITVE SKUPNIH DOLOČB

3.1 Prenovljeni 10.a člen

Ustanavljanje družb, predvsem družb z omejeno odgovornostjo, ki so primerna pravna oblika predvsem za mala in srednje velika podjetja, se je v zadnjem obdobju tudi v Sloveniji precej poenostavilo in pocenilo. Vendar se na drugi strani vse bolj širi krog oseb, ki jim je prepovedano ustanoviti družbo, pridobiti kapitalski delež v družbi ali opravljati dejavnosti kot podjetnik. Že do zdaj je veljalo, da so to osebe, ki so bile pravnomočno obsojene na kazen zapora zaradi določenih kaznivih dejanj (kazniva dejanja zoper gospodarstvo, delovno razmerje in socialno varnost, pravni promet, premoženje ter okolje, prostor in naravne dobrine) ali javno objavljene na seznamu oseb, ki niso predložile davčnih obračunov, oziroma so bile javno objavljene na seznamu neplačnikov davkov. Zadnja novela je te prepovedi nekoliko spremenila oz. dopolnila, predvsem z določitvijo časovnih okvirov in načinov preverjanja razlogov za prepoved oz. omejitev. Tako je prvi prepovedi dodan pogoj, da je oseba **vpisana v kazensko evidenco** ministrstva za pravosodje, za drugo prepoved pa je določeno, da ustanovitelj, družbenik in podjetnik ne more postati oseba, ki je bila **v obdobju zadnjih 12 mesecev** javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov ali je na seznamu neplačnikov na podlagi zakona, ki ureja davčni postopek.

Tem prepovedim so se z novelo ZGD-1I pridružile nove prepovedi. Tako po novem ne sme postati ustanovitelj družbe, družbenik ali podjetnik tudi oseba, **ki**

ji je bila v zadnjih treh letih s pravnomočno odločbo inšpektorata za delo oziroma finančne uprave najmanj dvakrat izrečena globa zaradi prekrška v zvezi s plačili za delo oziroma prekrška v zvezi z zaposlovanjem na črno (4. točka prvega odstavka 10.a člena). Dejstvo je, da se je število tovrstnih kršitev v zadnjem obdobju močno povečalo in zakonodajalec poskuša z novo ureditvijo ta trend ustaviti tudi tako, da pogostim kršiteljem vsaj za določen čas[3] prepoveduje ustanavljanje novih družb, pridobivanje deležev in pridobivanje statusa podjetnika (s. p.). Po podatkih Inšpektorata RS za delo je bilo v letu 2006 459 kršitev v zvezi s plačili za delo, v letu 2012 pa je to število naraslo na 3488. Na drugi strani se je število kršitev zaradi zaposlovanja na črno nekoliko zmanjšalo: v letu 2006 je bilo tovrstnih kršitev 756, v letu 2012 pa 670. Kršitve v zvezi s plačilom za delo so bile v letu 2012 daleč najpogostejša oblika kršitve delovno-pravne zakonodaje.

Po novi ureditvi ustanovitelj, družbenik ali podjetnik tudi ne more postati oseba, **ki je bila neposredno z več kot 50 odstotki udeležena v kapitalu družbe z omejeno odgovornostjo, ki je bila izbrisana iz sodnega registra brez likvidacije** po Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP (5. točka prvega odstavka 10.a člena). V skladu s prvim odstavkom 427. člena ZFPPIPP se pravna oseba izbriše iz sodnega registra brez likvidacije v naslednjih primerih: a) če je prenehala poslovati, nima premoženja in je izpolnila vse svoje obveznosti; b) če ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register; c) v drugih primerih, določenih z zakonom. Ta omejitev preneha v enem letu od datuma izbrisa družbe iz sodnega registra (osmi odstavek 10.a člena).

Že prej je veljalo, da ustanovitelj, družbenik in podjetnik ne more postati **oseba, ki je neposredno ali posredno z več kot 25 odstotki udeležena v kapitalu družbe, ki je bila javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov oziroma neplačnikov** v skladu z zakonom, ki ureja davčni postopek. Tej prepovedi je bil z novelo ZGD-1I dodan časovni okvir (javna objava v zadnjih 12 mesecih – enako kot po 2. točki prvega odstavka 10.a člena), hkrati pa so bile določene številne **izjeme** od te prepovedi. Tako prepoved ne velja za osebe, ki so neposredno ali posredno z več kot 25 odstotki udeležene v kapitalu kapitalske družbe, če je ta oseba: banka, zavarovalnica, Republika Slovenija, Družba za upravljanje terjatev bank, d. d. (DUTB), Kapitalska družba pokojninskega in invalidskega zavarovanja, d. d., Slovenski državni holding, d. d., ali D. S. U. , družba za svetovanje in upravljanje, d. o. o. Prepoved ne velja tudi za osebo, ki je delež dosegla zaradi izvedbe finančnega prestrukturiranja z namenom, da se zagotovi njena kapitalska ustreznost oziroma dolgoročna plačilna sposobnost v skladu z ZFPPIPP (drugi odstavek 10.a člena).

Omejitev zaradi javne objave na seznamu nepredlagateljev obračunov oziroma neplačnikov preneha, ko pristojni davčni organ izda potrdilo, da oseba ali kapitalska družba, v kateri je ta oseba neposredno ali posredno z več kot 25 odstotki udeležena v njenem kapitalu, nima zapadlih neplačanih davčnih obveznosti in ima izpolnjene vse obveznosti v zvezi s predložitvijo obračuna davčnega odtegljaja za izplačilo

3 Prepoved preneha v treh letih od dneva pravnomočnosti odločbe oziroma sodbe, zaradi katere je prepoved nastala.

plače in nadomestila plače. To potrdilo ob vpisu v sodni register ali Poslovni register Slovenije ne sme biti starejše od dneva objave zadnjega seznama. Ne glede na to potrdilo ne sme biti starejše od 15 dni (deveti odstavek 10.a člena).

V skladu s tretjim odstavkom 10.a člena ZGD-1 ne more postati ustanovitelj oziroma družbenik družbe z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) tudi **oseba, ki je v zadnjih treh mesecih ustanovila d. o. o. oziroma pridobila delež v d. o. o., ki ni starejša od treh mesecev**. Tako kot prejšnja prepoved pa ima tudi ta prepoved številne izjeme, saj ne velja za osebe, naštete v drugem odstavku 10.a člena (banke, zavarovalnice, Republika Slovenija, DUTB, Slovenski državni holding …), za srednje in velike družbe ter v primeru pridobitve poslovnega deleža na podlagi dedovanja. Omejitev ne velja tudi v primeru, če d. o. o., v kateri je oseba v zadnjih treh mesecih pridobila poslovni delež, izpolnjuje pogoje, ki so določeni v petem odstavku 10.a člena.[4] Poenostavljeno bi lahko rekli, da – glede na te pogoje – omenjena prepoved ne velja, če je »prva« družba delujoča družba, ki nima neporavnanih denarnih obveznosti, ki jih izterjuje FURS.

Očitno je, da zakonodajalec poskuša z zadnjo omejitvijo zajeziti ustanavljanje t. i. družb »na zalogo«. Družbe »na zalogo« so neaktivne družbe, ki se ustanavljajo predvsem z namenom njihove nadaljnje prodaje. Ta pojav se je v zadnjih letih razširil tudi v Sloveniji. Obstajajo celo komercialni ponudniki tovrstnih »storitev«. Postopek poteka približno takole: družba, ki je v veliki večini primerov enoosebna d. o. o., se ustanovi z minimalnim osnovnim kapitalom (to je 7.500 evrov) in nato v relativno kratkem času (od nekaj dni do največ enega meseca) proda novemu družbeniku. Novi družbenik financira nakup poslovnega deleža s posojilom, ki mu ga zagotovi taista družba, ki jo kupuje, tako da iz lastnih sredstev plača le strošek »provizije« prodajalcu (nekaj sto evrov).

Tako ravnanje je **v nasprotju načelom realne zagotovitve osnovnega kapitala** in ga zato že po zdaj veljavnih pravilih ni mogoče dopuščati. V skladu z določbo šestega odstavka 475. člena ZGD-1 **morajo biti vložki družbi izročeni tako, da lahko poslovodja z njimi prosto razpolaga**. Prej opisano ravnanje je v nasprotju s tem pravilom. Iz smisla pravila izhaja, da mora imeti poslovodja možnost prostega razpolaganja, ko družba začne poslovati (ko je »aktivirana«), v danem primeru pa po nakupu »plašča« aktivirana družba nima na računu nobenih denarnih sredstev (oz. realnega premoženja), ampak le terjatev do svojega (novega) družbenika.

Z vidika preventive bi bilo po mojem mnenju bolje, če bi se rešitev poiskala na področju registrskega prava. T. i. »uporaba plašča« oziroma aktiviranje prej neaktivne družbe, ki tudi nima nobenega realnega premoženja, razen terjatve do družbenika, je skoraj zmeraj povezana z vpisi v sodni register (npr. sprememba firme in sedeža, sprememba družbenika, poslovodje, včasih tudi povečanje osnovnega

4 Omejitev ne velja, če d. o. o., v katerih je oseba v zadnjih treh mesecih pridobila poslovni delež, izpolnjuje te pogoje: a) ima odprt transakcijski račun; b) v zadnjih dvanajstih mesecih ni bila javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov na podlagi zakona, ki ureja davčni postopek; c) nima neporavnanih obveznosti iz naslova obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti, ki jih izterjuje FURS, več kot v višini 50 evrov; d) ima neprekinjeno najmanj en mesec zaposleno osebo ali obvezno zavarovanega družbenika v skladu z zakonom, ki ureja zdravstveno zavarovanje, in sicer za najmanj polovični delovni čas.

kapitala itd.). Ob teh vpisih bi moral poslovodja registrskemu sodišču razkriti dejstvo »uporabe plašča« oziroma začetka poslovanja prej neaktivne družbe in predložiti dokazila, da ima družba premoženje najmanj v višini osnovnega kapitala, s katerim poslovodja lahko prosto razpolaga. V nasprotnem primeru bi registrsko sodišče vpis zavrnilo. Vendar se je zakonodajalec odločil za drugačno pot in uzakonil novo omejitev, katere učinkovitost pa je vprašljiva.

Z novo omejitvijo se poskuša zajeziti tudi t. i. **veriženje podjetij**. Oseba ustanovi d. o. o. z minimalnim osnovnim kapitalom, ki si ga kmalu po ustanovitvi »povrne« kot posojilo in nato s tem sredstvi ustanovi novo družbo. Tako je mogoče s 7.500 evri, kolikor znaša minimalna višina osnovnega kapitala pri d. o. o., ustanoviti celo »verigo« družb in ob tem izigravati upnike, zaposlene delavce in državo.

Z vidika korporacijskega prava je problem povsem enak kot v primeru ustanavljanja družb »na zalogo« z namenom nadaljnje prodaje – kršitev načela realne zagotovitve osnovnega kapitala.

V sklop ukrepov za preprečevanje tovrstnih praks spada tudi dopolnitev pravil o ohranjanju kapitala (glej 7. točko).

3.2 Firma družbe

V zvezi z imenom, s katerim družba posluje, se najpomembnejše novosti nanašajo na jezik in varstvo firme. Bolj jasno kot do zdaj je določeno, da morata biti sestavina, ki nakazuje na dejavnost, in označba družbe v slovenskem jeziku. Ob tem je v celoti prenovljen tretji odstavek 20. člena ZGD-1, ki je doslej **dopuščal uporabo črk iz tuje abecede** poleg črk slovenske abecede, in sicer: X, Y, W in Q. Ne glede na to se lahko kot dodatna sestavina firme uporabljajo besede, ki vključujejo druge črke, če ustrezajo firmam, imenom ali priimkom družbenikov, ki so sestavni del firme, ali ustrezajo registriranim znamkam. Tako se lahko pod temi pogoji uporabijo npr. črke iz nemške abecede, kot sta denimo Ö ali Ü, ali pa iz kakšnega drugega tujega jezika.

Že do zdaj je veljalo, da je besedo Slovenija ali njene izpeljanke in kratice ter zastavo in grb Republike Slovenije dovoljeno vnesti v firmo le z dovoljenjem vlade. Od tega pravila je novela ZGD-1I določila izjemo. Dovoljenje vlade ni potrebno, če firma vsebuje le domeno, ki vsebuje **domensko končnico ».si«** (tretji odstavek 15. člena). Dodatne omejitve v zvezi besedami in znaki, ki jih lahko vsebuje firma, so določene v naslednjih členih, predvsem v 17. členu, v katerem je v drugi alineji po novem določeno, da firma ne sme vsebovati besed ali znakov, ki vsebujejo znamke ali neregistrirane znake, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke. Kot izhaja iz vladne obrazložitve predloga novele, je bila sprememba potrebna zaradi terminološke uskladitve z predpisi, ki urejajo področje varovanja industrijske lastnine.

Eno od najpomembnejših načel firmskega prava je **načelo izključnosti**, ki določa, da se mora firma družbe dovolj jasno razlikovati od firm vseh drugih družb. Tako je določeno v prvem odstavku 21. člena. Iz prvega odstavka 23. člena pa izhaja, da je področje, ki ga ureja to načelo, širše. V tem odstavku je namreč določeno, da

registrski organ zavrne predlog za vpis firme v register, če je v nasprotju z določbami tega poglavja (to je 2. poglavja) ali če se ne razlikuje jasno od že registriranih firm **in imen drugih subjektov v Republiki Sloveniji**. Novela ZGD-1I je torej razširila krog subjektov, od firm oz. imen katerih se mora jasno razlikovati firma družbe. To niso več le firme družb, ustanovljene po ZGD-1, ampak tudi drugi subjekti, kot so npr. društva, zavodi ipd.

Novela je razširila tudi krog upravičencev, ki lahko s **tožbo zahtevajo opustitev uporabe firme, njen izbris iz registra in plačilo odškodnine**. Do zdaj je lahko le družba, ki je menila, da se firma druge družbe ne razlikuje dovolj jasno od njene prej registrirane firme, vložila tako tožbo. Po novem pa jo bo lahko vložila tudi družba, ki meni, **da se firma druge družbe ne razlikuje dovolj jasno od njene prej registrirane znamke ali neregistriranega znaka**, ki uživa varstvo po posebnih predpisih oz. predpisih, ki urejajo varstvo znamke (drugi odstavek 23. člena).

3.3 Razširitev pooblastil prokurista

Prokurist ni (poseben) organ vodenja ali nadzora, ampak »le« posebna vrsta pooblaščenca družbe. Posebnost je v tem, da obseg njegovih pooblastil določa zakon in morebitne omejitve teh pooblastil nimajo pravnega učinka proti tretjim osebam (drugi odstavek 35. člena ZGD-1). Do zdaj je bila v sodni praksi dilema, ali ima prokurist pooblastila le na materialnopravnem področju ali pa tudi na procesnopravnem. Novela ZGD-1I je to dilemo odpravila. Že pred novelo je bilo določeno, da prokura upravičuje za vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, razen za odsvojitev in obremenitev nepremičnin, za kar mora biti prokurist posebej pooblaščen (prvi odstavek 35. člena). Tej določbi pa je bila z novelo dodana nova določba, po kateri lahko prokurist v mejah upravičenj iz prvega odstavka 35. člena zastopa družbo tudi pred sodišči in drugimi organi (tretji odstavek 35. člena ZGD-I). Tako je zdaj nesporno, da **ima prokurist tudi procesna upravičenja** in da lahko npr. pooblasti odvetnika za zastopanje družbe pred sodiščem.

Tudi v primerljivih tujih zakonodajah so – ob materialnopravnem upravičenju – posebej določena še prokuristova procesna upravičenja (npr. prvi odstavek člena 49 nemškega Trgovinskega zakonika ali prvi odstavek člena 49 avstrijskega Zakonika o podjetjih).

3.4 Sodno imenovanje poslovodje

Že do zdaj bila med določbami o organih delniške družbe predvidena možnost, da v nujnih primerih imenuje člana organa vodenja ali nadzora (uprave, nadzornega sveta ali upravnega odbora) sodišče (256. člen ZGD-1). Ker je med določbami o d. o. o. podobna določba manjkala, je **vrhovno sodišče zavrnilo sodno pristojnost za imenovanje poslovodje** pri tej obliki družbe (sklep III Ips 14/2005 z dne 11. 10. 2005). Ni namreč videlo razlogov za analogno uporabo pravil delniškega prava. Ker lahko tudi pri d. o. o. nastanejo »nujni primeri«, je novela poskušala to pomanjkljivost odpraviti in možnost sodnega imenovanja razširiti tudi na poslovodjo (novi drugi odstavek 50. člena) – t. i. poslovodja v sili. Določba

sicer ni najboljša. Na eni strani zato, ker je neustrezno definiran razlog za sodno intervencijo, na drugi strani pa zato, ker se nanaša tudi na osebne družbe, čeprav je za te družbe značilno, da nimajo organov, ampak družbeniki sami vodijo posle in zastopajo družbo. Smrt poslovodje ali njegova trajna ali dolgotrajna nezmožnost za delo še ne pomeni »nujnega primera«, ki bi upravičeval sodno intervencijo, saj lahko družbeniki imenujejo novega. Le če družbeniki tega ne morejo storiti (glede na okoliščine primera je dovolj že to, da se ne morejo zediniti o tem, kdo naj bo poslovodja, npr. zato ker so med seboj sprti, kar ni redek primer pri družbah z dvema družbenikoma), udeležencu pa zaradi tega grozi škoda oz. gre za dejanje, s katerim ni mogoče odlašati, je mogoče govoriti o »nujnem primeru«.

4 RAZŠIRITEV MOŽNOSTI ZA PRENOS PODJETJA NA PODJETNIKA PREVZEMNIKA IN DRUGE NOVOSTI V UREDITVI (SAMOSTOJNEGA) PODJETNIKA

Že novela ZGD-1G je uzakonila možnost prenosa podjetja (samostojnega) podjetnika (s. p.) na drugo osebo (72.a in 72.b člen ZGD-1). Vendar je bila ta možnost zelo omejena, saj je »druga oseba« (to je podjetnik prevzemnik) lahko bila le ožji družinski član podjetnika. Novela ZGD-1I je to omejitev odpravila, **tako da lahko podjetnik za časa svojega življenja prenese podjetje na (katero koli) drugo fizično osebo**. S prenosom preidejo na podjetnika prevzemnika podjetje podjetnika ter pravice in obveznosti podjetnika v zvezi s podjetjem. Podjetnik prevzemnik kot **univerzalni pravni naslednik** vstopi v vsa pravna razmerja v zvezi s prenesenim podjetjem podjetnika (prvi odstavek 72.a člena). Postopek prenosa je nato urejen v drugem in naslednjih odstavkih istega člena. V 72.b členu pa je dopuščena možnost prenosa tudi dela podjetja na podjetnika prevzemnika. Ta možnost je obstajala že prej in je torej ni uveljavila šele novela ZGD-1I.

Prenos podjetja na podjetnika prevzemnika je treba razlikovati od statusnega preoblikovanja podjetnika, ki je urejeno v členih 667 do 673.a ZGD-1 in se lahko opravi bodisi kot prenos podjetja na novo kapitalsko družbo bodisi kot prenos podjetja na prevzemno kapitalsko družbo. Gre za dva različna pravna instituta:[5] pri statusnem preoblikovanju pridobi podjetnik v zameno za preneseno podjetje ali del podjetja kapitalski delež v novi kapitalski družbi oz. prevzemni družbi, pri prenosu podjetja na podjetnika prevzemnika pa je nasprotna izpolnitev lahko npr. denarna ali pa je prenos neodplačen. Skupna značilnost obeh institutov je prenos podjetniško organiziranega premoženja z univerzalnim pravnim nasledstvom, kar občutno olajša in hkrati tudi pospeši prenos.

Od drugih pomembnejših novosti v ureditvi podjetnikov je treba najprej omeniti spremembo drugega odstavka 75. člena ZGD-1, ki ureja **javno objavo prenehanja opravljanja dejavnosti podjetnika.** Prej je veljalo, da mora podjetnik najmanj tri mesece pred prenehanjem opravljanja dejavnosti na primeren način (s pismi upnikom, v sredstvih javnega obveščanja in poslovnih prostorih) objaviti, da bo prenehal opravljati dejavnost, ter ob tem navesti tudi dan prenehanja opravljanja dejavnosti. Od uveljavitve novele ZGD-1I pa velja, da mora podjetnik najmanj 15

5 Kocbek in Prelič, stran 103.

dni pred prenehanjem opravljanja dejavnosti na spletnih straneh AJPES objaviti, da bo prenehal opravljati dejavnost, in ob tem navesti tudi dan prenehanja opravljanja dejavnosti. Poleg objave na spletnih straneh AJPES lahko podjetnik tudi na druge načine obvesti o prenehanju dejavnosti (s pismi upnikom, v sredstvih javnega obveščanja in poslovnih prostorih). Sprememba se torej nanaša na rok objave, ki je po novem občutno krajši, in na način objave prenehanja.

Novela ZGD-1I je uredila tudi **možnost sodnega imenovanja podjetnikovega zastopnika v nujnih primerih** (deveti odstavek 72. člena).

5 KORPORATIVNO UPRAVLJANJE – DOPOLNITVE 263. ČLENA IN DRUGE NOVOSTI

Eden od ciljev novele je bil tudi izboljšanje korporativnega upravljanja, kot to izhaja iz vladne obrazložitve predloga novele. V zvezi s tem je treba izpostaviti predvsem dopolnitve 263. člena, ki ureja skrbnost in odgovornost članov organov vodenja ali nadzora (poslovodstva, nadzornega sveta in upravnega odbora), drugi sklop novosti pa se nanaša predvsem na revizijsko komisijo in revizorje, notranje in zunanje. V osnutku predloga novele, ki ga je pripravilo ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo, je bila sprva predlagana tudi **uzakonitev t. i. pravila podjetniške presoje** (angl. *business judgment rule*), vendar pa vlada kot predlagatelj zakona tega predloga, ki se je opiral na nemško delniško pravo, ni sprejela. Očitno meni, da uzakonitev pravila, ki je sicer v mednarodni korporacijski praksi široko uveljavljeno, ni potrebna in je najbolje, da je definiranje prostora menedžerske diskrecije (še naprej) prepuščeno sodni praksi.

Po vzoru nemškega delniškega prava pa je bila uzakonjena **obvezna odbitna franšiza pri zavarovanjih D & O**.[6] Sklepanje tovrstnih zavarovanj, katerih pomen je čedalje večji, je sicer še naprej prostovoljno, vendar po bo morala biti po novem v zavarovalni pogodbi dogovorjena odbitna franšiza. To je bilo doslej prepuščeno avtonomiji strank. Z novelo je bil drugi odstavek 263. člena ZGD-1 dopolnjen z naslednjo določbo: »Če *družba sklene zavarovalno pogodbo za zavarovanje članov organov vodenja ali nadzora pred riziki iz opravljanja njihove funkcije v družbi, mora biti določena odbitna franšiza vsaj v višini 10 % škode, vendar ne več, kot znaša 1,5- kratnik njihovih fiksnih letnih prejemkov.*« Ta določba velja ne le za člane uprave, ampak tudi za člane upravnega odbora in nadzornega sveta v d. d., pa tudi za poslovodje in člane organov v d. o. o.

V korporacijskem pravu namreč obstajajo nekateri pomisleki proti zavarovanjem D & O, nekateri avtorji jih štejejo celo za nedopustne in s tem za nične. Funkcija odškodninske odgovornosti ni le izravnalna (reparacijska), ampak tudi preventivna, z zavarovanjem D & O pa se občutek osebne materialne odgovornosti za vodenje

6 Zavarovanje D&O (*directors and officers liability insurance* – označba iz zavarovalniške prakse v ZDA) je prostovoljna oblika zavarovanja, ki ga sklene družba v korist svojih članov organov vodenja ali nadzora, zato da bi jih zavarovala pred rizikom osebne odgovornosti nasproti njej sami ali tretjim osebam. Gre torej za zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora, poleg njih pa pogosto še vodilnih delavcev ter oseb, ki imajo ustrezne funkcije v hčerinskih družbah, ki ga financira družba sama – družba je skleniteljica zavarovanja in plačnica zavarovalne premije.

poslov skoraj v celoti izniči. Seveda pa na drugi strani ni mogoče mimo tega, da so zavarovanja D & O za družbo ekonomsko smotrna, saj je pri nekajmilijonski škodi tako rekoč nemogoče, da bi jo družba dobila povrnjeno od povzročitelja. S tovrstnimi zavarovanji torej družba ne zavaruje le interesov članov organov vodenja ali nadzora in drugih oseb, vključenih v zavarovanje, ampak tudi lastne (premoženjske) interese. Pomisleke proti dopustnosti zavarovanj D & O je mogoče nevtralizirati tako, da se predpiše obvezna odbitna franšiza, in prav to je bilo storjeno z novelo ZGD-1I.

Rok, v katerem **zastarajo odškodninske terjatve,** v ZGD-1 do zdaj ni bil določen. Uporaba obligacijskopravnih rokov za zastaranje odškodninskih terjatev je povzročala težave, saj ni bilo jasno, kateri od tam predvidenih zastaralnih rokov je uporabljiv. Novela ZGD-1I je to nejasnost odpravila in določila, da odškodninski zahtevki proti članom organov zastarajo v petih letih od nastanka škode (šesti odstavek 263. člena). Ta rok ustreza splošnemu zastaralnemu roku iz obligacijskega prava in torej začne teči z dnem nastanka škode. Ob tem pa je bila določena izjema, ki velja za družbe, v katerih ima država ali občina prevladujoči vpliv. V tem primeru je zastaralni rok še enkrat daljši in torej znaša kar deset let. Za tako razlikovanje pri določitvi zastaralnih rokov ni nobenega razumnega in stvarnega razloga, zato je novela po mojem mnenju v tem delu sporna.

Novela je odpravila še nekatere druge pomanjkljivosti 263. člena ZGD-1. Tako je zdaj določeno, da **odpoved zahtevku nasproti upnikom nima nobenega pravnega učinka**, **ni pa se mogoče sklicevati niti na to, da dejanje temelji na sklepu skupščine**. V stečajnem postopku uveljavlja zahtevke stečajni upravitelj, pa tudi vsak upnik, ki je upravičen opravljati procesna dejanja v tem postopku. Stečajni upravitelj uveljavlja odškodninske zahtevke v imenu in za račun družbe, upnik pa v svojem ter v imenu in za račun družbe (peti odstavek 263. člena).

Ob dopolnjenih določbah o odškodninski odgovornosti članov uprave in nadzornikov (263. člen) se drugi sklop novosti nanaša na delovanje revizorjev, tako zunanjih kot notranjih, oziroma na njihov položaj v sistemu korporativnega upravljanja. Dodan je nov 281.a člen, ki opredeljuje **razmerje med nadzornim svetom oziroma njegovo revizijsko komisijo in notranjim revizorjem**, če ga družba ima. S soglasji nadzornega sveta h ključnim notranjerevizijskim vprašanjem, kot so kadrovske zadeve v zvezi z vodenjem notranje revizije in letno oziroma večletno načrtovanje, pa tudi s soglasji k temeljni listini o notranjerevizijski dejavnosti se želi notranji revizor, ki se v dvotirnem sistemu tradicionalno uvršča v sfero uprave, približati nadzornemu svetu in tako okrepiti njegova neodvisnost. Tako okrepljen položaj notranjega revizorja, vključno z možnostjo neposredne komunikacije med notranjim revizorjem in nadzornim svetom oz. revizijsko komisijo, pa omogoča učinkovitejši nadzor, saj se izboljšujejo informacijski viri organa nadzora.

Pomembna novost so tudi spremenjene in dopolnjene določbe o **revizijski komisiji**, še posebej tiste, ki določajo njeno sestavo. Še naprej velja, da mora biti najmanj en član revizijske komisije neodvisen strokovnjak in usposobljen za računovodstvo ali revizijo. Novost je, da so preostali člani komisije lahko le tisti člani nadzornega sveta, ki so neodvisni od revidiranega subjekta (prvi odstavek 280. člena), k čemur je dodana še zahteva, da morajo biti vsi člani komisije ustrezno

strokovno usposobljeni za področje delovanja revidiranega subjekta (drugi odstavek 280. člena). Zaradi prenosa novelirane revizijske direktive (Direktiva 2014/56/EU) so bile razširjene in dopolnjene tudi naloge revizijske komisije, novela ZGD-1I pa je odpravila tudi nejasnost glede pristojnosti za odločanje o plačilih t. i. zunanjim članom komisij, to je članom komisij, tako revizijske kot drugih, ki niso člani nadzornega sveta oz. upravnega odbora (tretji odstavek 279. člena).

Poleg naštetih je pomembna novost tudi dopolnitev drugega odstavka 281. člena, ki je doslej urejal le **pravico nadzornega sveta do pregleda in preveritve t. i. inkorporiranih informacij**. V zvezi s tem je novela najprej potrdila možnost, da se izvrševanje omenjene pravice prenese na posameznega člana nadzornega sveta ali komisijo, še posebej na revizijsko komisijo. Še pomembnejša sta drugi del določbe, v skladu s katerim lahko nadzorni svet za izvrševanje določenih nalog pooblasti tudi posebnega izvedenca, ter naslednji stavek, ki **prenaša pooblastilo za sklenitev pogodbe s posebnim izvedencem na predsednika nadzornega sveta**.

Najetje zunanjega strokovnjaka je v nekaterih primerih nujno za učinkovito opravljanje nalog organa nadzora, vendar pa nadzorni svet po dosedanji ureditvi tega ni mogel storiti sam, ampak le v sodelovanju z upravo. Ker nadzorni svet ni imel pooblastila za zastopanje družbe, je pogodbo z zunanjim strokovnjakom sklenila uprava kot zakoniti zastopnik družbe, kar seveda ni bila ustrezna rešitev, saj nadzorni svet nadzira upravo in najetje zunanjega strokovnjaka je praviloma povezano prav z opravljanjem te funkcije. Hkrati je novela določila **pogoj za pritegnitev posebnega izvedenca**. Izrecno je določeno, da ga je mogoče pooblastiti le za določene naloge, kar pomeni, da so izključene trajnejše oblike sodelovanja med nadzornim svetom oziroma revizijsko komisijo in posebnim izvedencem. Ni torej dopustno, da bi nadzorni svet za ves čas trajanja svojega mandata najel npr. odvetniško družbo, da mu nudi pravno pomoč pri opravljanju nalog. Izvedenca je mogoče najeti **le za posamičen primer in z jasno definiranim obsegom naročila** – naročilo mora biti omejeno tako časovno kot glede na predmet.

Ob pooblastilu za sklenitev pogodbe s posebnim izvedencem ima predsednik nadzornega sveta po novi ureditvi **tudi pooblastilo za sklenitev pogodbe z revizorjem letnega oziroma konsolidiranega letnega poročila**.[7] Novela je tako uredila ne le razmerje med nadzornim svetom (oziroma njegovo revizijsko komisijo) in notranjim revizorjem, ampak tudi razmerje med nadzornim svetom in revizorjem letnih finančnih poročil, ki je zunanji revizor. V prvem primeru gre za povsem novo zakonsko ureditev, v drugem pa le za zaokrožitev obstoječe ureditve oziroma za »piko na i«, saj je bila glavnina vprašanj urejena že pred novelo. Zunanji revizor je bil že po prejšnji ureditvi, to je pred novelo ZGD-1I, zelo blizu nadzornemu svetu, manjkalo je le pooblastilo za sklenitev pogodbe z njim. To pomanjkljivost je odpravila zadnja novela.

7 Več o tem v Podgorelec, 2016a, stran 244.

6 DRUGE POMEMBNEJŠE SPREMEMBE IN DOPOLNITVE DELNIŠKEGA PRAVA

Prvi sklop novosti v delniškem pravu so spremenjene in dopolnjene določbe o korporativnem upravljanju, obravnavane v prejšnjem poglavju. Drugi sklop pomembnejših novosti pa se nanaša na razdelitev bilančnega dobička delničarjem, njihovo prednostno pravico, omejitev višine pogojnega povečanja osnovnega kapitala za določen namen in na nov razlog za prenehanje družbe.

6.1 Razdelitev bilančnega dobička

Razdelitev bilančnega dobička delničarjem je urejena v 231. členu. V prvem odstavku tega člena je določeno, da se deleži delničarjev v bilančnem dobičku določijo v sorazmerju z njihovimi deleži v osnovnem kapitalu. V tretjem odstavku istega člena pa naj bi zakon dopuščal tudi drugačen način razdelitve bilančnega dobička, in sicer pod pogojem, da je to predvideno s statutom. Zakon naj bi torej omogočal statutarno avtonomijo pri urejanju vprašanja načina razdelitve bilančnega dobička delničarjem, vendar je bila težava prejšnje ureditve v tem, ker je zakon določal, da je drugačna udeležba delničarjev pri bilančnem dobičku dovoljena samo, če tako določa zakon ali statut v skladu z zakonom. Novela ZGD-1I je črtala besedno zvezo »v skladu z zakonom«, tako da se spremenjena določba tretjega odstavka 231. člena glasi: »Drugačna udeležba delničarjev pri bilančnem dobičku je dovoljena samo, če tako določa zakon ali statut.«

Ta sprememba je povezana z načinom določanja premoženjskih pravic iz prednostnih delnic.[8] V mednarodni korporacijski praksi je namreč znana prednostna delnica kot delnica, ki dopušča absolutno avtonomijo pri urejanju pravic s statutom – statutarno avtonomijo. Dosedanja ureditev, če jo razumemo po črki zakona, je bila v zvezi s tem zelo omejujoča oziroma je statutarno avtonomijo tako rekoč izničila. V naši sodni praksi se je ta problem pokazal pri vprašanju **določanja višine dividende v povezavi s kumulativno participativnimi delnicami** (glej sodbo Vrhovnega sodišča RS št. III Ips 57/2010 z dne 22. januarja 2013). Naše vrhovno sodišče je namreč izrazilo stališče, da statutarna ureditev participacije ni dopustna oziroma je vsebino participacije v statutu sploh nemogoče urejati, ker je »delitev preostanka dobička med navadne in prednostne delničarje kogentno urejena«. S črtanjem besedila »v skladu z zakonom« v tretjem odstavku 231. člena ZGD-1 je torej nesporno dopuščena statutarna avtonomija pri urejanju tega vprašanja oziroma je z novelo ZGD-1I odpravljen vsak dvom o tem, da je vsebino prednosti pri prednostnih delnicah (avtonomno) mogoče urejati s statutom družbe.

6.2 Določanje emisijskega zneska novih delnic

Prednostna pravica je ena od temeljnih premoženjskih upravičenj, ki delničarjem omogoča, da pri efektivnem povečanju osnovnega kapitala prednostno (pred vsemi drugimi interesenti) vpišejo nove delnice in s tem ohranijo svoj »proporcionalni lastniški interes«. V prvem odstavku 337. člena ZGD-1 je določeno, da imajo dosedanji delničarji v sorazmerju s svojimi deleži v osnovnem kapitalu prednostno

8 Kocbek in Prelič, stran 147.

pravico do vpisa novih delnic, pri čemer je rok za uveljavitev te pravice najmanj 14 dni. Do zdaj je bilo v drugem odstavku 337. člena določeno, da mora poslovodstvo objaviti rok za uveljavitev prednostne pravice, ob tem pa tudi emisijski znesek novih delnic. Ta določba je v praksi sprožala vprašanje, ali je dopustno modalitete uveljavitve prednostne pravice oblikovati tudi tako, da se prodajna cena najprej določi samo v razponu, končna cena pa oblikuje v postopku t. i. *book buildinga,* s čimer bi se čim bolj približala razmeram na trgu.

Fiksen emisijski znesek namreč na začetku postopka javnega vpisa delnic praviloma ne more izražati tržne cene, ker še ni znan interes vlagateljev. V praksi delovanja kapitalskih trgov se zato emisijska cena oblikuje v t. i. *book buildingu,* v katerem finančni posredniki na podlagi povpraševanja možnih vlagateljev oziroma prejetih naročil oblikujejo emisijsko ceno, ki izraža dejansko tržno povpraševanje po novih delnicah. Končna emisijska cena se zato oblikuje po končanem zbiranju ponudb, na začetku ponudbe pa se objavijo merila za določitev cene, praviloma kot cenovni razpon ali najvišja cena.[9] Novela ZGD-1I je to dilemo odpravila. Spremenjeni drugi odstavek 337. člena se tako glasi: »Poslovodstvo mora objaviti emisijski znesek novih delnic ali merila, po katerih se ta znesek izračuna, in rok iz prejšnjega odstavka. Če se objavijo samo merila, po katerih se izračuna emisijski znesek, mora poslovodstvo objaviti emisijski znesek najkasneje tri dni pred iztekom roka za uveljavitev prednostne pravice.«

6.3 Omejitev višine pogojnega povečanja osnovnega kapitala

Delniška družba lahko pogojno poveča osnovni kapital zaradi treh namenov, ki so določeni v prvem odstavku 343. člena ZGD-1. Že do zdaj je bila višina pogojnega osnovnega kapitala omejena na polovico osnovnega kapitala, saj je ZGD-1 v drugem odstavku 343. člena določal, da najmanjši emisijski znesek delnic, izdanih v postopku pogojnega povečanja osnovnega kapitala, ne sme preseči polovice osnovnega kapitala, ki obstaja med sklepanjem o pogojem povečanju kapitala. Novela ZGD-1I pa je uveljavila strožjo omejitev, **vendar le,** če se osnovni kapital pogojno poveča zaradi zagotovitve opcijskih upravičenj do nakupa delnic. V tem primeru lahko pogojno povečanje osnovnega kapitala dosega le 10 % od osnovnega kapitala, ki obstaja med sklepanjem o pogojnem povečanju kapitala (drugi stavek drugega odstavka 343. člena ZGD-1).

7 IZBOLJŠANJE SISTEMA KONCERNSKEGA PRAVA – PRAVA POVEZANIH DRUŽB

Koncernsko pravo (oz. pravo povezanih družb) je predvsem **varovalno pravo**. Le v manjšem delu je koncernsko pravo tudi organizacijsko pravo. Kot varovalno pravo varuje odvisno družbo, njene »manjšince« in upnike pred »izčrpavanji« obvladujoče družbe, ki lahko poteka na zelo različne načine, od neustreznih transfernih cen, izmišljenih svetovalnih pogodb, nezavarovanih ali neustrezno obrestovanih posojil pa do t. i. koncernskih prispevkov, preusmeritev poslovnih priložnosti na druge povezane družbe, ustavitve razvojnih programov, zaprtja rentabilnih proizvodnih obratov itd. Dosedanja ureditev povezanih družb (IV. del

9 Kocbek in Prelič, stran 156.

ZGD-1 – členi 527 do 562) je bila pomanjkljiva, v določenih delih tudi neustrezna. Tako je bilo na primer v zvezi s poročilom o odvisnosti določeno le to, da se predloži revizorju letnega poročila (546. člen), niso pa bile določene revizorjeve naloge. Posebna revizija razmerij z obvladujočo družbo ali z njo povezano družbo pa sploh ni bila zakonsko urejena. Pomanjkljivo so bile urejene tudi naloge nadzornega sveta odvisne družbe, ureditev sestavin poročila o odvisnosti pa neustrezna. Če ni sklenjena pogodba o obvladovanju, so prav poročilo o odvisnosti, njegova revizija in možnost posebne revizije instituti, ki so ključnega pomena za učinkovito zaščito manjšinskih delničarjev oz. družbenikov in upnikov odvisnih družb.

Pomanjkljiva je bila tudi ureditev drugih dveh oblik korporacijskopravne povezanosti družb, to je pogodbenega koncerna in vključenih družb, saj zakon ni predvideval dolžnosti izdelave pisnega poročila o pogodbi oziroma vključitvi in njune revizije. Kako naj imetniki deležev udeleženih družb učinkovito zaščitijo svoje interese, če za odločanje o soglasju k pogodbi nimajo pravočasnih, izčrpnih in tudi nevtralnih informacij? V zvezi s tem je obstajalo tudi sistemsko neravnovesje v primerjavi s pravom statusnih preoblikovanj, ki predvideva tako dolžnost izdelave poročila o pripojitvi kot tudi revizijo pripojitve. Pri pogodbenem koncernu, še bolj pa pri vključitvi, gre za zelo podobno problematiko kot pri pripojitvi, zato je prav, da imajo imetniki deležev primerljiva informacijska upravičenja. Nerešeno je bilo tudi vprašanje, ali in pod katerimi pogoji se lahko družba odpove zahtevku za poravnavo izgube, kakor tudi vprašanje, ali in pod katerimi pogoji se lahko odpove odškodninskim zahtevkom proti obvladujoči družbi in njenim zastopnikom. In še bi lahko naštevali. Skratka, dosedanji sistem koncernskega prava oz. prava povezanih družb je bil precej pomanjkljiv, v določenih delih tudi neustrezen. Z nedavno sprejeto novelo ZGD-1I se naštete in še nekatere druge pomanjkljivosti ter neustreznosti odpravljajo.

Z novelo ZGD-1I se spreminjajo ali dopolnjujejo ureditve vseh tipov koncernskih povezav. Najobširnejše so spremembe in dopolnitve, ki se nanašajo na **vodenje in odgovornost pri dejanskem koncernu**, torej na 2. oddelek 2. poglavja IV. dela zakona, saj so novelirani skoraj vsi členi, hkrati se dodajata še dva nova člena. Spremenjeni sta besedili prvega in drugega odstavka 545. člena, ki urejata t. i. **koncernski privilegij** oziroma obseg dopustnega vplivanja na odvisno družbo, spremenjena je ureditev **sestavin poročila o odvisnosti**, dopolnjena je ureditev **revidiranja poročila o odvisnosti**, dodan je nov institut, to je **posebna revizija razmerij z obvladujočo družbo in z njo povezanimi družbami,** dopolnjena je ureditev **nalog nadzornega sveta**.

V zvezi s podjetniškimi pogodbami so dodane določbe o dolžnosti priprave **poročila o pogodbi, njeni reviziji, pregledu s strani nadzornega sveta ter o pripravi in izvedbi skupščine**, ki odloča o soglasju k sklenitvi pogodbe. Smiselno enako velja tudi za vključene družbe, katerih ureditev se prav tako dopolnjuje z določitvijo dolžnosti priprave **poročila o vključitvi in njeni reviziji ter z dodatnimi zahtevami v zvezi s skupščinskim odločanjem**.

Pri pogodbenem koncernu je dopolnjena tudi ureditev **uveljavljanja odškodninskih zahtevkov**, in sicer z določitvijo pogojev, pod katerimi se družba lahko odreče zahtevkom oziroma jih pobota, in z določitvijo zastaralnega roka. Na ta pravila se sklicuje 547. člen, ki ureja odgovornost obvladujoče družbe in njenih zastopnikov v dejanskem koncernu oz. v primeru, če ni sklenjena pogodba o obvladovanju.

Novost so tudi pogoji, pod katerimi se družba lahko **odpove zahtevku za poravnavo izgube** oziroma se v zvezi z njim poravna. Spremenjena je določitev obsega dobička, ki se lahko prenese na podlagi pogodbe o prenosu dobička.[10]

8 UČINEK VPISA PRENOSA POSLOVNEGA DELEŽA V REGISTER IN DOPOLNITEV PRAVIL O OHRANJANJU OSNOVNEGA KAPITALA PRI D. O. O.

Pred novelo ZGD-1I je bilo v prvem odstavku 482. člena ZGD-1 določeno, da se za pridobitelja poslovnega deleža šteje le tisti, ki poslovodji prijavi in dokaže pridobitev. Novela ZGD-1I pa je to določbo deloma spremenila, tako da je zdaj določeno, da se za pridobitelja šteje tisti, ki je vpisan v register. **To pomeni, da je notifikacijo pridobitve poslovodji zamenjal vpis v register.**

S pridobitvijo poslovnega deleža njegov imetnik sicer postane imetnik korporacijskih upravičenj, ki jih poslovni delež inkorporira, vendar jih v razmerju do družbe lahko uresničuje šele po vpisu v register.[11] To izhaja tudi iz prvega odstavka 509. člena ZGD-1, v skladu s katerim se skupščina skliče s priporočenim pismom vsem družbenikom, ki so na dan sklica skupščine vpisani v register. Tudi ta določba, ki ureja obliko sklica skupščine, je bila spremenjena oz. dopolnjena z novelo ZGD-1I in je torej v neposredni zvezi s spremenjenim prvim odstavkom 482. člena ZGD-1. Pred tem je bilo določeno le to, da se skupščina skliče s priporočenim pismom vsem družbenikom, kar je pomenilo, da je bilo treba vabiti tiste družbenike, ki so poslovodji prijavili in dokazali pridobitev poslovnega deleža, ne glede na to, ali so bili vpisani v register.

Tako kot po prejšnji ureditvi notifikacija poslovodji tudi po novi ureditvi vpis v register nima konstitutivnega učinka v tem smislu, da bi bil registrski vpis pogoj za pridobitev poslovnega deleža, ampak ima le legitimacijski učinek v razmerju do družbe. V prvem odstavku 482. člena sicer manjka izrecna navedba, da se za pridobitelja poslovnega deleža »v razmerju do družbe« šteje le tisti, ki je vpisan v register, vendar pa to izhaja iz drugih določb zakona in iz umestitve pravila med določbe o razmerju med družbo in družbeniki. Skratka, **za uresničevanje korporacijskih upravičenj (pa tudi** članskih **dolžnosti) ni več dovolj, da pridobitelj poslovodji prijavi in dokaže pridobitev poslovnega deleža, kot je to veljalo po prejšnji ureditvi, ampak mora biti vpisan v register. Vpis v register pa ne vpliva na pridobitev poslovnega deleža.** Imetnik poslovnega deleža ima sposobnost razpolaganja s poslovnim deležem neodvisno od tega, ali je vpisan v register, ker je materialnopravni upravičenec.[12] Veljavnost prenosa poslovnega deleža se presoja po splošnih pravilih.

10 Več o tem v Podgorelec, 2015b, stran 1120.

11 Kocbek in Prelič, stran 165.

12 Tako tudi nemška teorija. Glej npr. Drygala, Staake in Szalai, stran 260; Roth in Altmeppen, stran 420; Wicke, stran 164. V nemškem Zakonu o d. o. o. je v prvem odstavku 16. člena določeno: »V primeru spremembe osebe družbenika ali spremembe obsega njegove udeležbe velja v razmerju do družbe za imetnika poslovnega deleža le tisti, ki je kot tak vpisan na seznam družbenikov, in je ta seznam sprejet v trgovinski register.« To ureditev je uvedel Zakon o modernizaciji prava d. o. o. in o preprečevanju zlorab, ki je bil sprejet 23. 10. 2008. Pred tem je veljalo, da se v primeru odsvojitve za pridobitelja poslovnega deleža v razmerju do družbe šteje le tisti, ki poslovodji prijavi in dokaže pridobitev.

Druga pomembnejša novost je dopolnitev osrednjega pravila o ohranjanju kapitala, to je prvega odstavka 495. člena ZGD-1 (t. i. izplačilna prepoved). Do zdaj je bilo določeno, da se premoženje, ki je potrebno za ohranitev osnovnega kapitala in vezanih rezerv, družbenikom ne sme izplačati. Tej določbi pa je bila z novelo dodana nova določba, v skladu s katero »*se v premoženje, ki je potrebno za ohranitev najnižjega zneska osnovnega kapitala iz 475. člena tega zakona, ne štejejo posojila družbe družbeniku ali poslovodji ali njegovemu družinskemu članu, kot je opredeljen v sedmem odstavku 38.a člena tega zakona, ali pravni osebi, v kateri ima družbenik ali poslovodja ali njegov družinski član ali vsi skupaj najmanj desetino upravljavskih pravic. Pravni posel, ki ni sklenjen v skladu s prejšnjim stavkom, je ničen*«. Kot izhaja iz uradne obrazložitve predloga novele, je dopolnitev prvega odstavka 495. člena ZGD-1 zamišljena kot dodaten ukrep v zvezi s preprečevanjem »veriženja podjetij« oz. ustanavljanja podjetij »na zalogo«. Nadalje predlagatelj navaja namen dopolnitve, da je v družbi vedno vsaj za minimalni osnovni kapital (7.500 evrov) premoženja (aktive), namenjenega poslovanju in zaščiti upnikov.

Glede na tak namen zakonodajalca je dopolnitev prvega odstavka 495. člena ponesrečeno oblikovana, poleg tega pa je tudi nesistemska in nepotrebna ter bo v praksi povzročala številne težave.[13]

9 NOVI OZ. POOSTRENI RAZLOGI ZA PRENEHANJE KAPITALSKIH DRUŽB IN SPREMEMBA V UREDITVI PRENEHANJA PO SKRAJŠANEM POSTOPKU

Z novelo ZGD-1I sta bila dodana dva nova razloga za prenehanje družbe. Po novi ureditvi d. o. o. preneha tudi v primeru, če nima družbenikov ali družba pridobi vse poslovne deleže, in v primeru, če poslovodstvo ne deluje več kot šest mesecev (šesta in sedma alineja prvega odstavka 521. člena).

Podobno velja za delniško družbo. Do zdaj je bilo določeno, da družba preneha, če poslovodstvo ne deluje več kot dvanajst mesecev (tretja alineja prvega odstavka 402. člena). Ta rok je novela skrajšala na šest mesecev in enako kot pri d. o. o. dodala nov razlog za prenehanje: družba preneha, če nima delničarjev ali če ima samo lastne delnice (deveta alineja prvega odstavka 402. člena). V tem primeru lahko predlog za prisilno likvidacijo družbe pri sodišču vloži tudi pristojni organ, ki kršitev ugotovi v postopku nadzora (šesti odstavek 404. člena), poleg njega pa tudi vsak upnik ali delničar.

Sprememba je tudi v ureditvi prenehanja družbe po skrajšanem postopku. Do zdaj so upniki lahko uveljavljali **terjatve do delničarjev**, ki so dali izjavo, da so poplačane vse obveznosti družbe, urejena vsa razmerja z delavci in da prevzemajo obveznosti plačila morebitnih preostalih obveznosti družbe, v enem letu po objavi izbrisa iz registra. Z novelo je bil ta rok **podaljšan na dve leti** (drugi odstavek 425. člena). V skladu s 522. členom se ta pravila smiselno uporabljajo tudi za d. o. o.

13 Več o tem v Podgorelec, 2016a, stran 72.

10 PRENOVITEV KAZENSKIH DOLOČB

Novela ZGD-1I je temeljito prenovila tudi IX. del zakona, ki vsebuje kazenske določbe. Bistvo sprememb je v tem, **da je pri višini zagrožene denarne kazni zaradi prekrška upoštevana velikost družbe**. Poleg tega je **razširjen seznam protipravnih ravnaj, ki so sankcionirana kot prekršek**. Zanimiva novost so tudi posebni **prekrški članov nadzornega sveta, članov upravnega odbora in celo članov komisij nadzornega sveta oz. upravnega odbora**. Tako se na primer z globo od 1.000 do 5.000 evrov kaznuje za prekršek član komisije nadzornega sveta, če odloča o vprašanjih, ki sodijo v pristojnost nadzornega sveta ali upravnega odbora.

Za prekrške po ZGD-1 se sme **v hitrem postopku** izreči globa tudi v znesku, ki je višji od najnižje predpisane globe (691.b člen).

LITERATURA:

- DRYGALA, Tim, STAAKE, Marco, in SZALAI, Stephan. *Kapitalgesellschaftsrecht.* Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2012.
- KOCBEK, Marijan, in PRELIČ, Saša. *Uvodna pojasnila k Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1) z novelo ZGD-1I.* Ljubljana: Ius Software – GV Založba, 2015, strani 43 do 176.
- PODGORELEC, Peter. Pravilo podjetniške presoje in odškodninska odgovornost članov uprave banke. *Podjetje in delo,* 2015, letn. XLI, št. 3–4, strani 445 do 461.
- PODGORELEC, Peter. Podrobnejša pravila varstva upnikov in manjšinskih delničarjev v koncernskem pravu (povezane družbe in podjetniška pogodba), *Podjetje in delo,* 2015, letn. XLI, št. 6–7, strani 1120 do 1132.
- PODGORELEC, Peter. Novela Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I) – 2. del: omejitve v zvezi z ustanavljanjem družb in druge novosti v korporacijskem pravu. *SIRIUS,* 2016, št. 1, strani 72 do 85.
- PODGORELEC, Peter. Zastopanje družbe v razmerjih z revizorjem letnega poročila po noveli ZGD-1I. *Podjetje in delo,* 2016, letn. XLII, št. 2, strani 244 do 259.
- ROTH, G. Günther, in ALTMEPPEN, Holger. *GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar.* 8. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2015.
- WICKE, Hartmut. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar.* München: Verlag C. H. Beck, 2008.

SLOVENIJA V DELOVNI SKUPINI OECD PROTI PODKUPOVANJU V MEDNARODNEM POSLOVANJU[1]

mag. Maja Veber Šajn
okrajna državna tožilka
Specializirano državno tožilstvo Republike Slovenije

1 UVOD

Konvencija o boju proti podkupovanju tujih javnih uslužbencev v mednarodnem poslovanju, ki so jo 21. 11. 1997 sprejele države članice OECD in pet držav nečlanic, veljati pa je začela 15. 2. 1999, zajema t. i. tuje podkupovanje. Program spremljanja in uveljavljanja Konvencije izvaja Delovna skupina OECD proti podkupovanju v mednarodnem poslovanju. V prispevku so opisane temeljne značilnosti Konvencije, njeno izvajanje v praksi in nekatere podrobnosti ocenjevanja Slovenije v zvezi z implementacijo Konvencije.

2 KONVENCIJA O BOJU PROTI PODKUPOVANJU TUJIH JAVNIH USLUŽBENCEV V MEDNARODNEM POSLOVANJU

Konvencija o boju proti podkupovanju tujih javnih uslužbencev v mednarodnem poslovanju (v nadaljevanju besedila: Konvencija) postavlja pravno zavezujoče standarde za kriminalizacijo podkupovanja tujih javnih uslužbencev v mednarodnem poslovanju. Je prvi in edini protikorupcijski instrument, ki se osredotoča na »ponudbeno« stran korupcijske transakcije.

V skladu s Konvencijo mora država pogodbenica izvesti ukrepe, ki so potrebni, da se v notranjem pravu kot kaznivo dejanje, če je storjeno naklepno, neposredno ali po posrednikih, opredeli ponujanje, obljubljanje ali dajanje nedovoljene denarne ali druge koristi tujemu javnemu uslužbencu, zanj ali za kogar drugega, da bi zaradi pridobitve ali ohranitve posla ali druge neprimerne prednosti v mednarodnem poslovanju opravil uradno dejanje ali da tega dejanja ne bi opravil.[2] Pogodbenica mora v skladu s svojimi pravnimi načeli izvesti ukrepe, ki so potrebni, da se določi odgovornost pravnih oseb za podkupovanje tujega javnega uslužbenca.[3]

Konvencija določa tudi definicijo tujega javnega uslužbenca, in sicer je to vsaka oseba, ki ima zakonodajno, upravno ali sodno funkcijo v tuji državi in je imenovana ali izvoljena; vsaka oseba, ki opravlja javno funkcijo za tujo državo, vključno s funkcijo v javni agenciji ali javnem podjetju, ter vsak uslužbenec ali predstavnik mednarodne javne organizacije.[4]

1 Za objavo prirejeno predavanje, ki ga je imela avtorica na seminarju Podkupovanje tujih javnih uslužbencev v mednarodnem poslovanju na Brdu pri Kranju 21. marca 2016.
2 Prvi odstavek 1. člena Konvencije.
3 2. člen Konvencije.
4 Četrti odstavek 1. člena Konvencije.

Država pogodbenica mora poskrbeti, da se podkupovanje tujega javnega uslužbenca kaznuje z učinkovitimi, sorazmernimi in odvračilnimi kaznimi. Izvesti mora ukrepe, potrebne za zaseg in odvzem podkupnine ter premoženjske koristi iz podkupovanja tujega javnega uslužbenca ali premoženja, ki po vrednosti ustreza vrednosti take koristi, ali za uporabo denarne sankcije, ki ima primerljiv učinek.[5]

Zelo pomembna je določba 5. člena Konvencije, ki vključuje pregon tujega podkupovanja ter določa, da na preiskovanje in kazenski pregon podkupovanja tujega javnega uslužbenca ne smejo vplivati gospodarski interes države, morebitni vpliv na odnose z drugo državo ali katera fizična ali pravna oseba je vpletena.[6]

V Konvenciji je urejena tudi medsebojna pravna pomoč, ki je država pogodbenica ne sme zavrniti z utemeljitvijo, da gre za bančno skrivnost.[7]

V sklopu spremljanja in uveljavljanja Konvencije izvaja Delovna skupina OECD proti podkupovanju v mednarodnem poslovanju (v nadaljevanju besedila: Delovna skupina) t. i. ocenjevanja »peer-to-peer«. To v praksi pomeni, da ocenjevano državo ocenjujeta dve državi članici Delovne skupine, načeloma ena, ki ima pravni sistem podoben ocenjevani državi, in druga z drugačnim pravnim sistemom. Poglobljeno ocenjevanje je do zdaj potekalo v treh fazah, v letu 2016 pa se bo začela četrta faza ocenjevanja, ki bo pokrivala izstopajoče teme in analizo, prilagojeno posamezni državi.

Prva faza ocenjevanja vključuje pregled zakonodaje, preverjata se njena ustreznost in skladnost z določbami Konvencije. Postopek je pisni, ocenjevana država mora izpolniti vprašalnik, nato pa se na podlagi odgovorov sestavi poročilo, ki se obravnava na zasedanju Delovne skupine. Druga in tretja faza poleg vprašalnika zajemata tudi t. i. »on-site visit«, obisk glavnih ocenjevalcev in predstavnikov sekretariata OECD v ocenjevani državi, na katerem se glavni ocenjevalci srečajo s predstavniki tožilstva, policije, sodstva, Komisije za preprečevanje korupcije, Ministrstva za pravosodje, Finančne uprave, Urada za preprečevanja pranja denarja, akademske sfere, odvetništva, nevladnih organizacij in privatnega sektorja.

V drugi fazi se gleda širši okvir, zakonodajno in praktično implementacijo Konvencije, tudi nekazenskopravne vidike, tretja faza pa se osredotoča na t. i. »enforcement«, izvajanje Konvencije v praksi in na napredek iz druge faze ocenjevanja.

Poročilo o napredku države za vsako fazo se obravnava na plenarnem zasedanju Delovne skupine, kjer se sprejmejo tudi priporočila in sklepni povzetek ter pripravi sporočilo za javnost. V nadaljevanju Delovna skupina spremlja izvajanje priporočil v praksi. Država mora o napredku poročati v poročilu o napredku (t. i. »follow up report«) v roku, ki ga določi Delovna skupina, in odvisno od resnosti priporočil. Poročanje je lahko ustno ali pisno. Če država priporočil ne izpolnjuje, so predvidene različne sankcije: od izjave za javnost, pisma predsednika Delovne skupine najvišjim predstavnikom države, t. i. »high level mission«, ki zajema obisk

5 3. člen Konvencije.
6 5. člen Konvencije.
7 9. člen Konvencije.

predsednika Delovne skupine, predstavnikov sekretariata OECD in izbranih držav članic Delovne skupine v ocenjevani državi ter srečanje z najvišjimi predstavniki te države, mogoče pa je tudi faza »bis«, ponovitev ocenjevanja.

Vsaka država članica Delovne skupine enkrat letno poroča tudi o aktivnih primerih tujega podkupovanja na zasedanju Delovne skupine, t. i. »tour de table«.

3 IMPLEMENTACIJA KONVENCIJE – STATISTIČNI PREGLED

OECD je v letu 2014 izdal poročilo o izvajanju Konvencije v praksi s poudarkom na analizi 427 zaključenih primerov tujega podkupovanja. Analiza primerov pokriva obdobje od začetka veljavnosti Konvencije do 1. 6. 2014.

Iz poročila izhaja, da kar 24 pogodbenic še nima zaključenega primera tujega podkupovanja.

Podatek je pomemben, saj 41 pogodbenic Konvencije pokriva 64 odstotkov tujih eposrednih naložb in več kot 50 odstotkov svetovnega izvoza. V teh državah je tudi 50 največjih multinacionalk.[8]

Sedemnajst pogodbenic je bilo pri preiskovanju tega kaznivega dejanja uspešnih, saj je bilo sankcioniranih 361 fizičnih in 126 pravnih oseb. Najuspešnejše pri odkrivanju in pregonu tujega podkupovanja so ZDA, ki so uspešno zaključile 128 primerov tujega podkupovanja. Sledijo Nemčija (26 primerov), Južna Koreja (11 primerov), Italija (6 primerov), Švica (6 primerov), Velika Britanija (6 primerov), Francija (5 primerov), Norveška (5 primerov), Japonska (3 primeri), Belgija (1 primer), Bolgarija (1 primer), Madžarska (1 primer), Luksemburg (1 primer), Nizozemska (1 primer), Poljska (1 primer) in Švedska (1 primer).[9]

Trenutno v 25 državah poteka 393 preiskav, v 12 državah pa je obtoženih 142 fizičnih in 14 pravnih oseb.[10]

Da se primer tujega podkupovanja zaključi, traja v povprečju 7,3 leta. Najdaljši čas, potreben za dokončno sodno odločitev ob tujem podkupovanju, je bil 15 let, najkrajši pa manj kot leto dni. Polovica primerov je trajala med 5 in 10 leti, in to obdobje obsega vse faze, odkrivanje, pregon in sodno odločanje.[11]

V analiziranih primerih so bile zaporne kazni izrečene 80 fizičnim osebam. Najdaljša zaporna kazen je znašala 13 let. 28 fizičnim osebam je bila izrečena pogojna kazen. Izrečenih je bilo 261 denarnih kazni, najvišja denarna kazen za pravno osebo je znašala 1,8 milijarde USD, fizični osebi pa je bilo odvzeto premoženje v višini 149 milijonov USD.

8 Fighting the Crime of Foreign Bribery – The Anti-Bribery Convention and the OECD Working Group on Bribery, str. 2.
9 OECD Foreign Bribery Report – An Analysis of the crime of bribery of foreign public officials, str. 31.
10 Fighting the Crime of Foreign Bribery, str. 2.
11 OECD Foreign Bribery Report, str. 14.

69 odstotkov zadev se je zaključilo s sklenitvijo sporazuma, ob tem pa je treba upoštevati podatek, da je bila večina zadev iz jurisdikcije ZDA, kjer se tako reši večina kazenskih zadev.[12]

Dve tretjini primerov vključuje podkupovanje v štirih dejavnostih: rudarstvo (19 %), gradbeništvo (15 %), promet (15 %), komunikacije (10 %). Največkrat je bilo podkupovanje izvršeno, zato da bi uspeli v postopku javnega naročanja (57 %), sledijo carinski postopki (12 %) in davčni postopki (6 %).

Zgrešena je predstava, da podkupnine v mednarodnem poslovanju izplačujejo bogata, razvita gospodarstva le uradnikom v t. i. nerazvitih državah. Iz analize primerov izhaja, da je bilo v dveh tretjinah primerov tujega podkupovanja to namenjeno uradnikom iz razvitih držav. Za tak rezultat je sicer možnih več razlag, med drugim tudi, da so razvite države bolj nagnjene k sodelovanju pri preiskovanju tujega podkupovanja ter imajo bolj razvit sistem odkrivanja in pregona tovrstnih kaznivih dejanj, vendar kljub temu to prinaša drugačno predstavo, kot jo je bilo tuje podkupovanje deležno do zdaj.[13]

Tuje podkupovanje je po sami naravi zapleteno, prikrito in največkrat vključuje posrednika. Podkupovalne sheme pogosto vključujejo številne off shore transakcije, posrednike in zapletene korporacijske strukture. Prav zaznava tujega podkupovanja je ena največjih ovir pri pregonu tega kaznivega dejanja.

Tretjina primerov tujega podkupovanja je bila zaznana prek samoprijav (31 %), sledijo organi odkrivanja in pregona (13 %), mednarodna pravna pomoč (13 %), mediji (5 %) in žvižgači (2 %). Podjetja, ki so naznanila primer, so tega največkrat odkrila z notranjo revizijo.[14] V 60 odstotkih primerov je podjetje, ki je podkupovalo, imelo več kot 250 zaposlenih in se je zato uvrščalo med velika podjetja.[15]

Kot je bilo že omenjeno, je najpogostejša oblika tujega podkupovanja podkupovanje prek posrednika. Kar v treh od štirih primerov je bil za podkupovanje tujih javnih uslužbencev uporabljen posrednik. Ti posredniki so bili agenti, kot na primer lokalne prodajne ali oglaševalne agencije (41 %), v 35 odstotkih primerov pa so bile to podružnice, lokalna svetovalna podjetja ali podjetja v davčnih oazah. Odvetnik je bil kot posrednik uporabljen v 6 odstotkih primerov.

V 41 odstotkih primerov tujega podkupovanja so podkupnine plačali ali odobrili poslovodni organi, v 12 odstotkih primerov pa so bili to predsedniki uprav.

Prejemniki podkupnin so bili večinoma uslužbenci javnih podjetij (27 %), uslužbenci carine (11 %), zdravstveni delavci (7 %) in uslužbenci obrambnih ministrstev (6 %).[16]

12 Prav tam, str. 9.
13 Prav tam, str. 29.
14 Prav tam, str. 9.
15 Prav tam, str. 21.
16 Prav tam, str. 8.

Večina podkupnin je bila izplačana zaposlenim v državnih podjetjih (SOE official), v 6,97 odstotka predsednikom držav, v 4,08 odstotka ministrom, v 2,93 odstotka uslužbencem obrambnih ministrstev in v 1,14 odstotka za uslužbencem carine.

Najvišja podkupnina v analiziranih primerih je bila 1,4 milijarde USD in najnižja 13,17 USD. Skupna vsota podkupnin v analiziranih primerih je znašala 3,1 milijarde USD. Glede na zelo zapleten in prikrit način podkupovanja je ta vsota le vrh ledene gore.[17] V polovici primerov je višina podkupnine znašala 5 odstotkov vrednosti posla, pri tretjini pa je višina podkupnine pomenila kar 18 odstotkov vrednosti posla.[18] V povprečju je podkupnina znašala 10,9 odstotka vrednosti transakcije in 34,5 odstotka vrednosti dobička.[19]

4 OCENJEVANJE SLOVENIJE S STRANI OECD

Slovenija je bila prva država nečlanica OECD, ki je leta 1999 pristopila h Konvenciji. Konvencijo je ratificirala leta 2000, v letu 2010 pa je postala članica OECD.

Kaznivo dejanje t. i. tujega podkupovanja v pravnem redu Republike Slovenije ni opredeljeno kot samostojno kaznivo dejanje, temveč se presoja v okviru znakov splošnih korupcijskih kaznivih dejanj. Kaznivo dejanje po Konvenciji je tako zajeto v kaznivih dejanjih dajanja podkupnine po 262. členu KZ-1, nedovoljenega dajanja daril po 241. členu KZ-1 in dajanja daril za nezakonito posredovanje po 264. členu KZ-1.

Do zdaj so potekale tri faze ocenjevanja Slovenije, in sicer prva faza v letu 2005, druga faza v letu 2007 in tretja v letu 2014. Četrta faza ocenjevanja Slovenije je predvidena za marec 2023.

V prvi fazi so glavni ocenjevalci izpostavili problem ureditve odpustitve kazni po 268. členu KZ in izrazili bojazen za zlorabo tega instituta, kar bi posledično lahko pomenilo pomanjkljivo implementacijo Konvencije in možnost vračila zasežene podkupnine. V zvezi z definicijo tujega javnega uslužbenca je Delovna skupina Sloveniji priporočila, naj razširi obstoječo definicijo, saj definicija tujega javnega uslužbenca v slovenski zakonodaji ni avtonomna in je zato treba v vsakem posameznem primeru ugotavljati, ali oseba ustreza definiciji slovenskega javnega uslužbenca. Kot problematično so izpostavili tudi določilo 28. člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb in njegove uporabe v praksi, saj ga zaradi pomanjkanja primerov ni mogoče preveriti. Izpostavljeno je bilo tudi, da bo treba spremljati neposredno uporabo Konvencije glede izročitve, ki je po slovenski zakonodaji sicer mogoča, vendar v praksi tega še ni bilo mogoče preizkusiti, saj izročitev v tovrstnih primerih še ni bilo.[20]

V drugi fazi so ocenjevalci izpostavili dejstvo, da v Sloveniji niso bili odkriti in kazensko preganjani primeri tujega podkupovanja, kar kaže nizko stopnjo zavedanja

17 Prav tam, str. 25.
18 Prav tam, str. 26.
19 Prav tam, str. 8.
20 Slovenia: Phase 1, Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation.

o potrebi boja proti tujemu podkupovanju pri vseh akterjih, tako policiji, pravosodnih organih in civilni družbi. Izrazili so skrb, da se lahko zato v Sloveniji do določene mere tolerira podkupovanje tujih javnih uslužbencev. Opazili so nazadovanje prednostnih nalog in obvez v boju proti korupciji (med ocenjevanjem je obstajala možnost ukinitve Komisije za preprečevanje korupcije). Opozorili so tudi na majhno število obsojenih pravnih oseb. Priporočila iz druge faze so vključevala izvedbo ukrepov za dvig zavesti o tujem podkupovanju, zagotovitev zadostnih sredstev za policijo in državno tožilstvo ter zagotovitev specialistične finančno-računovodske pomoči tem organom v zgodnji fazi postopka. Krepiti je treba policijske preiskave in poenostaviti predkazenski postopek (odpraviti podvajanje različnih opravil, omogočiti aktivno vlogo tožilca, poenostaviti postopek za pridobivanje sodnih odredb). Treba je zmanjšati sodne zaostanke in kriminalizirati podkupovanje prek posrednikov kot temelj za kaznivo dejanje aktivnega tujega podkupovanja. Podjetja je treba spodbujati k izvajanju strategij za preprečevanje in odkrivanje tujega podkupovanja, razviti učinkovite notranje kontrole v podjetjih, pravila vedenja in neodvisna nadzorna telesa ter krepiti mehanizme za zaščito prijaviteljev in poudarjanje obveznosti prijave tujega podkupovanja.

Kot pozitivni vidik so bili izpostavljeni dobro razvit in fleksibilen sistem za mednarodno pravno pomoč, izpopolnjevanje poročevalnega sistema proti pranju denarja ter uporaba prikritih preiskovalnih ukrepov pri preiskovanju gospodarskih kaznivih dejanj, pri čemer so izpostavili, da bi bilo smiselno podaljšati obdobje, v katerem se lahko ti izvajajo.[21]

Glavna kritika iz tretje faze ocenjevanja Slovenije je bilo dejstvo, da nimamo primerov tujega podkupovanja, v katerih bi bila vložena obtožba. Glede na dejstvo, da Slovenija posluje v državah z visokim indeksom korupcije, to postavlja pod vprašaj zmožnost Slovenije za proaktivno odkrivanje in pregon tujega podkupovanja. Postavlja se tudi vprašanje, ali se v državi tovrstno preiskovanje ovira zaradi političnih in gospodarskih pomislekov. Ponovno je bilo izpostavljeno majhno število obsodb pravnih oseb, v zvezi s kazenskimi sankcijami pa je skrb vzbujajoče majhno število izrečenih denarnih kazni za korupcijska kazniva dejanja, kar kaže, da sankcije niso učinkovite, sorazmerne in odvračilne, kot bi morale biti v skladu s 3. členom Konvencije.

Iz priporočil izhaja, da je treba posebno pozornost posvetiti proaktivnemu odkrivanju in pregonu tujega podkupovanja ter nemudoma zagotoviti izobraževanje za preiskovalce, tožilce in uslužbence Finančne uprave na temo tujega podkupovanja in odgovornosti pravnih oseb za tuje podkupovanje. Na diplomatskih in konzularnih predstavništvih Slovenije v tujini je treba poskrbeti za obveščanje glede tujega podkupovanja v zasebnem in javnem sektorju. Razmisliti je treba o podaljšanju časovnega obdobja, v katerem se lahko izvajajo prikriti preiskovalni ukrepi, zagotoviti neodvisnost tožilstva, policije in Komisije za preprečevanje korupcije ter preprečiti politične vplive nanje.

21 Slovenia: Phase 2, Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions.

Kot pozitivni vidiki so bili izpostavljeni ustanovitev specializiranih enot (Nacionalni preiskovalni urad, Specializirano državno tožilstvo RS), sprejetje Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, izmenjava informacij na davčnem področju, sprejetje zakonodaje, ki se nanaša na zaščito prijaviteljev, ter ukrepi s področja etike in skladnosti poslovanja v privatnem sektorju.[22]

5 SKLEP

V zvezi s korupcijo in ekonomsko rastjo je OECD zapisal, da se pravi strošek korupcije ne meri v višini podkupnin ali ukradeni lastnini. Gre za izgubo, ki je posledica neustrezne razporeditve virov, pomanjkanja spodbud in drugih pomanjkljivosti, s katerimi korupcija prizadene družbo. Strošek, ki ga je neko podjetje namenilo podkupovanju, bo to podjetje zagotovo na nek način želelo nadoknaditi. In to lahko stori z nižjimi plačami delavcev, slabšo kakovostjo proizvodov, višjimi cenami storitev in blaga. Vse to ima lahko za posledico slabše ceste, mostove, javne zgradbe, daljše čakalne vrste za zdravstvene storitve, škodljiva ali neučinkovita zdravila in medicinsko opremo.[23] Takih stroškov si nobena država ne sme privoščiti, zato je zatiskanje oči pred pojavom tujega podkupovanja z obrazložitvijo, da se to dogaja nekje v tujini in zato posledice pri nas niso vidne, neodgovorno. Korupcije nikoli ne bo mogoče popolnoma izkoreniniti, saj je pohlep po denarju pregloboko zasidran v človeški naravi ter ne pozna ideoloških delitev in državnih meja. Kljub temu se lahko z usklajenim, zavzetim in doslednim delovanjem vseh organov, ki se bojujejo proti njej, predvsem pa z njihovo vztrajnostjo, dosežejo spremembe v načinu dojemanja tega pojava v družbi, kar sčasoma vodi do manjše tolerance do korupcije in posledično do zmanjševanja korupcijskih tveganj.

LITERATURA:

- OECD. *Fighting the Crime of Foreign Bribery. The Anti-Bribery Convention and the OECD Working Group on Bribery.* Publikacija, izdana ob ministrskem zasedanju Delovne skupine OECD proti podkupovanju v mednarodnem poslovanju. Pariz: OECD Publishing, 2016.
- OECD. *OECD Foreign Bribery Report. An Analysis of the crime of bribery of foreign public officials.* Pariz: OECD Publishing, 2014.
- OECD. *Slovenia: Phase 1. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation.* 2005. Pridobljeno s http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/34541732.pdf
- OECD. *Slovenia: Phase 2. Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions.* 2007. Pridobljeno s http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/38883195.pdf

22 Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Slovenia.
23 OECD Foreign Bribery Report, str. 26.

- OECD. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Slovenia.* 2014. Pridobljeno s http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/SloveniaPhase3ReportEN.pdf
- *Zakon o ratifikaciji Konvencije o boju proti podkupovanju tujih javnih uslužbencev v mednarodnem poslovanju*. Uradni list RS, št. 1/2001.

OVERITVE PODPISOV TUJIH DRŽAVLJANOV: PROBLEMATIKA MEDNARODNEGA ELEMENTA V ZVEZI Z LISTINAMI IN PREDLAGALNO VLOGO NOTARJA TER DRUGIH PREDLAGATELJEV V POVEZAVI S SODNIM REGISTRSKIM POSTOPKOM

Dr. Andrej Veble,
notar iz Maribora

1 UVOD

Prispevek je nastal na podlagi gradiva za slušatelje registrske šole, ki jo je organiziralo Ministrstvo za pravosodje in so se je udeležili referenti, ki vodijo registrski postopek, gospodarski sodniki in notarji, ter je delu le-teh namenoma tudi prilagojen.

Že sam naslov pravzaprav odpira vsa vprašanja, povezana s problematiko mednarodnega elementa pri listinski dejavnosti, predlagalni vlogi notarja in drugih predlagateljev, ki je povezana z registrskimi postopki v gospodarskem registrskem postopku in v zvezi s tem v samem registrskem postopku. Problematika overitev podpisov tujih državljanov in zastopnikov tujih gospodarskih družb je le delček obravnavane problematike oz. posplošeno imenovanje te problematike v praksi. Cilja prispevka sta predvsem, da bralec postane pozornejši na obravnavano problematiko in da ga opomnim na orodja, ki jih ima na voljo, s čimer ciljni publiki olajšam strokovno delo. Teoretične osnove so izpostavljene, kadar je to za razumevanje problematike nujno.

2 KATERE TIPIČNE JAVNE LISTINE SE UPORABLJAJO V REGISTRSKEM POSTOPKU?

To so vse listine, za katere Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1),[1] Zakon o sodnem registru (ZSReg)[2] Zakon o sodnem registru (Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H in 17/15) in Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (UVDPOSR)[3] določajo, da morajo biti predložene v obliki javne listine. Kaj je javna listina, določa Zakon o pravdnem postopku (ZPP)[4] v 224. členu.[5] Ker javno listino izda domači ali tuji

1 Uradni list RS, št. 65/09 in nadaljnji.
2 Uradni list RS, št. 54/07 in nadaljnji.
3 Uradni list RS, št. 43/07 in nadaljnji.
4 Uradni list RS, št. 73/07 in nadaljnji.
5 Listina v fizični in elektronski obliki, ki jo v predpisani obliki izda državni organ v mejah svoje pristojnosti, in listina, ki jo izda v taki obliki samoupravna lokalna skupnost, družba in druga organizacija ali posameznik pri izvrševanju javnega pooblastila, ki ji je poverjeno z zakonom (javna listina), dokazujeta resničnost tistega, kar se v njiju potrjuje ali določa.

organ z javnim pooblastilom, ima večjo dokazno moč, zanjo pa je treba uporabiti dokazno pravilo točnosti, kar pomeni, da se v listino, o kateri dvom o pristnosti ne obstoji, ni dovoljeno spuščati in jo je treba upoštevati kot podlago svoje odločitve. Nasprotni dokaz je v civilnih postopkih praviloma možen na pobudo nasprotne stranke, v oficioznih nepravdnih[6] in upravnih postopkih tudi na zahtevo tistega, ki odloča.[7] Referenti oz. sodniki v sodnem registrskem postopku prihajajo v stik z notarskimi zapisi, notarskimi in drugimi zapisniki, sodbami, sklepi, potrdili, notarskimi overitvami podpisov in prepisov. Pri notarskih overitvah podpisov in prepisov je javna listina le notarsko potrdilo, da je oseba listino podpisala oz. da je kopija enaka izvirniku, ne da bi se s tem potrdila vsebina listine, kar velja npr. pri notarskem zapisu. Za tuje listine velja enako, upoštevajoč pravila in pogoje, ki so navedeni v nadaljevanju. Če naredimo preskok in vzporednico do »mednarodnih overitev«, torej diplomatske legalizacije in apostila (kot neke vrste mednarodne overitve), pa vidimo, da se vedno potrjuje le pristnost pečata in podpisa izdajatelja listine in nikoli vsebina listine, ki jo je izdajatelj izdal. Kadar za registrski postopek zadošča zasebna listina, jo podpisnik lahko podpiše kjer koli na svetu in notarju pošlje po pošti.

3 UPORABA TUJE JAVNE LISTINE V REGISTRSKEM POSTOPKU

3.1 Procesna ureditev

Kot je vsem poznano, je klasični sodni registrski postopek vrsta civilnega nepravdnega postopka. ZSReg v 19. členu določa, da se v postopku za vpis v sodni register za vprašanja, ki niso urejena s tem zakonom, smiselno uporabljajo določbe, ki urejajo nepravdni postopek. Slednji, Zakon o nepravdnem postopku (ZNP),[8] pa v 37. členu določa, da se v nepravdnem postopku smiselno uporabljajo določbe ZPP, če s tem ali drugim zakonom ni drugače določeno. Tako pridemo do osnovnega procesnega določila, ki ga je v civilnih postopkih treba uporabiti za uporabo tujih javnih listin, to je ZPP, ki v 225. členu določa, da če z mednarodno pogodbo ni drugače določeno, imajo tuje javne listine, ki so po predpisih overjene, ob vzajemnosti enako dokazno moč kot domače javne listine. Besedilo »ki so po predpisih overjene« se nanaša na diplomatsko legalizacijo, besedilo »če z mednarodno pogodbo ni drugače določeno« pa na obsežno konvencijsko ureditev, ki ima vpliv na uporabo oz. enako učinkovanje tujih javnih listin ter s katero se legalizacija substituira.

3.2 Konvencijska ureditev

Čeprav je svet v zadnjih letih postal »globalna vas«, do uporabe tujih javnih listin prihaja, odkar obstajajo.[9] Osnovni sistem, ki omogoča uporabo tujih javnih listin, je diplomatska legalizacija tuje javne listine. Tukaj bi izpostavil listine iz Kanade, s katero Republika Slovenija nima sklenjene nobene mednarodne pogodbe, ki

6 Glej točko 6.1: oficiozni nepravdni postopki v zvezi z mladoletniki in osebami z duševnimi boleznimi.
7 V kazenskih postopkih dokazno pravilo točnosti nima pomena.
8 Uradni list SRS, št. 30/86 in nadaljnji.
9 VEBLE, Andrej. *Dokazni učinki notarskih listin v mednarodnem pravnem prometu*. Ljubljana: GV založba, 2012, str. 32.

bi legalizacijo ukinjala. Današnji sistem priznavanja tujih javnih listin pa je nastal v 19. stoletju, ko so države pospešeno začele sklepati bilateralne pogodbe o ukinitvi legalizacije in odkar se dejansko ukvarjamo s tem, kako tujo javno listino neposredno veljavno uporabiti. Vrhunec bilateralnega in multilateralnega sodelovanja zabeležimo po drugi svetovni vojni, ko je bila sklenjena večina bilateralnih pogodb o pravosodnem sodelovanju (te je Republika Slovenija po razpadu SFRJ nasledila in notificirala), ki ukinjajo legalizacijo tujih javnih listin. Takrat je bila sprejeta še vedno najpomembnejša Haaška konvencija o odpravi potrebe legalizacije tujih javnih listin (HKUL),[10] ki kot edino dopustno formalnost predpisuje tako imenovani apostil. Nekaj bilateralnih pogodb je bilo sprejetih tudi v času samostojnosti Republike Slovenije. Kot že rečeno, ne smemo pozabiti tudi na klasično diplomatsko legalizacijo, s katero prav tako dosežemo enak učinek tuje javne listine, kadar ustreznega konvencijskega orodja v zvezi s posamezno državo ni na voljo.[11] V skladu z Zakonom o overitvi listin v mednarodnem prometu (ZOLMP)[12] se diplomatska legalizacija opravi v več nadoveritvenih korakih. Preprosto rečeno, tuja overitev, ki je diplomatsko overjena, mora biti zaključena z overitvijo našega diplomatskega ali konzularnega predstavništva ali Ministrstva za zunanje zadeve. Če s posamezno državo diplomatskih odnosov ni, obstaja možnost, da listino dodatno legalizira tretja država, ki ima z obema državama diplomatske odnose.

3.2.1 Kratek prikaz ureditve po posameznih državah glede na konvencijsko ureditev

Bilateralne pogodbe

Do bilateralnih pogodb lahko dostopamo na internetni strani Ministrstva za pravosodje.[13] Države, s katerimi velja bilateralna ureditev, po kateri tuje javne listine ne potrebujejo nikakršne nadoveritve, da jih je možno uporabiti v sodnem registrskem postopku, so: Avstrija, Italija, Makedonija, Madžarska, Francija, Češka, Slovaška, Bolgarija, Poljska, Romunija, Grčija, Ciper, Alžirija, Mongolija, Irak,[14]

10 Uradni list FLRJ, dodatek št. 10/1962.
<http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/PDF/Mednarodne_pogodbe/Prevodi/17-1962-010-PREVOD.pdf> (8. 5. 2016)

11 Prav tam, str. 111.
V citiranem delu so naštete vse države, s katerimi pogodbena ureditev ne obstaja in je treba javne listine diplomatsko legalizirati.

12 Uradni list RS, št. 64/01.

13 <www.mp.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/mednarodne_pogodbe_s_podrocja_pravosodja/bilateralni_sporazumi> (8. 5. 2016)
Zanimiva internetna stran je tudi stran srbskega ministrstva za zunanje zadeve, ki bilateralnih sporazumov ne le navaja, ampak jim dodaja tudi zaznamke o morebitnih težavah pri posameznih bilateralnih pogodbah. Tako na primer opozarja, da italijanski organi kljub bilateralni ureditvi mnogokrat zahtevajo apostil ter da je najliberalnejša bilateralna pogodba, to je bilateralna pogodba z Irakom, začasno suspendirana in njihovi organi zahtevajo diplomatsko legalizacijo. Na to internetno stran sem postal pozoren po opozorilu stranke, da za Irak potrebuje diplomatsko legalizacijo, kar me je začudilo. Vsekakor je ta stran zanimiva samo za obravnavo tistih pogodb, ki izhajajo še iz časa skupne države, vsako posebnost pa je treba preveriti s klicem na Ministrstvo za pravosodje ali zunanje zadeve.
<http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/konzularni-poslovi/overa-dokumenata/potpisniugovori?lang=lat> (8. 5. 2016)

14 V svoji praksi sicer še nisem videl javne listine iz Iraka, vendar če se po poizvedbi izkaže, da je bilateralna pogodba res začasno suspendirana, je treba zahtevati diplomatsko legalizacijo javne listine.

Hrvaška, Bosna in Hercegovina, Ruska federacija, Srbija in Belgija (le za sodne listine). Po navadi opredelitev javnih listin zajema javne listine, ki jih izda pristojni organ (praksa k pristojnim organom, čeprav po svoji organizaciji to niso, prišteva tudi notarje). Samo v enem primeru (Belgija) so legalizacije oproščene le listine, ki so jih izdala sodišča, v tem primeru se konvencija ne more uporabljati za preostale javne listine. Pri vsaki dvostranski pogodbi je treba preveriti, za katero področje in katere vrste listin velja oprostitev. Vse bilateralne pogodbe zajemajo učinkovanje listin pred sodišči.[15] Če v določeni mednarodni pogodbi krog javnih listin, za katere ni potrebna diplomatska legalizacija, ni omejen, je dobro, saj je potemtakem možno uporabiti tudi tuje konzularne overitve oz. listine, kar po HKUL ni mogoče.

Podrobnosti, na katere moramo biti pozorni, so naslednje: če je s posamezno državo sklenjena bilateralna pogodba, se z diplomatsko legalizacijo in multilateralno ureditvijo, ki je opisana v naslednji točki, ni treba ukvarjati, listino je treba upoštevati v skladu z bilateralno ureditvijo.

Multilateralne pogodbe

Osrednji večstranski vir za odpravo legalizacije je HKUL, ki določa odpravo legalizacije in postopek izdaje potrdila (apostila). V primerjavi z bilateralno pogodbo multilateralna pogodba velja med več državami članicami pogodbe ter ima enak cilj kot bilateralne pogodbe, to je, da diplomatska legalizacija ni potrebna.[16] Če obstaja dvom o pristnosti tuje javne listine, je edina formalnost, ki jo je mogoče[17] zahtevati, tako imenovani pečat apostil, ki je vsem dobro znan.

V zvezi s HKUL velja opozoriti na omejen krog listin, ki so oproščene legalizacije (1. člen HKUL).

Za javne listine v pomenu te konvencije štejejo:
a) listine, ki jih izda organ ali pristojni uradnik sodne oblasti države, vključno s tistimi, ki jih izda državno tožilstvo, sodni pisar ali sodni izvršitelj;
b) upravne listine;
c) notarski zapisi;
d) uradne izjave, kot so zaznamki o vpisu v javne knjige, potrditve določenega datuma in overitev podpisa, opravljene na zasebnih listinah.

Vendar pa se ta konvencija ne uporablja:
a) za listine, ki jih izdajo diplomatski ali konzularni predstavniki;
b) za upravne listine, ki se neposredno nanašajo na neko trgovinsko ali carinsko zadevo.

15 Problem pa lahko nastane za učinkovanje listin npr. v upravnem postopku, če bilateralna pogodba urejuje uporabo pred sodišči.

16 Veble, nav. delo, str. 127.
3. člen HKUL: Edina formalnost, ki se lahko zahteva za potrditev resničnosti podpisa funkcije podpisnika listine in če je potrebno, pečata ali žiga na listini, je potrditev (apostile), opredeljena v 4. členu HKUL, ki jo da pristojni organ države izvora listine.

17 Veble, nav. delo, stran 129.
V slovenski pravni praksi se apostil praviloma zahteva, čeprav ga, kadar dvoma o pristnosti ni, ni treba zahtevati.

Do seznama držav, teh je zdaj 112, ki so pristopnice HKUL, lahko dostopate na različnih povezavah.[18] Če je s posamezno državo sklenjena multilateralna pogodba, listina ne potrebuje diplomatske legalizacije.

3.3 Še o enaki pravni veljavi in vzajemnosti

Dikcija »enaka pravna veljava« pomeni, da so tuji javni listini priznani vsi pravni učinki (pristnost, uporabnost, domneva točnosti (resničnosti vsebine), neposredna izvršljivost), ki jih imajo naše javne listine. Mednarodne pogodbe, ki odpravljajo potrebo po legalizaciji tujih javnih listin, imajo različne opredelitve, ko izenačujejo uporabo tujih javnih listin. Včasih je zapisano, da so tuje listine pred našimi organi in sodišči **uporabne, večinoma** izrecno, da jim je priznana tudi enaka dokazna moč ali, redko, da imajo enak pravni učinek. Slednja dikcija je najustreznejša. Enaka dokazna moč je ob pogoju vzajemnosti **že po ZPP priznana diplomatsko legaliziranim listinam.** Ali to pomeni, da je pri diplomatsko legaliziranih tujih javnih listinah treba preverjati, ali glede enake dokazne veljave v državi, od koder listina prihaja, našim listinam priznavajo enako dokazno moč? Strogo formalno da, vendar v praksi tega problema nisem zasledil.[19]

Če je javna listina uporabna, zanjo vsekakor velja prosta presoja dokazov. Vse listine, ki so diplomatsko legalizirane oz. za katere po mednarodni pogodbi velja, da diplomatska legalizacija za njihovo uporabnost ni potrebna, so uporabne. Vprašanje se lahko pojavi le glede enake dokazne moči takih listin pri diplomatsko legaliziranih listinah ter takrat, kadar določena bilateralna pogodba ne omenja enake dokazne moči, temveč listinam priznava nedefinirano »uporabnost«. Sodišče torej prek Ministrstva za pravosodje poizve, ali tuja država priznava enako dokazno moč, kar pa, v kolikor sodišče nima pomislekov glede vsebine, na podlagi ZPP ali mednarodne pogodbe »ex lege« uporabne tuje listine nima nobenega

18 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41> (8. 5. 2016)
Pozor velja pridržkom, deklaracijam, notifikacijam in za HKUL pristojnim organom. Modro označeno besedilo nam torej pove, ali se HKUL med posameznimi državami ne uporablja, ali HKUL velja le za določena področja določene države (npr. HKUL se uporablja samo za listine iz Hongkonga in Macaa, ne pa za listine iz preostale Ljudske republike Kitajske).
Zelo na kratko še o aktih Evropske unije, ki obravnavajo ukinitev potrebe po legalizaciji tujih javnih listin. Najprej je treba omeniti konvencijo z dne 25. maja 1987 o odpravi legalizacije listin v državah članicah Evropske unije, ki v primerjavi s HKUL ne predvideva nikakršnega dodatnega certificiranja ter izrecno velja za konzularne listine, a jo je žal ratificiralo le osem članic EU (Francija, Danska, Belgija, Irska, Italija, Latvija, Estonija in Ciper). Tudi ta multilateralna pogodba posebej ne govori o enaki dokazni moči.
Besedilo EUKUL: <https://www.riigiteataja.ee/aktilisa/2060/8201/3002/abolish_legal.pdf> (8. 5. 2016)
Čeprav za sodnoregistrski postopek to ni pomembno, pa velja omeniti, da evropskemu civilnemu procesnemu pravu lastni institut, kot je za izvršitev denarnih zahtevkov urejen evropski izvršilni naslov (Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga (naslova) za izvršbo nespornih zahtevkov), ne potrebuje diplomatske legalizacije (UL EU št. L 143 z dne 30. 4. 2004).
Za sodni registrski postopek pomembna novost, ki se uporablja za umrle do 17.8. 2015 ter umrle po tem datumu, pa je Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. julija 2012 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju (UL EU št. L 201/107), ki predvideva evropsko potrdilo o dedovanju, ki je prav tako evropskemu civilnemu pravu lasten institut in v skladu z 69. čl. za učinkovanje ne potrebuje nobenih posebnih postopkov (to pomeni, da niso potrebne nobene nadoveritve). S tem potrdilom pa bi se v sodnem registrskem postopku lahko kmalu srečali.

19 Npr. težav glede vzajemnosti glede dokaznega pravila točnosti ni, če listina prihaja iz anglosaksonskega pravnega okolja, kjer dokaznega pravila točnosti ne poznajo.

pomena. Vzajemnost glede enakih dokaznih učinkov tujih javnih listin je zastarel instrument avstro-ogrskih civilnih procesnih predpisov, ki je ohranjen v slovenskih procesnih zakonih,[20] v praksi pa se vzajemnost domneva. Zanimivo je tudi to, da HKUL govori le o uporabnosti tujih listin, kar izhaja iz univerzalnega pogleda na uporabo tujih javnih listin, saj v anglosaksonskem pravnem sistemu ne poznajo dokaznega pravila točnosti in ne latinskih notarjev, javna listina pa ima »dejansko višjo dokazno moč«. Sodišče ima neodvisno od sistema sprejetja tuje javne listine vedno na voljo 3. člen ZPP, kadar posumi, da razpolaganje strank nasprotuje prisilnim predpisom ali moralnim pravilom.

4 DOMAČE NOTARSKE OVERITVE IN VPRAŠANJE DRŽAVLJANSTVA V POSTOPKU MEDNARODNIH OVERITEV

4.1 Domače overitve podpisov tujih državljanov

Že po 13. členu Ustave Republike Slovenije (URS)[21] imajo tujci v Sloveniji v skladu z mednarodnimi pogodbami vse pravice, zagotovljene s slovensko ustavo in zakoni, razen tistih, ki jih imajo po ustavi ali zakonu samo državljani Slovenije. Lahko državljanstvo notarja omejuje pri tem, ali bo overil podpis oz. sestavil notarsko listino? Odgovor je, da načeloma ne. Tudi v primerljivih ureditvah nikjer nisem zasledil, da bi se overjali samo podpisi lastnih državljanov. Nekateri posebni pogoji, povezani z državljanstvom, sicer lahko vplivajo na postopek overjanja podpisov, npr. notar ne sme overiti podpisa na kupoprodajni pogodbi, če pridobitelj ni državljan RS oz. ni izenačen z njim kako drugače. Vendar je tu omejitev povezana s pridobiteljem, ki mu ni treba overiti podpisa. Odsvojitelj pa je lahko tudi tujec (če je nepremičnino dedoval) in za overitev podpisa ne obstaja nikakršna ovira. Pravzaprav bi bila to diskriminacija, ki jo prepoveduje že ustava.[22] Obstaja sicer nekaj »zvijač«, ko notar v skladu z Zakonom o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)[23] ne sme overiti[24] podpisa tujega državljana, npr. če ta še ni polno poslovno sposoben, ker v državi, katere državljan je, še ni polnoleten,[25]

20 Tudi Zakon o notariatu (Uradni list RS, št. 2/07 – ZN) v 7. členu govori o tem, da ima ob pogoju vzajemnosti notarska listina, izdana v tuji državi, v Republiki Sloveniji enako pravno veljavo kot notarska listina, izdana po tem zakonu. Menim, da to velja predvsem takrat, kadar je potrebna diplomatska legalizacija, sicer je treba upoštevati obsežno konvencijsko ureditev.

21 Uradni list RS, št. 33/91-I in nadaljnji.

22 Zaradi tega toliko bolj čudijo nekatera stališča, da za zastopnika tuje gospodarske družbe naj ne bi bilo mogoče deponirati podpisa pri notarju, čeprav to ne izhaja niti iz ZN niti iz obveznih navodil notarske zbornice. Vsekakor mora notar zelo paziti, da ob vestnem upoštevanju predpisov ne ravna diskriminatorno, kadar pristopijo tujci.

23 Uradni list RS, št. 56/99 in nadaljnji.

24 ZN, drugi odstavek 23. člena.
Prav tako notar ne sme poslovati z osebo, o kateri ve, da zaradi mladoletnosti ali iz drugega zakonskega razloga ni sposobna skleniti pravnega posla.
Glede overitev podpisov sicer velja, da se določbe 23. člena ZN glede overitev podpisov pri notarju ne uporabljajo, vendar ne poznam primera, da bi notar overjal podpise mladoletnih oseb. Morebiti tudi zaradi tega, ker Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04 – ZZZDR) v 109. členu izrecno določa, da otrokovo premoženje do otrokove polnoletnosti upravljajo v otrokovo korist njegovi starši.

25 13. člen ZMZPP.
Za pravno in poslovno sposobnost fizične osebe se uporabi pravo tiste države, katere državljan je.
Fizična oseba, ki bi bila po pravu države, katere državljan je, poslovno nesposobna, je poslovno

vendar to ne velja, če ima to sposobnost po pravu kraja, kjer je nastala obveznost (načelo varstva dobrovernega).

Prav tako obstajajo omejitve, če zaradi ukrepov mednarodne skupnosti proti državi, iz katere oseba prihaja, ni mogoče sestavljati notarskih listin oz. overiti podpisa. Tukaj bi izpostavil dva aktualna primera in vir,[26] kjer je mogoče slediti ukrepom mednarodne skupnosti, ki pa so mnogokrat preneseni tudi v našo domačo zakonodajo in njihova kršitev pomeni kršitev slovenskega javnega reda. Tako Uredba o omejevalnih ukrepih proti Iranu (UOUI)[27, 28] v 18. členu določa, da kreditne ali finančne institucije s sedežem v Iranu ne smejo ustanavljati predstavništev, hčerinskih družb in podružnic na območju EU. Omejevalni ukrepi so sprejeti tudi v povezavi z Rusijo.[29] Sprejet je bil seznam oseb,[30] ki jim je prepovedano poslovati v EU.[31]

Tako državljanstvo strank glede overitev podpisov in notarskih listin, razen obravnavanih izjem, ni tako pomembna navezna okoliščina, bolj pomembna je kraj izdaje listine, ki odreja pripadnost listine določenemu pravnemu okolju in na tej podlagi njeno učinkovanje. Če tujec ali Slovenec v tujini urejuje dokumentacijo, naj to opravi v državi, v kateri bo pridobil overitev, ki bo učinkovala.

---

sposobna, če ima to sposobnost po pravu kraja, kjer je nastala obveznost.
Za odvzem ali omejitev poslovne sposobnosti fizične osebe se uporabi pravo iz prvega odstavka tega člena.
Drugi odstavek tega člena se ne uporablja za družinska in dedna razmerja.
<https://en.wikipedia.org/wiki/Age_of_majority> (8. 5. 2016)

26 <http://www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Zunanja_politika/Omejevalni_ukrepi_po_drzavah_18.1.2016_01.pdf> (8. 5. 2016)

27 Uradni list RS, št. 51/12 in nadaljnji.

28 Uredba je bila prejeta na podlagi Uredbe Sveta (EU) z dne 23. marca 2012 o omejevalnih ukrepih proti Iranu št. 267/2012 (UL EU št. L 88/1).

29 Uredba o omejevalnih ukrepih zaradi delovanja Rusije v povezavi z razmerami v Ukrajini in izvajanju uredb (EU) v zvezi s temi omejevalnimi ukrepi (UOURU, Uradni list RS, št. 74/14), sprejeta na podlagi aktov EU, med drugim Uredbe Sveta (EU) št. 833/2014 z dne 31. julija 2014 o omejevalnih ukrepih zaradi delovanja Rusije, ki povzroča destabilizacijo razmer v Ukrajini (UL EU št. L 229/1).

30 <http://www.consilium.europa.eu/sl/policies/sanctions/ukraine-crisis/> (8. 5. 2016) Na tej strani je povezava do seznama oseb in subjektov, zoper katere je EU uvedla omejevalne ukrepe zaradi kršitev ozemeljske celovitosti Ukrajine (marec 2016).

31 Prav tako je prepovedano ustanavljati skupna podjetja na Krimu ali v Sevastopolu, vendar se notar s to problematiko kvečjemu lahko sreča, če pripravlja listine, povezane s temi področji (če to težavo prepozna, sestavo notarske listine zavrne).
Pravilnik o overitvah javnih listin, podpisov, rokopisov in prepisov oziroma fotokopij v diplomatskih in konzularnih predstavništvih Republike Slovenije v tujini (PODKP, Uradni list RS, št. 7/02) izrecno določa, da se na nični listini (kadar nasprotujejo normam javnega reda Republike Slovenije) podpis ne overi. ZN takega določila nima. Kršitev javnega reda ima praviloma za posledico ničnost. Če notar, razen kadar gre za izpolnjevanje posebnih pogojev ob overitvi podpisa, prepozna, da gre za nično zasebno listino ali kršitev javnega reda, naj le zavrne overitev podpisa in to tudi zagovarja, tako kot je to v svojih prispevkih že izpostavila prof. dr. Vesna Rijavec.

5 OVERITVE NA DIPLOMATSKO-KONZULARNIH PREDSTAVNIŠTVIH

5.1 Slovenske konzularne overitve

Konzularne overitve morajo biti izenačene z notarskimi overitvami.[32] Stališče, da so konzularne overitve »upravne overitve«,[33] je škodljivo in napačno, saj ZMZPP v 115. členu v povezavi s 1. členom ZMZPP izrecno urejuje konzularno listinsko (notarsko) dejavnost v civilnopravnih (in ne le upravnih) razmerjih z mednarodnim elementom ter slovenskim konzulom oz. veleposlanikom daje klasično pristojnost, da potrjujejo podpise, rokopise in prepise.[34] To, da morajo biti konzularne overitve v skladu z mednarodnimi pogodbami in predpisi držav sprejetja, pa ne pomeni nič drugega kot to, da je za izvajanje konzularne listinske dejavnosti včasih potrebno soglasje države gostiteljice oz. upoštevanje konzularnih pogodb, ki tako dejavnost omejujejo.

5.2 Tuje konzularne overitve

Glede priznavanja tujih konzularnih listin (npr. če stranka overi podpis na avstrijskem veleposlaništvu v določeni državi) so predpisi o učinkovanju drugačni in HKUL[35] ne velja, možno pa je uporabiti nekatere bilateralne pogodbe,[36] če listin, ki jih ni treba legalizirati, ne omejuje na sodne listine, ampak vsebujejo npr. navedbo »*listina, ki jo je izdal pristojni državni organ*«.

6 DRUGA VPRAŠANJA PRI UPORABI TUJE JAVNE LISTINE

6.1 Kaj, če dvomimo v pristnost tuje javne listine oz. overitve

Tuja javna listina, ki je overjena oz. »izenačena« po predpisih, mora imeti enak pravni učinek, to je učinek točnosti javne listine. V nepravdnem postopku se v

32 V osnovni overitvi podpisa oz. prepisa, ki jo je naredilo sodišče, notar ali konzul, ni razlike. Pri vseh gre po vsebini za »notarsko« dejavnost. Razlika pa je v upoštevanju številnih »posebnih pogojev, torej različnih pogojev javnega reda«, ki jih slovenski notar upošteva ob posameznih vrstah overitev. Novejša sodna praksa priznava, da je možno ločiti golo overitev od potrdila o izpolnjevanju posebnih pogojev. Tako se tuja notarska overitev prizna, naš notar pa sestavi potrdilo o izpolnjevanju posebnih pogojev. Če smo funkcijo gole overitve priznali tujemu notarju, jo moramo tudi našemu konzulu ali sodišču. Moramo vedeti, da npr. v deželi Hessen ZRN obstajajo tako imenovana »Krajevna sodišča (nem. *Ortsgerichte*)«, ki delno izvajajo notarsko dejavnost. Tudi naš Stvarnopravni zakonik (Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ) v 14. členu notarsko in sodno listinsko dejavnost, po mojem mnenju, »deklaratorno« izenačuje.

33 Upravne overitve po Zakonu o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/06 – ZUP), ki so namenjene uporabi v upravnem postopku.

34 Tako kot so včasih notarska opravila izvajala sodišča.

35 Podobno multilateralno pogodbo, ki ukinja legalizacijo listin, ki jih sestavijo diplomatski in konzularni predstavniki (Konvencija o odpravi legalizacije za listine, ki jih sestavijo diplomatski in konzularni predstavniki, z dne 7. 6. 1968) je pripravil Svet Evrope, zadnja država, ki je h konvenciji leta 2012 pristopila, je Romunija, podatka, da bi k tej pogodbi pristopila tudi Slovenija, nisem našel.
Kot že navedeno v točki 3.3 tega članka, Slovenija k EUKUL, ki vključuje tudi konzularne listine, še ni pristopila.

36 Veble, nav. delo, str. 80.
Enakovrednost tujih konzularnih listin urejujejo nekatere konzularne pogodba (npr. z Grčijo), kljub temu pa je po mojem mnenju pod »pristojni organ države pogodbenice« (dikcija, ki je običajna v večini bilateralnih pogodb) možno šteti tudi njen konzularni organ in listino uporabiti.

tako oceno »ex offo« ni dopustno spuščati.[37] Kadar se registrski postopek začne po uradni dolžnosti, je določeno javno listino mogoče pridobiti po uradni dolžnosti, ni pa dopustno spuščati se v dokazno pravilo točnosti javne listine oz. sodišče sámo te domneve ne sme postavljati pod vprašaj. Drugače je s pristnostjo, zadnji odstavek 224. člena ZPP namreč določa, da če sodišče dvomi o pristnosti listine, lahko zahteva, da se o tem izreče organ, od katerega naj bi izvirala. Referent ali sodnik poizve pri Ministrstvu za zunanje zadeve (neposredno ali prek Ministrstva za pravosodje), kako je s predmetno overitvijo, obstaja pa tudi možnost, da sodnik oz. referent neposredno vzpostavi stik z organom, ki je listino izdal, in se o pristnosti prepriča.

6.2 Obličnost pooblastil oz. tujih listin

Notar za tuji javni in pravni red ne odgovarja in ga ni dolžan poznati. Kljub temu se na tuji pravni red lahko sklicuje, kadar ga je sposoben razumeti in ima ta tuji pravni red oz. ureditev posledice na notarjevo ravnanje pri nas. Če se notar na podlagi jezikovnih znanj in študija tujih pravnih sistemov ne more prepričati o tem, kakšna je tuja pravna ureditev, bo seveda po načelu najvarnejše poti zahteval tako obliko, ki je zahtevana pri nas. Poglejmo primer pooblastil. Naš Obligacijski zakonik (OZ)[38] v 75. členu predpisuje, da oblika, ki je z zakonom predpisana za neko pogodbo ali kakšen drug pravni posel, velja tudi za pooblastilo za sklenitev te pogodbe oziroma za ta posel. Tako mora biti pooblastilo za sklenitev pogodbe o prodaji poslovnega deleža podano v obliki notarskega zapisa, razen če imamo mednarodni element, torej pooblastilo iz tujine. Takrat moramo uporabiti 7. člen ZMZPP, ki določa, da če z zakonom ni določeno drugače,[39] sta pravni posel in pravno dejanje glede oblike veljavna, če sta veljavna bodisi po pravu kraja, kjer je bil pravni posel sklenjen oziroma pravno dejanje opravljeno, bodisi po pravu, ki velja za vsebino pravnega posla oziroma pravnega dejanja. Tako moramo odgovoriti na vprašanje, ali lahko v državi, od koder prihaja pooblastilo (enostranski pravni posel), sklenemo pogodbo o prodaji poslovnega deleža na podlagi pooblastila, na katerem je le overjen podpis. Odgovor na slednje dobimo pri poznavanju njenih predpisov o obligacijskih razmerjih in predpisov, ki določajo obliko pogodbe o prodaji poslovnega deleža, kar so po navadi predpisi trgovinskega oz. gospodarskega statusnega prava. Če ti predpisi nimajo zahteve, da bi moralo biti pooblastilo v enaki obliki kot posel, ki bo sklenjen na podlagi pooblastila, bomo tudi pri nas na podlagi takega pooblastila sklenili veljaven notarski zapis. Taka ureditev velja npr. v Avstriji (tam enako obliko pooblastila zagovarja le sodna praksa za šibke stranke in potrošnike) in Nemčiji. Države nekdanje Jugoslavije pa so večinoma sledile Zakonu o obligacijskih razmerjih (ZOR)[40] iz leta 1978 ter tudi v njih velja enaka obligacijska ureditev kot pri nas. V takem primeru je torej treba preveriti, ali mora biti pogodba o prodaji

37 Prav tam, str. 103.
Drugače v oficioznih nepravdnih postopkih, drugi odstavek 5. člena ZNP.
Sodišče mora po uradni dolžnosti ukreniti vse, da se zavarujejo pravice in pravni interesi mladoletnikov in oseb, ki zaradi duševne bolezni ali drugih okoliščin niso sposobne, da bi same skrbele za svoje pravice in interese.

38 Uradni list RS, št. 97/07.

39 Torej da je veljavnost 7. člena ZMZPP izrecno izključena.
Pri razlagi tujega prava je treba v skladu s 6. členom ZMZPP upoštevati tudi tuje mednarodno zasebno pravo.

40 Uradni list SFRJ, št. 29/78 in nadaljnji.

poslovnega deleža sploh sklenjena v obliki notarskega zapisa, in če ne (npr. v BiH in Makedoniji), je na podlagi pooblastila, na katerem je overjen le podpis, tudi pri nas možno skleniti veljaven notarski zapis. Če notar ni prepričan, kakšna ureditev obstaja v državi, od koder prihaja pooblastilo, seveda zahteva pooblastilo v enaki obliki, kot je pri nas. Opisanega učinka pa ne moremo doseči z našimi konzularnimi overitvami, saj so to »naše overitve« in 7. člen ZMZPP zanje ni uporaben. Naši konzuli pa žal ne sestavljajo konzularnih listin, ampak le overjajo podpise, torej s pooblastilom, na katerem je po našem konzulu overjen podpis, ni mogoče skleniti veljavne pogodbe o prodaji poslovnega deleža v obliki notarskega zapisa.

Če se v tujini sklepa pogodba o prodaji poslovnega deleža, je to smiselno kvečjemu ob sodelovanju s slovenskim notarjem, in se taka listina, po vsebini (in zaradi previdnosti tudi po obliki) enakovredna našim listinam, prevedena ter po potrebi opremljena z mednarodno overitvijo, potem uporabi pri nas, saj se v skladu z ZMZPP za pravni položaj pravne osebe uporablja kraj registra oz. podrejeno kraj dejanskega sedeža.[41]

6.3 Tuji sodni prevodi

226. člen ZPP določa, da mora biti listini, sestavljeni v tujem jeziku, priložen tudi overjen prevod. Sodni prevodi niso javne listine, saj je sodni tolmač, tako kot izvedenec, le strokovni pomočnik sodišča, ki tolmači oz. prevaja iz uradnega v tuji jezik in obratno.[42] Vsakemu referentu oz. sodniku bo torej prepuščeno, ali bo tuji sodni prevod sprejel ali ne. V praksi se upoštevajo tuji sodni prevodi, čeprav se kdaj zgodi, da se zahteva prevod domačega sodnega tolmača.[43] Obstajajo načini, kako sodnemu prevodu v mednarodnem pravnem prometu omogočiti priznavanje. Ena izmed možnosti je, da naš ali tuj notar potrdi, da je prevod identičen z izvirnikom (to lahko naredi samo, če je sodni tolmač), in tako notarsko potrdilo je javna listina kot vse druge ter zanjo velja, kot že zgoraj opisano. Druga možnost je overitev prevodov s strani državnih organov, npr. ministrstva za pravosodje ali konzularnih organov; tudi taka overitev, ki je pripeta k prevodu, je javna listina, za katero velja,

41 17. člen ZMZPP
V primerjavi s 23. členom ZMZPP, ki določa, da je treba za pogodbe, ki se nanašajo na nepremičnine, vedno uporabiti pravo države, na katere ozemlju je nepremičnina, je določba 17. člena ZMZPP drugačna. GEČ-KOROŠEC, Miroslava, KNEZ, Rajko, KRALJIĆ, Suzana. Mednarodno zasebno pravo, posebni del. Ljubljana: Uradni list RS, 2002, str. 37, »V slovenski pravni teoriji je upravičeno zastopano stališče, da določba 17. člena sploh ne vsebuje kolizijskega pravila, ampak le predpisuje, kako ugotoviti državno pripadnost, določa torej način ugotavljanja navezne okoliščine.«.
To primerjavo dajem zaradi tega, ker je stvarnopravni statut najstrožji in v zelo redkih ureditvah stvarnopravni statut posega tudi v ureditev oblike zastopanja (npr. v Belgiji). Kljub temu, da sta nepremičninski statut in pravni položaj pravne osebe povezana z lego nepremičnine oz. praviloma krajem registra, to v skladu s 7. členom ZMZPP in v večini tujih ureditev ne velja za obliko pooblastil. Kljub temu ne moremo govoriti na pamet, vsakič je potrebno preveriti naše mednarodno zasebno pravo, tuje mednarodno zasebno pravo in tuje materialno pravo.
Glej tudi: HEINZ, Nina. *Das Vollmachtsstatut*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, str. 35 in 103.
VSL sklep III Cp 5330/2006.

42 Slovensko Ministrstvo za pravosodje tudi sodne prevode opremi z apostilo.
Več o tej problematiki:
VEBLE, Andrej. Sodni prevodi v mednarodnem pravnem prometu. *Mostovi, glasilo Društva znanstvenih in tehniških prevajalcev Slovenije*, 2007/08, let. 41, št. 1/2, str. 73-78.

43 V sodni praksi lahko zasledimo, da angažiranje tujih izvedencev ni izključeno. Enako naj velja za tolmače in tako sodišče v svoji dokazni oceni prosto oceni ali bo upoštevalo tuj sodni prevod.

kot že zgoraj opisano. Tako je mogoče formalno omogočiti uporabo sodnega prevoda v tujini, kar na neki način počnejo že naše ministrstvo, ko k sodnemu prevodu izda apostilo, ter naša konzularna predstavništva, ki (kadar imajo ustrezno jezikovno znanje) ob predložitvi izvirnika in prevoda le-tega overijo.

7 IZPISKI IZ SODNEGA REGISTRA, PRIPOMOČKI

Danes s pomočjo spleta lahko vstopimo v skorajda vsako pravno okolje in pridobimo koristne informacije, ki nam olajšajo odločanje. Glede bilateralne ureditve bi še enkrat izpostavil spletno stran Ministrstva za pravosodje, kjer je na voljo vsa bilateralna ureditev. Za izpiske iz sodnih registrov velja vse, kar sem zapisal za javne listine. Kljub temu niti notarju niti sodišču ni mogoče odrekati pravice, da vpogledata javno dostopne podatke in se v primeru neskladij že po 6. členu ZN oz. 3. členu ZPP po potrebi odzoveta. Večinoma gre za »neuradne« vpoglede. Zanimivo je, da dostop v sodna registra Avstrije in Nemčije ni možen, razen če se registriramo in izpisek plačamo. Navajam nekaj povezav za pomoč.[44]

Še o starosti dokazil iz tujine, kadar gre za nakup gospodarske družbe ali ustanavljanje gospodarske družbe ali druge (ustanovi, skladu oz. gospodarski družbi) podobne pravnoorganizacijske oblike. V skladu s 47. členom Zakona o preprečevanju pranja denarja in financiranja terorizma (ZPPDFT)[45] notar ravna po določbah ZPPDFT, ki urejajo naloge in obveznosti organizacij. Ob izvajanju teh nalog zahteva dokumentacijo, v katero spadajo tudi tuji izpiski iz sodnega registra, ki naj ne bodo starejši od treh mesecev.[46]

8 VPRAŠANJA SLUŠATELJEV

Če državljani Republike *Kosovo overjajo podpise na izjavah (npr. izjava zastopnika) v R. Makedoniji – je taka overitev veljavna?*

---

44 Hrvaška:
<https://sudreg.pravosudje.hr/registar/f?p=150:1> (8. 5. 2016);
Bosna in Hercegovina:
<http://bizreg.pravosudje.ba/pls/apex/f?p=183:20:4796816976553833> (8. 5. 2016);
Srbija:
<http://pretraga2.apr.gov.rs/ObjedinjenePretrage/Search/Search> (8. 5. 2016);
Švica:
<http://zefix.admin.ch/> (8. 5. 2016);
Slovaška:
<http://www.orsr.sk/search_subjekt.asp?lan=en;
spletna stran evropskega pravosodnega portala, na kateri so povezave do registrov držav članic EU:
<https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_in_member_states-106-sl.do> (8. 5. 2016).

45 Uradni list RS, št. 60/07 in nadaljnji.

46 Peti odstavek 48. člena ZPPDFT.
Odvetnik, odvetniška družba ali notar ugotovi dejanskega lastnika stranke, ki je pravna oseba ali podoben pravni subjekt tujega prava, s pridobitvijo podatkov iz 4. točke tretjega odstavka 83. člena tega zakona z vpogledom v izvirno ali overjeno dokumentacijo iz sodnega ali drugega javnega registra, ki ne sme biti starejša od treh mesecev. Če iz tega registra ni mogoče dobiti vseh podatkov, se manjkajoči podatki pridobijo z vpogledom v izvirne in overjene listine ter drugo poslovno dokumentacijo, ki jih predloži zakoniti zastopnik pravne osebe oziroma njegov pooblaščenec.

Da, ker je Republika Slovenija z Republiko Makedonijo sklenila bilateralno pogodbo, po kateri legalizacija notarske overitve ni potrebna.[47] Razumem pa pomislek, saj iz uvodnih določb izhaja, da imajo državljani druge države enako varstvo pravic pred sodišči druge države. Vendar gre v tem primeru za izenačevanje listin, ki so že overjene, tako kot je v določbi 20. člena predmetne bilateralne pogodbe, ki govori o priznavanju in izvršitvi tujih sodnih odločb (tudi tam je v pravdi lahko nastopal tuj državljan). Tako gre za upoštevanje makedonske listine, ne glede na to, ali je v Makedoniji podpis overil Makedonec ali tujec. Če pogledamo še primerjalo, ugotovimo, da bilateralne pogodbe o pravni pomoči urejujejo več področij, od katerih je »odprava potrebe po legalizaciji oz. izenačitev veljavnosti listin« le eno izmed njih, in jih primerjamo s HKUL, ki se ukvarja le z »odpravo potrebe po legalizaciji oz. izenačitvijo veljavnosti listin« – slednja ne vsebuje nobenih določb, ki bi omenjale državljane posameznih držav, ampak le listine iz posamezne države. Iz makedonskega v slovenski jezik je po sodnem tolmaču treba prevesti le klavzulo makedonskega notarja, ki je podpis overil.

Legalizacija tujih javnih in zasebnih listin?

Odgovor je podan že v samem prispevku. Legalizacija zasebnih listin ni mogoča, mogoče je le legalizirati tujo overitev podpisa, ki je javna listina, in to takrat, ko mednarodna pogodbena ureditev ne določa drugače.

Ali je sprejemljivo, da oseba, ki je tuj državljan in je izkazano, da živi v tujini, poda izjavo po 255. členu ZGD-1 ali pooblastilo za zastopanje v slovenskem jeziku?

Zadržkov za to ni. Tuj državljan ima po ustavi sicer pravico do uporabe svojega jezika, vendar ga nihče ne more prisiliti, da mora za postopek v Republiki Sloveniji uporabljati svoj jezik.

Ali je sprejemljivo, da državljan Kosova pripravi vse potrebne listine, ki so podlaga za vpis v sodni register v Makedoniji v makedonskem jeziku, glede legalizacije pa tudi ravna v skladu z dvostranskim sporazumom med Makedonijo in RS?

Da. Iz makedonskega v slovenski jezik je po sodnem tolmaču treba prevesti le listino s klavzulo makedonskega notarja, ki je podpis overil, ali makedonski notarski zapis. Listine morajo po vsebini ustrezati predpisom v Republiki Sloveniji.

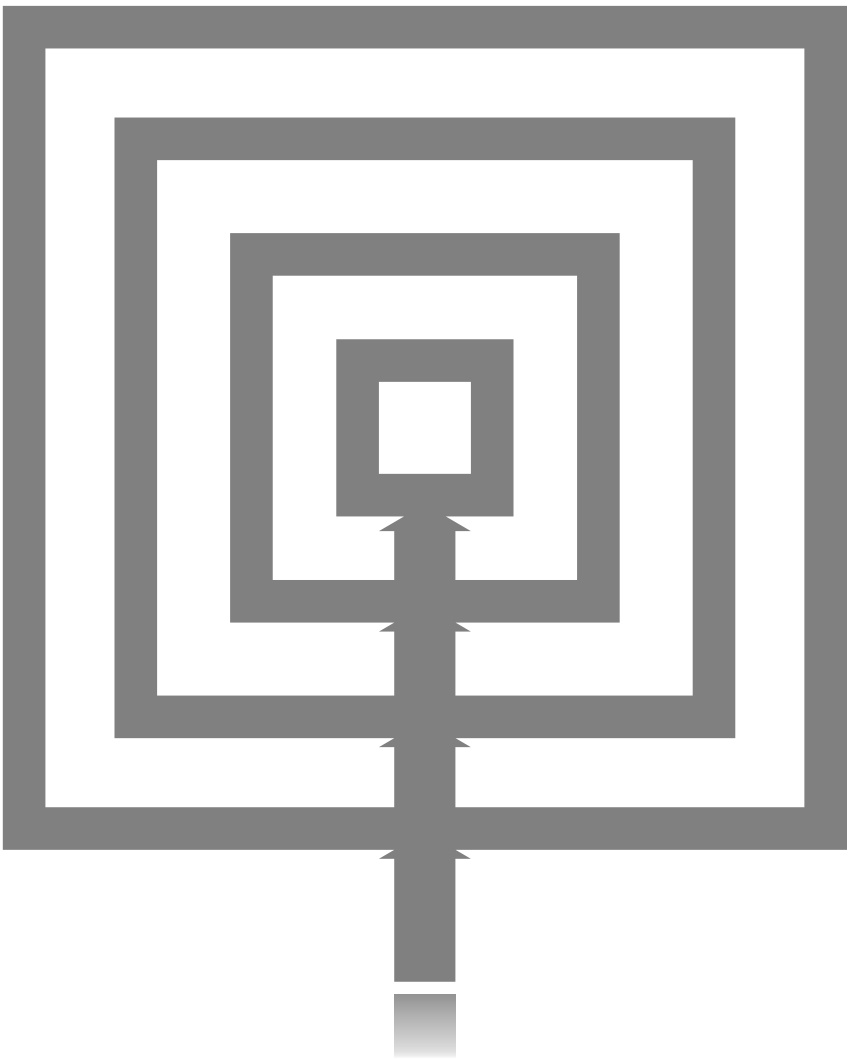
47 <http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/PDF/Mednarodne_pogodbe/Original/71-1997-011.pdf> (8. 5. 2016)
Overitev listin:
17. člen
Listin, ki jih je izdalo ali overilo v predpisani obliki sodišče ali drug pristojen organ države pogodbenice ter sopodpisane in je na njih odtisnjen pečat pristojnega organa, ni potrebno nadalje overjati za uporabo na ozemlju druge države pogodbenice.
18. člen
Javne listine, izdane na ozemlju ene države pogodbenice, imajo na ozemlju druge države pogodbenice isto dokazno moč kot javne listine te države.

9 SKLEP

Vedno je treba preveriti in oceniti oz. utemeljiti, zakaj uporabimo tujo javno listino. Upoštevati je treba, da se predmetna ureditev tudi spreminja. Naš sistem ZPP je sicer tog (npr. v nemškem sistemu se po diskrecijski oceni mednarodna overitev lahko zahteva ali ne), vendar je, kadar ni dvoma o pristnosti tuje javne listine, treba iskati pravne možnosti, da jo sprejmemo in omogočimo strankam uveljavljanje pravic tudi, kadar gre za mednarodni element. Zavedanje o slednjem je vse bolj prisotno tudi v najnovejši sodni praksi.[48] Za notarje pa velja, da naj stranke v tujini usmerijo tja, kjer bodo lahko pridobile listine, ki bodo pri nas lahko učinkovale. Na spletu so dosegljivi tudi prispevki drugih avtorjev, ki so na voljo za študij predmetne tematike.[49]

48 Če najdemo vzporednico iz zemljiškoknjižnega postopka, velja vsekakor omeniti sodno prakso – sklep Vrhovnega sodišča II Ips 255/2013. Vrhovno sodišče je namreč odpravilo stališče, da overitev podpisa notarja pomeni overitev podpisa slovenskega notarja. Resda je overitev podpisa slovenskega notarja mnogokrat vezana na dodatna preverjanja, ki so povezana predvsem z javnim redom in jim pravimo tudi posebni pogoji, vendar je overitev podpisa overitev podpisa, ki je skupna vsem notariatom v svetu. Preveritev dodatnih posebnih pogojev pa lahko prevzame domači notar ali sodišče, odvisno od same vrste postopka. Če vrhovno sodišče ne bi sprejelo take odločitve, bi po načelu recipročnosti to lahko imelo negativne posledice za učinkovanje slovenskih javnih listin v tujini.

49 <https://www.uni-lj.si/mma/Pravna20veljavnost20tujih20listin20v20Republiki20Sloveniji-predstavitev20na20Posvetu20o20priznavanju20izobra%C5%BEevanja20na20Uni20LJ/2013070114484919/> (8. 5. 2016)



IZ PRAKSE ZA PRAKSO

SLOVENIJA PRED ESČP
KRATEK PREGLED ZA OBDOBJE 1994–2016

Ana Vilfan Vospernik
pravna svetovalka
Direktorat Juriskonzula (Pravnega svetovalca), raziskovalni oddelek, ESČP[1]

1 UVOD

Namen tega prispevka, sicer pripravljenega za Šolo evropskega prava 10. maja 2016 v Portorožu, je na kratko predstaviti Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: Sodišče) in zadnje reforme njegovega nadzornega mehanizma, pa tudi celosten pregled pomembnejših zadev, ki jih je Sodišče doslej izdalo proti Sloveniji. Gre za pilotne in »kvazipilotne« sodbe, večje skupine zadev ter za pomembnejše sodbe in nekatere druge odločitve predvsem s civilnega in upravnega področja. Kratek opis sodb ali odločitev vsebuje le najpomembnejše poudarke ter omogoča identifikacijo sodne prakse, izdane na posameznem področju. V samih besedilih odločitev je seveda mogoče najti veliko več zanimivih pravnih vidikov obravnavanih problemov in podrobnosti.

2 ORGANIZACIJA SODIŠČA IN ZADNJE REFORME NADZORNEGA MEHANIZMA EKČP

Republika Slovenija je Evropsko konvencijo o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP ali Konvencija) podpisala 14. maja 1993 in ratificirala 13. junija 1994. Veljati je začela 28. junija 1994, kar je pomembno za časovno pristojnost Sodišča.

Nadzorni organ EKČP je stalno Sodišče, ki šteje 47 sodnikov, kolikor je držav pogodbenic EKČP in članic Sveta Evrope. Sodniki zasedajo v petih oddelkih. Oddelki so sestavljeni uravnoteženo: sodniki z daljšim in krajšim stažem, sodniki različnih profilov (prej sodniki, tožilci, odvetniki, profesorji itd.) in specializacij (strokovnjaki za civilno, kazensko, mednarodno, upravno, delovno pravo …), iz držav severne in južne, zahodne, srednje in vzhodne Evrope, moški in ženske itd. Vsak oddelek ima svojega predsednika.

Slovenski sodnik Marko Bošnjak, ki je nasledil Petra Jambreka in Boštjana M. Zupančiča, je član četrtega oddelka. Do nedavnega je bil sodnik posameznik za Slovenijo francoski sodnik André Potocki, letos ga je nasledil litvanski sodnik Egidijus Kūris.

1 Pravna fakulteta v Ljubljani in College of Europe, Brugge, Belgija. Mnenja, izražena v prispevku, so avtoričina in niso stališča ustanove, v kateri je zaposlena.

Sodišče zaseda v sestavi senata sedmih sodnikov, odbora treh sodnikov in sodnika posameznika, ki so formirane v okviru enega od petih oddelkov. Zadeve obravnava tudi veliki senat sedemnajstih sodnikov, ki ga sestavljajo predsednik Sodišča, podpredsednika, predsedniki vseh oddelkov, nacionalni sodnik ter sodniki, ki niso bili udeleženi v obravnavi v oddelku (peti odstavek 26. člena Konvencije). Sodišče zaseda tudi v plenumu, ki je namenjen organizacijskim zadevam (25. člen) in razpravlja tudi o sodni politiki. Sodno pisarno sestavljajo pravni oddelki, v kateri sodnikom pomagajo pri obravnavi primerov, Sodišče pa sestavljajo še direktorat Pravnega svetovalca (*Juriskonzula*), služba za stike z javnostjo in druge službe (24. člen).

Izjemna preobremenjenost Sodišča in z njo povezan strah pred kolapsom nadzornega sistema sta v zadnjih letih vodila do več reform, namenjenih večji učinkovitost Sodišča. Štiri medvladne konference, v Interlaknu, Izmiru, Brightonu in marca lani še v Bruslju so pomembni mejniki v preobrazi nadzornega sistema. Sprejeti so bili Protokoli št. 14, št. 15 in št. 16, pri čemer je do zdaj začel veljati le Protokol št.14. Poudarek je na deljeni odgovornosti (angl. *shared responsibility*) med Sodiščem in državami članicami na vseh ravneh pri izvajanju Konvencije. Govorimo o obdobju subsidiarnosti, ki udejanja načelo subsidiarnosti, v okviru katerega je poudarjena vloga domačih organov, predvsem sodišč, pri uporabi sodne prakse od prve stopnje dalje.

Načelo subsidiarnosti poudarja odgovornost držav za uveljavljanje konvencijskih jamstev, vključno z zagotavljanjem učinkovitih pravnih sredstev. Države morajo v skladu s 1. členom Konvencije o obveznosti držav pogodbenic spoštovati človekove pravice, vzpostaviti pravne strukture in postopke, ki bodo zagotavljali učinkovito varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kot predvidevata 6. (pravica do poštenega sojenja) in 13. člen (pravica do učinkovitega pravnega sredstva). Ti dve pravici sta temeljni.

Postopkovna jamstva in učinkovita pravna sredstva morajo biti na voljo pritožnikom glede vseh pravic, ki jih Konvencija varuje. Sodišče je ugotovilo številne kršitve izključno zaradi nespoštovanja postopkovnih jamstev – gre predvsem za 2. (pravica do življenja) in 3. člen (prepoved mučenja ter nečloveškega ali ponižujočega ravnanja), v katerih sta materialni in postopkovni vidik pogosto ločeno obravnavana; podobno razlikovanje pa bi lahko našli tudi v drugih členih Konvencije.

Druga plat načela subsidiarnosti je, da mora Sodišče strogo spoštovati merila dopustnosti po 35. členu. Poglavitno postopkovno merilo dopustnosti je prav predhodno izčrpanje domačih pravnih sredstev, kot vsebinsko subsidiarnost pa Sodišče poudarja uporabo konvencijskih meril presoje s strani domačih sodišč. To torej pomeni prenos reševanja konvencijskih problemov v prvih fazah reševanja sporov doma, in ne šele po izčrpanju domačih sodnih poti pred Sodiščem v Strasbourgu.

Najpomembnejše spremembe, ki jih je prinesel Protokol št. 14, ki se uporablja od leta 2009, najprej kot Protokol št. 14bis, so uvedba sestave sodnika posameznika in poročevalcev iz sodne pisarne v pomoč pri delu sodnikov posameznikov ter nove pristojnosti odbora treh sodnikov. Le-ta zdaj lahko izda tudi sodbo, kadar je temeljno

vprašanje v tovrstni zadevi, ki se nanaša na razlago ali uporabo Konvencije ali njenih protokolov, že del uveljavljene sodne prakse Sodišča (angl. *well-established case law* oziroma s kratico *WECL*). Namen teh sprememb je bila razbremenitev glavnih senatov in optimizacija sodnikovega dela. Uveden je bil tudi nov pogoj nedopustnosti (točka b tretjega odstavka 35. člena), kadar za vlagatelja ni nastal znatno neugodnejši položaj, razen če spoštovanje človekovih pravic, opredeljenih v Konvenciji in njenih protokolih, vendarle zahteva obravnavo take pritožbe. Na tej podlagi ni mogoče zavrniti nobene zadeve, ki je ni predtem ustrezno obravnavalo domače sodišče.

Po teh reformah je tipologija zadev naslednja: zadeve sodnika posameznika; zadeve za odbor treh sodnikov; zadeve za senat sedmih sodnikov, kjer gre za zahtevne sodbe ali odločitve; najzahtevnejše zadeve za veliki senat. Poznavanje tipologije zadev je nujno za razumevanje delovanja Sodišča in njegovih statistik. Kot zanimivost velja dodati, da je v Strasbourgu, v primerjavi s Sodiščem Evropske unije v Luksemburgu, identiteta sodnika poročevalca zaupne narave, lahko je nacionalni sodnik ali kateri koli drug sodnik iz sestave.

Sodnik posameznik lahko odloči, da je posamezna pritožba nedopustna zaradi neizpolnjevanja osnovnih pogojev po 35. členu, ali jo črta s seznama zadev Sodišča, če se taka odločitev lahko sprejme brez dodatne presoje (26. in 27. člen). Ta sestava pomeni izjemo od pravila, da mora o zadevi vedno odločati nacionalni sodnik (četrti odstavek 26. člena). Sodnik posameznik lahko nacionalnega sodnika vpraša za mnenje. Kadar odloča Sodišče v sestavi sodnika posameznika, mu pomagajo poročevalci, ki delujejo pod vodstvom predsednika Sodišča. Pred uvedbo Protokola št. 14 je o takih zadevah odločal odbor treh sodnikov.

Odbor treh sodnikov soglasno odloča o tem, ali je zadeva nedopustna ali jo črta s seznama zadev (28. člen). Poleg tega lahko tudi odloči, da je zadeva dopustna in hkrati izda sodbo o njej, če je temeljno vprašanje, ki se nanaša na razlago ali uporabo Konvencije ali njenih protokolov, že del uveljavljene sodne prakse Sodišča (*WECL*).

Senat sedmih sodnikov odloča o dopustnosti in vsebini tehtnih pritožb. Lahko pa seveda najprej ločeno odloči o dopustnosti pritožbe, čeprav je to dandanes bolj redko. Tudi taka skupna odločitev je sprememba politike odločanja z namenom poenostavitve sodnega postopka.

Po reformi nadzornega mehanizma s Protokolom št. 14 je delo senatov torej rezervirano za zahtevnejše zadeve, vložene po 34. členu s strani posameznikov ali pravnih oseb, nevladnih organizacij in skupin posameznikov. Meddržavne zadeve (33. člen) so vedno v pristojnosti senata. V takih zadevah se odločitve o dopustnosti praviloma sprejemajo ločeno.

Veliki senat sedemnajstih sodnikov je pristojen za obravnavo zadev v treh primerih: če mu je zadevo prepustil senat (30. člen) ali kot neke vrste druga stopnja, po zahtevi ene od strank za predložitev velikemu senatu v treh mesecih po izdaji sodbe senata (31. člen) ali pa na zahtevo Odbora ministrov. Postopek pred velikim senatom je najzahtevnejši in poteka v obeh uradnih jezikih. Praviloma se opravi javna obravnava, kar je pred senati bolj redko.

Senat zadevo odstopi velikemu senatu, če načenja pomembno vprašanje v zvezi z razlago Konvencije ali njenih protokolov ali če bi rešitev vprašanja lahko privedla do protislovja s predhodno izrečeno sodbo Sodišča. Gre torej za najpomembnejši mehanizem usklajevanja sodne prakse. Stranki se morata z odstopom zadeve za zdaj strinjati (30. člen).

Po izreku sodbe senata lahko stranke v treh mesecih zaprosijo za predložitev zadeve v ponovno obravnavo velikemu senatu (43. člen). Svèt petih sodnikov zahtevo sprejme, če se zastavlja pomembno vprašanje v zvezi z razlago ali uporabo Konvencije ali če gre za vprašanje splošnega pomena (drugi odstavek 43. člena). In nazadnje, tudi Odbor ministrov lahko zaprosi veliki senat za svetovalno mnenje (47. člen) ali za ugotovitev, da država pogodbenica ne spoštuje končne sodbe (četrti odstavek 46. člena), za zdaj pa ti dve možnosti še nista bili uporabljeni.

Vse odločitve velikega senata, senata ter odbora treh sodnikov so dostopne na spletni strani Sodišča z uporabo iskalnika HUDOC (http://hudoc.echr.coe.int). Prav tako so po nekaj urah na spletišču ESČP dostopni posnetki obravnav in napovedi javnih obravnav z uradnimi dokumenti Sodišča in izjavami za javnost (www.echr.coe.int/).

Sporočila za javnost pod posamezno sodbo omogočajo hiter pregled njene vsebine. Osnovne informacije za starejše sodbe je mogoče najti v dokumentu »Podatki o zadevi« (angl. *Case details*). Odločitve sodnika posameznika niso objavljene na spletni strani Sodišča. O tovrstnih odločitvah so pritožniki obveščeni pisno.

Večje spremembe v delu Sodišča bosta prinesla tudi Protokola št. 15 in 16, ki še nista začela veljati. Protokol št. 15 prinaša pomembne vsebinske spremembe, in sicer sklicevanje na načelo subsidiarnosti in doktrino prostega polja presoje v preambuli Konvencije. V odločitvah je že zaslediti konceptualne spremembe sodne prakse glede teh vprašanj. Poleg tega bo rok, v katerem morajo stranke vložiti pritožbo na Sodišče, skrajšan s sedanjih šestih na štiri mesece. Med drugim bo odpravljena tudi pravica stranke, da nasprotuje obravnavi zadeve pred velikim senatom na predlog senata.

Protokol št. 16, tako imenovani protokol dialoga, prinaša najvišjim nacionalnim sodiščem držav pogodbenic možnost zastavljanja vprašanj Sodišču z namenom pridobitve svetovalnega mnenja. Pri tem bo imelo Sodišče diskrecijsko pravico odločiti, ali bo na vprašanje odgovorilo ali ne. Zastavljeno vprašanje se bo moralo nanašati na tolmačenje pravic in temeljnih svoboščin iz EKČP ali njenih protokolov. Svetovalna mnenja ne bodo zavezujoča. Protokol št. 16 je Slovenija podpisala in ratificirala med prvimi. Začel bo veljati, ko ga bo podpisalo in ratificiralo deset držav.

Na pobudo nekdanjega predsednika Sodišča Deana Spielmanna so oktobra lani začeli sodelovati ESČP in najvišji sodišči države gostiteljice, Francije, *Cour de cassation* in *Conseil d'État*, in sicer v okviru vzpostavljanja mreže najvišjih sodišč (angl. *network of superior courts*), ki je še v preskusni fazi. Namen vzpostavljanja mreže je pretok informacij o sodni praksi in drugih informacij, ki naj bi državam pogodbenicam olajšal učinkovito izvajanje Konvencije, pa tudi obogatil ESČP. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je ESČP uradno izrazilo interes za vključitev

v mrežo, ki bo hkrati do določene mere pomenila tudi podporo Protokolu št. 16, ko bo začel veljati.

Poleg reform nadzornega mehanizma je Sodišče tudi navznoter opravilo veliko samoizpraševanja in prilagodilo delovne metode pri obravnavi različnih tipov zadev, od najtežjih do zadev sodnika posameznika. Uvedena je bila začetna triaža zadev s takojšnjim obravnavanjem tistih, ki ne izpolnjujejo kriterijev dopustnosti po 35. členu. Lansko leto je bil tako odpravljen zaostanek zadev sodnika posameznika, ki so pred petimi leti precej dušile nadzorni sistem, saj je bilo leta 2011 samo tovrstnih zadev odprtih več kot 100.000 (40.000 samo proti Ruski federaciji). Za primer: leta 2012 je sodnik posameznik za Slovenijo sprejel odločitev v 1314 zadevah, leta 2013 v 845, leta 2014 v 352 in leta 2015 v 224.

Od 1. januarja 2014 dalje so v veljavi tudi strožji formalni pogoji dostopa k Sodišču na podlagi spremenjenega 47. člena Poslovnika Sodišča. Vlogo je treba predložiti na novem obrazcu, izpolniti vsa polja, priložiti vse potrebne dokumente in izpolniti druge formalnosti. Zdaj šele pravilno vložena vloga prekine potek šestmesečnega roka za pristop k Sodišču, prej je bilo upoštevano že prvo pismo pritožnikov. Posledica neupoštevanja strožjih meril je, da vloga ni dodeljena nobenih sodniški sestavi in se spis uniči. V mejnih primerih odloči sam predsednik Sodišča in prostor je tudi za izjeme.

3 DOSEDANJE SODBE, IZDANE PROTI REPUBLIKI SLOVENIJI

Na podlagi statističnih podatkov, dostopnih na spletni strani Sodišča, je bilo do 1. maja 2016 izdanih 338 sodb proti Republiki Sloveniji. Od tega je Sodišče v 318 sodbah ugotovilo, da je prišlo do najmanj ene kršitve EKČP.

Podatki o kršitvah po posameznih členih EKČP so naslednji:

- 2 sodbi – 2. člen (zaradi pomanjkanja učinkovite preiskave glede pravice do življenja),
- 21 sodb – 3. člen (prepoved mučenja ter nečloveškega ali ponižujočega ravnanja),
- 6 sodb – 3. člen (zaradi pomanjkanja učinkovite preiskave glede prepovedi mučenja ter nečloveškega ali ponižujočega ravnanja),
- 6 sodb – 5. člen (pravica do svobode in varnosti),
- 19 sodb – 6. člen (pravica do poštenega sojenja, drugo kot spodaj),
- 262 sodb – 6. člen (prekomerno trajanje postopkov),
- 10 sodb – 8. člen (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja),
- 1 sodba – 10. člen (svoboda izražanja),
- 265 sodb – 13. člen (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja),
- 1 sodba – 14. člen (prepoved diskriminacije),
- 2 sodbi – 1. člen Prvega protokola (varstvo premoženja).

Statistike za leto 2015 so naslednje: izdanih je bilo 15 sodb in 248 nedopustnih ali črtanih zadev, od tega 224 zadev sodnika posameznika.

Konec leta 2015 je bilo 1650 odprtih zadev proti Sloveniji, kar je 2,5 % vseh odprtih zadev pred Sodiščem. Število trenutno odprtih zadev se giblje v podobnih okvirih. Slovenija je tako med desetimi državami z največ odprtimi zadevami, predvsem na račun dveh velikih skupin, ki skupaj štejeta približno 1470 zadev, povezanih z večjim številom pritožnikov. O njih pozneje, pri opisu pilotnih sodb velikega senata proti Sloveniji.

Trenutno je pred Sodiščem odprtih tudi približno 120 zadev, ki so dodeljene senatu in zadevajo različne zatrjevane kršitve (predvsem po 6. členu Konvencije in 1. členu Prvega protokola). Od tega je bilo približno 40 zadev že poslanih Vladi RS v odgovor. Preostalo so zadeve sodnika posameznika in odbora treh sodnikov.

4 PRVE SODBE PROTI REPUBLIKI SLOVENIJI

Leta 2000 je Sodišče v zadevi *Majarič proti Sloveniji*, št. 28400/95, 8. februar 2000, ugotovilo, da je prišlo do kršitve 6. člena zaradi pretirane dolžine kazenskega postopka. To kršitev je leta 1998 že ugotovila Evropska komisija za človekove pravice,[2] ki je bila ukinjena z reformo nadzornega mehanizma po Protokolu št. 11. Ta protokol je vzpostavil stalno delujoče Sodišče v Strasbourgu.

Prav tako leta 2000 je Sodišče izdalo odmevno sodbo *Rehbock proti Sloveniji*, št. 29462/95, 28. november 2000, v kateri je ugotovilo, da je bila podana kršitev 3. člena Konvencije zaradi ravnanja, ki ga je bil pritožnik deležen med policijskim odvzemom prostosti, ne pa med bivanjem v priporu. Prav tako je prišlo do kršitve 5. člena, ki zagotavlja pravico do svobode in varnosti, ter 8. člena zaradi neupravičenega nadzora pritožnikovega dopisovanja s tedanjo Komisijo.

Leta 2001 je Sodišče v zadevi *Tričković proti Sloveniji*, št. 39914/98, 12. junij 2001, prisluhnilo argumentom slovenske vlade in ugotovilo, da ni prišlo do prekomernega trajanja v postopku pred Ustavnim sodiščem o izplačilu akontacij izplačil vojaških pokojnin medicinskemu tehniku, ki je bil prej zaposlen v Jugoslovanski ljudski armadi. Postopek je trajal malo več kot dve leti in sedem mesecev.

Leta 2001 je na področju prekomernega trajanja domačih postopkov v odločitvi o dopustnosti v zadevi *Belinger proti Sloveniji*[3] (odl.), št. 42320/98, 2. oktober 2001, Sodišče zavrnilo argumente vlade o učinkovitosti tožbe v upravnem sporu in ustavne pritožbe. Ta zadeva se je končala s prijateljsko poravnavo med pritožnikom in slovensko vlado leta 2002.

Odločitvi *Belinger* je leta 2005 sledila prelomna »kvazipilotna« zadeva *Lukenda proti Sloveniji*, št. 23032/02, ESČP 2005-X, kjer je Sodišče ugotovilo kršitev 6. in 13. člena Konvencije. Tedanje trajanje sodnih postopkov in neučinkovitost pravnih sredstev je opredelilo kot sistemski problem. Na podlagi 46. člena Konvencije je Slovenijo pozvalo, da bodisi spremeni obstoječo pravno ureditev bodisi uvede nova

2 Odločitve Komisije v zadevah proti Sloveniji najdete na spletni strani Sodišča HUDOC, z izbiro primernega filtra levo zgoraj.
3 Zadeva *Belinger proti Sloveniji* se je končala s prijateljsko poravnavo leta 2002.

pravna sredstva za učinkovito uveljavljanje pravice do sojenja v razumnem roku v skladu s konvencijskimi standardi. Tedaj je bilo pred Sodiščem odprtih približno 500 primerov s tega področja. Omeniti velja, da je sodba *Lukenda* sovpadala z odločitvijo Ustavnega sodišča U-I-65/05. Kot odgovor na ti sodbi je Ministrstvo za pravosodje RS konec leta 2005 pripravilo projekt na področju odprave sodnih zaostankov, ki ga je poimenovalo projekt Lukenda. Najpomembnejši del tega projekta je bilo sprejetje Zakona o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (ZVPSBNO).

Med prve odmevnejše sodbe spada tudi *Matko proti Sloveniji*, št. 43393/98, 2. november 2006. Sodišče je odločilo, da je Slovenija kršila 3. člen s tem, da ni zagotovila učinkovite preiskave pritožnikovih navedb o neprimernem ravnanju policije. Navedbe so bile podkrepljene z zdravniškimi izvidi. Policijska preiskava ni izpolnjevala zahtev nepristranskosti, prav tako državni tožilec ni izvedel neodvisnih ukrepov, ki bi bili namenjeni preverjanju policijskih sklepov.

5 SODBE VELIKEGA SENATA PROTI REPUBLIKI SLOVENIJI

Veliki senat sedemnajstih sodnikov je doslej obravnaval štiri zadeve proti Sloveniji. Tri zadeve spadajo med tako imenovane tranzicijske zadeve, in sicer *Kovačić in ostali proti Sloveniji* [VS], št. 44574/98, 45133/98 in 48316/99, 3. oktober 2008, *Ališić in ostali proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in Makedoniji* [VS], št. 60642/08, 16. julij 2014, v katerih je šlo za varčevalce Ljubljanske banke izven Slovenije, ter *Kurić in ostali proti Sloveniji* [VS], št. 26828/06, ESČP 2012, o izbrisanih. V tej zadevi je veliki senat izdal dve sodbi, glavno leta 2012 in o pravičnem zadoščenju leta 2014 (*Kurić in ostali proti Sloveniji* (pravično zadoščenje) [VS], št. 26828/06, ESČP 2014).

V zadevi *Kovačić in drugi proti Sloveniji* so se trije hrvaški varčevalci Ljubljanske banke pritoževali zaradi nezmožnosti razpolaganja s starimi deviznimi prihranki, ki so jih vložili pri zagrebški podružnici stare Ljubljanske banke pred razpadom Socialistične federativne republike Jugoslavije (SFRJ). Slovenija je trdila, da je prevzem državnega varstva za preostale devizne vloge vprašanje nasledstva po SFRJ, pritožniki in Hrvaška pa so trdili, da gre za civilnopravno razmerje med vlagatelji in banko. Ker sta bila med postopkom dva pritožnika poplačana iz premoženja zagrebške podružnice, je Sodišče menilo, da je, upoštevaje posebne okoliščine zadeve, utemeljeno tudi od tretjega pritožnika pričakovati, da se obrne na hrvaška sodišča, ter zadeve zbrisalo s seznama zadev. Poleg tega je zaradi razsežnosti problematike in velikega števila odprtih zadev Sodišče kot *obiter dictum* vse države naslednice pozvalo, naj v medsebojnih pogajanjih čim prej rešijo odprta vprašanja jamstva za devizne vloge.

Nekaj let pozneje, leta 2014, je v pilotni sodbi *Ališić in ostali proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in Makedoniji*, ki se je nanašala na neizplačilo starih deviznih vlog v podružnici Ljubljanske banke v Sarajevu in podružnici Invest banke Beograd v Tuzli, Sodišče ugotovilo, da gre za sistemski problem ter da sta Slovenija in Srbija kršili 1. člen Prvega protokola in 13. člen Konvencije. Sodišče se je pri tem oprlo na dejstvo, da je stara Ljubljanska banka pod nadzorom države,

določena dokazila, da je bila večina finančnih sredstev prenešena iz Sarajeva v Ljubljano, kjer so tudi končala, ter na odločitve slovenskih sodišč po odpravi prekinitve postopkov, da je stara Ljubljanska Banka odgovorna za nekdanje podružnice. Ni se strinjalo s Slovenijo in Srbijo, da bi moral biti dolg v nasledstvenih pogajanjih razdeljen v skladu s teritorialnim načelom, temveč je menilo, da bi bilo treba uporabiti načelo »enakovrednih deležev«. Poudarilo je, da so za preostale stare devizne vloge našli rešitve, tudi če so nasledstvena pogajanja še trajala. Pritožniki v tej zadevi pa so čakali predolgo in trpeli nesorazmerno breme. Sodišče je prav tako odločilo, da preostale države, ki so bile stranke v postopku, niso kršile Konvencije in njenih protokolov.

Sodišče je Sloveniji in Srbiji naložilo izplačilo nematerialne škode in stroškov. Glede materialne škode je Sloveniji naložilo, da mora v enem letu in pod nadzorom Odbora ministrov sprejeti vse potrebne ukrepe, vključno s spremembami zakonodaje, ki bodo pritožnikom in vsem drugim, ki so v enakem položaju, omogočili izplačilo starih deviznih vlog pod enakimi pogoji kakor varčevalcem, ki so imeli take vloge v domačih podružnicah slovenskih bank. Podobno je naložilo Srbiji. To pa ne velja za tiste varčevalce, ki so že bili poplačani. Odložilo je tudi obravnavanje vseh podobnih vlog.

22. junija 2015 je Državni zbor RS sprejel Zakon o načinu izvršitve sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi številka 60642/08 (*Ališić in ostali*), ki je vzpostavila posebno odškodninsko shemo za izplačilo starih deviznih vlog in postopek. Ta pilotna zadeva je v Strasbourgu še vedno odprta. Eno od dveh prej omenjenih velikih skupin zadev proti Sloveniji tvorijo zadeve, ki so jih vložili bosanski in hrvaški varčevalci Ljubljanske banke. Trenutno je takih zadev približno 1400, pri čemer je nekaj vlog vložilo več sto pritožnikov.

Prav tako je pilotna že omenjena zadeva *Kurić in ostali proti Sloveniji*. Veliki senat je leta 2012 potrdil sodbo senata, da je Slovenija z zakonodajno rešitvijo, s katero nekdanji državljani SFRJ s stalnim prebivališčem v Sloveniji pred razglasitvijo neodvisnosti niso mogli predvideti posledic nevložitve prošnje za slovensko državljanstvo, z izbrisom iz registra stalnega prebivalstva, ki je temu sledil, ter njegovimi posledicami kakor tudi brez posamičnega obveščanja teh oseb kršila njihove pravice po 8. in 13. členu Konvencije. Poleg tega je veliki senat ugotovil tudi kršitev 14. člena, ki govori o prepovedi diskriminacije, saj so bili izbrisani kot nekdanji državljani SFRJ obravnavani manj ugodno kot tisti, ki so imeli status tujca. Z devetimi glasovi proti osmim pa je razsodilo, da to ne velja za dva pritožnika, ki nista niti poskušala pridobiti dovoljenja za prebivanje.

Sodišče je Sloveniji naložilo, da v enem letu vzpostavi domačo odškodninsko shemo, in zadržalo odločanje o premoženjski škodi. Pritožnikom, ki so uspeli s pritožbo, je odredilo izplačilo nepremoženjske škode, in sicer v višini 20.000 evrov posameznemu pritožniku, in stroškov postopka.

Ker je bil Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, sprejet 21. novembra 2013, torej po poteku enoletnega roka, ki ga je Sodišče naložilo Sloveniji, je veliki senat leta 2014 razsodil o višini materialne odškodnine za šest preostalih pritožnikov. Sodišče njihovim zahtevam ni ugodilo v

celoti, po temelju (ne pa tudi po višini) pa je ugodilo njihovim zahtevkom iz naslova socialne pomoči in otroških dodatkov. Zavrnilo je zahtevke iz naslova dodatka za najemnino, izpada dohodka in izgubljenih pokojnin. Pritožnikom je dodelilo zneske v višini mesečnega pavšala 150 evrov od 28. junija 1994, ko je Konvencija začela veljati v Sloveniji, do ponovne pridobitve pravnega statusa. Dvema pritožnikoma je dodelilo tudi mesečni pavšal 80 evrov za otroke od njihovega rojstva oziroma 28. junija 1994 do polnoletnosti oziroma ponovne pridobitve statusa ustreznega pritožnika.

Drugo omenjeno večjo skupino odprtih zadev proti Sloveniji tvori približno 70 zadev, ki jih je vložilo več kot tisoč pritožnikov.

Poleg opisanih tranzicijskih zadev je veliki senat leta 2009 obravnaval zadevo *Šilih proti Sloveniji* [VS], št. 71463/01, 9. april 2009, kjer je bila pod vprašaj postavljena učinkovitost slovenskega sodnega sistema v primeru domnevnih smrti zaradi zdravniške malomarnosti. Sin pritožnikov je umrl v bolnišnici po prejemu injekcije proti alergiji. Starša sta kot subsidiarna tožilca sprožila kazenski pregon zoper zdravnico in v pravdnem postopku vložila odškodninsko tožbo. Sodišče je poudarilo, da v primerih domnevne zdravniške malomarnosti po 2. členu Konvencije od držav ne zahteva, da sprožijo kazenski postopek; zadostna bi bila bodisi civilna bodisi kazenska učinkovita pravna pot. V tem primeru je bil kazenski postopek predolg, civilni postopek pa vmes prekinjen, čakajoč na izid kazenskega postopka. Poleg tega se je v civilnem postopku zvrstilo večje število sodnikov na prvi stopnji. Sodišče je ugotovilo, da domači organi zadeve niso obravnavali s potrebno skrbnostjo in da je bil 2. člen kršen.

Ta zadeva je prelomna, saj je Sodišče z njo razširilo svojo časovno pristojnost z »oddvojljivostjo« (angl. *detachability*) postopkovnih obveznosti v primerih, kjer je prišlo do sumljive smrti, preden je Konvencija začela veljati v posamezni državi pogodbenici. To pristojnost je omejilo samo na procesna dejanja in/ali opustitve, do katerih je prišlo po pomembnem datumu. Poleg tega mora obstajati pristna povezava (angl. *genuine connection*) spora med smrtjo in začetkom veljavnosti Konvencije za toženo državo.

6 PO LUKENDI

Zadevi *Lukenda* je leta 2006 sledilo večje število sodb, s katerimi je Sodišče ugotovilo, da sta bila 6. in 13. člen kršena zaradi prekomernega trajanja domačih postopkov. Kmalu po začetku uporabe ZVPSBNO 1. januarja 2007 je Sodišče izdalo načelne odločitve, s katerimi se je izreklo o učinkovitosti nove ureditve. Zakon je imel tudi prehodni 25. člen za primer zadev, ki so že bile vložene v Strasbourgu in pri katerih so se domači postopki že končali. Izrecno je bil predviden postopek poravnave po posredovanju zadev vladi.

V zadevi *Grzinčič proti Sloveniji*, št. 26867/02, ESČP 2007-V (izvlečki), je Sodišče odločilo, da skupek pravnih sredstev po ZVPSBNO načeloma ustreza kriterijem učinkovitosti, kadar gre za postopke na prvi in drugi stopnji, ter da jih morajo izčrpati tudi posamezniki, ki so do tedaj že vložili pritožbo na ESČP. Drugače je odločilo v

zadevah, ki so bile že poslane vladi v odgovor. Več sodb je bilo izdanih za to drugo kategorijo zadev. Za že omenjeno prvo kategorijo zadev pa je tej sodbi sledila odločitev o nedopustnosti *Korenjak proti Sloveniji* (odl.), št. 463/03, 15. maj 2007.

V zadevi *Žunič proti Sloveniji* (odl.), št. 24342/04, 18. oktober 2007, je pritožnik uporabil pospešitvena sredstva zaradi trajanja tedaj pendentnega postopka pred prvo stopnjo. Sodišče je vlogo razglasilo za nedopustno, opozorilo pa je, da mora država posameznikom, ki so uspešno izčrpali pospešitvena sredstva, omogočiti hiter dostop do uveljavljanja odškodninskega zahtevka.

V zadevi *Tomažič proti Sloveniji*, št. 38350/02, 13. december 2007, ki je zadevala prekomerno trajanje postopka pred Ustavnim sodiščem, je Sodišče ugotovilo, da se ZVPSBNO ne uporablja za postopke pred Ustavnim sodiščem in da je prišlo do kršitve Konvencije. V zadevi *Robert Lesjak proti Sloveniji*, št. 33946/03, 21. julij 2009, pa je Sodišče prav tako menilo, da tedanja zakonodajna rešitev ne predvideva učinkovitih pravnih sredstev za pospešitev postopkov pred Vrhovnim sodiščem. To je bilo spremenjeno z novelo zakona.

Sodišče je tudi pri drugih odločitvah obravnavalo nekatere vidike uporabe ZVPSBNO, večinoma pa je sledilo precedensom, vzpostavljenim z zgornjimi primeri, ter o zadevah bodisi odločilo s sodbo bodisi z odločitvijo o nedopustnosti. Veliko takih odločitev je sprejel sodnik posameznik. V nekaj zadevah je bila sklenjena prijateljska poravnava med pritožnikom in vlado ter so bile zbrisane s seznama zadev.

Vse do leta 2012 Sodišče ni ugotovilo kršitve 6. in 13. člena zaradi prekomernega trajanja postopkov, za katere je bil ZVPSBNO razglašen za učinkovitega. V zadevi *Jama proti Sloveniji*, št. 48163/08, 19. julij 2012, pa je Sodišče prvič ugotovilo, da v primeru še trajajočega postopka, kjer je posameznik uspešno uporabil pospešitvena sredstva, pa kljub temu ni prišlo do bistvenega napredka v postopku, ni dopustno, da pritožniku ni bil omogočen hiter dostop do zahtevka za pravično zadoščenje. V zadevah *Sedminek proti Sloveniji*, št. 9842/07, 24. oktober 2013, in *Zavodnik proti Sloveniji*, št. 53723/13, 21. maj 2015, je Sodišče ugotovilo, da ZVPSBNO ni učinkovit glede prekomerne dolžine stečajnih postopkov.

V več zadevah je Sodišče ugotovilo kršitev konvencijskih pravic zaradi zakonske meje višine odškodnine 5.000 evrov v primerih izredno dolgih postopkov, zaradi nezadostne odškodnine, dodeljene doma, ali zaradi trajanja postopkov po ZVPSBNO, kakor npr. v zadevah *Madžarević proti Sloveniji*, št. 38975/05, 15. maj 2012, *Bubnik proti Sloveniji*, št. 72072/12, 16. oktober 2014, *Hajrudinović proti Sloveniji*, št. 69319/12, 21. maj 2015, ter *Stibilj proti Sloveniji*, št. 1446/07 in 5667/07, 6. oktober 2015.

Vsekakor so sodbe s tega področja v zadnjih letih redkejše, zahvaljujoč domačim sredstvom, ki jih je vzpostavil ZVPSBNO, domačim odškodninam in seveda ukrepom, sprejetim v pravosodju, za odpravo problema prekomernega trajanja sodnih postopkov.

7 SKUPINA ZADEV O PRIPORNIH POGOJIH V SLOVENSKIH ZAPORIH

V zadevah *Mandić in Jović proti Sloveniji*, št. 5774/10 in 5985/10, 20. oktober 2011, ter *Štrucl in ostali proti Sloveniji*, št. 5903/10, 6003/10 in 6544/10, 20. oktober 2011, je Sodišče obravnavalo razmere in pogoje prestajanja pripora in kazni zapora v Zavodu za prestajanje kazni zapora Ljubljana. Pritožniki so zatrjevali kršitev pravice do prepovedi mučenja oz. ponižujočega in nečloveškega ravnanja iz 3. člena, pravice do zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena ter pravice do učinkovitega pravnega sredstva iz 13. člena Konvencije. Senat je leta 2011 ugotovil, da sta bili vsem kršeni pravici iz 3. in 13. člena, zatrjevana kršitev pravice iz 8. člena EKČP pa je bila v delu očitno neutemeljena, v delu pa so bile trditve o kršitvah podane izven šestmesečnega roka iz prvega odstavka 35. člena.

Tema, vodilnima sodbama so v letih 2012 in 2014 sledile sodbe *Praznik proti Sloveniji*, št. 6234/10, 28. junij 2012, *Štrukelj proti Sloveniji,* št. 6011/10, 27. februar 2014, in *Četić proti Sloveniji*, št. 7054110, 27. februar 2014. Vse so zadevale pogoje v Zavodu za prestajanje kazni zapora Ljubljana. Podobno zadevo, *Lalić in ostali proti Sloveniji* (odl.), št. 5711/10, 27. september 2011, ki je zadevala pogoje v zaprtem oddelku zapora na Dobu, je Sodišče zavrnilo leta 2011.

Vzorcem, vzpostavljenim z zgoraj naštetimi zadevami, je sledilo večje število zadev, ki jih je obravnaval sodnik posameznik ali druge sestave Sodišča. Posamezne zadeve s tega področja obravnavajo nove vidike vprašanja ustreznosti pripornih in zapornih pogojev ter kaznovalnih režimov.[4]

Omeniti velja tudi zadevo *Bizjak proti Sloveniji*, št. 25516/12, 8. julij 2014, v kateri je Sodišče odločilo, da je odškodninska zahteva po 179. členu Obligacijskega zakonika, kot jo tolmačijo domača sodišča, postala učinkovito pravno sredstvo za pritožbe zapornikov, ki so že odpuščeni s prestajanja kazni.

8 POSTOPKOVNE GARANCIJE PO 6. ČLENU – NEODVISNOST IN NEPRISTRANSKOST SODIŠČ

Sodišče je obravnavalo več zadev proti Sloveniji, v katerih je ugotovilo kršitev načela nepristranskosti po 6. členu, in sicer *Švarc in Kavnik proti Sloveniji*, št. 75617/01, 8. februar 2007, *Pečnik proti Sloveniji,* št. 44901/05, 27. september 2012, ter *Peruš proti Sloveniji*, št. 35016/05, 27. september 2012, kakor tudi *HIT, d. d., Nova Gorica proti Sloveniji*, št. 50996/08, 5. junij 2014. V vseh teh zadevah je šlo za vprašanje predhodne vpletenosti sodnikov v domačih postopkih oziroma njihovih vlog v predhodnih fazah postopka. V zadevi *Gaspari proti Sloveniji*, št. 21055/03, 21. julij 2009, je šlo za kršitev načela kontradiktornosti zaradi nevročitve pisanj nasprotni stranki v postopku pred Ustavnim sodiščem.

4 Med večje skupine zadev sodijo tudi prekrški; glej *Suhadolc proti Sloveniji* (odl.), št. 57655/08, 17. maj 2011, ter *Flisar proti Sloveniji*, št. 3127/09, 29. september 2011, kjer je bil kršen 6. člen Konvencije, kakor tudi *Berdajs proti Sloveniji (*odl.), št. 10390/09, 27. marec 2012.

Leta 2015 je Sodišče izdalo tudi sodbo *Adžajić proti Sloveniji*, št. 71872/12, 8. oktober 2015, v povezavi s katero so domača sodišča izdala zamudno sodbo zoper pritožnico, ki je neuspešno izpodbijala nepravilno vročitev tožbe. Pritožnica tudi ni uspela s predlogom za vrnitev v prejšnje stanje, ker je zamudila objektivni rok. Sodišče je presojalo, ali sta bili pritožnici omogočena pravica do obojestranskega zaslišanja in zagotovljena enakost orožij. Strinjalo se je z vlado, da je bila pritožnica malomarna, vendar pa so bile posledice nesorazmerne in je bil 6. člen kršen.

V drugačnih okoliščinah je Sodišče v prej omenjeni zadevi *Zavodnik proti Sloveniji* leta 2015 odločilo, da pritožnik ni bil pravilno obveščen o obravnavi v njegovem primeru. Prav tako je v prvi letošnji sodbi, *Perak proti Sloveniji*, št. 37903/09, 1. marec 2016, Sodišče odločilo, da je prišlo do kršitve 6. člena, saj pritožnik ni imel možnosti sodelovanja v postopkih pred Vrhovnim sodiščem.

V zadevi *Korošec proti Sloveniji*, št. 77212/12, 8. oktober 2015, je šlo za možnost izpodbijanja izsledkov izvedenskega mnenja invalidske komisije Zavoda invalidskega in pokojninskega zavarovanja v domačem postopku. Sodišče je poudarilo, da je v primerih, ko je odločitev domačega sodišča v bistvenem odvisna od izvedenskega mnenja kot ključnega dokaza, potrebna posebna skrbnost, da ga izdela nepristranski izvedenec. Upoštevaje odločilne kriterije je ugotovilo, da je bilo v tem primeru kršeno načelo enakosti orožij.

9 8. ČLEN – DRUŽINSKO IN/ALI ZASEBNO ŽIVLJENJE

Sodišče je obravnavalo tudi več zadev, kjer so se očetje po 8. členu Konvencije pritoževali, da jim slovenske oblasti niso zagotovile stikov z otroki, ki so živeli z materami, ter pogosto tudi zaradi zamud v sodnih postopkih za določitev skrbništva in stikov. V zadevah *Eberhard in M. proti Sloveniji*, št. 8673/05 in 9733/05, 1. december 2009, *K. proti Sloveniji*, št. 41293/05, 7. julij 2011, *X. proti Sloveniji*, št. 40245/10, 28. junij 2012, ter *S. I. proti Sloveniji*, št. 45082/05, 13. oktober 2012, je Sodišče ugotovilo, da Slovenija ni izpolnila pozitivnih obveznosti po 8. členu Konvencije in da je bil ta člen kršen.

V zadevah *Trdan in Ć. proti Sloveniji*, št. 28708/06, 7. december 2010, ter *Z. proti Sloveniji*, št. 43155/05, 30. november 2011, kakor tudi *Gobec proti Sloveniji*, št. 7233/04, 3. oktober 2013, pa je Sodišče ugotovilo, da ni česa očitati delovanju slovenskih oblasti in da 8. člen ni bil kršen. Zadevo *Golob proti Sloveniji*, št. 42158/06, 14. junij 2011, je razglasilo za nedopustno.

Posebej velja omeniti zadevo *Furman proti Sloveniji in Avstriji*, št. 16608/09, 5. februar 2015, ki je odprla vprašanja uporabe uredbe Bruselj IIbis ter Haaške konvencije o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok. Pritožnikova zunajzakonska partnerica se je s hčerko na skrivaj preselila v Gradec in pritožnik s hčerko ni mogel imeti stikov navkljub postopkom pred centrom za socialno delo in domačimi sodišči. Materi je bilo nemogoče vročiti odločitve o stikih. Sodišče je ugotovilo kršitev 8. člena zaradi neučinkovitosti domačih postopkov. Sam pritožnik pa ni uporabil Haaške konvencije, kar je tudi omenjeno v obrazložitvi skupaj z dejstvom, da domači organi dolgo časa niso uporabili mednarodnih mehanizmov, ki so jih imeli na voljo. Ni pa sprejelo vladnih argumentov, da domačim sodiščem

ni bilo treba uporabiti uredbe Bruselj IIbis. Ugotovilo je tudi, da so pritožbe proti Avstriji očitno neutemeljene.

V zadevi *V. proti Sloveniji*, št. 26971/07, 1. december 2011, je Sodišče obravnavalo odvzem dveh otrok in njuno oddajo v rejništvo po sprožitvi kazenskega postopka proti staršema zaradi sumljive smrti tretjega otroka. Prav tako so bili omejeni stiki pritožnikov z otrokoma. Kazensko sodišče je oba pritožnika spoznalo za kriva zaradi povzročitve smrti iz malomarnosti in pritožnico zaradi povzročitve hudih telesnih poškodb tretjemu otroku. Ob upoštevanju začetnih razlogov za omejevanje stikov pritožnikov z otrokoma ter ukrepov domačih organov za olajšanja stikov in morebitne združitve družine je Sodišče ugotovilo, da do kršitve 8. člena ni prišlo.

V zadevi *X. proti Sloveniji*, št. 40245/10, 28. junij 2012, je Sodišče obravnavalo odvzem dveh otrok in njuno namestitev v rejniško družino zaradi kazenskega postopka proti pritožniku in njegovi ženi, ki sta bila obtožena zanemarjanja in zlorabe otrok. Prav tako so bile stiki med otroki in starši začasno prepovedani ter vložen predlog za odvzem roditeljske pravice staršema. Sodišče je ugotovilo, da je 8. člen kršen, predvsem zaradi zamud v postopkih in nekaterih pomanjkljivosti.

V zadevi *L. M. proti Sloveniji*, št. 32863/05, 12. junij 2014, je Sodišče obravnavalo prisilno pridržanje v psihiatrični bolnišnici v Idriji in Ljubljani. Po 5. členu Konvencije je pritožnica trdila, da ni bila obveščena o razlogih za svoje pridržanje in da ni imela na voljo učinkovitega pravnega sredstva v zvezi z obema obdobjema pridržanja ter nikakršne možnosti za pridobitev odškodnine zaradi nezakonitega odvzema prostosti. Po 8. členu Konvencije se je pritoževala, da so prisilno jemanje zdravil in drugi terapevtski postopki prerasli v grdo ravnanje ali pomenili vsaj poseg v njeno telesno in moralno celovitost, ki jo Konvencija varuje. Sodišče je ugotovilo kršitev 5. člena glede prisilnega pridržanja pritožnice v zaprtih oddelkih psihiatričnih bolnišnic v Idriji in Ljubljani ter v odprtem oddelku Psihiatrične bolnišnice Ljubljana. Prav tako je bil kršen 8. člen, saj je tedanja domača zakonodaja vsebovala zelo malo pravil, ki bi posebej urejala medicinsko obravnavo ljudi s težavami v duševnem zdravju. Pritožnici ni bilo omogočeno ustrezno pravno varstvo proti arbitrarnemu posegu v njeno telesno in moralno celovitost. Na voljo ni imela nobene učinkovite postopkovne možnosti, sodne ali drugačne, da bi vplivala na potek svojega zdravljenja ali da bi to zdravljenje proučil neodvisni organ.

V zadevi *Y. proti Sloveniji*, št. 41107/10, 28. maj 2015, je Sodišče obravnavalo tožbo pritožnice Y., ki je bila rojena v Ukrajini, glede poteka kazenskega postopka proti družinskemu prijatelju. Obtožila ga je, da jo je večkrat spolno napadel. Pritoževala se je, da je postopek trajal predolgo, in sicer sedem let od vložitve prijave do prvostopenjske sodbe. Trdila je tudi, da ji je bila med kazenskim postopkom kršena osebna integriteta in da je bila to zanjo travmatična izkušnja, ker jo je med sojenjem zasliševal sam obtoženec.

Mati tožnice je vložila prijavo proti družinskemu prijatelju in ga obtožila, da je njeno hčer, ki je bila takrat stara 14 let, prisilil v spolne odnose. Družinski prijatelj, ki je bil takrat star 55 let, je vse obtožbe zanikal. Pristojni so med preiskavo in sojenjem zaslišali Y., njenega domnevnega napadalca in vrsto prič ter določili izvedence, ki naj bi razjasnili nasprotujoča si pričanja. Dve ginekološki izvedenski mnenji nista ne potrdili ne zanikali obtožb tožnice, preostala dva izvedenca pa sta prav tako prišla do nasprotujočih si sklepov. Slovenska sodišča so domnevnega napadalca

oprostila. Sodišče je ugotovilo kršitev 3. člena,[5] ker oblasti niso zagotovile hitre preiskave in pregona, ter 8. člena, sklicujoč se na mednarodnopravne standarde o položaju žrtev v kazenskih postopkih, ker oblasti niso zaščitile osebne integritete tožnice med kazenskim postopkom.

10 10. ČLEN – SVOBODA IZRAŽANJA

Sodišče je doslej obravnavalo nekaj zadev s področja svobode izražanja. V tovrstnih zadevah gre najpogosteje za kolizijo svobode izražanja s pravico do zasebnosti po 8. členu. Slovenija je bila do zdaj enkrat obsojena zaradi kršitve 10. člena, in sicer gre za zadevo *Mladina, d. d., proti Sloveniji*, št. 20981/10, 17. april 2014.

Domača sodišča so odločila, da mora tednik Mladina takratnemu poslancu Srečku Prijatelju, poslancu SNS-a, plačati odškodnino zaradi razžalitve časti in ugleda. Ta je v državnem zboru ob sprejemanju zakona o istospolnih partnerskih skupnostih izjavil: *»Predstavljajte si otroka v šoli, po katerega bi prišel oče, ki bi ga pozdravil: ‚Čavči. Prišel sem pote. Si že oblečen?'«* in to pospremil s kretnjami. Novinar Mladine je v komentarju med drugim poslanca Prijatelja imenoval za »*cerebralnega bankrotiranca«*. Po mnenju Sodišča domača sodišča niso v zadostni meri upoštevala konteksta, v katerem je bila dana sporna izjava, in sloga, uporabljenega v članku. Razlogi domačih sodišč niso bili zadostno utemeljeni za tak poseg v svobodo izražanja tednika Mladine in 10. člen je bil kršen.

V drugih zadevah, ko so se pritožniki med drugim sklicevali na 10. člen, pa je Sodišče iz različnih razlogov razsodilo, da so zadeve nedopustne. V primeru *ZZB NOV in ostali proti Sloveniji* (odl.), št. 53292/99, 15. maj 2003, je šlo za kolizijo »osebnostnih pravic« ZZB NOV in njenih članov s pravico do izražanja avtorja monografije Slovenija, ki je pisal o povojnih dogajanjih v Sloveniji, vključno s poboji. Domača sodišča pritožnikom niso priznala aktivne legitimacije, ESČP pa je menilo, da je bila njihova pritožba neutemeljena.

V zadevi *Hvalica proti Sloveniji* (odl.), št. 25256/05, 22. maj 2012, se je Ivo Hvalica, tedaj poslanec Državnega zbora RS, pritoževal, da ni užival imunitete pred odškodninsko odgovornostjo za svoje izjave med parlamentarno razpravo. ESČP je odločilo, da je treba pritožnikove navedbe ocenjevati z vidika tolmačenja domače zakonodaje. Glede na to, da so slovenska sodišča, vključno z Ustavnim sodiščem, odločila, da pravne podlage za poslansko imuniteto v odškodninskih sporih ni, je bila v tem delu pritožba nedopustna. Poleg tega se pritožnik doma ni pritoževal zaradi nesorazmernosti posega v njegovo svobodo izražanja.

Posebej velja omeniti zadevo *Jelševar in ostali proti Sloveniji* (odl.), št. 47318/07, 11. marec 2014, kjer je Sodišče dopolnilo svojo sodno prakso o svobodi umetniškega izražanja. Pritožnice so pred Sodiščem zatrjevale, da prikaz njihove družine in predvsem njihove matere v literarnem delu *Ko se tam gori olistajo breze* nedopustno posega v njihovo pravico do spoštovanja njihovega zasebnega in družinskega življenja. Pri koliziji 8. in 10. člena se je Sodišče oprlo na ugotovitve Ustavnega sodišča, ki so bile v skladu z načeli, ki izhajajo iz sodne prakse Sodišča.

5 Glej tudi sodbe *W. proti Sloveniji*, št. 24125/06, 23. januar 2014, *M. A. proti Sloveniji*, št. 3400/07, 15. januar 2015, in *N. D. proti Sloveniji*, št. 16605/09, 15. januar 2015.

Poudarilo je, da je bila sporna knjiga napisana ne kot biografija, temveč kot fikcija, in je zato večina bralcev ne bi razumela kot portret resničnih ljudi.

11 1. ČLEN PRVEGA PROTOKOLA – PRAVICA DO MIRNEGA UŽIVANJA PREMOŽENJA

1. člen prvega protokola ščiti pravico do mirnega uživanja svojega premoženja oziroma lastninsko pravico. Posebno poglavje v okviru tega člena so zahteve pritožnikov iz Srednje in Vzhodne Evrope za vračilo po drugi svetovni vojni zaplenjenega premoženja oziroma odškodnino zanj. Če premoženje tedaj ni bilo protipravno odvzeto, se šteje, da je lastninska pravica nekdanjih lastnikov ugasnila, njihovo upravičenje do povračila premoženja pa je odvisno od domače zakonodaje. Pri tem velja poudariti, da je dala sodna praksa državam članicam široko diskrecijsko pravico pri določitvi kroga upravičencev do povračila tako odvzetega premoženja.

V več zadevah proti Sloveniji je Sodišče obravnavalo pritožbe, kjer je domača zakonodaja določeno kategorijo pritožnikov izključila iz kroga upravičencev. Med te štejejo *Bugarski in Von Vuchetich proti Sloveniji* (odl.), št. 44142/98, 3. julij 2001, *Nadbiskupija Zagrebačka proti Sloveniji* (odl.), št. 60376/00, 27. maj 2004, in *Smiljanić proti Sloveniji* (odl.), št. 481/04, 2. junij 2009, ki so bile vse razglašene za nedopustne. Na podlagi teh precedensov proti Sloveniji, ki so sledili ustaljeni sodni praksi, je sodnik posameznik večje število tovrstnih pritožb razglasil za nedopustne.

Sodišče je večkrat ugotovilo, da je prišlo do kršitve zaradi prekomernega trajanja domačih denacionalizacijskih postopkov. To je odločilo tudi v zadevi *Krisper proti Sloveniji*, št. 47825/99, 23. marec 2006, ter *Sirc proti Sloveniji*, št. 44580/98, 8. april 2008, v katerih pritožbe po 1. členu niso bile dopustne. V več zadevah leta 2008 pa je ugotovilo, da je pritožba po 1. členu prvega protokola preuranjena, kot npr. v *Knez in ostali*, št. 48782/99, 21. februar 2008, ter *Attems in ostali* (odl.) št. 48374/99, 4. januar 2008, ker so tedaj postopki še potekali pred sodišči nižje stopnje.

V zadevi *Oklešen in Pokopališko-pogrebne storitve Leopold Oklešen, s. p., proti Sloveniji*, št. 35264/04, 30. november 2010, se je pritožnik pritoževal, da mu je bilo s sprejetjem občinskega odloka onemogočeno opravljanje pogrebne dejavnosti, kar je uspešno počel več let. Sodišče je ugotovilo, da do kršitve ni prišlo, saj je pritožnik vseskozi vedel, da je bilo izvajanje njegovih storitev prehodne narave, dokler ni bila sprejeta ustrezna ureditev, ter da je po domači zakonodaji izvajanje pogrebnih dejavnosti spadalo na javno področje.

V zadevi *Berger-Krall in ostali proti Sloveniji*, št. 14717/04, 12. junij 2014, je Sodišče obravnavalo skupinsko pritožbo imetnikov stanovanjske pravice na stanovanjih, ki so bila pozneje v postopku denacionalizacije vrnjena denacionalizacijskim upravičencem. Zatrjevane kršitve 1. člena Prvega protokola naj bi nastale kot posledica pravne ureditve njihovega položaja po Stanovanjskem zakonu ter Zakonu o denacionalizaciji, in sicer zaradi izgube stanovanjske pravice, domnevne diskriminacije, prepovedane s 14. členom Konvencije v povezavi s 1. členom Prvega protokola, pri odkupu stanovanj v razmerju do preostalih imetnikov

stanovanjske pravice, katerih stanovanja niso bila predmet denacionalizacije (razveljavitev sekundarnih načinov privatizacije s strani ustavnega sodišča), pa tudi zaradi najemnin, ki naj bi naraščale in na trgu dosegale raven tržnih najemnin, kar naj bi ogrožalo njihov socialni položaj, s tem pa tudi pravico do doma po 8. členu. Navajali so tudi nemožnost sodelovanja v postopku denacionalizacije (dostop do sodišča po 6. členu Konvencije). Nekateri pritožniki so se pritoževali tudi zaradi posebnih vidikov njihovega položaja ali odločitev domačih sodišč.

Sodišče je presodilo, da zakonodajna izbira in poseg v pritožnikove pravice nista bila nesorazmerna, saj so imeli možnost skleniti najemno pogodbo za nedoločen čas, jo prenesti na zakonca ali osebo, s katero so živeli v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti, in za stanovanje plačevati netržno najemnino. Ta ureditev presega običajne pravice najemnikov. Poleg tega so imeli nekaj let možnost odkupiti nadomestno stanovanje od občin po zelo ugodnih finančnih pogojih v okviru tako imenovanega tretjega modela nadomestne privatizacije, ki je ni izrabil nihče od njih. Notranji pravni red je poleg tretjega modela predvideval tudi nekaj drugih ukrepov za varovanje ranljivih najemnikov. Tudi preostalim argumentom pritožnikov Sodišče ni prisluhnilo in je menilo, da so bili domače rešitve ustrezne. Konvencija in njeni protokoli niso bili kršeni.

12 SKLEP

V dobrih dvajsetih letih se je slika zadev proti Sloveniji, ki so odprte pred Sodiščem, občutno spremenila. Velike skupine zadev, ki so bile posledica razglasitve neodvisnosti Republike Slovenije in razpada nekdanje skupne države Jugoslavije, so v Strasbourgu dobile epilog in so v zaključnih fazah obravnavanja. Zamrznjene hranilne vloge Ljubljanske banke in vprašanje »izbrisanih« prebivalcev pa še vedno pomenijo številčno največji del odprtih zadev proti Sloveniji.

Podobno velja, prav tako zahvaljujoč odzivu domačih oblasti, za veliko skupino zadev, katerih skupna točka je prekomerno trajanje domačih postopkov, čeprav Sodišče tu in tam še vedno obravnava kakšen nov vidik tega problema. Posebej velja omeniti problem dolgotrajnosti domačih postopkov v povezavi s kršitvami 3. in 8. člena Konvencije, kjer je poudarek na pozitivnih obveznostih države, da ustrezno organizira domače postopke.

V preteklih letih je bilo čedalje več zadev, kjer so bili obravnavani novi vidiki kršitev pravic, ki jih varujejo Konvencija in njeni protokoli, včasih tudi sistemske narave. Nekaterih členov pa v zadevah proti Sloveniji Sodišče do zdaj sploh še ni obravnavalo. Spodbudno je dejstvo, da med pritožbami, ki trenutno prihajajo iz Slovenije v Strasbourg, ni zaznati novih sistemskih problemov.

Upati je, da se bo – poleg dialoga med Sodiščem in domačimi oblastmi – prek izdanih sodb nadaljeval in poglobil trend uporabe strasbourške sodne prakse pri reševanju problemov v začetnih fazah doma, posebej glede novih tematik in vprašanj, o katerih je Sodišče že odločalo. Dodati velja, da ESČP išče navdih za reševanje novih vprašanj, s katerimi se ukvarja, tudi s primerjalnopravno analizo sodb, ki so jih izdala sodišča v državah članicah, torej proces izmenjave stališč poteka tudi v obratni smeri.

NEKATERE NAJNOVEJŠE ODLOČBE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Vladimir Horvat
vrhovni sodnik
vodja Evidenčnega oddelka
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

V prispevku predstavljene odločbe Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju besedila: ESČP) zajemajo obdobje od marca 2015 do marca 2016. Gre za razmeroma kratko obdobje, vendar pa glede na sprejeta stališča ESČP zelo pomembno tako za judikaturo samega sodišča kot tudi za »signale« ter seveda pravne in tudi moralno-etične standarde, ki jih najvišja evropska sodna institucija na področju človekovih pravic, varovanih na podlagi Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju besedila: EKČP),[1] skozi svoje odločbe naslavlja na domače pravosodne sisteme in seveda na celotno javnost. Tovrsten prikaz ima sicer omejeno vrednost in zožen obseg. Prikazane so le nekatere najpomembnejše odločbe, pri čemer izbor večinoma vendarle sledi tudi izboru samega sodišča oziroma njegovega juriskonzulovega direktorata,[2] delno pa (predvsem pri odločbah iz leta 2016) avtorjevi izbiri. Ta temelji tudi na za našo pravno javnost utilitarističnem izhodišču – na aktualnosti ali pa morebitni bodoči aktualnosti glede na nekatere pojavne oblike sodnih in drugih sporov ter postopkov pri nas. Pristop ESČP je kazuističen ter praviloma zahteva upoštevanje vseh okoliščin konkretnega primera in poznavanje celotnega judikata.[3] Tak pristop sicer skozi konkretno vselej kaže tudi na abstraktno, saj proseva načela, doktrine, pravila, splošna stališča in abstraktne zaključke, ki jih je ESČP v odločbi sprejelo prvič ali pa le ponovilo že v svoji ustaljeni sodni praksi sprejeta stališča.

Za požrtvovalno in nesebično strokovno pomoč pri pripravi članka se zahvaljujem gospe Ani Vilfan Vospernik, pravni svetovalki, z oddelka Juriskonzul (Pravni svetovalec), Evropsko sodišče za človekove pravice.

1 Uradni list RS – Medn. pog., št. 7/94. Op.: Le angleško in francosko besedilo Konvencije sta verodostojni.

2 Overview of the Courts case-law in 2015, Annual Report 2015; objavljeno na www.echr.coe.int/Documents/Short_Survey_2015_ENG.pdf.
Glej tudi pregledno navedbo imen odločb (po členih EKČP in/oz. državah toženkah): List of cases selected for publication in Reports of Judgement and Decisions 2015; objavljeno na http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw.

3 Galič, A. Pravica do sodnega varstva v novejši praksi Evropskega sodišča za človekove pravice. *Pravosodni bilten*, 2013, št. 4, str. 83.

1 PREGLED ODLOČB ESČP PO PODROČJIH VARSTVA ČLOVEKOVIH PRAVIC[4]

1.1 Odločbe s področja varstva življenja (2. člen EKČP – pravica do življenja)[5]

Sodno prakso ESČP sta v navedenem obdobju na tem področju nedvomno zaznamovali odločitvi v zadevah *Lambert in drugi proti Franciji* [6] in *Nicklinson in Lamb proti Združenemu kraljestvu*[7]. V obeh primerih je ESČP široko uporabilo načelo vsebinske subsidiarnosti (pravilo četrte instance in pravilo polja proste presoje pri razlagi EKČP)[8] v okviru nacionalnih zakonodajnih ureditev, ki se nanašata na vprašanje dopustnosti oziroma nedopustnosti evtanazije. Primera sta zanimiva tudi v primerjalnem pogledu, saj Francija dopušča evtanazijo, Velika Britanija pa ne. Zaradi več pomembnih vprašanj tako »procesne kot tudi materialnopravne narave« jima je treba tudi v tem prispevku posvetiti nekaj več pozornosti oziroma ju natančneje predstaviti.

V zadevi ***Lambert proti Franciji*** je bila obravnavana problematika prekinitve umetnega hranjenja pacienta, umetno vzdrževanega pri življenju. Pritožba pritožnikov, ki so starši, polbrat in sestra Vincenta Lamberta, je bila razglašena

4 Vse odločbe so v celoti objavljene v bazi HUDOC v angleškem ali francoskem jeziku na http://hudoc.echr.coe.int/.
V skrajšanih povzetkih so objavljene v angleškem ali francoskem jeziku po posameznih mesecih v Information notes oz. Notes d'information, na http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN.....ENG.pdf in http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN.....FRA.pdf.
V tem prispevku gre za samostojne prevode povzetkov odločb in najpomembnejših delov izvirnih odločb iz angleškega in francoskega jezika v slovenski jezik, ki sta jih opravila avtor in okrajna sodnica Tamara Igličar, ki je dodeljena na Evidenčni oddelek Vrhovnega sodišča Republike Slovenije.

5 Določba 2. člena EKČP se glasi: »1. Pravica vsakogar do življenja je zavarovana z zakonom. Nikomur ne sme biti življenje odvzeto, razen ob izvršitvi sodbe, s katero je sodišče koga spoznalo za krivega za kaznivo dejanje, za katero je z zakonom predpisana smrtna kazen. 2. Kot kršitev tega člena se ne šteje odvzem življenja, če je posledica uporabe nujno potrebne sile: a) pri obrambi katere koli osebe pred nezakonitim nasiljem, b) pri zakonitem odvzemu prostosti ali pri preprečitvi bega osebi, ki je zakonito priprta, c) pri zakonitem dejanju, ki ima namen zadušiti izgrede ali vstajo.«

6 Št. 46043/14 z dne 5. 6. 2015.

7 Št. 2478/15 in 1787/15, z dne 23. 6. 2015.

8 Vsebinsko subsidiarnost predstavljata: a) pravilo četrte instance in b) doktrina polja proste presoje. Pravilo četrte instance pomeni, da ima ESČP samo omejene pristojnosti, in sicer preveri, ali je bil nacionalni zakon pravilno uporabljen oziroma razlagan. Njegova vloga ni nadomestiti vloge nacionalnega sodišča, temveč zgolj zagotoviti, da te odločitve niso arbitrarne oziroma očitno nerazumne. ESČP zato ne presoja, ali so podane napake dejanskega ali pravnega značaja, razen ko gre za kršitev pravic in svoboščin, zagotovljenih z EKČP. Doktrina polja proste presoje izhaja iz stališča, da imajo nacionalna sodišča boljši položaj kot ESČP pri ugotavljanju nujnosti in proporcionalnosti sredstev, ki se nanašajo na pravice in svoboščine, zagotovljene z EKČP. ESČP pri odločanju o pritožbah, naslovljenih nanj, ne bo ponavljalo testa sorazmernosti, če je bil ta ustrezno opravljen pred domačimi sodišči v skladu s kriteriji ESČP in EKČP, domača sodišča pa bodo morala upoštevati tudi ustaljeno sodno prakso ESČP. Vendar pa si ESČP pridržuje pravico do monopola na določenih področjih, na primer glede 3. člena EKČP – prepoved mučenja in nečloveškega ter ponižujočega ravnanja ali kaznovanja (povzeto v avtorjevem prevodu iz De Codt, Jean, prvi predsednik Kasacijskega sodišča Belgije. Network of the presidents of the Supreme Judicial Courts of European Unit, Dublin Conference, 26.–27. november 2015, Introductory report, Relationship of the National Courts with the European Court of human rights; *neobjavljeno)*. Glej o tem več tudi v gradivu ESČP za seminar z naslovom »Subsidiarnost: dve plati iste medalje«, ki je potekal v okviru Uvoda v začetek sodnega leta ESČP 2015, v Strasbourgu 30. januarja 2015; gradivo v angleškem in francoskem jeziku na <www.echr.coe.int/Document/Seminar background paper 2015 ENG.pdf> in <www.echr.coe.int/Document/Seminar background paper 2015 FRA.pdf> (9. 2. 2016).

za nedopustno. Ta je zaradi poškodb v prometni nesreči septembra 2008 postal tetraplegik in je v vegetativnem stanju. Je umetno hranjen in hidriran, sicer bi v kratkem času nastopila smrt. Septembra 2013 je zdravnik sprožil postopek na podlagi t. i. »Leonettijevega« zakona, ki ureja pravice bolnikov in postopek odločanja v zvezi s končanjem življenja. Posvetoval se je s šestimi zdravniki (enega od njih so izbrali pritožniki), sklical je celotno ekipo, ki je skrbela za bolnika, opravil dva posveta z družino (na katerih so bili bolnikova žena, njegovi starši ter osem bratov in sester). Na podlagi teh srečanj so se žena ter šest bratov in sestra odločili za prekinitev omenjenih ukrepov, pet od šestih zdravnikov pa je taki odločitvi nasprotovalo. Lečeči zdravnik se je posvetoval tudi z bolnikovim nečakom. 11. januarja 2014 se je zdravnik odločil, da zaključi umetno hranjenje. Državni svet *(Conseil d'etat)* je odredil zdravniško ekspertizo in jo zaupal trem priznanim nevrologom specialistom, opravil tudi poizvedbe na Nacionalni medicinski akademiji, pri Nacionalnem posvetovalnem odboru za etiko, Državnem svetu za zdravniški red in postavil Jeana Leonettija kot »amicus curiae«, predvsem glede razčiščevanja pojma »nerazumnega vztrajanja« in »umetnega vzdrževanja življenja«. Izvedenci so pacienta pregledali, devetkrat opravili vrsto preiskav, pregledali celotno zdravniško dokumentacijo, se posvetovali glede vse uporabne dokumentacije in se srečali z vsemi zainteresiranimi. 24. junija 2014 je francoski Državni svet ugotovil, da je zdravnikova odločitev zakonita.

Na podlagi zahteve pritožnikov je ESČP zadržalo izvršitev sodbe francoskega Državnega sveta za čas trajanja postopka. Zadeva je bila odstopljena Velikemu senatu ESČP. Pritožniki so izrecno poudarjali, da odločitev o prenehanju umetnega hranjenja nasprotuje dolžnostim države iz 2. člena EKČP.

ESČP je v okviru preizkusa dopustnosti najprej obravnavalo procesno vprašanje aktivne legitimacije pritožnikov in jo priznalo, pri čemer je uporabilo dva že v svoji sodni praksi uveljavljena kriterija: tveganje, da bo pravicam neposredno prizadetega odvzeto učinkovito varstvo ter neobstoj nasprotja interesov med prizadetim in pritožniki. Ugotovilo je, da so pritožniki, bližnji sorodniki, lahko kot žrtve v svojem imenu uveljavljali pravico do življenja, zavarovano z 2. členom EKČP, v zvezi z drugim kriterijem pa se je v domačem postopku ugotavljala volja g. Lamberta ter ugotovilo nasprotje interesov med izjavami pritožnikov in željo g. Lamberta. Zato pritožniki sicer niso imeli pravice vložiti pritožbe v njegovem imenu in za njegov račun na podlagi 2. člena EKČP, vendarle pa so jo lahko vložili v svojem imenu. Bližnji sorodniki so torej lahko žrtve kršitve 2. člena EKČP. Čeprav je g. Lambert še živ, bi prekinitev umetnega hranjenja povzročila smrt v kratkem času in čeprav gre za možnost kršitve v prihodnosti, se pritožniki kot bližnji sorodniki lahko sklicujejo na 2. člen EKČP. V zvezi z vprašanjem udeležbe njegove žene Rachel Lambert v postopku pred ESČP pa je sodišče poudarilo, da nobena določba EKČP ne pooblašča drugega, da nekoga zastopa pred sodiščem. V skladu s 4. členom par. 3a) Poslovnika ESČP je tretji tista oseba, »ki ni pritožnik«. Zato je ESČP zahtevo Rachel Lambert zavrglo.

Francoska zakonska ureditev sicer prepoveduje pomoč pri samomoru in razen v izjemnih, točno določenih primerih ne dovoljuje ukinitve oziroma neuvedbe zdravniških ukrepov, ki umetno vzdržujejo življenje. Zato je ESČP ugotovilo, da predmetna zadeva ne izpostavlja negativnih dolžnosti države iz 2. člena EKČP,

in je proučevalo razloge pritožnikov le na področju pozitivnih dolžnosti države. Upoštevalo je skladnost notranje zakonske ureditve in prakse z zahtevami iz 2. člena EKČP, upoštevanje želja pritožnika in njegovih bližnjih, mnenje članov medicinskega osebja ter možnost pravnega sredstva ob dvomu glede najboljše odločitve v korist bolnika. Prav tako je upoštevalo kriterije iz »Vodnika o postopku odločanja v primerih konca življenja« Sveta Evrope (v nadaljevanju besedila: Vodnik). Med državami članicami Sveta Evrope ni soglasja glede dopustitve prenehanja ukrepov za umetno ohranjanje življenja, čeprav se zdi, da jo večina članic sprejema; čeprav so načini različni, povsod prevladuje volja bolnika, ne glede na to, kako je izražena. Zato ESČP ugotavlja priložnost za uskladitev polj proste presoje držav, ne le glede odločitve o dopustitvi ukinitve ukrepov za umetno ohranjanje življenja in glede načina izvršitve, temveč tudi glede načina, kako obdržati ravnotežje med varstvom pravice do življenja bolnika ter pravice do spoštovanja njegove zasebnosti in osebne avtonomije. Določbe zakona »Leonetti«, kot jih razlaga francoski Državni svet v luči 2. člena EKČP, so dovolj jasen zakonodajni okvir za začrtanje natančnega načina odločitve zdravnikov in določajo kriterije za odločanje. Država je zato sprejela zbir ukrepov, ki ustrezno zagotavljajo varstvo življenja bolnikov.

Čeprav je v skladu s francoskim pravom postopek imenovan kot »kolegijski« in vsebuje več faz posvetovanja (negovalne ekipe, sestavljene najmanj iz enega zunanjega zdravnika, zaupne osebe, družine in bližnjih), le lečeči zdravnik sprejme odločitev, pri čemer se mora vselej upoštevati bolnikova volja. V konkretnem primeru je odločitev obrazložena in zapisana v zdravstveni karton. Kolegijski postopek je trajal od septembra 2013 do januarja 2014 in je bil v vseh fazah skladen z zakonskimi pogoji. Medicinska odločitev, dolga trideset strani, je temeljito obrazložena. Državni svet je zaključil, da odločitev ni bila obremenjena s kakšno kršitvijo. Francosko pravo predvideva posvet z družino (ne pa tudi njene udeležbe pri samem odločanju), vendar ne predvideva mediacije v primeru nesoglasja med njenimi člani. Ne precizira, kako upoštevati mnenja članov družine, v nasprotju z ureditvami nekaterih drugih držav pogodbenic. Če med njimi ni soglasja, pravila postopka predvidevajo imenovanje osebe, ki sprejme končno odločitev glede ustavitve zdravljenja in načina sprejetja take odločitve, v okviru proste presoje države. Postopek je bil dolgotrajen in natančen, v skladu z zakonskimi pogoji in čeprav pritožniki niso soglašali z odločitvijo, postopkovna ureditev upošteva zahteve, ki izhajajo iz 2. člena EKČP. Državni svet je sprejel zadevo v popolni sestavi, kar je neobičajno za postopek, kakršen je ta. Preiskava je bila zelo poglobljena. V odločbi z dne 24. junija 2014 je Državni svet najprej ugotavljal skladnost določb Zakona o javnem zdravju z določbami 2., 6., 7. in 8. člena EKČP, nato pa še skladnost odločitve lečečega zdravnika z zakonskimi določbami. Svojo kontrolo je oprl na presojo pravilnosti kolegijskega postopka in na spoštovanje temeljev, določenih z zakonom, še zlasti je vpogledal v izvedensko poročilo. Izrecno je poudaril, da iz izvedenskega poročila izhaja, da klinično stanje g. Lamberta ustreza stanju kroničnega vegetiranja, da gre za težke in obsežne poškodbe, katerih resnost in tudi obdobje pet let in pol od nesreče kaže, da so nepopravljive, s »slabo klinično prognozo«, zaključki mnenja pa tudi sovpadajo z ugotovitvami lečečega zdravnika. Potem ko je poudaril kot »posebno pomembno« skladnost ravnanja zdravnika z voljo bolnika, se je posvetil ugotavljanju pacientovih želja. Te niso bile posledice vnaprejšnjih navodil

in jih tudi ni izrazila zaupna oseba, ugotovljene so bile s pričevanjem njegove žene. Oba sta imela kot bolničarja izkušnje z reanimacijo poškodovanih in s poškodovanci s številnimi poškodbami ter sta se pogosto sklicevala na svoje profesionalne izkušnje, pri čemer je g. Lambert ves čas poudarjal, da ne bi želel biti umetno vzdrževan pri življenju, če bi bil kdaj močno odvisen od drugih. Njegovo pričevanje, ki ga je potrdil tudi njegov brat, je Državni svet ocenil kot natančno in časovno opredeljeno. Upošteval je tudi, da je več drugih sester in bratov potrdilo, da take izpovedbe ustrezajo osebnosti, življenjski preteklosti in stališčem njihovega brata. Ugotovilo je še, da pritožniki tudi niso zatrjevali, da bi kdaj trdil nasprotno. Končno je Državni svet še poudaril, da je bil v postopku opravljen tudi predhodni posvet z družino.

Čeprav je bolnik pozneje nesposoben izraziti svojo voljo, je njegova vnaprejšnja privolitev vendar središče postopka, v katerem nastopa kot subjekt in glavni udeleženec. V omenjenem Vodniku se priporoča, da se upoštevajo vnaprej izražene želje bolnika, te pa so lahko izražene ustno družinskemu članu oziroma sorodniku. Med drugim se v določenem številu držav v primerih, ko ni vnaprejšnjih navodil bolnika ali »biološke oporoke«, njegova volja ugotavlja na različne načine (na podlagi izjave zakonitega zastopnika, družine, drugih pričevanj o osebnosti, prepričanjih pacienta itd.). V navedenih okoliščinah je Državni svet lahko ugotovil, da so bila pričevanja o tem, kakšne so bile želje g. Lamberta glede prenehanja ali nadaljnjega vzdrževanja zdravljenja, dovolj natančna.

ESČP je zaključilo, da je domače pravo skladno z zahtevami iz 2. člena EKČP, kot ga je razlagal tudi Državni svet, postopek pa je bil voden natančno. Izrazila so se lahko vsa stališča in natančno pretehtale vse razsežnosti zadeve, tako na podlagi natančnega izvedenskega mnenja kot tudi na podlagi splošnih zaključkov najvišjih medicinskih in etičnih instanc. Posledično so domače oblasti upoštevale svoje pozitivne dolžnosti iz 2. člena EKČP, ob upoštevanju meje proste presoje, kot izhajajo iz konkretne zadeve.[9]

Odločitev je lahko aktualna tudi za odločanje o tovrstni problematiki v naših sodnih postopkih. Poleg tega kaže to, da ESČP ne posega v samo »vsebinsko materijo« (npr. v smislu zlatega pravila »absolutne svetosti življenja«), temveč prvenstveno preizkuša, ali so se v domači zakonodaji in sodnem postopku upoštevala konvencijska načela, ki tudi v procesnem in materialnem pogledu omogočajo strokovno in natančno presojo dopustnosti posega v konvencijsko varovano pravico (tako tudi – ali so se upoštevale vse postopkovne določbe, ki jih določa zakon države, v primeru odločanja o prenehanju življenja neozdravljivega bolnika, »obsojenega« na kronično vegetativno stanje), ob upoštevanju načela subsidiarnosti, predvsem meja polja proste presoje, kar je pomembno tudi za odločanje v domačih sodnih postopkih, ko gre za tehtanje pravic, ki jih varuje tudi

9 V Franciji je obravnavana odločitev »razdelila« javnost. Nova odločitev zdravnice, ki zdravi g. Lamberta, še ni znana (glej o tem članek »L´impossible decision dans l´affaire Lambert« v časniku Le Mond, Week. end, sobota 25. julij 2015, str. 6). Na spletni strani istega časopisa je bilo dne 10. 3. 2016 v prispevku z naslovom »Affaire Vincent Lambert: son épouse désignée tutrice« objavljeno, da je v nadaljevanju postopka francosko sodišče določilo ženo za njegovo skrbnico. Članek dostopen na http://www.lemonde.fr/fin-de-vie/article/2016/03/10/affaire-vincent-lambert-son-épouse designée tutrice 4880123_1655257. Omenjeno vsekakor kaže, da tudi odločitev ESČP še ni upoštevana.

EKČP. Popolnoma jasno je, da je s to odločbo kategorično in ultimativno (absolutno) odgovorjeno na vprašanje – ali je treba upoštevati izraženo oziroma dokazano voljo poškodovanca oziroma bolnika.

a) V zadevi **Nicklinson in Lamb proti Združenemu kraljestvu**[10] je bilo podobno obravnavano vprašanje prepovedi pomoči pri samomoru in prostovoljni evtanaziji. Prva pritožnica je vdova pokojnega moža, ki je trpel za »locked-in sindromom« zaradi možganske kapi (pacient je pri zavesti, vendar se ne more gibati in komunicirati, ker nima nadzora nad mišicami, premika lahko le oči). Drugi pritožnik je po isti prometni nesreči ostal paraliziran, brez prognoze izboljšanja. Oba sta želela storiti samomor, vendar ga brez pomoči nista mogla izvesti. Neuspešno sta izpodbijala zakonodajno ureditev kaznivega dejanja umora, ki pomoči pri samomoru ne upošteva kot razlog za oprostitev kazenske odgovornosti. Angleško vrhovno sodišče je poudarilo, da ima to vprašanje tako poseben pomen, da bi moral o njem odločati parlament.

ESČP je odločilo, da sta pritožbi kot očitno neutemeljeni nedopustni. Poudarilo je, da določba 13. člena EKČP[11] načelno ne omogoča pravice do pravnega sredstva, ki bi posamezniku pred domačimi sodišči omogočal izpodbijati zakonodajni akt, ker naj bi bil ta v nasprotju z EKČP; vendar pa je EKČP del domačega prava in je v skladu z angleškim Human Rights Act dopustno izpodbijanje zakonodajnih aktov zaradi zatrjevanega nasprotja z 8. členom EKČP. V skladu z doktrino iz zadeve Koch proti Nemčiji[12] imajo države pogodbenice svobodo pri izbiri, katera veja oblasti bo tudi v zvezi z vprašanji iz 8. člena EKČP, kakršna so tudi sporna, odgovorna za oblikovanje pravne politike in zakonodajnih odločitev v okviru prostega polja presoje. Tudi v zadevi *Pretty proti Združenemu kraljestvu* (št. 2346/02 z dne 29. 4. 2002) je ESČP državi pustilo pristojnost, da pretehta verjetnost zlorab za primer, ko bi bila splošna prepoved pomoči pri samomoru omiljena in bi bile določene izjeme od splošne prepovedi. V konkretni zadevi je država vprašanje prepovedi evtanazije najprej rešila s Suicide Act iz leta 1961, ki je bil nato večkrat preizkušan v parlamentu, prepoved pa je bila v letu 2009 ponovno uzakonjena. Če bi sodiščem naložili, da morajo vsebinsko presojati tovrstne pritožbe zoper zakone, bi jih silili v vlogo, ki je ustavna ureditev ne predvideva. Zato se sodiščem ne sme odvzeti možnost, da v okviru presoje skladnosti svoje zakonodaje z EKČP, tako kot ESČP, ocenijo, da gre za odločitev, ki je glede na svoje etične, filozofske in socialne razsežnosti zadeve v pristojnosti parlamenta. V konkretnem primeru se z upoštevanjem in navajanjem stališč parlamenta domače sodišče ni izognilo dolžnosti tehtanja omenjene prepovedi. ESČP poudarja tudi pomen okoliščine, da med državami članicami ni soglasja o vprašanju dopustnosti evtanazije ter da je bila tudi presoja angleškega zakonodajalca o tem tehtna in sorazmerna.

10 Št. 2478/15 in 1787/15 z dne 23. 6. 2015.

11 Določba 13. člena EKČP o pravici do učinkovitega pravnega sredstva se glasi: »Vsakdo, čigar pravice in svoboščine, ki jih priznava ta Konvencija, so kršene, ima pravico do učinkovitih pravnih sredstev pred domačimi oblastmi, in to tudi, če je kršitev storila uradna oseba pri opravljanju uradne dolžnosti.«

12 V zadevi *Koch proti Nemčiji* (št. 497/09 z dne 17. 12. 2012) je ESČP tudi izpostavilo izoblikovane kriterije v zvezi z aktivno legitimacijo bližnjih sorodnikov za pritožbo v primeru, ko gre za žrtev, umrlo med postopkom.

Po mojem mnenju je ESČP do pritožbe drugega pritožnika zavzelo procesno strogo stališče. Ker je pred vrhovnim sodiščem izpodbijal le še prepoved pomoči pri samomoru, ne pa tudi več pravne praznine glede določitve sodnega postopka, ki bi urejal in utemeljeval prostovoljno evtanazijo v določenih primerih, njegova pritožba zaradi neizčrpanosti domačih sredstev ni bila dopuščena.

O medicinskopravnih pogledih na konec življenja s tujo pomočjo se je sicer ESČP že ukvarjalo na podoben način kot v obravnavanih primerih.[13]

1.2 Odločbe s področja pravosodja

(1. člen EKČP – obveznost spoštovanja človekovih pravic – jurisdikcija/ pristojnost države;[14]
Protokol št. 1 k EKČP, 1. člen – pravica do premoženja;[15]
6. člen EKČP – pravica do dostopa do sodišča oziroma pravica do poštenega postopka;[16]
8. člen EKČP – pravica do spoštovanja osebnega in družinskega življenja;[17]
13. člen EKČP – pravica do učinkovitega pravnega sredstva;
41. člen EKČP – pravično zadoščenje)[18]

13 V zadevi *Haas proti Švici* (št. 31322/07 z dne 20. 1. 2011) je ESČP odločalo o pravici bolnikov do pomoči pri samomoru. G. Haas, ki je več kot dvajset let trpel za bipolarno motnjo, se je pritoževal, da ni mogel brez recepta nabaviti smrtonosne substance. ESČP je odločilo, da je zahteva po zdravniškem receptu utemeljena, in ni ugotovilo kršitve 8. člena EKČP. Ugotovilo je, da med državami članicami Sveta Evrope ni konsenza o pravici posameznika, da odloči, kdaj in kako bo umrl. Čeprav je zdravniška pomoč pri samomoru v določenem številu držav dekriminalizirana, daje večina držav večjo težo zaščiti posameznikovega življenja in ne končanju življenja. Države imajo na tem področju torej široko polje proste presoje. (Povzeto iz neobjavljenega gradiva za predavanje Ane Vilfan Vospernik »Partnerstvo med Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP) in domačimi sodišči pri izvajanju Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)«, ki ga je avtorica imela dne 22. 5. 2015 na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije.)

14 Določba 1. člena EKČP o obveznosti spoštovanja človekovih pravic se glasi: »Visoke pogodbene stranke priznavajo vsakomur, ki sodi v njihovo pristojnost, pravice in svoboščine, opredeljene v prvem delu te Konvencije.«.

15 Določba prvega odstavka 1. člena protokola k EKČP o varstvu premoženja se glasi: »Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do mirnega uživanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti premoženje odvzeto, razen če je to v javnem interesu, v skladu s pogoji, ki jih določa zakon ter ob spoštovanju načel mednarodnega prava.«

16 Določba prvega odstavka 6. člena EKČP o pravici do poštenega sojenja se glasi: »Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnikoli kazenski obtožbi zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče. Sodba mora biti izrečena javno, toda tisk in javnost sta lahko izločena iz sojenja deloma ali v celoti v interesu morale, javnega reda ali državne varnosti, če to v demokratični družbi zahtevajo koristi mladoletnikov ali varovanje zasebnega življenja strank, ali pa v nujno potrebnem obsegu, kadar je to po mnenju sodišča nujno potrebno zaradi posebnih okoliščin, če bi javnost sojenja škodovala interesom pravičnosti.«

17 Določba 8. člena EKČP o pravici do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja se glasi: »1. Vsakdo ima pravico do spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja doma in dopisovanja. 2. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali kaznivo dejanje, da se zavaruje zdravje ali morala, ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.«

18 Določba 41. člena EKČP o pravičnem zadoščenju se glasi: »Če sodišče ugotovi, da je prišlo do kršitve Konvencije ali njenih Protokolov, in če notranje pravo Visoke pogodbene stranke dovoljuje le delno zadoščenje, Sodišče oškodovani stranki, če je potrebno, nakloni pravično zadoščenje.«

V primerih **Sargsyan proti Azerbajdžanu**[19] in **Chiragov in drugi proti Armeniji**[20] je ESČP presojalo tudi dopustnost pritožb v zvezi z jurisdikcijo obeh toženih držav na spornih ozemljih razpadle države, nepomembnost teka mirovnih pogajanj, varnostnih tveganj in stanja premirja na spornem območju za varstvo konvencijskih pravic posameznikov. V prvo navedeni zadevi gre sploh za prvi primer, v katerem je ESČP odločalo o pritožbi zoper državo, ki je zaradi vojne in okupacije sicer izgubila kontrolo nad delom ozemlja, vendar pa je bila sočasno odgovorna zagotoviti pravico do lastnine osebam na območju, ki je ostalo pod njeno kontrolo. Pritožniki so azerbajdžanski Kurdi, ki so živeli na območju Lachin v Azerbajdžanu. Leta 1992 so morali zaradi vojnih razmer med Azerbajdžanom in Armenijo na območju Gorskega Karabaha zapustiti svoje imetje in domove ter se do danes zaradi armenske okupacije območja niso mogli vrniti. V drugo navedeni zadevi so pritožnik in njegova družina Armenci, ki so živeli v vasi Gulistan, v regiji Shahumyan v bivši SSR Azerbajdžan, kjer so imeli hišo in zemljišče. Družina je pred vojnim spopadom med državama na območju Gorskega Karabaha zbežala leta 1992; od takrat se niso mogli vrniti in živijo kot begunci v Armeniji. V obeh primerih je ESČP ugotovilo kontinuirano kršitev pravic iz 1. člena Prvega protokola k EKČP, 8. in 13. člena EKČP, odločanje o denarnem zadoščenju iz 41. člena EKČP pa je pridržalo. Ugotovilo je, da imata toženi državi jurisdikcijo nad vasmi pritožnikov, čeprav v obeh primerih ležita na spornem ozemlju. Čeprav v prvem primeru država zaradi varnostnih razlogov (ozemlje je minirano) utemeljeno ne dovoli dostopa do vasi oziroma v drugem primeru še potekajo mirovna pogajanja, bi državi morali zagotoviti druge mehanizme, ki bi pritožnikom zagotovili pravice do lastnine, dokler dostop ne bo varen, enako kot drugim državljanom.

ESČP se je v nekaj zadevah ukvarjalo tudi z vprašanjem poštenega postopka glede procesnih predpostavk za uvedbo civilnih sodnih postopkov. V zadevi **Momčilović proti Hrvaški**[21] ni ugotovilo kršitve v zvezi z izpostavljenim vprašanjem obligatornosti predpravdnega poravnalnega postopka, ko so pritožniki vložili odškodninsko tožbo, vendar pa sta jim Zakon o pravdnem postopku in Zakon o služenju v oboroženih silah Republike Hrvaške preprečevala direktno vložitev civilnopravne tožbe pred izčrpanjem posebnega postopka (tožba je bila dopustna šele po zavrnitvi poravnave oziroma po izteku roka treh mesecev od vložitve zahteve za sklenitev poravnave pri pristojnem pravobranilstvu). Zavzelo je stališče, da omenjena procesna predpostavka za dovoljenost tožbe ne pomeni nedovoljene ovire za dostop do sodišča.[22] V zadevi **Renard in drugi proti Franciji**[23] je bila izpostavljena problematika obligatornosti predhodnega ustavnopravnega odločanja. Pritožniki so kot udeleženci v postopku na Kasacijsko sodišče vložili vprašanje za predhodno ustavnopravno odločanje, ki je zavrnilo predlog in vprašanja ni poslalo Ustavnemu svetu. ESČP je odločilo, da je pritožba nedopustna, in poudarilo, da postopek naslovitve vprašanja za predhodno odločanje po ustavni reformi v letu 2008 omogoča v primeru spora pred rednim sodstvom presojo skladnosti zakonske določbe z ustavo. Kasacijsko sodišče in

19 Št. 40167/06 z dne 16. 6. 2015.
20 Št. 13216/05 z dne 16. 6. 2015.
21 Št. 11239/11 z dne 26. 6. 2015.
22 Iz načelnega pravnega mnenja občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije z dne 16. 6. 1998 (glej Pravna mnenja VSRS 1/98, str. 20) izhaja, da predhodni predlog državnemu pravobranilstvu, da se sporno razmerje reši pred uvedbo pravdnega ali drugega postopka (14. člen ZDPra), v postopkih pred sodišči ni procesna predpostavka za vložitev tožbe. Zato se opisana problematika pri nas ne bi smela pojaviti.
23 Št. 3569/12 z dne 25. 8. 2015.

Državni svet pa vprašanja nista dolžna poslati Ustavnemu svetu, zlasti če ocenita, da ne gre za novo zakonsko določbo in ta nima pomembnega značaja. Notranje pravo jima omogoča določeno polje presoje glede dostopa do ustavnega sodišča. ESČP je tako tudi v omenjenih odločbah državama dopustilo široko polje proste presoje.

V zadevi **Benmouna in drugi proti Franciji**[24] je obravnavalo problematiko iz prvega odstavka 35. člena EKČP (izčrpanje domačih pravnih sredstev), in sicer opustitev vložitve odškodninske tožbe pritožnikov za ugotovitev odgovornosti države zaradi samomora v času policijskega pridržanja. Pritožniki niso izkoristili tožbe, kot jo predvideva člen L 141-1 Zakona o organizaciji sodstva (C.O.J.), na podlagi katerega bi se lahko po sodni poti ugotovila odgovornost države zaradi nepravilnega ravnanja sodne službe, prav tako bi lahko zahtevali odškodnino za škodo, nastalo žrtvi in bližnjim, iz naslova posredne škode; v prejšnjih zadevah (npr. *Saoud proti Franciji*, št. 9375/02, z dne 9. 10. 2007) je ESČP že ugotovilo, da take pritožbe v podobnih okoliščinah, kot so predmetne, niso bile dovolj utemeljene v smislu navedene določbe EKČP. Čeprav so bili pritožniki stranke v kazenskem postopku, jih to ne razbremenjuje obveznosti vložiti tožbo za ugotovitev odgovornosti države zaradi napačnega ravnanja sodne službe v postopku, ki ponuja prožnejšo ureditev kot zahtevek v kazenskem postopku in v posledici tudi večje možnosti za uspeh; ugotovitev kaznivega dejanja v kazenskem postopku pa prav tako omogoča večji uspeh v civilnem postopku.

Menim, da je ta odločba lahko pomembna tudi za naše adhezijske postopke, ki glede odškodninskih zahtevkov, ki ne bi bili priznani že v takih postopkih, torej ne bi predstavljali izčrpanja domačih pravnih sredstev v smislu 35. člena EKČP.

V zadevi **Mitrinovski proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji**[25] je ESČP obravnavalo problematiko nepristranskosti sodnika zaradi sodelovanja v predhodnem postopku. Kot član Sodnega sveta, ki je pritožnika krivdno razrešil sodniške funkcije, je po uradni dolžnosti sodeloval tudi predsednik Vrhovnega sodišča, ki je sodeloval kot tožilec tudi v predhodnem postopku pred *ad hoc* komisijo, ki je ugotavljala obstoj kršitev, očitanih pritožniku. ESČP ugotavlja, da je udeležba predsednika Vrhovnega sodišča (čeprav le enega od 15 članov Sodnega sveta) škodila subjektivni in objektivni nepristranskosti. Zato je bila ugotovljena kršitev na podlagi 6. člena EKČP. V sodbah 48783/07 (**Gerovska Popčevska proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji**) ter 56381/09 in 58738/09 (**Jakšovski in Trifunovski proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji)**, vse z dne 7. 1. 2016, je ESČP podobno obravnavalo pravico do neodvisnega in nepristranskega sodišča iz 6. člena EKČP v zvezi s prenehanjem sodniškega mandata ter v vseh treh primerih prav tako ugotovilo kršitev konvencijske pravice do poštenega postopka (problem je bila personalna sestava organa, ki je na koncu odločal o prenehanju funkcije).

Zanimivo problematiko nepristranskosti sodnika zaradi članstva v politični stranki je ESČP načelo v zadevi **Otegi Mondragon proti Španiji**.[26] Leta 2011 so bili pritožniki zaradi članstva v teroristični skupini ETA obsojeni na zaporne kazni. Sodbo so neuspešno izpodbijali na vrhovnem in ustavnem sodišču. Nekaj pritožnikov je

24 Št. 51097/13 z dne 8. 10. 2015.
25 Št. 6899/12 z dne 30. 4. 2015.
26 Št. 4184/15 z dne 15. 3. 2015.

opozorilo na pristranskost enega od ustavnih sodnikov, ki naj bi bil zainteresiran za izid postopka, saj je bil nekdaj član vodilne politične stranke (Partido Popular). Predlagano izločitev je ustavno sodišče zavrnilo, ker sodnik ni več član stranke. ESČP je odločilo, da je pritožba nedopustna, in navedlo naslednje nosilne razloge: v zadevi ni bilo dvoma o morebitni subjektivni pristranskosti sodnika. Po objektivnem kriteriju je bilo treba presoditi, ali pretekla pripadnost ustavnega sodnika politični stranki lahko omaje vtis nepristranskosti. Sodnik je bil član stranke med letoma 2001 in 2011, ustavna pritožba pa je bila vložena leta 2012. Med članstvom v stranki in ustavno pritožbo ni bilo nobene povezave. V skladu z nacionalno zakonodajo strankarska pripadnost sama po sebi ne pomeni nezdružljivosti s položajem ustavnega sodnika. Sodnik tudi ni bil strankin funkcionar, ni bil udeležen v kakšni strankini aktivnosti, ki bi zadevala ravnanja pritožnikov. Zato dvom pritožnikov o sodnikovi nepristranskosti le na podlagi njegove pretekle pripadnosti politični stranki objektivno ni utemeljen.

V zadevi **Tsanova in Gecheva proti Bolgariji**[27] je bila predmet presoje pravica do imenovanja na javno funkcijo. Pritožnica je sodnica na sodišču v Sofiji ter nekdanja podpredsednica in začasna predsednica sodišča. Prijavila se je na razpis za mesto predsednika sodišča. Vrhovni sodni svet (CSM) je izbral drugo kandidatko. Kandidatura in imenovanje druge kandidatke, ki je bila javnosti predstavljena kot tesna prijateljica ministra za notranje zadeve, sta bili predmet medijske razprave ter izpostavljeni kritikam številnih novinarjev in javnih osebnosti. Pritožnica je izpodbijala odločitev CSM pred Vrhovnim upravnim sodiščem, kjer je bila njena pritožba zavrnjena.

ESČP je odločilo, da je pritožba nedopustna, in poudarilo, da niti določba 6. člena niti kakšna druga določba EKČP oziroma njenih Protokolov ne zagotavlja pravice do imenovanja oziroma do zasedbe službenega mesta, ki predstavlja javno funkcijo. V podobnih zadevah je ESČP že izreklo, da se lahko pravica v postopku izbire in imenovanja ter prav tako do enakega dostopa do zaposlitve in javne funkcije v notranjem pravu prizna, če so domače oblasti pretehtale predložene dokaze. Naloga ESČP je le, da preveri, ali je pritožnik imel dostop do sodišča, ki ustreza 6. členu EKČP, oziroma v konkretnem primeru, ali je Vrhovno upravno sodišče opravilo dovolj širok preizkus. ESČP ni bilo pristojno preizkušati vseh razsežnosti odločbe CSM, tudi ne, kdo je bil najboljši kandidat za razpisano mesto, in ne bi smelo, razen ob zlorabi pooblastil, vrniti odločitve o izbiri v ponovno presojo ali celo samo nadomestiti presojo s tisto, za katero se je opredelil CSM. Treba je zagotoviti avtonomijo odločanja sodne veje oblasti, zlasti še v zadevah imenovanj in disciplinskih obravnavanj sodnikov, v luči zagotavljanja neodvisnosti sodstva. Odločitev CSM je bila sicer sprejeta v izbirnem postopku, ki je izkazoval določeno število procesnih zagotovil za transparenten in pravičen postopek (objava razpisa, list kandidatov in odpravkov sklepov CSM ter tudi pravil poteka glasovanja; kandidati so se morali predstaviti komisiji in so imeli možnost oblikovati ugovore zoper zaključke komisije; bili so zaslišani, predstavili so svoje kandidature in odgovarjali na vprašanja članov Sveta). Vrhovno upravno sodišče je preizkusilo, ali so se upoštevala ta pravila, po uradni dolžnosti in tudi na podlagi dokazov, ki so jih predložile stranke, ter odgovorilo na glavne argumente pritožnice, ki sicer ni

27 Št. 43800/12 z dne 15. 9. 2015.

predložila nobenega dokaza o povezavi druge kandidatke z ministrom za notranje zadeve in o njegovem vplivanju oziroma vmešavanju v postopek imenovanja. Trditve o netransparentnosti in vmešavanju politične oblasti v postopek imenovanja ter tudi kritike mednarodnih organizacij so seveda skrb vzbujajoče, vendar pa se je ESČP zavedalo pomembnosti postopka o imenovanju in napredovanju sodnikov ter vpliva na njihovo neodvisnost in dobro funkcioniranje sodstva ter se ni pristojno opredeljevati o izbiri CSM in o kritikah, ki bi sicer bile lahko upravičene.

V območje, ki zadeva problematiko pravosodja, nedvomno spada tudi razmerje med sodnikom in odvetnikom v sodnih postopkih ali v zvezi z njimi. V obravnavanem obdobju so značilne tri odločbe ESČP, obravnavane v nadaljevanju, ki so izoblikovale zelo jasne usmeritve na polju presoje svobode do izražanja odvetnikov v smislu 10. člena EKČP (pravica do izražanja)[28], ki so jih doletele sankcije zaradi kritičnih trditev in stališč v zvezi z ravnanji sodnikov.

V zadevi Morice proti Franciji[29] je bil **s**odnik Borel, dodeljen v projekt sodelovanja med Francijo in Džibutijem, najden mrtev. V preiskavi, ki jo je vodila džibutijska žandarmerija, je bilo ugotovljeno, da je šlo za samomor. Sodnikova vdova je tej ugotovitvi nasprotovala ter vložila tožbo v civilnem postopku (pravdi) in pooblastila pritožnika – odvetnika za zastopanje. Dve sodni preiskavi sta bili uvedeni proti nadrejenemu umorjenega. Preiskava je bila dodeljena preiskovalni sodnici M., ki se ji je pridružil sodnik L.L. Tožilski oddelek pritožbenega sodišča je odvzel zadevo sodnikoma M. in L.L. ter imenoval novega preiskovalnega sodnika, sodnika P., da nadaljuje sodno preiskavo. Hkrati je ugodil pritožničini zahtevi po odvzetju zadeve sodnici M. v drugi zadevi, ki je bila prav tako medijsko odmevna in se je nanašala na scientologijo. Septembra 2000 sta pritožnik in njegov kolega naslovila pismo na žandarmerijo v Sceauxu v preiskovalni zadevi v zvezi s sodnikovo smrtjo. Ministra za pravosodje sta znova obvestila, »da gre za ravnanje, ki nasprotuje načelom neodvisnosti in poštenosti sodnikov M. in L.L.,« in zahtevala, naj se uvede splošni inšpekcijski pregled sodne službe zaradi »številnih nepravilnosti, ki so prišle na dan v zadevi omenjene sodne preiskave«. Naslednjega dne je izšel v časniku Le Monde članek, v katerem je novinar navedel, da sta odvetnika sprožila postopek proti sodnici M. pred žandarmerijo. Pojasnjeno je bilo, »da je bila sodnica M. med drugim obtožena s strani pritožnika in njenega kolega, da je ravnala v nasprotju z načeli neodvisnosti in poštenosti« in da »kot se zdi, je opustila oštevilčenje dela spisa in tega dela spisa tudi ni poslala svojemu nasledniku«. Sodnika sta sprožila sodni postopek zaradi razžalitve javnega funkcionarja proti direktorju časnika Le Monde, avtorju članka in pritožniku. Pritožnik je bil obsojen za sodelovanje pri storitvi kaznivega dejanja razžalitve javnega funkcionarja ter obsojen na plačilo globe in odškodnine.

28 Določba 10. člena EKČP se glasi: »1. Vsakdo ima pravico do svobode izražanja. Ta pravica obsega svobodo mišljenja ter sprejemanja in sporočanja obvestil in idej brez vmešavanja javne oblasti in ne glede na meje. Ta člen ne preprečuje državam, da zahtevajo dovoljenje za delo radijskih, televizijskih in kinematografskih podjetij.
2. Izvrševanje teh svoboščin vključuje tudi dolžnosti in odgovornosti in je zato lahko podrejeno obličnostim in pogojem, omejitvam ali kaznim, ki jih določa zakon in ki so nujne v demokratični družbi zaradi varnosti države, njene ozemeljske celovitosti, zaradi javne varnosti, preprečevanja nereda in kaznivih dejanj, za varovanje zdravja ali morale, za varovanje ugleda ali pravic drugih ljudi, za preprečitev razkritja zaupnih informacij, ali za zavarovanje avtoritete in nepristranskosti sodstva.«

29 Št. 29369/10 z dne 23. 4. 2015.

ESČP je ugotovilo kršitev in poudarilo, da so sporne izjave zelo odmevale v medijih in spodbudile razpravo, ki je v javnem interesu, kar narekuje zvišano raven varstva svobode govora. Predstavljajo pa predvsem vrednostne sodbe, pri čemer je bila dejanska podlaga, na kateri temelji vrednostna sodba, zadostna. Ugotovljeno je bilo celo nepravilno ravnanje sodnice M. Pritožnik je odgovoril na vprašanja novinarja, ko je bil ta že seznanjen s pismom, naslovljenim na žandarmerijo, iz lastnih virov. Odvetniki ne morejo odgovarjati za vse, kar izhaja iz intervjuja, objavljenega v tisku, oziroma iz ravnanja organov tiska. Sporne izjave izvirajo iz skupnega profesionalnega delovanja dveh odvetnikov, na podlagi dejstev, ki kažejo na resno nedelovanje sodne veje oblasti; poleg tega mora odvetnik imeti možnost opozoriti javnost na morebitne nepravilnosti v sodstvu, sodna oblast pa imeti tudi korist na podlagi konstruktivne kritike. Sodnika M. in L.L. sta bila sodna uradnika, za katere so meje dovoljene kritike širše kot za navadne posameznike, in sta bila zato lahko obravnavana v spornih komentarjih; izjave tudi niso imele narave vznemirjati sodstvo. Podoben primer je tudi *July in SARL Liberation proti Franciji*, št. 20893/03, z dne 14. 2. 2008.

V zadevi **Peruzzi proti Italiji**[30] je bila odločitev ESČP drugačna, ob upoštevanju drugačnih pravno pomembnih okoliščin, med drugim je bila izpostavljena okoliščina, da sporne izjave niso bile podane v okviru zastopanja stranke. Pritožnik odvetnik je na Vrhovni sodni svet (CSM) poslal pismo, v katerem se je pritožil zaradi ravnanja sodnika X sodnega senata iz Lucquesa. O vsebini tega pisma je nato obvestil s »cirkularnim pismom« več sodnikov istega senata, ne da bi pri tem izrecno navedel ime sodnika X. V prvem delu pisma je objavil sodnikove odločitve, ki jih je ta sprejel v zapuščinskem postopku; drugi del pisma pa je vseboval opis ravnanja, ki se po njegovem mnenju ne spodobi za sodnike, pri čemer je izrecno navedel »… zavestno se zmotiti z zvijačnim namenom oziroma na podlagi velike zmote ali pa na podlagi pomanjkanja zahtevane dolžnostne skrbnosti …«. Sodnik X je vložil tožbo proti pritožniku zaradi obrekovanja. Pritožnik je bil končno obsojen na plačilo denarne kazni v znesku 400 evrov in odškodnine v znesku 15.000 evrov za nepremoženjsko škodo.

ESČP je ugotavljalo, ali so obtožbe, uperjene proti sodniku X, presegle meje kritike, ki je še dopustna v demokratični družbi. Odločilo je, da je pritožba nedopustna, in navedlo naslednje nosilne razloge: prvo navedena izjava o sodnikovih odločitvah kot krivičnih in arbitrarnih ne predstavlja prekoračene kritike, ker se nanaša na vrednostne sodbe, ki v skladu s sodno prakso sodišča niso podvržene presoji njihove točnosti; drugi očitek, da je sodnik »vnaprej sprejel odločitev in da se je zavestno zmotil – storil goljufijo ali vsaj ravnal v hudi zmoti ali na podlagi pomanjkanja potrebne skrbnosti«, pa izraža prezir do sodnikove odločitve v luči etičnih dolžnosti, ki so sestavni del sodnikovega ravnanja, očitajoč tudi zagrešitev kaznivega dejanja. Cirkularno pismo odreka sodniku X nepristranskost, neodvisnost in objektivnost, ki morajo odlikovati delovanje sodstva, ter mu očita ravnanje, ki škoduje časti in dobremu imenu sodnika, pritožnik pa ni niti poskušal preveriti realnosti očitkov in ni v dokazne namene zatrjeval kakšnega dejstva; pismo je bilo poslano zunaj postopka, kar to zadevo razlikuje od zadeve *Nikula proti Finski* (št. 31611/96 z dne

30 Št. 39294/09 z dne 30. 6. 2015.

21. 3. 2002)[31] in jo približuje že omenjeni zadevi Morice proti Franciji; prostostna kazen je bila nadomeščena s plačilom nizkega zneska denarne kazni 400 evrov, ki je bila celo odložena. Odškodnina, prisojena sodniku v znesku 15.000 evrov, ni prevelika. Obsodba pritožnika zaradi obrekovalnih izjav v cirkularnem pismu in kazen, ki mu je bila naložena, nista nesorazmerni glede na zasledovane legitimne cilje, ob upoštevanju varstva časti in dobrega imena drugega ter varstva avtoritete in nepristranskosti sodne veje oblasti.

V zadevi **Bono proti Franciji**[32] je ESČP med drugim poudarilo pomembnost okoliščine, da so bile sicer ostre izjave podane v okviru zastopanja stranke v sodnem postopku, pa še to ne na javni obravnavi, temveč v vlogi, naslovljeni na pritožbeno sodišče. Pritožnik je odvetnik, ki je zastopal sirskega državljana, osumljenega terorizma in zaprtega v Siriji. Zaprosilo za mednarodno pravno pomoč preiskovalnega sodnika – za izročitev sirskega državljana Franciji – je vsebovalo tudi dele zapisnikov o zaslišanjih, izvedenih tudi z mučenjem. Odvetnikov klient je bil nato izročen Franciji. Pritožnik je zahteval izločitev posameznih delov spisa o dokazih, pridobljenih z mučenjem, ki so ga izvajale tajne sirske službe, ter izpostavlja sodelovanje francoskih sodnih preiskovalcev pri mučenju. Sodni senat je izločil te dele spisa o izvršitvi mednarodnega zaprosila, vendar pa je odvetnikovo stranko kljub temu obsodil. V pritožbi je pritožnik ponovno zahteval izločitev določenih delov spisa in ponavljal svoje trditve, usmerjene proti francoskim sodnim preiskovalcem. Pritožbeno sodišče je ugodilo zahtevi za izločitev posameznih delov spisa, vendar pa je navedene očitke zavrnilo in pritožnika povabilo, naj utemelji svoje trditve. Predsednik odvetniške zbornice je obvestil državnega tožilca, da ne bo storil ničesar v smeri nadaljevanja te zadeve. V vlogi za uvedbo disciplinskega postopka je državni tožilec od odvetniških organov zahteval, naj sprožijo disciplinsko preiskavo proti pritožniku. Disciplinski senat odvetniške zbornice je vse očitke zavrnil. Državni tožilec je vložil pritožbo, pritožbeno sodišče pa je spremenilo odločitev odvetniške zbornice in pritožniku izreklo grajo s prepovedjo imenovanja v višje strokovne organe stanovskega združenja v trajanju 5 let. Pritožnik in predsednik odvetniške zbornice sta se pritožila na Kasacijsko sodišče, vendar je bila njuna pritožba zavrnjena.

ESČP je ugotovilo kršitev 10. člena EKČP in navedlo naslednje nosilne razloge: sporne pritožnikove besede so imele ob upoštevanju njihove ostrine očitno žaljiv značaj za sodnike, ki so sodelovali v preiskavi. Uspešnega delovanja sodišč si ni mogoče predstavljati brez medsebojnega spoštovanja in zaupanja med različnimi akterji v sodnih postopkih, predvsem med samimi sodniki in odvetniki. Pritožnik preiskovalne sodnike obtožuje sodelovanja pri mučenju, take izjave pa niso bile potrebne zaradi doseganja navedenih ciljev, predvsem v zvezi z izločitvijo pridobljenih izjav na podlagi mučenja, tudi ob upoštevanju, da so sodniki prvostopnega sodišča že upoštevali tako predhodno zahtevo pritožnika. Postavlja pa se vprašanje, ali je izrek disciplinske sankcije zagotovil pravično ravnovesje v smeri dobrega vodenja sodnih postopkov. Sporne izjave so bile navajane v okviru sodne obravnave in posredovane v pisni obliki ob izvrševanju obrambe

31 O tej zadevi glej natančneje prispevek Čeferin, R., Svoboda izražanja odvetnikov v sodni dvorani in zunaj nje, Odvetnik 5/2015, str. 43.
32 Št. 29024/11 z dne 15. 12. 2015.

pritožbenemu sodišču. Zapisane so bile v vlogi, katere namen je bila predvsem obramba izpovedb odvetnikove stranke, pridobljenih z mučenjem v Siriji. Bile so usmerjene v prikaz načina vodenja preiskave, ne pa zoper sodnike. Še zlasti je pritožnik z njimi razkrival način izdaje mednarodnega naloga za izročitev, preiskovalni sodniki pa bi morali tudi vedeti, da so bile v preiskavi, ki so jo vodile tajne sirske službe, kršene človekove pravice, predvsem iz 3. člena EKČP. Obtožba se torej nanaša na procesno ravnanje sodnikov med preiskavo in je bila utemeljena z dejstvi. Čeprav preiskovalni sodnik ni sodeloval pri samih zaslišanjih, se je z njimi soočil v Damasku, in sicer v zvezi z vprašanji, ki so se nanašala na omenjeni nalog in na katera je hotel pridobiti dopolnilne odgovore, še zlasti na tista vprašanja, ki so bila že v zapisniku. Metode tajne sirske policije so bile javno znane, prav tako so bile znane preizkušane izpovedbe, podane pred sodiščem, ter tudi vse ostale okoliščine v tako nastalem mednarodnem razmerju. Pritožnikova kritika ni bila predložena v sodni dvorani, torej ne v javnosti, temveč v obliki zapisanih izjav o napakah pri delovanju sodne veje oblasti in o kritiki njenega ugleda. Pritožbeno in Kasacijsko sodišče nista upoštevali teh elementov, predvsem tudi ne omejenega števila oseb, ki so se lahko seznanile z izjavami. Zato izrečena disciplinska sankcija ni bila sorazmerna. Posledice takega sankcioniranja negativno vplivajo na odvetnikovo kariero. Kontrola *ex post facto* izjav in zapisov odvetnika mora tudi biti vselej dana previdno in premišljeno; predsednik sodnega senata pritožbenega sodišča, pred katerim je bil obravnavan klient pritožnika, je povabil odvetnika na razpravo, da bi ocenil njegove predloge, jih presodil kot nesorazmerne in v sodbeni izrek zapisal, da so bile žaljive. Kljub temu pa tedaj sodniki od državnega tožilca niso zahtevali, naj se obrne na disciplinski pritožbeni organ odvetniške zbornice. Šele več mesecev po izrečenih izjavah in izdaji sodbe je tožilec sprožil disciplinski postopek. Ob upoštevanju vsega skupaj, predvsem strogega stališča in tehtanja pritožbenega sodišča, ki je izreklo disciplinsko sankcijo pritožniku, so oblasti pregloboko posegle v izvrševanje obrambne funkcije odvetnika.

Iz prikazanih odločb je razvidno, da so meje svobodnega izražanja odvetnikov v vlogah zunaj javne obravnave nekoliko ožje kot v okviru javne obravnave in predvsem v samih vlogah, ki niso posredovane oziroma dostopne javnosti. Odvetnik sme v okviru zastopanja interesov stranke izreči tudi besede, ki bi bile sicer lahko označene kot žaljive ali vsaj neprimerne. Predvsem pa ESČP v teh kontekstih dopušča tudi izražanje ostre kritike glede napak sodišča v sodnih postopkih, tudi če te nimajo popolnoma zanesljive dejanske podlage, vendar pa ne smejo biti usmerjene le v žaljenje sodnikov. Med sodniki in odvetniki mora obstajati medsebojno spoštovanje. Tudi sodstvo mora imeti korist od argumentirane kritike napak v sodnih postopkih. ESČP je sicer tudi v prikazanih odločbah sledilo kriterijem, postavljenim že v svojih prejšnjih odločbah.[33]

33 Natančneje o bogati predhodni praksi ESČP v zvezi s svobodo izražanja odvetnikov glej Čeferin, R., Navedeno delo, str. 43–46, in Vilfan Vospernik, A., Svoboda izražanja odvetnikov v sodni dvorani in zunaj nje, Odvetnik št. 5/2015, str. 51–54.

1.3 Odločbe s področja varstva zasebnosti (8. člen EKČP – pravica do spoštovanja zasebnega življenja)

ESČP se je v okviru presoje zatrjevanih posegov v to konvencijsko pravico ukvarjalo z raznoliko in večplastno problematiko.

Tako je v zadevi **M. N. in drugi proti San Marinu**[34] obravnavalo primer razkritja podatkov o sredstvih na bančnih računih. Italijanske oblasti so zaprosile oblasti v San Marinu za pomoč pri pridobitvi dokumentov in izvedbi preiskave v bankah in drugih institucijah v povezavi s preiskavo kaznivega dejanja pranja denarja. Sodišče v San Marinu je zaprosilu ugodilo in začelo preiskavo, da bi pridobilo informacije in bančne dokumente, povezane z računi, ki bi lahko razkrili povezavo med italijansko preiskavo in podjetjem s sedežem v San Marinu. Iskanje in zaseg sta obsegala tudi kopije dokumentacije in elektronskih naprav za shranjevanje podatkov, vključno z elektronskimi poštnimi sporočili, izjavami banke in čeki. V aprilu 2010 je bilo sprejeto zakonsko pravilo, da morajo biti italijanski državljani, ki so s finančnimi dogovori povezani s podjetji v preiskavi, o tej obveščeni. Potem ko je bil pritožnik obveščen, je na sanmarinsko sodišče vložil pritožbo, v kateri je trdil, da ni bil obtožen in da ni povezan z očitanimi kaznivimi dejanji, ter uveljavljal kršitev pravice do pritožbe, saj neobtožene osebe nimajo statusa neposredno prizadete osebe in tako ne morejo izpodbijati tovrstne sodne odločitve. Pritožba je bila zavržena kot nedopustna, saj naj pritožnik ne bi izkazal pravnega interesa.

ESČP je ugotovilo kršitev 6. in 8. člena EKČP. Poudarilo je, da so informacije, ki so izhajale iz bančne dokumentacije, vsebovale osebne podatke posameznikov, pa tudi občutljive podatke o poslovnih dogovorih; kopiranje podatkov ne glede na to, da je originalni nosilec ostal na istem mestu, pa pomeni pridobivanje in zaseg. Zato je kopiranje pritožnikovih bančnih podatkov in njihovo hranjenje pri oblasteh pomenilo poseg v pravico do spoštovanja zasebnega življenja in komunikacije; ta poseg je sicer imel podlago v zakonu o kazenskem postopku obeh držav, ki predvidevata uporabo preiskovalnih metod tudi zoper tretje osebe, ki niso stranke kazenskega postopka; ukrepi so zasledovali zakonite cilje – prevencijo pred kriminalno dejavnostjo, varstvo pravic in svoboščin tretjih ter ekonomsko korist. Vendar pa pritožnik ni bil subjekt preiskave in zoper njega ni bil izkazan utemeljen sum o storitvi kaznivega dejanja; o preiskavi svojega bančnega računa ni bil obveščen, pač pa je zanjo izvedel več kot leto dni po njej, njegove pritožbe zaradi pomanjkanja pravnega interesa niso bile vsebinsko obravnavane. ESČP je zato presojalo, ali so bili učinki preiskave znotraj dovoljenih meja EKČP, in ugotovilo, da ureditev preiskave ni izpolnila procesnih kavtel dostopa do sodišča iz prvega odstavka 6. člena EKČP. Ugovor države, da bi pritožnik lahko izkoristil običajne civilno pravne poti, pa ni upošteven, ker ni dokazala, da bi tako lahko dosegel razveljavitev odredbe o preiskavi.

V dveh zadevah se je ESČP ukvarjalo s problematiko »lustracijskih« posegov novih oblasti po prenehanju komunističnega režima in do njih zavzelo odklonilen odnos, predvsem zaradi časovne oddaljenosti dogodkov.

34 Št. 28005/12 z dne 7. 7. 2015.

V zadevi **Ivanovski proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji**[35] je obravnavalo razrešitev predsednika ustavnega sodišča. Komisija, ustanovljena na podlagi lustracijskega zakona, je ugotovila, da je pritožnika leta 1964 (ko je bil še mladoleten) zaslišala tajna policija zaradi sodelovanja v nacionalistični srednješolski skupini in je bil od tedaj do leta 1983 registriran kot sodelavec tajne policije. Predsednik vlade je javnost seznanil z ugotovitvami lustracijske komisije, da je bil ustavni sodnik sodelavec varnostnih služb in je nato podpiral odločitev ustavnega sodišča o razveljavitvi številnih vladnih zakonodajnih reform. Pritožnik je v sodnem postopku neuspešno izpodbijal odločitev lustracijske komisije. Leta 2011 je bil razrešen s funkcije ustavnega sodnika s prepovedjo opravljanja javne funkcije za pet let. V pritožbi pred ESČP je uveljavljal kršitev iz prvega odstavka 6. člena EKČP (dostop do sodišča in do poštenega postopka) in 8. členu EKČP (pravica do spoštovanja zasebnosti).

ESČP je ugotovilo obe očitani kršitvi, vendar najprej navedlo, da je o pritožnikovi pritožbi v nacionalnem postopku meritorno in s polno jurisdikcijo o dejstvih in tudi o pravnih vprašanjih odločalo upravno sodišče. ESČP pa je posebno pozornost namenilo javnemu pismu predsednika vlade, v katerem je obtožil pritožnika, da je bil sodelavec tajne policije nekdanjega režima. Že samo to dejstvo, ne glede na njegov dejanski vpliv na rezultat lustracijskega postopka, zadostuje za ugotovitev, da je bila kršena pravica do nepristranskega in neodvisnega sodišča ali da je vsaj načet vtis o neodvisnosti in nepristranskosti sodnikov. Taki zaključki so oprti tudi na Poročilo Evropske komisije za Makedonijo iz leta 2010 (primer vzbuja skrb o pritiskih na neodvisnost sodstva). Odločitev lustracijske komisije je posegla tudi v pritožnikovo pravico do zasebnosti. Poseg je bil sicer utemeljen na zakonu, ki je zasledoval legitimen cilj, povezan z nacionalno varnostjo. Skladno z aktom Sveta Evrope o temeljnih izhodiščih v postopkih lustracije v bivših totalitarnih režimih pa bi bilo treba pri presoji posameznikovega ravnanja upoštevati, ali je bil v sodelovanje s tajnimi službami prisiljen. To dejstvo je temeljni kriterij za presojo ravnovesja med interesom nacionalne varnosti in zaščito posameznikovih pravic. V postopku pred domačimi organi to vprašanje ni bilo obravnavano. Pritožnikov ugovor, da s sodelovanjem s tajno policijo ni soglašal, je bil zavrnjen kot nepomemben. Zato izvedeni postopek, sicer skladen z nacionalno zakonodajo, ni bil, niti ni mogel biti dovolj temeljit, da bi zadostil kriteriju nujnosti posega v demokratični družbi. Poseg v pritožnikovo zasebnost je bil zato nesorazmeren. Ni bil le razrešen s funkcije, prepovedano mu je bilo celo opravljanje druge javne službe ali akademskega poklica za dobo petih let, pri čemer so bile njegove možnosti, da bi našel službo v zasebnem sektorju, ki bi bila primerna glede na njegove kvalifikacije in izkušnje, minimalne. Akt o lustraciji je bil sprejet 16 let po tem, ko je država sprejela demokratično ustavo, in v tem času se je močno zmanjšala nevarnost, da bi lustrirane osebe ogrožale novo ustvarjeno demokracijo. Ob tem ESČP ni spregledalo načina, kako je tedaj mladoletni pritožnik postal sodelavec tajne policije. Res je, da je s sodelovanjem nadaljeval tudi kot odrasla oseba, vendar je bil izbrisan iz registra sodelavcev že leta 1983, 27 let pred začetkom lustracijskega postopka. Po preteku te dobe pritožnik ni več predstavljal, če sploh kdaj, take nevarnosti demokratični družbi, ki bi upravičevala širok spekter omejitev na profesionalnem področju za obdobje petih let in stigmatizacijo, s katero bo soočen še bistveno dlje.

35 Št. 29908/11 z dne 21. 1. 2016.

Tudi v zadevi **Soro proti Estoniji**[36] je ESČP podobno poudarilo kot pomembni okoliščini časovno oddaljenost sodelovanja s službo državne varnosti in stopnjo nevarnosti pritožnika za ogrozitev demokratične ureditve. Po osamosvojitvi od Sovjetske zveze leta 1991 je Estonija leta 1995 sprejela Zakon o razkritju, po katerem so bili registrirani in javno dostopni podatki o nekdanjih zaposlitvah ali sodelovanju posameznikov z varnostnimi ali obveščevalnimi organizacijami prejšnjega (sovjetskega) režima. Pritožnik je bil od 1980 do 1991 zaposlen kot voznik pri Komiteju za državno varnost. Februarja 2004 je bil obveščen, da je bil na podlagi omenjenega zakona registriran in da bo obvestilo javno objavljeno. Zoper obvestilo ni vložil ugovora in junija 2004 je bilo obvestilo o registraciji objavljeno v papirnati in elektronski obliki uradnega glasila. Pozneje je objavo izpodbijal pred upravnimi sodišči; zatrjeval je, da je moral zaradi sporne objave zapustiti službo in da je bil v obveščevalni službi zaposlen le kot voznik. Estonsko sodišče je tožbo zavrnilo – ugotovilo je, da zakon sicer posega v posameznikovo temeljno pravico, vendar pa je desetletje pozneje nemogoče z gotovostjo ugotoviti, ali je voznik izvajal le tehnične naloge ali tudi vsebinske naloge, kar bi omogočilo sorazmerno uporabo zakona.

ESČP ugotovi kršitev 8. člena EKČP in navede naslednje nosilne razloge: objavljena informacija se je nanašala na pritožnikovo preteklost in vplivala na njegov ugled ter s tem posegla v njegovo pravico do zasebnega življenja. Poseg je sicer temeljil na zakonu, ki je bil dovolj jasen in dostopen ter je zasledoval dopusten cilj (preprečiti nered in varovati državno varnost, javno varnost in pravice ter svoboščine tretjih). Pri presoji o nujnosti posega v demokratični družbi pa med državami pogodbenicami ni enotnega pristopa glede vprašanja, kateri ukrepi so potrebni, da se onemogoči dediščina nekdanjih totalitarnih komunističnih režimov. ESČP je v preteklosti že kritiziralo tovrstne ukrepe, kadar niso bili individualizirani. Zakon o razkritju ne ločuje med različnimi stopnjami preteklega vključevanja v KGB. Čeprav je bil pritožnik predhodno obveščen o uvrstitvi v register in javni objavi ter je imel možnost ugovora, mu ni bil zagotovljen postopek, v katerem bi se ocenila stopnja sodelovanja s KGB, da bi se tako lahko ocenila stopnja nevarnosti, ki jo posameznik še predstavlja več let po tem, ko je končal svoje službovanje. Ni razumne povezave med zakonitim ciljem, ki ga zasleduje vlada, in javno objavo informacij, ki ne upoštevajo različnosti funkcij oziroma nalog vsakega posameznega bivšega sodelavca. Sporna informacija je bila objavljena 13 let po vzpostavitvi estonske samostojnosti in države, zaradi tega je manjša tudi nevarnost, ki bi jo pritožnik na začetku sicer lahko predstavljal za nov demokratični sistem. Zakon sicer ne predvideva omejitve glede prihodnjega zaposlovanja take osebe, vendar pa je bil pritožnik zaradi vedenja svojih sodelavcev po objavi prisiljen dati odpoved; to dejstvo priča o resnosti posega v njegovo pravico do zasebnosti in dokazuje njeno nesorazmernost.

V naslednjih treh zadevah je bilo obravnavano polje presoje v zvezi z medijskimi objavami iz posameznikovega zasebnega življenja.

36 Št. 22588/08 z dne 3. 9. 2015.

V zadevi **H. Ł. proti Poljski**[37] je bila sporna objava osebnih podatkov obsojene osebe v medijih. Pritožnik je bil obsojen zaradi umora, žrtev je spoznal prek interneta, kar je povzročilo veliko zanimanje medijev in javnosti; pritožnik se je neuspešno upiral objavi svojih osebnih podatkov, razširjanju neresničnih informacij, objavljanju fotografij in kršitvi domneve nedolžnosti.

ESČP je odločilo, da je pritožba očitno nedopustna in poudarja, da so bila poročanja medijev podprta z uradnimi dokumenti (npr. obtožnico), novinarji so bili na javni glavni obravnavi navzoči in so poročali o svojih vtisih, poročanje pa ni kršilo domneve nedolžnosti. Zanimanje javnosti za konkretni kazenski postopek je bilo legitimno (nevarnost zmenkov, dogovorjenih prek interneta). Fotografije so bile objavljene z dovoljenjem sodišča in tožilca. ESČP izpostavlja še širok obseg prostega polja presoje držav pogodbenic glede vprašanja dostopa medijev do zvočnega in slikovnega snemanja glavnih obravnav ter s tem povezanim tehtanjem med pravico strank do zasebnosti in javnim interesom spremljati sojenja. Poudarja še pomen okoliščine, da so domača sodišča ugotovila, da pritožnik zaradi poročanja ni bil pristransko sojen in zaradi objave tudi ni utrpel kakšne večje škode. Domača sodišča so skrbno pretehtala trk pravic po vzpostavljenih standardih EKČP v luči legitimnega interesa javnosti do obveščenosti o nenavadnem in hudem zločinu. Zato je pravilna njihova ocena, da javni interes do objave spornih podatkov iz kazenskega postopka pretehta nad pritožnikovo pravico do spoštovanja zasebnosti.

V zadevi **Bremner proti Turčiji**[38] je poseg v pravico iz 8. člena predstavljal posnetek osebe s pomočjo skrite kamere. Pritožnik je bil prikazan v televizijski reportaži s posnetki skrite kamere v okviru reportaže, ki se je nanašala na organizirana srečanja med pritožnikom in drugo osebo, ki se je javila na podlagi pritožnikovega oglasa, objavljenega v časopisu, za brezplačno posredovanje krščanske literature. Televizijska napovedovalka je poudarila, da se reportaža nanaša na tajne dejavnosti, ki se organizirajo v Turčiji na podlagi »trgovanja s tujimi verami«. Pritožnik je neuspešno vložil odškodninsko tožbo proti televizijski napovedovalki in urednikom reportaže.

ESČP je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP in navedlo naslednje nosilne razloge: reportaža je obravnavala problematiko verskega spreobračanja ljudi, kar je nedvomno v javnem interesu in gre za področje, kjer svoboda tiska uživa povečano varstvo. Reportaža je bila kritična in pritožnik je bil poimenovan z žaljivi izrazi, kot »trgovec z religijo«. Uporaba te besede predstavlja vrednostno sodbo, glede katerih se ne presoja njihova resničnost. Svoboda tiska vsebuje možnost določene mere pretiravanja, tudi provokacije. Sporna reportaža sicer ne pomeni osebnega napada brez povoda proti pritožniku, tudi ne sovražnega govora, ne ščuva k sovraštvu ali nasilju proti določeni verski skupnosti, niti ne sramoti oziroma zaničuje prepričanja in verovanja take skupine. Vendar pa mora biti uporaba skrite kamere v načelu omejena. Čeprav so lahko skrite preiskovalne metode pomembne za raziskavo določenih vrst reportaž, morajo biti uporabljene v duhu spoštovanja etičnih načel. V spornem primeru se pritožnik ne bi izpostavljal, če ne bi objavil oglasa v časopisu, ni pa mogel predvidevati, da bodo on in njegovi prijatelji kritično obravnavani v

37 Št. 14781/07 z dne 15. 10. 2015.
38 Št. 37428/06 z dne 13. 10. 2015.

javnosti. Upravičeno je pričakoval, da gre za sodelovanje s preprostimi posamezniki, ki se zanimajo za krščanstvo. Tudi ni javna oseba, njegovo prikazovanje ne more imeti pomena za obveščanje javnosti, prikazovanje brez zakritja obraza pa se ne more ocenjevati kot prispevek k razpravi javnega pomena za družbo. Čeprav ima država prosto polje presoje tudi v konkretni zadevi, turške oblasti niso zagotovile pravičnega sorazmerja med navedenimi nasprotujočimi si interesi. Način, s katerim so obravnavale zadevo, pritožniku ni zagotovil zadostnega in učinkovitega varstva njegove pravice do podobe in njegove pravice do zasebnega življenja.

Odmevna je bila odločitev v zadevi **Couderc in Hachette Filipacchi Associés proti Franciji**[39] v zvezi z objavo fotografije princevega sina. Pritožniki so direktorica za informacije in izdajateljski organ tednika Paris match. Britanski dnevnik Daily mail je razkril, da je gospa C. potrdila, da je oče njenega sina monaški princ. Članek se je nanašal na objavo iz magazina Paris match, ki je sporočil novico s fotografijami, ki prikazujejo princa, ki drži v naročju svojega sina. V članku iz Paris matcha je gospa C. natančneje navedla okoliščine, v katerih je spoznala princa, njuna srečanja, intimno razmerje, njuna čustva, način, kako je princ reagiral, ko se je seznanil z njeno nosečnostjo, in kako se je vedel, ko se je prvič srečal z otrokom. Princ je zahteval odškodnino zaradi posega v njegovo zasebno življenje in podobo. Francoske sodne oblasti so mu ugodile in mu prisodile 50.000 evrov odškodnine ter odredile objavo sodbe na delu ene od naslovnih strani časopisa.

S sklepom z dne 12. junij 2014 je senat ESČP odločil s štirimi glasovi proti trem, da je podana kršitev 10. člena EKČP. Dne 13. oktobra 2014 je bila zadeva poslana velikemu senatu na zahtevo francoske vlade.

Veliki senat ESČP tudi ugotovi kršitev 8. člena EKČP in navede naslednje nosilne razloge: rojstvo ne izhaja le iz zasebne sfere prizadetih oseb, temveč ima prav tako javno razsežnost kot sodni akt civilnega življenja in kot ugotovitev o sorodstveni zvezi. Rojstvo princevega sina tudi ni bilo zanikano, zaradi eventualnih dinastičnih in nasledstvenih zapletov pa se je zastavljalo vprašanje legitimnosti poroke; ravnanje princa, ki namerava zadržati skrivnost svojega očetovstva in odklanja javno objavo zaradi nasledstvenih pravil v kraljevini (ti izključujejo otroke rojene zunaj zakona iz dedovanja oz. nasledstva krone), v nasledstveni monarhiji, katere nadaljnji obstoj je neločljivo povezan z obstojem potomstva, upravičeno pritegne pozornost javnosti; posredovane informacije pa so razkrivale osebnost princa kot javne osebe glede prevzema teh njegovih odgovornosti. Prispevek tiska k razpravi, ki je v splošnem interesu, ne sme biti omejena le na sama aktualna in že prej obstoječa dejstva. Tisk je tudi smerokaz za širitev razprave v javnem interesu, ima vlogo spodbuditi in seznaniti javnost z informacijami, ki povzročijo tak interes in spodbudijo družbeno razpravo. Članek tudi ni obravnaval le zasebnega življenja princa, temveč tudi zasebno življenje gospe C. in njunega sina, o čemer se je imela pravico izražati. O rojstvu sina je že pred tem javnost obvestil tudi princ. Fotografije so bile poslane magazinu prostovoljno in dobronamerno ter niso bile pridobljene brez vednosti princa, niti posnete v okoliščinah, ki bi ga prikazovale v neugodni luči. Način pogovora z gospo C. je bil nesenzacionalističen; njene izjave so prepoznavne, njeni citati in motivi so tudi sicer jasno izraženi bralcem.

39 Št. 40454/07 z dne 10. 11. 2015.

Prav tako se lahko loči tisto, kar izhaja iz dejstev, in tisto, kar izhaja iz zaznave intervjuvanke, iz njenih mnenj in njenih osebnih občutkov oziroma čustev; zapis pogovora se dopolnjuje z učinki slikovne predstavitve in naslovov, namenjenih vzbuditvi pozornosti bralcev. Poročilo tudi ni popačilo vsebine informacije, članek ni bil naravnan senzacionalistično in ni bil zavajajoč.

Podobna problematika je bila obravnavana tudi v predhodnih zadevah *Von Hannover proti Nemčiji* (št. 60641/08 in 40660/08, obe z dne 7. 2. 2012) in *Aksel Springer AG proti Nemčiji* (št. 39954/08 z dne 7. 2. 2012).

1.4 Odločbe s področja varstva družine (8. člen EKČP – pravica do spoštovanja družinskega življenja)

ESČP se je ukvarjalo s pomembnimi vprašanji s področja posvojitev otrok in izločanja otrok iz vzpostavljenih družinskih skupnosti. Temeljna paradigma teh odločb je v ohranjanju družinskih vezi, pa čeprav družine ne sestavljajo biološki starši, temveč lahko celo domnevni starši ali bližnji sorodniki, ki niso starši. Drugo pomembno stališče ESČP je, da je treba v tovrstnih postopkih pridobiti mnenje neodvisnega izvedenca, in sicer že takoj, ko se tovrstni postopki začnejo. Vselej pa je treba ugotavljati največjo korist otroka.

V zadevi **Zaieţ proti Romuniji**[40] se je ESČP prvič ukvarjalo z razveljavitvijo posvojitve in ugotovilo kršitev 8. člena EKČP. Pritožnica je bila posvojena pri sedemnajstih letih. Posvojiteljica je pred tem že posvojila drugo hčer. Po posvojiteljičini smrti je bilo obema posvojenkama vrnjeno premoženje, ki je bilo protipravno razlaščeno posvojiteljski družini. Na podlagi tožbe, ki jo je vložila starejša sestra, je nacionalno sodišče pravnomočno odločilo, da je bila pritožničina posvojitev nična. ESČP poudarja, da ugotovitev ničnosti posvojitve, ki je izrečena 31 let po njeni izvršitvi in 18 let po smrti posvojiteljice, predstavlja poseg v pritožničino pravico do spoštovanja družinskega življenja. Izpostavi tudi vprašljivost same odločitve, saj domače pravo omogoča aktivno legitimacijo za tovrstno tožbo po trenutku pridobitve popolne poslovne sposobnosti le posvojencu. Ugotovljena ničnost pa ni bila ne v interesu pokojne posvojiteljice ne pritožnice, njen učinek je le v izgubi pritožničine dedne pravice (v korist njene sestre – zdaj materine edine pravne naslednice). Poudarja tudi temeljno načelo, da so države dolžne sprejemati ukrepe v smeri ohranitve družinskih vezi, ko so te vzpostavljene. Razpad družine je ukrep, ki je skrajen in bi moral biti utemeljen z resnimi, tehtnimi premisleki, in to ne le zaradi varovanja koristi posvojenega otroka, pač pa tudi zaradi ohranitve pravne varnosti. V kontekstu instituta posvojitve kot načina varovanja pravic in koristi otroka odločitev nacionalnega sodišča, zaradi katere je pritožnica posledično izgubila dedno pravico po posvojiteljici, pomeni kršitev pravice do spoštovanja družinskega življenja in tudi pravice do varstva premoženja po prvem členu Prvega protokola.

V zadevi **S. H. proti Italiji**[41] so bili pritožničini trije otroci na podlagi sodne odločbe nameščeni v zavod, zaradi več okoliščin – pritožničine depresije in posledične

40 Št. 44958/05 z dne 24. 3. 2015.
41 Št. 52557/14 z dne 13. 10. 2015.

hospitalizacije ter tudi hospitalizacije otrok zaradi zaužitja tablet in odselitve očeta iz družinske skupnosti – pa je bil uveden še postopek posvojitve otrok. V postopku postavljeni izvedenci so v poskusni dobi nudenja pomoči družini proučili situacijo, dopustili vrnitev otrok v družino ter naložili ponovno proučitev sposobnosti staršev za izvrševanje starševske vloge po preteku šestih mesecev. Sodni senat je razglasil posvojitev otrok v nasprotju z ugotovitvami izvedencev in ni niti omogočil, da se zaključi omenjeni poskusni projekt podpore družini. Taka odločitev je bila potrjena na pritožbenem sodišču in kasacijskem sodišču. Pritožnica je nato zahtevala preklic posvojitve. Zahtevi je priložila zdravniško dokumentacijo, iz katere je izhajalo, da se je v tem času njeno zdravstveno stanje izboljšalo in da pogoji, ki so bili podlaga za posvojitev, niso bili izpolnjeni.

ESČP ugotovi kršitev 8. člena EKČP in poudari, da v nasprotju z drugimi takimi zadevami, ki jih je presojalo, pritožničini otroci niso bili podvrženi nasilju in grdemu ravnanju, tako ne fizičnemu kot tudi ne psihičnemu (glej na primer: *Y. C. proti Združenemu kraljestvu,* št. 4547/10 z dne 13. 3. 2012), niti niso bili spolno zlorabljeni. Postopek posvojitve je bil uveden le zaradi poslabšanja pritožničine bolezni, ki je povzročil tudi njeno hospitalizacijo in razpad družinskega okolja zaradi fizične ločitve staršev. Vendar pa nacionalne oblasti niso posvetile zadostne pozornosti varstvu razmerja mati-otroci. Izbrale bi lahko druge uporabne rešitve, ki so jih predlagali izvedenci, predvsem uvedbo socialne pomoči zaradi premostitve težav, povezanih z zdravstvenim stanjem pritožnice, in ohranitev družinskih vezi zaradi varstva največjih koristi otrok. Pritožnica je socialno službo večkrat zaprosila, naj se ji nudi največja mogoča pomoč pri skrbi njenih otrok, pri čemer prošnje niso izkazovale njene nesposobnosti izvrševanja starševske vloge in niso upravičevale odločitve o posvojitvi. Ustrezen odziv oblasti bi lahko zavaroval interese otrok in materinsko zvezo z njimi ter bi moral biti skladen s priporočilom izvedencev in v skladu z zakonskimi določbami, po katerih mora dokončna prekinitev povezav z družino ostati *ekstrema ratio.* Trije otroci so bili nameščeni v tri različne družine, ki so jih različno sprejele, zunaj družinskega kroga in celo zunaj sorodstvenega kroga. Primarna potreba ohraniti v največji možni meri zvezo med pritožnico, ki je bila v ranljivi situaciji, in njenimi otroci, ni bila pravilno presojana. Sodne oblasti so se omejile na proučitev težav v družini, ki pa bi bile premostljive s socialno pomočjo, kot izhaja tudi iz izvedenskega mnenja. Čeprav je prvi poizkus pomoči propadel zaradi poslabšanja pritožničine bolezni in prenehanja bivanja z možem, te okoliščine ne opravičujejo ukinitve vseh možnosti pritožnici, da obnovi stike s svojimi otroki. Kljub polju proste presoje države si italijanske oblasti niso ustrezno prizadevale, da bi pritožnica še naprej živela s svojimi otroki, ter niso priznale njene pravice do spoštovanja družinskega življenja, ki jo zagotavlja 8. člen EKČP. (Podobno je ESČP odločilo tudi v zadevah *Kutzner proti Nemčiji*, št. 46544/99 z dne 26. 2. 2002; *Couillard Maugeri proti Franciji,* št. 64796/01 z dne 1.7. 2004).

Podobno je v zadevi **Soares de Melo proti Portugalski**[42] ESČP ugotovilo kršitev 8. člena EKČP, ker je bila sprejeta odločitev o namestitvi sedmih otrok pritožnice v tri zavode zaradi posvojitvenega postopka, ki je bil sprožen zaradi več okoliščin, med drugimi tudi zato, ker se pritožnica, ki je brezposelna in mati že desetih otrok, ni hotela podrediti zahtevi po mehki sterilizaciji (s podvezovanjem jajcevodov).

42 Št. 72850/14 z dne 16. 2. 2016.

Prepovedani so ji bili tudi stiki z otroki kljub neobstoju indicev o nasilju oziroma zlorabi in odvzeta roditeljska pravica. Tudi v tem primeru je ESČP poudarilo, da postopek odločanja ni bil voden nepristransko, ker ni bila izdelana psihološka ekspertiza neodvisnega izvedenca. Prav tako se niso upoštevale pritožničine trditve, da je iskala ustrezne rešitve, preden je zapustila otroke, v postopku pa je tudi ni zastopal odvetnik.

V zadevi **M. in M. proti Hrvaški**[43] je veliki senat ESČP ugotovil kršitev 3. in 8. člena EKČP, ker ni bila upoštevana želja prve pritožnice, ki je želela živeti z materjo, bila pa je dodeljena očetu, ki jo je fizično in psihično zlorabljal. Izvedenci so sicer ocenili, da sta oba starša enako (ne)sposobna skrbeti za prvo pritožnico. Vendar se je ESČP sklicevalo na 12. člen Konvencije o otrokovih pravicah, ki določa, da ima otrok, ki je sposoben oblikovati in izraziti svoje mnenje, pravico tega izraziti oziroma biti zaslišan v katerem koli sodnem ali upravnem postopku, ki posega v njegove pravice; ni pa bilo dvoma o sposobnost prve pritožnice (glede na njeno starost in zrelost), da bi izrazila svoje mnenje v postopku. Nadalje je še ugotovilo, da ravnanje s hčerko druge pritožnice, predstavlja ponižujoče ravnanje v smislu 3. člena EKČP. Trajanje postopka predodelitve otroka materi že več kot štiri leta, ki še ni končan, pa pomeni, da država tudi ni izpolnila obveznosti iz 8. člena EKČP. Večja skrbnost bi morala biti namenjena postopku, v katerem se odloča o usodi travmatiziranega otroka, ki je le zaradi konfliktnega odnosa med svojimi starši utrpel psihološke posledice, ki so se pokazale celo v obliki samopoškodovalnega vedenja. Domača sodišča niso prepoznala resnosti in nujnosti zadeve ter dejstva, da je dolgotrajnost postopka še poslabševala stisko prve pritožnice; po več kot štirih letih postopka prva pritožnica sploh še ni bila zaslišana in ji še ni bila dana možnost izraziti se glede tega, pri katerem od staršev želi živeti.

Podobna problematika je bila obravnavana v zadevi **N. Ts. in drugi proti Gruziji**,[44] kjer so pritožniki teta po materini strani in njeni trije mladoletni nečaki. Mati je umrla leta 2009 in so otroci od tedaj živeli pri materinih sorodnikih, saj je bil oče, sicer večkratni obsojenec zaradi kaznivega dejanja zlorabe drog, na odvajanju. Leta 2010 je oče vložil zahtevo za vrnitev sinov, sodišče pa je odredilo, da se morajo otroci vrniti k očetu, kljub mnenju izvedenca, da otrok ne bi smeli vznemirjati s spremembo okolja, saj bodo trpeli za odtujitvenim sindromom, do očeta pa so gojili tudi negativna čustva. Kljub pravnomočnosti odločbe vrnitev otrok ni bila izvršena, saj so se ti upirali vrnitvi k očetu. V postopku pred ESČP je teta v imenu mladoletnih nečakov uveljavljala kršitev pravice do spoštovanja družinskega življenja. ESČP ugotovi kršitev 8. člena EKČP in poudari, da je takojšnja nasilna vrnitev otrok odtujenemu očetu, pa čeprav je njihov sovražni odnos do očeta posledica manipulacije materine družine, brez prehodnega obdobja in z nudenjem pomoči, ob opozorilih psihiatra na možne negativne posledice v duševnem zdravju otrok, v nasprotju z največjo koristjo otrok. Odločba ne upošteva čustvenega stanja otrok in neustrezno ovrednoti njihovo največjo korist, s tem pa posega v pravico do spoštovanja njihovega družinskega in zasebnega življenja. ESČP je še ugotovilo, da je nezadostno zastopanje otrok v postopku oziroma njihova neudeležba v postopku spodkopala zahtevo po poštenem postopku.

43 Št. 10161/13 z dne 3. 9. 2015.
44 Št. 71776/12 z dne 2. 2. 2016.

Sodišče napotuje še na zadevi *Campeanu proti Romuniji (*št. 47848/08 z dne 17. 7. 2014) in *Garcea proti Romuniji* (št. 2959/11 z dne 24. 6. 2015) ter na poglavji 6.1 in 6.2 v Priročniku o otrokovih pravicah v evropskem pravu (Handbook on European law relating to the rights of the child).

V zadevi **Nazarenko proti Rusiji**[45] je prav tako poudarjena pomembnost obstoja družinske skupnosti tudi v primeru popolne in avtomatične izključitve pritožnika iz otrokovega življenja, potem ko je ugotovljeno, da pritožnik ni otrokov biološki oče. A se je rodila pritožniku in njegovi ženi v času trajanja zakonske zveze. Po razvezi sta si delila skrbništvo nad otrokom. Po uspešnem izpodbijanju pritožnikovega očetovstva je ne glede na več kot petletno skrb za otroka pritožnik izgubil starševske pravice in tudi pravico do stika z otrokom. Hčerka je dobila tudi drug priimek. Ugotovljena je bila globoka čustvena navezanost med pritožnikom in A. Domače pravo pa ne določa nobene možnosti, ki bi pritožniku omogočala, da bi kljub neobstoju biološke vezi z otrokom z njim obdržal kakršen koli odnos.

ESČP ugotovi kršitev 8. člena EKČP in poudari, da tudi dejstvo, da biološka vez ne obstoji, obstoj družinskega življenja v pomenu EKČP ni omajan. Država ni prepričala, da bi bilo v demokratični družbi nujno treba ohraniti zaprt krog oseb, ki imajo pravico do ohranitve stikov z otrokom, ki ne dopušča izjem, ki bi upoštevale raznovrstne družinske situacije in predvsem otrokovo korist. Osebe, kot je pritožnik, tako ne bi mogle pridobiti pravice do stikov ne glede na otrokovo korist. Pošteno tehtanje pravic vseh udeleženih oseb zahteva individualno proučitev okoliščin vsakega primera posebej. Otrokova največja korist glede ohranitve stikov s pritožnikom ni bila konkretno presojana. Oseba, ki je otroka določen čas vzgajala kot svojega, ne bi smela biti popolnoma izločena iz otrokovega nadaljnjega življenja, razen če bi obstajali pravno pomembni razlogi otrokove koristi za tako izključitev; v konkretni zadevi teh ni bilo, ravno nasprotno, glede na poročila otroškega skrbstva in mnenje izvedenca psihologa obstoji med pritožnikom in A močna vzajemna navezanost.

V zadevi **Mandet proti Franciji**[46] je obravnavana specifična problematika spremembe priznanega sorodstva na podlagi zahteve in v korist biološkega očeta brez otrokove privolitve oziroma soglasja. Prva dva pritožnika sta se prvič poročila v letu 1986. V zakonski zvezi so se rodili trije otroci. V letu 1995 sta vložila skupen predlog za razvezo zakonske zveze, ta pa je bila razglašena 17. junija 1996. Pritožnica je rodila tretjega pritožnika v avgustu 1996, ki je pridobil njen priimek, drugi pritožnik pa ga je pripoznal. Prva dva pritožnika sta se nato še ponovno poročila, kar je pomenilo tudi zakonito priznanje tretjega pritožnika kot njunega skupnega otroka. V februarju 2005 je M. G. od sodnega senata zahteval, da ga prizna za očeta tretjega pritožnika, ki je tedaj imel že 8 let, in da se ga šteje za naravnega očeta. Sodni senat je odločil, da je glede tretjega pritožnika, ki je bil rojen več kot 300 dni po odločitvi, ki je upravičevala prva dva pritožnika do ločenega življenja, zakonska domneva starševstva prenehala. Med drugim je poudaril, da ni bilo izpodbijano, da je v času spočetja tretjega pritožnika M. G. imel intimne odnose s prvo pritožnico, ter da so številne priče, ki so bile v postopku zaslišane, navajale, da so ju videvale skupaj in da je bil tretji pritožnik poznan kot njun skupni

45 Št. 39438/13 z dne 16. 7. 2015.
46 Št. 30955/12 z dne 14. 1. 2016.

otrok. Sodni senat je zato sklepal, da vse to ni imelo značaja zakonitega rojstva v skupnosti prvih dveh pritožnikov in da je primarni interes otroka, da se seznani z resnico o svojem izvoru. Posledično je senat ugodil zahtevi M. G. in odredil genetsko ekspertizo. Za zastopanje interesov tretjega pritožnika je bila postavljena začasna skrbnica, vendar se je tretji pritožnik tedaj že nahajal v Dubaju, ter se z njo ni nikoli sestal, genetski testi pa zato prav tako niso mogli biti opravljeni. Sodni senat je razveljavil priznanje očetovstva in posledično tudi zakonsko rojstvo tretjega pritožnika, kar je pomenilo, da je ta ponovno pridobil priimek svoje matere in da je njegov oče M. G.; odredil je tudi ustrezen prepis v rojstnem listu, starševsko pravico pa je izvrševala le mati, M. G. pa je bila priznana pravica do stikov in obiskov. Tretji pritožnik je bil star približno 15 let, ko se je postopek zaključil.

ESČP je odločilo, da je pritožba očitno nedopustna, in navedlo naslednje nosilne razloge: treba je uporabiti določbo 8. člena EKČP in opraviti analitično presojo v luči posega v izvrševanje pravic tretjega pritožnika, in sicer ne samo glede njegove pravice do spoštovanja družinskega življenja, temveč tudi njegove pravice do spoštovanja zasebnega življenja. Ta poseg je predviden z zakonom in posega v varstvo pravic M. G., ki je pred domačimi sodnimi oblastmi poskušal doseči priznanje starševstva v razmerju do tretjega pritožnika. Iz razlogov odločitev domačih oblasti izhaja, da so primerno umestile prednostni interes otroka v osrčje svojih razlogov. Ne da bi nasprotovale želji prvih dveh pritožnikov obdržati družino, ki je bila vzpostavljena po njuni ponovni poroki, so poudarile, da čeprav tretji pritožnik šteje drugega pritožnika za svojega očeta in je z njim navezal tesne stike, je njegov interes predvsem seznaniti se z resnico o svojem izvoru. Niso prezrle pomena prednostnega interesa otroka, vendar so presodile, da ta ni tak, kot ga vidi tretji pritožnik – obdržati ugotovljeno starševstvo in ohraniti dejanski položaj, temveč prav tako v ugotovitvi prave sorodstvene vezi. Domače sodne oblasti, ki so sicer zaupale izvrševanje starševstva prvemu pritožniku, tudi niso preprečile, da tretji pritožnik v skladu s svojo željo ne bi mogel še naprej do polnoletnosti živeti v okviru družine, ki je bila vzpostavljena med prvima dvema pritožnikoma. Zato domače sodne oblasti niso prekoračile prosta polja presoje, s katerim so razpolagale.

V zadevi **R. S. proti Poljski**[47] je bil presojan primer opustitve upoštevanja očetove roditeljske pravice v primeru ugrabitve otroka. ESČP je poudarilo primarnost prava EU nad nacionalnim pravom.

Pritožnik in njegova žena, oba poljska državljana, sta z dvema otrokoma živela v Švici. Par se je kasneje ločil in pritožnik se je strinjal, da žena oba otroka odpelje na dvotedenske počitnice na Poljsko. Pred odhodom je žena pred poljskim sodiščem vložila tožbo za razvezo zakonske zveze. Ko je z otrokoma prispela na Poljsko, ji je poljsko sodišče z začasno odredbo dodelilo skrbništvo nad otrokoma, o čemer pritožnika ni obvestilo. Z otrokoma je ostala na Poljskem, kjer je bila zakonska zveza razvezana in sta bila otroka dodeljena njej. Pritožnik je pri švicarskih oblasteh vložil zahtevo za vrnitev otroka po Haški konvenciji o civilnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok. Zahteva je bila posredovana pristojnemu poljskemu organu. Poljsko sodišče je zahtevo za vrnitev zavrnilo, ker je ugotovilo, da mati

47 Št. 63777/09 z dne 21. 7. 2015.

otrok ni protipravno zadržala, saj je pritožnik soglašal z njihovo potjo na Poljsko, in je bila nato v vmesnem času izdana začasna odredba o dodelitvi otrok. Čeprav je švicarski organ ugovarjal, da je zadržanje otrok na Poljskem oblika protipravnega odvzema v smislu 3. člena Haške konvencije, saj švicarske oblasti niso bile obveščene o nobeni omejitvi pritožnikovih skrbniških upravičenj, je pritožbeno sodišče na Poljskem pritožbo zavrnilo in potrdilo odločitev sodišča prve stopnje.

ESČP je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP in navedlo naslednje nosilne razloge: prvi poseg v pritožnikovo pravico do spoštovanja družinskega življenja je sicer zagrešila njegova žena in ne država Poljska. V primerih mednarodne ugrabitve otrok je treba 8. člen interpretirati v luči Haške konvencije. Pot otrok iz Švice ni bila protipravna sama po sebi, saj je z njo pritožnik soglašal. Drugače kot domača sodišča pa ESČP meni, da je bilo nadaljnje zadrževanje otrok na Poljskem (po preteku dveh tednov dogovorjenih počitnic) protipravno, saj v nadaljnjo odsotnost pritožnik ni privolil, specifičen tek dogodkov, z začasno odredbo poljskega sodišča, ki je bila izdana po tem, ko sta otroka zapustila Švico, je povzročil, da je poljsko sodišče o zahtevi za vrnitev otrok odločalo, ko je bilo njuno bivanje na Poljskem že zakonito, ne glede na to, da je bilo poljskim sodiščem znano, da pritožnik ne soglaša, da otroka ostaneta na Poljskem. Na podlagi določil Haške konvencije protipravnost odvzema otroka in njegovo zadrževanje izvira iz dejanj, ki nasprotujejo običajnemu izvrševanju roditeljske pravice po pravu države, v kateri so imeli otroci pred tem običajno prebivališče (v konkretnem primeru v Švici). Poljska sodišča so ignorirala švicarsko pravo in uporabila poljsko, posledično je bil pritožnik zaradi materinega enostranskega ravnanja prikrajšan za varstvo, ki ga je sicer utemeljeno pričakoval. Pravo je bilo uporabljeno tako, da je bilo zanemarjeno dejstvo, da pritožnik ni soglašal s stalnim prebivanjem otrok na Poljskem, niti ni imel možnosti sodelovati v postopku za izdajo začasne odredbe, ki ga je mati otrok sprožila, še preden je zapustila Švico. Pritožnikov legitimni interes ni bil ustrezno in pravično upoštevan in njegovo ponovno bivanje z otroki ni bilo hitro doseženo; namesto da bi se upošteval šesttedenski rok, ki ga določa 11. člen Haške konvencije, je bilo o njej negativno odločeno šele v šestih mesecih od prejema zahteve za vrnitev. Podobno s področja uporabe Haške konvencije o civilnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok še na primer predhodne zadeve *Neulinger in Shuruk proti Švici* (št. 41615/07 z dne 6. 7. 2010), *X proti Latviji* (št. 27853/09 z dne 26. 11. 2013), *Shaw proti Madžarski* (št. 6457/09 z dne 26. 10. 2011), *Povše proti Avstriji* (št. 3811/11 z dne 15. 4. 2015), *Furman proti Sloveniji in Avstriji* (št. 16608/09 z dne 5. 5. 2015).

V zadevi **Mitrova in Savik proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji**[48] se je posredno izrazilo tudi stališče ESČP do pravice otroka do obeh staršev v okviru ugotavljanja največje koristi otroka. ESČP je odločilo, da je pritožba otroka in matere, ki je preprečevala stike bivšega moža z otrokom, nedopustna. Sodišče je mater dvakrat obsodilo na pogojno zaporno kazen. Kljub temu je še naprej preprečevala stike, zaradi česar je bila obsojena na nepogojno trimesečno zaporno kazen. Hči je bila izročena v očetovo oskrbo. Po prestani kazni je CSD urejal njene stike s hčerko in postopno povečeval pogostost stikov. Ker oče ni uspel z zahtevkom za predodelitev, je bila hči dodeljena v oskrbo materi. Vrhovno sodišče je spremenilo odločitev nižjih sodišč in zaradi materinega preprečevanja stikov

48 Št. 42534/09 z dne 11. 2. 2016.

presodilo, da je za hčerko najbolje, da je dodeljena očetu. Po tej sodbi je CSD na podlagi dogovora med staršema uredil bivanje hčerke tako, da živi pri mami čez teden, ob koncih tedna pa pri očetu.

Pritožnici uveljavljata kršitev zaradi izvršitve materine prostostne kazni, zaradi opustitve CSD, da bi uredil stike hčerke z materjo med in takoj po izvršitvi zaporne kazni ter zaradi sodbe vrhovnega sodišča, ki je otroka dodelilo tudi očetu. ESČP je izpostavilo, da so bile sodne odločitve v skladu z zakonom ter usmerjene v zagotovitev stikov očeta in hčerke, mater pa naj bi odvrnile od ponavljanja protipravnih ravnanj in učinkovale generalno preventivno. Izrečena nepogojna zaporna kazen, ki je sicer za kratek čas omejila materine pravice, je imela dolgoročne učinke za varstvo otrokovih največjih koristi, ki se v konkretnem primeru kaže kot vzdrževanje stikov in razmerja z obema staršema. Zato izrečeni ukrep ni nesorazmeren z legitimno zasledovanim ciljem. Če bi bilo druženje očetu in hčerki onemogočeno, bi njuna družinska skupnost sčasoma razpadla oziroma se med njima ne bi vzpostavila naravna navezanost. Pravilni so razlogi v okviru polja proste presoje domačega sodišča, da je otrokova največja korist, če ima stike z obema staršema.

ESČP se je v zadevi **Parrillo proti Italiji**[49] prvič izjavljalo o vprašanju, ali pravica do spoštovanja zasebnega življenja, zagotovljena z 8. členom EKČP, vključuje pravico razpolagati z zarodki, ki izvirajo iz *in vitro* oploditve, v znanstvene namene. V zadevi je pritožnica uporabila navedeni postopek skupaj s svojim tedanjim partnerjem v centru za medicinsko oploditev. Pet zarodkov iz te oploditve je bilo zamrznjenih, toda pritožničin partner je umrl še pred njihovo implantacijo. Pritožnica se je odpovedala vzgojitvi zarodka in se odločila, da bo zarodke podarila v znanstvene namene za zdravljenje težko ozdravljivih bolezni. Neuspešno je naslovila več zahtev. Ta vrsta raziskav je v Italiji prepovedana in kazensko sankcionirana na podlagi 13. člena Zakona št. 40 z dne 19. 2. 2004.

ESČP je ugotovilo, da je pritožba nedopustna. Predmet spora je pravica do zasebnega življenja, ki se nanaša na omejitev pritožničine pravice, da se svobodno odloči glede usode svojih zarodkov. V zadevah, kjer se je zastavilo vprašanje ohranitve zarodkov, ki izhajajo iz oploditve z medicinsko pomočjo, se je ESČP že sklicevalo na svobodno izbiro. Tudi italijanski pravni red pripisuje določeno težo svobodi izbire strank do razpolaganja z zarodki na podlagi *in vitro* oploditve. Pomembno je tudi tako vzpostavljeno genetsko nasledstvo osebe, zarodki so njen konstitutivni del in pomenijo njeno biološko identiteto. Gre za pritožničino intimno sfero in njeno pravico do samoodločitve. Zato je tudi v sporni zadevi treba uporabiti 8. člen EKČP. V času predmetne oploditve vprašanje podaritve ni bilo urejeno. Do uveljavitve spornega zakona ni bilo prepovedano podariti zarodke v znanstvene namene. Vendar pa pravica podariti zarodke v znanstvene namene ne predstavlja trdnega jedra varovanih pravic na podlagi 8. člena EKČP in je treba toženi državi priznati široko polje proste presoje. Gre za občutljiva vprašanja morale in etike. V Evropi o tem ne obstaja soglasje, saj določene države dovoljujejo raziskave celic človeških zarodkov, druge to izrecno prepovedujejo, tretje priznavajo take raziskave le pod določenimi strogimi pogoji, na primer v primerih, ko je treba

49 Št. 46470/11 z dne 27. 8. 2015.

zavarovati zdravje zarodka in če se uporabijo zarodne celice, ki so uvožene iz tujine. Nacionalne oblasti uživajo široko polje proste presoje pri sprejemanju restriktivne zakonodaje, ko se obravnava uničenje človeških zarodkov. Postavljene meje na evropski ravni bolj merijo na zaviranje prekoračitev na tem področju. Raziskava spornega zakona kaže pomembno razpravo, ki upošteva različna mnenja ter znanstvena in etična vprašanja. Slednje je bilo predmet več referendumov, ki pa niso dosegli potrebnega kvoruma. Zakonodajalec je upošteval več različnih interesov, predvsem, da država varuje zarodek in tudi interes oseb, da uveljavijo pravico do osebne odločitve, da podarijo svoje zarodke v raziskovalne namene. ESČP ni dolžno analizirati *in abstracto* usklajenosti sporne italijanske zakonodaje. Zaradi doslednosti pri zagotavljanju ciljev presoje se morajo zatrjevana nasprotja nanašati na predmet pritožbe, kar zadeva omejitve njene pravice do samoopredelitve, in tudi do pravice izbire, da obdrži svoje zarodke. Namerno in načrtovano uničenje človeških zarodkov se tudi ne bi smelo izenačevati z uporabo zarodnih celic, ki izhajajo iz človeških zarodkov, uničenih že pred tem. V konkretnem primeru je pomembna tudi okoliščina, da je bil pritožničin partner že mrtev in ni dokazano, da bi v času oploditve izbral enako možnosti kot pritožnica. Ob vsem povedanem ni prekoračeno široko polje proste presoje in je bila sporna prepoved v demokratični družbi dopustna.

Problematika dokazovanja očetovstva zaradi zavrnitve testa DNA je bila obravnavana v zadevi **Canonne proti Franciji**[50]. Med razveznim postopkom je pritožnikova žena rodila hčerko, katere očetovstva pritožnik ni priznal. Hči je zoper pritožnika sprožila sodni postopek za priznanje očetovstva. Sodni senat je odredil test DNA, ki se mu pritožnik ni hotel podvreči. Upoštevaje njegovo zavrnitev in na podlagi drugih dokazov je sodišče ugotovilo pritožnikovo očetovstvo.

Pritožnik predvsem poudarja, da ugotovitev očetovstva na podlagi njegove zavrnitve testa DNA krši pravico do spoštovanja zasebnosti. ESČP ugotovi, da je pritožba očitno nedopustna in navede naslednje nosilne razloge: 8. člen EKČP je v konkretni zadevi pomemben v dveh pogledih. Najprej zato, ker se zanikanje sorodstvene vezi neposredno dotika identitete moškega ali ženske, čigar sorodstvo oziroma očetovstvo oziroma materinstvo je sporno. Nato pa tudi zato, ker odvzem krvi za analizo predstavlja poseg v fizično integriteto, genetski izvidi posameznika pa zadevajo njegovo zasebno identiteto. Kolidirata dve pravici do spoštovanja zasebnega življenja. Pravica otroka, določena z zakonom, vključuje ne le pravice do ugotovitve prednika, temveč tudi pravico sodno ugotoviti sorodstveno zvezo. V več zadevah, ki so že bile končane pred ESČP[51], je bilo odločeno, da gre za kršitev pravic, zagotovljenih otrokom na podlagi 8. člena EKČP, zaradi nesposobnosti domačih sodnih oblasti preprečiti, da bi bil postopek ugotavljanja očetovstva neuspešen zaradi zavrnitve testa DNA, odgovor domačih oblasti v tej zadevi pa je v skladu z navedeno sodno prakso ESČP. V tej zadevi ni vprašljiv prevladujoči interes otroka do ugotovitve svojega porekla, ki tudi ne preneha s polnoletnostjo. Sicer pa domače oblasti niso utemeljile odločitve le na podlagi pritožnikove zavrnitve genetske analize, upoštevale so se tudi vloge in izjave oziroma izpovedbe

50 Št. 22037/13 z dne 25. 6. 2015.

51 Mikulić proti Hrvaški, št. 53176/99 z dne 7. 2. 2002.
Ebru in Tajfun Engin Çolac proti Turčiji, št. 60176/00 z dne 30. 5. 2006.

strank. Odklonitev ekspertize je bila »dodatni element« za potrditev zaključka, utemeljenega že na podlagi drugih elementov. Domače sodne oblasti zato niso prekoračile meja proste presoje.

V zadevi **Civek proti Turčiji**[52] se je ESČP posvetilo vprašanju varstva življenja žrtve domačega nasilja. Mater pritožnikov je ubil njen mož, pred tem pa jo je telesno in duševno trpinčil, zaradi česar se je morala z otroki zateči v sprejemni center za pretepene žene. Izrečen mu je bil ukrep sodnega nadzora z dolžnostjo javljati se na policijski komisariat ali žandarmerijo; izdani sta bili tudi odredbi vzdrževati se nasilnega ravnanja in prepoved groziti zakonski partnerici ter o takojšnji zapustitvi zakonskega prebivališča s prepovedjo približevanja zakonski partnerici v trajanju treh mesecev. Vsi ukrepi so vsebovali opozorilo, da bo obsojen na zaporno kazen oziroma mu bo odvzeta prostost v primeru, če ne bi izpolnjeval navedenih obveznosti, teh pa ni spoštoval. Mati pritožnikov je morala vložiti nove tožbe zaradi ponovnega fizičnega nasilja, nadlegovanja in groženj s smrtjo. Dne 24. januarja 2011 jo je ubil na ulici.

ESČP ugotovi kršitev 8. člena EKČP in poudari, da je bilo njegovo nasilje ves čas znano silam reda. Policija je bila obveščena o možnosti storitve umora na podlagi številnih pritožb matere pritožnikov in njihovih pričevanj. Ob upoštevanju vseh okoliščin je bilo mogoče tveganje povzročitve smrti predvideti kot realno in neposredno. Čeprav so oblasti sprejele določeno število ukrepov, niso ukrepale v zadostni meri, da bi preprečile umor v obdobju, ko je bil izpuščen. Zadovoljile so se z registracijo žrtvinih pritožb, ne da bi razmišljale o dodatnem ukrepu, ki bi jo konkretno zavaroval, pa čeprav je zakon dopuščal njegovo aretacijo, ker ni upošteval sprejetih sodnih odredb.

V zadevi **Oliari in ostali proti Italiji**[53] je ESČP naslovilo državam pomembno sporočilo glede nepriznavanja istospolnih skupnosti. Hkrati je zavzelo tudi zelo pomembno stališče v zvezi z ravnanjem zakonodajne veje oblasti, ko ta ne upošteva odločitve ustavnega sodišča. Sicer je že v prejšnji praksi ESČP v zvezi z istospolnimi partnerji poudarilo tudi pomen 14. člena EKČP, ki določa prepoved diskriminacije brez razlikovanja glede na kakršno koli osebno okoliščino.[54]

V sporni zadevi so pritožniki trije istospolni pari, ki jim v skladu z italijanskim civilnim zakonikom ni bilo omogočeno skleniti zakonske zveze. V pritožbenem postopku je pritožbeno sodišče pred ustavnim sodiščem zahtevalo presojo ustavnosti relevantnega dela zakonodaje. Slednje je pomisleke zavrnilo, ker se ustavna pravica do sklenitve zakonske zveze ne razteza na istospolne skupnosti in opredeljuje zakonsko zvezo v tradicionalnem smislu. Hkrati je ustavno sodišče

52 Št. 55345/112 z dne 23. 2. 2016.

53 Št. 18766/11 in 36030/11, z dne 21. 7. 2015.

54 Primerjaj zadevo *X in drugi proti Avstriji* (št. 19010/07 z dne 19. 2. 2013), ki se je nanašala na nemožnost posvojitve otroka drugega partnerja v istospolni zvezi v primerjavi s partnerji, ki živijo zunajzakonski heterospolni skupnosti. Ker je avstrijska zakonodaja to drugo omogočala, je ESČP ugotovilo kršitev 14. člena v povezavi z 8. členom EKČP. Drugačna pa je bila predhodna odločitev v zadevi *Gas in Dubois proti Franciji* (št. 25951/07 z dne 15. 6. 2012), kjer imajo to možnost le poročeni pari. (Povzeto iz neobjavljenega gradiva za predavanje Ane Vilfan Vospernik »Partnerstvo med Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP) in domačimi sodišči pri izvajanju Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)«, ki ga je avtorica imela dne 22. 5. 2015 na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije.)

povedalo, da je naloga zakonodajalca, da uredi pravice in dolžnosti, ki pripadajo istospolnim parom.

ESČP ugotovi kršitev 8. člena EKČP in navede naslednje nosilne razloge: tudi istospolnim skupnostim je treba priznati status družinskega življenja v smislu 8. člena EKČP. Sedanja italijanska zakonodaja ne ureja niti najosnovnejših potreb parov, ki živijo v taki skupnosti. Tudi možnost registracije zveze pri lokalnih oblasteh ima le simboličen in ne pravnega pomena. Od decembra 2013 je sicer omogočena sklenitev dogovora o sobivanju, katerega domet pa je ozek, saj ne ureja medsebojne materialne pomoči, dolžnosti preživljanja in dedne pravice, sporazum pa lahko sklene kdor koli, ki živi v kakršni koli dejanski življenjski skupnosti, in ni namenjen ureditvi razmerij med istospolnimi partnerji. Italiji ne bi bilo v preveliko breme, če bi zagotovila priznanje in varstvo istospolnim parom. 24 od 47 držav pogodbenic je že uzakonilo možnost pravnega priznanja istospolnih skupnosti. Zakonodajalca je opozorilo že ustavno sodišče, vendar pa te dolžnosti že dlje časa ne izpolni in s svojo pasivnostjo ustvarja nespoštljiv odnos do sodstva ter pušča prizadete osebe brez potrebnega pravnega varstva. Stališča italijanskega sodstva so tudi pokazatelj volje večine prebivalstva, ki podpira pravno priznanje istospolnih skupnosti.

1.5 Odločbe s področja varstva svobode mišljenja, vesti in veroizpovedi (9. člen EKČP – pravica do izražanja vere)

Z odločbo v zadevi **Ebrahimijan proti Franciji**[55] ESČP ohranja svojo večinsko prakso glede vprašanj, ki so se izostrila v zvezi z izražanjem vere v javnih institucijah, in pušča državam polje proste presoje tudi glede izkazovanja vere z verskimi simboli v javnih ustanovah.

Pritožnica je sklenila pogodbo za določen čas za mesto socialne pomočnice v javni psihiatrični bolnišnici. V letu 2000 je bila obveščena, da pogodba ne bo podaljšana, ker je zavrnila prekrivanje obraza s tančico, nekaj pacientov pa se je zato pritožilo. V pogovoru z vodstvom bolnišnice ji ni bila očitana muslimanska verska pripadnost, temveč je bila zgolj opozorjena na službene pravice in dolžnosti, tudi na prepoved izkazovanja verske pripadnosti na omenjeni način. Odločitev bolnišnice temelji tudi na stališču Državnega sveta *(Conseil d'etat)*, da se načelo laičnosti države in nevtralnosti javnih služb uporablja v vseh javnih službah. Poudarjeno je, da je pri zaposlovanju treba upoštevati svobodo prepričanja, vendar pa se mora ta svoboda uskladiti z načelom nevtralnosti javne službe, kar pomeni oviro pri uporabi simbolov, ki izkazujejo pripadnost določeni veri. Vse tožničine pritožbe so bile zavrnjene.

ESČP je odločilo, da je pritožba nedopustna, in poudarilo, da je bil sporni poseg predviden z zakonom in zasleduje legitimni cilj, ki ga predstavlja varstvo pravic in svoboščin drugih – ohranjanje spoštovanja vseh vernikov oziroma verskih prepričanj in duhovnih usmeritev pacientov, uporabnikov javnih služb in upoštevanje nevtralnosti, vse zato, da se vsem dosledno zagotavlja enakopravnost. Vsi morajo uživati enakost pri obravnavanju brez razlikovanja na podlagi verskega prepričanja. Potreba po nevtralnosti je bila v sporni zadevi še toliko bolj aktualna, ker je bila

55 Št. 64846/11 z dne 26. 11. 2015.

pritožnica v stikih s pacienti, ki so bili nemočni in odvisni. Nevtralnost javne bolnišnične službe je tudi povezana z ravnanjem njenih uslužbencev in zahteva, da pacienti ne podvomijo o njeni neodvisnosti. V Franciji uslužbenci v javnih službah uživajo pravico spoštovanja svobode prepričanja, ki izrecno prepoveduje vsakršno diskriminacijo, ki bi temeljila na verskem prepričanju pri dostopu do funkcij ali pri napredovanju, jim je pa prepovedano izražati verska prepričanja pri opravljanju službe. Tudi bolnišnica je prostor, ki je prav tako namenjen uporabnikom, ki imajo pravico izražati verska prepričanja, vendar se od njih prav tako zahteva, da prispevajo k uveljavitvi principa laičnosti ter se v tem času odrečejo kakršnemu koli verskemu delovanju ob spoštovanju organizacije službe in zahtev zdravstvene narave ter higiene. Presojana državna ureditev daje prednost pravicam drugih, enakosti obravnavanja vseh pacientov in funkcioniranju službe tudi glede izražanja verske pripadnosti. Dejstvo, da so nacionalne oblasti pripisale večjo težo načelu laičnosti in nevtralnosti ter interesu države kot interesu pritožnice, da se ji ne omejuje izražanja njenih verskih prepričanj, tako ni problematično. Izraža strogo obveznost, ki črpa svoje korenine iz tradicionalnega razmerja med laičnostjo države in svobodo prepričanja, ki je določena v 1. členu francoske ustave. V skladu s francoskim modelom, katerega ESČP ne sme presojati, se nevtralnost države nanaša tudi na predstavnike, ki jo predstavljajo. Pritožnica je bila sicer podvržena hudim posledicam disciplinskega postopka. Vendar je bila po objavi stališča Državnega sveta seznanjena, da se mora med izvrševanjem službe podvreči dolžnosti nevtralnega oblačenja. V disciplinskem postopku je lahko izkoristila procesne garancije in tudi pritožbene poti pred administrativnimi sodnimi oblastmi. Med drugim je zavrnila možnost kandidirati na razpisu za socialno pomočnico, čeprav je bila uvrščena na listo kandidatov. Iz članka, objavljenega v Observateurju, ki se nanaša na vprašanje laičnosti, izhaja, da so različna izražanja verskih prepričanj oseb, ki delajo v bolnišničnih službah, upoštevana od primera do primera, in da je bila opravljena tudi koncilacija z namenom najti ustrezno rešitev na prijateljski način. Ob teh pogojih domače oblasti niso prekoračile polje proste presoje, ko so ugotovile nemožnost uskladitve verskega prepričanja pritožnice z dolžnostjo, da ga navzven ne izraža, in nadalje, ko so se odločile dati prednost potrebi po laičnosti.

S to odločbo je ESČP sicer sledilo svoji dosedanji, do dovoljevanja uporabe verskih simbolov na javnih mestih, precej »strogi« sodni praksi, ki pa dopušča široko polje proste presoje domačim zakonodajnim ureditvam in posledičnim sodnim odločitvam domačih sodišč.[56]

56 Primerjaj *Leyla Şahin proti Turčiji* (št. 44774/98 z dne 10. 11. 2005), ko je ESČP pritrdilo turški medicinski fakulteti Univerze v Istanbulu, ki je pritožnici v skladu s turško zakonodajo najprej prepovedala obiskovanje predavanj in opravljanje izpita ter jo pozneje tudi suspendirala za en semester zaradi nošenja naglavne rute, na podlagi turške zakonodaje in sodne prakse turškega ustavnega sodišča. Poudarilo je prav tako varstvo pravic drugih in varovanje javnega reda ter načelo laičnosti in enakost pred zakonom. Podobno je odločilo v zadevi *S.A.S. proti Franciji* (št. 43835/11 z dne 27. 11. 2013), ki obravnava uvedbo prepovedi zakrivanja obraza na javnih mestih (burka, nikab). V tej zadevi je poudarilo še pomen tako imenovane »minimalne zahtevo za skupno življenje v družbi« (»living together«, »vivre ensemble«), saj v skladu z dojemanjem francoske družbe predstavlja obraz pomembno vlogo v družbenih razmerjih. Ker ni evropskega konsenza, imajo države široko polje presoje na tem področju. Drugače pa sicer v zadevi *Lautsi in drugi proti Italiji* (št. 30814/06 z dne 18. 3. 2011), ko je obravnavalo razpela v razredih v državnih šolah, predvidena z italijansko zakonodajo. Pritožniki so se pritoževali zaradi kršitve načela laičnosti. Italijanska sodišča so menila, da je razpelo na splošno simbol krščanstva in ne zgolj katoličtva ter referenca za ostale vere. Za Italijo je bil tudi zgodovinski in kulturni simbol, blizu italijanski identiteti,

1.6 Odločbe s področja svobode izražanja (10. člen EKČP – pravica do izražanja)

V zadevi **Kharlamov proti Rusiji**[57] je bila obravnavana civilna odgovornost profesorja, ki je kritiziral postopek volitev senata univerze. Pritožnik je bil tožen zaradi razžalitve, ki naj bi jo storil, ko je na splošni univerzitetni konferenci izrazil svojo kritiko zaradi poteka volitev senata univerze, temu organu pa je posledično odrekel legitimnost. Domača sodišča so presodila, da je pritožnik odškodninsko odgovoren, saj je bilo ugotovljeno, da so bile volitve izvedene na podlagi veljavnih pravil.

ESČP je ugotovilo kršitev 10. člena EKČP in kot pomembno poudarilo, da je pritožnik govoril v okviru svojega poklicnega udejstvovanja; vprašanje sestave upravnega organa univerze in oblikovanja liste kandidatov je sestavni del akademskega življenja in univerzitetne avtonomije ter ključnega pomena za vse zaposlene na univerzi. Razprava je bila javna in v splošnem interesu. Domača sodišča niso tehtala med potrebo po varstvu dobrega imena univerze in pravico pritožnika do nepristranske informiranosti o zadevi javnega interesa. Spregledala so, da je pojem dobrega imena (dostojanstva) pravne osebe treba ovrednotiti drugače, manj strogo kot pri fizični osebi. Pritožniku so očitala, da dokaznega bremena resničnosti obtožb ni zmogel. Niso pa upoštevala, da je bil temelj pritožnikovega govora njegovo resno nezadovoljstvo z načinom izbora senata univerze. Negativno vrednostno oceno je gradil na zadostni dejanski podlagi, saj se je zanesel na vsebinsko identična pričevanja kolegov profesorjev, ki so potrjevala njegove sume. Ob tem ni prestopil meja nespoštljivega oziroma žaljivega govora in običajno sprejete stopnje pretiravanja. Zato so domača sodišča prestopila mejo prostega polja presoje in njihova odločitev ni skladna z načeli demokracije.

V zadevi De Carolis in France Télévisions proti Franciji[58] je bila obravnavana problematika svobode medijev. Prvi pritožnik je bil predsednik nacionalne televizijske družbe France 3, ki jo je nasledila druga pritožnica. France 3 je predvajala reportažo, ki je raziskovala, zakaj pet let po atentatih 11. septembra 2001 niso bili uvedeni postopki. Reportaža je bila posvečena pritožbam, ki so jih vložile družine žrtev, in tudi postopkom, ki so bili uvedeni proti več kot 100 fizičnim in pravnim osebam, ki so bile osumljene, da so pomagale in financirale Al Kaido. Odvetniki žrtev so terjali pregon tistih, ki so sodelovali pri financiranju atentatov, preiskava pa je vodila k Osami Bin Ladnu in Al Kaidi. Med preiskovanimi osebami je bil tudi princ Turki Al Faysal, zoper katerega je bila vložena tožba sorodnikov žrtev, ki so ga obtoževali, da je pomagal in financiral talibane v času, ko je opravljal

---

ter tudi simbol vrednostnega sistema, na katerem sloni italijanska ustava. ESČP je pritrdilo italijanskim sodiščem in poudarilo, da gre za pasivni simbol in da je bilo v italijanskih šolah dovolj prostora tudi za druge religije in prepričanja ter da imajo države pogodbenice na tem področju široko polje proste presoje. (Povzeto iz neobjavljenega gradiva za predavanje Ane Vilfan Vospernik »Partnerstvo med Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP) in domačimi sodišči pri izvajanju Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)«, ki ga je avtorica imela dne 22. 5. 2015 na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije.)

57 Št. 27447/07 z dne 8. 10. 2015.

58 Št. 9313/10 z dne 21. 1. 2016.

funkcijo šefa tajne službe Savdske Arabije. V kazenskem postopku, ki ga je sprožil princ, je kazenski senat obsodil prvega pritožnika in novinarko za kaznivo dejanje razžalitve.

ESČP je ugotovilo kršitev 10. člena EKČP in navedlo, da se je sporna reportaža nanašala na zadevo, ki je v splošnem interesu, saj princ zaseda pomembno mesto v Savdski Arabiji. Zato je polje proste presoje države zelo omejeno. Čeprav reportaža izpostavlja določena natančna dejstva, inkriminirane izjave vsebujejo v večji meri vrednostne sodbe kot pa gole izjave o dejstvih, pri čemer so bile tudi vrednostne sodbe utemeljene z zadostnimi dejstvi. Novinarka je zavzela tudi določeno distanco do številnih pričevanj. Opravljene so bile poizvedbe pri številnih vpletenih osebah, med drugim tudi pri samem princu. Izjave niso bile niti popačene niti nejasno navajane. Posledično tudi način obravnavanja ni nasprotoval pravilom odgovornega novinarstva; naložitev plačila relativno nizkih glob nesorazmerno posega v pravico do izražanja pritožnikov in ni nujna v demokratični družbi.

V zadevi **Erdener proti Turčiji**[59] je bila presojana upravičenost civilne odškodnine za razžalitev, naložena poslanki, zaradi kritičnih komentarjev o medicinski oskrbi predsednika vlade. Pritožnica je bila v času dogodka poslanka stranke, ki jo je vodil predsednik turške vlade. Domači časnik je objavil članek o zdravstvenem stanju predsednika vlade. Avtor članka je obravnaval razpravo dveh poslancev v parlamentu, ena od obeh je bila pritožnica, ki je med drugim rekla, da so zdravniki univerzitetne bolnišnice »predsednika skoraj pripeljali v smrt«. Rektorat univerze je vložil civilno tožbo tudi proti pritožnici za plačilo odškodnine zaradi posega v čast in dobro ime. Pritožnica je bila obsojena na plačilo odškodnine v znesku 1.200 evrov. Sodni senat je ugotovil, da je poslanka izrazila osebno mnenje in obtožila bolnišnico na podlagi lastnega zaključka in s tem posegla v njeno čast. Pritožničine pritožbe proti navedeni odločbi so bile zavrnjene.

ESČP ugotovi kršitev 10. člena EKČP in navede naslednje nosilne razloge: pritožnica se je izrazila kot poslanka in tudi kot članica stranke predsednika vlade v zvezi z zadevo, ki je v javnem interesu in ki je imela tudi močan medijski odmev ter je še posebnega pomena za pravico državljanov, da so obveščeni o zdravstvenem stanju predsednika vlade. Njene izjave so se dotikale predvsem informacij, pridobljenih na podlagi govoric, ki so dolgo časa krožile v državnem parlamentu. Prav tako sporna izjava, »da so ga skoraj pripeljali v smrt«, brana v kontekstu s spornimi izjavami in kljub njenim polemičnim tonom, izhaja iz osebnega mnenja, s katerim kritizira način, na podlagi katerega je bil predsednik vlade zdravljen v univerzitetni bolnišnici. Ob upoštevanju dokumentov, predloženih s strani pritožnice pred domačimi sodnimi oblastmi, mnenje temelji na dejstvih, ki so zadostna in ki so bila predstavljena v tesni povezavi s konkretnimi okoliščinami. Še več – sodni senat ni upošteval načina, s katerim je pritožnica zatrjevala okoliščine. Dejansko se nanašajo na zasebni pogovor in prav nič v zbrani dokumentaciji oziroma spisu ne nakazuje, da bi pritožnica imela namen javno voditi žaljivo kampanjo proti bolnišnici. Senat sodišča prve stopnje je ocenjeval sporni izraz, vendar ga je iztrgal iz konteksta in zaključil, da so sporne besede same po sebi poseg pritožnice v čast in dobro ime univerze. ESČP tudi ne soglaša z argumentom sodnega senata,

59 Št. 23497/05 z dne 2. 2. 2016.

da uporaba izraza »sama po sebi« pomeni poseg v čast in dobro ime univerze. Prav tako ni bilo zagotovljeno pravično sorazmerje med potrebo po varstvu pravice pritožnice do svobode govora ter pravico do časti in dobrega imena univerze. Tudi če bi šteli, da so bili razlogi senata za utemeljitev civilne obsodbe pritožnice primerni, niso zadostovali za utemeljitev posega v pritožničino pravico do svobode govora. In končno, čeprav višina odškodnine, na katero je bila obsojena pritožnica, ni zelo visoka, sporno kaznovanje nedvomno ni imelo odklonilnega učinka na svobodo javne razprave o vprašanjih, ki so tudi v družbenem interesu. Obsodba pritožnice za razžalitev je ugotovljena kot poseg, nesorazmeren v izvrševanju pravice do svobode govora, in kot poseg, ki ni nujen v demokratični družbi v smislu 10. člena EKČP.

V zadevi **Société de Conception de Presse et d`Ëdition proti Franciji**[60] je sodišče obravnavalo naslednji primer, povezan s sodnim nalogom, da se v reviji zakrije fotografija mučene osebe. Revija, ki ga izdaja družba pritožnica, je objavila fotografije vklenjenega moškega, očitno podvrženega brutalnemu ravnanju, ki je zato pozneje umrl, in tudi članek o uvedbi kazenskega postopka zoper njegove mučitelje. V postopku, ki so ga sprožili njegovi družinski člani, je bila pritožnica obsojena in ji je bilo naloženo, naj zakrije reprodukcije sporne fotografije v vseh prodajanih izvodih revije; dolžna pa je bila tudi plačati materi 20.000 evrov odškodnine, 10.000 evrov odškodnine pa vsaki od sester. Pritožba pritožnice zoper tako odločitev je bila zavrnjena.

ESČP je odločilo, da je pritožba nedopustna, in navedlo, da je bila razkrita oseba običajen posameznik. Fotografija ni bila posneta na javnem prostoru, temveč so jo posneli mučitelji žrtve med odvzemom njene prostosti, pripadala je njeni družini in se nahajala v sodnem spisu. Tudi ni bila posneta zaradi javne objave – objavljena je bila brez soglasja sorodnikov pokojnega, pred tem pa je bila v televizijski oddaji prikazana le mimobežno. Fotografija, ki prikazuje poniževanje in mučenje, pomeni poseg v človekovo dostojanstvo ter prav tako poseg v čustva žalosti žrtvine matere in sester oziroma v njihovo zasebno življenje. Potek časa ne predstavlja primernega argumenta: ne le da pred tem fotografija ni bila objavljena, njena objava sovpada z zaključkom kazenskega postopka, ki so se ga morali sorodniki pokojnega udeleževati. Ker je umrl nenadno in v specifičnih okoliščinah, ki so bile nasilne in travmatične za družino, so bili novinarji dolžni ravnati previdno in razumno. Objava fotografij na naslovnici in na štirih mestih v notranjosti revije, s široko naklado, je oživela travmatično doživljanje sorodnikov. Glede strogosti ukrepa je ESČP poudarilo, da pritožnica ni bila dolžna umakniti revije iz prodaje v celoti, temveč le prekriti reprodukcijo fotografije; sam tekst članka in druge fotografije, ki so dopolnjevale tekst, niso bile predmet prepovedi. Ta ukrep je pomenil ustrezen odgovor na poseg v zasebno življenje bližnjih žrtve in le sorazmerne omejitve v izvrševanju pravic pritožnice, ki ni pojasnila, kako bi ukrep imel odklonilen učinek do načina, na katerega se je v inkriminirani reviji izvrševala in se še izvršuje njena pravica do izražanja. Tudi višina odškodnine, ki jo mora plačati bližnjim pokojnega, ne pomeni previsoke vsote. Obravnavani ukrep, ki so ga sodne oblasti upravičile s primernimi in zadostnimi razlogi, je bil sorazmeren in zasleduje legitimni cilj. ESČP je torej ob povzetih razlogih dalo prednost pravici do zasebnosti iz 8. člena ESČP

60 Št. 4683/11 z dne 25. 2. 2016.

pred pravico do izražanja iz 10. člena ESČP, sklicevalo pa se je tudi na kriterije, izoblikovane v že prej omenjenih zadevah *Von Hannover proti Nemčiji* in *Aksel Springer AG proti Nemčiji.*

Morda presenetljivo je ESČP v zadevi **Pinto Coelho proti Portugalski**[61] dalo prednost svobodi izražanja pred spoštovanjem ugleda sodišča oziroma upoštevanju sodnih odredb, ki so namenjene ne le varstvu osebnih podatkov udeležencev postopka, temveč tudi vzpostavljanju reda na javnih glavnih obravnavah.

Predmet presoje sodišča je bila obsodba novinarke za razširjanje posnetka sodne obravnave brez dovoljenja. Televizija je prenašala reportažo, ki jo je napravila pritožnica v zvezi z neko sodno zadevo. V reportaži so bili predvajani deli zvočnih posnetkov sodne obravnave, ki so bili podnaslovljeni. Za potrebe predvajanja teh delov sodne obravnave so bili glasovi treh sodnikov, ki so sestavljali sodni senat, in tudi glasovi prič, popačeni. Po predvajanju reportaže je predsednik sodnega senata obvestil tožilstvo, da ni bilo izdano dovoljenje za predvajanje delov zvočnih posnetkov sodne obravnave. Pritožnica je bila obsojena na globo v višini 1.500 evrov.

ESČP ugotovi kršitev 10. člena EKČP in zapiše, da obsodba pritožnice predstavlja poseg v njeno pravico do svobodnega izražanja, ki je določen z zakonom, cilji, ki jih je zasledovala država, pa sicer ustrezajo legitimnim ciljem, ki zagotavljajo avtoriteto in nepristranskost sodne veje oblasti ter tudi varstvo časti in dobrega imena ter pravic tretjih oseb. Novinarji ne morejo biti v načelu oproščeni – tudi v okviru varstva, ki jim ga nudi 10. člen EKČP, dolžnosti upoštevanja in spoštovanja kazenskih zakonov. Prav tako bi pritožnica morala predvideti, da je razširjanje sporne reportaže kaznivo v skladu s kazenskim zakonikom. Tudi neobstoj protipravnega ravnanja pritožnice pri pridobivanju posnetka ni nujno odločujoč pri presoji vprašanja, ali je pritožnica spoštovala svoje dolžnosti in odgovornosti. Kljub temu obsodba pritožnice za razžalitev pomeni poseg, ki je nesorazmeren pri izvrševanju pravice do svobode govora in ki ni nujen v demokratični družbi v smislu 10. člena EKČP. Gre za prikaz sodnega postopka, v katerem je bilo kazensko obsojenih več obtožencev. Namen pritožnice je bil razkriti sodno napako, ki je bila storjena v škodo ene od obsojenih oseb. Taka reportaža pa je imela pomen za javni interes. V trenutku predvajanja sporne reportaže je bila zadeva tudi že rešena. Tudi ni izkazano, da bi širjenje zvočnih posnetkov lahko negativno vplivalo na učinkovito izvrševanje sodne oblasti. Sodna obravnava je bila javna in prizadeti udeleženci se niso pritožili zaradi posega v pravico do govora, čeprav so imeli ustrezna pritožbena sredstva v skladu z notranjo zakonodajo. Glasovi udeležencev so bili popačeni, da bi se tako preprečila njihova prepoznavnost.

1.7 Odločbe s področja svobode izražanja na spletnih portalih, internetu, elektronski pošti (10. člen EKČP – pravica do izražanja)

Zelo odmevna, pa tudi prelomna je bila odločitev v zadevi **Delfi AS proti Estoniji.** [62] ESČP se je prvič ukvarjalo z vprašanjem odgovornosti za na spletni strani izražena

61 Št. 48718/11 z dne 22. 3. 2016.
62 Št. 64569/09 z dne 16. 6. 2015.

mnenja uporabnikov. Pritožnik je lastnik enega največjih novičarskih spletnih portalov v Estoniji. V letu 2006 so na portalu objavili članek o ukrepih trajektnega prevoznika, ki je zaradi preusmeritve voznih poti ladij načel led, zaradi česar prebivalci niso mogli več uporabljati določenih zaledenelih površin morja za dostop z drugimi prevoznimi sredstvi do bližnjih otokov. Na članek se je odzvalo veliko število anonimnih bralcev, ki so v komentarjih grozili in žalili lastnika omenjenega podjetja, uporabljali so tudi sovražni govor. Lastnik prevoznega podjetja je v odškodninski pravdi zoper pritožnika uspel in mu je bilo prisojenih 320 evrov.

ESČP ugotovi, da je pritožba nedopustna, in zapiše, da ni vprašljiva domača ureditev, ki predvideva odgovornost urednika ekonomsko usmerjenega spletnega portala, ki omogoča objavo na prvi pogled protipravnih komentarjev. Kot profesionalni založnik je bil pritožnik sposoben oceniti tveganja, povezana z objavami, in tudi pravne posledice, ki bi bile z objavami povezane. Objavljeni komentarji so bili objavljeni kot reakcija na pred tem objavljen pritožnikov članek, pomembni okoliščini sta predstavljala profesionalna in komercialna narava pritožnikovega portala ter njegov ekonomski interes za objavo komentarjev, pri čemer je imel le pritožnik tehnične možnosti omejiti ali izbrisati posamezne komentarje. Zato ni predstavljal le pasivnega, tehničnega ponudnika storitve. Anonimnost internetnih uporabnikov je vrednota, ki mora biti uravnotežena s pravicami in interesi drugih. ESČP opozarja na sodbo SEU C-236/08 do C-238/08 (Google France), katere nosilni stavek je, da posameznikove temeljne pravice vedno prevladajo nad ekonomskim interesom upravitelja brskalnika in interesi drugih uporabnikov interneta. V konkretnem primeru ni bila zagotovljena učinkovita možnost identifikacije avtorjev komentarjev, ki bi žrtvi sovraženega govora omogočila vložiti tožbo zoper avtorja komentarja. Zato je pravilno stališče domačega sodišča, da žrtev lahko toži neposrednega avtorja komentarja in tudi pritožnika. Veliki spletni založniki imajo bistveno večje in učinkovitejše možnosti preprečiti ali odstraniti nedovoljene komentarje, kot jih imajo potencialne žrtve sovražnega govora za stalno spremljanje objav na internetu. Ukrepi, ki jih je izvedel pritožnik, niso bili zadostni, saj so bili komentarji na spletni strani kar šest tednov. Prisojena odškodnina 320 evrov je nesorazmerna s kršitvami, ki so jih ugotovila nacionalna sodišča; zaradi postopka pritožnik tudi ni spremenil poslovnega modela. Ugotovitev pritožnikove odgovornosti je utemeljena na zadostnih in razumnih temeljih ter ni ustvarila nesorazmernega posega oziroma omejitve v pritožnikovo pravico oziroma svobodo izražanja.

V zadevi **Magyar Tartalomszolgaltatok Egyesülete in Index.hu Zrt proti Madžarski**[63] je ESČP prav tako obravnavalo problematiko objektivne odgovornosti internetnega portala za objavljene komentarje tretjih oseb in zavzelo drugačno stališče oziroma sprejelo drugačno odločitev ob upoštevanju tudi drugačnih pravno odločilnih okoliščin, kot v prejšnji zadevi Delfi AS proti Estoniji. Odločba je zanimiva, ker so zelo natančno opisani kriteriji, ki so vodili ESČP pri ugotavljanju, ali je podana očitana kršitev.

Prvi pritožnik je samoregulatorni organ za posrednike internetnih vsebin, drugi pritožnik pa je lastnik internetnega novičarskega portala. Oba omogočata, da uporabniki komentirajo objavljene vsebine. Komentiranje je omogočeno tistim

63 Št. 22947/13 z dne 2. 2. 2016.

uporabnikom, ki se registrirajo. Nad komentarji ne bdi noben urednik. Na portalu je objavljeno, da komentarji ne predstavljajo mnenj pritožnikov, hkrati pa portal omogoča s komentarjem prizadeti osebi, da zahteva, da se ta odstrani *(notice and take-down system)*. Februarja 2010 je prvi pritožnik objavil mnenje o dveh nepremičninskih spletnih portalih, poln tekst pa je bil objavljen na portalu drugega pritožnika. Že prva objava mnenja je spodbudila komentarje, ki so kritizirali nepremičninske spletne strani na slabšalen način. Zato je podjetje, ki je upravljalo nepremičninska portala, v civilnem postopku od obeh pritožnikov zahtevalo odškodnino zaradi razžalitve. Pritožnika sta nemudoma odstranila žaljive komentarje s svojih spletnih strani. Kljub temu so domača sodišča odločila, da sta pritožnika objektivno odgovorna za vsebino svojih publikacij, in jima naložila plačilo stroškov.

ESČP je odločilo, da je podana kršitev 10. člena EKČP, in navedlo naslednje nosilne razloge: treba je bilo ugotoviti, ali so domača sodišča pri odločitvi pravilno ugotovila sorazmerje med pravico pritožnikov do svobodnega izražanja in pravico oškodovanih podjetij iz 8. člena EKČP (pravico do ugleda). ESČP je upoštevalo kriterije vodilnega primera Delfi AS proti Estoniji, in sicer: a) kontekst objavljenih komentarjev: komentarji so se nanašali na domnevno neetično in zavajajočo poslovno prakso dveh nepremičninskih spletnih portalov, zoper podjetji, ki sta upravljali s portaloma, pa so že tekli postopki pred organom za varstvo pravic potrošnikov; komentarji bi se tako lahko šteli kot zadeva javnega interesa; objavljeni članek ni nasprotoval dejanskim okoliščinam niti ni spodbujal žaljivih komentarjev; domača sodišča niso posvetila nobene pozornosti dejstvu, ali in če da, koliko sta oškodovanca oziroma njuna ravnanja sama prispevala k nastanku komentarjev; b) vsebina komentarjev: domača sodišča so komentarje ocenila kot nerazumno žaljive in ponižujoče, vendar pa uporaba vulgarnih fraz ni bila odločilna ter bi bilo treba upoštevati specifično raven in način komunikacije na določenih spletnih portalih; uporabljene besede in fraze, čeprav na nizki stilistični stopnji, so na nekaterih portalih običajne, zato je njihov učinek sam po sebi zmanjšan; c) odgovornost avtorjev komentarjev: domača sodišča so ugotovila, da sta pritožnika odgovorna za razširjanje žaljivih izjav, ne da bi se pri tem posvetila razmejitvi odgovornosti avtorjev komentarjev in pritožnikov: pa tudi, če bi bila sprejemljiva analiza domačih sodišč, je to težko umestiti znotraj načelnega izhodišča prakse ESČP, da morajo biti podani »posebno utemeljeni razlogi«, da se ugotovi novinarjeva odgovornost zaradi omogočanja širjenja izjav tretjih oseb; d) ukrepi pritožnikov in ravnanje oškodovanih podjetij: pritožnika sta takoj po tem, ko sta izvedela, da sta oškodovanca sprožila civilni postopek, sporne komentarje odstranila s portala; prav tako sta sistemsko poskrbela za njihovo odstranitev in jasno razvidnost, da komentarji ne predstavljajo stališča samega portala: kljub tem ukrepom so domača sodišča ugotovila odgovornost pritožnikov, ker sta dovoljevala »nefiltrirano« objavo komentarjev, tako stališče pa meji na pretirano in nepraktično zahtevo po vnaprejšnjem pregledu, kar bi spodkopalo svobodo do nepristranskih informacij po internetu. Oškodovani podjetji pred začetkom sodnega postopka tudi nista zahtevali odstranitve komentarjev, pač pa sta takoj uporabili sodno varstvo; e) posledice za oškodovani stranki in za pritožnika: ogrožen je bil ugled poslovnega subjekta, pravne osebe in ne fizične osebe, ki uživa bistveno večji nivo varstva; objavljeni komentarji kakšne večje škode niso mogli povzročiti, saj so ob objavi člankov zoper oškodovanca že tekli postopki zaradi varstva pravic potrošnikov; prav tako oškodovani podjetji nista dokazali, da bi prav sporni komentarji povzročili pravno priznano škodo; čeprav pritožnikoma ni bilo naloženo plačilo odškodnine za

nepremoženjsko škodo, to dejstvo ne izključuje morebitne poznejše obsodbe glede na ugotovljeno odgovornost. Odločilni element je ugotovitev obstoja objektivne odgovornosti za komentarje tretjih oseb, kar bi lahko imelo nepredvidljive negativne učinke za internetni portal, npr. zahtevo, da se v celoti onemogoči komentiranje objavljenih vsebin, kar bi lahko imelo omejujoč učinek na svobodo izražanja na internetu in bilo uničujoče za nekomercialne spletne strani. Komentarji niso vsebovali sovražnega govora in niso pozivali k neposrednemu fizičnemu nasilju. Ob obstoju ustreznih učinkovitih in hitrih možnosti za odstranitev spornih komentarjev s spletnih strani drugi ukrepi za ohranitev dobrega imena oziroma ugleda oškodovanih podjetij, predvsem pa sodno posredovanje, niso bili potrebni.

V zadevi **Barbulescu proti Romuniji**[64] pa je bila obravnavana drugačna tematika, in sicer nadzor zaposlenega glede uporabe interneta na delovnem mestu in uporaba tako pridobljenih podatkov v postopku odpovedi delovnega razmerja. Pritožnik je na zahtevo delodajalca namestil aplikacijo za izmenjavo sporočil Yahoo messenger in ustvaril službeni račun, da bi urejal vprašanja strank glede njihovih produktov in ostalo komunikacijo s strankami. Delodajalec ga je obvestil, da so nadzirali uporabo njegove aplikacije in ugotovili, da ga je uporabljal tudi v zasebne namene, kar je v nasprotju s pravilnikom podjetja, v katerem je bilo določeno, da je prepovedano motenje reda in discipline v službenih prostorih ter še zlasti uporabljati računalnike, tiskalnike, telefone, teletekste ali fakse za zasebne namene. Delodajalec je pritožnika že pred tem opozoril in mu tudi napovedal nadzor njegovih sporočil. Pritožnik je bil odpuščen zaradi kršitve pravilnika podjetja in je vložil na sodišče tožbo zaradi kršitve pravice do zasebnosti, vendar v postopkih ni uspel.

ESČP je ugotovilo, da je pritožba nedopustna. Sicer poudarja, da je treba pričakovanje zasebnosti spoštovati. Telefonski klici, elektronska pošta in druge informacije, ki nastanejo v zasebni uporabi spleta, tako še spadajo v polje zasebnosti in dopisovanja v smislu 8. člena EKČP. Brez opozorila se lahko izvaja le določen nadzor, delavec pa uživa upravičeno pričakovanje zasebnosti pri komuniciranju na delovnem mestu (podobno v zadevi *Halport in Copland proti Združenemu kraljestvu,* št. 62617700 z dne 3. 4. 2007) oziroma glede osebnih stvari na delovnem mestu (podobno v zadevi *Peev proti Bolgariji,* št. 64209/01 z dne 26. 7. 2007). V konkretnem primeru je pritožnik ravnal v nasprotju s pravilnikom; uporabil je službeni račun Yahoo messenger, ki je bil namenjen komuniciranju s strankami. Delodajalec je domneval, da delavec uporablja aplikacijo za službene zadeve, nadzor pa je opravil, da bi preveril kakovost komuniciranja s strankami. Nadzor je bil omejen in sorazmeren, saj ni nadziral oziroma preiskoval drugih podatkov ali dokumentov na delavčevem računalniku, zaseženi so bili le podatki iz računa Yahoo messenger in ne drugi podatki oziroma dokumenti. Ravnal je v skladu z domačo delovnopravno zakonodajo in uporabil z zakonom dovoljene disciplinske ukrepe.

Odločba torej ne omogoča zaključka, da ima delodajalec pravico pregledovati delavčevo elektronsko pošto brez ustrezne pravne podlage oziroma, ravno nasprotno, načeloma je njeno nadzorovanje in preiskovanje prepovedano oziroma mora biti povezano z delavčevimi dolžnostmi v okviru delovnega razmerja.

64 Št. 61496/08 z dne 12. 1. 2016.

2 SKLEP

Predstavljene odločbe ESČP nedvomno kažejo, da je ESČP res v »obdobju subsidiarnosti«, da torej prepušča državam članicam oziroma njihovim pravnim ureditvam skoraj na vseh področjih, ki jih ureja EKČP, po navadi kar široko polje proste presoje tudi na zelo občutljivih področjih (kot je na primer varstvo življenja, ki pa ga razlaga tudi v okviru domače pravne ureditve ob upoštevanju volje bolnika, ki ga želi zaključiti). Le v enem predstavljenem primeru ni upoštevalo domače zakonodajne ureditve, pa še to zato, ker je ta nasprotovala mednarodnemu pravnemu aktu, ki je državo zavezoval (R.S. proti Poljski). Po drugi strani je iz predstavljenih odločb razvidno, da ESČP tudi ocenjuje, ali je država uporabila svoje notranje pravo dosledno ter ali ga je razlagala tudi v luči načel, ki izhajajo iz določb EKČP in ki varujejo konvencijsko varovane pravice (upošteva torej tudi že prej omenjeno pravilo četrte instance). Zato je poznavanje judikature ESČP oziroma njeno spremljanje tudi za naš pravosodni sistem izjemno pomembno.

LITERATURA:

- Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention> (9. 2. 2016)
- Pravno informacijska baza HUDOC: <http://hudoc.echr.coe.int >
- http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN.....FRA.pdf. http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN.....ENG.pd.
- <www.echr.coe.int/Document/Seminar background paper 2015 ENG.pdf> <www.echr.coe.int/Document/Seminar background paper 2015 FRA.pdf> (9.2.2016)
- html.http://www.lemonde.fr/fin-de-vie/article/2016/03/10/affaire-vincent-lambert-son-épouse designée tutrice 4880123_1655257.
- De Codt, J. Network of the presidents of the Supreme Judicial Courts of European Unit, Dublin Conference, 26. do 27. 11. 2015, Introductory report, Relationship of the National Courts with the European Court of human rights. *Neobjavljeno.*
- Florjančič, D. *Sodnikov informator*, št. 10/2016, str. 11–13.
- Galič, A. Pravica do sodnega varstva v novejši praksi Evropskega sodišča za človekove pravice. *Pravosodni bilten*, 2013, letn. 34, št. 4, str. 83–113.
- Horvat, V. *Sodnikov informator*, št. 10/2016, str. 13–15.
- Vilfan Vospernik, A. Svoboda izražanja odvetnikov v sodni dvorani in zunaj nje v sodni praksi ESČP. *Odvetnik*, št. 5/2015, str. 51–54.
- Čeferin, R. Svoboda izražanja odvetnikov v sodni dvorani in zunaj nje. *Odvetnik*, št. 5/2015, str. 43–46.

PREDSTAVITEV DVEH PRIMEROV KAZNIVEGA DEJANJA NASILJA V DRUŽINI[1]

Marjeta Kreča
okrožna državna tožilka svétnica
Okrožno državno tožilstvo v Celju

1 UVOD

V prispevku sta prikazani dve sicer samostojni kazenski zadevi, ki nazorno obravnavata dinamiko nasilja v isti družinski skupnosti. Obdolženec je nad oškodovanko, sicer svojo zunajzakonsko partnerico, izvajal psihično, fizično in spolno nasilje. Ker sta bili njegovih udarcev deležni tudi hčerki, hkrati pa sta bili priči nasilju, ki ga je obdolženec dlje časa izvajal nad njuno mamo, je bilo v tem delu njegovo ravnanje prepoznano kot kaznivo dejanje zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja.

Kazenski zadevi, opisani v nadaljevanju prispevka, nazorno prikazujeta disfunkcionalen odnos med obdolžencem in oškodovanko. Medtem ko je obdolženec kontinuirano izvajal hudo fizično in psihično nasilje nad oškodovanko, občasno tudi nad drugimi osebami, je oškodovanka izoblikovala tipične obrambne mehanizme žrtve – popolno podrejenost in prilagoditev nasilnemu partnerju, občasno celo opravičevanje njegovih nasilnih ravnanj. V takem odnosu med obdolžencem in oškodovanko je nazorno izkazan bistveni element kaznivega dejanja nasilja v družini, to je spravljanje žrtve v podrejen položaj z določenim storilčevim nasilnim ravnanjem, ki je že postalo njegov vedenjski vzorec.

2 PREDSTAVITEV OBDOLŽENCA IN OŠKODOVANKE

V zunajzakonski skupnosti živita že od leta 2004. Sta starša dveh hčera, zdaj starih deset in osem let. Oškodovanka ima iz prejšnje zveze sina, ki živi pri njeni mami, zato ji obdolženec pogosto očita, da je slaba mati. Očitna je razlika v stopnji njune izobrazbe, saj je oškodovanka profesorica razrednega pouka, ki poučuje na osnovni šoli, obdolženec pa kuhar, nezaposlen, do zdaj ima le eno leto delovne dobe. Oškodovanka je pet let starejša od obdolženca. Izpisek iz kazenske evidence zanj izkazuje obsežno predkaznovanost, in sicer tako za kazniva dejanja zoper tuje premoženje, zoper javni promet in tudi za kazniva dejanja z elementi nasilja. Zaradi izvajanja psihičnega in fizičnega nasilja nad oškodovanko ga je ta že pred letom 2011 večkrat naznanila policiji, vendar se je potem vedno »potegnila nazaj«. Ves čas trajanja njune zunajzakonske skupnosti je bil obdolženec bolestno

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Posvetu o izvedenstvu kliničnih psihologov pri kaznivem dejanju nasilju v družini, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekal 26. maja 2016 v Ljubljani.

ljubosumen. Dnevno je spil velike količine vina (po oškodovankinih navedbah 2 litra). Policisti so obdolžencu v navedenem obdobju, torej med letoma 2004 in 2011, dvakrat izrekli ukrep prepovedi približevanja oškodovanki. V letu 2011 so na Okrožno državno tožilstvo v Celje zoper njega podali tri kazenske ovadbe, in sicer dvakrat zaradi kaznivega dejanja lahke telesne poškodbe po prvem in drugem odstavku 122. člena Kazenskega zakonika (KZ-1)[2], enkrat pa zaradi kaznivega dejanja nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1. Na podlagi teh kazenskih ovadb je bila zoper obdolženca vložena zahteva za preiskavo zaradi utemeljenega suma, da je storil na škodo svoje zunajzakonske partnerice kaznivo dejanje po prvem odstavku 191. člena KZ-1. Ker je oškodovanka v preiskavi sprejela pravno dobroto in odklonila pričanje zoper obdolženca, je državni tožilec zaradi pomanjkanja dokazov odstopil od nadaljnjega postopka[3].

V takem medpartnerskem odnosu je oškodovanka razvila obrambne mehanizme, tako da je obdolženčeve žaljive pripombe in obtožbe ter konstantno »šolanje« preslišala, ni mu hotela ugovarjati in se ni »postavila zase«. Tudi ko je razbijal in uničeval stvari v stanovanju, ni komentirala. Podredila se mu je v celoti.

3 PREDSTAVITEV PRIMEROV

V nadaljevanju sledi predstavitev v uvodu omenjenih praktičnih primerov. Čeprav sta obe kazenski zadevi pravnomočni, sem zaradi varovanja osebnih podatkov izpustila osebna imena obdolženca, oškodovanke in njunih hčera ter naslov njihovega prebivališča.

3.1 Prvi primer[4]

Prvič po letu 2011 je obdolženec oškodovanko fizično napadel 1. 8. 2013, in sicer na javnem kraju in v navzočnosti obeh mladoletnih hčera. Pri tem jo je tudi poškodoval po obrazu. Policisti so intervenirali, mu odvzeli prostost in ga 3. 8. 2013 s kazensko ovadbo privedli k dežurnemu preiskovalnemu sodniku. Obdolžencu so očitali storitev kaznivega dejanja nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1 ter dveh kaznivih dejanj zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po drugem in prvem odstavku 192. člena KZ-1. Opis kaznivih dejanj, ki so bremenila obdolženca, bom predstavila v nadaljevanju prispevka, v okviru vsebine naše zahteve za preiskavo.

3.1.1 Zagovor obdolženca

V zagovoru pri dežurnem preiskovalnem sodniku je obdolženec najprej zanikal kakršno koli izvajanje fizičnega nasilja nad hčerama. Po predočitvi določenih historičnih dogodkov pa je svoje ravnanje minimaliziral in ga opravičeval z vzgojnimi ukrepi. Dogodke med njim in oškodovanko, razen tistega z dne 1. 8. 2013, sta po njegovi oceni hčerki zaznali slučajno, ko sta se sprehajali po stanovanju. Glede

2 Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/2008, 66/2008.
3 Okrožno državno tožilstvo (ODT Celje), opr. št. Kt 2376/2011.
4 Okrožno sodišče v Celju (OŽS Celje), opr. št. II K 36466/2013.

nasilja nad oškodovanko svojo zunajzakonsko partnerico je obdolženec pojasnil, da ni bilo tako hudo, kot se mu očita. Oškodovanke ni udaril, res pa je, da sta se dvakrat hudo sprla ter ji je očital nezvestobo in da ima ginekološke težave zato, ker jo drugi božajo. Očital ji je, da je kurba, da ima »noge narazen«, jo žalil, da je prasica, kar ji je govoril več ur skupaj. Priznal je, da je občasno povzdigoval glas nad njo, da ji je očital, da stanovanja ne čisti dovolj dobro, da je loputal z vrati tako, da je odpadal omet, vendar pa sta bila ob takem ravnanju po navadi sama. Priznal je, da uživa alkoholne pijače in da je pod vplivom alkohola ljubosumen. Glede dogodka na avtocesti dne 1. 8. 2013 je obdolženec v zagovoru povedal, da očitki iz kazenske ovadbe v celoti držijo. Njegov namen ni bil poškodovati oškodovanko. Dogodek je obžaloval. Dnevno sta se pogovarjala o njegovem vedenju. Povedala mu je, da je zaradi njegovega nasilnega in žaljivega ravnanja prizadeta, nikoli pa, da se ga boji. Pripravljen se ji je opravičiti, poiskati strokovno pomoč, da bi z oškodovanko rešila svoje probleme. Sicer se imata rada, živita mirno družinsko življenje. Kadar nista skupaj, pogrešata drug drugega. Za »incidente« sta kriva njegovo uživanje alkoholnih pijač in ljubosumje. Strokovnega svetovanja na centru za socialno delo nista sprejela, saj sta ocenila, da sta svoje težave sposobna rešiti sama.

3.1.2 Narok po 204. a členu Zakona o kazenskem postopku (ZKP)[5]

Na naroku po 204. a členu ZKP je okrožna državna tožilka dežurnemu preiskovalnemu sodniku predlagala, naj zoper obdolženca odredi pripor iz razloga ponovitvene nevarnosti po 3. točki prvega odstavka 201. člena ZKP, svoj predlog je tudi ustrezno obrazložila. Vendar pa dežurni preiskovalni sodnik takemu predlogu državne tožilke ni sledil, ampak je obdolžencu izrekel ukrep prepovedi približevanja oškodovanki in njihovi stanovanjski hiši, skladno s 195. a členom ZKP.

3.1.3 Zahteva za preiskavo[6]

Zoper obdolženca je okrožna državna tožilka na Okrožno sodišče v Celju podala zahtevo za preiskavo zaradi utemeljenega suma, da je storil:

1. kaznivo dejanje nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1;
2. dve kaznivi dejanji zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po drugem in prvem odstavku 192. člena KZ-1,
   tako, da je:
   1. v družinski skupnosti s svojo zunajzakonsko partnerico v času od oktobra 2011 do 1. 8. 2013 grdo, boleče in ponižujoče ravnal ter jo v skupnosti s tem spravljal v podrejen položaj, s tem da:

   a) ji je na naslovu prebivališča, kjer živita z otrokoma – mladoletnima hčerkama:

   - večkrat očital, ker nima pri sebi sina, da ni dobra mama, da ne zna poskrbeti zanj;
   - večkrat očital, da ga vara z drugimi moškimi, da ima zaradi tega ginekološke težave, da so jo drugi božali, da se pusti vsakemu »šlatati«, kar ji je govoril vpričo otrok, če pa je prišla iz službe nekaj minut prepozno ali se je morala

5 Zakon o kazenskem postopku (ZKP) – UPB4 (Uradni list RS, št. 32-1700/07).
6 ODT Celje, opr. št. Kt 7862/2013.

vrniti v službo, ji je prav tako očital, da ima drugega moškega, in jo žalil, da je kurba, da ima »noge narazen« in da se »goni« z drugimi moškimi;

- pogosto vpričo otrok povzdigoval glas nad njo in jo žalil, da je prasica, kar ji je enkrat govoril tudi več ur skupaj, žaljive besede pa je večkrat ponavljal;
- vpričo otrok očital, da ni dovolj dobro pospravila kuhinje, nato pa vrgel krožnik po tleh, da se je razbil;
- pogosto, ko je delala cel dan in je bila že utrujena, v večernih urah očital, da ne čisti dovolj dobro, v kuhinji odmaknil elemente in štedilnik od stene ter kričal nad njo, če ne vidi umazanije, v kopalnici pa iz omarice zmetal vse predmete, da so padli po tleh in se razbili;
- pogosto vpričo otrok večkrat zaporedoma loputal z vrati, da je nad njimi celo odpadel omet, brcal z nogami v drevo in balkonsko ograjo;

b) jo je 1. 8. 2013 okoli 19.50 med vožnjo s hčerkama po avtocesti »šolal« glede načina njene vožnje in žalil, ji očital, da ima ljubimca, kar ve, saj pregleduje njene spodnje hlačke, in to vidi, nato pa ponorel, izstopil iz vozila, ki se je počasi premikalo. Ko pa je oškodovanka zapeljala na izvoz za center mesta in počakala, da je prišel do roba ceste, je odprl vrata avtomobila in vpil nanjo: »Povej, kdo je, povej, kdo je!«, nato trikrat močno zaloputnil z vrati. Ko pa je iz strahu speljala nekaj metrov naprej, je ponovno pristopil do vozila pri njenih vratih in zahteval, da bo on vozil. Ker mu tega ni dovolila, je boksnil z roko v steklo sprednjih levih vrat vozila, pri čemer je s pestjo roke zadel tudi v predel njenega levega očesa in gornjega dela nosnega korena, delci stekla pa so prileteli vanjo, zaradi česar je krvavela po obrazu in vratu in dobila poleg bolečin tudi opraskanine v okolici levega očesa. Ko je takoj za tem speljala, pa je tekel za njo vse do kraja, kjer je počakala, in so mu policisti preprečili, da nadaljuje z napadom nanjo,

- s takim ravnanjem pa je zunajzakonsko partnerico, nad katero je že v preteklosti večkrat izvajal fizično in psihično nasilje, spravljal v podrejen in ponižujoč položaj ter v hudo stisko, saj je bila prestrašena, prizadeta in psihično uničena, ker se mu ni mogla in znala upreti ter je zato, ker se ni hotela z njim prepirati, raje potrpela, se mu podredila in se vedla tako, da je bilo njemu prav, očitki in žalitve, ki jih je izrekal tudi vpričo otrok, pa so jo zelo boleli in prizadeli, zaradi česar je pogosto jokala, prizadeto pa je bilo tudi njeno osebno dostojanstvo;

2. je kot starš hudo kršil svoje dolžnosti do mladoletnih hčera in z njima surovo ravnal, s tem da je nasilje nad svojo zunajzakonsko partnerico, opisano pod 1. točko, izvrševal tudi v navzočnosti njunih mladoletnih hčera, ki sta bili ob tem prestrašeni in sta jokali, poleg tega pa je v času od neugotovljenega dne od januarja 2010 do 1. 8. 2013 z njima surovo ravnal s tem, da je večkrat kričal nad njima, ju večkrat udaril z roko po nogah in riti, tudi s šibo, da se je zaradi udarca starejši hčerki poznala rdečica na nogah in jo je bolelo, mlajšo hčerko pa je udaril s pasom v predel nog, obe večkrat potegnil za lase, s čimer jima je poleg bolečin povzročil tudi močne občutke strahu in ogroženosti, saj sta jokali, s takim ravnanjem pa je ustvaril stanje resne in trajne ogroženosti vzgoje in njunega osebnostnega razvoja.

3.1.4 Preiskava

S sklepom z dne 6. 8. 2013 je sodišče zoper obdolženca uvedlo preiskavo zaradi zgoraj navedenih kaznivih dejanj.

Že 22. 8. 2013 je okrožni državni tožilec vložil zahtevo za razširitev preiskave zoper obdolženca zaradi kaznivega dejanja nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1, saj je v času trajanja ukrepa prepovedi približevanja oškodovanki 21. 8. 2013 obdolženec prišel k njej domov in jo ponovno fizično napadel. Glede na tako ravnanje mu je bil 22. 8. 2013 odrejen pripor iz razloga ponovitvene nevarnosti po 3. točki prvega odstavka 201. člena ZKP.

V preiskavi je bila zaslišana oškodovanka, prav tako tudi nekaj prič, vendar izpostavljam le izpovedbo oškodovanke. Ta je najprej poudarila, da se imata z obdolžencem zelo rada, da se ta za dejanja že kesa, da ga ona ne bi rada prikrajšala za družinsko življenje. Vzrok za partnerjevo nasilno ravnanje vidi v njegovem pitju alkoholnih pijač, ko se zaradi tega ne zna obvladati in svojega ravnanja nima v oblasti. Ko ji je leta 2011 obljubil, da je ne bo tepel, se je tega držal in je v primeru izbruhov jeze reagiral tako, da je treskal z vrati, brcal v drevo in podobno. Kljub temu je še vedno hodil v gostinske lokale, kjer je pil z družbo. Ti so vedeli, da je ljubosumen, zato so ga izzivali, da je bil potem doma nasilen. Sicer pa je priča – oškodovanka potrdila vse očitke zoper obdolženca, kot so zapisani v kazenski ovadbi oziroma zahtevi za preiskavo. Ob koncu njenega zaslišanja v preiskavi jo je tam navzoči obdolženec spomnil na njun dogovor, da se bosta po njegovem prihodu iz pripora poročila, s čimer se je oškodovanka strinjala.

Sodišče je zaradi razjasnitve določenih vprašanj, ki se nanašajo na osebnost obdolženca in oškodovanke, na dinamiko njunega medsebojnega odnosa ter na okoliščine, ki bi lahko vplivale na obdolženčevo prištevnost v času storitve posameznih dejanj, odredilo izvedensko delo izvedencema klinične psihologije za obdolženca in oškodovanko ter izvedencu psihiatrične stroke za obdolženca. Tako je izvedenec klinične psihologije po pregledu spisovnega gradiva in opravljenem kliničnem pregledu obdolženca ugotovil, da so njegove intelektualne sposobnosti na ravni nizkega povprečja. Socialno adaptacijske težave so pri obdolžencu prisotne od otroštva, saj je bil že takrat nameščen v vzgojni zavod. Težje obvladuje življenjske frustracije in neugodnosti ter je manj zmožen prilagojenega ravnanja v takih situacijah. Nasilje pri obdolžencu je predvsem povezano z zlorabo alkohola. Obdolženec verbalno navaja, da se očitanih dejanj zaveda, jih priznava in obžaluje. Kot problem navaja ljubosumje, do alkoholne odvisnosti nima kritičnega odnosa. Pripravljen je sprejeti zdravljenje oziroma terapevtsko pomoč, saj bi rad ostal v družini. Po mnenju izvedenca obdolženec trpi za paranoidno osebnostno motnjo z izrazitejšimi disocialnimi značilnostmi, ki se ob zlorabi alkohola izrazito in škodljivo za socialno okolico manifestirajo v njegovem vedenju. Izvedenec še navaja, da je socialna adaptacija že razvojni problem pri obdolžencu. Glede na vedenjske težave, ki so pri njem prisotne že od otroštva, večkratno predkaznovanost in ponavljanje obravnavanega kaznivega dejanja, je mogoče sklepati o slabi socialni prilagojenosti. To potrjujejo tudi psihodiagnostični podatki, v katerih so izrazito poudarjene disocialne klinične osebnostne značilnosti. S partnerico oškodovanko imata disfunkcionalen partnerski odnos, v katerem se je partnerica podredila in razvila obrambni

mehanizem. Obdolženec zaradi nizke samopodobe, slabše razvitih adaptacijskih in odnosnih veščin in izrazito narcističnih značilnosti ni zmožen ustrezne partnerske komunikacije ter ga je strah, da bi bil zaradi pomanjkljivosti zapuščen in prevaran. Vse to ga vznemirja in nastale čustvene tenzije težko prenaša, zato se verjetno opija, s tem pa trenutno dobi notranjo moč in pogum za nasilno uveljavitev moči. Izvedenec prav tako navaja, da je obdolženec v treznem stanju prepričan, da je moč v medsebojnem odnosu na strani partnerice. K dejanjem so ga vodili vzgibi ljubosumja, ki izhajajo iz paranoidne osebnostne motnje.

Enako motnjo osebnosti je pri obdolžencu ugotovil izvedenec psihiater, ki je potrdil tudi obdolženčeve težave z uživanjem alkohola oziroma že prisotnost odvisnosti od alkohola. Izvedenec psihiater je zaradi alkoholiziranosti v času storitve posameznih dejanj, sindroma odvisnosti od alkohola in posledičnih osebnostnih sprememb ocenil, da so bile v kritičnem času pri obdolžencu sposobnosti razumeti posledice dejanj in obvladovati lastno ravnanje bistveno zmanjšane. Meni, da obdolženec potrebuje zdravljenje alkoholizma in je sam na to pripravljen. Na svojo partnerico oškodovanko je kljub opisanim osebnostnim potezam zelo navezan, kar je potrdila tudi sama.

Po odredbi sodišča je izvedenka klinične psihologije na podlagi analize spisovnega gradiva in po opravljenem kliničnem pregledu oškodovanke izdelala izvid in mnenje. Ugotovila je, da je oškodovanka razvila tipičen soodvisniški vedenjski vzorec, se partnerju popolnoma podredila in prilagodila. V tem na videz ljubečem in predanem, po več strokovnih kriterijih patološkem odnosu je prevzela vlogo rešiteljice in hkrati tudi žrtve. Začela je oblikovati močen obrambni mehanizem, s pomočjo katerega partnerjevo vedenje neprestano racionalizira, drobi na posamezna obdobja ter si tako ustvarja zamegljeno sliko o njunem odnosu in prav tako o njegovem domnevno nasilnem, ponižujočem in za njeno psihično stabilnost in osebnostni in čustveni razvoj otrok ogrožajočem vedenju. Obrambni mehanizem oškodovanke je tako močan, da še vedno ni sposobna v celoti dojeti in prepoznati posledic domnevnega dolgoletnega življenja v disfunkcionalni družinski skupnosti. Partnerja še naprej nekritično idealizira v odnosu do sebe in otrok. Izvedenka je še ugotovila, da je pri oškodovanki prisotna močna želja po ohranitvi tega odnosa, strah pred izgubo partnerja je večji od strahu pred ponovitvijo nasilja ter jo vodi tudi do bagatelizacije njegovega nasilnega ravnanja do hčera in sprejemanja fizičnega kaznovanja kot vzgojnega sredstva na tak način, kot naj bi ga izvajal obdolženec. Ob konkretnih dejanjih obdolženca je oškodovanka doživljala intenzivna čustva strahu in ogroženosti.

3.1.5 Obtožnica

Po končani preiskavi in ob upoštevanju ugotovitev mnenja izvedenca psihiatrične stroke, da je bil obdolženec v času storitve očitanih kaznivih dejanj zaradi sovpliva paranoidne osebnostne motnje in akutne alkoholiziranosti v stanju bistveno zmanjšane prištevnosti, je ODT v Celju zoper obdolženca vložilo obtožbo, in sicer zaradi kaznivega dejanja nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1 v zvezi s tretjim odstavkom 29. člena KZ-1 in zaradi dveh kaznivih dejanj zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po drugem in prvem odstavku 192. člena v zvezi s tretjim odstavkom 29. člena KZ-1.

3.1.6 Predobravnavni narok po 285. a–c členu ZKP[7]

Na predobravnavnem naroku, ki se je vršil 27. 11. 201 pred Okrožnim sodiščem v Celju, je obtoženec priznal krivdo za očitana kazniva dejanja.

3.1.7 Narok za izrek kazenske sankcije po 285. č členu ZKP[8]

Sodišče je presodilo, da so izpolnjeni pogoji za priznanje krivde, in s sklepom sprejelo odločitev o obtoženčevem priznanju.

Obtožencu je izreklo pogojno obsodbo z varstvenim nadzorom, v okviru katere mu je določilo kazen:

- za kaznivo dejanje nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1 v zvezi s tretjim odstavkom 29. člena KZ-1 6 (šest) mesecev zapora;
- za kaznivi dejanji zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja po drugem odstavku 192. člena KZ-1 v zvezi s tretjim odstavkom 29. člena KZ-1 za vsako dejanje po 7 (sedem) mesecev zapora.

Po 3. točki drugega odstavka 53. člena KZ-1 je obtožencu nato določilo ***enotno kazen 1 (eno) leto in sedem mesecev zapora, ki pa ne bo izrečena, če obtoženec v preizkusni dobi treh let po pravnomočnosti te sodbe ne bo storil novega kaznivega dejanja***.

Na podlagi 64. člena KZ-1 je sodišče obtoženemu izreklo ***ukrep varstvenega nadzora*** za čas dveh let, po svetovalcu, ki ga bo določilo sodišče, v okviru varstvenega nadzorstva pa je sodišče odredilo še naslednji ***navodili po 1. in 2. točki tretjega odstavka 65. člena KZ-1***, po katerem se mora ravnati obtoženi:

- zdravljenje v ustreznem zdravstvenem zavodu, in sicer ob podanem soglasju obtoženca zdravljenje odvisnosti od alkohola, in
- obiskovanje ustrezne poklicne, psihološke ali druge posvetovalnice.

13. 1. 2014 je sodišče s sklepom obtožencu določilo svetovalca in opredelilo njegove naloge, vendar zaradi storitve novih kaznivih dejanj obtoženca nad isto oškodovanko s sodbo določeni navodili nista bili realizirani.

3.2 Drugi primer[9]

Zaupanje, ki ga je obdolžencu izkazalo sodišče z izrečeno pogojno obsodbo z varstvenim nadzorom in navodili, ni doseglo pričakovanega pozitivnega učinka. Tri dni po tem, ko se je vrnil domov iz pripora, je že prvič udaril oškodovanko. Ni prenehal s pitjem alkohola, še vedno je bil bolestno ljubosumen. Vse obljube in zagotovila, podane oškodovanki in sodišču v prejšnjem kazenskem postopku, so bile očitno hitro pozabljene. Izvedel je namreč, da ga je oškodovanka, med tem ko

7 ZKP z novelo ZKP - K (Uradni list RS, št. 91-3914/11, 11. november 2011).
8 ZKP z novelo ZKP - K (Uradni list RS, št. 91-3914/11, 11. november 2011).
9 OŽS Celje, opr. št. V K 15050/2014.

je bil v priporu, kar trikrat prevarala, in sicer enkrat prek spletne kamere, dvakrat pa v avtomobilu. To je pri njemu podžgalo že prej obstoječe ljubosumje in nasilje v odnosu do oškodovanke, ki se je stopnjevalo in doseglo vrhunec 5. in 6. 4. 2014, ko je oškodovanka, v strahu za svoje življenje, z zvijačo uspela po telefonu doklicati policijo. Policisti so obdolžencu ponovno odvzeli prostost in ga 7. 4. 2014 s kazensko ovadbo privedli k dežurni preiskovalni sodnici. Ta je obdolžencu predstavila očitke iz kazenske ovadbe, in sicer v smeri storitve kaznivega dejanja nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1 in kaznivega dejanja spolnega nasilja po četrtem odstavku v zvezi s prvim odstavkom 171. člena KZ-1. Tako naj bi obdolženec v času od 30. 11. 2013 do 6. 4. 2014:

1. od 30. 11. 2013 do 6. 4. 2014 svojo zunajzakonsko partnerico (oškodovanko) večkrat udaril, jo žalil s kurbo in prasico ter ji pljuval v obraz, ji večkrat očital, da ga vara in da je slaba mama, ter jo nadziral, kaj počne in kje je, tako jo je:

- 30. 11. 2013 udaril in potisnil v steno;
- 24. 12. 2013 s plosko roko udaril po obrazu;
- neugotovljenega dne februarja 2014 v stanovanju skupnega znanca, pri katerem sta bila na obisku, prišel za njo v stranišče in ji slekel oblačila ter od nje zahteval spolni odnos, čeprav si tega ni želela;
- pregledoval njeno pošto in Facebook, marca 2014 od nje zahteval, da se mu v šoli, kjer je zaposlena kot učiteljica, med šolskimi odmori javlja na telefon in z njim komunicira po elektronski pošti, klical je tudi ravnateljico v šolo in ji naročil, da naj kontrolira zaposlene, kaj počnejo v službi in zunajzakonsko partnerico s temi dejanji nadziral, saj je želel ves čas vedeti, kje je in kaj počne;
- 2. 4. 2014 zmerjal s kurbo in prasico ter ji večkrat pljunil v obraz;
- 5. 4. 2014 na planinskem pohodu, v podvozu pri avtocesti, vpričo hčerk žalil, da je prasica in kurba, da ne bo nikoli boljša, jo potisnil v steno, vlekel za lase in jo dvakrat močno udaril po nosu, da ji je tekla kri;
- ponoči s 5. na 6. 4. 2014 pred hišo zagrabil in potisnil ob steno, ji dejal, da je izvedel, kakšna prasica, da je, jo večkrat udaril v glavo, prijel za lase in butnil v avto, zagrozil, da jo bo ubil, jo zagrabil za vrat in stiskal, da je bila brez sape, jo večkrat prijel za lase in jo vlekel in metal po tleh, če mu je poskušala pobegniti, se je vrgel nanjo in jo ponovno zbil na tla, jo vlekel proti mestu, kjer se je nahajala sekira, in ji zagrozil, da ji bo »odsekal bučo in jo obesil na brajde«, nato jo z zobmi zgrabil za žilo na vratu in ji dejal, da jo je treba tepsti, da naj jo 100 »pofuka«, da bo trpela, ji strgal pižamo in zahteval, da se »zrajca, da ji bo prišlo«, ji dejal, da jo bo »poscal«, in ukazal, naj odpre usta, nato pa ji uriniral v usta in po njenem obrazu, od nje zahteval, naj mu pove, s kom ga vara, nakar jo je za lase zvlekel v hišo in zahteval, da po telefonu pokliče tistega, s katerim ga vara, pri čemer ji je pod pretvezo, da prav to počne, uspelo na pomoč poklicati policijo;
- z zgoraj opisanimi ravnanji ji je povzročal bolečine in modrice, v dogodku 5. 4. 2014 in v noči s 5. na 6. 4. 2014 pa tudi udarnine glave, nosu, obraza, obeh polovic prsnega koša, vratu, levega stegna, leve in desne roke in hrbta, odrgnine desnega komolca in vratu ter krvavitev iz nosu, kar so lahke telesne poškodbe, ter jo je tako spravljal v podrejen položaj in hudo stisko, saj je bila ponižana, prestrašena, prizadeta, psihično uničena in se mu ni mogla ali znala upreti;

2. uporabil silo proti svoji zunajzakonski partnerici in jo tako prisilil, da je trpela spolno dejanje, s tem da jo je neugotovljenega dne februarja 2014 po dejanju, opisanem pod 3. alinejo 1. točke izreka te obtožnice, na njunem domu vrgel na posteljo in od nje zahteval grob spolni odnos ter jo z roko večkrat močno udaril po levem stegnu, da so se ji pozneje poznale modrice, in proti njeni volji, čeprav se je upirala tako, da mu je govorila, da naj neha in ga brcala, potisnil prste v njeno nožnico in zadnjično odprtino.

3.2.1 Zagovor

Obdolženec je v zagovoru v pretežnem delu zanikal očitke iz obtožbe oziroma jih je minimaliziral. Tako je zanikal, da je oškodovanko že tri dni po prihodu iz pripora udaril. Bil je jezen, ne pa tudi nasilen. Najprej jo je hotel zapustiti, nato pa sta se dogovorila, da ostane. Zanikal je tudi, da naj bi jo 24. 12. 2013 zmerjal in z roko udaril po čeljusti. Takrat so se imeli lepo, čeprav sta se sprla. Glede dejanja v stanovanju skupnega znanca je pojasnil, da sta si oba v stranišču želela imeti spolni odnos. Če je oškodovanko res stisnil, tega ni naredil z namenom, da bi jo poškodoval. Potrdil pa je, da jo je klical v službo zjutraj in po pouku. Med glavnim odmorom sta kontaktirala po elektronski pošti, saj je izvedel, da ga je oškodovanka, ko je bil v priporu, prevarala med poukom. Prav tako je priznal, da je oškodovanki 2. 4. 2014, ko sta šla seznanit njegovo mamo, da se bosta razšla, na javnem kraju govoril, da je kurba in prasica, ter ji pljunil v obraz, vendar je takrat tudi ona zmerjala njega. Ko je opisoval dogajanje s 5. 4. 2014 med planinskim pohodom, je zanikal očitke iz kazenske ovadbe, da jo je udaril po nosu, tako da ji je tekla kri. Pojasnil je, da sta se takrat z glavama zaletavala drug v drugega in ji je zato tekla kri. V noči, ki je sledila, se je pripeljal z avtom domov in trobil tako, da je oškodovanka prišla iz hiše. Zanikal je, da ji je nato grozil s sekiro, ampak sta se le prerivala in jo je držal za vrat. Besede, da jo bo zadavil, niso bile mišljene kot grožnja, ampak jih je izrekel v jezi. Povedal je še, da se ne spominja, ali jo je brcal, lasal in z zobmi prijel za žilo, na nadaljnja vprašanja pa ni več želel odgovarjati oziroma je očitke zanikal.

3.2.2 Narok po 204. a členu ZKP

Na naroku po 204. a členu ZKP je okrožna državna tožilka predlagala zoper obdolženca odreditev pripora iz razloga ponovitvene nevarnosti po 3. točki prvega odstavka 201. člena ZKP, ki ga je primerno utemeljila. Dežurna preiskovalna sodnica je temu predlogu sledila in 8. 4. 2014 s sklepom zoper obdolženca odredila pripor iz prej navedenega pripornega razloga.

3.2.3 Preiskava

Na podlagi naše zahteve za preiskavo[10] zoper obdolženca zaradi utemeljenega suma, da je storil kaznivo dejanje nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1 in kaznivo dejanje spolnega nasilja po četrtem odstavku v zvezi s prvim odstavkom 171. člena KZ-1, ki ji je preiskovalna sodnica ugodila, je izdala sklep o uvedbi preiskave zoper obdolženca.

10 ODT Celje, opr. št. Kt 8052/2014.

Utemeljen sum, da je obdolženec storil dejanji v okoliščinah in na način, kot mu je to bilo očitano, je potrjen s celovito in prepričljivo izpovedbo oškodovanke, ki je opisala posamezne dogodke. Njeno izpovedbo so potrdile in dopolnile tudi druge priče, zaslišane v preiskavi, medicinska dokumentacija o njenih telesnih poškodbah in ugotovitve izvedenk sodnomedicinske stroke in psihiatrične stroke. Izmed izpovedb zaslišanih prič na tem mestu izpostavljam le oškodovankino.

Ta je v svoji izpovedbi v uvodu pojasnila, da je obdolženec prišel iz pripora poln pričakovanj in upov, da se bodo odnosi med njima izboljšali, nakar je 30. 11. 2013 izvedel, da ga je prevarala. Dejal ji je, da mu je uničila upe in da se mu je »vse podrlo«. Pojasnila je, da je bil do nje že prej nasilen, zdaj pa je za tako ravnanje imel razlog. Sama se je počutila dovolj krivo, da je vse to prenašala.

Tako jo je že 30. 11. 2013 (iz pripora je prišel 27. 11. 2013) udaril in potisnil v steno. Takrat je obdolženec želel oditi. Poklical je mamo, da bi odšel z njo, a je ostal z oškodovanko. Poklical je še očeta, ki je tudi prišel in ga prepričeval, naj gre z njim. Vendar je obdolženec ostal, češ da se bo vse uredilo, saj se bosta z oškodovanko pogovorila. Tudi ona se je strinjala, da naj ostane.

Vendar je že na božični večer začel pogrevati, kaj je storila, da je zavrgla njunih deset let in ji dal zaušnico. Pojasnila je, da jo je udaril, kadar je bil pijan, medtem ko trezen do nje ni bil fizično nasilen.

V februarju se je začelo »bolano obdobje«. Zahteval je, da bi bila skupaj z Adijem (ime izmišljeno), s katerim ga je prevarala v avtu, on pa bi ju gledal. Enkrat ga je ponoči poklical, vendar se mu ni oglasil. Na internetu je prebral, kar sta si oškodovanka in Adi dopisovala, ter ji govoril, da zdaj pozna njene seksualne fantazije. Zahteval je, naj mu vse to pokaže, ji govoril, da si ona želi grobi seks. Ob drugi priložnosti mu je morala pokazati, kje sta bila z Adijem v avtu. Iz njene izpovedbe izhaja, da sta z obdolžencem tega Adija celo obiskala na njegovem domu. Tam je odšla v stranišče, obdolženec pa je prišel za njo, ji slekel oblačila in ji govoril, da je njej všeč, da bi imela spolni odnos kar v WC-ju, da z drugimi bi, z njim pa ne. Ona pa tega ni hotela, bilo ji je nerodno tudi zaradi Adija, ki je bil v stanovanju.

Opisala je dogodek, ko jo je prisilil, da je trpela spolno dejanje. Takrat sta bila doma, vrgel jo je na posteljo in jo udarjal po nogi, od česar so se ji modrice poznale še cel mesec. Pojasnila je, da ga je butala in brcala ter mu ves čas govorila, da naj neha, da si ne želi spolnega odnosa, zlasti ne na takšen način. Meni, da jo je hotel posiliti, vendar je bil preveč pijan, da bi mu to uspelo, zato ji je s prsti »šel noter«. Ker mu je rekla, da je med njima konec, se je v trenutku ohladil. Vsake toliko časa je dejal, da bi ju rad videl z Adijem, da ju bo dobil skupaj. To si je zabil v glavo, s tem je bil obseden.

Ker je izvedel, da se je drugemu moškemu razkazovala prek kamere, je od nje zahteval, da to pokaže tudi njemu. Ves čas ji je očital, da ga vara, čeprav je s tem končala, ko je izvedel za to.

Imel je njeno geslo in je pregledoval njeno elektronsko pošto in Facebook. Pogosto jo je klical v službo. Pred koncem delovnega časa ga je poklicala, da je vedel, da

kliče iz službe, če ga kdaj ni poklicala, je bilo zelo narobe. V marcu je to postalo nevzdržno. Poklical je tudi njeno ravnateljico in ji naročil, naj kontrolira svoje delavke, kaj počnejo med poukom. Želel je, da se mu med glavnim odmorom javlja po mailu in ko enkrat tega ni storila, ji je očital, da si je takrat dopisovala z drugim. Na koncu sploh ni smela z nikomer govoriti in nikogar pogledati.

Nekaj dni pred zadnjima dogodkoma sta odšla k obdolžen̆čevi mami. Povedal ji je, da se bosta razšla. Ker sta bila takrat tudi na biljardu, se je med potjo nazaj k materi na ulici drl, da naj vsi vedo, kakšna prasica je, in nanjo pljuval.

Glede dogajanja na planinskem pohodu 5. 4. 2014 iz oškodovankine izpovedbe izhaja, da se je obdolženec med potjo družil s tremi moškimi, ustavljali so se in pili. Na zadnji postojanki pri avtocesti je obdolženec šel do nekega pohodnika, ona pa se je pogovarjala z moškimi, s katerimi se je pred tem družil obdolženec; bili so starejši od njenega očeta. Ko se je obdolženec vrnil, ji je očital, da je še vedno taka, kot je bila, da še vedno išče druge moške in da ji je všeč, če jo kdo ogovori. Z obdolžencem in hčerkama, ki sta se v bližini igrali, so bili v podvozu pri avtocesti, ko jo je obdolženec začel žaliti, da je prasica in kurba, da ne bo nikoli boljša. Zabil jo je v steno, jo vlekel za lase in jo dvakrat močno udaril po nosu, da ji je pritekla kri. Začela je jokati, obdolženec pa ji je čistil kri in dejal, naj gredo za ostalimi planinci. Čeprav je hotela domov, je po njegovem vztrajanju objokana in zatečena nadaljevala pot do cilja in na vrhu ugotovila, da ni hčera, ki sta sami odšli domov, ker sta videli, da ji teče kri iz nosu, mlajša pa je zaradi tega tudi jokala. Obdolženec se je vrnil domov in ju pripeljal nazaj. Njej je nato dejal, da se morata pogovoriti o tem, kaj je naredila. Ko mu je dejala, da je konec, da tega ne more več prenašati, ji je rekel, da če misli resno, naj gre in otroka pusti njemu, da lahko gre s »fukačem«, da naj jo »pofuka«, kdor hoče, in ji pljuval v obraz, ker da je taka svinja. Pojasnila je, da so skupaj odšli domov, obdolženec pa se je nato vrnil rekoč, da gre po nahrbtnik in avto, ki so ga pustili na parkirnem prostoru v drugem kraju.

Okoli polnoči, ko je že spala, se je pripeljal domov in pred hišo divje trobil. Odšla je na dvorišče, kjer jo je nato potisnil ob steno, ji dejal, da je od policista izvedel, kakšna prasica je, kdo jo je »imel«, da je ta rekel, kako »dobro vleče«. Večkrat jo je udaril v glavo. Zahteval je, da gresta na policijo, in je že sedla v avto, nato pa si je premislila, ker je izgledal kot blazen, oči je imel izbuljene. Prijel jo je za lase in jo butnil ob avto. Zahteval je, naj mu naj pove, »kdo je bil«, in ji grozil, da jo bo ubil. Grabil jo je za vrat in jo stiskal tako, da je bila brez sape. Večkrat jo je udaril v glavo, jo vlekel za lase in jo vrgel po tleh. Hotela mu je pobegniti, vendar se je vrgel nanjo in jo zbil na tla. Prijel jo je za lase in jo vlekel proti mestu, kjer se je nahajala sekira, ter ji govoril, da ji bo »odsekal bučo in jo obesil na brajde«, da jo bodo vsi videli. Uspela se mu je iztrgati, pri čemer ji je izpulil lase. Tekla je, da bi mu zbežala, pa se je ponovno vrgel nanjo ter jo prijel za vrat in lase, jo tolkel po obrazu. Dejala je, da ni več čutila udarcev, čakala je, kdaj jo bo stisnil, da bo konec. Ocenila je, da je to dogajanje na makadamskem priključku, dolgem okoli 20 metrov, trajalo kakšno uro. Med tem je vstajala, on pa se je večkrat vrgel nanjo, jo vlačil za lase, prerivala sta se, vlekel jo je tudi po travniku, z zobmi jo je zgrabil za žilo na vratu. Čakala je, da bo konec, in mu to tudi rekla, obdolženec pa ji je odvrnil, da bi to bilo prehitro, da jo je treba tepsti, da naj jo »100 pofuka«, da bo trpela. Sredi travnika, ko ji je strgal pižamo, je zahteval, da se naj »zrajca«, da ji bo »prišlo«. Dejal je, da

jo bo »poscal«, in ji ukazal, naj odpre usta, nato pa ji je uriniral v usta in po obrazu. Zahteval je, da mu pove, »kdo je bil«, zato si je izmislila ime Peter, ki ji je prišlo najprej na misel. Hotel je vedeti, kako se piše in kje sta se dobila. Za lase jo je odvlekel v hišo in zahteval, naj pokliče tega Petra. Uspelo ji je poklicati na številko policije in povedati svoje podatke ter da gre za nasilje v družini.

Oškodovanka je v izpovedbi pojasnila, da se je zaradi obdolženčevih dejanj počutila »čisto malo«, da lahko vsakdo hodi po njej zaradi tega, kar je storila, samo sebe je imela za to, kar ji je govoril, da je, verjela je, da je res tako slaba. Očital ji je, da je zaradi tega, kar je naredila, slaba mama, da bi se morala bolj posvečati otrokom, ne pa, da je na portalu pisala packarije. Vsebina te oškodovankine izjave, v kateri smiselno opravičuje obdolženčevo izvajanje psihičnega in fizičnega nasilja nad njo zaradi svoje nezvestobe, ter občutki, ki jih ob tem doživlja, govorijo v prid ponovni potrditvi ugotovitev izvedenke klinične psihologije o oškodovankini osebnosti, pridobljeno že v prvi predstavljeni kazenski zadevi, ter tudi, da se v vmesnem času, čeprav je intelektualka, ni uspela toliko okrepiti, da bi se odločno uprla obdolženčevemu nasilnemu ravnanju.

Vsekakor je za ta kazenski postopek zanimiva še izpovedba strokovne delavke centra za socialno delo, ki je bila seznanjena z odnosom med obdolžencem in oškodovanko ter ga je ocenila kot nezdravega, pri čemer je po njenem mnenju obdolženec dominanten, oškodovanka pa zaradi tega razmišlja kot on. Pri obdolžencu je opozorila na alkoholizem in nezdravo ljubosumje, pri obeh pa na vzajemno patološko partnersko navezanost. Glede tega je pojasnila, da je oškodovanka odvisna od obdolženca, ki kot nasilnež jemlje delčke njenega življenja in si jo tako podreja. Oškodovanka mu želi ustreči, minimalizira njegova dejanja in krivdo zanje išče v sebi.

3.2.4 Obtožnica

Po končani preiskavi je na podlagi ocene državne tožilke o potrjenosti utemeljenega suma, da je obdolženec storil kaznivo dejanje nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1 in kaznivo dejanje spolnega nasilja po četrtem odstavku v zvezi s prvim. odstavkom 171. člena KZ-1, na Okrožno sodišče v Celju 23. 6. 2014 vložena obtožnica s predlogom, da se obdolžencu podaljša pripor do konca glavne obravnave.

3.2.5 Sporazum o priznanju krivde po 450. a–č členu ZKP

Na pobudo obtoženčevega zagovornika je bil 14. 7. 2014 med ODT v Celju in obtožencem ***sklenjen sporazum o priznanju krivde*** in v okviru slednjega tudi dogovor o kazni. Tako je obdolžencu za kaznivo dejanje po prvem odstavku 191. člena KZ-1 določena kazen 6 (šest) mesecev zapora, za kaznivo dejanje po četrtem odstavku v zvezi s prvim odstavkom 171. člena KZ-1 določena kazen 6 (šest) mesecev zapora, prav tako se mu prekliče pogojna obsodba, ki je bila obdolžencu izrečena s sodbo Okrožnega sodišča v Celju, v kateri mu je bila v okviru pogojne obsodbe določena enotna kazen 1 (eno) leto in 7 (sedem) mesecev zapora ter preizkusna doba treh let, na kar se mu izreče enotna kazen 2 (dve) leti in 6 (šest) mesecev zapora. V tako izrečeno kazen zapora se všteje čas odvzema prostosti.

3.2.6 Predobravnavni narok

Sodnik Okrožnega sodišča v Celju je na predobravnavnem naroku 6. 8. 2014 sprejel sporazum o priznanju krivde.

3.2.7 Narok za izrek kazenske sankcije

Na naroku za izrek kazenske sankcije, opravljenem istega dne, je sodnik ***obdolžencu izrekel enotno kazen dveh let in šestih mesecev zapora*** ter mu s sklepom podaljšal pripor iz razloga ponovitvene nevarnosti, in sicer do nastopa kazni.

Pri odmeri kazni je sodišče upoštevalo kot olajševalno okoliščino priznanje krivde obdolženca, njegovo obžalovanje in na sodišču izrečeno razmišljanje obdolženca, ki nakazuje opravičilo oškodovanki. Med obteževalne okoliščine je sodišče štelo dejstvo, da je bil obdolženec že večkrat obsojen in da je v tem oziru specialni povratnik ter storitev obravnavanih kaznivih dejanj v času trajanja preizkusne dobe po prejšnji sodbi.

4 SKLEP

Bistveni razlog, zaradi katerega sem v svojem prispevku predstavila ravno zgoraj opisana primera, ki smo ju obravnavali na našem državnem tožilstvu, je v njuni potrditvi značilnega »kroga nasilja«,[11] s katerim se praviloma srečujemo v nasilnih medpartnerskih odnosih in se kaže v ustaljeni dinamiki: izbruh nasilja, obžalovanje povzročitelja nasilja, opravičevanje, obdobje miru in naraščanje napetosti do ponovnega izbruha nasilja. Vse naštete faze so prepoznane tudi v obeh predstavljenih primerih, pri čemer se obdolženčevo ponavljajoče se trpinčenje oškodovanke izkazuje kot njegov vedenjski vzorec. Oškodovanka je v svojem odzivu na tako partnerjevo ravnanje kljub svoji visoki izobrazbi sprejela vlogo žrtve in je željo po ohranitvi partnerske zveze ves čas postavljala pred odločitvijo, da tako partnerjevo izvajanje nasilja konča in ne nazadnje s tem poskrbi tudi za varnost in primeren osebnostni razvoj njunih otrok.

Tako kot je to bilo storjeno v predstavljenih kazenskih zadevah, se zaradi celovito in strokovno opredeljene vsebine medosebnega partnerskega odnosa med povzročiteljem nasilja in žrtvijo sodišča pogosto odločajo za angažiranje izvedencev s področja klinične psihologije in psihiatrije, in sicer za oba partnerja. Ugotovitve teh izvedencev niso le podlaga za oceno, ali je žrtev v danem odnosu res v podrejenem položaju, ampak tudi zaradi izbire kazenske sankcije in primernih navodil za obdolženca, v okviru 64. člena KZ-1B.

V vmesnem času je obdolženec že izpolnil pogoje za pogojni izpust in je zdaj na prostosti. Ali sploh in kakšne stike imata z oškodovanko, ne vemo. Nedvomno pa je, da bosta vsaj kot starša hčera povezana vse življenje. Glede na dosedanjo psihodinamiko njunega odnosa in njune osebnostne lastnosti bosta oba morala

11 Filipčič, str. 45.

sprejeti že do zdaj ponujene oblike strokovne pomoči, vendar mora odločitev za to dozoreti v njuni zavesti. Vsekakor glede na dejstva v tej predstavitvi ni mogoče spregledati ugotovitve v raziskavi o intimno-partnerskih umorih v Sloveniji, o čemer je v svoji doktorski disertaciji[12] pisala dr. Jasna Podreka, da je poprejšnje intimno-partnersko nasilje osnovni dejavnik tveganja za intimno-partnerski umor, zlasti pri moških storilcih. Tako sklepanje je bilo žal do zdaj že večkrat potrjeno v sodni praksi naših sodišč. Raziskovalka je ugotovila, da se za izrazito nevarno ne izkaže samo predhodno fizično nasilje, ampak tudi nekatere oblike psihičnega nasilja, kot so »izrazito ljubosumje«, nadzorovanje in posesivnost. To vse pa je bilo prisotno tudi v medpartnerskem odnosu med obdolžencem in oškodovanko ter je nedvomno upoštevanja vreden dejavnik tveganja v njunem nadaljnjem odnosu.

LITERATURA:

- Podreka, J. Intimnoparterski umori v Sloveniji in njihova spolna zaznamovanost. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2014, letnik 65, št. 1, str. 60–73.
- Muršič, M., Filipčič, K., Klemenčič, I., Pušnik, M., Lešnik Muganioni, D. *(O)krog nasilja v družini in šoli*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2012.

12 Podreka, str. 71.

KAZNIVO DEJANJE PRANJA DENARJA V LUČI DOMAČE SODNE PRAKSE[1,2]

Mag. Damijan Florjančič
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Kaznivo dejanje pranja denarja je v Kazenskem zakoniku (KZ-1)[3] opredeljeno v 245. členu, katerega prvi odstavek se glasi:

Kdor denar ali premoženje, za katero ve, da je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem, sprejme, zamenja, hrani, z njim razpolaga, ga uporabi pri gospodarski dejavnosti ali na drug način, določen z zakonom o preprečevanju pranja denarja, s pranjem zakrije ali poskusi zakriti njegov izvor, se kaznuje z zaporom do petih let.

V sodni praksi sodišč se v zvezi s tako opredelitvijo kaznivega dejanja pojavljajo različna pravna vprašanja, med katerimi v nadaljevanju izpostavljam naslednja tri:

1. razmerje med kaznivim dejanjem pranja denarja in predhodnim (predikatnim) kaznivim dejanjem,
2. krivdna oblika storitve,
3. odvzem premoženjske koristi in/ali odvzem predmeta kaznivega dejanja.

2 RAZMERJE MED KAZNIVIM DEJANJEM PRANJA DENARJA IN PREDHODNIM (PREDIKATNIM) KAZNIVIM DEJANJEM

Že sama definicija pranja denarja, kot izhaja iz Konvencije Sveta Evrope o pranju, odkrivanju, zasegu ali zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, in o financiranju terorizma (v nadaljevanju: Konvencija)[4] ali Zakona o preprečevanju pranja denarja ali financiranja terorizma (v nadaljevanju: ZPPDFT),[5] govori o predhodnem kaznivem dejanju (iz katerega izvira ali je z njim pridobljen denar oziroma premoženjska korist, ki je predmet kaznivega dejanja pranja denarja), kar samo po sebi potrjuje, da gre za dejanje, ki je časovno pred tistimi ravnanji, ki pomenijo izvršitev kaznivega dejanja pranja denarja. Vendar pa to časovno

1 Prispevek je prirejeno avtorjevo predavanje na Šoli evropskega prava, ki je bila izvedena v organizaciji Ministrstva za pravosodje RS, Centra za izobraževanje v pravosodju, 9. in 10. maja 2016 v Portorožu.
2 Stališča avtorja v tem članku niso nujno stališča institucije, v kateri je avtor zaposlen.
3 Uradni list RS, št. 55/08, 39/09 in 54/15.
4 Zakon o ratifikaciji Konvencije Sveta Evrope o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem in o financiranju terorizma, Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 4/10.
5 Uradni list RS, št. 19/14. Pranje denarja je po tem zakonu katero koli ravnanje, s katerim se prikriva izvor denarja ali drugega premoženja, pridobljenega s kaznivim dejanjem.

sosledje v praksi ni vedno jasno razpoznavno. Problem je še posebej izrazit, ko se zastavi vprašanje prekrivanja izvršitvenih ravnanj storilca predikatnega dejanja in storilca pranja denarja (ne glede na to, ali je storilec v obeh primerih ista ali druga oseba). Po eni strani gre v takih primerih za ravnanja, ki lahko pomenijo hkratno uresničevanje zakonskih znakov obeh navedenih kaznivih dejanj, po drugi strani pa gre lahko za sicer ločeno izvrševanje zakonskih znakov teh kaznivih dejanj, vendar ni jasno časovno razmejevanje predhodnega in naknadnega ravnanja.

V sodbi I Ips 25398/2014 z dne 29. 10. 2015 je Vrhovno sodišče zapisalo, da »storilec kaznivega dejanja pranja denarja ne more, s tem ko naj bi izvrševal zakonske znake predhodnega kaznivega dejanja, hkrati tudi prati denar«. Tu je šlo za primer, ko naj bi bilo kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti po drugem v zvezi s prvim odstavkom 240. člena KZ-1 kot predhodno kaznivo dejanje izvršeno v sostorilstvu dveh oseb, izmed katerih naj bi sostorilka izvršila tudi pranje denarja, in to z izvršitvenimi ravnanji, ki so se očitala prvemu sostorilcu (že pravnomočno obsojenemu) kot zakonski znaki kaznivega dejanja zlorabe položaja. Glede na to, da je bil za ista izvršitvena dejanja en obsojenec spoznan za krivega predhodnega kaznivega dejanja, je po oceni Vrhovnega sodišča nelogično, da bi bil za ista ravnanja drug obsojenec oziroma v tem primeru obsojenka spoznana za krivo kaznivega dejanja pranja denarja. Zaradi te nejasnosti je Vrhovno sodišče izpodbijani sodbi razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje z nalogo, da se med drugim ugotovi, »kdaj je bilo predikatno kaznivo dejanje končano in katera so tista obsojenkina ravnanja, s katerimi je izpolnila zakonske znake očitanega ji kaznivega dejanja«.[6]

Bolj jasna je bila slika v primeru, ki ga je Vrhovno sodišče obravnavalo v zadevi I Ips 12175/2013 z dne 18. 2. 2016**,** kjer so sostorilci predhodno kaznivo dejanje velike tatvine storili z vdorom v bančni račun oškodovanca (v enem od v tej zadevi obravnavanih primerov je dajanje ostalo pri poskusu) ter prenakazali denar na drug, za ta namen odprt bančni račun enega od obsojencev. Po stališču Vrhovnega sodišča je bilo kaznivo dejanje velike tatvine v tem primeru dokončano s prenakazilom denarja z bančnega računa oškodovanca na račun enega od sostorilcev (ne glede na to, da s tem denarjem ni mogel razpolagati zaradi blokade teh sredstev po odločitvi Urada RS za preprečevanje pranja denarja). Vrhovno sodišče je izpostavilo, da je bila ta transakcija opravljena v okviru izvršitve zakonskih znakov kaznivega dejanja velike tatvine in je bilo zato » napačno stališče zavzeto v izpodbijani sodbi, da bi naj bila to hkrati prva faza izvršitve kaznivega dejanja pranja denarja (tim. *plasma …)*«, ter je v tem pogledu pritrdilo vložniku zahteve za varstvo zakonitosti, da »izvršitev zakonskega znaka kaznivega dejanja velike tatvine ne more hkrati pomeniti že izvršitve zakonskega znaka kaznivega dejanja pranja denarja«.

Vprašanje prekrivanja zakonskih znakov predhodnega kaznivega dejanja s kaznivim dejanjem pranja denarja je še posebej problematično, če je predhodno dejanje izvrševano v daljšem časovnem obdobju. V takem primeru je lahko

6 Vrhovno sodišče je ob tem še navedlo, da je vloga obsojenke v izpodbijani sodbi obrazložena bolj kot sostorilstvo oziroma pomoč pri kaznivem dejanju zlorabe položaja, kar je dodaten razlog za nejasnost utemeljitvenih razlogov za očitano ji kaznivo dejanje pranja denarja.

izvršitveni način predhodnega kaznivega dejanja tak, da se s sukcesivnimi ravnanji, ki v resnici so enovito storilčevo ravnanje (bodisi kot nadaljevano kaznivo dejanje bodisi kot kolektivno kaznivo dejanje ali dejanje, ki se zaradi drugih razlogov izvršuje v daljšem časovnem obdobju), zagotovi dotok denarja v posameznih periodičnih terminih oziroma stalno v daljšem časovnem obdobju in omogoči njegovo protipravno prilaščanje ob vsakokratnem dotoku, nakazilu, izročitvi ipd., slednje pa bi šele pomenilo dokončanje predhodnega kaznivega dejanja (na primer kaznivega dejanja zlorabe položaja pri gospodarski dejavnosti po 240. členu KZ-1, kjer bi storilec, izkoriščajoč svoj položaj v pravni osebi, lahko organiziral tak trajnejši (od)tok denarnih sredstev v svojo korist ali v korist tretjega). Nadaljnje ravnanje, ki bi pomenilo kaznivo dejanje pranja tako prilaščenega denarja, pa bi storilec lahko izvrševal prav tako sukcesivno, takoj po dotoku posameznega zneska, in torej ne šele po dokončanju predhodnega kaznivega dejanja – kar bi se še posebej izrazilo v primerih, ko bi šlo za njegovo kvalificirano obliko kaznivega dejanja (na primer po drugem odstavku 240. člena KZ-1, kjer je zakonski znak velika premoženjska korist), ali pa, ko je določen znesek opredeljen kot objektivni pogoj kaznivosti (na primer kaznivo dejanje davčne zatajitve po prvem odstavku 249. člena KZ-1). V takih primerih, ko na podlagi posamičnega prilaščenega zneska ne bi mogli zaključiti, da je bilo predhodno kaznivo dejanje dokončano, bi nadaljnje storilčevo ravnanje s posamičnim nakazanim oziroma pridobljenim zneskom vsekakor lahko opredelili kot izvršitveni način pranja denarja. Ta ravnanja bi torej bila časovno vzporedna z izvršitvenimi ravnanji predhodnega kaznivega dejanja ob hkrati določenem časovnem zamiku kot posledici dejstva, da je posamičen znesek moral biti najprej prilaščen.[7]

Pri kaznivem dejanju pranja denarja je predhodno kaznivo dejanje lahko ugotovljeno le po objektivnih kriterijih in ni nujno, da bi bilo ugotovljeno s (pravnomočno) sodbo, niti ni treba, da bi bil znan njegov storilec.[8] To izhaja tudi iz petega in šestega odstavka 9. člena Konvencije, kjer je določeno, da vsaka pogodbenica zagotovi, da predhodna ali sočasna obsodba za predhodno kaznivo dejanje ni pogoj za obsodbo za pranje denarja ter da je obsodba za pranje denarja mogoča, če se dokaže, da premoženje (iz točk a in b prvega odstavka 9. člena) izvira iz predhodnega kaznivega dejanja, ne da bi bilo treba točno ugotoviti, za katero kaznivo dejanje gre. Vendar pa mora biti v takem primeru to predhodno kaznivo dejanje dovolj določno opredeljeno v samem opisu kaznivega dejanja pranja denarja, torej konkretizirano z dejstvi in okoliščinami, ki omogočajo sklepanje o izvoru denarja oziroma premoženja v predhodnem kaznivem dejanju, četudi to ni konkretno pravno opredeljeno. Vrhovno sodišče je v sodbi I Ips 75110/2010 z dne 10. 7. 2014 glede tega navedlo, da je »v izreku sodbe sodišča prve stopnje opredeljen način pridobitve navedenih denarnih zneskov oškodovancev«, kar da »povsem zadošča za konkretizacijo zakonskega znaka pridobitve denarja (ki je predmet nadaljnjega njegovega pranja) s kaznivim dejanjem, četudi to kaznivo dejanje ni določno pravno opredeljeno in poimenovano«, ter nadalje, da »za ugotovitev njegovega obstoja ni potrebno, da bi bil znan in procesuiran storilec, temveč zadošča navedba, opredelitev, objektivnih dejstev njegove izvršitve …«.

7 Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Kopru III Kp 5961/2013 z dne 28. 11. 2014.
8 Glej Mitja Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, GV Založba, Ljubljana 2002, str. 556.

3 KRIVDNA OBLIKA STORITVE

Nobenega dvoma ni, da je kaznivo dejanje pranja denarja mogoče storiti naklepno. V sodni praksi je uveljavljeno stališče, da je temeljno obliko tega kaznivega dejanja, kot je opredeljeno v prvem odstavku 245. člena KZ-1, mogoče storiti ne le z direktnim, temveč tudi eventualnim naklepom.[9] Več problemov se pojavi ob vprašanju, ali naj za obsojenčev krivdni odnos do dejanja zadošča ugotovitev (dokazanost) njegovega vedenja, da gre za denar ali premoženje, ki je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem, ali pa mora biti ugotovljen in dokazno utemeljen tudi njegov krivdni odnos do ravnanja, ki ga zakon opredeljuje kot pranje, s katerim se zakrije (ali poskusi zakriti) izvor takega premoženja.

Ob tem je treba vse izvršitvene načine, ki jih določba prvega odstavka 245. člena KZ-1 najprej določno našteva (kot: sprejme, zamenja, hrani, z njim razpolaga, ga uporabi pri gospodarski dejavnosti) in nato razširja še z izvršitvenimi načini, ki so določeni z zakonom o preprečevanju pranja denarja, razumeti kot alternativne izvršitvene oblike, za katere velja enoten nadaljnji pogoj, da je katero koli od teh ravnanj ciljno usmerjeno k zakritju (ali poskusu zakritja) izvora tako pridobljenega denarja ali premoženja (če gre za direktni naklep) ali da se v tako posledico vsaj privoli (če gre za eventualni naklep). Iz navedenega sledi, da je treba storilčev subjektivni odnos pri kaznivem dejanju pranja denarja ugotavljati in v sodbi opredeliti ne le do storilčevega zavedanja izvora denarja oziroma premoženja, temveč tudi do posledice njegovega ravnanja, torej da se bo na ta način zakril (ali poskusil zakriti) prav njegov izvor. Konvencija v tej zvezi v točki c drugega odstavka 9. člena izrecno določa, da je o storilčevem subjektivnem odnosu mogoče sklepati »na podlagi objektivnih, dejanskih okoliščin«. Taka objektivna dejstva bodo zlasti izhajala iz nadaljnjega toka s predhodnim kaznivim dejanjem pridobljenega denarja (nakazil, prenakazil, dvigov, vlaganj ipd.) oziroma drugačnega preoblikovanja drugega premoženja (prodaja, razstavitev in/ali združitev z drugimi istovrstnimi predmeti ipd.).

Storilčevo subjektivno zavedanje posledic njegovega ravnanja kot pralca denarja oziroma premoženja bo vsekakor lažje dokazljivo, ko bo dokazano njegovo zavedanje izvora tega premoženja, kot pa tedaj, ko se tega ni zavedal, pa bi se moral in mogel. Že Konvencija prepušča državam pogodbenicam, da same odločijo, ali bodo inkriminirale tudi primere, kadar je storilec: le a) sumil, da je bilo premoženje premoženjska korist,[10] ali b) moral domnevati, da je bilo premoženje premoženjska korist (tretji odstavek 9. člena). V petem odstavku 245. člena KZ-1 je bila izkoriščena ta možnost, vendar ta inkriminacija določa le storilčev subjektivni odnos do načina pridobitve denarja ali premoženja, to je njegovo sposobnost in možnost vedeti, da je bil denar ali premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem, ob hkratnem sklicevanju, da gre za dejanji iz prvega ali tretjega odstavka istega člena. Navedeni dejanji (tretji odstavek 245. člena KZ-1 je le kvalificirana oblika dejanja iz prvega odstavka) pa je mogoče storiti naklepno, torej bi bilo ravnanje storilca tudi v primeru storitve po petem odstavku naklepno v odnosu do posledice – zakritja

9 Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča I Ips 59865/2010 z dne 30. 1. 2014.

10 Kot »premoženjsko korist« Konvencija v točki a 1. člena opredeljuje vsako gospodarsko korist, ki neposredno ali posredno izvira iz kaznivih dejanj ali je pridobljena s kaznivimi dejanji.

izvora denarja ali premoženja.[11] Vsekakor pa je težko predstavljivo storilčevo naklepno ravnanje v odnosu do zakritja izvora denarja ali premoženja ob hkratnem nezavedanju, da to premoženje izvira iz predhodnega kaznivega dejanja, čeprav bi se tega moral in mogel zavedati.[12]

4 ODVZEM PREMOŽENJSKE KORISTI IN/ALI ODVZEM PREDMETA KAZNIVEGA DEJANJA

Premoženjsko korist je mogoče pridobiti z izvršitvijo predhodnega kaznivega dejanja in tudi izvršitvijo kaznivega dejanja pranja denarja. Vendar kaznivo dejanje pranja denarja že v opredelitvi njegovih zakonskih znakov vsebuje ravnanje z denarjem ali premoženjem, ki je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem, kar vsebinsko pomeni, da gre za ravnanje s premoženjsko koristjo, izvirajočo iz izvršitve predhodnega kaznivega dejanja. Predmet kaznivega dejanja je zato v tem primeru hkrati premoženjska korist, ki je bila pridobljena s predhodnim kaznivim dejanjem. Premoženjska korist se glede na 74. člen KZ-1 vedno odvzame, ker je nihče ne more obdržati, če je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega. V šestem odstavku 245. člena KZ-1 pa je določen obvezen ukrep odvzema denarja ali premoženja kot predmetov, ki so bili uporabljeni za kaznivo dejanje pranja denarja, in gre torej za varnostni ukrep obveznega odvzema predmetov po tretjem odstavku 73. člena KZ-1.

Z navedenim vprašanjem se je Vrhovno sodišče ukvarjalo v sodbi I Ips 30762/2012 z dne 5. 2. 2015 in med drugim zaključilo, da »bo sodišče odvzelo premoženjsko korist, če bo spoznalo obdolženca za krivega storitve kaznivega dejanja pranja denarja, le takrat, ko ta ni bil spoznan za krivega storitve predikatnega kaznivega dejanja, ali pa takrat, ko je s pranjem denarja protipravno pridobljeno premoženjsko korist še povečal«. Ob tem je treba dodati, da je z izvršitvijo kaznivega dejanja pranja denarja premoženjsko korist mogoče povečati oziroma jo sploh ustvariti v primerih ustreznih finančnih transakcij (ki bi praviloma bile same po sebi izvršitveno ravnanje pranja tega premoženja), kot na primer različnih naložb, trgovanj z vrednostnimi papirji ipd., kar bi storilcu pranja denarja prineslo pozitivne finančne učinke in tako povzročilo dejansko povečanje premoženja, ki je sicer samo po sebi predmet izvršitve tega kaznivega dejanja. V tem primeru bi se odvzem premoženjske koristi glasil na to razliko, ki je znesek povečanega premoženja; preostalo premoženje, ki je predmet kaznivega dejanja, pa bi bilo treba odvzeti z izrekom obveznega varnostnega ukrepa po šestem odstavku 245. člena KZ-1.

Razlikovanje med predmetom kaznivega dejanja in premoženjsko koristjo je mogoče še očitneje prepoznati v primeru, ko bi se pranje denarja izvrševalo na

11 Deisinger v komentarju 252. člena KZ (navedeno delo v opombi 8, str. 558) sicer meni, da je v navedeni določbi opredeljeno kaznivo dejanje pranja denarja iz malomarnosti, vendar pa je glede na siceršnji zakonodajalčev način določanja zakonskih znakov pri kaznivih dejanjih, storjenih iz malomarnosti, v primerjavi s petim odstavkom tega člena mogoče sklepati, da gre tu le za opredeljevanje storilčevega subjektivnega odnosa do enega izmed zakonskih znakov kaznivega dejanja – načina pridobitve denarja ali premoženja s predhodnim kaznivim dejanjem, medtem ko za preostali storilčev subjektivni odnos ostane vse enako, kot velja že za prvi odstavek tega člena.

12 O tem vprašanju glej še v Damijan Florjančič, Pojem pranja denarja in nekatera vprašanja njegove kazenskopravne ureditve, Pravosodni bilten št. 4, 2014, str. 15, 16.

način, ki bi pomenil dejansko »izgubo« za storilca tega kaznivega dejanja, torej zmanjšanje premoženja, ki bi bilo predmet kaznivega dejanja pranja denarja. To so na primer vlaganja v igre na srečo, kjer dobitki niso zagotovljeni, a je tako pridobljeni denar prek dobitkov »opran«, četudi v manjšem znesku, kot je bil vložen. Povsem očitno je, da premoženjske koristi v takem primeru ni, nasprotno, gre za zmanjšanje premoženja, a cilj »pralca« je vendarle dosežen – z (omejenimi) dobitki je ustvarjen videz legalnega izvora tako pridobljenega denarja.

V primeru znanega storilca predhodnega kaznivega dejanja je torej premoženjsko korist, pridobljeno z izvršitvijo tega kaznivega dejanja, sicer mogoče odvzeti, vendar je ob hkratnem obravnavanju kaznivega dejanja pranja denarja, ki bi bilo izvrševano s tem istim premoženjem oziroma na ta način pridobljeno premoženjsko koristjo, tak odvzem nepotreben, ker bi bilo treba to isto premoženje odvzeti na podlagi šestega odstavka 245. člena KZ-1, morebitno nadaljnjo pridobljeno premoženjsko korist zaradi izvrševanja transakcij oziroma pretvorb premoženja v druge oblike pa prav tako odvzeti storilcu kaznivega dejanja pranja denarja.

5 SKLEP

Že citirani primeri iz sodne prakse omogočajo sklepanje, da se postopno razrešujejo odprta vprašanja, ki jih verjetno niti zakonodajalec ni mogel predvideti v vseh možnih pojavnih oblikah, ko je opredeljeval zakonske znake kaznivega dejanja pranja denarja. Kljub temu ni mogoče skleniti, da novi obravnavani primeri ne bodo odprli novih vprašanj, s katerimi se sodna praksa še ni srečala, kar je pričakovana posledica vedno novih življenjskih primerov in vedno novih poti, ki jih iščejo tudi storilci kaznivih dejanj, da bi se izognili kazenskopravnemu odzivu nanje.

LITERATURA:

- Bele, Ivan. Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del, GV Založba, Ljubljana 2001.
- Deisinger, Mitja. Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, GV Založba, Ljubljana 2002.
- Florjančič, Damijan. Pojem pranja denarja in nekatera vprašanja njegove kazenskopravne ureditve, Pravosodni bilten, št. 4, 2014.
- Florjančič, Damijan. Kaznivo dejanje pranja denarja v KZ-1, Pravna praksa, št. 12, 2014.
- Kaznivo dejanje pranja denarja (avtor ni naveden), Podjetje in delo, št. 3–4, 2014, str. 640–645.

ODGOVORI NA VPRAŠANJA REGISTRSKE ŠOLE 2016

višja sodnica
mag. Darja Novak Krajšek
Okrožno sodišče v Ljubljani

1. Zasebni vrtec, ki je organiziran v statusni obliki d. o. o., želi ustanoviti podružnico. Ali je to dopustno glede na določila ZOFVI (45. člen – dopušča podružnice le za javne vrtce). Ali bi lahko podružnico ustanovil zasebni vrtec, ki ima obliko zavoda (3. člen Zsreg)?

Odgovor: Organizacijske oblike izvajanja vzgoje in izobraževanja ureja 7. člen Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja (ZOFVI),[1] ki določa, da se vrtec in šola lahko ustanovita kot:

- vzgojno-izobraževalni zavod;
- gospodarska družba;
- organizacijska enota zavoda, družbe ali druge pravne osebe (enota že obstoječe pravne osebe).

Vendar je v naslednjih odstavkih 7. člena določeno:

- da se osnovna šola in gimnazija lahko ustanovita kot vzgojno-izobraževalni zavod ali kot organizacijska enota vzgojno-izobraževalnega ali drugega zavoda;
- da se javni vrtec ali javna šola lahko ustanovita kot javni vzgojno-izobraževalni zavod ali kot organizacijska enota javnega vzgojno-izobraževalnega ali drugega zavoda ali druge pravne osebe javnega prava.

Kar pomeni, da se osnovna šola, gimnazija, javni vrtec in javna šola ne morejo organizirati kot gospodarska družba.

Zasebni vrtec pa se lahko organizira kot:

- vzgojno-izobraževalni zavod;
- gospodarska družba;
- organizacijska enota zavoda, družbe ali druge pravne osebe.

1 Uradni list RS, št. 12/1996, 23/1996, 22/2000, 101/2001, 108/2002, 79/2003, 34/2003, 65/2005, 129/2006, 118/2006, 36/2008, 58/2009, 64/2009, 65/2009, 20/2011, 40/2012, 57/2012, 2/2015, 47/2015.

45. člen ZOFVI se nanaša le na organiziranje javnih vrtcev in javnih šol. Glede javnih vrtcev in javnih šol predpisuje, da se v njih lahko organizirajo enote vrtcev oziroma podružnice šol. Tako tudi v javnih vrtcih niso mogoče podružnice, pač pa le posamezne organizacijske enote. Podružnice so mogoče v javnih šolah za izvajanje izobraževalnega programa na različnih lokacijah.

Statusne značilnosti in organizacijo zasebnih vrtcev, organiziranih kot vzgojno-izobraževalni zavodi, ureja Zakon o zavodih (v nadaljevanju besedila: ZZav).[2] Za zasebne vrtce, ki so organizirani kot gospodarske družbe, pa ZGD-1.[3]

ZZav v 56. členu določa, da se v sodni register vpišeta zavod, ki je pravna oseba in njegova organizacijska enota, ki ima pooblastila v pravnem prometu. Izrecno govori torej o organizacijski enoti in ne o podružnici. Tudi iz drugih členov, ki urejajo organizacijo in statusna preoblikovanja zavodov, ne izhaja, da bi zavod lahko imel podružnice. Iz 20. člena ZZav izhaja, da lahko zavod ustanovi drug zavod ali podjetje. Po 51., 52. in 53. členu ZZav se zavodi lahko združujejo v skupnosti zavodov, zbornice ali druga splošna združenja, lahko se pripojijo, spojijo ali razdelijo, lahko se izločijo iz zavoda tudi posamezne njihove organizacijske enote in pripojijo k drugemu zavodu, organizacijske enote zavoda se lahko organizirajo tudi kot samostojni zavod ali kot podjetje. Niti iz 7. člena ZOFVI niti iz določb ZZav ne izhaja, da bi lahko imeli zasebni vrtci, organizirani v obliki zavodov, podružnice.

Če je zasebni vrtec organiziran v obliki d. o. o., se zanj uporabljajo določbe ZGD-1. 31. člen ZGD-1 pa dovoljuje, da ima družba podružnice, ki so ločene od sedeža družbe in se vpišejo v sodni register, čeprav niso pravne osebe.

2. Novi tretji odstavek 35. člena ZGD-1 določa, da prokurist v mejah iz prvega odstavka tega člena (upravičenja prokure za vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, razen za odsvojitev in obremenitev nepremičnin) zastopa družbo pred sodišči in drugimi organi. Ali to pomeni, da lahko prokurist vloži predlog v imenu družbe ter lahko podpiše družbeno pogodbo in potrdilo poslovodje o spremembah družbene pogodbe glede dejavnosti, sedeža, firme tudi v registrskih postopkih? Ali je s to določbo prokurist, razen dveh zakonskih omejitev, izenačen v vseh pravnih dejanjih z zakonitim zastopnikom direktorjem?

Odgovor: Že pred spremembo 35. člena ZGD-1 (novim tretjim odstavkom 35. člena) je bilo v odločbi Vrhovnega sodišča RS opr. št. III Ips 229/2008 z dne 13. 10. 2009 zavzeto stališče, da je prokura splošno pooblastilo za opravljanje vseh materialnopravnih in procesnopravnih dejanj, razen v zvezi z odsvojitvijo in obremenitvijo nepremičnin. Nadalje pa še, da prokura vsebuje tudi upravičenje za opravljanje procesnih dejanj v pravdnem postopku. Zato lahko prokurist tudi brez posebnega pooblastila podeli pooblastilo odvetniku za zastopanje družbe v pravdnem postopku. Tako stališče zdaj v celoti podpira tudi novi tretji odstavek 35. člena ZGD-1.

2 Uradni list RS, št. 12/1991, 17/1991, 55/92, 13/93, 66/93, 45/94, 8/96, 31/2000, 36/2000, 127/2006.
3 Uradni list RS, št. 65/09, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13, 55/15.

Po 35. členu ZGD-1 se prokura opravičuje za opravljanje vseh pravnih dejanj, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, razen glede odsvajanja in obremenjevanja nepremičnin. To pomeni, da je prokurist v teh mejah pristojen za zastopanje družbe pri izjavljanju njene volje tretjim osebam v enakem obsegu kot zakoniti zastopnik, kar velja tudi za zastopanje v sodnih in drugih postopkih. Zato lahko prokurist v imenu družbe sklepa in podpisuje pogodbe ter vlaga predloge za vpis sprememb v sodni register. Pri zastopanju je popolnoma izenačen z zakonitim zastopnikom, razen glede poslov odsvajanja in obremenjevanja nepremičnin. Ni pa izenačen z zakonitim zastopnikom glede sprejemanja odločitev o sklepanju pravnih poslov. Sprejemanje takih odločitev namreč pomeni vodenje poslov, kar pa je v izključni pristojnosti poslovodje.

Brez utemeljenega razloga registrsko sodišče ni dolžno preverjati, ali ima prokurist za sklepanje pravnega posla soglasje poslovodje; razen če je kakšen od udeležencev postopka ugovarjal, da je prokurist sklenil pravni posel brez vednosti poslovodje.

Prokurist lahko v imenu družbe, ki kot družbenik ustanavlja novo družbo, sklene in podpiše družbeno pogodbo; razen če družba, ki jo zastopa, ob ustanovitvi vlaga stvarni vložek v obliki nepremičnine (ker nima upravičenja za razpolaganje z nepremičninami).

Prokurist ne more podpisati potrdila o sprejetih spremembah družbene pogodbe, glede dejavnosti, sedeža in firme. Pri tem potrdilu namreč ne gre za pravno dejanje v imenu družbe, gre za izjavo zakonitega zastopnika družbe o verodostojnosti predloženega čistopisa družbene pogodbe. Torej za potrdilo, da se čistopis družbene pogodbe ujema s sprejetimi sklepi družbenikov. Zato take izjave ni dovoljeno dati prek pooblaščenca, pač pa le osebno.

Ali lahko prokurist namesto direktorja za družbo podpiše izjavo lastnika objekta po 4. členu ZSReg?

Odgovor: Izjave lastnika objekta po 4. členu ZSReg ne more namesto poslovodje podpisati prokurist, saj nima pooblastila za razpolaganje z nepremičninami. Dano dovoljenje tretji osebi, da sme poslovati v nepremičnini subjekta vpisa in v njej prijaviti svoj poslovni naslov, pomeni razpolaganje z nepremičnino.

Ali se lahko vpiše sprememba poslovnega naslova na podlagi splošnega pooblastila lastnika objekta pooblaščencu, da lahko kateri koli družbi dovoli poslovanje na naslovu v smislu 4. člena ZSReg?

Odgovor: Ker 4. člen Zakona o sodnem registru (ZSReg)[4] za prijavo poslovnega naslova v tuji nepremičnini zahteva overjeno izjavo lastnika nepremičnine o soglasju oziroma dovoljenju, take izjave ne more namesto lastnika dati pooblaščenec, ampak zgolj lastnik osebno. Iz namena zakonske zahteve o overitvi izjave, ki je namenjena temu, da notar ali pristojna oseba upravne enote preveri, ali izjavo res daje podpisana oseba, izhaja, da jo namesto te osebe ne more dati nekdo drug.

4 Uradni list RS, št. 14/94, 31/2000, 91/2005, 42/2006, 33/2007, 93/2007, 65/2008, 49/2009, 82/2013, 17/2015.

3. Pri odsvojitvah poslovnih deležev več osebam imajo notarji včasih težave s preračunavanjem osnovnega kapitala oziroma poslovnih deležev. Kakšen način je pravilen? Ali se preračunava iz odstotkov v EUR oziroma iz poslovnih deležev v osnovne vložke ali obratno (rezultati oziroma zneski in odstotki so lahko zelo različni, odvisno od tega, kako se preračunava)?

Odgovor: Pri odsvojitvi poslovnega deleža več osebam je potrebna delitev poslovnega deleža, ki je po prvem odstavku 483. člena ZGD-1 dovoljena. V tem primeru nastane še en ali več novih samostojnih poslovnih deležev. Edina zakonska zahteva, ki za tako situacijo izhaja iz ZGD-1 (drugi odstavek 483. člena ZGD-1), je, da vrednost z delitvijo nastalih novih poslovnih deležev ne sme biti nižja od 50 EUR. Pri delitvi poslovnih deležev je pomembno le to, da se seštevek zneskov osnovnih vložkov in seštevek odstotkov (ali ulomkov) vseh novonastalih poslovnih deležev povsem ujemata z zneskom osnovnega vložka in odstotkom (ali ulomkom) prejšnjega poslovnega deleža. Le če bi se pri taki odsvojitvi poseglo v poslovne deleže drugih družbenikov, ker bi na primer seštevek vseh novonastalih poslovnih deležev nominalno ali odstotkovno presegal prejšnji poslovni delež odsvojitelja ali bil od njega manjši, kar bi povzročilo, da seštevek vseh nominalnih zneskov vložkov ne bi več ustrezal višini registriranega osnovnega kapitala oziroma bi seštevek vseh poslovnih deležev presegal 100 odstotkov ali bil manjši od 100 odstotkov, registrsko sodišče vpisa ne bi smelo dovoliti. Pri odsvajanju dela ali delov poslovnega deleža tudi ne sme priti do situacije, da bi se novonastali poslovni deleži izrazili v ulomku, če so poslovni deleži drugih družbenikov izraženi v odstotkih, ali da bi se novi poslovni deleži izrazili v odstotkih, če so vsi drugi v ulomkih.

4. Kakšen je pravilen postopek izbrisa tuje podružnice?
Kako je z izbrisom, če je tuja matična družba že izbrisana iz registra v matični državi?
Kdo je upravičen vložiti predlog za izbris tuje podružnice pri notarju?

Odgovor: Tuja podružnica je del tuje pravne osebe. Da je tuja podružnica lahko vpisana v naš sodni register, mora biti ustanovljena skladno s pravili slovenskega prava, kar velja tudi za njeno prenehanje z izbrisom iz sodnega registra. Uredbi ES št. 864/2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (Rim II), in št. 593/2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), v 1. členu izrecno izvzemata svojo uporabo za vprašanja statusnega prava, kot so ustanovitev, registracija, pravna in poslovna sposobnost, notranja organizacija in likvidacija pravnih oseb. Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)[5] pa v 61. členu predpisuje, da je za vprašanja veljavnosti vpisov v javne registre izključno pristojno sodišče, na katerem se tak register vodi. To pomeni, da se veljavnost vpisov v javne registre vedno presoja po pravu države, v kateri se vodi tak register. V primeru subjektov, vpisanih v sodni register v državi Sloveniji, torej velja pravo Republike Slovenije.

ZGD-1 ima o podružnici tujih podjetij natančna pravila glede vpisa tuje podružnice v sodni register, glede pravne narave tuje podružnice in glede odgovornosti za

5 Uradni list RS, št. 56/99, 45/2008.

njene obveznosti, za razliko od podružnic domačih družb, za katere v 31. členu predpisuje le to, da niso pravne osebe, a smejo opravljati vse posle, ki jih sicer lahko opravlja družba.

ZGD-1 v 677. členu predpisuje, da prijavo za vpis tuje podružnice v sodni register vloži zastopnik tujega podjetja in da je k prijavi treba priložiti sklep poslovodstva o ustanovitvi podružnice. O ukinitvi tuje podružnice ZGD-1 nima posebne določbe. Vendar pa je logično, da tudi o ukinitvi tuje podružnice odloči isti organ, ki je sprejel sklep o njeni ustanovitvi, torej pristojni organ tujega matičnega podjetja. Vpis prenehanja podružnice ureja Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register enotno za domačo in tudi za tujo podružnico. V 82. členu določa, da je predlogu za vpis prenehanja podružnice treba priložiti sklep ustanovitelja o prenehanju podružnice. Kar pri tuji podružnici pomeni sklep tujega matičnega podjetja, ki ga podpiše njegov zakoniti zastopnik (poslovodstvo).

V zvezi z izbrisom tuje podružnice iz sodnega registra je tudi iz odločbe Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. IV Cpg 1522/2015 z dne 18. 11. 2015 razvidno, da se za vpis prenehanja tuje podružnice uporablja 82. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register.[6]

Če je bila tuja pravna oseba izbrisana iz registra v svoji matični državi, je prenehala obstajati. V kolikor so njeni zakoniti zastopniki pred ukinitvijo »pozabili« poskrbeti tudi za izbris podružnice v Sloveniji, je pomembno, zakaj je bila tuja družba izbrisana iz registra. Če je bil razlog izbrisa njena statusna sprememba (npr. pripojitev), ima pravnega naslednika, ki lahko poskrbi za vložitev predloga izbrisa njene podružnice v Sloveniji. Če je bila tuja družba izbrisana zaradi redne oziroma prisilne likvidacije ali morda po zaključku stečajnega postopka, bi seveda moral likvidacijski oziroma stečajni upravitelj pred njenim izbrisom poskrbeti tudi za izbris podružnice v Sloveniji. Po izbrisu tuje matične družbe iz registra seveda ni več njenega zakonitega zastopnika, da bi lahko vložil predlog za izbris podružnice oziroma dal pooblastilo notarju za vložitev takega predloga. Da pa bi smelo registrsko sodišče tujo podružnico zaradi prenehanja njene matične družbe izbrisati iz sodnega registra kar po uradni dolžnosti, za to ni pravne podlage.

Čeprav tuja podružnica ni pravna oseba, ima po 2. točki drugega odstavka 3. člena ZSReg status subjekta vpisa. V naš sodni register vpisani zastopnik podružnice je po drugem odstavku 23. člena ZSReg pooblaščen za njeno zastopanje v registrskem postopku. Zato menim, da lahko v primeru prenehanja tuje matične družbe izda pooblastilo notarju za vložitev predloga izbrisa tuje podružnice iz našega sodnega registra zastopnik te podružnice. Tuja podružnica po prenehanju tuje matične družbe predstavlja njeno premoženje. Komu to premoženje pripada, pa ureja pravo države, ki ji je izbrisana matična tuja družba pripadala.

5. Ali je v primeru povečanja osnovnega kapitala iz sredstev družbe, ko gre za več kot 100-odstotno povečanje osnovnega kapitala, potrebno revizorjevo poročilo, čeprav družba ni zavezana k revidiranju letnih poročil (četrti odstavek 476. člena ZGD-1)?

6 Uradni list RS, št. 43/2007, 5/2010, 25/2014.

Odgovor: Peti odstavek 517. člena ZGD-1 za povečanje osnovnega kapitala d.o.o. iz sredstev družbe predpisuje smiselno uporabo določb 358. in 359. člena ZGD-1 ter prvega odstavka 360. člena ZGD-1, razen določbe o revidiranju bilance, če družba ni zavezana k revidiranju letnih poročil. Pri povečanju osnovnega kapitala iz sredstev družbe ni pomembna določba četrtega odstavka 476. člena ZGD-1, saj ta določba velja le za povečanje osnovnega kapitala s stvarnimi vložki, katerih vrednost presega 100.000,00 EUR. Pri povečanju osnovnega kapitala iz sredstev družbe ne gre za vlaganje stvarnih vložkov, temveč za preoblikovanje posameznih kategorij že obstoječega lastnega kapitala družbe.

Pri takem povečanju osnovnega kapitala smiselno veljajo določbe 359. člena ZGD-1, da se lahko v osnovni kapital preoblikujejo naslednje postavke lastnega kapitala:

1. kapitalske rezerve iz 4. in 5. točke prvega odstavka 64. člena, torej naknadna vplačila družbenikov in zneski na podlagi poenostavljenega zmanjšanja osnovnega kapitala ali zmanjšanja z umikom deležev;
2. kapitalske rezerve iz 1. do 3. točke prvega odstavka 64. člena, torej vplačani presežek kapitala (vplačani presežki nominalnih zneskov osnovnih vložkov), morebitni zneski, ki jih družbeniki dodatno vplačajo za pridobitev dodatnih pravic iz deležev, in naknadna vplačila družbenikov;
3. statutarne rezerve, če jih v ta namen določa družbena pogodba;
4. druge rezerve iz dobička;
5. preneseni dobiček;
6. sorazmerni del revalorizacijskega popravka tistih sestavin iz prejšnjih točk, ki so se preoblikovale v osnovni kapital.

Drugi odstavek 359. člena ZGD-1 zahteva, da morajo biti postavke lastnega kapitala, ki se preoblikujejo v osnovni kapital, izkazane v zadnji letni bilanci stanja ali vmesni bilanci stanja, pri čemer mora biti tudi vmesna bilanca stanja sestavljena v skladu s pravili o sestavi letne bilance. Pri delniških družbah se zahteva, da letno bilanco stanja ali vmesno bilanco stanja, ki je predložena kot dokaz obstoja postavk lastnega kapitala, namenjenih povečanju osnovnega kapitala iz sredstev družbe, pregleda revizor, ki mora o njej dati mnenje brez pridržka. Za d.o.o. peti odstavek 517. člena ZGD-1 prav glede teh bilanc izključuje dolžnost revidiranja oziroma dolžnost pridobitve mnenja revizorja, če družba sicer ni zavezana k revidiranju letnih poročil. Kar pomeni, da pri d.o.o., ki ni zavezana k revidiranju bilanc, ni potrebno mnenje revizorja, in to ne glede na višino osnovnega kapitala, povečanega iz sredstev družbe. Torej tudi v primeru 100-odstotnega povečanja osnovnega kapitala. Veljata tudi za d.o.o. zahtevi, da presečni bilančni dan predloženih bilanc, na podlagi katerih se povečuje osnovni kapital, na dan vložitve predloga za registracijo ne sme biti starejši od osmih mesecev (prvi odstavek 360. člena ZGD-1) in da povečanje osnovnega kapitala iz sredstev družbe sploh ni dovoljeno, če je v bilanci stanja izkazana prenesena izguba ali čista izguba poslovnega leta (tretji odstavek 359. člena ZGD-1).

Dodatno vprašanje OŽ Maribor
1. ZGD-1 v drugem odstavku 359. člena določa, da morajo biti postavke lastnega kapitala, ki se preoblikujejo v osnovni kapital, izkazane v zadnji letni bilanci stanja ali vmesni bilanci stanja. 360. člen pa določa, da mora

sklep o povečanju temeljiti na bilanci stanja, katere bilančni presečni dan je največ osem mesecev pred vložitvijo predloga za vpis povečanja osnovnega kapitala.
Vprašanje: Ali lahko družba marca sprejme sklep, da se v osnovni kapital preoblikujejo postavke lastnega kapitala na podlagi vmesne bilance iz septembra preteklega leta (4 mesece pred letno bilanco stanja) glede na to, da je bila vmes že narejena letna bilanca (3 mesece pred sprejetjem sklepa), oziroma ali je vmesna bilanca stanja namenjena le povečanju osnovnega kapitala med letnima bilancama stanja?

Odgovor: Povečanje osnovnega kapitala iz sredstev družbe seveda ne more temeljiti na vmesni bilanci, starejši od letne bilance. Vmesna bilanca je lahko ustrezna podlaga le, če je izdelana med poslovnim letom. Torej po letni bilanci, in to zato, ker je v času od izdelave letne bilance do predvidenega sklepa o povečanju ali zmanjšanju osnovnega kapitala prišlo do takih sprememb v premoženjskem stanju družbe, da letna bilanca ne izraža več pravega premoženjskega stanja družbe. Izdelava vmesne bilance je predvidena predvsem, kadar je ob odločanju o spremembi osnovnega kapitala od presečnega dne letne bilance minilo že več kot osem mesecev.

2. AB je vložil predlog za povečanje osnovnega kapitala iz sredstev družbe na podlagi vmesne bilance stanja na dan 1. 1. 2016.
Vprašanje: Ali lahko družba naredi vmesno bilanco stanja na dan 1. 1., torej naslednji dan, ko je bila narejena letna bilanca (31. 12.)?

Odgovor: Vmesna bilanca, izdelana le en dan po letni bilanci, ni ustrezna podlaga za spremembo osnovnega kapitala. Vmesna bilanca je namenjena predvsem temu, da lahko subjekti izvedejo povečanje ali zmanjšanje osnovnega kapitala tudi v času, ko je od presečnega datuma zadnje letne bilance že preteklo osem mesecev. Vmesna bilanca je sprejemljiva, ko pride do izrazitih sprememb v premoženjskem stanju družbe, do kakršnih pa v enem dnevu ne more priti.

6. Družba odkupi od izstopajočega družbenika poslovni delež in tako pridobi lastni poslovni delež. Družbenik, ki izstopi, predloži izjavo, da ima družba do njega poravnane vse finančne obveznosti. V sprejetih sklepih družbeniki zapišejo, da se oblikujejo rezerve za odkup lastnega poslovnega deleža. Ali je to dovolj ali je treba priložiti bilanco, iz katere izhaja, da so rezerve že oblikovane – glede na to, da je bilo izplačilo družbeniku za odkup poslovnega deleža že opravljeno?

Odgovor: 500. člen ZGD-1 predpisuje, da mora d. o. o. oblikovati rezerve za lastni poslovni delež, še preden izvrši plačilo za pridobitev lastnega poslovnega deleža. Kar pomeni, da mora imeti v letni bilanci stanja ali vmesni bilanci stanja oblikovane rezerve za lastni poslovni delež v ustrezni višini. Šele po oblikovanju teh rezerv sme družba družbeniku plačati pridobljeni poslovni delež. Zato samo sklep družbenikov o oblikovanju teh rezerv še ne zadošča, rezerve morajo biti oblikovane že tudi v bilanci stanja. Če niso bile, ima po mojem mnenju družba možnost, da izdela vmesno bilanco, v kateri ustrezno oblikuje rezerve za lastni poslovni delež; če ima seveda na razpolago ustrezne vire, iz katerih je dovoljeno oblikovanje teh rezerv.

Vire rezerv za lastne delnice in lastne poslovne deleže predpisuje 64. člen ZGD-1:

- čisti dobiček;
- preneseni dobiček;
- statutarne rezerve, določene v družbeni pogodbi za tak namen;
- morebitne druge rezerve iz dobička.

Če družba nima na razpolago ustreznih virov za oblikovanje rezerv za lastni poslovni delež, je bila pridobitev poslovnega deleža nezakonita, saj je bila v nasprotju s kogentno določbo ZGD-1, zato ni mogoč vpis pridobitve lastnega poslovnega deleža v sodni register, ker bi bilo kršeno pravilo iz 495. člena ZGD-1 o ohranjanju osnovnega kapitala, ki določa, da se premoženje, potrebno za ohranitev osnovnega kapitala, ne sme izplačati družbenikom. Taka pridobitev lastnega poslovnega deleža je ničen pravni posel. Na ničnost je dolžno paziti sodišče po uradni dolžnosti. Če ima družba na razpolago ustrezne vire za oblikovanje rezerv za lasten poslovni delež, jih mora že pred vpisom lastnega poslovnega deleža v sodni register oblikovati v bilanci, ki je potrebna kot dokaz, da je bila pridobitev lastnega poslovnega deleža zakonita.

Za razumevanje lastnih poslovnih deležev sta koristna članka M. Kocbeka: Oblikovanje rezerv za lastni poslovni delež in zakonski rezervni sklad v d. o. o., Podjetje in delo, letnik 2011, št. 5, str. 905, in Izplačilo poslovnega deleža-kapitala izstopajočemu družbeniku v d. o. o., Pravna praksa, letnik 2004, št. 8–9, str. 8–9.

7. Predlagatelj (subjekt) je vložil predlog za vpis spremembe, in sicer glede članov nadzornega sveta. Priložil je odstopno izjavo člana organa nadzora in predlagal njegov izbris iz sodnega registra. ZGD-1 v drugem odstavku 254. člena določa, da organ vodenja ali nadzora sestavljajo najmanj trije člani, če zakon ne določa drugače, prav tako je v družbeni pogodbi določeno, da ima družba tri člane organa nadzora. Skupščina novega člana organa nadzora ni imenovala. Ali lahko dovolimo tak vpis glede na določbo drugega odstavka 254. člena ZGD-1?

Odgovor: V opisanem primeru nadzorni svet ne bo sestavljen v skladu z drugim odstavkom 254. člena ZGD-1 in družbeno pogodbo. Če ima d. o. o. nadzorni svet, se po določbi 514. člena ZGD-1 zanj smiselno uporabljajo določbe o nadzornem svetu d. d., če družbena pogodba ne določa drugače. Zakon ureja tudi situacijo, ko eden ali več članov nadzornega sveta iz katerega koli razloga manjka. 256. člen ZGD-1 za tak primer predpisuje, da ga v nujnih primerih na predlog zainteresiranih oseb imenuje sodišče (v skladu s 50. členom ZGD-1 v nepravdnem gospodarskem postopku). In sicer za čas, dokler skupščina ne imenuje novega člana v skladu s statutom. Tudi za primer, če nadzorni svet nima zadostnega števila članov za sklepčnost, je v 276. členu ZGD-1 predpisano, da ga na predlog uprave imenuje sodišče. Uprava mora predlog za sodno imenovanje dati takoj, ko ugotovi, da število članov nadzornega sveta ni zadostno za sklepčnost. Zato lahko ugotovimo, da so začasne nepopolne sestave nadzornega sveta dopustne in da registrsko sodišče ne more zavrniti predlaganega vpisa izstopa člana nadzornega sveta samo zato, ker namesto njega še ni bil imenovan nov član.

8. Povečanje osnovnega kapitala z denarnim vložkom, presežek vplačanega kapitala

S sklepom družbenikov je določeno, da se povečanje osnovnega kapitala družbe izvede z novim osnovnim vložkom, ki ga zagotovi vstopajoči družbenik, in sicer z vplačilom denarnega vložka v znesku 15.000,00 EUR, pravica do vplačila novih denarnih vložkov obstoječih družbenikov se izključi. V sklepih je določeno, da se osnovni kapital poveča za 500,00 EUR. Novi osnovni vložek v nominalni višini 500,00 EUR prevzame vstopajoči družbenik, razlika 10.000,00 EUR pa bo vplačana in knjižena kot presežek kapitala. K predlogu je predloženo potrdilo o vplačilu 500,00 EUR.

Vprašanje:
- Ali je dovolj, da vstopajoči družbenik vplača samo 500,00 EUR, za kolikor se dejansko poveča osnovni kapital družbe, ali pa bi moral vplačati celoten znesek 15.000,00 EUR, tudi presežek kapitala? Stranke včasih določijo tudi datum, do kdaj mora biti plačan celoten denarni vložek-presežek kapitala. Če je ta datum enkrat v prihodnosti, nimamo podlage, da zahtevamo tako potrdilo. Kaj pa, če rok za vplačilo presežka kapitala poteče pred vpisom spremembe osnovnega kapitala v sodni register? Ali moramo takrat zahtevati potrdilo o vplačilu celotnega zneska, tudi presežka, ali je dovolj potrdilo o vplačilu 500,00 EUR, za kolikor se dejansko poveča osnovni kapital, vplačilo presežka kapitala pa nas ne zanima?

Odgovor: Presežek kapitala nastane ob ustanovitvi družbe ali povečanju osnovnega kapitala z novimi vložki, kadar družbeniki vplačajo vložke, katerih vrednost je večja od nominalnih zneskov poslovnih deležev, ki jih pridobijo z vplačili vložkov. V takih primerih je treba oblikovati kapitalske rezerve v višini razlike med celotnimi zneski vplačanih vložkov in nominalnimi zneski pridobljenih poslovnih deležev.

Za povečanje osnovnega kapitala d. o. o. z novimi vložki četrti odstavek 517. člena ZGD-1 predpisuje smiselno uporabo določb 475. člena ZGD-1. Torej določb o vplačilu osnovnega kapitala ob ustanovitvi družbe. Za ustanovitev d. o. o. je v četrtem odstavku 475. člena ZGD-1 predpisano, da mora vsak družbenik pred prijavo za vpis v sodni register zagotoviti vsaj eno četrtino denarnega osnovnega vložka, vrednost vseh zagotovljenih vložkov pa mora znašati najmanj 7.500,00 EUR. Ta zahteva pri povečanju osnovnega kapitala ni smiselna, saj je moral biti osnovni kapital v višini najmanj 7.500,00 EUR zagotovljen že ob ustanovitvi družbe. Iz vprašanja izhaja, da se je družbenik zavezal vplačati 15.000,00 EUR za osnovni vložek v nominalnem znesku 500 EUR, za kolikor se bo povečal tudi osnovni kapital. Za registrsko sodišče je pomembno le to, da je ob vpisu povečanja osnovnega kapitala v sodni register vplačana v premoženje družbe vrednost oziroma denarni znesek, ki ustreza višini povečanja osnovnega kapitala. Vplačilo presežka vrednosti kapitala mora od družbenika izterjati poslovodja družbe v roku, ki je bil v skladu s 484. členom ZGD-1 dogovorjen v pogodbi z družbenikom. Kapitalske rezerve se nato oblikujejo šele po vplačilu tudi presežka vrednosti kapitala.

9. Spremenjen Zakon o zavarovalništvu
Katere so spremembe zakona, ki vplivajo na vpise v sodni register?

Odgovor: Za zavarovalnice Zakon o zavarovalništvu (v nadaljevanju besedila: Zzavar-1)[7] vsebuje precej specialnih določb, pomembnih za vpise v sodni register:

- zavarovalnica je lahko organizirana v pravnoorganizacijski obliki d. d., evropske d. d. (SE) ali d. o. o., pozavarovalnica pa le v obliki d. d. ali SE (24. člen ZZavar-1);
- po 29. členu ZZavar-1 je najnižji znesek osnovnega kapitala zavarovalnice enak višini zahtevanega minimalnega kapitala iz drugega odstavka 233. člena:
- 2.500.000,00 EUR pri zavarovalnici, ki opravlja posle premoženjskega zavarovanja;
  3.700.000,00 EUR pri zavarovalnici, ki opravlja posle življenjskega zavarovanja;
  3.600.000,00 EUR pri pozavarovalnici;
- delnice zavarovalnice se lahko glasijo le na ime, lahko so vplačane le v denarju in morajo biti v celoti vplačane pred vpisom ustanovitve ali vpisom povečanja osnovnega kapitala v sodni register (prvi odstavek 30. člena);
- izjemi od pravila, da morajo biti delnice vplačane v denarju, sta ustanovitev ali povečanje osnovnega kapitala zaradi izvedbe združitve ali delitve ter primer povečanja osnovnega kapitala z delnicami druge zavarovalnice kot stvarnim vložkom, če je bilo za tako povečanje osnovnega kapitala pridobljeno dovoljenje Agencije za zavarovalni nadzor (drugi odstavek 30. člena);
- za pridobitev deleža zavarovalnice, s katerim bi se dosegel ali presegel kvalificirani delež (neposredno ali posredno imetništvo najmanj 10 odstotkov glasovalnih pravic ali najmanj 10 odstotkov deleža v kapitalu), je potrebno predhodno dovoljenje Agencije za zavarovalni nadzor (31. člen);
- zavarovalnica ima lahko dvotirni ali enotirni sistem upravljanja (54. člen);
- upravni odbor ima najmanj dva izvršna direktorja, za izvršnega direktorja pa je lahko imenovana največ ena polovica članov upravnega odbora;
- uprava ima najmanj dva člana, ki zastopata skupaj, nihče od članov uprave oziroma prokurist ne sme biti pooblaščen za samostojno zastopanje za celoten obseg poslov iz dejavnosti zavarovalnice (56. člen);
- za člana uprave zavarovalnice je potrebno dovoljenje za opravljanje funkcije člana uprave zavarovalnice, ki ga izda Agencija za zavarovalni nadzor (59. člen) in brez tega dovoljenja član uprave ne sme niti nastopiti niti opravljati funkcije;
- prokura se lahko podeli le osebi, ki izpolnjuje pogoje za člana uprave, vendar pa prokurist ne potrebuje dovoljenja Agencije za zavarovalni nadzor (60. člen);
- zavarovalnica potrebuje za udeležbo pri združitvi ali delitvi, za ustanovitev z združitvijo ali delitvijo nastale nove družbe ter tudi za vsa druga statusna preoblikovanja pred vpisom v sodni register ustrezno dovoljenje Agencije za zavarovalni nadzor za tako statusno spremembo (125. člen);
- zavarovalnica iz tretje države, ki ni članica EU, lahko ustanovi podružnico v Sloveniji le, če pridobi predhodno dovoljenje za njeno ustanovitev Agencije za zavarovalni nadzor (138. člen).

7 Uradni list RS, št. 93/2015.

10. Mnenje ustanovitvenega revizorja
Ali je ob prenosu podjetja podjetnika na novo kapitalsko družbo treba imeti tudi mnenje ustanovitvenega revizorja o ustanovitvi družbe?

Odgovor: Drugi odstavek 669. člena ZGD-1 določa, da mora ustanovitev nove družbe s prenosom podjetja podjetnika pregledati ustanovitveni revizor. Če je novoustanovljena družba d. o. o. in vrednost prenesenega podjetja ni večja od vrednosti, določene v četrtem odstavku 476. člena (100.000,00 EUR), ustanovitvena revizija ni potrebna. Pri tem opozarjam na dikcijo »vrednost prenesenega podjetja«, kar seveda ni enako znesku, vloženem v osnovni kapital nove družbe. Če gre za ustanovitev nove d. o. o. s prenosom podjetja podjetnika in je iz bilance stanja podjetnika razvidno, da je višina t. i. podjetnikovega kapitala višja od 100.000,00 EUR, je potrebna tudi za ustanovitev d. o. o. ustanovitvena revizija. Pa čeprav bo morda imela nova d. o. o. osnovni kapital zgolj 7.500,00 EUR, presežek kapitala pa bo prenesen v kapitalske rezerve. Nasprotno bi bilo mogoče takoj po vpisu ustanovitve družbe v sodni register brez revizije iz sredstev družbe (kapitalskih rezerv) v več korakih izvesti povečanje osnovnega kapitala prek 100.000,00 EUR in s tem izigrati namen ustanovitvene revizije.

Pri prenosu podjetja podjetnika na novo d. d. je ustanovitvena revizija obvezna ne glede na vrednost podjetnikovega prenesenega podjetja. Podjetje podjetnika predstavlja stvarni vložek, zato gre za primer ustanovitve d. d. iz četrte alineje drugega odstavka 194. člena ZGD-1 in mora ustanovitev pregledati eden ali več ustanovitvenih revizorjev, ki jih imenuje sodišče (tretji odstavek 194. člena ZGD-1). Razen če gre za situacijo iz druge alineje prvega odstavka 194. a člena ZGD-1, ko je podjetje podjetnika že vrednotil revizor v skladu s splošno priznanimi standardi in načeli vrednotenja največ šest mesecev pred dnevom prenosa podjetja na novo d. d.

11. Kakšen je obseg presoje registrskega sodišča v primeru, ko družba pridobiva lasten poslovni delež ter izkazuje izgubo in negativno stanje na vseh postavkah, iz katerih se lahko oblikujejo rezerve za lastne poslovne deleže, in je jasno, da rezerv za lastne poslovne deleže v letu, v katerem te pridobiva, ne more oblikovati. Ali lahko zahtevamo bilanco ali vmesno bilanco (uredba tega ne zahteva) v primerih, ko to dejstvo ugotovimo iz vpogleda v JOLP? Navedeno se mi zdi pomembno z vidika namena, ki ga ima kapital družbe, kajti s pridobivanjem lastnega poslovnega deleža družba izgublja svoje realno premoženje, ogroža svoj obstoj in posledično upnike. Nekatere družbe imajo zelo visoke lastne poslovne deleže. (Ob pripombah na predlog novele ZGD-1 je zaslediti enega od predlogov Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo, da se zaradi netransparentnosti 500. člen ZGD-1 spremeni tako, da se celo popolnoma omeji pridobitev lastnega poslovnega deleža.)

Odgovor: Če družba lasten poslovni delež pridobiva odplačno, sme registrsko sodišče ob predlogu vpisa poslovnega deleža v sodni register zahtevati predložitev letne ali vmesne bilance, čeprav Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register ne predpisuje obveznosti njene predložitve. Sodišče mora preveriti zakonitost pridobitve lastnega poslovnega deleža in po uradni dolžnosti paziti na morebitno ničnost pravnih poslov. Če je iz bilance razvidno, da družba nima virov, iz

katerih bi smela oblikovati rezerve za lastni poslovni delež, iz pogodbe, na podlagi katere je pridobila lastni poslovni delež, pa izhaja, da je pridobitev deleža odplačna (da bo družba delež dolžna plačati), je očitno, da gre za kršitev kogentne določbe 495. člena ZGD-1 o dolžnosti ohranjanja osnovnega kapitala. Kršitve kogentnih predpisov imajo za posledico ničnost pravnih poslov. Če družba takega deleža ne more plačati iz dovoljenih virov, ker jih sploh nima, a je po pogodbi zavezana k plačilu, je ničen tudi sam pravni posel pridobitve lastnega poslovnega deleža.

Pridobitev lastnega poslovnega deleža kljub odsotnosti virov za oblikovanje rezerv za lasten poslovni delež je dopustna, če ga družba pridobi brezplačno, če je bil ta poslovni delež pred tem v celoti vplačan (prvi odstavek 500. člena ZGD-1).

Za razumevanje načela ohranjanja osnovnega kapitala je koristen članek P. Podgorelca Ohranjanje osnovnega kapitala pri d. o. o., Podjetje in delo, letnik 2006, št. 8, str. 1669.

12. Opcijski zavezanec kot imetnik edinega poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo z opcijskim upravičencem (ki je dejansko edina oseba, pooblaščena za zastopanje v tej isti družbi) sklene pogodbo o ustanovitvi pridobitvene opcije, v kateri navaja, da je namen strank pri sklenitvi te pogodbe opcijskemu upravičencu zagotoviti oblikovalno upravičenje, na podlagi katerega bo z enostransko izjavo svoje volje dosegel učinkovanje pogodbe o prenosu poslovnega deleža in z njo brez nadaljnjega sodelovanja opcijskega zavezanca postal imetnik 51 odstotkov poslovnega deleža v tej družbi. Za zavarovanje dogovorjene pridobitvene opcije se opcijski zavezanec zaveže, da svojega deleža med trajanjem pridobitvene opcije ne bo odtujil ali obremenil brez soglasja opcijskega upravičenca. Za primer, da opcijski zavezanec ne bi upošteval določb o zavarovanju oziroma da bi neodvisno od njegove volje prišlo do obremenitve poslovnega deleža v tej družbi, določita pogodbeno kazen v višini 150.000,00 EUR, ki zapade v plačilo »ob nastopu katerega koli dejstva, ki bi pomenilo oviro v prostem razpolaganju opcijskega zavezanca oziroma pričakovano opcijskega upravičenca glede poslovnega deleža v tej družbi«. Nadalje navaja, da sta opcijski upravičenec in zavezanec sporazumna, da pogodba o prenosu poslovnega deleža, ki predstavlja prilogo k tej pogodbi, šteje za sklenjeno z dnem uveljavitve opcijskega upravičenja s strani opcijskega upravičenja.

Predlagatelj na podlagi predloženih listin predlaga vpis obremenitve pri poslovnem deležu, in sicer tako, da se na podlagi notarskega zapisa potrditve pogodbe o ustanovitvi pridobitvene opcije pri 51-odstotnem poslovnem deležu ustanovi zastavna pravica v višini 150.000,00 EUR, ki zapade v plačilo ob nastopu katerega koli dejstva, ki bi pomenil oviro v prostem razpolaganju opcijskega zavezanca oziroma pričakovano opcijskega upravičenca glede poslovnega deleža v tej družbi, v korist opcijskega upravičenca.

Vprašanje:
Ali je zahtevek za vpis obremenitve pri poslovnem deležu na podlagi pogodbe o ustanovitvi pridobitvene opcije oziroma pogodbe o prenosu poslovnega deleža utemeljen?

Odgovor: Po drugem odstavku 2. člena ZSReg je sodni register namenjen vpisu in objavi podatkov o pravno pomembnih dejstvih, za katere ta ali drug zakon določa, da se vpišejo v sodni register. Iz vprašanja izhaja, da je bila v obliki notarskega zapisa pogodbe o ustanovitvi pridobitvene opcije v zavarovanje upravičenja opcijskega upravičenca do pridobitve poslovnega deleža ustanovljena zastavna pravica. Zastavna pravica na poslovnem deležu lahko nastane tudi na podlagi pravnega posla (131. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ)[8], to je na podlagi sporazuma strank, ki mora biti v obliki notarskega zapisa (190. člen SPZ v zvezi s tretjim odstavkom 481. člena ZGD-1). Da se lahko tudi zastavna pravica, ki je nastala na podlagi sporazuma strank, vpiše v sodni register, izhaja iz 47. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, ki določa, da je predlogu za vpis pravice tretjega na poslovnem deležu, ki je bila ustanovljena s pravnim poslom, treba priložiti odpravek notarskega zapisa pravnega posla o ustanovitvi te pravice. Zastavna pravica na podlagi pravnega posla sicer ne nastane šele z vpisom v sodni register, pač pa že s sklenitvijo notarskega zapisa. Namen vpisa tudi take zastavne pravice v sodni register je v učinku objave, saj ima taka zastavna pravica od dneva objave vpisa v sodni register pravni učinek tudi nasproti tretjim oziroma tistim, ki bodo morda na istem poslovnem deležu pozneje pridobili zastavno pravico. Za vpis take obremenitve poslovnega deleža v sodni register zato lahko najdemo pravno podlago v določbi 12. točke prvega odstavka 4. člena ZSReg, saj gre za podatek, pomemben za pravni promet.

Predlogu za vpis zastavne pravice na poslovnem deležu ter dogovorjene prepovedi obremenitve in razpolaganja s poslovnim deležem v sodni register na podlagi navedene opcijske pogodbe je zato mogoče ugoditi.

V zvezi z razumevanjem pravne narave opcijske pogodbe je koristna odločba Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 526/2012 z dne 25. 4. 2013, iz katere je razvidno, da gre pri opcijskih pogodbah dejansko za dve pogodbi. Prva je opcijska pogodba, katere vsebina je dogovor o ustanovitvi opcije kot oblikovalne pravice, ki opcijskemu upravičencu zagotavlja možnost, da z opcijsko izjavo doseže sklenitev glavne pogodbe, katere vsebina je že določena z opcijsko pogodbo. Glavna pogodba nastane po splošnih pravilih v trenutku prejema opcijske izjave, s katero opcijski upravičenec sprejme ponudbo za sklenitev glavne pogodbe, ki je že v sklenjeni opcijski pogodbi. Ker je za odsvojitev poslovnega deleža obvezna pogodba v obliki notarskega zapisa, morata biti opcijska pogodba in tudi izjava opcijskega upravičenca, s katero ta izjavi uveljavitev svojega opcijskega upravičenja, ki pomeni sprejetje ponudbe, zapisani v obliki notarskega zapisa.

13. Opazili smo, da nekateri notarji včasih pri vpisu vrste odgovornosti družbe kot družbenice v d. o. o. (torej pri lastnem poslovnem deležu družbe) zapišejo, da družba »polno odgovarja«, in sicer po razlagi, da družba za obveznosti družbe polno odgovarja.

Prosimo za potrditev, da je tako stališče napačno, saj pri d. o. o. noben družbenik »ne odgovarja« za obveznosti družbe. Mogoče bi bilo smotrno že v e-VEM vnos neke zaščite, da se take stvari sploh ne bi mogle vpisovati.

8 Uradni list RS, št. 87/2002.

Odgovor: Tudi pri lastnem poslovnem deležu je mogoč zgolj vpis, da imetnik (subjekt vpisa) ne odgovarja (za obveznosti družbe). Za vpis polne odgovornosti (subjekta vpisa) za lastni poslovni delež ni pravne podlage in je nepravilen.

Dodatno vprašanje notarjev

Ali je pri oddelitvi s prevzemom obvezno pogodbo o oddelitvi in prevzemu objaviti mesec dni pred zasedanjem skupščine v sodnem registru? Pri oddelitvi s prevzemom se na podlagi tretjega odstavka 638. člena ZGD-1 smiselno uporabljajo tudi določbe o pripojitvi. Če določbe o pripojitvi smiselno uporabimo, se lahko družbeniki vsake, pri oddelitvi udeležene družbe odpovejo pripravi skupščine (in s tem objavi pogodbe na sodnem registru mesec dni vnaprej). Taka praksa je že vrsto let, v zadnjem času pa se nam je zgodilo, da so določeni sodni registri vpis oddelitve s prevzemom zavrnili, ker pogodba o oddelitvi ni bila mesec dni prej objavljena na sodnem registru, čeprav so se ob upoštevanju določb o pripojitvi vsi družbeniki z izjavo v obliki notarskega zapisa temu odpovedali.

Odgovor: Za oddelitev s prevzemom se smiselno uporabljajo predvsem določbe ZGD-1 od 624. do 637. člena, ki urejajo delitev z ustanovitvijo novih družb. V teh določbah je v prvem odstavku 629. člena za pripravo in izvedbo skupščine, ki bo odločala o delitvi, predpisana tudi smiselna uporaba prvega do petega odstavka 586. člena, torej tudi določbe o predložitvi pogodbe o oddelitvi in prevzemu registrskemu organu in objavi tega, da je bila predložena. Vendar glede na določbo drugega odstavka 629. člena ZGD-1 to velja le za oddelitev prenosne družbe, ki je organizirana kot delniška družba. Kajti za oddelitev d. o. o je v drugem odstavku 629. člena ZGD-1 specialno predpisano, da je treba najmanj 14 dni pred zasedanjem skupščine, ki bo odločala o delitvi, vsakemu družbeniku te družbe skupaj z vabilom na skupščino poslati tudi listine iz 586. člena ZGD-1, torej tudi pogodbo o delitvi in prevzemu. Zato sta pri d. o. o. predložitev te pogodbe registrskemu sodišču in objava o njeni predložitvi nesmiselni, saj morajo biti družbeniki s to pogodbo seznanjeni že neposredno tako, da se jim jo pred skupščino pošlje skupaj z vabilom.

Tretji odstavek 638. člena ZGD-1 za delitev s prevzemom poleg uporabe določb o delitvi z ustanovitvijo nove družbe za prenosno in prevzemno družbo predpisuje tudi smiselno uporabo določb o pripojitvi. Za pripojitve d. o. o. prav tako velja namesto dolžnosti predložitve pogodbe o pripojitvi registrskemu sodišču in objave o njeni predložitvi dolžnosti, predpisano v drugem odstavku 619. člena ZGD-1, da je treba pripojitveno pogodbo družbenikom poslati neposredno skupaj z vabilom na skupščino najmanj 14 dni pred njenim zasedanjem. Prvi odstavek 619. člena ZGD-1 celo izrecno določa, da se za d. o. o tudi pri pripojitvi določba prvega odstavka 586. člena ZGD-1 o predložitvi pripojitvene pogodbe registrskemu sodišču ne uporablja. Pri pripojitvah in delitvah d. o. o. ni potrebno, da bi bili že mesec dni pred zasedanjem skupščine registrskemu sodišču predloženi pogodba o pripojitvi oziroma pogodba o delitvi in prevzemu.

Predložitev pogodbe registrskemu sodišču vsaj mesec dni pred zasedanjem skupščine ter objava o tem sta pri pripojitvah in delitvah potrebni le pri delniških družbah. Po določbi šestega odstavka 599. člena ZGD-1 pa se tudi v delniški

družbi lahko delničarji pri pripojitvi tej pravici odpovejo, če vsi delničarji vsake od družb, udeleženih pri pripojitvi, dajo izjavo v obliki notarskega zapisa ali ustno na zasedanju skupščine, da se odpovejo uporabi teh določb. Glede na določbo tretjega odstavka 638. člena ZGD-1 o smiselni uporabi pravil o pripojitvi tudi za delitve se tej pravici lahko delničarji odpovejo tudi pri delitvi s prevzemom in ustanovitvijo novih družb. Kar pomeni, da v takem primeru tudi pri delitvah delniških družb predložitev pogodbe registrskemu sodišču že mesec dni pred zasedanjem skupščine družbe ni potrebna. Predložitev pogodbe registrskemu sodišču in objava predložitve sta namenjeni varstvu delničarjev, da se lahko ti seznanijo z vsemi okoliščinami, pomembnimi za njihovo glasovanje o soglasju k pripojitvi oziroma delitvi in za njihovo odločitev o ugovoru zoper soglasje k pripojitvi oziroma delitvi. Če se vsi delničarji tej pravici izrecno odpovejo, ni razloga, da bi pri njej vztrajalo registrsko sodišče.

ODLOČANJE O VPISIH V SODNI REGISTER

MOGOČI ODGOVORI NA VPRAŠANJA[9]

Nada Mitrović
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

Vprašanje 1

Novo besedilo prvega odstavka 482. člena ZGD-1 določa, da se za pridobitelja poslovnega deleža šteje le tisti, ki je vpisan v register. Kaj je imel v mislih zakonodajalec, ko je spreminjal ta člen v zakonu?

Druge pravice, obveznosti in odgovornosti družbenikov iz naslova imetništva poslovnih deležev.

Enoosebne d. o. o.:

V praksi prihaja zdaj do različnih stališč in rešitev te spremembe, saj nekateri registri omogočajo oziroma dovoljujejo vpis novega družbenika v enofaznem postopku (samo z enim predlogom za vpis spremembe), skupaj z vsemi spremembami glede na sklepe, ki jih lahko sprejme že novi družbenik. Druga sodišča pa zahtevajo, da se s prvim predlogom vpiše novi družbenik na podlagi pogodbe o prenosu poslovnega deleža in se priloži čistopis akta oziroma družbene pogodbe. Šele z drugim predlogom, torej že po vpisu družbenika v sodni register, pa lahko vpisani novi družbenik sprejema veljavne sklepe in se te spremembe vpišejo v sodni register.

Ali sme pridobitelj poslovnega deleža na podlagi pogodbe o prevzemu poslovnega deleža takoj, torej, preden se vpiše v register, sprejeti sklepe o spremembi firme, sedeža, zastopnikov, dejavnosti in akta/družbene pogodbe ter vse skupaj z enim predlogom predlagati za vpis v sodni register oziroma ali mora počakati, da je vpisan v register, in se šele potem ponovno oglasiti pri notarju in sprejeti želene spremembe.

Notarji so popolnoma zmedeni in kličejo na vsako sodišče posebej, kakšna je praksa glede vpisa novega družbenika, ali se torej vse dela kot do zdaj, z enim predlogom ali sta potrebna dva predloga (vse je seveda povezano s stroški, ki so za stranke v drugem primeru seveda večji, kot če lahko vse uredijo z enim predlogom).

9 Prispevek je bil obravnavan na Registrski šoli, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala v Portorožu, od 13. do 15. aprila 2016.

Poenotenje dela v registrih bi bilo nujno, saj vsi uporabljamo isti zakon, za stranke pa je seveda nerazumljivo, kako je mogoče, da je mogoče ponekod spremembo družbenika in drugih sprememb vpisati v enem postopku z manjšimi stroški, spet drugje pa sta potrebni dve fazi, posledično z večjimi stroški.

Doreči je treba stvari v zvezi s konstitutivnostjo vpisa družbenika v sodni register (482. člen ZGD-1). Mislim, da je praksa sodišč različna. Ali se sprememba družbenika in morebitne spremembe, ki jih novi družbenik že sprejme pri notarju, ko dela prenos družbeništva in seveda še ni vpisan v sodni register, izvedejo v eni ali dveh fazah? Ali se najprej vpiše sprememba družbenika in pozneje z novim predlogom vpis drugih sprememb ali se lahko naredi vse naenkrat?

Odgovor: *O poslovnem deležu in družbeniku v družbi z omejeno odgovornostjo*

Družba z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) je kapitalska družba, urejena v Zakonu o gospodarskih družbah (v nadaljevanju besedila: ZGD-1).[10] Družba se ustanovi z družbeno pogodbo (474. člen ZGD-1), ki jo lahko sklenejo fizične in pravne osebe. Družbenik postane z ustanovitvijo družbe tista fizična ali pravna oseba, ki ima v osnovnem kapitalu družbe z omejeno odgovornostjo vsaj en osnovni vložek (prvi odstavek 471. člena ZGD-1 in prvi odstavek 473. člena ZGD-1). Zato mora družbenik osnovni vložek v osnovnem kapitalu družbe tudi prevzeti; seznam družbenikov z navedbo vložkov, ki so jih prevzeli, mora biti tudi priložen k prijavi družbe za vpis v register (primerjaj s prvim odstavkom 478. člena ZGD-1).

Družba pridobi lastnost pravne osebe z vpisom v sodni register (prvi odstavek 5. člena ZGD-1). Za razmerja med (bodočimi) družbeniki, ki nastanejo s sklenitvijo družbene pogodbe, se od sklenitve družbene pogodbe do vpisa družbe v sodni register uporabljajo pravila Obligacijskega zakonika o civilnopravni družbeni pogodbi (drugi odstavek 5. člena ZGD-1), po vpisu družbe v sodni register pa pravila ZGD-1.

O upravičenjih družbenika iz poslovnega deleža v d. o. o.

Družbenik na podlagi poslovnega deleža v d. o. o. pridobi pravico do upravljanja družbe, ki je do vpisa družbe v sodni register ni imel. Upravljanje družbe pomeni odločanje družbenikov o vprašanjih iz 505. člena ZGD-1. Družbeniki praviloma sprejemajo sklepe na skupščini (prvi odstavek 507. člena ZGD-1), ki jo skliče poslovodja družbe, tako da na skupščino povabi družbenike.

Družbenik na podlagi poslovnega deleža v d. o. o. pridobi tudi naslednja materialnopravna upravičenja:

- pravico do udeležbe v dobičku;[11]
- v primeru izključitve ali izstopa iz družbe pravico do plačila ocenjene vrednosti poslovnega deleža (peti in šesti odstavek 502. člena ZGD-1);

10 Uradni list RS, št. 42/2006, s spremembami do ZGD-1.
11 Pravico do udeležbe na dobičku ima lahko tudi oseba, ki ni družbenik (primerjaj s 45. a členom ZGD-1).

- v primeru prenehanja družbe pravico do preostanka likvidacijske ali stečajne mase, ki ostane po poplačilu upnikov.

O razpolagalnih pravicah in prometu s poslovnimi deleži

Družbenik ima pravico razpolagati s poslovnim deležem tako, da poslovni delež odsvoji ali ga obremeni. Zato je potreben notarski zapis o odsvojitvi poslovnega deleža, s katerim odsvojitelj pridobitelju izroči svoj poslovni delež v družbi. Ko je pogodba izpolnjena, pridobitelj v razmerju do odsvojitelja postane »dejanski lastnik poslovnega deleža«.

O posledicah spremembe družbenika v družbi – razmerje med družbo in družbeniki

Že ZGD je v prvem odstavku 417. člena vseboval določbo, da se za pridobitelja poslovnega deleža šteje le tisti, ki poslovodji prijavi in dokaže pridobitev, teorija pa je navedeno določbo razlagala tako, da zakon v medsebojno razmerje odsvojitelja in pridobitelja poslovnega deleža ne posega, pač pa zahteva za to, da bi pridobitev učinkovala tudi proti družbi, še dodatno dejanje: prijavo pridobitve poslovodij in dokaz pridobitve.[12] Tudi 482. člen ZGD-1 je enako, kot je bil 417. člen ZGD, uvrščen v oddelek z nazivom RAZMERJA MED DRUŽBO IN DRUŽBENIKI.

Prvi odstavek 482. člena ZGD-1, ki se je glasil: »Za pridobitelja poslovnega deleža se šteje le tisti, ki poslovodji prijavi in dokaže pridobitev,« se je z zadnjo spremembo ZGD-1I spremenil le tako, da se zdaj glasi: »Za pridobitelja poslovnega deleža se šteje tisti, ki je vpisan v sodni register.« Prejšnja določba enako kot sedanja določba prvega odstavka 482. člena ZGD-1 ureja vprašanje, od kdaj začne prenos poslovnega deleža učinkovati v razmerju do družbe.

Namen zakonodajalca – obrazložitev k spremembi prvega odstavka 482. člena ZGD-1

K 69. členu zadnje novele 482. člena ZGD-1 je zapisana naslednja obrazložitev, objavljena v Poročevalcu državnega zbora: »S spremembo 482. člena se določa obvezen vpis lastnika poslovnega deleža v register. Družbenik bo lahko izvrševal korporacijske pravice, šele ko bo vpisan v register. Po veljavni ureditvi je lahko pravice iz poslovnega deleža uresničeval vsak, ki je poslovodji dokazal, da je imetnik poslovnega deleža.«

K 71. členu spremembe zakona je navedena naslednja obrazložitev: »Zaradi spremembe 482. člena, ki na novo določa, da se za pridobitelja poslovnega deleža šteje tisti, ki se vpiše v register, je potrebno jasno določiti, da je sklic skupščine pravilen, če poslovodja skliče skupščino s priporočenim pismom, ki ga posreduje vsem družbenikom, ki so na dan sklica skupščine vpisani v register.«

Ker 482. člen ZGD-1 ureja položaj odsvojitelja in pridobitelja poslovnega deleža v razmerju do družbe, se je s spremenjeno določbo prvega odstavka 482. člena ZGD-1 spremenil le trenutek, od katerega učinkujejo korporacijske (upravljavske in

12 Zakon o gospodarskih družbah s komentarjem, 2. knjiga, Ljubljana, GV Založba, 2002, str. 380.

premoženjske) pravice družbenika v razmerju do družbe. Namen take določbe je bil očitno tudi, da se prepreči praksa nepredlaganja vpisov spremembe družbenikov v sodni register.

Očitno so se v preteklih letih dogajali posamezni primeri, ko je notar predlagal vpis podatkov o pridobitelju poslovnega deleža v sodni register celo nekaj let ali desetletij po sestavi notarskega zapisa pogodbe o odsvojitvi poslovnega deleža (ki so bili predstavljeni kot primeri na prejšnjih šolah). Vendar že dosedanja ureditev zagotavlja takojšen vpis spremembe podatkov o družbeniku v sodni register. Pogodbo o odsvojitvi poslovnega deleža sestavi v notarski obliki notar (tretji odstavek 481. člena ZGD-1), ki ima po Zakonu o sodnem registru (v nadaljevanju besedila: ZSReg)[13] pooblastilo tudi sestaviti čistopis družbene pogodbe in na tej podlagi je v imenu subjekta vpisa upravičen predlagati tudi vpis spremembe družbenika v sodni register (drugi odstavek 24. člena ZSReg).[14] Če pridobitelj predloga v imenu subjekta ni podal, je v razmerju z družbo zadostovalo, da je o pridobitvi poslovnega deleža obvestil poslovodjo, po spremembi prvega odstavka 482. člena ZGD-1 pa zgolj obvestilo ni dovolj.

Namen sodnega registra je, da se v glavno knjigo vpišejo in v njej objavijo podatki o pravno pomembnih dejstvih, za katere drug zakon določa, da se vpišejo v sodni register (drugi odstavek 2. člena ZSReg). Zakon, ki določa, da se v sodni register vpišejo podatki o družbenikih družbe z omejeno odgovornostjo in sprememba teh podatkov, je ZGD-1 (47., 48. in 478. člen ZGD-1).

O posamezni (fizični ali pravni) osebi kot družbeniku družbe z omejeno odgovornostjo (subjekta vpisa) se v sodnem registru vodijo (v 6. točki prvega odstavka 4. člena ZSReg določeni) podatki zaradi varnosti pravnega prometa (peti odstavek 2. b člena ZSReg). V razmerju med določbo petega odstavka 2. b člena ZSReg in prvega odstavka 482. člena ZGD-1 menim, da ne gre za specialno določbo ZSReg, ki bi izključevala uporabo spremenjenega prvega odstavka 482. člena ZGD-1. V prvem odstavku 482. člena ZGD-1 je določeno, kdo se šteje za pridobitelja poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo. Ta domneva je vezana na javno evidenco podatkov, ki se po zakonu vpisujejo v sodni register. Zakon ne vsebuje določbe o tem, da je navedena domneva izpodbojna, torej dostavka: »če dejanski imetnik deleža ne dokaže drugače«.

Vpis hkratnih sprememb v enoosebni d. o. o.

Če je namen določbe prvega odstavka 482. člena ZGD-1 urediti razmerja med družbo in družbenikom, je jasno, da je s spremembo prvega odstavka 482. člena ZGD-1 v razmerju med družbo in družbenikom spremenjen trenutek učinkovanja pravic družbenika nasproti družbi. Prej se je štelo, da je bil to trenutek, ko je pridobitelj poslovnega deleža poslovodji prijavil in dokazal pridobitev, zdaj pa se šteje, da je to trenutek, ko je novi družbenik vpisan v sodni register. Od tega

13 Uradni list RS, št. 13/1994, s spremembami.

14 Šteje se, da je notar, ki je sodeloval pri sestavi notarske listine ali je listino pretvoril v elektronsko obliko po tretjem odstavku 28. a člena tega zakona, pooblaščen v imenu subjekta vpisa vložiti predlog za vpise, ki temeljijo na tej listini, ali jo predložiti sodišču zaradi javne objave. V primeru iz prejšnjega odstavka predlogu ni treba predložiti pooblastila.

trenutka se šteje, da je v razmerju do družbe družbenik tisti, ki je vpisan v sodni register. Poslovodja bo na skupščino vabil družbenika, vpisanega v sodni register.

V enoosebni družbi je položaj pridobitelja edinega poslovnega deleža nekoliko drugačen, ker v enoosebni družbi upravlja družbo samo en družbenik. Odločitve sprejema samostojno, mora pa jih vpisovati v knjigo sklepov. Sklepi, ki niso vpisani v knjigo sklepov, nimajo pravnega učinka (drugi odstavek 526. člena ZGD-1).

Če v enoosebni družbi ustanovitelj poslovnega deleža odsvoji poslovni delež in še pred vpisom te spremembe v sodni register izroči novemu družbeniku knjigo sklepov, v katero novi družbenik vpiše svojo odločitev o spremembi firme, dejavnosti, sedeža in poslovodje, menim, da notar lahko hkrati predlaga vpis spremembe ustanovitelja ter na podlagi sklepov iz knjige sklepov tudi vpis spremembe drugih podatkov, ki se vpisujejo v sodni register, in vpis spremembe akta o ustanoviti.

Na podlagi razprave na šoli so bila zavzeta naslednja stališča:

Ob odsvojitvi poslovnega deleža v d. o. o. naj notar, ki sestavi notarski zapis pogodbe in izdela čistopis pogodbe o ustanovitvi družbe z omejeno odgovornostjo, v zakonskem roku[15] predlaga vpis vstopa pridobitelja poslovnega deleža kot novega družbenika in vpis čistopisa družbene pogodbe v sodni register.

Če v enoosebni d. o. o. edini družbenik odsvoji svoj poslovni delež pridobitelju poslovnega deleža, sodišče na predlog vpiše hkrati spremembo družbenika in vse spremembe na podlagi sklepov, ki jih je ob vstopu v družbo sprejel pridobitelj poslovnega deleža.

Vprašanje 2

Sprememba družbenika na podlagi pravnomočnega sklepa o dedovanju in prodaja deleža pred vpisom dediča v register.

Oseba X je pridobila poslovni delež na podlagi pravnomočnega sklepa o dedovanju v letu 2013. Zakon o dedovanju v 132. členu določa, da pokojnikova zapuščina preide po samem zakonu na njegove dediče v trenutku njegove smrti. Oseba X je tako postala imetnik poslovnega deleža že v trenutku zapustnikove smrti, čeprav se po pravnomočnosti sklepa o dedovanju kot družbenik ni vpisala v sodni register. V letu 2015 je na podlagi pogodbe o odsvojitvi dedič prodal svoj poslovni delež, imetništvo pa je izkazano s pravnomočnim sklepom o dedovanju.

Ali je spremembo glede na spremenjeni 482. člena ZGD-1 treba vpisati v dveh fazah; najprej spremembo družbenikov na podlagi pravnomočnega sklepa o dedovanju, saj se za pridobitelja poslovnega deleža šteje le tisti, ki je vpisan v sodni register? V drugi fazi, torej z novim predlogom, pa spremembo družbenikov na podlagi notarskega zapisa pogodbe o prenosu poslovnega deleža, ker je dedič poslovni delež prodal.

15 Prijavo spremembe je treba vložiti v 15 dneh po izpolnitvi pogojev za vpis (drugi odstavek 48. člena ZGD-1).

Ali sme notar sestaviti pogodbo o odsvojitvi deleža, ki ga je pridobil dedič, še pred vpisom dediča v sodni register?

Če je pogodba o odsvojitvi z dediča na kupca dovoljena še pred vpisom dediča v sodni register ter bi sodni register kot javna knjiga moral vpisati najprej dediča in v novem postopku še pridobitelja (v enem postopku ni mogoče vpisati dedičevega vstopa in izstopa hkrati) – ali je dopustno v takem primeru vpisati prenos poslovnega deleža na dediča brez priloženega čistopisa družbene pogodbe, če je notar ob prodaji deleža že sestavil čistopis družbene pogodbe, ki vključuje podatke o kupcu, ne pa dediču?

Odgovor: Če v družbeni pogodbi ni omejitev glede novih družbenikov, mora upravičeni predlagatelj na podlagi pravnomočnega sklepa o dedovanju vpis spremembe v zakonskem roku predlagati za vpis v sodni register.

Dedič lahko proda že na podlagi sklepa o dedovanju pridobljen poslovni delež, torej, še preden se kot družbenik vpiše v sodni register. Spremenjena določba prvega odstavka 482. člena ZGD-1 na to pravico nima nobenega vpliva. Dedič mora upoštevati določbe ZGD-1 o tem, da mora o prodaji obvestiti druge družbenike (peti odstavek 481. člena ZGD-1). Če še ni vpisan v sodni register, to ne pomeni, da te obveznosti nima. Do družbenikov ima vse obveznosti, kot bi jih imel zapustnik – v sodni register še vedno vpisani družbenik. Pogodbo o odsvojitvi med odsvojiteljem poslovnega deleža, ki ga je pridobil z dedovanjem, in pridobiteljem poslovnega deleža, ki ga je od njega kupil, sestavi notar, pri čemer menim, da mora, če dedič še ni vpisan v sodni register, zaradi varnosti kupca v pogodbi navesti tudi sklep o dedovanju; ugotovitev, da po družbeni pogodbi ni omejitev za prevzem poslovnega deleža po dediču in za vpis dediča kot družbenika v sodni register, da so bili drugi družbeniki o prodaji obveščeni in da predkupne pravice niso uveljavljali. Če iz pogodbe izhajajo vsi potrebni podatki za identifikacijo dediča kot upravičenega odsvojitelja poslovnega deleža, menim, da lahko notar sestavi le en čistopis pogodbe in da je pravilen tudi predlog za vpis spremembe podatkov o zapustniku neposredno na pridobitelja poslovnega deleža.

Vprašanje 3

Finančna uprava Republike Slovenije je sodišču poslala sklep za zavarovanje, s katerim je na podlagi 117. a člena Zakona o davčnem postopku odredila vpis zastavne pravice na deležu družbenika A, kar je registrsko sodišče po uradni dolžnosti vpisalo (2. odstavek 117. člena Zakona o davčnem postopku). Zoper vpis se je družbenik A pritožil. V pritožbi je navajal, da je poslovni delež prodal že pred dvema letoma in da je zdaj v družbi družbenik B, sam pa ni več družbenik.

Priložil je tudi pogodbo o prenosu poslovnega deleža v notarskem zapisu. Kupec B niti prodajalec A v sodnem registru nista predlagala spremembe poslovnih deležev. Ker imamo tri podobne primere, vprašanje:

Ali mora registrsko sodišče tako pritožbo upoštevati glede na to, da je bil vpis opravljen po uradni dolžnosti, pri čemer sodišče ni samostojno odločalo

o vpisu prepovedi odtujitve poslovnega deleža, ampak je le izvršilo sklep Finančne uprave Republike Slovenije?

Odgovor: Družbenik, na čigar deležu je bila vpisana zastavna pravica, s pritožbo zoper sklep o vpisu zastavne pravice na poslovni delež ne more doseči izbrisa zastavne pravice na poslovnem deležu, čeprav je poslovni delež prodal. Sodišče je po zakonu moralo opraviti vpis obremenitve poslovnega deleža in ga je opravilo na poslovni delež družbenika, ki je pri določenem subjektu vpisa vpisan v sodnem registru. Vpis je torej pravilen in zakonit. Zatrjevano nepravilnost izdanega sklepa bo moral pritožnik izpodbijati v davčnem in ne v registrskem postopku. Če v davčnem postopku uspe izpodbiti sklep o zavarovanju, bo na podlagi takega pravnomočnega sklepa, ki bo posredovan registrskemu sodišču, to sodišče izbrisalo vpis zastavne pravice na deležu družbenika.

Vprašanje 4

Izstop družbenika: v primeru izstopa družbenika – kdo se vpiše na njegov poslovni delež?

Odgovor: Poslovni delež v primeru izstopa družbenika po zakonu preneha (502. člen ZGD-1). Napačna in v nasprotju z zakonom je bila praksa, da se kot imetnik poslovnega deleža vpiše družba (lastni poslovni delež). Ob vpisu izstopa družbenika iz družbe se pri poslovnem deležu, ki je po zakonu prenehal, vpiše »delež začasno nima ustanovitelja«, pozneje pa se ali dokončno izbriše zaradi zmanjšanja osnovnega kapitala ali pa ostane, če ga družbenik/i prevzame/jo.

Vprašanje 5

Družba KM d. o. o. je po pravnomočno končanem stečajnem postopku izbrisana iz sodnega registra. Ima pa 10-odstotni delež v družbi S d.o.o., in sicer gre za premoženje, ki ga ni bilo mogoče unovčiti (374. člen ZFPPIPP). Družba S d.o.o. želi izbrisati iz registra navedeni delež. Predlagatelj namerava prek notarja vložiti predlog za izbris družbenika in deleža na način, kot je to urejeno v 502. členu ZGD-1 (prenehanje poslovnega deleža zaradi izstopa ali izključitve družbenika).

Komu pred odločanjem vročimo predlog in listine v vednost, saj je stečajni postopek končan, družbenik izbrisan, stečajni upravitelj razrešen?

Ali tak predlog lahko zavrnemo in predlagatelja napotimo na stečajni oddelek?

Odgovor: Iz podatkov stečajnega spisa izhaja, da v konkretnem primeru nihče ni privolil v prevzem poslovnega deleža v družbi S d. o. o. Ne gre torej za primer pozneje najdenega premoženja. Zato tudi ne gre za stečajno, pač pa za registrsko zadevo.

V skladu z določbo 1. točke četrtega odstavka 374. člena ZFPPIPP so zato, ker poslovnega deleža nihče ni hotel prevzeti, prenehale vse pravice družbenika iz poslovnega deleža. Ni pa prenehal sam poslovni delež v družbi S d. o. o. Menim,

da zato položaj ni enak kot ob prenehanju poslovnega deleža zaradi izstopa ali izključitve družbenika, ker v teh dveh primerih preneha poslovni delež, ne prenehajo pa premoženjske pravice izključenega družbenika (oziroma družbenika, ki je izstopil). V obravnavanem primeru stečajni dolžnik kot družbenik iz družbe S d. o. o. ni izstopil, zato družba S d. o. o. nima nobenih obveznosti do izplačila ocenjene vrednosti tega poslovnega deleža, kot bi ga sicer imela ob njegovem izstopu iz družbe. V takem primeru poslovni delež pripade družbi (lastni poslovni delež).

Ker je družbenik po zaključku stečajnega postopka izbrisan iz sodnega registra, nima več statusa pravne osebe, s tem pa tudi ne procesne sposobnosti. Ker ta subjekt tudi nima univerzalnega pravnega naslednika, se predlog in sklep, na podlagi katerega bo izbrisan kot družbenik v družbi S d. o. o., zanj nikomur ne vroča.

Vprašanje 6

Prenos poslovnega deleža

Pri prenosu poslovnega deleža je treba priložiti pogodbo o prenosu poslovnega deleža. Ali se lahko uporabi tudi katera druga oblika pogodbe? V konkretnem primeru je notar predložil notarski zapis Sporazuma o nadomestni izpolnitvi po 283. členu Obligacijskega zakonika, ki pa je vseboval vse bistvene sestavine pogodbe, torej prodajalca (družba z lastnim poslovnim deležem) in kupca (že vpisanega družbenika), navedbe, da gre za prenos poslovnega deleža, kupnino (poravnavo dolga družbe do družbenice iz posojilnih pogodb) in druge sestavine (izročitev in prevzem poslovnega deleža).

Odgovor: Zato da lahko odsvojitelj izroči pridobitelju poslovni delež in ga ta lahko prevzame, je za vsako odsvojitev poslovnega deleža treba skleniti tudi pogodbo o izročitvi in prevzemu poslovnega deleža, izdelano v obliki notarskega zapisa (tretji odstavek 481. člena ZGD-1).

Po razpravi je bilo izraženo stališče, da naziv pravnega posla ni pomemben (lahko je tudi »sporazum«), bistveno je, da ima vse sestavine, ki jih vsebuje pogodba o izročitvi in prevzemu poslovnega deleža.

Vprašanje 7

Ali je lahko za direktorja (predlagano je samostojno in neomejeno zastopanje) v enoosebni d. o. o. imenovana oseba, ki je v postopku osebnega stečaja?

Kdo je v tem primeru upravičen predlagatelj za vpis sprememb, kdo sprejme sklep o imenovanju?

Kaj pa v d. o. o., kjer je več družbenikov in ima stečajni dolžnik, na primer le tretjinski delež, oziroma v d. o. o., kjer deleža sploh nima in je le predlagan za direktorja?

Odgovor: Za družbo z enim družbenikom se glede pogojev za imenovanje poslovodje uporabljajo pravila, ki veljajo za d. o. o. (tretji odstavek 523. člena ZGD-1), ta pa napotujejo na določbe drugega odstavka 255. člena in 263. člena ZGD-1 (šesti odstavek 515. člena ZGD-1). Član organa vodenja ali nadzora je v skladu z drugim odstavkom 255. člena ZGD-1 lahko ***vsaka poslovno sposobna fizična oseba***, razen oseba, ki:

- je že član drugega organa vodenja ali nadzora te družbe;
- je bila pravnomočno obsojena zaradi kaznivega dejanja zoper gospodarstvo, zoper delovno razmerje in socialno varnost, zoper pravni promet, zoper premoženje, zoper okolje, prostor in naravne dobrine. Ta oseba ne sme biti član organa vodenja ali nadzora pet let od pravnomočnosti sodbe in dve leti po prestani kazni zapora;
- ji je bil izrečen varnostni ukrep prepovedi opravljanja poklica, in sicer dokler traja prepoved, ali
- je bila kot član organa vodenja ali nadzora družbe, nad katerim je bil začet stečajni postopek, pravnomočno obsojena na plačilo odškodnine upnikom v skladu z določbami zakona, ki ureja finančno poslovanje podjetij, o odškodninski odgovornosti, in sicer še dve leti po pravnomočnosti sodbe.

Oseba, nad katero se začne postopek osebnega stečaja, izgubi le poslovno sposobnost razpolaganja s premoženjem, ki spada v stečajno maso. Z začetkom postopka osebnega stečaja se poslovna sposobnost stečajnega dolžnika omeji tako, da ne more sklepati pogodb in opravljati drugih pravnih dejanj, katerih predmet je razpolaganje s premoženjem, ki spada v stečajno maso (1. točka prvega odstavka 386. člena ZFPPIPP). Dolžnik izgubi vse pravice razpolaganja, torej pravice odtujitve in obremenitve premoženja, ki spada v stečajno maso. Po drugi strani pridobi upravitelj pravico do unovčenja stečajne mase (320. člen ZFPPIPP) in njenega upravljanja (322. člena ZFPPIPP).

Za posle in dejanja, ki se ne nanašajo na razpolaganje s premoženjem, ki spada v stečajno maso, pa ima oseba v osebnem stečaju polno poslovno sposobnost. Kolikor je poslovno sposobna, je tudi procesno sposobna.

Začetek postopka osebnega stečaja ni ovira za imenovanje osebe, nad katero je sicer začet postopek osebnega stečaja, za poslovodjo enoosebne ali večosebne d. o. o. V zvezi z zastopanjem gospodarske družbe, v kateri zastopnik ni družbenik, poslovna sposobnost poslovodij ni omejena, ker zastopanje družbe ne pomeni razpolaganja s premoženjem, ki spada v stečajno maso.

Za direktorja je lahko imenovana oseba, ki je v postopku osebnega stečaja. O postavitvi in odpoklicu poslovodje odločajo družbeniki (oziroma edini družbenik v enoosebni d. o. o.). Upravičeni predlagatelj za vpis sprememb je subjekt vpisa, ki ga zastopa poslovodja, ki je v osebnem stečaju.

Drugo vprašanje kaže problem obsega poslovne sposobnosti izvajanja upravljavskih pravic, ki jih ima družbenik (kot fizična oseba, nad katero se vodi stečajni postopek) na podlagi imetništva poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo. Poslovni delež v kapitalski družbi predstavlja premoženje osebe,

ki je v stečaju in ki z dnem začetka stečajnega postopka postane del stečajne mase, ki jo upravlja stečajni upravitelj in ki jo je dolžan upravitelj v stečajnem postopku unovčiti. Nesporno je, da je družbenik z začetkom stečajnega postopka izgubil poslovno sposobnost razpolaganja s poslovnim deležem (sam ga ne more odtujiti niti obremeniti). S poslovnim deležem, ki spada v stečajno maso, lahko razpolaga le stečajni upravitelj, in sicer tako da ga proda v imenu družbenika za račun stečajne mase. Vprašanje, ki sledi, pa je, ali lahko družbenik, ki je izgubil pravico do razpolaganja s poslovnim deležem, sam opravlja dejanja, povezana z imetništvom poslovnega deleža v družbi, torej, ali lahko samostojno odloča o tistih vprašanjih, o katerih odločajo družbeniki po 505. členu ZGD-1. Med temi dejanji je tudi postavitev in odpoklic poslovodje. Sodne prakse o tem vprašanju ni. Razlago pravnega pojma »razpolaganja« iz 1. točke prvega odstavka 386. člena ZFPPIPP je glede stečajne mase treba razlagati ne samo v smislu določb ZFPPIPP o unovčenju stečajne mase (320. člen ZFPPIPP), temveč tudi o njenem upravljanju v smislu določbe 322. člena ZFPPIPP, katere uporaba v postopku osebnega stečaja ni izključena. Eden izmed načinov upravljanja premoženja stečajnega dolžnika je oddajanje premoženja v najem. Če je dolžnik poslovno nesposoben za oddajanje nepremičnine, ki spada v stečajno maso, menim, da je enako stališče treba zavzeti tudi glede poslovne sposobnosti dolžnika kot družbenika, da odloča o vprašanjih iz 505. člena ZGD-1. Poslovno sposobnost odločanja na podlagi pravic iz premoženja, ki predstavlja stečajno maso, ima tisti, ki zastopa stečajno maso, to pa je stečajni upravitelj in ne dolžnik.

Odločitve v enoosebni družbi, ki jih sicer sprejema edini družbenik, če je ta v stečaju, sprejema upravitelj v njegovem imenu in na račun stečajne mase. *Edini družbenik, nad katerim je začet stečajni postopek*, ob taki razlagi omejitve pooblastil, *sebe ne more postaviti za poslovodjo, ker ima omejeno poslovno sposobnost za to dejanje, upravitelj pa ga lahko imenuje za poslovodjo ali ga odpokliče in postavi drugega.*

V d. o. o., kjer ima družbenik, nad katerim se je začel postopek osebnega stečaja, tretjinski poslovni delež, postane ta delež del stečajne mase. O postavitvi in odpoklicu poslovodje ter tudi o drugih vprašanjih iz 505. člena ZGD-1 z družbeniki odloča na skupščini stečajni upravitelj v imenu družbenika kot stečajnega dolžnika in na račun stečajne mase.

Vprašanje 8

Ali lahko oseba, ki je v osebnem stečaju, postane ustanovitelj zavoda?

Najverjetneje bi glede na omejeno poslovno sposobnost to lahko odobril le stečajni upravitelj z dovoljenjem sodišča!

Ker za ustanovitelje zavodov ne opravljamo preverjanja kot za druge družbenike, bi se lahko zgodilo, da bi katerega res vpisali in sploh ne bi vedeli (nas je stranka poklicala in najprej vprašala, ali je to sploh mogoče, lahko pa se zgodi, da

samo vloži predlog za vpis ustanovitve. Verjetno bi se zapletlo pri odpiranju TRR in nakazilu sredstev ali pa tudi ne).

Odgovor: Odgovor se navezuje na izhodišča iz predhodnega odgovora. Zavod je pravna oseba, ki ima določeno premoženjsko vrednost. Če je stečajni postopek začet nad osebo, ki je ustanovitelj zavoda, predstavlja zavod premoženje, ki spada v stečajno maso ter s katerim razpolaga in ga upravlja le stečajni upravitelj.[16] V stečajno maso v postopku osebnega stečaja poleg premoženja, ki ga je imel dolžnik ob začetku stečajnega postopka, spada tudi premoženje, ki ga stečajni dolžnik pridobi med postopkom osebnega stečaja, ni pa izvzeto iz stečajne mase (389. člen ZFPPIPP).

Menim, da zaradi tega, ker ustanovitelj zavoda, nad katerim je začet postopek osebnega stečaja, z začetkom stečajnega postopka izgubi poslovno sposobnost glede razpolaganja z zavodom in tudi s premoženjem zavoda, posledično pa tudi pravice upravljanja zavoda, sam tudi po začetku postopka osebnega stečaja nima poslovne (niti procesne) sposobnosti za ustanovitev zavoda. Z ustanovitvijo zavoda bi vse pravice iz te ustanovitve po zakonu takoj prešle na stečajnega upravitelja.[17]

Vprašanje 9

Izjava stečajnega upravitelja po četrtem odstavku 4. člena ZSReg

Družba je priglasila spremembo poslovnega naslova. K predlogu je predložila izjavo lastnika objekta po četrtem odstavku 4. člena ZSReg. Lastnik objekta je v postopku osebnega stečaja, zato je navedeno izjavo namesto lastnika objekta podpisal stečajni upravitelj. Ali mora upravitelj pridobiti soglasje sodišča v skladu z drugim odstavkom 322. člena ZFPPIPP? Drugi odstavek 322. člena ZFPPIPP določa, da mora upravitelj za vsak posel upravljanja stečajne mase pred sklenitvijo pogodbe ali izvedbo drugega pravnega posla dobiti soglasje sodišča.

Odgovor: Registrsko sodišče mora od stečajnega upravitelja zahtevati tudi soglasje stečajnega sodišča k pravnemu poslu, na podlagi katerega je upravitelj dal družbi dovoljenje po četrtem odstavku 4. člena ZSReg. Pravna podlaga je navedena že v vprašanju.

Vprašanje 10

Redni likvidacijski postopek, morebitno oškodovanje upnika.
Likvidacijski upravitelj ne sprejema pošiljk, se izogiba upnikom. Sodišče na postopek ne more vplivati. Kakšne so možne rešitve, da ne bi prišlo do oškodovanja upnika?

16 Stečajni upravitelj bo zaradi unovčenja premoženja zavoda najverjetneje sprejel sklep o prenehanju zavoda, na podlagi katerega bo izveden likvidacijski postopek, poplačali se bodo upniki zavoda, preostanek premoženja pa bo šel v stečajno maso ustanovitelja zavoda, nad katerim se vodi postopek osebnega stečaja.

17 Če bi ustanovitev zavoda dolžniku omogočila zaposlitev in določene prihodke ter s tem tudi povečanje stečajne mase, bi bilo mogoče ob smiselni uporabi določb ZFPPIPP o poslovanju dolžnika kot podjetnika ali zasebnika presojati tudi možnost poslovanja dolžnika v zasebnem zavodu, vendar pa o tem ne presoja registrsko sodišče, ampak stečajni upravitelj in sodišče, ki vodi stečajni postopek.

Odgovor: V skladu z določbo 410. člena ZGD-1 mora likvidacijski upravitelj dati pisno izjavo, da bo vestno in pošteno opravljal naloge v zvezi z likvidacijo. Če nalog ne opravlja vestno, ga organ, ki ga je imenoval (skupščina d. o. o.), lahko tudi razreši. Upnik naj zato o nevestnem delu obvesti organ, ki je imenoval likvidacijskega upravitelja, in mu predlaga, naj ga razreši. Sicer je likvidacijski upravitelj odgovoren za škodo, ki jo je med likvidacijskim postopkom povzročil upniku, do vrednosti petkratnega plačila, ki ga je prejel za svoje delo (drugi odstavek 419. člena ZGD-1).

Vprašanje 11

Kaj se zgodi z družbo, v kateri je edini družbenik izbrisana pravna oseba (izbris je bil opravljen po ZFPPIPP – poslovni naslov)?

Odgovor: Navedena družba predstavlja »najdeno premoženje izbrisane pravne osebe«, nad katero se na predlog upravičenih predlagateljev začne stečajni postopek (443. člen ZFPPIPP).

Vprašanje 12

Prenehanje družbe na podlagi sodne odločbe

Odgovor: Ob prenehanju družbe na podlagi sodne odločbe se nad to družbo izvede prisilna likvidacija. Sklep o likvidaciji izda sodišče (tretji odstavek 403. člena ZGD-1), ki bo izvedlo postopek likvidacije po določbah ZFPPIPP.

Vprašanje 13

Kdo je upravičen vložiti predlog za vpis spremembe v sodni register, če je umrl edini družbenik in zastopnik enoosebne družbe, in kdaj (najverjetneje šele po pravnomočnosti sklepa o dedovanju)?

Namesto odgovora: *Glej Pravosodni bilten 2/2015, mag. Darja Krajšek Novak: Registrska problematika sprememb družbenikov v d. o. o. (2. Dedovanje poslovnega deleža).*

Vprašanje 14

Notar je vložil predlog za spremembo družbenikov. Priložil je vse listine in tudi ustrezno notarjevo potrdilo. Zadevo smo tudi vpisali. Pozneje smo ugotovili, da je notar v družbeni pogodbi dodajal tudi neka druga določila v zvezi z izključitvijo družbenikov in o tem niso bili sprejeti nikakršni sklepi in tudi ne podan predlog.
a) Ali je čistopis družbene pogodbe, v katerem so nekatera določila družbene pogodbe spremenjena, treba smatrati kot spremembo družbene pogodbe, čeprav sklepa o spremembi družbene pogodbe družbeniki niso sprejeli?
b) Ali bi bil lahko tak čistopis družbene pogodbe ob izključitvi družbenika pravno veljavna podlaga za izključitev?

Nadalje še pojasnjujemo:

- **Pri istem subjektu smo predlog zaradi takih določil v družbeni pogodbi že zavrnili, in sicer je bil sprejet sklep o spremembi družbene pogodbe v poglavju »poslovni deleži in njihova prenosljivost«, za točko dvanajstič doda novo poglavje z naslovom »izključitev družbenikov«. Kot pomemben razlog izključitve je naveden razlog, zaradi katerega je nadaljevanje družbe s tem družbenikom nevzdržno, pri čemer je pomemben razlog podan, zlasti če: - je zadevni družbenik v smislu zakonskih določb postal insolventen, če je družbenik sam ali nekdo izmed njegovih upnikov predlagal začetek insolvenčnega postopka proti družbeniku, če je bil začet insolvenčni postopek nad premoženjem družbenika ali če je bil insolvenčni postopek zavrnjen zaradi nezadostnega premoženja, - če upnik družbenika zahteva izvršbo nad poslovnim deležem ali če družbenik huje krši dolžnosti, predpisane po zakonu ali družbeni pogodbi ter morebitnem dogovoru družbenikov, zlasti dolžnost lojalnosti do drugih družbenikov in konkurenčno prepoved.**
- **Glede na navedeno je mogoče ugotoviti, da sta družbenika sklenila, da s pogodbo dovolita izključitev družbenika, pri čemer sta določila tudi pogoje, postopek in posledice izstopa ali izključitve. Gre torej za pogodbeno izključitev, ki jo ureja prvi odstavek 501. člena Zakona o gospodarskih družbah (v nadaljevanju besedila: ZGD-1) in ki določa, da družbena pogodba lahko določi, da sme družbenik iz družbe izstopiti ali da je lahko izključen iz družbe, ter določi pogoje, postopek in posledice izstopa ali izključitve.**
- **Pri tem sodišče ocenjuje, da je sklep z vsebino, kot sta jo sprejela družbenika (SV 695/2015 z dne 21. 4. 2015) ničen, saj v tem konkretnem primeru ni združljiv z bistvom družbe oziroma je po svoji vsebini v nasprotju s tistimi določbami tega zakona, ki se uporabljajo izključno ali pretežno za zaščito upnikov družbe ali so sicer v javnem interesu (3. alineja 390. člena ZGD-1).**
- **Ob vpogledu v redni izpis iz sodnega registra za subjekt vpisa je mogoče ugotoviti, da sta družbenika subjekta vpisa KM in AK Madžarska ter da je pri poslovnem deležu zap. št. 175068 družbenika KM vpisanih pet obremenitev.**
- **Ker je eden od razlogov za izključitev družbenika prav zahteva upnika za izvršbo na poslovnem deležu, ki je v konkretnem primeru že podana, in ker z izključitvijo družbenika preneha poslovni delež tega družbenika ter vse s tem deležem povezane pravice in obveznosti, upniki izgubijo zaščito, ki so jo dosegli z vpisom obremenitev. S to izključitvijo družbenika oziroma družbenik (družbo AG Kft., kot direktor ga zastopa KM) doseže, da na njegovem deležu prenehajo obremenitve, pri čemer ima sam pravico do izplačila ocenjene vrednosti poslovnega deleža po stanju ob izključitvi.**
- **Tako razpolaganje družbenikov je po oceni registrskega organa v nasprotju z bistvom družbe ter tudi določbami za zaščito upnikov oziroma javnega interesa.**

Namesto odgovora: Če sodišče ugotovi, da je notar v družbeni pogodbi, čeprav je bil predlog za vpis spremembe družbene pogodbe zavrnjen, ob odsvojitvi poslovnega deleža dodal v čistopis pogodbe tudi določbe, zaradi katerih je bil vpis spremembe zavrnjen, je treba tak predlog zavrniti. Notar nima pravice na tak način doseči vpisa,

ki ga sicer s predlogom za vpis, ki je bil zavrnjen, ni dosegel. Če se z odločitvijo ni strinjal, bi moral izkoristiti pravno sredstvo zoper sklep sodišča prve stopnje.

Vprašanje 15

Ali je lahko ustanovitelj socialnega podjetja socialno podjetje?

Odgovor: Zakon o socialnem podjetništvu (ZsocP[18]) omogoča povezovanje in združevanje socialnih podjetij (10. člen). Iz te določbe sklepam, da »veriženje« socialnih podjetij ni dopustno in tudi ni mogoče. Če je cilj ustanovitve novega socialnega podjetja le pridobitev še enega statusa socialnega podjetja zaradi dvojnega financiranja, tak namen ni dopusten. Če ima registrirano socialno podjetje v aktu o ustanovitvi določbo, da lahko ustanavlja to podjetje drugo podjetje, menim pa, da to še ne pomeni, da pridobi »hči« avtomatično status socialnega podjetja. Menim, da bi moral biti za vsako socialno podjetje v skladu z ZsocP speljan celoten postopek pridobitve statusa socialnega podjetja.

Vprašanje 16

Prosim za razlago 2. točke tretjega odstavka 34. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register. Predvsem, ali se navedena točka nanaša le na tretji odstavek tega člena ali splošno na način predložitve sklepov skupščine v vseh drugih primerih, ki niso zajeti v tem členu.

Odgovor: V 34. členu Uredba določa načine predložitve sklepov skupščine, kadar je v Uredbi določeno, da je predlogu za vpis pri družbi z omejeno odgovornostjo treba priložiti sklep skupščine družbe.

Če je sklep sprejet v obliki notarskega zapisnika skupščine, se predloži sklep v notarsko overjenem prepisu sklepa (prvi odstavek).

Če sklepa ni potrdil notar, se predloži sklep v prepisu, na katerem je poslovodja s svojim podpisom potrdil, da ga je sprejela skupščina; podpis mora biti overjen (drugi odstavek).

Če je bil sklep sprejet s sporočanjem glasov poslovodji v skladu z drugim odstavkom 507. člena ZGD-1, se predloži sklep skupščine o spremembi družbene pogodbe, ki ga mora po drugem odstavku 516. člena ZGD-1 potrditi notar v notarsko overjenem prepisu zapisnika, v katerem notar navede tudi način ugotovitve vsebine glasov, ki so jih družbeniki sporočili poslovodji (1. točka tretjega odstavka).

Če je bil sklep sprejet s sporočanjem glasov poslovodji v drugih primerih, se predloži v obliki iz drugega odstavka tega člena (2. točka tretjega odstavka).

Druga točka tretjega odstavka se nanaša na sklepe, ki jih je treba predložiti predlogu za vpis, bili pa so sprejeti s sporočanjem glasov poslovodji in se ne nanašajo na sklep o spremembi družbene pogodbe iz 516. člena ZGD-1.

18 Uradni list RS, št. 20/2011, 90/2014 – ZDU-1I.

Vprašanje 17

Ali in, če je odgovor pritrdilen, v katerih primerih, je v registrskem postopku dopustna odpoved pravici do pritožbe?

Odgovor: Vedno se lahko stranka postopka odpove pravici do pritožbe, vendar to še ne pomeni, da sodišče lahko potrdi pravnomočnost sklepa, s katerim je predlogu ugodeno, ker se po objavi sklepa še vedno lahko zoper sklep pritoži oseba, ki izkaže pravni interes za pritožbo zoper sklep o vpisu (tretji odstavek 36. člena Zakona o sodnem registru – ZSReg).[19] Če se stranka odpove pritožbi zoper sklep, s katerim je njen predlog za vpis določenega podatka v sodni register zavrnjen, druge osebe nimajo pravnega interesa za pritožbo. Tudi pri teh sklepih je glede na izkušnje ob menjavi zastopnikov zaradi spora družbenikov pri potrditvi pravnomočnosti na podlagi izjave o odpovedi do pritožbe treba ravnati previdno, kadar sodišče ugotovi, da se pritožbi odpove drug (nov) zastopnik in ne tisti, ki je podpisal predlog za vpis, ki je bil zavrnjen.

Vprašanje 18

Prenehanje družbe z neomejeno odgovornostjo po skrajšanem postopku – pravno mnenje iz leta 1998.

ZGD-1 v 425. členu določa, da delniške družbe lahko prenehajo po skrajšanem postopku brez likvidacije, nadalje v 525. členu določa enako za družbe z omejeno odgovornostjo (smiselno napotuje na uporabo za d. d.).

V 105. členu ZGD-1 določa razloge za prenehanje družbe z neomejeno odgovornostjo. Nadalje v 118. členu ZGD-1 določa, da se v vseh primerih iz 105. člena ZGD-1, razen v primeru iz 3. alineje, opravi likvidacija družbe. Zakon torej pri d. n. o. izrecno zahteva, da se opravi likvidacija, kar pri kapitalskih družbah (delniška družba, družba z omejeno odgovornostjo, komanditna delniška družba in evropska delniška družba) izrecno dovoljuje prenehanje brez likvidacije. Tudi nekateri avtorji komentarjev ZGD-1 menijo, da lahko tudi d. n. o. preneha po skrajšanem postopku.

Vprašanje: Ali lahko d. n. o. (osebna družba) preneha po skrajšanem postopku brez likvidacije glede na določbo 118. člena ZGD-1?

Če lahko d. n. o. preneha, na podlagi katerih določb lahko preneha po skrajšanem postopku, na podlagi katerih določb lahko preneha brez likvidacije in kakšen je postopek glede na to, da že sam zakon določa, da so za obveznosti družbe upnikom odgovorni vsi družbeniki z vsem svojim premoženjem?

Odgovor: Glede vprašanja dopustnosti prenehanja družbe z neomejeno odgovornostjo po skrajšanem postopku po določbah ZGD je bilo sprejeto na občni seji Vrhovnega sodišča RS z dne 15. 12. 1998 to pravno mnenje:

19 Uradni list RS, št. 13/1994, 31/2000 – ZP-L, 91/2005, 42/2006 – ZGD-1, 33/2007, 93/2007, 65/2008, 49/2009, 82/2013 – ZGD-1H, 17/2015.

»Za prenehanje družbe z neomejeno odgovornostjo po skrajšanem postopku se smiselno uporabljajo določbe 394. do 398. člena ZGD. Pri tem pomeni, glede na prvi odstavek 77. člena ZGD in 134. člena ZGD, smiselna uporaba 394. člena ZGD, da družbenikom v notarsko overjeni izjavi ni treba izjaviti, da prevzemajo plačila morebitnih preostalih obveznosti družbe (prvi odstavek 394. člena ZGD) ter da se drugi odstavek 394. člena ZGD in 2. stavek četrtega odstavka 394. člena ZGD ne uporabita.«

Ker je tudi ZGD v 119. členu, enako kot ZGD-1 v 118. členu, v času, ko je bilo sprejeto načelno pravno mnenje, vseboval enako določbo z nazivom »nujnost likvidacije«, menim, da ni nobenega razloga za razlago, da sprejeto pravno mnenje po uveljavitvi ZGD-1 ne velja več.

Vprašanje 19

Zakon o zavodih v 29. do 44. členu določa organe zavoda, med njimi pa ni prokure, kot to določa ZGD-1 za družbe. Zakon ima le določbe o direktorju oziroma drugem individualnem organu (31. člen ZZ).

Vprašanje: Ali ima lahko zavod prokurista? Če je odgovor pritrdilen, na podlagi katerih določb Zakona o zavodih in kdo imenuje prokurista?

Odgovor: V sodni register se vpiše zakoniti zastopnik zavoda, ki je lahko le direktor zavoda ali drug individualni poslovodni organ (npr. ravnatelj).[20] Zakon o zavodih nima nobenih določb o prokuristu, lahko pa jih vsebuje akt o ustanovitvi zavoda. Stališča o tem, ali se v sodni register poleg direktorja ali individualnega poslovodnega organa kot zastopnik vpiše še kakšen drug tip zastopnika, ki je naveden v aktu o ustanovitvi zavoda, so v sodni praksi registrskih sodišč še vedno neenotna in kličejo k posodobitvi matičnega Zakona o zavodih.

Vprašanje notarjev

Če ima družba dva direktorja, ali je lahko zastopanje urejeno tako, da eden od njiju zastopa skupaj s prokuristom?

Odgovor: Za delniško družbo je odgovor jasen in izhaja iz zakonske določbe (četrti odstavek 266. člena ZGD-1), da lahko statut družbe ali nadzorni svet, če je to predvideno s statutom, določi, da so za zastopanje pooblaščeni člani uprave posamično ali skupaj vsaj dva člana uprave ali član uprave skupaj s prokuristom. V poglavju ZGD-1 o družbi z omejeno odgovornostjo določbe, ki bi omogočala določitev skupnega zastopanja poslovodje skupaj s prokuristom, ni. Ker je že zakonodajalec vprašanje uredil drugače za delniško družbo kot za družbo z omejeno odgovornostjo, ne gre za zakonsko praznino, zato tudi smiselna uporaba zgoraj citirane določbe zakona, ki velja za delniško družbo, pri d. o. o. ne pride v poštev. Tudi sodna praksa VSL se je že izrekla, da pri d. o. o. ni dovoljen vpis omejitve zastopanja direktorja »skupaj s prokuristom«.[21]

20 Krajšek Novak, Pravosodni bilten 2/2014, Zavodi in posebnosti nekaterih drugih pravnih oseb, ki se vpisujejo v sodni register.

21 VSL sklep IV Cpg 1579/2015 z dne 23. 12. 2015.

ODLOČANJE O MATERIALNOPRAVNIH POGOJIH VPISOV (IZBRISOV) V SODNI REGISTER

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1 POSTOPEK IZBRISA IZ SODNEGA REGISTRA BREZ LIKVIDACIJE PO ZAKONU O FINANČNEM POSLOVANJU IN POSTOPKIH ZARADI INSOLVENTNOSTI (ZFPPIPP)[22]

1.1 Izjava lastnika objekta

Računovodski servis XY daje soglasje oziroma izjavo o lastništvu objekta na poslovnem naslovu po četrtem odstavku 4. člena Zakona o sodnem registru (ZSReg)[23] novim subjektom vpisa (večjemu številu). Ustanovitelji so pretežno tujci. Po enem letu ali še prej, ko te osebe pridobijo delovno dovoljenje, isti računovodski servis množično vlaga predlog za izbris družbe po ZFPPIPP, ker jim ne dovoli več poslovati na tem naslovu. Ali je bil to namen zakona?

Odgovor: V sodni praksi je bilo že večkrat zavzeto naslednje stališče:[24]

Procesno upravičenje predlagatelja izbrisnega postopka je povezano le z domnevo izbrisnega razloga iz 2. točke prvega odstavka 427. člena, ki je določena v drugi alineji 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP in ki se glasi: »če je v sodni register vpisan poslovni naslov pravne osebe, na katerem je objekt, katerega lastnik je druga oseba, ki ji ni dala dovoljenja za poslovanje na tem naslovu«.

Za tiste subjekte vpisa, ki imajo v sodni register vpisan poslovni naslov, na katerem ne sprejemajo uradnih poštnih pošiljk ali, če so na tem naslovu neznani ali če imajo vpisan poslovni naslov, ki sploh ne obstaja (izmišljen naslov), se izvede postopek izbrisa po uradni dolžnosti.

Za tiste subjekte vpisa, ki so dosegli vpis poslovnega naslova na naslovu, ki sicer obstaja, niso pa imeli nobene pravne ali dejanske podlage za vpis tega naslova kot poslovnega naslova, se izvede postopek izbrisa, če predlog za začetek postopka izbrisa vloži upravičen predlagatelj. Upravičeni predlagatelj iz 433. člena ZFPPIPP lahko predlaga začetek postopka izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije le na podlagi domneve izbrisnega razloga, določenega v drugi alineji 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP.

22 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, 63/13 – uradno prečiščeno besedilo, 100/13, 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 10/15 – popr., 27/16 in 31/16 – odl. US.

23 Uradni list RS, št. 13/94, 31/00 – ZP-L, 91/05, 114/05 – uradno prečiščeno besedilo, 42/06 – ZGD-1, 33/07, 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H in 17/15.

24 Primerjaj VSL sklep IV Cpg 53/2016 z dne 27. 1. 2016.

Registrsko sodišče predlog zavrne, če v okviru materialnopravne presoje (4. točka prvega odstavka 34. člena ZSReg v zvezi s 429. členom ZFPPIPP) ugotovi, da ni sklepčen. Sodišče prve stopnje je predlog zavrnilo z obrazložitvijo, da ni v skladu z določbami ZFPPIPP o izbrisu družb iz sodnega registra brez likvidacije.

Ker je predlagatelj dal dovoljenje za poslovanje na naslovu, domnevna baza, ki je podlaga za utemeljitev predloga, ni bila podana. Z izbrisom iz sodnega registra družba izgubi pravno sposobnost, kar lahko povzroči nepopravljive posledice, zato je treba pogoje za izbris razlagati ozko oziroma v konkretnem primeru zakonske znake domnevne baze dobesedno tako, kot se glasijo. Neutemeljeno je zato smiselno izraženo stališče, da lahko lastnik objekta predlaga izbris tudi, če prekliče dovoljenje, na podlagi katerega je sodišče že dovolilo vpis poslovnega naslova v sodni register. Neutemeljen je tudi očitek registrskemu sodišču, da ni upoštevalo trditev, da subjekt vpisa na tem naslovu ne sprejema pošiljk in dokazov o tem (vrnjeno nevročeno pismo predlagatelja subjektu vpisa). Navedena dejstva na odločitev ne vplivajo. Za presojo sklepčnosti predloga (ali iz zatrjevanih dejstev izhaja zakonska posledica) tudi niso pomembne trditve in dokazi o nedelovanju družbe, ker na tej podlagi ni mogoče začeti postopka izbrisa na predlog. S tem se izkaže, da je pravilna odločitev registrskega sodišča o zavrnitvi predloga za začetek postopka izbrisa subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije.

Prvotni namen zakona je bil, da ne bi bili lastniki moteni zaradi (ne)poslovanja družb, ki bi brez njihovega soglasja kot poslovni naslov vpisali naslov, kjer so lastniki nepremičnin. Zakonodajalec je s četrtim odstavkom 4. člena ZSReg (Zakon o gospodarskih družbah, ZGD-1H, 9. 10. 2013)[25] določil obveznost predložitve overjene izjave lastnika objekta na poslovnem naslovu, navedenem v prijavi, da subjektu vpisa dovoljuje poslovanje na tem naslovu. S predpisano obličnostjo naj bi se preprečile zlorabe vpisov na naslovih ene ali več gospodarskih družb brez vednosti lastnika.

(N) Kaj lahko narediš kot lastnik nepremičnine (in kot najemodajalec), če si dal soglasje, da podjetje registrira svoj poslovni naslov na tvoji nepremičnini, podjetje pa tam ne posluje več (in tudi ne plačuje najemnine)? Ali je razen izbrisnega razloga po ZFPPIPP (izbris brez likvidacije) mogoče še kaj?

Odgovor: Odgovor na vprašanje v zvezi z izbrisnim postopkom je že v odgovoru k prejšnjemu vprašanju. Če najemnik ne plačuje najemnine, je glede izpraznitve poslovnega prostora treba izpeljati postopek po Zakonu o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih (ZPSPP).[26]

Ali lahko upoštevamo izjavo lastnika objekta po četrtem odstavku 4. člena ZSReg, ki je starejša od sklepa o imenovanju zastopnika družbe in sklepa o določitvi poslovnega naslova. Nekateri dajejo soglasja v overitev na zalogo.

Odgovor: Dajanju overjenih izjav na zalogo v smislu četrtega odstavka 4. člena ZSReg registrsko sodišče ne sme dati pravnega varstva. Predlogu za vpis

25 Uradni list RS, št. 82/13.

26 Uradni list SRS, št. 18/74, 34/88, 5/90, Uradni list RS – stari, št. 10/91, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/93, 66/93, 32/00, 102/02 – odl. US in 87/11 – ZMVN-A.

ustanovitve subjekta v sodni register mora biti priložen sklep poslovodstva o določitvi poslovnega naslova (drugi odstavek 6. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register; v nadaljevanju besedila: Uredba).[27] Ni logično, da je izjava overjena, kot lahko sklepam iz vprašanja, precej prej, preden je bil sprejet sklep poslovodstva o določitvi poslovnega naslova. Izjava bi lahko bila dana torej le sočasno ali časovno (treba je upoštevati razumen čas, lahko tudi 14 dni) tik pred vložitvijo predloga za vpis ali spremembo poslovnega naslova v skladu s 6. členom Uredbe.

N) *1.1.1 Overitev podpisa izjave lastnika objekta*

Registrski postopek je sodni postopek. Upravna overitev po 178. členu Zakona o upravnem postopku (ZUP)[28] velja le za upravne postopke. Ali overitev podpisa kot upravna overitev velja tudi za sodni registrski postopek ali bi morala biti opravljena le po notarju?

Odgovor: Vprašanje je bilo zastavljeno na šoli. Res je registrski postopek sodni postopek. Vendar pa mora sodišče v skladu z 10. členom ZSReg opraviti vpis v sodni register, če je predlog s predpisano vsebino predložila upravičena oseba, če so predlogu priložene predpisane listine, s katerimi se dokazujejo dejstva, pomembna za vpis v sodni register, in če je zahtevek za vpis v skladu z zakonom. Listina, ki jo je treba priložiti predlogu za vpis, je v skladu s četrtim odstavkom 4. člena ZSReg overjena izjava lastnika objekta, da subjektu vpisa dovoljuje poslovanje na tem naslovu. V tretjem odstavku 2. člena (splošne določbe) Uredbe je med pomeni uporabljenih izrazov in kratic določeno, da če je treba po tej uredbi predlogu za vpis priložiti izjavo neke osebe, na kateri je podpis te osebe overjen, je ta pogoj izpolnjen, če je ta podpis overil: 1. bodisi notar v skladu z zakonom o notariatu; 2. bodisi točka VEM, ki je upravičena v imenu predlagatelja vložiti predlog za vpis v sodni register, v skladu z zakonom o splošnem upravnem postopku. Upravno overitev podpisa lahko izvede tudi točka VEM, ki nima položaja upravne enote (četrti odstavek 2. člena Uredbe). Overjena izjava je listina, s katero se v sodno-registrskem postopku dokazujejo dejstva, ki so pomembna za vpis. V Uredbi kot podzakonskem aktu za vpis družb in drugih pravnih oseb v sodni register je podrobneje urejeno, katere listine je treba priložiti k predlogu za vpis (2. točka četrtega odstavka 6. člena Uredbe). Posebna ureditev, ki velja v registrskem postopku, daje podlago za to, da mora podpis overiti notar, točka VEM, ki ima oziroma nima položaja upravne enote, ne glede na to, da je overitev na točki VEM upravna overitev.

1.2 Kako daleč je odločitev v ustavni pritožbi glede ugovorov upnikov v postopku po ZFPPIPP, začetih po uradni dolžnosti, na podlagi obvestila izvršitelja itd.?

Odgovor: Glede na zastavljeno vprašanje je treba v uvodu pojasniti, da postopek ni bil voden po uradni dolžnosti, ampak na predlog lastnika objekta. Upnik se

27 Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14 in 54/15.

28 Uradni list RS, št. 80/99, 70/00, 52/02, 73/04, 22/05 – uradno prečiščeno besedilo, 119/05, 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10 in 82/13.

je izbrisu uprl, ker po njem ne bi več mogel uveljavljati terjatev proti družbi. O zahtevah Višjega sodišča v Ljubljani za oceno ustavnosti 2. točke prvega odstavka v zvezi z 2. alinejo 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP je Ustavno sodišče odločilo z odločbo številka U-I-57/2015 in U-I-2/16 z dne 14. 4. 2016. V prvi točki izreka odločbe je odločilo, da je ZFPPIPP v neskladju z Ustavo. V drugi točki je Državnemu zboru naložilo, da mora protiustavnost iz prejšnje točke izreka odpraviti v roku enega leta po objavi odločbe v Uradnem listu Republike Slovenije. V tretji točki je do odprave ugotovljene protiustavnosti v postopku izbrisa pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije, začetem na podlagi 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, določilo način izvršitve svoje odločitve. To pomeni, da se kot ugovor, da izbrisni razlog ne obstaja (1. točka prvega odstavka 435. člena ZFPPIPP), uveljavi tudi, da pravna oseba ni prenehala poslovati, da ima premoženje ali da ni izpolnila vseh svojih obveznosti. V izbrisnem postopku po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP je torej mogoče uveljaviti vsebinsko enak ugovor kot v izbrisnem postopku po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP (primerjaj 21. točko obrazložitve). To je treba upoštevati pri odločanju v vseh še ne pravnomočno končanih postopkih.

1.3 Vročanje

Ali je pravilno, da se vsi trije sklepi v večfaznem postopku izbrisa po ZFPPIPP vročajo samo družbi, ali se morajo vročati tudi predlagatelju začetka postopka oziroma tistega, ki je sodišče obvestil o izbrisnem razlogu družbe?

Odgovor: Ločiti je treba primera, ko je bil začet postopek izbrisa po uradni dolžnosti na podlagi obvestila iz 428. člena ZFPPIPP ali na predlog upravičenega predlagatelja iz prvega odstavka 433. člena ZFPPIPP.

Če je bil začet postopek po uradni dolžnosti, se organu (Ajpes, sodišče, državni organ, izvršitelj), ki je sodišče obvestil o domnevi izbrisnega razloga po 428. členu ZFPPIPP, ne vroča nobenega sklepa. Ti niso udeleženci postopka izbrisa, ker niso navedeni v 432. členu ZFPPIPP. Osnovno pravilo glede oseb, ki jim je treba sklepe vročati, je določeno v 430. členu ZFPPIPP. Sklepi, ki se izdajo v postopku izbrisa, se vročijo udeležencem postopka (in objavijo po prvem odstavku 43. člena ZSReg).

Če je bil začet postopek izbrisa na predlog upravičenega predlagatelja, ki je v tem postopku lahko le lastnik objekta na naslovu, ki je v sodni register vpisan kot poslovni naslov pravne osebe (433. člen ZFPPIPP), se mu tako kot pravni osebi vroči sklep o začetku postopka (1. in 2. točka drugega odstavka 434. člena ZFPPIPP). Predlagatelj je tudi naštet med udeleženci postopka izbrisa (2. točka 432. člena ZFPPIPP).

Če je bil vložen ugovor proti sklepu o začetku postopka izbrisa, ki ga lahko vložita družbenik ali upnik pravne osebe, nad katero se vodi postopek izbrisa (3. točka 432. in prvi odstavek 435. člena ZFPPIPP), se sklep z odločitvijo o ugovoru vroči pravni osebi in osebi, ki je vložila ugovor (udeležencu postopka). Ugovor je lahko s sklepom zavržen po 437. členu ZFPPIPP ali zavrnjen in je izdan sklep o obstoju izbrisnega razloga (439. člen ZFPPIPP). Z vročitvijo sklepa je udeležencu zagotovljena možnost vložitve pravnega sredstva. Proti sklepu o obstoju izbrisnega

razloga se udeleženec postopka lahko pritoži v osmih dneh po vročitvi sklepa (drugi odstavek 439. člena ZFPPIPP).

V skladu s 430. členom ZFPPIPP se mora sklep o začetku postopka izbrisa vročiti subjektu vpisa na poslovnem naslovu, vpisanem v sodnem registru. Sklep o začetku postopka izbrisa družbe v likvidaciji je bil vročen likvidacijskemu upravitelju (ne na poslovnem naslovu, vpisanem v sodnem registru). Zoper začetek postopka izbrisa družba ni ugovarjala, je pa vložila pritožbo zoper sklep o obstoju izbrisnega razloga (439. člen ZFPPIPP). V pritožbi je uveljavljala bistveno kršitev postopka, ker sklep likvidacijskemu upravitelju ni bil vročen na poslovnem naslovu družbe.

Vprašanje: Ali lahko sodišče šteje, da je bil sklep vročen subjektu vpisa glede na to, da je zakoniti zastopnik družbe (likvidacijski upravitelj) sklep prejel na naslovu, ki ni poslovni naslov družbe?

Odgovor: Likvidacijski upravitelj zastopa družbo (prva alineja 412. člena, drugi odstavek 122. člena, smiselna uporaba za Gospodarsko interesno združenje, GIZ – tretji odstavek 576. člena ZGD-1). Z vidika zastopanja družbe je njegov položaj enak kot položaj upravitelja v postopku insolventnosti ali poslovodstva pred začetkom postopka insolventnosti. Sklep o začetku postopka izbrisa, nad katerim še ni začet postopek redne likvidacije, bi načeloma moral biti vročen na poslovni naslov družbe, da bi bila vročitev opravljena v skladu z drugim odstavkom 430. člena ZFPPIPP. Glede vročanja sodnih pošiljk pravni osebi, ki je v likvidaciji in jo zastopa likvidacijski upravitelj, ni nobenih posebnih procesnih določb, ki bi urejale to vprašanje. ZGD-1 kot materialnopravni predpis procesnih določb ne vsebuje. Skupno vsem upraviteljem (stečajnim, likvidacijskim) je, da zastopajo družbo, ki je v (stečaju) likvidaciji. Za stečajni postopek je izrecno določeno, da je treba po začetku stečajnega postopka vsa pisanja v sodnih in drugih postopkih vročati stečajnemu upravitelju (251. člen ZFPPIPP). Pojmovno bi lahko to določbo smiselno uporabili tudi pri vročanju likvidacijskemu upravitelju in bi bila vročitev likvidacijskemu upravitelju za pravno osebo pravilna. Po drugi strani je bil z vročitvijo sklepa o začetku postopka izbrisa likvidacijskemu upravitelju dejansko dosežen namen seznanitve pravne osebe z začetkom postopka. Zato subjektu vpisa ni bila kršena nobena pravica do izjave.

2 PRENEHANJE DRUŽBE PO SKRAJŠANEM POSTOPKU IN NJEN IZBRIS PO ZAKONU O GOSPODARSKIH DRUŽBAH (ZGD-1)[1]

2.1 Umik predloga za izbris

V postopku izbrisa družbe po skrajšanem postopku sta bila izdana že dva sklepa, in sicer vpis sklepa o prenehanju družbe po skrajšanem postopku ter nato še sklep o pogojih za izbris iz sodnega registra na podlagi prenehanja po skrajšanem postopku. Predlagatelj je nato umaknil predlog za izbris. Ali je v tem primeru treba razveljaviti predhodna sklepa in postopek ustaviti ali se postopek ustavi brez razveljavitve izdanih sklepov? Je pristojen za odločanje sodnik ali referent?

Odgovor: Prvi del odgovora se nanaša na vprašanje, *ali je v tem primeru treba razveljaviti predhodna sklepa in postopek ustaviti ali pa se postopek ustavi, ne da bi se razveljavila že izdana sklepa?*

Iz vprašanja izhaja, da je bil predlog za izbris umaknjen pred pravnomočnostjo sklepa o izbrisu po 429. členu ZGD-1. V 2. pododdelku (Prenehanje družbe po skrajšanem postopku) opisana procesna situacija z umikom predloga ni urejena. Bistveni del sklepa o prenehanju družbe po skrajšanem postopku je med drugim notarsko overjena izjava delničarjev (družbenikov) o prevzemu odgovornosti za obveznosti družbe. Vendar pa ta izjava (pravno prevzem dolga po samem zakonu) učinkuje šele od dneva izbrisa družbe iz registra, ne pa od dneva podpisa izjave.[29]

Postopek izbrisa po ZFPPIPP, čeprav je bil pripravljen po vzorcu postopka prenehanja po skrajšanem postopku, za razliko od prenehanja družb po skrajšanem postopku vsebuje določbo o ustavitvi postopka. Sklep o ustavitvi postopka je sicer posledica vsebinske ugotovitve, da je bil ugovor utemeljen in da izbrisni razlog ne obstaja. Na podlagi pravnomočnega sklepa o ustavitvi postopka izbrisa registrsko sodišče po uradni dolžnosti odloči o izbrisu vpisa začetka postopka izbrisa iz sodnega registra (tretji odstavek 438. člena ZFPPIPP). Registrsko sodišče bi lahko smiselno enako kot po ZFPPIPP, ko je predlagatelj umaknil predlog za izbris, s sklepom odločilo le o ustavitvi postopka ter izbrisu vpisa sklepa o prenehanju in sklepa o izbrisu. Navedeno je tudi v skladu s splošnim procesnim pravilom, da lahko sodišče potrdi, razveljavi ali spremeni odločbo samo na podlagi pravnega sredstva, določenega z zakonom. Zaradi jasnosti je bilo sprejeto stališče, da se razveljavi sklep o prenehanju. V zgodovinskem izpisku morajo biti razvidni vsi sklepi, izdani v postopku.

Drugi del odgovora se nanaša na vprašanje, *ali je za odločanje pristojen sodnik ali referent*.

O ugovoru proti sklepu o prenehanju v postopku prenehanja družbe po skrajšanem postopku po 5. točki prvega odstavka 11. člena ZSReg odloča sodnik posameznik. O predlogu za vpis drugih ostalih podatkov v sodni register odloča na prvi stopnji sodni referent (drugi odstavek 11. člena ZSReg). Pristojnosti med sodnikom posameznikom in sodnim referentom so razdeljene tako, da so izrecno določene pristojnosti za odločanje sodnika posameznika. O vsem drugem, o čemer ne odloča sodnik, odloča referent. Sam sklep o ustavitvi postopka se ne nanaša izrecno na vpis drugih podatkov v sodni register, zato bi bilo mogoče sklepati, da o njem odloči sodnik. Po drugi strani spada izdelava sklepa o ustavitvi postopka med enostavnejše sklepe, ki bi jih lahko izdelal sodni referent. Stranke pa imajo tako ali tako pravno varstvo s pravico do pritožbe zoper sklep referenta po drugem odstavku 12. člena ZSReg.

29 Več glej Ivanjko, str. 667.

2.2 Izjava o zemljiškoknjižnem dovolilu

Ali lahko družbenik po sprejetju sklepa o prenehanju po skrajšanem postopku poleg izjave poda še zemljiškoknjižno dovolilo o prenosu lastninske pravice na nepremičnini, ki je v lasti družbe, še pred izbrisom družbe iz registra?

Odgovor: Vsebina notarsko overjene izjave je določena v prvem odstavku 425. člena ZGD-1. Nanaša se na zavezo družbenika, da so poplačane vse obveznosti družbe, da so urejena vsa razmerja z delavci in da prevzemajo obveznost plačila morebitnih preostalih obveznosti družbe. Ta izjava pravno nadomešča izvedbo likvidacijskega postopka. Predpostavke za prenehanje družbe po skrajšanem postopku so, da družba nima upnikov oziroma nerazrešenih pravnih razmerij s poslovnimi partnerji in delavci. Za prenehanje družbe po skrajšanem postopku ni bistveno, ali družba ima premoženje ali ne.[30] V sklepu o prenehanju družbe po skrajšanem postopku družbeniki tudi oblikujejo predlog o delitvi premoženja (426. člen ZGD-1). Očitno je bil dogovor tak, da se nepremičnina izloči iz premoženja družbe.

Zato menim, da je lahko podana izjava o zemljiškoknjižnem dovolilu o prenosu lastninske pravice na nepremičnini, ki je v lasti družbe, tudi pred sklepom o izbrisu. Po pravnomočnosti sklepa in izbrisu družbe iz sodnega registra ta izjava ne bi mogla biti več dana.

3 OMEJITEV USTANAVLJANJA DRUŽB PO 10.A ČLENU TER PREVERJANJE ČLANOV VODENJA IN NADZORA PRI NJIHOVEM IMENOVANJU PO 255. ČLENU ZGD-1

3.1 Izjava (starega) direktorja po prenehanju skupnega zastopanja

Družba ima dva direktorja, ki družbo zastopata skupno, nato družbenik enega direktorja razreši in od dneva razrešitve drugi direktor zastopa samostojno. To je določeno tudi v družbeni pogodbi. Ali je potrebna ponovna izjava edinega direktorja po 255. členu ZGD-1 in preverjanje izjave po uradni dolžnosti? Menimo, da ne.

Odgovor: Le novi člani organa vodenja ali nadzora morajo prijavi za vpis v register priložiti pisno izjavo, da ni okoliščin, ki bi po določbah tega zakona nasprotovale njihovemu imenovanju. Registrski organ v skladu z desetim odstavkom 10.a člena tega zakona po uradni dolžnosti preveri, ali so podane okoliščine iz druge in tretje alineje prejšnjega (drugega) odstavka (tretji odstavek 255. člena ZGD-1). Direktor, ki je pred razrešitvijo enega direktorja skupaj z njim zastopal družbo, ki jo zdaj zastopa samostojno, je že bil direktor, le oblika zastopanja se je spremenila. Zato mu ni treba priložiti nobene pisne izjave v smislu tretjega odstavka 255. člena ZGD-1 in posledično preverjanje registrskega organa po uradni dolžnosti v skladu z 10.a členom ZGD-1 ni potrebno.

30 Ivanjko, prav tam, str. 666.

3.2 Preoblikovanje samostojnega podjetnika (s. p.) v družbo z omejeno odgovornostjo (d. o. o.)

Ali je treba ugotavljati omejitve za družbenika po 10.a členu ZGD-1 in zastopnika po 255. členu ZGD-1, ki je bil do zdaj s. p.?

Odgovor: Obliki statusnega preoblikovanja podjetnika sta dve: podjetnik se lahko statusno preoblikuje s prenosom podjetja na novo kapitalsko družbo, ki se ustanovi s prenosom podjetnikovega podjetja ali s prenosom podjetja na prevzemno kapitalsko družbo (prvi odstavek 667. člena ZGD-1). Družba kot univerzalni pravni naslednik vstopi v vsa pravna razmerja v zvezi s prenesenim premoženjem (drugi odstavek 667. člena ZGD-1), vendar pa za ustanovitev nove družbe veljajo določbe tega zakona o ustanovitvi (prvi odstavek 669. člena ZGD-1, z izjemo drugega odstavka 191. člena, kar pa ni bistveno za odgovor). V skladu s 133. členom Uredbe je treba pri odločanju o predlogu za vpis nove kapitalske družbe smiselno upoštevati vsa pravila enake pravnoorganizacijske oblike, v katero se podjetje samostojnega podjetnika preoblikuje. Če gre za preoblikovanje samostojnega podjetnika v družbo z omejeno odgovornostjo, je treba uporabiti določbe Uredbe o vpisu ustanovitve (35. člen). Vpiše se tudi novi zastopnik družbe in je zato treba uporabiti tudi 2. točko prvega odstavka 5. člena Uredbe in 3. odstavek 255 v zvezi z drugo in tretjo alinejo drugega odstavka 255. člena ZGD-1. Enako velja za podjetnika, ki je ustanovitelj nove družbe, in je treba preveriti, ali zanj veljajo omejitve ustanavljanja nove družbe v skladu z desetim odstavkom v zvezi s 1. in 4. točko prvega odstavka 10.a člena ZGD-1.

Odgovor je, da je po uradni dolžnosti treba preverjati omejitve pri preoblikovanju podjetnika v družbo z omejeno odgovornostjo in za zastopnika.

3.3 Vpis (starega) družbenika po razveljavitvi pogodbe o prenosu poslovnega deleža

Prenos poslovnega deleža je vpisan v sodni register na podlagi pogodbe o prenosu poslovnega deleža. Pozneje, čez leto ali več, družbeniki sprejmejo sklep o razveljavitvi pogodbe o prenosu poslovnega deleža, ker niso bili izpolnjeni pogoji, določeni s to pogodbo. Ali moramo, preden odločimo o predlogu in vrnemo stanje v sodnem registru v prejšnje stanje, opraviti poizvedbe v skladu z 10.a členom ZGD-1 za družbenika?

Odgovor: Kot izhaja iz vprašanja, bo po razveljavitvi pogodbe o prenosu poslovnega deleža ponovno treba odločiti o predlogu za vpis prejšnjega družbenika v sodni register. Ta je bil z vpisom novega družbenika v skladu z veljavno pogodbo o prenosu poslovnega deleža iz sodnega registra izbrisan. Zato ni pomembno, da je nekoč že bil družbenik v tej družbi. Pravno je to popolnoma enako kot pri odločanju o vpisu novega družbenika. Zato je treba pri družbeniku v opisani procesni situaciji po uradni dolžnosti preverjati omejitve v skladu z desetim odstavkom 10.a člena ZGD-1.

4 ODVETNIŠKA DRUŽBA

4.1 Lasten poslovni delež

Ali ima lahko odvetniška družba, organizirana kot d. o. o., lastni poslovni delež v družbi oziroma ali lahko postane družbenik glede na določilo tretjega odstavka 37. člena Zakona o odvetništvu (ZOdv),[31] ki pravi, da so družbeniki odvetniške družbe lahko samo odvetniki, ki v odvetniški družbi opravljajo odvetniško dejavnost?

Odgovor: Na registrski šoli 2015 je bilo že obravnavano vprašanje statusnega preoblikovanja odvetnika v odvetniško družbo.[32] Pojasnjeno je bilo, da se za ustanovitev in poslovanje odvetniške družbe (d. o. o.) neposredno uporabljajo pravila ZGD-1 (36. člen ZOdv). Res je glede vprašanja, kdo lahko v odvetniški družbi postane družbenik, v tretjem odstavku 37. člena ZOdv kot posebno pravilo določeno, da je družbenik odvetniške družbe lahko samo odvetnik, ki v odvetniški družbi opravlja odvetniško dejavnost. To pomeni le, da družbenik ne more biti nihče drug kot odvetnik, ki v tej odvetniški družbi opravlja odvetniško dejavnost. Drugače povedano: družbenik je lahko le tisti odvetnik, ki v neki konkretni odvetniški družbi opravlja odvetniško dejavnost. To pravilo ne pomeni, da odvetniška družba ne more pridobiti lastnih deležev. V ZOdv kot specialnem predpisu ni posebej izključena uporaba 500. člena ZGD-1, ki določa pravila glede pridobitve poslovnih deležev. Tudi pojmovno v odvetniški družbi ni mogoče izključiti pridobitve lastnih poslovnih deležev z vsemi varovalnimi mehanizmi, ki jih določa ZGD-1.

4.2 Firma odvetniške družbe

ZOdv v 38. členu določa, da mora firma odvetniške družbe vsebovati priimek vsaj enega družbenika z navedbo, da je družbenikov več. Za ustanovitev odvetniške družbe se uporabljajo predpisi o gospodarskih družbah, če v ZOdv ni določeno drugače (36. člen).

Vprašanje: Ali glede na obvezno sestavno firme odvetniške družbe »z navedbo, da je družbenikov več« pomeni, da se odvetniška družba ne more ustanoviti kot enoosebna družba z omejeno odgovornostjo? Če se lahko ustanovi, kako se mora glasiti firma družbe, ker je en sam družbenik in je v zakonu določena obvezna sestavina firme?

Odgovor: Na registrski šoli 2015[33] je bilo omenjeno, da lahko odvetniško družbo ustanovi tudi le ena oseba, odvetnik, ki ima po ZGD-1 položaj enoosebne družbe. Besedilo prvega odstavka 38. člena ZOdv, da mora firma odvetniške družbe vsebovati vsaj priimek enega družbenika z navedbo, da je družbenikov več, se ne sme razlagati tako, da odvetniška družba mora imeti več družbenikov in da enoosebne odvetniške družbe zato ni mogoče ustanoviti.

31 Uradni list RS, št. 18/93, 24/96 – odl. US, 24/01, 111/05 – odl. US, 54/08, 35/09, 97/14 in 8/16 – odl. US.
32 Zima Jenull, str. 182–184.
33 Zima Jenull, prav tam, str. 184.

Če je družbenik le en sam, je že pojmovno v firmi le njegov priimek na primer: »Odvetniška pisarna Zajc d. o. o.« V večosebni družbi pa mora biti v firmi priimek vsaj enega družbenika (ali tudi več), vendar mora biti navzven za pravni promet vidno, da je družbenikov več, na primer »Odvetniška pisarna Zajc in družbeniki d. o. o.« ali »Odvetniška pisarna Zajc&Kos in družbeniki (pogosteje so v praksi firm odvetniških družb navedeni partnerji) d. o. o.«.

5 OSNOVNI VLOŽEK – STVARNI VLOŽEK

5.1 Stvarni vložek – stavbna pravica[34]

Osnovni kapital družbe družbenik poveča s stvarnim vložkom. Predmet stvarnega vložka je stavbna pravica na nepremičnini. Na kaj moramo paziti, če predlagatelji vlagajo kot stvarni vložek stavbno pravico, in kakšne listine morajo predložiti? Ali se lahko vloži stavbna pravica, pri kateri so v zemljiški knjigi vpisane omejitve, in sicer so vknjižene hipoteka, maksimalna hipoteka ter zaznamba prepovedi odtujitve in obremenitve?

Odgovor: Po tretjem odstavku 475. člena ZGD-1 so lahko predmet stvarnega vložka premičnine in nepremičnine, pravice in podjetje ali del podjetja. Za stvarni vložek se šteje tudi plačilo za premoženjske predmete, ki jih je družba prevzela in jih prišteje družbenikovemu vložku. Določba drugega stavka drugega odstavka 475. člena ZGD-1 pri presoji, katera pravica je lahko predmet stvarnega vložka, napotuje na določbo drugega odstavka 187. in prvi stavek tretjega odstavka 191. člena ZGD-1. Bistvo določbe drugega odstavka 187. člena ZGD-1 je, da je predmet stvarnega vložka lahko le tista pravica, katere vrednost je mogoče izraziti v denarju. Te pravice poimenujemo premoženjske pravice (22. člen Stvarnopravnega zakonika; v nadaljevanju besedila: SPZ).[35]

Stavbna pravica kot izvedena stvarna pravica vključuje upravičenje uporabe (256. v zvezi s prvim odstavkom 259. člena SPZ) in je samostojno prenosljiva (tretji odstavek 256. člena SPZ). Zato je predmet stvarnega vložka lahko ustanovitev ali prenos stavbne pravice v korist družbe. Pri tem pa ni pomembno, ali je stavbna pravica, ki je predmet stvarnega vložka, obremenjena z drugo izvedeno pravico (zastavno pravico, maksimalno hipoteko, prepovedjo odtujitve in obremenitve).[36] Družba postane vseeno imetnica take pravice, le obseg njenega uresničevanja je omejen. To vpliva samo na vrednost stvarnega vložka, ki je zaradi obremenitve (s hipoteko) le manj vreden, kot bi bil, če stavbna pravica ne bi bila obremenjena.
Za pravnoposlovni prenos stavbne pravice z njenega imetnika na družbo se zahteva zavezovalni in razpolagalni posel. Ker se za ustanovitev in prenos stavbne pravice uporabljajo pravila za prenos lastninske pravice na nepremičninah, je treba biti pozoren tudi na upoštevanje teh določb SPZ (49. člen SPZ).[37]

34 Stavbna pravica kot predmet stvarnega vložka je bila obravnavana že v prispevku Plavšak, str. 120, 122.
35 Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13. 22. člen SPZ določa: Premoženjska pravica po tem zakonu je pravica, ki je prenosljiva in katere vrednost je mogoče izraziti v denarju. Primerjaj Juhart, M., str. 136–137.
36 Prenosljivosti stavbne pravice se ne da izključiti (obligacijskopravno lahko, a bo posledica kršitve odškodninska in bo do prenosa vseeno prišlo). Primerjaj Vlahek, str. 1025.
37 49. člen SPZ določa: (1) Za pridobitev lastninske pravice na nepremičnini s pravnim poslom se zahteva

Družba mora s predlogom za vpis ali spremembo osnovnega kapitala s stvarnim vložkom kot zavezovalni pravni posel priložiti pogodbo o ustanovitvi ali prenosu stavbne pravice v korist družbe v pisni obliki, z razpolagalnim pravnim poslom, to je zemljiškoknjižnim dovolilom, ki daje podlago za vpis stavbne pravice v zemljiški knjigi.

5.2 Stvarni vložek – račun z zapadlostjo

K predlogu za ustanovitev družbe z omejeno odgovornostjo s stvarnim vložkom je predlagatelj kot dokazilo priložil račun, na katerem je bila navedena zapadlost plačila pet mesecev po izdaji računa. Sodišče je predlagatelja pozvalo, naj predloži cenitve stvarnih vložkov oziroma potrdilo o plačilu računa kot dokazilo o obstoju stvarnega vložka. Na podlagi izdanega računa se je pojavil dvom o resničnosti računa in fiktivnosti posla. Ali je račun z zapadlostjo plačila več kot 30 dni brez dokazil, da je bil plačan oziroma da so bile premičnine izročene družbi, lahko podlaga za vpis ustanovitve družbe?

Odgovor: Iz vprašanja sklepam, da so bile predmet stvarnega vložka premičnine, ki niso bile plačane. Račun mora biti plačan pred vložitvijo predloga za vpis osnovnega kapitala v sodni register, ker morajo biti premičnine kot stvarni vložek družbi v celoti izročene pred prijavo (vložitvijo predloga) za vpis v register (peti odstavek 475. člena ZGD-1). Osnovni vložki morajo biti izročeni družbi tako, da lahko poslovodja družbe z njimi prosto razpolaga (šesti odstavek 475. člena ZGD-1).

Glede na razloženo je odgovor, da brez dokazil, da so bile premičnine plačane in izročene družbi, niso bili izpolnjeni pogoji za vpis družbe z omejeno odgovornostjo v sodni register.

5.3 Posebno poročilo o stvarnih vložkih

Ali je potrebno posebno poročilo o stvarnih vložkih, čeprav je predmet stvarnega vložka večkrat zapisan v priloženih listinah, kajti notarji se temu izogibajo in na odredbo odgovorijo z obrazložitvijo predloga, kjer napišejo, da je to navedeno v neki drugi listini, npr. pogodbi o konverziji dolgov v kapitalske deleže, ter da je zaradi tega smiselno tako listino šteti tudi kot poročilo o stvarnih vložkih v smislu določbe 474. člena ZGD-1.

Odgovor: V četrtem odstavku 474. člena ZGD-1 je določeno, da če se osnovni kapital ali njegov del izroči kot stvarni vložek, se morajo v pogodbi ali prilogi, ki je sestavni del pogodbe, navesti predmet vsakega stvarnega vložka posebej, znesek osnovnega vložka, za katerega se daje stvarni vložek, in družbenik, ki je stvarni vložek prispeval. Obveznost izdelave poročila je ne glede na vsebino četrtega odstavka 474. člena ZGD-1 določena v 476. členu ZGD-1. Poročilo o stvarnih vložkih mora biti izdelano pred vložitvijo predloga (prijava) za vpis in ga morajo podpisati družbeniki (prvi odstavek 476. člena ZGD-1). V poročilu se navedejo

vpis v zemljiško knjigo. (2) Vpis v zemljiško knjigo se opravi na podlagi listine, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo.

predmeti stvarnih vložkov, dejstva, ki dokazujejo, da vrednost stvarnega vložka ni manjša od višine prevzetega osnovnega vložka, in morebitne obremenitve stvarnega vložka (drugi odstavek 476. člena ZGD-1).

To pomeni, da poročilo o stvarnih vložkih po vsebini ni identično s pogodbo ali prilogo po 476. členu ZGD-1.

Glede na razloženo je odgovor na vprašanje naslednji: pogodba o konverziji dolgov v kapitalske deleže v smislu določbe 474. člena ZGD-1 po vsebini ni enaka poročilu o stvarnih vložkih v smislu določbe 476. člena ZGD-1. Zato mora biti izdelano tudi posebno poročilo o stvarnih vložkih. Le če bi bila v navedeni pogodbi zajeta vsebina poročila v skladu s 476. členom ZGD-1, posebnega poročila o stvarnih vložkih ni treba priložiti.

6 GOSPODARSKO INTERESNO ZDRUŽENJE

6.1 Zastopanje v gospodarskem interesnem združenju (GIZ)

ZGD-1 pravi, da ima GIZ poslovodstvo z eno ali več osebami. O ostalih zastopnikih ne govori. Dogaja se, da GIZ določijo poslovodjo oziroma direktorja, ostale člane zastopstva pa imenujejo kot zastopniki (tip zastopnika: zastopnik). Je to pravilno oziroma če ni, kako naj obrazložimo, da naj zastopnika imenujejo pravilno (prokurist, namestnik direktorja ...)?

Odgovor: Že na registrski šoli 2015 so bila predstavljena pravila za vpis GIZ v sodni register.[38] Res je v prvem odstavku 571. člena ZGD-1 določeno, da ima združenje poslovodstvo, v kateri je ena ali več oseb. Vendar to poimenovanje sledi krovni opredelitvi pojma poslovodstva v 10. členu ZGD-1.86. Člen(ali je prav velika začetnica, T.Z.J.) Uredbe (sicer pri vpisu spremembe zastopnikov ali članov poslovodstva) napotuje na smiselno uporabo pravil o vpisih pri delniški družbi, določenih v 2. poglavju Uredbe. Zato bi moral biti kot opis tipa zastopnika v skladu z drugo alinejo 6. točke 84. člena Uredbe pravilno imenovan poslovodja v skladu s poimenovanjem v pogodbi o ustanovitvi (četrti odstavek 571. člena v zvezi s 568. členom ZGD-1). To mora veljati tudi za druge člane poslovodstva, ki ne morejo biti poimenovani le z nekim splošnim pojmom »zastopnika«, ampak konkretno s smiselno uporabo 5. točke prvega odstavka 7. člena Uredbe (prokurist, član …).

6.2 Izključitev člana iz GIZ

Izključitev člana iz GIZ, če so v pogodbi natančno opredeljeni razlogi, ter postopek za izključitev in v zvezi s tem priloženi dokazi, ker ZGD-1 in Uredba nimata določb glede izključitve.

Odgovor: Pogoji sprejema in izstopa članstva v združenju so navedeni v 569. členu ZGD-1 in napotujejo na pogodbo o ustanovitvi, kjer se lahko določijo pogoji za izstop. V drugem odstavku 569. člena ZGD-1 je izrecno določena

38 Mitrović, str. 190–192.

le obveznost člana združenja, da mora pred izstopom iz združenja poravnati vse svoje obveznosti. Vprašanje izključitve člana združenja iz GIZ v V. delu ZGD-1 ni urejeno. Zato je treba poiskati najbližjo ureditev tega instituta, to je v tisti pravnoorganizacijski obliki, ki je glede izključitve člana najbližja namenu delovanja GIZ. Sicer je cilj ustanavljanja GIZ olajševati in pospešiti pridobitno dejavnost njenih članov, to je družb ali podjetnikov, ki ga ustanovita (563. člen ZGD-1). Menim, da bi bilo mogoče glede izključitve člana združenja smiselno uporabiti določbe 501. člena ZGD-1 o izključitvi družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo. Pogoji, postopek in posledice izključitve člana združenja so lahko v pogodbi o ustanovitvi GIZ urejeni enako kot za izključitev družbenika v družbeni pogodbi. O izključitvi družbenika se v obeh organizacijskih oblikah lahko odloča na skupščini, če je tako določeno v pogodbi o ustanovitvi GIZ ali v družbeni pogodbi v d. o. o. ali pa ne. Za vpis izključitve družbenika (člana združenja) iz GIZ, ki je urejena v pogodbi o ustanovitvi, bi bilo mogoče smiselno uporabiti 44. člen Uredbe.

6.3 Sprememba pogodbe o ustanovitvi – notarski zapis

(N) Ali spremembe pogodbe o ustanovitvi GIZ lahko sprejme skupščina (v notarskem zapisniku), notar pa nato izdela čistopis pogodbe o ustanovitvi z notarskim potrdilom (smiselno enako kot pri spremembah statuta ali družbene pogodbe)? 568. člen ZGD-1 določa, da je spremembe pogodbe o ustanovitvi treba skleniti in objaviti v enaki obliki kot pogodbo. Če to določbo razlagamo na način, da je vsakič treba sklepati novo pogodbo v obliki notarskega zapisa, je to lahko težava, saj pogodbe o ustanovitvi praviloma določajo večino, s katero je treba sprejeti spremembe pogodbe (npr. 75 % večina vseh članov). Tako tedaj ne moremo zahtevati ponovnih podpisov vseh članov združenja, ker je za podpis spremembe dovolj v pogodbi o ustanovitvi predpisana večina.

Odgovor: Že pri odgovoru na 16. vprašanje je bilo opozorjeno, da so bila na registrski šoli 2015 predstavljena pravila za vpis GIZ v sodni register.[39] Iz povzetega besedila tretjega odstavka 568. člena ZGD-1, v katerem je določena enaka obličnost za spremembo pogodbe o ustanovitvi kot za pogodbo o ustanovitvi, se zdi, da drugačna razlaga tega besedila kot ta, da je treba tudi spremembo pogodbe o ustanovitvi skleniti in objaviti v obliki notarskega zapisa, ni pravilna.

Cilj združenja je olajševati in pospešiti pridobitno dejavnost članov, izboljševati in povečevati rezultate te dejavnosti, ne pa ustvarjati lastnega dobička (drugi odstavek 563. člen ZGD-1). GIZ je zelo rahla oblika interesnega povezovanja družb in posameznikov. Bolj kot integraciji je namenjena kooperaciji.[40] Namen uvedbe nove oblike združevanja je treba iskati v želji ponuditi poslovnim krogom novo, čim bolj fleksibilno in resnično transnacionalno obliko združevanja in interesnega povezovanja.[41] Če bi lahko uporabili določbe o spremembi statuta po 329. členu ZGD-1 tudi za GIZ, bi morala biti ureditev primerljiva in bi morali iskati

39 Mitrović, prav tam, str. 191.
40 Pšeničnik, str. 137–140.
41 Pšeničnik, prav tam, str. 138.

toliko podobnosti med primerljivimi oblikami družb, da bi lahko določbe o delniški ali družbi z omejeno odgovornostjo uporabili tudi za GIZ.

Določbe o statutu in družbeni pogodbi ter njunih spremembah se po vsebini toliko razlikujejo od določb GIZ o sklenitvi in spremembi pogodbe o ustanovitvi, da jih po mojem mnenju za GIZ ni mogoče uporabiti. Ureditev je v delniški oziroma družbi z omejeno odgovornostjo naslednja:

Statut mora biti sestavljen v obliki notarskega zapisa (prvi odstavek 183. člena ZGD-1). Za spremembo statuta oblika notarskega zapisa ni določena. Za vpis je potreben sklep skupščine (prvi odstavek 329. člena ZGD-1). Poslovodstvo mora prijavi (predlogu) spremembe statuta priložiti prečiščeno besedilo statuta, ki mu mora biti priloženo notarjevo potrdilo, da se spremenjene določbe statuta ujemajo s sklepom o spremembi statuta (prvi odstavek 332. člena ZGD-1, enako pri družbi z omejeno odgovornostjo, tretji odstavek 516. člena ZGD-1).

Če je v pogodbi o ustanovitvi določen kvorum in večina za sprejetje odločitev na skupščini, je veljavno glasovanje v skladu s pogodbo o ustanovitvi (prvi odstavek 570. člena ZGD-1). Sprememba pogodbe o ustanovitvi je sprejeta, ko je izglasovana v skladu s predpisano večino v pogodbi. Vendar pa jo je treba skleniti v obliki notarskega zapisa v skladu s tretjim odstavkom 568. člena ZGD-1, ker je taka obličnost izrecno določena. Menim, da glede na vsebino pogodbe ni treba, da jo ob spremembi podpišejo vsi člani združenja, ker so se člani dogovorili, da so spremembe veljavne tudi ob 75-odstotni večini, in sicer tistih, ki so spremembe izglasovali, in velja za vse.

7 SPREMEMBA DRUŽBENIKA V DRUŽBI Z OMEJENO ODGOVORNOSTJO

7.1 Družba v stečajnem postopku

Ali lahko družbenik v družbi z omejeno odgovornostjo, nad katero je začet stečajni postopek, še vedno s sklenitvijo pogodbe o prodaji oziroma odsvojitvi poslovnega deleža tega odsvoji oziroma odtuji, kar bi imelo za posledico vpis spremembe družbenika v sodnem registru? Ali dovolimo prenos poslovnega deleža v družbi, ki je v stečaju ali prisilni poravnavi?

Konkretni primer je bil naslednji. Sklep registrske referentke o zavrnitvi vpisa spremembe družbenika zaradi prodaje poslovnega deleža je sodnik potrdil. Bistveni razlog je bil, da bi bila lahko predmet prodaje terjatev pogojnega upravičenja družbenika do preostanka razdelitvene mase. Višje sodišče je pritožbi (novega družbenika) ugodilo, navedeni sklep razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo odločanje. Zavzelo je materialnopravno stališče, da družbenik ostane v družbi tudi po začetku stečaja. Sicer družbenik izgubi skoraj vsa upravljavska in premoženjska upravičenja, ki izhajajo iz poslovnih deležev. Ohrani premoženjsko upravičenje do razdelitve preostanka razdelitvene mase. To pomeni, da tudi v stečajnem postopku ostaja ekonomski (stvarni) interes (ki je pravno dopusten in zaščiten) tretje osebe (ki se nadeja, da bo pri razdelitvi preostanka prejela več, kot

je plačala za nakup poslovnega deleža), da od družbenika odkupi poslovni delež. Noben predpis družbeniku ne prepoveduje, da bi odsvojil svoj poslovni delež v družbi, nad katero je bil začet stečajni postopek. Zato je sodišče zaključilo, da ni pravilno stališče sodišča prve stopnje, da prenos poslovnega deleža v družbi, ki je v stečajnem postopku, ni mogoč, ker se prenaša poslovni delež, ki ga ni več.

Višje sodišče je hkrati opozorilo, da sodišče ne sme nuditi varstva predlagatelju, če bi šlo za nedovoljena razpolaganja strank in da bi se imetnik deleža želel izogniti omejitvam iz 10.a člena ZGD-1. Opozorilo je, da sme registrsko sodišče ugotavljati dejstva, ki jih udeleženci niso navajali, in izvajati dokaze, ki jih udeleženci niso predlagali (tretji odstavek 3. člena in drugi odstavek 7. člena Zakona o pravdnem postopku (ZPP)[42] v zvezi s 37. členom Zakona o nepravdnem postopku (ZNP)[43] in 19. členom ZSReg. Če bi registrsko sodišče ugotovilo nedovoljena razpolaganja strank, bi lahko predlog za prenos poslovnega deleža tudi zavrnilo.

Odgovor: To vprašanje je bil obravnavano in je bilo nanj odgovorjeno na Registrski šoli 2015.[44] Registrsko sodišče je odločilo tako, kot je bil ponujen mogoč odgovor na šoli, torej, da je vpis spremembe družbenika v družbi, ki je v stečajnem postopku, treba zavrniti. Kot morda dopolnilni mogoč odgovor k že omenjenemu in glede na oblikovano stališče višjega sodišča v razveljavitvenem sklepu dodajam naslednje: Strinjam se s stališčem, da noben predpis ne prepoveduje prodaje poslovnega deleža v družbi, ki je v stečajnem postopku. Treba je odgovoriti na vprašanje, ali je predmet pogodbe v družbi, ki je v stečajnem postopku sploh še poslovni delež. Pravno gledano sploh ne gre več za poslovni delež družbenika, ampak za terjatev družbenika iz naslova plačila iz ostanka razdelitvene mase. S prodajno pogodbo (tudi če je sestavljena tako, da je kot predmet pogodbe navedena prodaja poslovnega deleža v družbi) vsebinsko pridobi kupec kot odmeno za plačilo kupnine (za poslovni delež, dodano T.Z.J.) le obligacijsko pravno upravičenje, to je premoženjsko pravico do sorazmernega dela ostanka stečajne mase. S plačilom kupnine po pogodbi o prodaji poslovnega deleža kupec torej pridobi pogojno terjatev (namesto) prejšnjega družbenika, vpisanega v sodni register, za plačilo sorazmernega dela ostanka razdelitvene mase v sorazmerju z deleži družbenikov (tretji v zvezi z drugim odstavkom 373. člena ZFPPIPP). Ta terjatev je pogojna zato, ker je odvisna od negotovega dejstva, ali bo sploh ostalo kaj razdelitvene mase za družbenike.

Glede na razloženo stališče menim, da če se nad družbo začne stečajni postopek, predlog za vpis spremembe poslovnega deleža v sodni register ni sklepčen. Iz predloga ne izhaja materialnopravna posledica, to je utemeljenost vpisa novega in izbris prejšnjega družbenika. Zato predlog materialnopravno ni utemeljen. Ob tem kupec ne more biti v ničemer prikrajšan. Svojega upravičenja (novi) imetnik

42 Uradni list RS, št. 26/99, 96/02, 110/02 – ZDT-B, 12/03 – uradno prečiščeno besedilo, 58/03 – odl. US, 2/04, 36/04 – uradno prečiščeno besedilo, 2/04 – ZDSS-1, 69/05 – odl. US, 90/05 – odl. US, 43/06 – odl. US, 52/07, 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 121/08 – skl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 76/12 – popr., 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 6/14, 10/14 – odl. US, 48/14 in 48/15 – odl. US.

43 Uradni list SRS, št. 30/86, 20/88 – popr., Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ, 131/03 – odl. US in 77/08 – (ZDZdr).

44 Zima Jenull, prav tam, str. 171–172.

pogojne terjatve v stečaju, če je le dovolj skrben, ne more izgubiti. Predpisana je izpodbojna domneva, da je imetnik terjatve pri družbi z omejeno odgovornostjo tisti, ki je kot družbenik vpisan v sodni register na dan izdelave načrta razdelitve ostanka razdelitvene mase (2. točka četrtega odstavka 373. člena ZFPPIPP). Kot je bilo že pojasnjeno na lanski šoli, lahko dejanski imetnik deleža (oziroma upnik pogojne terjatve iz ostanka razdelitvene mase) v ugovoru zoper načrt končne razdelitve (s pogodbo o prodaji »poslovnega deleža«) dokazuje drugače, torej, da je on tisti, ki je pridobil upravičenje do ostanka stečajne mase.

Višje sodišče sicer napotuje na ugotavljanje dejstev v zvezi z zlorabo pravic predlagatelja in na 10.a člen ZGD-1. Omejitve pri novih družbenikih je dolžno preveriti registrsko sodišče po uradni dolžnosti v skladu z desetim odstavkom 10.a člena ZGD-1. Vendar menim, da bi lahko šlo bolj verjetno za primer zlorabe, če bi se stari družbenik želel zaradi ustanavljanja nove družbe ali nakupa poslovnega deleža v drugi družbi »znebiti« imetništva poslovnega deleža v družbi, ki je v stečaju. Takemu ravnanju družbenika sodišče ne sme nuditi pravnega varstva.

7.2 Družba v postopku prisilne poravnave

Odgovor: Cilj stečajnega postopka je zelo poenostavljeno povedano čim višje poplačilo upnikov in izbris družbe iz sodnega registra. Cilj postopka prisilne poravnave je drugačen. Postopek prisilne poravnave se vodi zato, da se izvede finančno prestrukturiranje dolžnikovega podjema, ki zagotavlja, da: 1. sedanji družbeniki dolžnika lahko obdržijo samo tak delež v osnovnem kapitalu dolžnika, ki ustreza vrednosti preostanka premoženja dolžnika, ki bi ga prejeli, če bi bil nad dolžnikom začet stečajni postopek; 2. se upnikom zagotovijo ugodnejši pogoji plačila njihovih terjatev, kot če bi bil nad dolžnikom začet stečajni postopek, ob upoštevanju vrstnega reda in drugih pravil poplačila prednostnih, navadnih in podrejenih terjatev ter zavarovanih terjatev v stečajnem postopku; 3. se nadaljuje poslovanje dolžnikovega podjema oziroma rentabilnega dela tega podjema (136. člen ZFPPIP).

V postopku prisilne poravnave se v okviru načrta finančnega prestrukturiranja lahko izvede tudi sprememba osnovnega kapitala pododdelka 4.4.4, kar vpliva na položaj (delničarja) družbenika (primerjaj povečanje osnovnega kapitala z novimi vložki, 199. a člen, posebna pravila za poenostavljeno zmanjšanje osnovnega kapitala, 199. d člen ZFPPIPP).

Ločimo dve vrsti postopkov prisilne poravnave: postopek prisilne poravnave in postopek poenostavljene prisilne poravnave (1. in 2. točka 5. člena ZFPPIPP). Sprememba osnovnega kapitala se lahko opravi v postopku prisilne poravnave. V postopku poenostavljene prisilne poravnave, ki se uporablja le za male (zakonsko besedili je majhne, T:Z:J:) in mikro družbe ter podjetnika, se določbe ZFPPIPP o spremembi osnovnega kapitala s pretvorbo denarnih terjatev v deleže ne uporabljajo (drugi odstavek 221. b v zvezi s 146. členom in pododdelkom 4.4.4. ZFPPIPP). To ne pomeni, da kapitalska družba finančnega prestrukturiranja ne more izvesti po splošnih korporacijskih pravilih (ZGD-1), ampak da se finančno prestrukturiranje izvede zunaj postopka poenostavljene prisilne poravnave.

Glede na navedeno menim, da je v postopku prisilne in poenostavljene prisilne poravnave treba v sodni register vpisati spremembo družbenikov in poslovnih deležev, ker obe vrsti prisilne poravnave vplivata na njihov pravni položaj.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Ivanjko, Š., v: *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah*, druga dopolnjena izdaja z
- novelami ZGD-1 A do ZGD-1 H, Ljubljana, 2. knjiga, Ius software GV Založba, 2014, str. 667.
- Juhart, M. *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. Ljubljana, GV Založba, 2004, str. 136–137.
- Mitrović, N. Odločanje o vpisih v sodni register. *Pravosodni bilten*, 2015, let. 36, št. 2, str. 185–202.
- Plavšak, N. Povečanje osnovnega kapitala s konverzijo terjatev v deleže. *Pravosodni bilten*,
- 2013, let. 34, št. 3, str. 120, 122.
- Pšeničnik, D., v: *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah*, druga dopolnjena izdaja z
- novelami ZGD-1 A do ZGD-1 H, Ljubljana, 3. knjiga, Ius software GV Založba, 2014, str. 137–140.
- Vlahek, A. *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. Ljubljana, GV Založba, 2004, str. 1025.
- Zima Jenull, T. Odločanje o materialno pravnih pogojih vpisov (izbrisov) v sodni register.
- *Pravosodni bilten*, 2015, let. 36, št. 2, str. 167–184.

MOGOČI ODGOVORI NA TEHNIČNA IN DRUGA VPRAŠANJA

mag. Katarina Vodopivec
višja sodnica
Služba za upravljanje projektov
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. Od septembra 2015 opažamo, da so sklepi sodišč o izvršbi brez podpisa sodnika ali navedbe l.r. in brez žiga sodišča. Sklep ima črtno kodo, saj se vroča prek informacijskega sistema Vrhovnega sodišča. Tak sklep je podlaga za vpis ali izbris zaznambe na deležu in se javno objavi v ePRS.
Ali je to v redu?

Odgovor: Ločevati je treba dve vrsti odločb, ki jih izdaja okrajno sodišče v izvršilnem postopku. Prve odločbe, to so sklepi o izvršbi na podlagi verodostojne listine, ki jih izda Centralni oddelek za verodostojne listine (COVL v Ljubljani), so brez podpisa sodnika, imajo samo navedbo »l.r.« in strojni odtis pečata sodišča. Podpis ni potreben. V postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine je do ugotovitve pravnomočnosti sklepa o izvršbi izključno krajevno pristojno Okrajno sodišče v Ljubljani, razen če zakon ne določa drugače. Taki sklepi se izdajajo že od leta 2008. Druge odločbe, sklepi o izvršbi na podlagi izvršilnega naslova, so od 29. februarja 2016, ko je bilo uvedeno elektronsko poslovanje v izvršilnih postopkih okrajnih sodišč, podpisane z elektronskim podpisom, zato na takih sklepih ni navedbe »l.r.«. Sklepi so v skladu z veljavnim Zakonom o izvršbi in zavarovanju (v nadaljevanju besedila: ZIZ).[45]

2. Kaj točno mora pisati v sklepu za izvršbo (vpis zaznambe pri deležu družbenika po uradni dolžnosti)? Sodišča, ki te sklepe izdajajo, nimajo navade, da bi sklepu priložila odredbe (komu, kaj naj se vpiše). Tako moramo nemalokrat sami iz sklepov ugotavljati, kam in kakšno zaznambo naj vpišemo. Problem je tudi, ker pri družbah ne pišejo niti matičnih številk, niti zap. št. poslovnih deležev, kamor naj se zaznamba vpiše (tudi sklenila sklepa o izvršbi so pomanjkljiva). Menimo, da bi bilo smotrno vse izvršilne oddelke opozoriti, naj podatke, ki jih potrebujemo, preverijo na portalu Ajpes in vse potrebno tudi vpišejo v spremni dopis/odredbo.

Odgovor: ZIZ določa vsebino predloga za izvršbo. Med drugim določa, da morajo biti v predlogu navedeni identifikacijski podatki o dolžniku in upniku. Identifikacijski podatki o dolžniku in upniku, ki je fizična oseba, so:

1. osebno ime in naslov prebivališča ter
2. datum rojstva ali EMŠO ali davčna številka ali drug isti povezovalni znak ali drug ustrezen identifikacijski podatek.

45 Uradni list RS, št. 3/07 in naslednji.

Identifikacijski podatki o dolžniku in upniku, ki je pravna oseba, so:

1. firma ali ime, sedež in poslovni naslov ter
2. matična ali davčna številka.

Identifikacijski podatki o dolžniku in upniku, ki je podjetnik ali zasebnik, so:

1. osebno ime, firma, sedež in poslovni naslov ter
2. matična ali davčna številka.

Predlog za izvršbo je sestavni del (oziroma priloga) sklepa o izvršbi. V sklepu o izvršbi, s katerim sodišče dovoli izvršbo, so navedeni: upnik in dolžnik z identifikacijskimi podatki iz 16. a člena ZIZ, izvršilni naslov oziroma verodostojna listina, dolžnikova obveznost, sredstvo in predmet izvršbe ter drugi podatki, potrebni, da se izvršba lahko opravi (44. člen ZIZ). ZIZ ne določa, da mora predlagatelj (upnik) v predlogu za izvršbo med drugim navesti tudi zaporedno številko poslovnega deleža dolžnika, vendar pa sklep o izvršbi na podlagi izvršilnega naslova vsebuje tudi te podatke. Sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine teh podatkov ne vsebuje. Tako nekatere odredbe izvršilnih sodišč za vpis zaznambe pri deležu družbenika vsebujejo podatke o zaporedni številki poslovnega deleža družbenika (dolžnika), nekatere odredbe pa teh podatkov ne vsebujejo. Nekatera izvršilna sodišča pošiljajo sklepe na registrska sodišča tudi brez kakršnih koli odredb ali obvestil (dopisov). Zaporedna številka poslovnega deleža predstavlja predmet izvršbe, zato bi bilo prav, da je ta podatek naveden tudi v sklepu o izvršbi na podlagi verodostojne listine. Projektna skupina i-Srg (za sodni register) bo poslala predlog projektni skupini i-I (za izvršbo), da naj v primeru, ko izvršilna sodišča na registrska sodišča pošiljajo sklepe o izvršbi na podlagi verodostojne listine, vedno dodajo tudi odredbo, v kateri bodo navedeni vsi potrebni podatki za vpis v sodni register.

3. Pri prevodu firme družbe nas zanima, ali se morata, če ima družba tudi skrajšano firmo, prevesti obe, ali je dovoljeno, da se prevede le dolga ali le skrajšana firma.

Prav tako nas zanima, ali se mora firma prevesti v celoti (tako fantazijski kot opisni del s pravnoorganizacijsko obliko) ali obstaja možnost prevoda le za del firme, saj stranke včasih ne želijo prevesti vsega.

Odgovor: ZGD-1 določa, da se prevod firme v tuji jezik lahko uporablja samo skupaj s firmo v slovenskem jeziku (drugi odstavek 20. člena ZGD-1). Ne določa pa ničesar glede uporabe prevoda firme v (polni, celotni) obliki oziroma glede uporabe prevoda skrajšane firme. Ob upoštevanju pravila o enotnosti firme, po katerem mora družba pri poslovanju uporabljati eno samo firmo z vsemi sestavinami, kot je ta vpisana v sodni register (prvi odstavek 19. člena ZGD-1) v zvezi s pravico do prevoda firme, se v sodni register vpiše prevod bodisi celotne bodisi skrajšane firme, kot izhaja iz predloga in predlogu priloženih listin (akta, družbene pogodbe, statuta).

4. Ime firme 21. člen ZGD
Družba s firmo XY se izbriše in nato v toku časa prejmemo predlog za ustanovitev družbe z istim imenom XY (od istega družbenika izbrisane družbe). Ali je dovoljeno poimenovanje firm z imenom izbrisanih družb?

Odgovor: V primeru, ko isti družbenik izbrisane družbe pozneje vloži predlog za ustanovitev družbe z istim imenom XY, ne vidim nobenih posebnih ovir. Za vsako (novo) družbo oziroma subjekt vpisa morajo biti izpolnjeni pogoji, določeni z zakonom in podzakonskimi predpisi. To velja tudi za firmo družbe, za katero registrsko sodišče ob predhodnem preskusu predloga po uradni dolžnosti opravi (tudi) materialnopravni preskus, ali je firma, katere vpis zahteva predlagatelj, v skladu z določbami ZGD-1 (12.–28. člen ZGD-1).

5. Če je družbenik oziroma zastopnik tujec in se identificira z davčno številko, opažamo, da je vpis podatkov davčnega registra o prebivališču zelo pomanjkljiv, saj se dostikrat sploh ne da razbrati, iz katere države prihaja oziroma kje ima vpisano stalno prebivališče. Ali obstaja možnost, da bi se podatki v davčni register vpisovali v celoti oziroma podrobneje ter bi bilo mogoče razbrati državo bivanja tega tujca?

Odgovor: Zakon o davčni službi[46] in Pravilnik o vodenju in vzdrževanju davčnega registra[47] določata vsebino davčnega registra. Med drugim (naj bi) se za fizično osebo, ki v Republiki Sloveniji nima stalnega oziroma začasnega prebivališča, vpisali podatki o naslovu stalnega prebivališča (v tujini) z navedbo poštne številke in nazivom pošte ter tudi naslov v Republiki Sloveniji za vročanje. Prav ti podatki so obvezni podatki, ki jih tujec mora vpisati na obrazec za pridobitev davčne številke (prijava za vpis fizične osebe v davčni register, obrazec DR-2). V davčnem registru je posebno polje za vpis podatka o državi, v kateri ima prijavitelj stalno oziroma začasno prebivališče, vendar ta podatek ni vedno vpisan. Težave bo odpravilo le dosledno vpisovanje podatkov v davčni register. Zato bo projektna skupina i-Srg (za sodni register) pripravila dopis FURS s predlogom, naj se dosledno vpisujejo tudi podatki o državi fizične osebe, v kateri ima prijavitelj stalno oziroma začasno prebivališče.

6. Ob umiku predloga za vpis spremembe nas zanima, kako je z vpisi sklepov v pisni oziroma elektronski knjigi sklepov. Ali jih je treba razveljaviti pred vložitvijo novega predloga ali se nas to ne tiče? Kaj je pravilno?

Odgovor: Za družbo z enim družbenikom veljajo vse značilnosti kot za druge d. o .o., razen tistih, ki niso združljive z enoosebno naravo take družbe in zanje zakon izrecno določa drugačno ureditev. To zlasti velja za knjigo sklepov. Ustanovitelj samostojno odloča o vprašanjih iz 505. člena ZGD-1 (upravljanje družbe). Vse odločitve (v obliki sklepov) sprejme sam. ZGD-1 določa, da morajo biti sklepi v teh zadevah dokumentirani, torej jih mora vpisati v knjigo sklepov. Vpis v knjigo sklepov je pomembno pravno dejanje, ki predstavlja neločljivi del odločanja

46 Uradni list RS, št. 57/04 in naslednji.
47 Uradni list RS, št. 31/05 in naslednji.

(edinega) družbenika.[48] Hkrati zakon določa strogo sankcijo: če sklep ni vpisan v knjigo sklepov, nima pravnega učinka. Namen take ureditve ni varstvo samega družbenika, ampak varovanje tretjih oseb, da se lahko zanesejo na gospodarski položaj enoosebne družbe.[49] Knjiga sklepov je listina družbe in ne njenega družbenika. Podrobnejša pravila glede vodenja knjige sklepov so urejena v Pravilniku o overitvi in vodenju knjige sklepov družbe z enim družbenikom.[50] Poleg tega, da je sklep edinega družbenika vpisan v knjigo sklepov, mora biti zato, da pravno učinkuje v razmerju do tretjih oseb, izpolnjen še en pogoj, to je vpis v sodni register (47. in 48. člen ZGD-1). Pogoje za vpis sklepa edinega družbenika v sodni register ureja 51. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (v nadaljevanju besedila: Uredba). ZGD-1 in Uredba določata, kateri sklepi edinega družbenika, ki so vpisani v knjigo sklepov, morajo biti predloženi sodnemu registru za vpis. Če predlagatelj umakne predlog za vpis spremembe v sodni register, nato pa pozneje ponovno vloži predlog za vpis (iste) spremembe, registrsko sodišče v postopku predhodnega preizkusa preverja samo tisti sklep v knjigi sklepov, ki ga predlagatelj navaja v predlogu za vpis spremembe. Že vpisanih (drugih) sklepov v knjigi sklepov ni treba razveljavljati.

7. Ali se sklep o izbrisu prevzete družbe pri pripojitvi vroča v varni elektronski predal notarju ali po pošti na naslov izbrisane družbe? Kaj je pravilno?

Odgovor: Sklep o izbrisu prevzete družbe pri pripojitvi se vroča v varni elektronski predal notarju. V skladu s četrtim in sedmim odstavkom 35. a člena ZSReg se odločba vroča notarju, ki je kot pooblaščenec predlagatelja vložil tak predlog.

8. Izdali smo odredbo za dopolnitev predloga. Po dopolnjenem predlogu sem si zadevo zaradi daljše odsotnosti sodelavke hotela predodeliti, vendar pa možnosti za predodelitev ni. Zadevo smo sicer rešili na njeno ime, čeprav ni bila prisotna.

Odgovor: Vpisnik Srg nima na voljo funkcionalnosti za primer, kot izhaja iz vprašanja. Za odpravo navedenega položaja bo projektna skupina za sodni register Ajpesu predlagala ustrezno dopolnitev vpisnika Srg.

9. Dejavnosti na zalogo: predlagatelj je v aktu o ustanovitvi družbe navedel 13 strani dejavnosti. Sodišče je izdalo odredbo, naj določi le dejavnosti, ki jih bo družba dejansko opravljala in ne bodo v nasprotju s specialnimi predpisi. Kako naj sodišče pravno veljavno stranki obrazloži, da vpisovanje dejavnosti »na zalogo« ni dopustno?

Ali je mogoče od Ministrstva za gospodarstvo pridobiti seznam dejavnosti, za katere obstajajo posebna dovoljenja, ki morajo biti odobrena pred vpisom dejavnosti v register oziroma družbeno pogodbo in ki se pridobijo po vpisu v register?

48 Odločba Višjega sodišča RS: VSK Sodba Cpg 186/2008 z dne 12. 2. 2009.

49 Zabel, B., v: Kocbek, M. (redaktor.), *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah,* Ljubljana, GV Založba, 2007, 2. knjiga, str. 226.

50 Uradni list RS, št. 111/06 in naslednji.

Odgovor: Družbe smejo kot dejavnost opravljati vse posle, razen tistih, ki se po zakonu ne smejo opravljati kot gospodarski posli (prvi odstavek 6. člena ZGD-1). S tako ureditvijo se zagotavlja ustavno načelo svobodne gospodarske pobude (prvi odstavek 74. člena Ustave RS). Omejevanje števila oziroma obsega dejavnosti ne izhaja iz ureditve ZGD-1, zato registrsko sodišče nima pravne podlage, da bi predlagatelju odredilo, naj določi le dejavnosti, ki jih bo družba dejansko opravljala. Iz prakse izhaja, da na točkah e-VEM referenti vpišejo predlagatelju od 10 do 15 dejavnosti z obrazložitvijo, da gre za preprost in hiter postopek, vpisovanje velikega števila dejavnosti pa ne predstavlja več takega postopka. Če predlagatelj vseeno želi vpisati večje število dejavnosti, ga referenti e-VEM napotijo k notarju, kjer pa so take storitve plačljive.

Gospodarska družba sme opravljati katere koli (pravno dovoljene) dejavnosti, razen če drug, poseben zakon v zvezi s posebnimi vrstami dejavnosti izrecno ne določa, da se te ne smejo opravljati v pravnoorganizacijski obliki gospodarske družbe. Pri nekaterih dejavnostih je tako treba pred začetkom opravljanja takih dejavnosti izpolniti določene pogoje in pridobiti ustrezna dovoljenja. Na MGRT nimajo izdelanega pregleda dejavnosti, za katere veljajo posebni pogoji, pač pa so na MJU pripravili in popisali pogoje za nekatere dejavnosti. Tako je mogoče na spletni povezavi e-VEM preveriti, ali se za opravljanje dejavnosti ali poklica potrebuje dovoljenje in katere pogoje mora predlagatelj izpolnjevati:

http://evem.gov.si/info/zacenjam/dovoljenja-in-pogoji/

Na portalu e-Vem vsebine o dovoljenjih in pogojih še razvijajo oziroma dopolnjujejo. Če na portalu e-Vem ne najdete informacije, pišite na ekc@gov.si.

Področja glede dovoljenj in pogojev:

Vsa področja / Obrt / Gradbeništvo / Gostinstvo, turizem in nastanitve / Kmetijstvo / Promet in logistika / Pravosodje in varovanje / Trgovina

Seznam dejavnosti in dovoljenj:

Seznam dejavnosti / Seznam poklicev/strokovnih kadrov / Seznam dovoljenj / Standardna klasifikacija dejavnosti (SKD)

10. Kdaj se lahko pričakuje sprememba Zakona o zavodih? Vloge za vpis ustanovitev ali sprememb so vedno pomanjkljive. Predloge za ustanovitev zavoda ali spremembe pri vpisanih zavodih naj izdajajo le notarji, ne več stranke same ročno.

Odgovor: Trenutno niso v postopku nobeni predlogi za spremembe in dopolnitve Zakona o zavodih. Ni nobenih informacij o tem, kdaj lahko pričakujemo ustrezne oziroma kakršne koli spremembe Zakona o zavodih.

11. Dvojni podatki za novega družbenika – EMŠO in DŠPri predlogu za vpis spremembe družbenika na podlagi listine o prenosu poslovnega deleža je pri novem družbeniku prišlo do dveh podatkov. Na predlogu za vpis

spremembe je bil zapisan z DŠ (živeč v tujini), v notarskih zapisih pa z EMŠO (na podlagi vozniškega dovoljenja in prebivališča v Slo). Po vpogledu v CRP je bila tam oseba zapisana z EMŠO, vendar brez stalnega naslova. Sodišče je v tem primeru predlog zavrnilo, ker listine in predlog niso bile v skladu z 2. b členom ZSReg, pritožbe ni bilo. Kakšno je vaše stališče oziroma kako pravilno ravnati v takem primeru?

Odgovor: Pri obravnavanju predloga za vpis spremembe družbenika je treba preveriti, ali so izpolnjeni pogoji po 1. a členu ZSReg. Gre za razlikovanje na podlagi enotne identifikacijske številke (v nadaljevanju besedila: ID številke). Taka ID številka za fizično osebo je EMŠO (oseba je vpisana v CRP in ima tudi stalno ali začasno prebivališče v Republiki Sloveniji) ali davčna številka (za drugo fizično osebo – na primer tujca). Čeprav sta navedeni obe ID številki iste osebe v registrskem postopku, torej v predlogu je navedena davčna številka, v listinah pa je naveden EMŠO, je treba izhajati iz podatkov, kot so navedeni v predlogu. Sodišče je v obravnavanem primeru ravnalo pravilno.

12. Imeli smo primer, v katerem je ista oseba pri preverjanju v Centralni kazenski evidenci glede pridobivanja statusa družbenika imela izpisek v redu, pri preverjanju izjave v zvezi z imenovanjem na funkcijo direktorja za to isto osebo, pa izpisek iz CKE ni bil »čist« … Se pravi, da za pridobitev statusa družbenika izpolnjuje pogoje, za imenovanje na mesto direktorja pa ne?

13. Preverjanje izjave prokurista po tretjem odstavku 255. člena ZGD-1
Predlogom za vpis prokuristov pri d. o. o. in d. d. so priložene tudi izjave prokuristov po drugem odstavku 255. člena ZGD-1. Ker prokurist ni organ vodenja, se postavlja vprašanje, ali imamo pravno podlago, da preverimo tudi izjavo prokurista.

14. Preverjanje izjav organov vodenja in nadzora po tretjem odstavku 255. člena ZGD-1

255. člen ZGD-1 določa pogoje imenovanja organov vodenja ali nadzora za d. d. Ker 515. člen ZGD-1, ki ureja pogoje imenovanja poslovodij pri d. o. o., ne določa, da se za preverjanje izjav poslovodij smiselno uporablja tretji odstavek 255. člena ZGD-1, je vprašanje, ali je prav, da se tretji odstavek 255. člena smiselno uporablja tudi za preverjanje izjav organov pri d. o. o., ker je zakonodajalec verjetno pozabil ustrezno dopolniti tudi ta člen.

Odgovor (za 12., 13. in 14. vprašanje): ZGD-1 v 515. členu ne določa, da se za preverjanje izjav poslovodij smiselno uporablja tretji odstavek 255. člena ZGD-1. Iz sodne prakse izhaja, da se tretji odstavek 255. člena smiselno uporablja tudi za preverjanje izjav organov pri d. o. o. Na navedeno nedoslednost ureditve bi bilo treba obvestiti pristojno ministrstvo s predlogom za ustrezno dopolnitev. Tretji odstavek 255. člena ZGD-1 ne daje pravne podlage za preverjanje izjav prokurista.

15. Pojavlja se vprašanje, kako ravnati v zvezi z lažnimi izjavami poslovodnih organov po 255. členu ZGD-1? Ali te stvari kam prijavljati, koga obveščati …?

16. Neresnična izjava po 255. člen ZGD-1
Pri preverjanju podatkov za direktorja družbe po tretjem odstavku 255. člena ZGD-1 je bilo iz kazenske evidence ugotovljeno, da je bil v letu 2012 pravnomočno obsojen zaradi kaznivega dejanja po KZ RS, 217/ II, I GOLJUFIJA. Za novoimenovanega direktorja niso podane okoliščine iz druge alineje 2. odstavka 255. člena in je torej oseba dala lažno izjavo. Ker gre za sum storitve kaznivega dejanja, moramo o tem obvestiti pristojni organ. Prosimo za mnenje, kako naj v takem primeru ravnamo, da bomo imeli enotno prakso.

Odgovor (za 15. in 16. vprašanje): Dejanje, za katero naj bi obstajal sum storitve kaznivega dejanja, mora biti v zakonu opredeljeno kot delikt. To pomeni, da mora biti dejanje inkriminirano v materialnem zakonu (Kazenskem zakoniku; v nadaljevanju besedila: KZ-1). Šele v takem primeru lahko govorimo o morebitni kršitvi oziroma o utemeljenem sumu kaznivega dejanja. KZ-1 lažne izjave ne ureja kot kaznivo dejanje.

ZGD-1 v tretjem odstavku 255. člena novim članom organa vodenja ali nadzora (poslovodnim organom) nalaga, da morajo prijavi za vpis v register predložiti pisno izjavo, da ni okoliščin, ki bi po določbah ZGD-1 nasprotovale njihovemu imenovanju. Namen take ureditve je, da bi organ, ki izvoli posameznega člana, moral imeti vsaj toliko zaupanja v kandidata, da verjame njegovi izjavi.[51] Če se pozneje izkaže, da je bila izjava lažna oziroma neresnična, se tak član krivdno odpokliče oziroma se po samem zakonu šteje, da izvolitev ni veljavna (je nična, ker je v nasprotju z zakonom).

Če sodišče pri registrskem postopku ugotovi, da obstaja sum storitve kaznivega dejanja, je vsekakor dolžno o tem obvestiti pristojno policijsko postajo.

17. Na Registrski šoli 2014 je bilo postavljeno vprašanje glede dopustnosti ustanavljanja d. o. o. na točkah VEM na podlagi pooblastila, pri čemer trenutna sodna praksa dovoljuje ustanovitev d. o. o. na podlagi pooblastila izključno pri notarju (Zbirnik vprašanje – vprašanje št. 15 – Pooblastilo na točki e-VEM). Odgovor na Reg. šoli 2013 v okviru iste tematike je bil, da projektna skupina še ni prejela odgovora Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo, saj obravnavana tematika spada v njihovo pristojnost. Prosimo za odgovor.

Odgovor: V zvezi z obravnavano situacijo je projektna skupina leta 2013 prejela dopis Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo z vprašanjem, zakaj trenutna sodna praksa dovoljuje »registracijo« družbe z omejeno odgovornostjo s pooblastilom (vseh) ustanoviteljev le pri notarju. V odgovoru smo navedli, da iz določila 474. člena ZGD-1 in tudi iz Zakona o sodnem registru (v nadaljevanju besedila: ZSReg) res ne izhaja kakšna posebna omejitev glede sklenitve družbene pogodbe po pooblaščencu, vendar pa druga alineja 1. točke drugega odstavka 35. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register v zvezi z 10. členom Uredbe o sodnem registru določa, da če družbeniki sprejmejo

51 Bratina, B., v: Kocbek, M. (redaktor), *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah,* Ljubljana, GV Založba, 2007, 2. knjiga, str. 297.

družbeno pogodbo na posebnem obrazcu iz prvega odstavka 474. člena ZGD-1, jo morajo podpisati na točki e-VEM, ki njihove podpise overi. Taka ureditev ponuja razlago, da se morajo predlagatelji oziroma ustanovitelji vpisa osebno oglasiti na točki e-VEM. Ob upoštevanju navedenih določil se je razvila tudi ustrezna praksa. Ker obravnavana tematika spada v pristojnost Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo, smo predlagali, da nam pošljejo svoja stališča oziroma pojasnila na izpostavljeno vprašanje. MGRT smo ponovno zaprosili za pojasnila (marec, 2016) in prejeli odgovor, da so preverili korespondenco na to temo. V dopisu takratnemu MPJU so zapisali, da menijo, da razlikovanje med notarji in točkami e-VEM pri ustanovitvi d.o.o. po pooblaščencu ne izhaja iz določb ZGD-1. Ob upoštevanju namena registracijskega postopka z uvedbo točk e-VEM in zgornje razlage trenutne ureditve je bilo prevladujoče stališče udeležencev Registrske šole 2016, da naj se obstoječa sodna praksa ne spreminja.

18. Skupnost lastnikov ima približno 500 članov. Lastniki bi radi brisali skupnost iz sodnega registra, je pa v Stanovanjskem zakonu določeno (82. člen SZ-1), da morajo sklep o likvidaciji skupnosti lastnikov sprejeti vsi člani, kar je glede na njihovo število težko doseči. Postavlja se vprašanje, kako tako pravno osebo izbrisati iz sodnega registra?

Odgovor: Stanovanjski zakon (v nadaljevanju besedila: SZ-1) v 82. členu določa postopek likvidacije, in sicer da lahko skupnost lastnikov preneha likvidacijo na podlagi sklepa, ki ga sprejmejo vsi člani skupnosti. Drugih določb v zvezi s tem načinom SZ-1 ne vsebuje. Tako bi moral biti predlogu za izbris »Skupnosti lastnikov« priložen še sklep vseh članov skupnosti o prenehanju »Skupnosti lastnikov«. Če člani ne morejo sprejeti takega sklepa (bodisi zaradi neodzivnosti nekaterih članov bodisi zaradi izrecnega nasprotovanja nekaterih članov), lahko razmerja urejajo v drugih (sodnih) postopkih.

19. Ali je kakšna novost pri vpisovanju predlogov v e-VEM?
Do zdaj je bilo v družbo, ki je že bila v postopku vlaganja predloga ali že oddanega predloga in v reševanju, nemogoče vnesti nov predlog (dokler se prva zadeva ni rešila). Imeli pa smo primer, ko je bila družba v postopku reševanja predloga (izbris 1. faza ZFPPIPP), dobili smo predlog za vpis zaznambe po uradni dolžnosti (izvršba) ter smo predlog lahko vnesli v e-VEM in zadevo tudi rešili oziroma izdali sklep (čeprav se je za isto družbo še vedno vodil postopek po ZFPPIPP (izdana je bila odredba)). (BLED FILM FESTIVAL d. o. o., MŠ 6343813000).

Odgovor: V postopku vlaganja predlogov ni nobenih novosti. Konec leta 2015 je bilo delo občasno moteno zaradi nadgradnje sistema e-VEM-PRS-GD, ker se je izvajalo testiranje novosti na podlagi 10.a člena ZGD-1. Z zaključkom testiranja in prehodom novih funkcionalnosti v produkcijsko okolje so bile odpravljene tudi navedene tehnične težave sistema.

20. II. odst. 50. člena ZGD-1 določa, da v nekaterih primerih sodišče v nepravdnem postopku imenuje poslovodjo. Sklepi o imenovanju poslovodje v skladu s 50. členom, ki smo jih prejeli v sodnem registru, niso vsebovali nobenega datuma, od kdaj naprej se direktor imenuje, vsebovali so le določbo, da se XY imenuje za direktorja družbe.

Vprašanje: Če sklep ne vsebuje datuma imenovanja zastopnika, s katerim datumom vpišemo začetek zastopanja, ali z dnem odločanja sodišča ali z dnem pravnomočnosti sklepa o imenovanju zastopnika? OŽ MB

Odgovor: Za sodno uveljavljanje zahtevka (npr. za imenovanje posebnega zastopnika iz 18. alineje prvega odstavka 50. člena ZGD-1) veljajo pravila nepravdnega postopka (52. člen ZGD-1). Pravila nepravdnega postopka ureja Zakon o nepravdnem postopku (v nadaljevanju besedila: ZNP).[52] Tako mora predlog vsebovati opis razmerja oziroma stanje, o katerem naj se sodišče odloči, dejstva, ki so pomembna za odločitev, dokaze za te navedbe in druge podatke, ki jih mora imeti vsaka vloga. Vendar gre pri nekaterih zadevah za specifičnost (vsebine) predloga, ki poleg opisa razmerja vsebuje tudi zahtevek o tem, kako naj sodišče odloči (npr. kadar bo predlagatelj zahteval imenovanje posebnega zastopnika, bo moral predlog obsegati tudi ustrezne podatke o zastopniku). Sodišče, ki odloča o zadevah na podlagi 50. člena ZGD-1, predlogu ugodi s sklepom, ki v izreku (v navedenem primeru) ne vsebuje datuma imenovanja posebnega zastopnika. Praviloma se kot datum imenovanja šteje datum pravnomočnosti sodne odločbe.

21. Sem referentka v sodnem registru v Celju. Glede na različno sodno prakso med sodišči (pogosto odstopanje tudi od zakonodaje) vas prosim za pomoč pri vprašanju, pri katerem ne vem, ali je moje stališče pravilno. Če je moje stališče napačno, ne bi želela teh napak ponavljati v prihodnje. V zvezi s konkretno zadevo, ki sem jo reševala in se nanaša na izvzem od zastopanja obeh družbenikov v d. n. o. in na imenovanje tretje osebe, ki ni družbenik, sem vpis zavrnila, notarka (Ljubljana) pa mi je sporočila, da je tako stališče očitno samo moje. Sama menim, da si 98. člen ZGD-1 pravilno razlagam in da je ta določba kogentne narave. Mogoče se le motim. Prilagam tudi sklep. Zaradi tega sta v zvezi s tem moji vprašanji naslednji:

1. Ali velja pogodbena svoboda v d. n. o. med družbeniki tudi v razmerju do tretjih v delu, ki se nanaša na zastopanje družbe, oziroma ali je 98. člen ZGD-1 kogentne narave?
2. Ali lahko postane zakoniti zastopnik d. n. o. tretja oseba, ki ni družbenik (oba družbenika se izvzameta od zastopanja)?

Odgovor: Pri zastopanju gre za razmerja navzven med družbo in tretjimi osebami. Za zastopanje družbe, ki je d. n. o., je upravičen vsak družbenik. Družbenik je lahko izvzet od zastopanja, kar mora biti določeno v družbeni pogodbi (prvi odstavek 98. člena ZGD-1). Zakon v istem členu daje podlago, da lahko le nekateri družbeniki (torej ne vsi) zastopajo družbo, vendar če gre za skupno zastopanje in je tako določeno v družbeni pogodbi. Družbeniki se lahko tudi dogovorijo, da zastopajo družbo skupno s prokuristom (ki je tretja oseba). Zakon ureja tudi možnost izvzetja družbenika od zastopanja (četrti odstavek 98. člena ZGD-1). Pri tem pa zakon ne določa izrecno omejitev glede izvzetja vseh družbenikov od zastopanja (npr. z omejitvijo, da mora biti vsaj en družbenik zastopnik, medtem ko se vsi drugi družbeniki lahko izvzamejo od zastopanja). Pri tem je treba ločiti zastopanje družbe od vodenja družbe (oblikovanja volje družbe). Zakonsko upravičenje poslovodje

52 Uradni list SRS, št. 30/86.

zastopati družbo je v zadevah, v katerih odločajo družbeniki, omejeno in vezano na predhodno odločitev družbenikov. Pri d. n. o. je vodenje poslov v izključni pristojnosti družbenikov (85. člen ZGD-1).

Iz komentarja pri 98. členu ZGD-1 izhaja, da velja za pravna razmerja družbenikov do tretjih oseb praviloma kogentnost zakonskih določb. Upravičenost družbenika do zastopanja naj bi bilo mogoče posameznemu družbeniku odvzeti le z družbeno pogodbo, če ni družbenik že po pogodbi izločen iz zastopstva.[53] Pri odvzemu upravičenja družbeniku do zastopanja gre za sodni postopek (99. člen ZGD-1). Za odvzem morajo preostali družbeniki dokazati obstoj pomembnih oziroma utemeljenih razlogov, podobnih kot pri izvzetju iz vodenja poslov (huda kršitev dolžnosti ali nesposobnost). Če obstajajo posebni razlogi, družbenik tudi ne more zastopati družbe. Tako je mogoča razlaga, da se vsi družbeniki ne morejo izločiti iz zastopstva (z enostransko izjavo volje), ker jim zakon take pravice ne podeljuje, in torej ne morejo upravičenja za zastopanje prenesti (samo) na tretjo osebo (poslovodjo, direktorja). Torej mora biti vsaj en družbenik poslovodja (direktor).

22. Kdaj se lahko pričakuje sprememba Sodnega reda v členih, ki govorijo o uradnih urah javne knjige sodnega registra? Zaradi elektronskega vpisnika in elektronskega dostopa do vseh podatkov na Ajpesu, je strank, ki pridejo osebno, zlasti v popoldanskem času (pon. in sre.) zelo malo oziroma jih skoraj ni. Dokler javne knjige niso delovale elektronsko, je bilo smiselno imeti uradne ure vsak dan. Odkar javne knjige poslujejo elektronsko, se je število strank močno zmanjšalo.

Odgovor: Pripravlja se novo besedilo Sodnega reda (v nadaljevanju besedila: SR). Namen sprememb je predvsem prilagoditev oziroma ureditev pravil, ki se nanašajo na elektronsko vodenje vpisnikov. Vrhovno sodišče RS je Ministrstvu za pravosodje konec marca 2016 predložilo spremenjeno XIII. poglavje, ki ureja vpisnike in pomožne knjige. Predlagane so bile tudi spremembe 51. člena SR glede poslovnega časa uradnih ur sodnega registra. Uradne ure naj bi bile v ponedeljek, sredo in petek od 9. do 12. ure, v ponedeljek in sredo pa tudi od 13. do 16. ure.

23. Predlog spremembe terminologije za tip zastopnika likvidator

Odgovor: ZGD-1 uporablja za osebo, odgovorno za vodenje likvidacijskega postopka, izraz likvidacijski upravitelj ali likvidacijsko podjetje (408. in 409. člen ZGD-1). Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register za tipe zastopnika pri redni (prostovoljni) likvidaciji uporablja izraz likvidator ali likvidacijski upravitelj (3. točka prvega odstavka 29. člena in 3. točka prvega odstavka 31. člena Uredbe). Ker poimenovanje tipa zastopnika bodisi likvidatorja bodisi likvidacijskega upravitelja ne vzbuja dvomov o tipu postopka oziroma obsegu nalog in odgovornosti take osebe, se sprememba terminologije za tip zastopnika »likvidator« za zdaj ne načrtuje.

53 Kocbek, prav tam, str. 521.

ZGD-1 IN 10.A ČLEN[1]

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1 UVOD

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I)[2] je Državni zbor RS sprejel 13. julija 2015 in je začel veljati 8. avgusta 2015. Novela ZGD-1I je bila pripravljena na podlagi poglobljenih analiz, ki segajo že v leto 2012.[3] Med pomembnimi cilji zakona je nadgraditi omejitev ustanavljanja gospodarskih družb subjektom z nepoštenimi praksami, to je z oblikami ustanavljanja družb »na zalogo« in »z veriženjem«. Omejitev ustanavljanja gospodarskih družb je uzakonjena v 10.a členu danes veljavnega besedila ZGD-1.

Razvoj instituta omejitve ustanavljanja, vodenja in nadzora gospodarskih družb sega že v ustavno sporno novelo ZGD-1 E,[4] ki je imela le dva člena (10.a in 10.b). Ta člena sta se nanašala na prepoved in omejitve ustanavljanja, vodenja in nadziranja družb s strani posameznikov članov organov vodenja in nadziranja družb, ki so sodelovali v teh vlogah v gospodarskih družbah, ki so prenehale delovati zaradi najrazličnejših postopkov insolventnosti ali prisilnega prenehanja. Z Odločbo Ustavnega sodišča RS z dne 25. aprila 2013 sta bila razveljavljena prvi do četrti odstavek in deloma sedmi odstavek 10.a in četrti odstavek 10.b člena ZGD-1.[5] V povezavi z navedeno odločbo Ustavnega sodišča RS je Državni zbor RS 26. septembra 2013 sprejel novelo ZGD-1H.[6] Z novelo ZGD-1H je zakonodajalec poskušal celovito urediti vprašanje, ki je ostalo še sporno po odločbi Ustavnega sodišča RS. S to novelo je bil 10.b člen v celoti črtan, 10.a člen, ki se je nanašal na omejitve ustanavljanja družb in podjetnikov ter pridobitev statusa družbenika, pa na novo urejen v sedmih odstavkih.

To področje je zdaj bistveno preurejeno v 10.a členu novele ZGD-1I v petnajstih odstavkih.

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice na Registrski šoli 2016, ki je v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju potekala 13. do 15. aprila 2016 v Portorožu.
2 Uradni list RS, št. 55/2015.
3 Kocbek, Prelič, str. 46.
4 Uradni list RS, št. 91/2011.
5 Odločba US RS, št. U-I-311/11-16, Uradni list RS, št. 44/13.
6 Uradni list RS, št. 82/2013.

2 OVIRE ZA USTANAVLJANJE DRUŽB IN PRIDOBITEV POLOŽAJA DRUŽBENIKA

2.1 Od novele ZGD-1E do novele ZGD-1I

2.1.1 ZGD-1E

Novela ZGD-1E je v 10.a in 10.b členu uzakonila ovire pri ustanavljanju, vodenju in nadzoru družb, normirala pa je tudi odvzem upravičenja za vodenje poslov in odpoklic člana nadzornega organa. Med razlogi, ki naj bi narekovali to ureditev, je bilo v obrazložitvi predloga novele ZGD-1E razloženo, da »naj bi bila ena izmed večjih praznin v pravnem redu Republike Slovenije ta, da posamezniki, ki so opravljali funkcijo poslovodstva ali nadzornega organa v gospodarski družbi oziroma so bili njeni ustanovitelji ali družbeniki, brez večjih omejitev lahko ustanovijo novo družbo ali opravljajo te funkcije v neomejenem številu že ustanovljenih družb. Kar pomeni, da je lahko ena oseba udeležena pri vodenju ali nadzoru večjega števila družb, ne glede na to, ali je bila udeležena pri upravljanju ali nadzoru enega ali več podjetij, nad katerimi je bil uveden postopek zaradi insolventnosti.«[7]

Zakonodajalec je želel preprečiti ustanavljanje, vodenje in nadziranje družb posameznikom, ki so imeli položaj družbenika, delničarja z deležem, večjim od 25 odstotkov, člana poslovodnega ali nadzornega organa družbe, nad katerim je bil začet insolvenčni postopek ali postopek za prisilno prenehanje, oziroma so imeli tak položaj v družbi v obdobju dveh let pred začetkom takih postopkov. Tem posameznikom je bilo treba preklicati vsa upravičenja za vodenje poslov, jim onemogočiti opravljanje nadzora in prepovedati uresničevanje glasovalnih pravic v vseh družbah, v katerih je tak posameznik imel položaj ustanovitelja, družbenika, delničarja, člana poslovodnega ali nadzornega organa družbe. Sankcija je učinkovala po samem zakonu. Posameznik je po pravilu o obrnjenem dokaznem bremenu v sodnem postopku smel dokazovati, da ni oziroma ni mogel vplivati na poslovanje družbe, nad katero je bil začet kateri od postopkov zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, oziroma da je ravnal z ustrezno skrbnostjo.

Navedene omejitve so veljale za ustanovitelja, družbenika, člana poslovodstva ali organa nadzora srednje oziroma majhne družbe, nad katerimi je bil začet eden izmed insolvenčnih postopkov ali postopkov za prisilno prenehanje, in so se smiselno uporabljale tudi za podjetnika (peti odstavek 10.a člena ZGD-1).

Ovira je veljala tudi za osebe, ki so izvrševale poslovodno ali nadzorno funkcijo v družbi, nad katero je bil začet kateri izmed navedenih postopkov, kadar koli v zadnjih dveh letih pred začetkom takega postopka (drugi odstavek 10.a člena ZGD-1). Ovira je prenehala veljati po desetih letih od zaključka postopka, zaradi začetka katerega je začela veljati, oziroma od dneva pravnomočne sodbe ali dane lažne izjave, ki je bila razlog za zakonsko sankcijo (sedmi odstavek 10.a člena ZGD-1).

7 Kocbek, Prelič, prav tam, str. 48.

Zakonska prepoved ustanavljanja in vodenja ter nadziranja gospodarskih družb je torej veljala že po samem zakonu, čim se je začel kateri od navedenih postopkov. Posameznik je lahko dokazoval svojo nedolžnost z zatrjevanjem, da je ravnal s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika (tretji odstavek 10.a člena ZGD-1).

Ukrep preklica upravičenja za vodenje poslov in odpoklica člana iz nadzornega organa je po uradni dolžnosti izreklo sodišče, ki je odločalo v insolvenčnem postopku ali postopku prisilnega prenehanja. Preklic oziroma odpoklic se je nanašal na vse družbe, v katerih je posameznik opravljal tako funkcijo, in je prenehal veljati po desetih letih od končanja tistega insolvenčnega postopka oziroma postopka za prisilno prenehanje, zaradi katerega je bil izrečen. Prepoved je prenehala veljati samo, če je taka oseba v nepravdnem postopku uspela dokazati, da je v družbi, nad katero je bil tak postopek začet, ravnala s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika (tretji odstavek 10.a člena ZGD-1).

Ob opisani zakonski ureditvi ovir za ustanavljanje družb, pridobivanje položaja družbenika, opravljanja poslovodstvenih in nadzornih funkcij v družbi ni treba izgubljati besed o tem, da je Ustavno sodišče RS v že navedeni odločbi ugotovilo delno neskladje 10.a in 10.b člena z Ustavo RS.

2.1.2 ZGD-1H

V noveli ZGD-1H, ki je bila sprejeta kot posledica navedene odločbe Ustavnega sodišča RS, so bile izpuščene ovire, ki so se nanašale na začete insolvenčne postopke oziroma postopke za prisilno prenehanje. To je pomenilo, da so bile zožene negativne predpostavke za ustanovitev družb ali samostojnega podjetnika. Ohranjene in razširjene so bile ovire iz šestega odstavka dotedanjega **10.a člena ZGD-1**. Po tej ureditvi **ustanovitelj, družbenik in podjetnik ni mogel postati, kdor je bil v Republiki Sloveniji pravnomočno obsojen na kazen zapora za kazniva dejanja zoper gospodarstvo, delovno razmerje in socialno varnost, pravni promet, premoženje, okolje, prostor in naravne dobrine**.

Enako je veljalo tudi za osebo, ki je bila **javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov ali seznamu neplačnikov na podlagi pravil o davčnem postopku ali ki je bila neposredno ali posredno z več kot 25-odstotnim deležem udeležena v kapitalu kapitalske družbe, javno objavljene na takem seznamu.**

V noveli ZGD-1H je bil urejen tudi okvir evidenc, ki so registru in notarjem omogočile elektronsko preverjanje, ali za vpis v sodni ali Poslovni register Slovenije obstaja ovira iz 10.a člena ZGD-1. Nova ureditev je naložila oziroma omogočila samodejno preverjanje dejstev, povezanih z omejitvami, v okviru sistema e-VEM oziroma povezljivost in vzajemno izmenjavo podatkov med relevantnimi registri. Informacijska platforma je bila pomemben korak pri normativnem urejanju preprečevanja zlorab pri ustanavljanju podjetij, predvsem pa je pomemben sistemski premik pri izvajanju tovrstnih varovalk, saj informacijske rešitve omogočajo njihovo samodejno izvajanje in postajajo pomemben element krepitve pravne varnosti, odprave administrativnih

ovir, poenostavljanja poslovnega okolja, razbremenitve javnih organov in registrov ter krepitve zaupanja v učinkovitost delovanja gospodarskega sistema.[8]

Glede sodnega preklica pooblastil za vodenje ali nadzor v drugih družbah je bila ureditev iz 10.b člena odpravljena v celoti.

2.2 Novela ZGD-1I

2.1 Splošne ovire – veljajo za vse pravnoorganizacijske oblike družb

Po oceni zakonodajalca je bil sicer »**vzorčen model ureditve**« iz 10.a člena ZGD-1 še vedno nezadosten,[9] ker naj bi se še pojavljali **številni primeri nepoštene poslovne prakse gospodarskih družb v zvezi z neplačevanjem plačil iz dela in zlorabo v zvezi z ustanavljanjem družb**. Zato se je zakonodajalec odločil še nadgraditi takratno ureditev 10.a člena ZGD-1. Od leta 2008 je bilo namreč ugotovljenih zelo veliko kršitev v zvezi s plačilom za delo, nastalih v povezavi z ustanavljanjem in prenehanjem gospodarskih družb.[10]

Popolna novost v noveli ZGD-1I so določbe, ki otežujejo veriženje družb, kot bo pojasnjeno pri omejitvah ustanavljanja družb z omejeno odgovornostjo na zalogo, ter s tem povezane nepoštene poslovne prakse izigravanja upnikov, zaposlenih in države. **Ovire** kot negativne procesne predpostavke za ustanavljanje oziroma pridobivanje korporacijskega položaja družbenika so urejene **dvodelno**. Ovire, določene v novem **prvem odstavku 10.a** člena ZGD-1, **so splošne in veljajo za vse pravnoorganizacijske oblike**.

Statusa **ustanovitelja, družbenika ali podjetnika** ne more pridobiti, kdor:

1. je bil **pravnomočno obsojen na kazen zapora za kaznivo dejanje zoper gospodarstvo, zoper delovno razmerje in socialno varnost, zoper pravni promet, zoper premoženje, zoper okolje, prostor in naravne dobrine ter je vpisan v kazensko evidenco ministrstva, pristojnega za pravosodje**.

Ovira iz te točke *preneha po petih letih od pravnomočnosti sodbe oziroma prej, če je sodba iz kazenske evidence izbrisana prej* (šesti odstavek 10.a člena ZGD-1).

Obstoj te ovire **preverjajo registrska sodišča in notarji po uradni dolžnosti** v ustreznih evidencah *Ministrstva za pravosodje, Inšpektorata Republike Slovenije za delo oziroma Finančne uprave RS* (deseti odstavek 10.a člena ZGD-1). To storijo z zahtevo v elektronski obliki v kazenski evidenci Ministrstva za pravosodje, v evidenci Inšpektorata RS za delo in v evidenci Finančne uprave RS. Elektronsko poslovanje pristojnih državnih organov omogoča hitro in učinkovito kontrolo z vpogledom v evidence. Ocenjuje se, da se samo zaradi teh omejitev ne bo podaljšal potreben čas za registracijo novoustanovljenih družb in podjetnikov.

8 Plavšak, str. 165.

9 Bratina, str. 1083. Slovenija je v mednarodni raziskavi Doing Business najbolj napredovala prav na področju »enostavnosti ustanavljanja podjetij«, saj je v primerjavi z letom 2007 v letu 2014 napredovala za kar 86 mest, in je na zavidljivem 14. mestu.

10 Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1I), druga obravnava, EPA 475-VII, št. 310-01/15-2, str. 14.

2. je bil v obdobju **zadnjih 12 mesecev javno objavljen na seznamu nepredlagateljev obračunov ali je javno objavljen na seznamu neplačnikov na podlagi pravil o davčnem postopku**.

3. je bil **neposredno ali posredno z več kot 25-odstotnim deležem udeležen v kapitalu kapitalske družbe, ki je bila v obdobju zadnjih 12 mesecev javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov na podlagi pravil o davčnem postopku ali je javno objavljena na seznamu neplačnikov**.

Navedene omejitve se torej nanašajo na ustanovitelje, družbenike in podjetnike. Izraz **ustanovitelj ZGD-1** uporablja za fizične in pravne osebe, ki sodelujejo pri ustanavljanju gospodarskih družb ali gospodarskega interesnega združenja (peti odstavek 3. člena ZGD-1). Izraz **družbenik** se uporablja za *vse osebe, ki so (že) imetnice deleža* v posameznih gospodarskih družbah, razen v delniški družbi, kjer je imetnik delnice delničar. Po gramatikalni razlagi se *omejitve ne nanašajo na pridobivanje delnic*.[11]

Taka pridobitev članstva v družbi bi bila **protizakonita in kot taka nična**.[12]

Zastavlja se vprašanje, ali omejitev posega v že obstoječa pravna stanja in kaj se zgodi, če je oseba, ki je že ustanovitelj, družbenik ali podjetnik, pravnomočno obsojena na kazen zapora za kazniva dejanja, določena v 10.a členu zakona. Na prvi pogled je besedna zveza po 10.a členu jasna in se besedilo »**ne more postati oseba …« lahko nanaša le na pridobitev položaja ustanovitelja, družbenika ali podjetnika**.[13] Slednja besedna razlaga 10.a člena ZGD-1 pomeni, da omejitev, če bo ustanovitelj, družbenik ali podjetnik pravnomočno obsojen za kazniva dejanja, določena v 10.a členu ZGD-1, zanj ne bo veljala.

Po vsebini sta si oviri, določeni v 2. in 3. točki prvega odstavka 10.a člena ZGD-1, podobni glede časovnega trenutka prenehanja ovire.

Oviri prenehata *s potekom 12 mesecev oziroma ko dolžnik plača davek oziroma odda obračun ter ko davčni organ izda potrdilo, da oseba nima zapadlih neplačanih davčnih obveznosti ter je izpolnila vse obveznosti v zvezi s predložitvijo obračuna odtegljaja za izplačilo plače in nadomestila plače. Potrdilo ne sme biti starejše od dneva objave zadnjega seznama iz 2. in 3. točke prvega odstavka 10.a člena. Ne glede na dan objave zadnjega seznama potrdilo ne sme biti starejše od 15 dni* (deveti odstavek 10.a člena ZGD-1).

Oviri po 2. in 3. točki se **samodejno preverita v informacijskem sistemu e-VEM pred oddajo vloge za vpis v sodni ali Poslovni register Slovenije z neposredno elektronsko izmenjavo med pristojnimi organi** (enajsti odstavek 10.a člena ZGD-1).[14]

11 Bratina, prav tam, str. 1087, in enako Plavšak, prav tam, str. 166.
12 Več glej Plavšak, prav tam, str. 166.
13 Bratina, prav tam, str. 1087, opozarja, da se v stroki sicer razlikuje med pravo in nepravo retroaktivnostjo; neprava retroaktivnost bi pomenila, da obsojene osebe vnaprej ne morejo ostati ustanovitelji, družbeniki ali poslovodje.
14 Prelič, prav tam, str. 1116. Kritizirana je nedoslednost zakonodajalca pri pojmu »vloga za vpis«, ker se

Če so podane ovire zaradi nepredlaganja obračunov ali neplačevanja davkov, točka e-VEM ali notar stranko seznanita z oviro in jo napotita na Finančno upravo RS, da zapadle neplačane davčne obveznosti poravna oziroma da odda davčni obračun (dvanajsti odstavek 10. člena ZGD-1).

Centralna klirinško depotna družba in Ajpes si zaradi učinkovitega izvajanja omejitev iz 2. in 3. točke prvega odstavka 10.a člena **dnevno izmenjujeta podatke** Poslovnega registra Slovenije in centralnega registra nematerializiranih vrednostnih papirjev (trinajsti odstavek 10.a člena).

Omejitev iz 3. točke ne velja *za banke, zavarovalnice, družbe za upravljanje, Republiko Slovenijo, Družbo za upravljanje terjatev bank, Slovenski državni holding, Kapitalsko družbo pokojninskega in invalidskega zavarovanja, Družbo za svetovanje in upravljanje*, ker bi bili s tem prizadeti njihovi interesi. Omejitev ne velja tudi za vse družbe, ki so delež v kapitalskih družbah pridobile (»neprostovoljno«) v finančnem prestrukturiranju kapitalske družbe, na katero se delež nanaša (drugi odstavek 10.a člena ZGD-1).

4. **je bil v zadnjih treh letih s pravnomočno odločbo Inšpektorata RS za delo oziroma Finančne uprave RS najmanj dvakrat kaznovan z globo za prekršek v zvezi s plačilom za delo oziroma prekršek v zvezi z zaposlovanjem na črno.**

Enako kot obstoj ovire po 1. točki tudi obstoj te ovire preverjajo **registrski organi in notarji po uradni dolžnosti** v ustreznih evidencah Ministrstva za pravosodje, Inšpektorata Republike Slovenije za delo oziroma Finančne uprave RS (deseti odstavek 10.a člena ZGD-1).

Ovira **preneha veljati v treh letih od dneva pravnomočnosti odločbe oziroma sodbe, zaradi katere je nastopila** (sedmi odstavek 10.a člena ZGD-1).

5. **je bil neposredno z več kot 50-odstotnim deležem udeležen v kapitalu družbe z omejeno odgovornostjo, ki je bila izbrisana iz sodnega registra brez likvidacije po Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju** (ZFPPIPP).[15]

Prvotno je bil rok omejen na šest mesecev. Prevladalo je stališče, da mora biti trajanje te ovire omejeno na eno leto od datuma izbrisa družbe iz registra (osmi odstavek 10.a člena ZGD-1).

Namen nove ureditve je onemogočiti ustanovitev novih družb osebam, ki niso izkazale ustrezne skrbnosti pri poslovanju in katerih družbe so bile izbrisane iz registra po uradni dolžnosti na podlagi določb sedmega poglavja ZFPPIPP. Teorija

po 9. členu Zakona o sodnem registru (ZSReg, Uradni list RS, št. 13/94, 31/00 – ZP-L, 91/05, 114/05 – uradno prečiščeno besedilo, 42/06 – ZGD-1, 33/07, 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H in 17/15) postopek za vpis začne z vložitvijo predloga.

15 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, 63/13 – uradno prečiščeno besedilo, 100/13, 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 10/15 – popr. in 27/16).

kritizira neprepričljivost ureditve, zakaj se omejitev v 5. točki nanaša le na družbe z omejeno odgovornostjo in ne tudi na druge družbe.[16]

Enako kot oviri iz 2. in 3. točke se tudi ovira iz 5. točke **samodejno preveri** v informacijskem sistemu e-VEM (enajsti odstavek 10.a člena ZGD-1).[17]

2.2 Posebne ovire pri ustanavljanju in pridobivanju poslovnih deležev v družbi z omejeno odgovornostjo (d. o. o.)

Najprej je treba poudariti, da vse splošne omejitve, določene v prvem odstavku 10.a člena ZGD-1, veljajo tudi za ustanovitelje in družbenike v družbi z omejeno odgovornostjo.

Posebno pravilo, ki velja le za ustanovitelje oziroma imetnike poslovnih deležev v d. o. o., pa **posamezniku prepoveduje, da ustanovi novo d. o. o. oziroma pridobi poslovni delež v že ustanovljeni d. o. o., ki je v zadnjih treh mesecih že ustanovil d. o. o. ali je v družbi, ki ni starejša od treh mesecev, pridobil poslovni delež** (tretji odstavek 10.a člena ZGD-1).

Smisel navedenega pravila je, da pravna ali fizična oseba ne sme v obdobju treh mesecev ustanoviti ali pridobiti poslovnega deleža v družbi, od ustanovitve katere še niso minili trije meseci. Predlagatelj je to pravilo označil kot »**ena na tri mesece**«.[18]

Tudi ta ureditev je v teoriji kritizirana, saj opozarja na ozko usmerjenost zakonske določbe, ki je pravnosistemsko zelo problematična, saj se postavi vprašanje enakega pravnega obravnavanja enakih dejanskih stanj.[19] To tezo dokazuje določba četrtega odstavka 10.a člena, ki **omejuje uporabo tretjega odstavka 10.a člena za srednje in velike družbe, za primer dedovanja in za vse osebe, navedene v drugem odstavku 10.a člena ZGD-1.** V nadaljevanju je pojasnjeno, katere so formalne in vsebinske izjeme od postavljenega pravila.

V teoriji je kritizirana nomotehnična ubeseditev pojma »ni starejša od treh mesecev«, ker je bolj lastna biološkim bitjem. Hkrati teorija tudi opozarja na nejasnost v delu, ki se nanaša na pridobitev poslovnega deleža, ki bi lahko zmotno pripeljalo do razlage, da nekdo, ki je pridobil poslovni delež v družbi, ki ni starejša od treh mesecev, ne sme pridobiti deleža v kateri koli drugi družbi (d. o. o.), ne glede na to, da je od ustanovitve take družbe minilo že več let. Zato se je treba zavzeti za čim bolj ozko razlago.[20]

16 Bratina, prav tam, str. 1088. Izbris iz sodnega registra brez likvidacije sicer natančneje določa 7. poglavje ZFPPIPP (424.–444. a člen) in velja za pravno osebo, ki je subjekt vpisa v sodni register, razen če zakon za posamezno pravnoorganizacijsko obliko določa, da se ne more izbrisati iz sodnega registra brez likvidacije.

17 Informacijski sistem e-VEM in izmenjavo podatkov podrobneje urejajo 1. b do 1. č člen ZSReg.

18 Kocbek, Prelič, prav tam, str. 162.

19 Bratina, prav tam, str. 1088.

20 Prav tam, str. 162.

2.2.1 Formalne izjeme od postavljenega pravila

Prepoved **ne velja**, če je poslovni delež v družbi, ki ni starejša od treh mesecev, pridobljen z **dedovanjem**. Našteti so taksativno, kar pomeni, da gre za zaprt krog poslovnih subjektov, za katere **prepoved tudi ne velja**. To so:

1. banke in zavarovalnice;
2. družba za upravljanje terjatev bank;
3. srednje in velike družbe, kot izhaja iz Poslovnega registra Slovenije (četrti odstavek 10.a člena ZGD-1).

To pomeni, da **prepoved velja za fizične osebe ter mikro in male** *(zakonsko besedilo je majhne)* **družbe**.

2.2.2 Vsebinske izjeme od postavljenega pravila

Prepoved pridobitve poslovnega deleža v navedeni družbi **ne velja za poslovno aktivne družbe**. Kot poslovno aktivna družba **se šteje** tista družba, ki:

1. *ima odprt transakcijski račun;*
2. *v obdobju zadnjih 12 mesecev ni bila javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov po pravilih davčnega postopka;*
3. *nima neporavnanih obveznosti iz naslova obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti, ki jih izterjuje Finančna uprava RS, v obsegu, ki presega 50 evrov;*
4. *ima neprekinjeno vsaj en mesec zaposleno osebo ali obvezno zavarovanega družbenika v skladu z zakonom, ki ureja zdravstveno zavarovanje, za najmanj polovični delovni čas* (peti odstavek 10.a člena ZGD-1).

Pri tem se zastavlja vprašanje jasnosti vsebine 2. točke, ker d. o. o., ki ni starejša od treh mesecev, ne more kršiti pravil davčnega postopka le v tem obdobju in nikakor ne v obdobju 12 mesecev. Zato bi bilo treba pri sestavi naslednje novele to nejasnost odpraviti in določiti obdobje treh mesecev, v katerem (novoustanovljena) družba ni bila javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov po pravilih davčnega postopka.[21]

Teorija ocenjuje določbo 3. točke petega odstavka 10.a člena nomotehnično kot popolnoma neprimerno, saj je zelo kazuistična in popolnoma nesistemska. Takih pravnih norm druge korporacijske zakonodaje nimajo.[22]

Omejitev iz tretjega odstavka 10.a člena in izpolnjevanje pogojev iz petega odstavka 10.a člena ZGD-1 se samodejno preverita v informacijskem sistemu e-VEM, in sicer še pred oddajo predloga za vpis v sodni ali Poslovni register Slovenije. Elektronska izmenjava podatkov poteka med:

1. Poslovnim registrom Slovenije, Finančno upravo RS in informacijskim sistemom e-VEM;

21 Seznam se sicer objavlja enkrat mesečno (http://seznami.gov.si/DURS/main_nepredlagatelji.html).
22 Bratina, prav tam, str. 1089.

2. Ajpesom in informacijskim sistemom e-VEM;
3. Zavodom za zdravstveno zavarovanje Republike Slovenije in informacijskim sistemom e-VEM (enajsti odstavek 10.a člena ZGD-1).

Če so navedene *(bistvo stavka je obstoj okoliščin. Zato beseda navedene spremeni pomen)* **okoliščine, ki predstavljajo omejitev iz tretjega, četrtega in petega odstavka 10.a člena, informacijski sistem e-VEM onemogoči oddajo predloga za vpis** v sodni ali Poslovni register Slovenije.

3 SKLEP

Glavni strokovni očitek določilom 10.a člena je, da se nomotehnično določba oddaljuje od splošne abstraktne pravne norme, primerne in značilne za sistemski zakon, kot je ZGD-1. Taka pravna norma spada le v kakšen podzakonski akt in ne v ZGD-1. Take ali podobne zakonske norme ne najdemo v nobeni primerljivi korporacijski zakonodaji.[23] Očitno bo vsebina 10.a člen še večkrat razburkala strokovno javnost, kot je bila že deležna kritičnega prispevka tudi iz odvetniških vrst.[24]

Zakonodajalec je želel vnaprej preprečiti ustanavljanje mreže prepletenih podjetij, v kateri prihaja do hudih kršitev delovnopravne in davčne zakonodaje.[25] Ali mu je to uspelo s sprejeto, ali s kakšno izboljšano ureditvijo, to pa bo pokazal čas.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Bratina, B. Nova ureditev omejitve ustanavljanja družb in podjetnikov, pridobitev statusa družbenika ter prenehanje gospodarskih družb. *Podjetje in delo,* 6–7/2015/XLI, str. 1082–1090.
- Kocbek, M., in Prelič, S. *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) z novelo ZGD-1I*. Ljubljana: GV Založba, 2015.
- Plavšak, N. *Veliki komentar ZGD-1*, 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2014.
- Prelič, S. Novelirani pravni instituti pri podjetnikih, osebnih družbah in družbah z omejeno odgovornostjo. *Podjetje in delo,* 6–7/2015/XLI, str. 1107–1119.
- Varanelli, L. Ko se namesto otroka rodi starec. *Pravna praksa*, 2016, leto 35/1227, št. 5, uvodnik, str. 3.
- Košak, K. Sužnji v moji deželi. Slika vzporednega sveta, v katerem živijo tuji delavci, *Mladina*, 25. marec 2016, str. 32–36.

23 Bratina, prav tam, str. 1090.

24 Varanelli, str. 3. Gospodarski kriminal se ne prepreči s sprejetjem preventivnih ukrepov, ki jih je prepogosto in preprosto mogoče obiti, temveč z učinkovitejšo, odločnejšo in prodornejšo kaznovalno politiko, ki bi z zapornimi kaznimi in učinkovitimi civilnopravnimi ukrepi sleparjem in raznovrstnim gospodarskim kriminalcem dejansko preprečila, da bi nadaljevali svojo »poslovno dejavnost«.

25 Košak, str. 32–36.

POSEBNOSTI NOTARSKEGA DELA PRI REŠEVANJU VLOG V SODNEM REGISTRU

Marjana Tičar Bešter
notarka v Škofji Loki
predsednica Notarske zbornice Slovenije 2008–2015

1 DEFINICIJA

Geslo evropskih notarjev je: **»Notarji Evrope – zagotavljamo pravno varnost.«** V Republiki Sloveniji je notariat ustavna kategorija – po 137. členu Ustave Republike Slovenije[1] je opredeljen kot javna služba, ki jo ureja zakon.

Zakon o notariatu (ZN)[2] notariat opredeljuje kot javno službo, katere delovno področje in pooblastila določa zakon, notarja pa kot osebo javnega zaupanja, ki po določbah zakona sestavlja javne listine o pravnih poslih, izjavah volje oziroma dejstvih, iz katerih izvirajo pravice, prevzema v hrambo listine, denar in vrednostne papirje za izročitev tretjim osebam ali državnim organom, opravlja vse oblike alternativnega reševanja sporov, izvaja po nalogu sodišč opravila, ki se mu lahko odstopijo po zakonu, in izvaja druga opravila, za katera ga pooblašča zakon, sme pa na zahtevo strank sestavljati tudi zasebne listine ter stranke kot pooblaščenec zastopati pred sodišči v nepravdnih zadevah in nespornih stvareh pred drugimi državnimi organi, če gre za zadeve, ki so v neposredni zvezi s kakšno notarsko listino, sestavljeno pri njem.

Notar je torej oseba javnega zaupanja, njegove glavne lastnosti so in morajo biti vestnost, poštenost in nepristranskost, kar določa že ZN. Kodeks notarske poklicne etike je zapis načel in pravil, po katerih naj se ravnajo notarji pri opravljanju svojega poklica, da bi s takim ravnanjem in vedenjem zagotavljali ugled notarskega poklica in javno zaupanje vanj. Notar mora kot pravni strokovnjak delovati nepristransko in objektivno ter pri svojem delu paziti na pravice in obveznosti obeh (vseh) pogodbenih strank. Četudi notarsko storitev pri notarju začne ali naroči zgolj ena stranka, notar ne sme slediti samo željam te stranke; pred podpisom kakršne koli listine mora opozoriti na pravice, obveznosti in odgovornosti ne samo naročnika notarske storitve, pač pa tudi drugo pogodbeno stranko. Namen tega je, da listino, ki jo sestavi notar, stranke podpišejo popolnoma prostovoljno, zavedajoč se tudi vseh pravnih posledic, ki za eno ali drugo stranko lahko nastopijo v primeru nastanka določenih okoliščin ali morebitne kršitve pogodbe. Neodvisnost notarja se kaže v tem, da notar opravlja svoje delo skladno z veljavno zakonodajo, pri delu ni pristranski in nudi pravno varnost vsem udeležencem, je pa tudi dovolj finančno neodvisen, da storitev odkloni, če niso podani zakonski pogoji za sklenitev

1 Uradni list RS/I, št. 33/91, Uradni list RS, št. 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68 in 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143 in 47/13.

2 Uradni list RS, št. 13/94, 48/94, 82/94, 41/95 – odl. US, 83/01 – OZ, 73/04, 98/05, 17/06 – ZIZ-C, 115/06, 33/07 – ZSReg-B, 45/08 in 91/13.

določenega pravnega posla (saj je z notariatom nezdružljivo vsako pridobitno udejstvovanje).

2 DEJAVNOSTI NOTARJA

Notar sestavlja javne listine, lahko pa tudi zasebne. Med notarske listine sodijo notarski zapisi, notarski zapisniki in notarska potrdila. Dejavnosti oziroma storitve notarja bi v grobem lahko razdelili na tri dele:

1. prvi del je **sestavljanje vseh vrst listin,** torej pogodb, lahko pa tudi enostranskih pravnih poslov, s katerimi se urejajo zlasti premoženjska razmerja (v teh primerih notar izda notarski zapis);
2. drugi del notarske dejavnosti je namenjen **potrjevanju dejstev in izjav** (v teh primerih notar izda notarski zapisnik ali notarsko potrdilo);
3. tretji del je sicer povezan s prejšnjima, pa vendar bi ga lahko izpostavili kot samostojnega: to so **notarske hrambe** listin, denarja, vrednostnih papirjev (na teh področjih notar izdaja notarska potrdila in notarske zapisnike).

Z vidika sodnega registra sta pomembna tako prvi kot drugi del, tretji – hrambe – pa se na področju sodnega registra uporablja manj in ga posebej ne bom obravnavala. Na področju sodnega registra je pomembno še **zastopanje notarja kot pooblaščenca strank v nepravdnih postopkih** na sodiščih ali nespornih zadevah pred drugimi državnimi organi – to je pravzaprav samo nadaljevanje prvega ali drugega dela, saj sme notar tako delo opraviti le, če je v neposredni zvezi s kakšno notarsko listino oziroma če izvaja opravila, za katera ga pooblašča zakon.

3 SESTAVLJANJE IN POTRJEVANJE LISTIN

Notar lahko sestavlja listine, lahko pa samo potrdi v notarskem zapisu listine, ki so jih stranke že sestavile. Za nekatere pogodbe je zaradi zagotavljanja pravne varnosti že zakonodajalec določil, da morajo biti sklenjene v obliki notarskega zapisa, tako na civilnem kot gospodarskem področju. V nadaljevanju izpostavljam samo tiste, ki so neposredno povezane s sodnim registrom.
Po ZN:

- pogodbe o urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema ali zunajzakonskima partnerjema,
- pogodbe o razpolaganju s premoženjem oseb, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost.

Po Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1):[3]

- družbene pogodbe o ustanovitvi družbe z omejeno odgovornostjo (če niso v okviru sistema e-VEM sklenjene na predpisanem obrazcu),

3 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 in 55/15.

- pogodbe o odsvojitvi poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo,
- pogodbe v zvezi s statusnimi spremembami kapitalskih družb (pripojitve, spojitve in podobno),
- izjave o prevzemu vložka povečanega osnovnega kapitala v družbah z omejeno odgovornostjo,
- pogodbe o zastavi poslovnih deležev v družbah z omejeno odgovornostjo.

Značilnost javne listine je, da ima posebno dokazno moč – listina potrjuje resničnost tistega, kar se v listini potrjuje ali določa (prvi odstavek 224. člena Zakona o pravdnem postopku – ZPP).[4] Gre za **domnevo o resničnosti vsebine javne listine.** Dovoljeno pa je dokazovati nasprotno – da so v javni listini dejstva neresnično ugotovljena ali da je sama listina nepravilno sestavljena (tretji odstavek 230. člena ZPP).

In prav tu se pokaže ključna vloga notarja. Notar mora kot pravni strokovnjak delovati nepristransko in objektivno ter pri svojem delu paziti na pravice in obveznosti obeh (vseh) pogodbenih strank.

V ta namen je v ZN dokaj strogo opredeljen **postopek sestavljanja notarskega zapisa** oziroma pri tem veljajo naslednja obvezna pravila:

- istočasna navzočnost vseh pogodbenih strank in notarja (*unitas actus*);
- pri določenih poslih prisotnost drugega notarja ali dveh zapisnih prič – gre za dve polnoletni poslovno sposobni osebi, ki obvladata uradni jezik; priči ali drugi notar morajo biti navzoči najpozneje takrat, ko se notarski zapis bere in podpisuje; zgolj v izjemnih primerih se priči lahko odstranita za čas, ko se notarski zapis bere;
- prisotnost sodnega tolmača, če posamezni udeleženec ne obvlada uradnega jezika;
- notarjeva pojasnilna dolžnost – po 42. členu ZN mora notar pred sestavo notarske listine strankam na razumljiv način opisati vsebino in pravne posledice nameravanega pravnega posla ali izjave volje ter jih izrecno opozoriti na znana in običajna tveganja v zvezi s sklenitvijo takšnega pravnega posla ali izjave volje ter jih odvračati od nejasnih, nerazumljivih ali dvoumnih izjav ter jih izrecno opozoriti na možne pravne posledice takšnih izjav;
- upoštevanje 43. člena ZN, po katerem je notar dolžan stranke pozvati, da predložijo morebitne listine, ki predstavljajo del celovitega pravnega posla ali več pravnih poslov med istimi strankami, ki zasledujejo enak poslovni namen kot pravni posel, ki bi bil zapisan v notarskem zapisu, ali so z njim v drugačni pravni povezavi (povezani pravni posli); če stranke takšne listine predložijo, jih mora notar opozoriti tudi na pravne posledice tako povezanih poslov in listine tudi priložiti notarskemu zapisu; če stranke zavrnejo predložitev takih listin, mora notar notarsko storitev odkloniti;
- vsebina notarskega zapisa:
  - notarjevi podatki,

4 Uradni list RS, št. 26/99, 96/02, 110/02 – ZDT-B, 58/03 – odl. US, 2/04 – ZDSS-1, 69/05 – odl. US, 90/05 – odl. US, 43/06 – odl. US, 52/07, 45/08 – ZArbit, 111/08 – odl. US, 121/08 – skl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 76/12 – popr., 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 6/14, 10/14 – odl. US, 48/14 in 48/15 odl. US.

- kraj, datum in ura podpisa,
- pri vsaki stranki oziroma drugem udeležencu mora poleg njegovih osebnih podatkov, kot so rojstni podatki, enotna matična številka občana (v primeru listin, namenjenih sodnemu registru, na listinah EMŠA ni), naslov stalnega prebivališča, navesti tudi način ugotovitve strankine istovetnosti (osebni dokument državnega organa – na primer osebna izkaznica, potni list, vozniško dovoljenje; če stranka dokumenta nima, lahko njeno istovetnost potrdita dve polnoletni priči, seveda pa lahko notar osebo osebno pozna),
- vsebina pravnega posla,
- navedba morebitnih pooblastil ali prilog,
- navedba, da je notar udeležencem notarski zapis prebral in so ga udeleženci odobrili,
- z zakonom je predpisana obličnost notarskega zapisa: podatki, ki jih mora zapis vsebovati, številčne oznake (razen členov zakonov ali zemljiškoknjižnih oznak nepremičnine) morajo biti izpisane z besedo, prazna mesta v notarskem zapisu morajo biti izpolnjena s črtami (da pozneje ni mogoče ničesar dopisati oziroma popraviti),
- stranke parafirajo vsako stran notarskega zapisa in jo na koncu tudi podpišejo, podpiše in žigosa jo tudi notar.

Notarski zapis z vsemi navedenimi značilnostmi je javna listina. **Dodatna značilnost in hkrati prednost, ki jo lahko ima notarski zapis, pa je njegova neposredna izvršljivost.** Po 4. členu ZN je notarski zapis, v katerem je določena obveznost nekaj dati, storiti, opustiti ali trpeti, glede katere je dovoljena poravnava, izvršilni naslov, če zavezanec soglasje za njegovo neposredno izvršljivost izjavi v istem ali posebnem notarskem zapisu in če je terjatev zapadla. Stranke se s sklenitvijo izvršljivega notarskega zapisa izognejo dolgotrajnemu pravdanju in pridejo do uresničitve oziroma izpolnitve svoje terjatve do tretje osebe občutno hitreje brez dolgotrajnega pravdanja. Neposredna izvršljivost notarskega zapisa je pri listinah, namenjenih za vpis v sodni register oziroma povezanih z njim, pomembna zlasti pri pogodbah o prenosu oziroma prodaji poslovnih deležev. Prodajalci oziroma odsvojitelji poslovnega deleža ne želijo ovirati vpisa poslovnega deleža na kupca oziroma pridobitelja v sodnem registru in se ta izvrši takoj po podpisu pogodbe, kljub vsemu pa želijo določeno zavarovanje, da bodo kupnino res dobili. To jim omogoča izvršljiv notarski zapis – če do roka, določenega v pogodbi, kupnine ne dobijo, lahko takoj po zapadlosti terjatve vložijo predlog za izvršbo na pristojno izvršilno sodišče in, kot že zapisano, po hitrem postopku pridejo do svojega denarja.

Posebno pozornost pri sestavi notarskih zapisov notar nameni statusu strank.

3.1 Pravni posel med zakoncema ali zunajzakonskima partnerjema

Če gre za pravni posel med zakoncema ali zunajzakonskima partnerjema, mora biti ta obvezno v notarskem zapisu (47. člen ZN). Notar tudi na izrecno zahtevo strank ne sme overiti podpisov na tistih zasebnih listinah, za katere je predpisano, da morajo biti sklenjene v obliki notarskega zapisa. Večina pogodb na področju sodnega registra oziroma gospodarskega prava mora biti že sicer po Zakonu o gospodarskih družbah v notarskem zapisu, v praksi pa težave povzroča sistem

e-VEM (torej »vse na enem mestu«). ZGD-1 v 474. členu omogoča, da je družbena pogodba (poleg notarskega zapisa) lahko sklenjena tudi na posebnem obrazcu, v fizični ali elektronski obliki, pri čemer morajo biti podpisi vseh družbenikov overjeni. Na točkah e-VEM pa običajno niso pozorni na to in dogaja se, da družbeno pogodbo na obrazcu e-VEM skleneta zakonca ali zunajzakonska partnerja; tak pravni posel je po 48. členu ZN ničen in sklenitev v taki obliki lahko pozneje privede do pravdnih postopkov. Osebno menim, da mora registrsko sodišče na ničnost paziti po uradni dolžnosti in bi ob sumu, da sta posel sklenila zakonca (v primeru zunajzakonske skupnosti seveda dokazil ni) in je družbena pogodba sodišču predložena na obrazcu e-VEM, med postopkom vpisa to dejstvo moralo preveriti ter v primeru ugotovitve zakonske skupnosti med strankama predlog iz tega razloga tudi zavrniti.

3.2 Pravni posli mladoletnih oseb, oseb s podaljšano roditeljsko pravico oziroma oseb, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost

Če gre za odsvojitev (prenos poslovnega deleža v d. o. o.) ali obremenitev (zastava poslovnega deleža v d. o. o.) premoženja mladoletne osebe, osebe, ki ji je podaljšana roditeljska pravica, ali osebe, ki ni več zmožna sama razpolagati s svojim premoženjem ali ji je odvzeta poslovna sposobnost, pogodbo v imenu take osebe podpišejo starši oziroma s sodno odločbo ali odločbo centra za socialno delo imenovani skrbnik oziroma skrbnik za posebni primer. Dodatni pogoj, ki velja po ZN, je, da mora biti pogodba o razpolaganju s premoženjem oseb, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost, sklenjena v obliki notarskega zapisa (sicer je nična). Vse v tem odstavku navedene pravne posle mora po podpisu odobriti še Center za socialno delo. Pravnomočna odločba o podaljšanju roditeljske pravice, pravnomočna odločba o postavitvi skrbnika in pravnomočna odločba o odobritvi pravnega posla morajo biti priložene notarskemu zapisu.

3.3 Sklepanje pravnih poslov po zastopniku in pooblaščencu

Osnovna zakonska pravila o zastopanju so zapisana v Obligacijskem zakoniku (OZ).[5]

Zastopnik je oseba, ki je upravičena v imenu in za račun druge osebe dajati in sprejemati izjave volje ter s tem povzročati neposredne pravne učinke za zastopano osebo. OZ uporablja pojem zastopnik za vse vrste zastopnikov, ne glede na pravni temelj upravičenosti za zastopanje (torej tudi za zastopnike iz 2. točke). Zastopnik, čigar upravičenje za zastopanje temelji na enostranskem pravnem poslu, izjavi volje zastopanega (torej na pooblastilu oz. pooblastitvi), pa se imenuje pooblaščenec.[6]

Če neki posel v imenu pooblastitelja sklepa pooblaščenec, mora notar preveriti veljavnost in pravilnost pooblastila. Pri pravnih osebah notar preveri tudi upravičenje za zastopanje zastopnika stranke, prav tako pri osebah iz 2. točke.

Oblika pooblastila za udeležbo na skupščini gospodarske družbe, kjer notar sestavi notarski zapisnik, se presoja po določbah statuta ali družbene pogodbe družbe. Če statut ali družbena pogodba oblike ne določata, je dovolj pisno pooblastilo.

5 Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 – odl. US in 40/07.
6 Obligacijski zakonik s komentarjem, Ljubljana, GV ZALOŽBA, 2003, 1. knjiga, str. 409.

Pri sklepanju pravnih poslov v obliki notarskih zapisov mora imeti pooblaščenec udeleženca pooblastilo v obliki notarskega zapisa. Tako določa OZ v 75. členu – oblika, ki je z zakonom predpisana za neko pogodbo ali kakšen drug pravni posel, velja tudi za pooblastilo za sklenitev te pogodbe oziroma za ta posel. Če gre za pooblastilo, ki je bilo izdano v naši državi, torej ga je sestavil slovenski notar, v praksi ni težav. Notarji vedo, kdaj gre za posel, ki terja pooblastilo v notarskem zapisu, kdaj pa je pooblastilo lahko v navadni obliki (mogoče zgolj z overjenim podpisom).

Nekaj težav pa povzročajo pooblastila, ki jih izdajajo oziroma overjajo tuji notarji. V tem primeru velja splošna določba Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP).[7] 7. člen tega zakona določa: *Če z zakonom ni določeno drugače, sta pravni posel in pravno dejanje glede oblike veljavna, če sta veljavna bodisi po pravu kraja, kjer je bil pravni posel sklenjen oziroma pravno dejanje opravljeno, bodisi po pravu, ki velja za vsebino pravnega posla oziroma pravnega dejanja.* V praksi to pomeni, da je pooblastilo v navadni obliki zgolj z overjenim podpisom stranke s strani tujega notarja dovolj tudi za sklenitev notarskega zapisa v Republiki Sloveniji, če po pravu države, iz katere je pooblastitelj, pooblastila ni treba zapisati v notarskem zapisu. Nekateri registrski referenti v takih primerih še vedno zahtevajo pooblastilo v notarskem zapisu, v enem primeru pa je referent zahteval dopolnitev notarskega zapisa tako, da bo iz njega razvidno, da pooblastilo ustreza pravu države, kjer ima pooblastitelj stalno prebivališče. Menim, da je taka zahteva neutemeljena. Kot že poudarjeno, je notar oseba javnega zaupanja, ki po določbah zakona sestavlja javne listine o pravnih poslih. Notarski zapis je pod pogoji, ki jih določa zakon, javna listina, za katero po ZPP velja načelo resničnosti. Dovoljeno pa je dokazovati nasprotno – da so v javni listini dejstva neresnično ugotovljena ali da je sama listina nepravilno sestavljena. Če je torej notar notarski zapis poslal sodnemu registru, notarski zapis tako za registrski organ kot za druge osebe dokazuje resničnost vsega, kar je v njem navedeno. Če registrski organ dvomi o tem, pa bi moral sam organ (?) ali stranke sprožiti pravdni postopek in dokazati nasprotno.

4 POTRJEVANJE DEJSTEV IN IZJAV

Notar izdaja razna potrdila o dejstvih, kar pomeni, da overja prepise listin (kopija oziroma fotokopija je enaka izvirniku) in podpise strank na listinah (v teh primerih je javna listina samo potrdilo, da je kopija enaka izvirniku oziroma da je stranka listino pred notarjem lastnoročno podpisala oziroma priznala podpis na listini za svoj), piše razne zapisnike, na primer o izjavi, ki jo stranka poda pred notarjem z namenom doseči neki pravni učinek (značilen primer tega je po Uredbi o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register[8] odpoved posameznim pravicam imetnika deleža ali delnic, ki jih ima v postopku statusnih preoblikovanj – taka izjava je lahko zapisana v notarskem zapisu, lahko pa jo upravičenec poda na skupščini družbe in je vključena v notarski zapisnik te skupščine), je v vlogi zapisnikarja skupščin gospodarskih družb, tako delniških družb kot družb z omejeno odgovornostjo, lahko pa zapisuje tudi druga dejstva.

7 Uradni list RS, št. 56/99 in 45/08 – Zarbit.
8 Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14 in 54/15.

V praksi notarji ugotavljamo, da uporabniki notarskih storitev velikokrat ne ločijo med notarskim zapisom in overitvijo podpisa na pogodbi. Overitev podpisa je notarsko potrdilo, s katerim notar potrjuje, da je neka oseba pred njim lastnoročno podpisala to listino ali potrdila, da je podpis, ki je že bil na listini, res njen. Za vsebino listine notar ne odgovarja in ni dolžan ugotavljati, ali stranke smejo skleniti posel, na katerega se listina nanaša, mora pa upoštevati vsebino listine, če predpis veže overitev podpisa na izpolnitev določenih pogojev (na področju sodnega registra običajno ni posebnih pogojev, ki bi jih notar pri overitvi podpisa moral upoštevati). Če pa notar sestavi notarski zapis, seveda v celoti odgovarja za njegovo vsebino – če so pri sestavi notarskega zapisa upoštevane vse že navedene zakonske določbe, je notarski zapis javna listina, za katero velja domneva resničnosti.

Če gre za zapis izjave stranke ali poteka skupščine, mora notar v notarskem zapisniku verno in natančno opisati podano izjavo stranke oziroma zapisati dejstva ali neko dogajanje, saj bo na podlagi njegovega zapisa v primeru spora sodišče lahko brez težav ugotovilo dejansko stanje in tako odločilo o pravicah udeležencev. Na skupščini delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo notar ni sodnik, ki odloča o predlogih in ugovorih delničarjev ali družbenikov, sklepa skupščine notar ne more razveljaviti ali ga razglasiti za ničnega. Notar mora v zapisniku zavarovati dokaze, s pomočjo katerih potem sodišče laže in hitreje odloči o pravicah udeležencev.[9] Vsekakor pa notar ni zgolj zapisnikar. Zaradi svojega položaja neodvisnega strokovnjaka in v skladu s splošno določbo 24. člena ZN mora notar opozoriti na ničnost sklepa, medtem ko ni dolžan opozarjati na izpodbojnost sklepov, saj gre pretežno za varovanje posameznih razredov delničarjev.

Eno izmed najpogostejših potrdil na področju sodnega registra je potrdilo notarja, da se spremenjene določbe družbene pogodbe ali statuta ujemajo s sklepom družbenikov oziroma delničarjev o spremembi firme, sedeža, dejavnosti, osnovnega kapitala, statuta ali družbene pogodbe. Pri družbah z omejeno odgovornostjo mora notar tako potrdilo izdati tudi v primeru, ko gre za spremembo družbenika na podlagi pogodbe o prenosu poslovnega deleža ali univerzalnega pravnega nasledstva (dedovanja) ter izstopa ali izključitve družbenika.[10] V takem primeru je notarskemu potrdilu priloženo tudi prečiščeno besedilo statuta ali družbene pogodbe, ki je oblikovno izdelano po predpisih, ki jih določa ZN (izpis številčnih znak z besedo, zapolnitev praznih vrstic in prostorov s črticami). Navedeno velja ne glede na to, ali je bil notar prisoten na skupščini družbe ali pa so pri d. o. o. družbeniki sprejeli sklep o spremembi firme, sedeža ali dejavnosti družbe brez navzočnosti notarja, kar omogoča 516. člen ZGD-1. Razlika je le v tem, da mora po 34. členu Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register na zapisniku skupščine poslovodja s svojim podpisom potrditi, da je sklep sprejela skupščina družbe, podpis poslovodje pa mora biti overjen. Potrdilo in priloženo prečiščeno besedilo podpiše samo notar, ki v svoji javni funkciji da

9 Podgoršek, nav. delo, str. 1091–1098.

10 Običajno besedilo potrdila se glasi: »Notar/-ka potrjujem, da se spremenjene določbe družbene pogodbe (statuta) družbe XX ujemajo z vsebino sklepa o spremembi sedeža, dejavnosti … družbene pogodbe – statuta. Sprejeli so jih družbeniki – delničarji te družbe na x. skupščini dne … in so zapisane v notarskem zapisniku opr. št. SV … oziroma v vsebini pogodbe o prenosu poslovnega deleža, sklenjene v notarskem zapisu opr. št. SV ...«

listini moč javne listine; tudi na skupščini navzoči delničarji ali družbeniki tega ne podpišejo, saj ne gre za novo družbeno pogodbo ali statut, temveč samo prečiščeno besedilo sprememb ob upoštevanju na skupščini (veljavno s predpisano večino) sprejetih sklepov.

5 ZASTOPANJE NOTARJA KOT POOBLAŠČENCA STRANK V NEPRAVDNIH POSTOPKIH

ZN po eni strani omogoča notarju (tudi) opravljanje poslov oziroma izvajanje opravil, za katera ga pooblašča zakon, po drugi strani pa velja izrecna določba, da sme notar v nepravdnih zadevah pred sodišči in nespornih stvareh pred drugimi državnimi organi zastopati stranke kot pooblaščenec, če so zadeve v neposredni zvezi s kakšno notarsko listino, sestavljeno pri njem. Značilen primer takih opravil je izvajanje vpisov v sodni register.

Zakon o sodnem registru (ZSReg)[11] v četrtem odstavku 1.b člena določa, da za podjetnike in gospodarske družbe, ki so stranke postopka VEM (Vse na enem mestu), poslovne procese iz 1. do 5. točke tretjega odstavka tega člena opravlja točka VEM ali notar.[12] Po drugem odstavku 24. člena tega zakona se šteje, da je notar, ki je sodeloval pri sestavi notarske listine ali je listino pretvoril v elektronsko obliko, po tretjem odstavku 28.a člena tega zakona pooblaščen v imenu subjekta vpisa vložiti predlog za vpise, ki temeljijo na tej listini, ali listino predložiti sodišču zaradi javne objave. V primeru iz prejšnjega stavka predlogu ni treba priložiti pooblastila.

6 e-VEM

Pri vlaganju predlogov za vpis v sodni register notarji v praksi nismo zaznali posebnih težav do uveljavitve točk e-VEM. ZSReg določa, kdaj je treba predloge za vpis vložiti elektronsko, kdaj pa jo stranke lahko vložijo tudi pisno. Nekaj težav pa se je pojavilo z uveljavitvijo sistema Vse na enem mestu, saj je pravna narava notarjevega dela in listin, ki jih sestavlja, povsem drugačna od pravne narave listin, ki jih sestavljajo na točkah e-VEM. Na kratko bi rada opozorila na nekaj takih primerov. Osebno menim, da bi nekatere lahko ustrezno rešili s spremembo aplikacije.

6.1 Prenos poslovnega deleža in čistopis akta oziroma družbene pogodbe

Po 481. členu ZGD-1 je za odsvojitev poslovnega deleža potrebna pogodba, ki je izdelana v obliki notarskega zapisa. Sprememba družbenika zaradi odsvojitve

11 Uradni list RS, št. 13/94, 31/00 – ZP-L, 91/05, 42/06 – ZGD-1, 33/07, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H in 17/15.

12 Gre za naslednje poslovne procese: sestavo vlog v postopkih VEM, pridobivanje podatkov, ki jih mora vsebovati vloga v posameznem postopku VEM, iz uradnih evidenc, pripravo listin, ki jih je treba priložiti vlogam v postopkih VEM, elektronsko oddajo vlog v postopkih VEM in listin, ki jih je treba priložiti tem vlogam, ter druga administrativna opravila za potrebe postopkov VEM.

poslovnega deleža ne pomeni spremembe družbene pogodbe, ne glede na to pa je treba predlogu za vpis pri prenosu poslovnega deleža po 42. členu Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register priložiti prečiščeno besedilo spremenjene družbene pogodbe, ki vključuje ustrezno spremenjene določbe o družbenikih ali njihovih poslovnih deležih, z notarjevim potrdilom, da se spremenjene določbe družbene pogodbe ujemajo z notarskim zapisom pogodbe o prenosu poslovnega deleža. Navedeno ne velja, če je prečiščeno besedilo sestavljeno na obrazcu po petem odstavku 516. člena ZGD-1. V tem primeru prečiščeno besedilo družbene pogodbe izdela že sama aplikacija: za izdelavo takega prečiščenega besedila je treba v aplikaciji v koraku 8 (Skupščinski sklepi, razno) najprej označiti, da gre za spremembo družbene pogodbe, v koraku 10 (Izdelava listin) pa, za kakšno obliko zastopanja poslovodij in prokuristov gre (samostojno ali skupno). Aplikacija nato v 12. koraku (Predogled podatkov) v novem 2. koraku (Izpis listin) ponudi tiskanje tako izdelanega čistopisa družbene pogodbe. Vendar pozor – preden notar predlog odda, mora znova v korak 8 (Skupščinski sklepi, razno) in tam odkljukati »spremembo družbene pogodbe«, saj sprememba družbenika vendar ni sprememba družbene pogodbe! V nasprotnem primeru seveda sledi upravičena odredba sodnega registra.

Dodaten problem nastopi pri tiskanju takega prečiščenega besedila družbene pogodbe – samo fizično tiskanje je sicer nemoteno, pod naslovom Družbena pogodba pa se pojavi besedilo »čistopis ob upoštevanju sklepa o spremembi družbene pogodbe z dne …«. Notar takega sklepa seveda nima, saj je za stranke pripravil samo pogodbo o prenosu poslovnega deleža (ali gre za predlog za spremembo družbenika na podlagi dedovanja), zato mora fizično prebeliti oziroma prekriti besedilo »ob upoštevanju sklepa o spremembi družbene pogodbe z dne …« (tako da ostane samo izpisano, da gre za čistopis). Če tega ne stori, spet sledi upravičena sodna odredba po predložitvi ustreznega sklepa ali popravi besedila. Notar, kot oseba javnega zaupanja, je torej postavljen v najnižji položaj nekakšnega šolarja v osnovni šoli, ki pa mu dovolijo, da napako pri zapisu lahko popravi tako, da jo prekrije ali prebeli. Ob tem velja opozoriti na strogo določbo 34. člena ZN, kako se notarske listine popravljajo (nič se ne sme izbrisati, če se del besedila prečrta, mora prečrtani del ostati čitljiv).[13]

6.2 Čistopis akta o ustanovitvi oziroma družbene pogodbe

Po 474. členu ZGD-1 se družba se ustanovi s pogodbo, ki je lahko sklenjena v obliki notarskega zapisa ali na posebnem obrazcu, v fizični ali elektronski obliki. Družbeno pogodbo podpišejo vsi družbeniki. Če je družbena pogodba sklenjena na posebnem obrazcu, morajo biti podpisi družbenikov overjeni.

Ko je družba ustanovljena in želi spremeniti kakšno določbo v pogodbi, družbeniki sklepe o tem sprejemajo na skupščini, vse spremembe družbene pogodbe pa so

13 43. člen ZN: V notarski listini v fizični obliki se ne sme nič izbrisati. Če je treba del besedila prečrtati, mora biti to storjeno tako, da prečrtano besedilo ostane čitljivo.
Če je treba besedilo v listini v fizični obliki spremeniti ali ga dopolniti, se sme to storiti na koncu listine v fizični obliki, s tem da mora biti nedvoumno označeno, na kateri del besedila listine v fizični obliki se sprememba ali dostavek nanaša. Prav tako morata biti na koncu označena mesto in obseg besedila, ki je bilo črtano v smislu prejšnjega odstavka.

izdelane v obliki čistopisa oz. prečiščenega besedila. To v primeru notarskega zapisa podpiše notar, ki ustreznost spremenjenih določb potrdi s potrdilom, če pa je družbena pogodba sklenjena na posebnem obrazcu, čistopis izdela poslovodja in ga tudi podpiše.

Zato ni razumljivo, da aplikacija tudi pri izdelavi čistopisa na koncu le-tega že ponudi izdelan obrazec overitve podpisa – overitev podpisa na čistopisu ni potrebna.

To pa spet pomeni, da notar prekriva že izdelan oziroma pripravljen obrazec; če ima čistopis akta ali družbene pogodbe tri strani in je na zadnji, tretji strani samo ta, že vnaprej izdelani obrazec, notar te strani običajno ne pretvarja v elektronsko obliko (»skenira«) in je ne pošilja sodnemu registru. Skrben referent na sodnem registru ga bo v odredbi utemeljeno vprašal, kje je tretja stran (na prvih dveh se namreč vidi, da ima listina skupno tri strani). In smo spet pri prekrivanju oziroma beljenju številk strani s strani osebe z javnimi pooblastili!

6.3 Vpis dejavnosti

Po navodilih za vpis v sodni register[14] se pri ustanovitvi družb v 7. koraku (Dejavnosti) vpiše samo glavna dejavnost, ki jo bo družba opravljala, lahko pa še do štiri dodatne, če družba iz katere izmed teh pridobiva 20 % prihodkov. Vse druge dejavnosti se vpišejo v koraku 10 (Izdelava listin – dodaj dodatne dejavnosti).

Ne dvomim, da je postopek pri točkah e-VEM res tak, dejstvo pa je, da mora tak čistopis iz aplikacije izdelati notar zaradi prenosa poslovnega deleža. Pri izdelavi čistopisa mora biti zelo pozoren, saj aplikacija v členu, katere dejavnosti družba opravlja, ponudi le glavno dejavnost – vse preostale dejavnosti, ki so bile v postopku ustanovitve vpisane kot dodatne, pa mora notar znova vtipkati, če želi, da mu bo aplikacija izdelala pravilen čistopis.

Prepričana sem, da bi bilo težavo ob vsem računalniškem znanju, s katerim sodni register že razpolaga, mogoče odpraviti in tako notarji (in točke e-VEM, na katerih tudi izdelajo čistopis) ne bodo zgolj zapisnikarji ter jim pri vsaki spremembi (tudi če gre zgolj za spremembo firme) ne bo treba znova tipkati vseh dejavnosti.

Ob zgoraj navedenih, najbolj perečih težavah notarjev pri uporabi aplikacije pa imam osebno še naslednje pripombe:

V skladu s tretjim odstavkom 474. člena ZGD-1 družbena pogodba vsebuje tudi (poleg drugih podatkov) navedbo imena in priimka ter prebivališča ali firme in sedeža vsakega družbenika. Rojstni podatki za pogodbo niso nujni, tudi na vsakem izpisku iz sodnega registra je razvidno, da podatek o EMŠO družbenika ali zastopnika ni javen. S tem se v celoti strinjam, vendar pa menim, da samo rojstni podatek (brez celotne navedbe EMŠO) ni osebni podatek, ki bi moral biti tajen. Tudi v zemljiškoknjižnem pravu so iz javnih podatkov zemljiške knjige razvidni rojstni podatki strank, ne pa njihove EMŠO. Zakaj se mi zdi to pomembno? Zato ker je treba za preveritev podatkov, ali je k notarju pristopila prava oseba, torej

14 Plavšak, nav. delo, str. 44

pravi zastopnik, odpreti aplikacijo in ne zadošča zgolj vpogled v sodni register. Ni namreč nemogoče, da imata oče in sin enako ime in živita na istem naslovu. Pri overitvi podpisa mora notar preveriti, ali je neka oseba res upravičeni zastopnik. Žal 100-odstotnega jamstva zgolj z vpogledom v sodni register ni.

Aplikacija je pripravljena tako, da se predlog izdela takrat, ko stranke pridejo na točko e-VEM, listine se po podpisu preslikajo (skenirajo) in takoj nato se vloži predlog za vpis. Na točkah e-VEM ta postopek morda poteka brez težav, pri notarjih pa lahko povzroči dodatno delo. Notar ima namreč tudi drugo delo in običajno predlog (osnutek predloga) pripravi že prej, saj je narava dela pri notarju taka (v večini primerov), da se stranke najprej naročijo na neko storitev, čez nekaj dni pa pridejo listine še podpisat. Notar že na dan, ko za stranke pripravlja listine, pripravi tudi osnutek predloga, da vse poteka hitreje na dan podpisovanja listin, poleg tega mora po novem 10.a členu ZGD-1 preveriti omejitve pri ustanavljanju družb oziroma pridobitvi statusa družbenika. Vendar aplikacija ne omogoča, da bi notar osnutek predloga pripravil vnaprej, saj datumov za naprej ni mogoče vpisati. Kljub vnaprejšnjemu predlogu je torej treba pred vložitvijo predloga vse korake znova pregledati oziroma popraviti prav na dan, ko se predlog vlaga. Zato vsekakor predlagam, da se zadeva prouči in – vsaj glede na svoje izkušnje v praksi menim tako – aplikacija ustrezno popravi.

7 SKLEP

Na koncu – ali začetku – za notarja kot nosilca javnih pooblastil vedno velja izključno in popolno spoštovanje pozitivne zakonodaje - nobenih dvoumnih bližnjic ali kompromisov; stranke, uporabniki notarskih storitev, morajo biti v vsakem poslu od začetka do konca dosledno pravno varovane. Notarji moramo opraviti svoj posel po samo eni možni poti – profesionalno.

Sem pa prepričana, da bi nam bilo pri vsem tem vsem skupaj, tako uporabnikom notarskih storitev kot registrskim organom in nam, notarjem v Sloveniji, veliko lažje, če bi bila praksa registrskih sodišč znotraj države enotna, kar bi, pravno gledano, tudi pričakovali ali še bolje rečeno, od države lahko zahtevali. V praksi namreč tako rekoč vsako registrsko sodišče – in tudi višja sodišča – v pritožbenih postopkih odloča drugače, torej nimamo enotne sodne prakse, in to navkljub izjemno majhni površini države Slovenije. Zaradi diametralno nasprotnih praks smo na »popolnem dnevnem prepihu« tako vsi slovenski notarji in predvsem vse naše stranke, uporabniki notarskih storitev, ki jim je težko razložiti, zakaj je enkrat tako, drugič pa povsem drugače.

Res je skrajni čas, piše se namreč leto 2016, da se tovrstne anomalije postavi v času in evropskemu pravnemu prostoru spodoben oziroma, bolje rečeno, sodoben in posamezniku varen ustavnopravni okvir. Vse drugo je preteklost.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Obligacijski zakonik s komentarjem, Ljubljana, GV ZALOŽBA, 2003, 1. knjiga, str. 409.
- Praktični vidiki in problemi izvedbe skupščine d. d. – notarski pogled, notar Bojan Podgoršek, Podjetje in delo, 2009, št. 6–7, str. 1091–1098.
- Postopki vstopnih točk pri vlaganju predlogov za vpis v sodni register, 2. del (točke VEM in notarji), dr. Nina Plavšak, januar 2008.

STROŠKI PRAVDNEGA POSTOPKA, NASTALI PRED ZAČETKOM STEČAJA[1]

okrožna sodnica
mag. Andreja Veselič
Okrožno sodišče v Mariboru

V pravdnih postopkih se v zadnjem času pogosto dogaja, da se nad eno od strank začne stečajni postopek, ki povzroči prekinitev pravde. Če se postopek nadaljuje, je treba pri končnem odločanju, zlasti ko se stečaj začne nad toženo stranko, upoštevati določila Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju besedila: ZFPPIPP)[2] o tem, ali je nasprotna stranka prijavila svojo terjatev do stečajnega dolžnika v stečajnem postopku. Šele če je upnik, torej tožnik, terjatev v stečajnem postopku nad toženo stranko pravočasno prijavil in v primeru prerekanja te s strani upravitelja tudi pravočasno predlagal nadaljevanje pravdnega postopka, je sodišče dolžno vtoževano terjatev tudi vsebinsko obravnavati in o njej odločiti z ugotovitveno odločbo (četrti odstavek 301. člena ZFPPIPP).

Načeloma naj bi enako po določbah ZFPPIPP veljalo tudi za terjate iz naslova stroškov pravdnega postopka, nastalih pred začetkom stečaja. ZFPPIPP v 3. točki drugega odstavka 60. člena določa, da če upnik v postopku zaradi insolventnosti poleg glavnice terjatve uveljavlja stroške, ki so mu nastali z uveljavljanjem terjatve v sodnem ali drugem postopku pred začetkom postopka zaradi insolventnosti, mora zahtevek za priznanje terjatve vsebovati tudi znesek teh stroškov. Šesti odstavek 60. člena ZFPPIPP določa, da če zahtevek za priznanje terjatve ne vsebuje zneska teh stroškov, se za prijavo terjatve ne uporabljajo pravila o nepopolnih vlogah, temveč velja, in nasproten dokaz ni dovoljen, da upnik teh stroškov v postopku zaradi insolventnosti ne uveljavlja. Iz navedenih določb tako izhaja, da se stroški, nastali z uveljavljanjem terjatve v pravdnem postopku pred dnevom začetka stečajnega postopka, morajo prijaviti, sicer upniku terjatev iz tega naslova preneha veljati. Posledično se ti stroški ne bi smeli obravnavati kot stroški, ki jih ZFPPIPP v 354. členu imenuje »stroški stečajnega postopka«. Za te velja, da nastanejo po začetku stečajnega postopka[3] in se iz stečajne mase poplačajo prednostno, in to po navadi v celoti.[4]

1 Temo sem obravnavala v okviru Možnih odgovorov na vprašanja na Insolvenčni šoli v marcu 2016 na predlog Nade Mitrović, višje sodnice na gospodarskem oddelku Višjega sodišča v Ljubljani.

2 Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 26/2011, 47/2013, 100/2013 in 27/2016).

3 Prvi odstavek 354. člena ZFPPIPP določa: »Stroški stečajnega postopka so obveznosti stečajnega dolžnika, ki nastanejo po začetku stečajnega postopka, razen tistih obveznosti, za katere zakon določa, da se poplačajo iz razdelitvene mase po pravilih o plačilu terjatev.«

4 Drugi odstavek 226. člena ZFPPIPP določa, da je splošna razdelitvena masa denarno dobroimetje, nastalo z unovčenjem splošne stečajne mase, zmanjšano za stroške stečajnega postopka, tretji odstavek

Taki stroški, ki nastanejo s sodnim uveljavljanjem terjatev pred začetkom stečajnega postopka, imajo lahko različne statuse:

- za njihov znesek lahko že obstaja pravnomočen izvršilni naslov;
- za njihov znesek lahko obstaja sodna odločba, ki še ni pravnomočna;
- lahko pa so stroški stranki že nastali, vendar se je med pravdnim postopkom začel stečajni postopek bodisi nad tožečo bodisi nad toženo stranko in za njihov znesek še ne obstaja niti sodna odločba, kar pa ne pomeni, da ti stroški še niso nastali.

Načeloma po začetku stečajnega postopka v okviru preizkusa terjatev upravitelj, če že obstaja pravnomočen izvršilni naslov, take pravdne stroške prizna in ni dvoma, da se ti poplačajo kot navadna terjatev iz splošne razdelitvene mase sorazmerno z drugimi navadnimi upniki.

V drugem primeru, ko za terjatev in stroške postopka, v katerem se je uveljavljala ta terjatev, že obstaja sodna odločba, ki še ni pravnomočna, po navadi upravitelj terjatev prizna pod pogojem, če bo zadeva postala pravnomočna. Če se v nadaljevanju postopka ta pogoj uresniči do izdaje sklepa o končni delitvi, terjatev iz naslova takih stroškov postopka prav tako kot v prejšnjem primeru deli usodo navadne terjatve in se ti poplačajo iz splošne razdelitvene mase. Končna razdelitev je namreč poznejša razdelitev, v kateri je unovčena vsa stečajna masa,[5] in po tem v stečajnem postopku ni več mogoče pričakovati poplačila upnikov.

V obeh primerih, ko za terjatev že obstaja izvršilni naslov ali vsaj sodna odločba, ni dvoma, da je te stroške treba prijaviti skupaj z glavno terjatvijo v skladu s 3. točko drugega odstavka 60. člena ZFPPIPP, saj nasprotno terjatev iz tega naslova preneha, njihovo poplačilo pa deli usodo navadnih terjatev. Poplačilo je po navadi sorazmerno glede na višino vseh prijavljenih terjatev in glede na obseg stečajne mase.

Vprašanje je, kako s stroški, ki so stranki nastali do trenutka začetka stečajnega postopka nad stečajnim dolžnikom, pravda za uveljavitev glavne terjatve pa še ni končana in je zaradi začetka stečaja prekinjena v skladu z 205. členom Zakona o pravdnem postopku (v nadaljevanju besedila: ZPP),[6] stroški postopka pa še niso odmerjeni s sodno odločbo. Pri tem lahko gre za situacije, v katerih stečajni dolžnik nastopa na strani tožeče stranke ali tožene stranke. V praksi v takem primeru upravitelj načelno poleg terjatve prereka tudi zahtevek iz naslova prijavljenih stroškov postopka, saj o zadevi še teče spor in uspeh ni znan.

V sodni praksi sta se glede vprašanja, ali se morajo taki stroški, ki jih je imela stranka (upnik) do začetka stečajnega postopka, v pravdi prijaviti in bi posledično ti pri poplačilu delili usodo navadnih terjatev, pojavili dve stališči. Po prvem stališču se ti morajo prijaviti, kot to določa 3. točka drugega odstavka 60. člena ZFPPIPP. Če upnik tega ne stori, mu terjatev iz naslova stroškov preneha, čeprav mu je pozneje

226. člena pa, da je posebna razdelitvena masa denarno dobroimetje, nastalo z unovčenjem posebne stečajne mase, zmanjšano za stroške v zvezi s tem unovčenjem.

5 Prvi odstavek 373. člena ZFPPIPP.

6 Zakon o pravdnem postopku – ZPP (Uradni list RS, št. 26/1999, 96/2002, 2/2004, 52/2007 in 45/2008).

po nadaljevanju pravde zaradi prerekanja glavne terjatve s strani upravitelja prisojena s sodno odločbo (bodisi sodbo bodisi sklepom). Lahko pa dejstvo, da terjatev iz naslova stroškov postopka ni bila prijavljena in je zato prenehala, upošteva že pravdno sodišče, ki zaradi tega stroškovni zahtevek zavrne, čeprav je morda stranka v postopku uspela (lahko je to tožnik in tudi toženec).[7] Po drugem stališču takih stroškov, za katere še ne obstaja sodna odločba, ni treba prijaviti v stečajni postopek, opustitev njihove prijave s strani upnika pa ne povzroči prenehanja terjatve iz tega naslova, ker jih sploh ni mogoče šteti za stroške, nastale pred začetkom stečajnega postopka.[8] Posledično se, če so po začetku stečajnega postopka v pravdi prisojeni, štejejo za stroške stečajnega postopka iz 354. člena ZFPPIPP, ki se morajo iz stečajne mase plačati prednostno pred navadnimi upniki.

Problem prvega stališča je, da upnik, ki uveljavlja svojo terjatev v pravdi, ki je nato zaradi stečaja prekinjena, svojo terjatev do tožene stranke še prijavi, na stroške pa se zato, ker pravda še ni končana, prav tako še ni znana končna višina stroškov, preprosto povedano pozabi. Še bolj je to poudarjeno, kadar stečajni dolžnik nastopa kot tožeča stranka in bi bila tožena stranka upravičena do povračila stroškov postopka v primeru neuspeha stečajnega dolžnika kot tožnika, torej če bi bil tožbeni zahtevek zavrnjen. V tem primeru tak upnik že zaradi svojega položaja v pravdi na strani tožene stranke, ko se mora braniti, najbrž redko razmišlja o tem, da mora svojo hipotetično terjatev prijaviti v stečajno maso stečajnega dolžnika, ki ga toži, prav tako pa mu še ni znana višina teh stroškov. Po prvem stališču bi zaradi neprijavljene terjatve terjatev iz naslova stroškov prenehala, čeprav se pravda po začetku stečaja v celoti konča v upnikovo (tožnikovo) korist. Drug problem je, da v primeru, ko stečajni dolžnik nastopa na strani tožene stranke in je upnik (tožnik) terjatev iz naslova stroškov prijavil, tretji odstavek 301. člena ZFPPIPP upniku nalaga, da predlaga nadaljevanje prekinjenega pravdnega postopka v roku enega meseca po objavi sklepa o preizkusu terjatev. Ko upnik predlaga nadaljevanje postopka, predlaga nadaljevanje tudi v delu zahtevka, ki se nanaša na plačilo pravdnih stroškov. Strogo po zakonskih določbah bi v tem primeru moralo pravdno sodišče tudi za stroške postopka upoštevati četrti odstavek 301. člena ZFPPIPP, ki določa, da velja, da upnikov predlog za nadaljevanje pravdnega postopka vsebuje tudi izjavo upnika o umiku dajatvenega dela tožbenega zahtevka tako, da uveljavlja samo še zahtevek za ugotovitev obstoja terjatve. Pravdni stroški, nastali do dneva začetka stečajnega postopka, bi tako morali biti zajeti v ugotovitveni del sodbe o obstoju terjatve, tako kot glavna terjatev. Posledično to pomeni, da bi se ta del stroškov moral poplačati kot navadna terjatev tako kot sama glavna terjatev. Preostale stroške, nastale po dnevu začetka stečajnega postopka, bi bilo treba vključiti v dajatveni del in stečajnemu dolžniku, če ta na toženi strani propade, naložiti njihovo plačilo. Ti stroški bi potem delili usodo 354. člena ZFPPIPP, ki se poplačajo iz stečajne mase pred drugimi navadnimi terjatvami upnikov, v celoti.

7 Sklepi Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 1181/2015 z dne 17. 6. 2015, opr. št. I Cpg 1968/2014 z dne 15. 12. 2014, opr. št. I Cpg 684/2014 z dne 29. 5. 2014, opr. št. I Cpg 344/2014 z dne 11. 3. 2014, sklep Višjega sodišča v Mariboru opr. št. I Cpg 344/2014 z dne 15. 1. 2015 in sklep Višjega sodišča v Kopru opr. št. Cpg 211/2013 z dne 7. 11. 2013.

8 Sklepi Višjega delovnega in socialnega sodišča opr. št. Pdp 1622/2014 z dne 16. 4. 2015, opr. št. Pdp 1623/2014 z dne 16. 4. 2015, opr. št. Pdp 1412/2014 z dne 25. 2. 2015, opr. št. Pdp 1228/2012 z dne 18. 1. 2013, opr. št. Pdp 904/2012 z dne 18. 1. 2013, sklep Višjega sodišča v Kopru Cpg 77/2013 z dne 30. 5. 2013, sklepi Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. II Cp 3571/2012 z dne 4. 2. 2013, opr. št. I Cpg 999/2012 z dne 13. 11. 2012, opr. št. I Cpg 1502/2010 z dne 5. 1. 2011.

Prvo stališče, ki mu je naklonjena novejša sodna praksa, torej predpostavlja, da terjatev iz naslova stroškov postopka že obstaja, čeprav se o povračilu stroškov še ni odločalo. Ali je res tako?

Če izhajamo iz 60. člena ZFPPIPP, ki je namenjen prijavi terjatev v stečajni postopek, gre torej pri teh stroških za prijavo terjatve iz naslova stroškov postopka, saj zakon te stroške očitno enači z drugimi terjatvami, ker jih nasprotno ne bi uvrstil v 60. člen ZFPPIPP, ki določa vsebino prijave terjatve. Vprašanje je, ali se lahko stroški, ki so stranki v postopku sicer že nastali, opredelijo kot terjatev zoper stečajnega dolžnika. Tako je bistveno vprašanje, kdaj terjatev iz naslova stroškov sploh nastane, oziroma če se izrazim zelo procesno, kdaj nastane terjatev do stečajnega dolžnika iz naslova povračila pravdnih stroškov. Treba je odgovoriti na naslednja vprašanja: kaj je terjatev, kaj so pravdni stroški oziroma stroški postopka in kdaj nastane terjatev za njihovo povračilo, torej konkretno, kdaj postane stečajni dolžnik zavezanec za njihovo plačilo.

1. Kaj je terjatev?

Osnovno izhodišče, iz katerega je treba izhajati, je, da je terjatev zrcalna slika obveznosti oziroma obligacije. Dr. Stojan Cigoj je v delu Obligacijska razmerja zapisal, da je obligacija zaveza, ki ustvari razmerje med dvema strankama, med upnikom in dolžnikom, pri čemer je ena stranka – dolžnik – zavezana opraviti izpolnitev drugi stranki – upniku.[9] ZFPPIPP izrecno opredeljuje pojem terjatve. V 20. členu ZFPPIPP je določeno, da je terjatev pravica upnika od dolžnika zahtevati, da opravi izpolnitveno ravnanje, katerega predmet je dajatev, storitev, opustitev ali dopustitev. Tudi Zakon o izvršbi in zavarovanju (v nadaljevanju besedila: ZIZ)[10] v 1. točki 16. člena določa, da izraz »terjatev« označuje pravico do denarnega zneska ali neke druge dajatve, storitve, dopustitve ali opustitve. ZIZ sicer v definiciji »terjatve« nima legitimacije strank, pač pa je to razvidno iz nadaljnje določbe 16. člena, ki v 3. točki določa, da izraz »dolžnik« kot skupno poimenovanje za dolžnico in dolžnika označuje osebo, proti kateri se uveljavlja ali zavaruje terjatev. Predpostavke za nastanek terjatve so tako, da mora obstajati tisti, ki terja (upnik), da mora obstajati tisti, ki je zavezan po terjatvi (dolžnik), in da obstaja predmet terjatve.

2. Kaj so pravdni stroški in kdaj nastane terjatev za njihovo povračilo?

ZPP v 151. členu določa, da so pravdni stroški izdatki, ki nastanejo med postopkom ali zaradi postopka ter obsegajo tudi nagrado za delo odvetnika in drugih oseb, ki jim zakon priznava pravico do nagrade. ZPP v tem delu ne govori o tem, kdo je upravičenec do njihovega povračila. To, da so stranki nastali določeni stroški med postopkom ali zaradi njega, v pravdi še ne pomeni, da ima to kakršno koli zvezo z nasprotno stranko. Pravdni stroški so strankini stroški, ki neposredno bremenijo stranko, te stroške mora trpeti stranka, ko opravlja procesna dejanja ali ob pripravah na ta dejanja. To so stroški za potovanja na sodišče, poštnina za njene vloge,

9 Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem dr. Stojana Cigoja, Ljubljana, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, 1978, str. 37.

10 Zakon o izvršbi in zavarovanju – ZIZ (Uradni list RS št. 51/1998, 75/2002, 16/2004, 17/2006, 69/2006, 115/2006, 93/2007, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 53/2014 in 54/2015).

sodne takse, stroški, ki jih je imela stranka pred pravdo, in stroški, nastali v zvezi z odvetniškim zastopanjem. Med odvetnikom in njegovo stranko je civilnopravno razmerje in odvetnik zahteva plačilo svojih stroškov na podlagi tega razmerja le od svoje, ne pa tudi od nasprotne stranke. Med to stranko in odvetnikom ni pravnega razmerja. Stranka, ki je najela odvetnika, mora sama plačati njegove stroške in nagrado, sme pa to zaračunati nasprotni stranki in od nje zahtevati, naj jih povrne.[11]

Stranke so dolžne vnaprej nositi vse stroške, ki so jih povzročile s svojimi dejanji. Ta dolžnost strank, da materialno omogočijo vodenje postopka, ne prejudicira vprašanja končne odločitve o tem, kdo bo definitivno dolžan nositi svoje stroške in kdo bo imel pravico do povračila teh stroškov od nasprotnika ali koga tretjega. Triva, Belajec in Dika v delu Građansko parnično procesno pravo govorijo o tem, da je dolžnost povračila pravdnih stroškov samostojna premoženjskopravna obveznost, regulirana s procesnim zakonom in je neodvisna od materialnopravnega razmerja, o katerem teče pravda.[12] Pravico do povračila stroškov ima tudi tisti, ki je zmagal v pravdi, v kateri se je ugodilo njegovemu tožbenemu zahtevku za ugotovitev, da pravno razmerje ne obstoji. Pa tudi takrat, ko je civilna odgovornost omejena, je obveznost do povračila stroškov popolna.[13] Tudi Juhart izhaja iz istega, in sicer navaja, da obsojena stranka odgovarja za stroške osebno, to je z vsem svojim premoženjem, čeprav je njena odgovornost v glavni stvari omejena, ali ker odgovarja na primer dedič za zapustnikove dolgove le do višine podedovanega premoženja, in še dodaja, da stroškovni zahtevek ni pripadek ali akcesorij glavnega zahtevka ali posledica morebiti med strankama obstoječega civilnopravnega razmerja.[14] Tako Juhart kot tudi hrvaški avtorji štejejo stroške postopka za škodo, ki jo je nasprotnik imel zaradi pravde ali v pravdi, in zato niso odvisni od materialnopravnega razmerja med strankama. Izdatki oziroma stroški pomenijo za stranko, ki jih je imela, minus v njeni aktivi in povečanje njene pasive. Civilnopravno pomenijo torej škodo, za katero je odgovorna nasprotna stranka ali po načelu krivde ali po načelu objektivne odgovornosti za uspeh (kvazideliktni zahtevek).[15]

Stranka, ki je imela stroške v postopku, jih lahko v postopku zahteva od nasprotne stranke, torej zahteva povračilo stroškov. V skladu z veljavnim ZPP mora stranka povračilo stroškov zahtevati izrecno,[16] sodišče pa odloči o stroških vedno na predlog in nikoli po uradni dolžnosti (163. člen ZPP),[17] za razliko od nemške ureditve, po kateri sodišče odloči o povračilu stroškov postopka tudi brez predloga strank.[18] Stroškovni zahtevek je torej po svojem nastanku, višini in prenehanju v slovenskem pravu v izrecni dispoziciji strank.[19] Stranka, ki uveljavlja povračilo stroškov, mora

11 Več o tem Juhart, J., Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, Univerzitetna založba v Ljubljani, 1961, str. 235 in 236.
12 Triva, S., Belajec, V., in Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Narodne novine, 1986, str. 377.
13 Triva, Belajec, Dika, nav. delo, str. 378.
14 Juhart, nav. delo, str. 245.
15 Juhart, nav. delo str. 245.
16 Tudi Zakon o pravdnem postopku iz leta 1977 je imel enako ureditev.
17 Prvi in drugi odstavek 163. člena ZPP določata: O povrnitvi stroškov odloči sodišče na določeno zahtevo stranke brez obravnavanja. Stranka mora v zahtevi opredeljeno navesti stroške, za katere zahteva povračilo.
18 Drugi odstavek 308. člena Zivilprozessordnung – ZPO.
19 Juhart, nav. delo, str. 245.

zahtevati tudi povračilo točno določenih stroškov, saj morajo ti biti specificirani,[20] sodišče pa odloči le o povračilu potrebnih stroškov postopka (155. člen ZPP)[21] in ne vseh morebitnih stroškov, ki jih je stranka imela in ki jih uveljavlja. O povračilu stroškov nato odloči sodišče bodisi s sodbo bodisi s posebnim sklepom.

Čeprav je stranka predhodno imela stroške v postopku ali zaradi njega, ta stranka torej še ni v nobenem pravnem razmerju (v obligaciji, kot je zapisal dr. Cigoj) z nasprotno stranko vse dokler ni odločeno v pravdi, in glede na zaključek pravde, tudi o povračilu stroškov. Stranka, ki so ji v postopku nastali določeni stroški, se lahko do zaključka glavne obravnave odloči, ali bo povračilo stroškov od nasprotne stranke sploh zahtevala in v kakšni višini[22] ali pa jih, kar je redkeje, morda ne bo. Šele končanje pravde ima za posledico tako ali drugačno odločitev o povračilu stroškov, zato je šele s sodno odločbo odločeno o morebitni aktivni legitimaciji, torej upravičencu do povračila, o pasivni legitimaciji, o tem, kdo je zavezanec za njihovo vračilo, in o tem, koliko ti znašajo (v tem primeru, ali je stečajni dolžnik upravičenec do njihovega povračila ali jih je dolžan plačati nasprotni stranki). Šele tedaj nastane terjatev iz naslova stroškov pravdnega postopka in torej terjatev v smislu 20. člena ZFPPIPP (ko sta znana upnik in tudi dolžnik).[23] To pa pomeni, da stroški, ki sta jih pravdni stranki imeli v pravdnem postopku do trenutka začetka stečajnega postopka nad katero od njiju, še niso taka terjatev, za katero 3. točka drugega odstavka 60. člena ZFPPIPP določa, da jo je treba prijaviti, ker nasprotno v skladu s šestim odstavkom 60. člena preneha. Teh stroškov zato po mojem mnenju ni treba prijaviti, štejejo se za tekoče stroške stečajnega postopka iz 6. točke drugega odstavka 355. člena ZFPPIPP,[24] ki so nastali po začetku stečajnega postopka, upravitelj pa za njihovo izplačilo potrebuje soglasje sodišča.[25]

Taka razlaga rešuje tudi nejasnosti glede nekaterih vprašanj, ki so se v zvezi s tem že pojavila v sodni praksi, in sicer:

- vprašanja nadaljevanja pravde samo za stroške postopka, ki jih je upnik prijavil v skladu s 3. točko drugega odstavka 60. člena ZFPPIPP, če je upravitelj osnovno terjatev upnika priznal, na kar nakazuje sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1968/2014 z dne 15. 12. 2014;[26]

20 Drugi odstavek 163. člena ZPP določa: Stranka mora v zahtevi opredeljeno navesti stroške, za katere zahteva povračilo.

21 Prvi odstavek 155. člena ZPP določa: Pri odločanju o tem, kateri stroški naj se povrnejo stranki, upošteva sodišče samo tiste stroške, ki so bili potrebni za pravdo. O tem, kateri stroški so bili potrebni in koliko znašajo, odloči sodišče po skrbni presoji vseh okoliščin.

22 Tretji odstavek 163. člena ZPP določa, da mora stranka zahtevati povračilo stroškov najkasneje do konca glavne obravnave, ki je bila pred odločitvijo o stroških; če pa gre za odločbo brez poprejšnjega obravnavanja, mora stranka zahtevati povrnitev stroškov v predlogu, o katerem naj odloči sodišče.

23 Tako stališče je bilo zavzeto tudi v sklepu Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 52/2012, z dne 19. 1. 2012: »Terjatev za plačilo pravdnih stroškov torej ne nastane v času, ko so bila opravljena posamezna pravdna dejanja, za katera so stroški odmerjeni, temveč šele z odločbo sodišča, s katero so pravdni stroški ugotovljeni.«

24 6. točka drugega odstavka 355. člena ZFPPIPP določa, da so tekoči stroški stečajnega postopka pravdni stroški stečajnega dolžnika v postopkih iz oddelka 5.6 tega zakona. Gre za stroške, ki nastanejo v pravdah v zvezi s prerekanimi terjatvami, ločitvenimi in izločitvenimi pravicami, torej tudi v zvezi s pravdami, ki so se začele pred začetkom stečajnega postopka in so bile zaradi stečaja prekinjene.

25 Prvi odstavek 357. člena ZFPPIPP določa: Upravitelj sme opraviti plačilo ali izpolniti drugo obveznost, ki je strošek stečajnega postopka, samo, če sodišče da soglasje za to izpolnitev.

26 Iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 1968/2014 z dne 15. 12. 2014 izhaja, da če ji del

- vprašanja o tem, da bi bili stroški ene pravde delno zajeti v ugotovitvenem delu sodbe in bi se ti poplačali kot navadna terjatev, delno pa bi bili zajeti v dajatvenem delu, ki bi se v stečajnem postopku poplačali prednostno kot strošek;
- vprašanja o tem, da bi se taka terjatev morala prijaviti kot pogojna, ker je njen nastanek vezan na odložni pogoj, saj naj bi pravni temelj za to terjatev že obstajal, kar je mogoče razbrati iz sklepov Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cp 1181/2015 z dne 17. 6. 2015, I Cpg 684/2014 z dne 29. 5. 2014, sklepa Višjega sodišča v Mariboru opr. št. I Cpg 344/2014 z dne 11. 3. 2014 in sklepa Višjega sodišča v Kopru opr. št. Cpg 211/2013 z dne 7. 11. 2013. V vseh obravnavanih zadevah se sodišča sklicujejo na 59. člen Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju besedila: OZ),[27] ki določa vsebino odložnega pogoja. Vendar je tako stališče v nasprotju z določbami ZFPPIPP in stališčem, ki ga je Višje sodišče v Ljubljani zavzelo v zadevi opr. št. Cst 177/2012 z dne 4. 7. 2012. Iz tega izhaja, da po ZFPPIPP **ni vsak odložni pogoj razlog za prijavo terjatve (in ločitvene pravice) kot pogojne**, pri čemer ZFPPIPP opredeljuje kot pogojno terjatev z odložnim pogojem, ki jo mora upnik prijaviti v stečajnem postopku v tretjem odstavku 59. člena za primer, ko je zoper upnika vložena tožba za izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika in če bo tožbenemu zahtevku pravnomočno ugodeno, ter v drugem odstavku 296. člena, ko gre za situacijo, v kateri obstaja možnost, da bo upnik v teku stečajnega postopka pridobil regresno terjatev zoper stečajnega dolžnika, torej, ko je upnik odgovoren za obveznost stečajnega dolžnika kot solidarni sodolžnik, porok in zastavitelj ter to obveznost po začetku stečajnega postopka izpolni. Enako stališče je zavzeto tudi v sklepu Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. Cst 36/2014 z dne 30. 1. 2014. To so torej terjatve po ZFPPIPP, ki se morajo prijaviti pod odložnim pogojem, upravitelj pa jih lahko prizna kot pogojne pod odložnim pogojem. Ker je ZFPPIPP specialni predpis, ki točno določa, katere terjatve šteje za terjatve, vezane na odložni pogoj, sklicevanje na OZ v tem primeru ni primerno. Zato se po mojem mnenju v nobenem primeru kot pogojne terjatve ne morejo prijavljati stroški postopka, nastali z uveljavljanjem terjatve upnika v pravdi pred začetkom stečaja, če za njihovo povračilo še ne obstaja sodna odločba.

Višje sodišče v Ljubljani se v zadevi opr. št. I Cpg 684/2014 z dne 29. 5. 2014,[28] v kateri je bila tožba zavržena zunaj glavne obravnave zaradi priznanja terjatve s strani upravitelja v stečajnem postopku, sklicuje na Razširjena uvodna pojasnila k ZFPPIPP dr. Nine Plavšak iz leta 2008, v katerih je zapisano, da je v stečajnem postopku treba prijaviti tudi terjatve, ki še niso nastale, ker je njihov nastanek vezan na odložni pogoj, pravni temelj za njihov nastanek pa že obstaja[29] ter posledično šteje, da v primeru, ko je tožba zavržena, pravni temelj glede stroškov postopka že obstaja. Glede na zgornjo razlago terjatve iz naslova stroškov postopka do

stroškov ne bi bil priznan, bi lahko stranka predlagala nadaljevanje pravdnega postopka, tožbo v priznanem delu umaknila in zahtevala, da sodišče odloči, da njena terjatev v prerekanem delu pravdnih stroškov obstoji.

27 Obligacijski zakonik - OZ (Ur. l. RS št. 83/2001 in št. 40/2007).

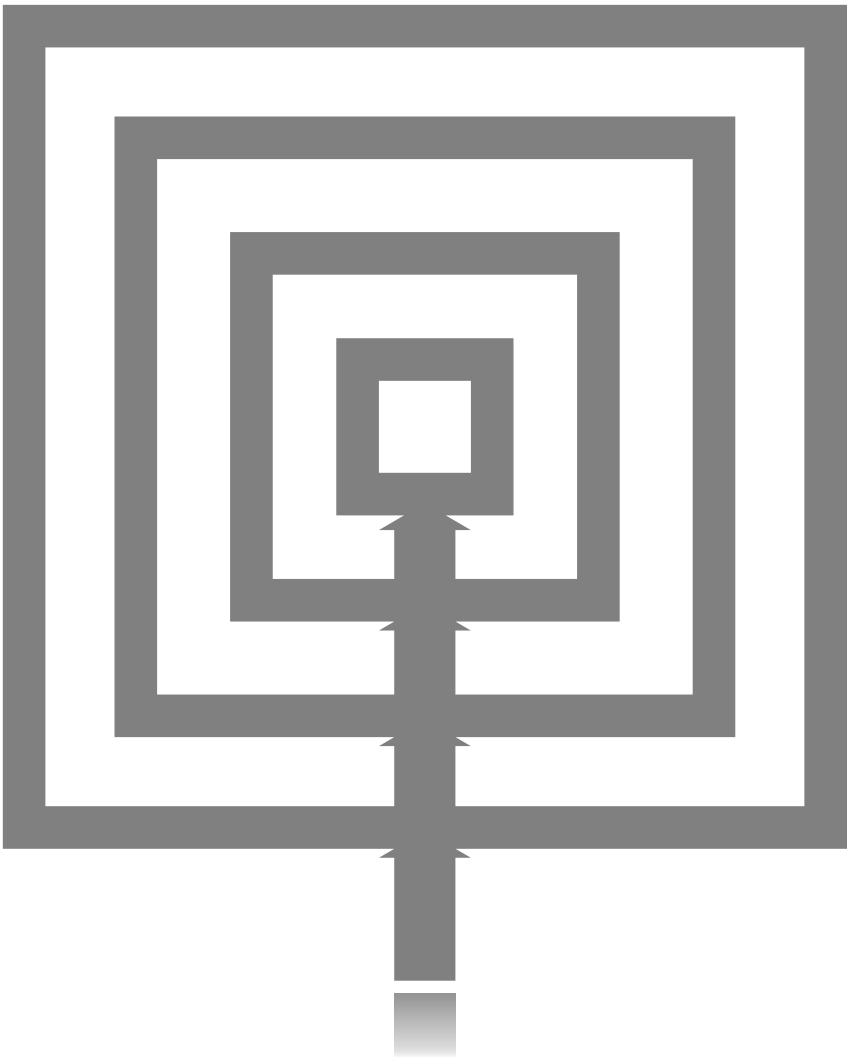
28 Podobno tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cp 1181/2015 z dne 17. 6. 2015.

29 Plavšak, N., Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), Razširjena uvodna pojasnila, Ljubljana, GV Založba, 2008, str. 227.

stečajnega dolžnika ni mogoče sprejeti stališča, da pravni temelj za plačilo oziroma pravilno povračilo zoper stečajnega dolžnika že obstaja. Če stečajni dolžnik še ni zavezanec za njihovo plačilo, torej še ni pasivno legitimiran, zato pravnega temelja ni. Pravnega temelja pa ni, vse dokler sodišče ne odloči o povračilu stroškov, šele takrat postane stečajni dolžnik zavezanec iz materialnopravnega razmerja. Da pa lahko sodišče odloči o povračilu stroškov, jih mora upnik pravočasno uveljavljati, kar pomeni, da je v primeru, ko sodišče tožbo zavrže, zunaj glavne obravnave zaradi priznanja terjatve v stečaju, ker preneha pravna korist (osmi odstavek 301. člena ZFPPIPP), treba upoštevati določbo tretjega odstavka 163. člena ZPP, ki določa, da mora stranka, če gre za odločbo brez poprejšnjega obravnavanja, zahtevati povrnitev stroškov v predlogu, o katerem naj odloči sodišče;

- vprašanja o tem, ali se stroški postopka, nastali do začetka stečajnega postopka, za katere še ni sodne odločbe ali izvršilnega naslova, obravnavajo drugače od tistih, ki so že prisojeni s sodno odločbo, o čemer je polemiziralo Višje sodišče v Celju v zadevi opr. št. Cpg 349/2013 z dne 12. 2. 2014. Da, morajo se obravnavati drugače, ker še ni znano, ali bo stečajni dolžnik dolžan nositi te stroške in kolikšna bo njihova višina (seveda če jih bo stečajni dolžnik zahteval). Ne nazadnje je namen stečajnega postopka, da se vodi za poplačilo **terjatev upnikov, ki jih imajo ti do stečajnega dolžnika**; in
- vprašanja o tem, ali mora tožena stranka prijaviti terjatev iz naslova stroškov postopka v stečajno maso stečajnega dolžnika, kadar ta nastopa kot tožeča stranka, za primer, če bo po nadaljevanju pravde tožbeni zahtevek zavrnjen in bo tožena stranka upravičena do povračila njenih stroškov postopka. Če je tožbeni zahtevek stečajnega dolžnika zavrnjen, temeljnega civilnopravnega razmerja med strankama sploh ni in tukaj se tudi kaže neodvisnost stroškovnega zahtevka od zahtevka v glavni stvari. V takem primeru tožencu (upniku) predhodno nastalih stroškov ni treba prijavljati v stečajni postopek tožeče stranke.

Pravdno sodišče bi tako po mojem mnenju moralo o teh stroških odločati enako, kot če bi imelo pred seboj zadevo, v kateri nobena od strank ni v stečajnem postopku, ter ob upoštevanju vseh določb ZPP glede načela uspeha v pravdi in načela krivde. Stečajni upravitelj teh stroškov, če so prijavljeni, sploh ne bi smel uvrstiti na osnovni seznam, ker ti niso predmet preizkusa. Če pa jih že uvrsti in jih prereka, sodišče niti takega upnika niti upravitelja ne bi smelo napotiti na pravdo za ugotovitev obstoja ali neobstoja prerekane terjatve, ker bodo ti stroški kot stroški stečajnega postopka iz 354. člena ZFPPIPP poplačani prednostno pred upniki navadnih terjatev.



OBITER DICTA

MEDNARODNA KONFERENCA O(B) PRENOVI MADŽARSKEGA ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU BUDIMPEŠTA, 29. 2.–1. 3. 2016

Mag. Aleksander Karakaš
višji sodnik
Višje sodišče v Mariboru

V Budimpešti je od 29. 2. do 1. 3. 2016 potekala Mednarodna konferenca ob prenovi (kodifikaciji) madžarskega Zakona o kazenskem postopku (*a büntetöeljárásról*). Konferenco je organiziral Nacionalni urad za pravosodje v prenovljeni stavbi Madžarske akademije za pravosodje. Akademija stoji v rezidenčnem delu mesta ter je ustanovljena in namenjena predvsem izobraževanju sodnikov. To je široko in hkrati podrobno zasnovano, saj vključuje skoraj vse vidike sodnikovega dela na nacionalni[1] in nadnacionalni ravni ter programov in tem, ki so s sodnikovim delom posredno povezane, kot so odnosi z javnostmi, varovanje na sodiščih ipd. Akademija je namenjena srečevanju in druženju sodnikov ter zaposlenih v pravosodju, ki je navadno pospremljeno s kulturnimi in drugimi družabnimi dogodki. Dogodki potekajo v prenovljeni stavbi s konferenčnimi dvoranami, prostori za delavnice, prevajalsko in informativno-računalniško dejavnost, s knjižnico, hotelom, restavracijo in wellnessom.

Program konference je obsegal seznanitev s temeljnimi konceptualnimi okviri veljavnega zakona o kazenskem postopku, izhodišči za njegovo prenovo in glavnimi predlogi ter čisto konkretno z možnostmi avdio in video snemanja procesnih dejanj, zlasti glavnih obravnav, s katerim želijo tudi v drugih postopkih na madžarskih sodiščih nadomestiti zapisniško beleženje. Ta del naloge so opravili *Barna Miskolczi*, sekretar z Ministrstva za pravosodje, *Istvan Konya,* podpredsednik Vrhovnega sodišča, *Zsolt Zsak*, sodnik Vrhovnega sodišča, in *Sandor Fazekas*, predsednik Deželnega sodišča v Budimpešti. V drugem delu je bila po programu konference predvidena seznanitev s temeljnimi značilnostmi kazenskih postopkov večine držav, ki mejijo na Madžarsko. Poudarki so bili na ureditvi obdolženčeve navzočnosti, kazenskem postopku, možnostih za sojenje v njegovi nenavzočnosti/odsotnosti in na ukrepih za posege v obdolženčevo prostost pred pravnomočnostjo sodbe, na porazdelitvi dokaznih bremen med strankami v postopku in sodiščem, ureditvi snemanj glavnih obravnav, na obsegu postopkov v zvezi z rednimi in izrednimi pravnimi sredstvi, na možnostih odvrnitve od kazenskih postopkov, njihovih poenostavitvah in sporazumnem zaključku po obdolženčevi privolitvi ter na morebitnih novih zasnovah ureditve postopka zoper mladoletnike. Nalogo smo po organizatorjevem vabilu opravili *prof. dr. Daniel Nitu,* predavatelj z Univerze Babes-Boyai, Cluj - Napoca

1 Po delnem letnem poročilu predsednice Nacionalnega urada za pravosodje v državi z nekaj manj kot 10 milijoni prebivalci sodi približno 2851 sodnikov, ob pomoči 818 sodelavcev, 238 sodnikov pripravnikov in s podporo sodnega osebja, ki trenutno šteje 7179 ljudi. Madžarska sodišča so v prvi polovici leta 2015 prejela skupno 767.748 zadev, rešila pa so jih 799.000. Približno 86 odstotkov zadev je bilo rešenih v enem letu (Semi-Annual Report of the President of the National Office for the Judiciary, str. 4 in 23, poročilo je dostopno tudi na spletni strani urada http://www.birosag.hu).

(Romunija), dr. *Marcin Myczkowski*, predsednik Okrožnega sodišča iz Srode Slaske (Poljska), *Friedrich Forsthuber*, predsednik Deželnega sodišča na Dunaju, in *Thomas Spreitzer*, sodnik s tega sodišča (Avstrija), ter avtor pričujočega zapisa iz Slovenije. Povezovalka na konferenci je bila *dr. Agnes Frech,* predsednica pred približno dvema letoma ustanovljene delovne skupine za pripravo sprememb zakona z Nacionalnega urada za pravosodje. Opravila je zahtevno nalogo, saj je oba dneva najprej povzela prispevke vseh navedenih in jih nato strokovnemu občinstvu ponudila v razpravo, ki jo je v nadaljevanju tudi uspešno vodila.

Čeprav se je Madžarska po padcu Berlinskega zidu ustavnopravno pestro razvijala, ko je Ustavo »stalinističnega tipa« iz leta 1949, ki je bila v letu 1989 v celoti prenovljena, leta 2012 nadomestil Temeljni zakon s politično prestižno težnjo po prekinitvi s t. i. polpreteklim obdobjem, posledic tovrstnega razvoja na področju kazenskega procesnega prava ni mogoče zaznati. Še vedno velja Zakon o kazenskem postopku iz leta 1998, ki je brez večjih posegov v uporabi od leta 2005.[2] To je kljub nespornemu inkvizitornemu izvoru sodoben srednjeevropski postopkovnik, s poudarjenimi procesnimi zagotovili, sorazmernostjo prisilnih ukrepov, smiselno stopnjevanimi dokaznimi standardi in razumljivo porazdelitvijo dokaznih bremen, z državnim tožilcem na čelu preiskave in sodnikom, ki ničesar več ne zbira in izvaja, temveč (le še) odloča o utemeljenosti posegov v posameznikovo sfero v preiskavi in drugih ukrepih, ki se nanašajo na zgornja zagotovila, z varovanimi pričami in upoštevanimi razlikami, ko je treba zaslišati t. i. ranljive priče, z uporabo posebnih metod in sredstev ipd. Pa vendar, ali morda zaradi neke nove sodobnosti, se je z uporabo zakona na Madžarskem sčasoma izoblikovala težnja po pospešitvi in poenostavitvi kazenskega postopka, s ciljem zagotoviti večjo transparentnost, uporabnost in pravočasnost obravnavanja kazenskih zadev ter hkrati upoštevati vplive na posameznikova procesna zagotovila, ki morajo biti enako učinkovita, ne glede na vrsto ali tip kazenskopravne obravnave. Stadiji ali faze kazenskega postopka, ki naj bi bili po prenovi zakona pospešeni in poenostavljeni, so preiskava in obtoževanje ter v posledici še postopek s pravnimi sredstvi. Načini, s katerimi želijo to doseči, so postopki odvrnitve (*diversion*) od preiskave, sporazum pred državnim tožilcem, preden je vložena obtožnica, ter sporazum na sodišču po njeni vložitvi in z omejenimi možnostmi pritoževanja v teh primerih ali z ožjimi mejami pri pritožbenem preizkušanju. Kot poseben način so po predlogu predvideni še nekateri primeri, ko je mogoče soditi v obdolženčevi odsotnosti oziroma ko njegova navzočnost, vsaj na ponovljeni glavni obravnavi ni več zahteva, ki bi ji bilo treba slediti brez izjem, ter ko obravnava in druga procesna dejanja ne bi bila zapisovana, ampak snemana. Po prispevkih sodeč je bil vsak od navedenih načinov v delovni skupini obravnavan z zadržki in z zavestjo o njegovih procesnopravnih in ustavnopravnih implikacijah. Denimo, ali je na pohodu formalna pravičnost, če sodišča sodijo brez glavne obravnave in ne da bi smela dokaze zbirati sama. Je dokazno breme, ki je na strani državnega tožilca, zadostno zagotovilo za vsebinsko pravilen razplet zadeve, ko je na primer nasprotni udeleženec, ki mora delovati kot protiutež, nedejaven ali sicer neuspešen? Kako se pri vsem zanašati na učinkovitost pravnih sredstev ob hkratnem manjšanju števila pritožbenih razlogov in z ožjim obsegom njihovega preizkušanja? Skratka, če so navedeni cilji prenove po eni strani na splošno sprejemljivi, so načini, kako jih uspešno doseči, razmeroma nepredvidljivi, saj ne vemo, kaj vse si lahko z njihove strani v vsakdanji praksi še obetamo.

2 Besedilo zakona je v angleškem jeziku dostopno na spletnem naslovu https://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/.

Bržkone od tod tudi sama zamisel o organizaciji konference, na kateri bi predstavljene prenovitvene namere primerjali z že uveljavljenimi rešitvami v sosednjih državah in s praktičnimi izkušnjami, ki so navzoče na konferenci še prav posebej zanimale. Pri tem po predstavljenih referatih po eni strani ni bilo težko ugotoviti razlik med posameznimi državami glede drznosti poseganj v procesne zakone in po drugi strani dejstva, da splošne učinkovitosti posegov, v smislu izpolnitve pričakovanih ciljev, vsaj za zdaj še ni mogoče splošno potrditi. Če se na primer v Romuniji z načelnim prenosom dokaznega bremena na državnega tožilca in subsidiarno dokazno dejavnostjo sodišča šele odpirajo v smeri večje adversarnosti kazenskega postopka in njegove modernizacije v smislu tehničnega beleženja procesnih dejanj, so na Poljskem, čeprav šele pred kratkim,[3] adversarnosti pustili prosto pot, ko so ob poudarjenih tožilčevih dokaznih bremenih in tem, da lahko nasprotna stranka nastopa s »svojimi« zunaj kazenskega postopka pridobljenimi dokazi, dokazno dejavnost sodišča zožili le na izjemne primere. Bolj od tehničnega beleženja procesnih dejanj, s katerim pa zapisniki na Poljskem niso odpravljeni, je pomemben korak h konsenzualnim načinom končanja kazenskega postopka, ki jih v Romuniji še nismo zasledili. Gre za sporazum med državnim tožilcem in obdolžencem med kazenskim postopkom ter za obdolženčevo priznanje pred glavno obravnavo, katerih učinek je, da omogočata izrek sodbe, ne da bi bilo najpomembnejše procesno dejanje opravljeno. To je verjetno najpomembnejši prispevek k pospešitvi kazenskega postopka kot celote, medtem ko naj bi sama glavna obravnava hitreje potekala po odpravljenem obveznem branju obtožnice, načelno odpravljeni obvezni obdolženčevi navzočnosti in branju dokazov, s katerimi so se lahko prava vešče stranke seznanile že med postopkom. Dodatno naj bi bil poljski kazenski postopek pospešen v postopku s pravnimi sredstvi, kjer morajo upravičenci do pritožbe to v vseh primerih napovedati, kjer je pritožbeni preizkus praviloma omejen na zatrjevane pritožbene razloge in kjer je prvostopenjsko sodbo mogoče razveljaviti zaradi dejstev le, ko je treba celotni dokazni postopek ponoviti.

V primerjavi z zgornjima državama smo v Sloveniji razvojno nekoliko dlje, saj je adversarnost kazenskega postopka že del procesnega vsakdana. Posamezna posredovanja slovenskega Ustavnega sodišča tega dejstva ne zanikajo, temveč ga nasprotno potrjujejo, ko je znano, da adversarnost v vseh fazah kazenskega postopka nima enake vsebine, kar je treba v konkretnem primeru prepoznati in nato postaviti v ustrezen kontekst obdolženčevih ustavnih zagotovil, združenih z zahtevo po poštenem sojenju. Smo torej v gibanju, s katerim prehajamo iz oblike v obliko s ciljem uravnoteženega obravnavanja posamezne zadeve, ki v nobeni fazi ni do strank izključujoče, in ob enakem posluhu za njihove procesne interese. Verjetno smo dlje tudi glede snemanja glavnih obravnav, saj je po prvotni splošni naklonjenosti v praksi že mogoče zaznati določeno zadržanost po spoznanju, da izvajanju dokazov sledi njihova ocena, ki jo je v razlogih sodbe včasih težje strniti kot tedaj, ko so dokazi izvajani ob hkratni sestavi zapisnika, v katerega se vpisuje bistvena vsebina poteka glavne obravnave. Če povzetke predsednika senata v zapisniku nadomeščajo običajno dolgotrajnejši posnetki in še obsežnejši prepisi, ki preglednost dokazovanja nedvomno zmanjšujejo, dokazno oceno v razlogih sodbe, kot rečeno, otežujejo, preizkušanja v postopku z rednimi in izrednimi pravnimi sredstvi pa že zaradi posledičnega večjega obsega podaljšujejo. Končno, v Sloveniji

3 Poljski zakon o kazenskem postopku iz leta 1997 je bil po štiriletnem strokovnem usklajevanju spremenjen leta 2013. Spremembe so začele veljati 1. 7. 2015.

je bilo v primerjavi z državami, katerih procesne ureditve so bile v navedenih delih predstavljene na konferenci, veliko narejenega v smeri konsenzualnega končanja kazenskega postopka, kar je z izjemo postopka z izrednimi pravnimi sredstvi dejansko mogoče v kateri koli njegovi fazi. V tem smislu je procesna ureditev v Republiki Avstriji presenetljivo skromna. Priznanja krivde ali sporazuma o priznanju krivde, ki v učinku odpravljata glavno obravnavo, ne poznajo, pred kazenskim postopkom pa je mogoče plačati kazen, povrniti škodo, opravljati delo v splošno korist ali sprejeti pogojno obsodbo s spremljajočimi navodili ali brez njih. Pomembno ožje so tudi možnosti strank, zlasti obdolženca, za izid kazenskega postopka, ko je le sodišču in državnemu tožilcu zapovedano, da morata enakovredno preizkušati dokaze, ki obdolženca obremenjujejo ali so mu v korist, in ko po slišanih poročilih nisem zasledil, kaj ima obdolženi za uresničitev svojih procesnih interesov pravico storiti. Po drugi strani je snemanje glavnih obravnav že nekaj časa uveljavljeno, s tem da je hramba posnetkov odvisna od volje strank, kot je (samo) od te volje odvisen obseg preizkušanj po vloženih pravnih sredstvih. Če je torej obdolženčev procesni položaj v avstrijskem kazenskem postopku določen z zahtevo državi po pravilno ugotovljenem dejanskem stanju, ki se glede tega, razen manjših izjem v predkazenskem postopku, na obdolženčevo voljo ne more ozirati, utegne ta pomembno prispevati k pospešenemu obravnavanju posamezne zadeve, kadar gre za na videz tehnična opravila in za obseg, v katerem bo zadeva v naslednji fazi kazenskega postopka obravnavana. Po eni strani je težko povezati obe ugotovitvi z razmeroma majhnim številom pritožb zoper prvostopenjske sodbe in še z manjšim številom primerov, ko je kot izredno pravno sredstvo vložena *nichtigskeitbeschwerde,*[4] je pa zato po drugi strani lažje razumeti, zakaj v Avstriji niti t. i. mega procesi praviloma ne trajajo dlje od enega leta ter da gredo pripombe na račun dolgotrajnosti predvsem na čas odkrivanja posameznega kaznivega dejanja in fazo zbiranja dokazov.

Madžarski kolegi so vse predstavitve sprejeli z zanimanjem, pri čemer je bilo mogoče zaznati določeno negotovost ob tistih tujih rešitvah, ki sodnika dejansko izločajo iz procesa ugotavljanja dejstev, bolj razgiban odziv pa smo doživeli v zvezi s snemanjem glavnih obravnav, ki drugače kot v Sloveniji niti kot zamisel ni poželo pretiranega navdušenja in ki je zasedlo večino časa, ki ga je organizator namenil razpravi. Menjavale so se pripombe in vprašanja, pri čemer je slovenska ureditev služila zdaj kot argument za večjo transparentnost postopka, zdaj kot vzrok, ki utegne zlasti omenjene mega procese še dodatno podaljšati. Okoliščina, da je v slovenskem kazenskem postopku odločitev o snemanju glavne obravnave v pristojnosti predsednika senata, navzočih ni prepričala, saj so po splošni oceni prednosti snemanja za stranke tolikšne, da jim je to možnost težko odreči.

V sklepu konference je organizator zagotovil, da so bili cilji izpolnjeni. Madžarski udeleženci so se seznanili z vsebino nameravanih sprememb domačega zakona o kazenskem postopku ter s primerljivimi rešitvami v ureditvah sosednjih držav in njihovo praktično uporabnostjo. To je bilo kot pomemben podatek tudi registrirano s strani vodij, ki jim je bila sprememba posameznega dela zakona zaupana, registriran pa je bil tudi odziv udeležencev, s katerim so ti vplivali na zakonodajalčeve namere, pa čeprav le posredno.

4 Po podatkih, ki jih je za leto 2012 predstavil *Friedrich Forsthuber,* je bilo v 34.345 zadevah pred okrajnimi sodišči na deželna sodišča vloženih 4246 pritožb. Zoper sodbe deželnih sodišč je bilo v 51.008 zadevah vloženih 7764 pritožb, medtem ko je bilo navedeno izredno pravno sredstvo, katerega predmet so le pravna vprašanja, vloženo v vsega 786 primerih.