

PRAVOSODNI BILTEN

2/2017

UREDNIŠKI ODBOR

Predsednica Uredniškega odbora

dr. Mateja KONČINA PETERNEL

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

ČLANKI

prof. dr. Angelika Nussberger podpredsednica, Evropsko sodišče za človekove pravice VZAJEMNO DELOVANJE IN MEDSEBOJNI VPLIV EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE IN NACIONALNIH SODIŠČ	11
dr. Judita Dolžan podsekretarka, Ministrstvo za pravosodje prof. dr. Claudia Rudolf izredna profesorica, Pravna fakulteta Univerze na Dunaju UREDBA O DEDOVANJU V TEORIJI IN PRAKSI	35
Primož Križnar sodniški pripravnik na Višjem sodišču v Ljubljani, asistent na Inštitutu za kriminologijo pri PF Univerze v Ljubljani BITCOIN SKOZI TOR IN VPN: KOMPLEKSNA OVIRA PRI PREISKOVANJU KAZNIVIH DEJANJ?	65
dr. Marko Brus višji sodnik Višje sodišče v Ljubljani PODJEMNA POGODBA	93
Tadeja Zima Jenull višja sodnica Višje sodišče v Ljubljani MATERIALNOPRAVNI IN PROCESNI VIDIKI POBOTA	117
mag. Maja Grižon višja strokovna sodelavka Državno pravobranilstvo Republike Slovenije, zunanji oddelek v Kopru NADOMESTILO ZA RAZLAŠČENO NEPREMIČNINO	141
Marjeta Janežić višja pravosodna svetovalka Delovno-socialni oddelek Vrhovnega sodišča Republike Slovenije UREDITEV DELOVNEGA ČASA V SKLADU Z DIREKTIVO O DELOVNEM ČASU	157
dr. Boštjan Tratar državni pravobranilec Republike Slovenije, docent na Fakulteti za državne in evropske študije, Brdo pri Kranju FRANCOSKI PRISEDNIŠKI MODEL SODELOVANJA DRŽAVLJANOV PRI SOJENJU	171

OBITER DICTA

mag. Marjeta Oven

strokovni vodja Centralne pravosodne knjižnice Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

Maja Vavtar

univ. dipl. bibliotekarka v Centralni pravosodni knjižnici Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

VRHOVNO SODIŠČE NA SLOVENSKEM SKOZI ČAS 193

ZAHVALA

Predhodna številka Pravosodnega biltena je nastajala še ob sodelovanju prejšnjih članov uredniškega odbora. Zato bi se ob izidu te številke želeli zahvaliti spoštovanima kolegicama **mag. Nini Betetto**, vrhovni sodnici svetnici, ki je pet let predsedovala uredniškemu odboru, in **Mateji Senih**, namestnici generalnega državnega pravobranilca, ki je bila pet let članica uredniškega odbora, ker sta skupaj s kolegi iz uredniškega odbora v preteklem mandatnem obdobju pomembno prispevali k nadgrajevanju kakovosti Pravosodnega biltena.

Ljubljana, junij 2017

Uredniški odbor

UVOD

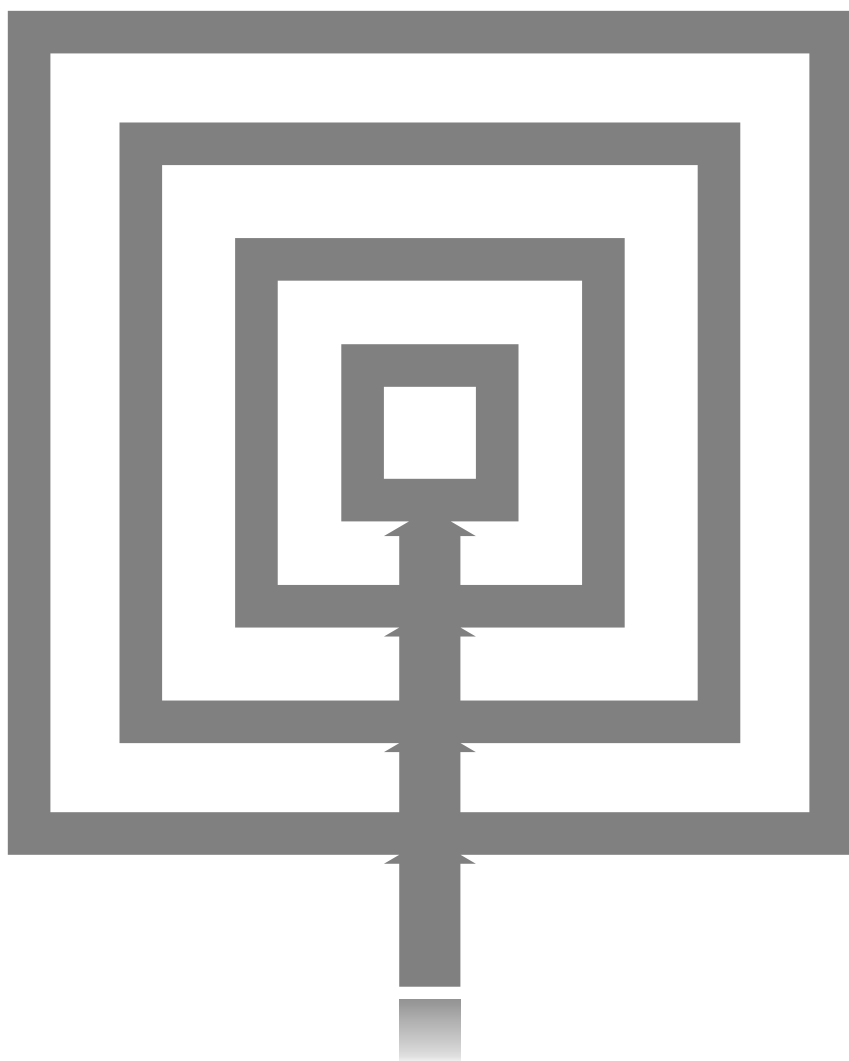
V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na SEMINARJU VARSTVO ČLOVEKOVIH PRAVIC (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 11. november 2016), ŠOLI EVROPSKEGA PRAVA 2016 (Portorož, 9. do 10. maj 2016), GOSPODARSKO PRAVNI ŠOLI 2016 (Portorož, 17. do 19. oktober 2016), ŠOLI ZA DRŽAVNE PRAVOBRANILCE 2016 (Portorož, 16. do 17. november 2016) in v okviru EVROPSKEGA SEMINARJA NA TEMO DELAVSКИH PRAVIC (Portorož, 26. in 27. september 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.

Dodan je še strokovni prispevek avtoric mag. Marjete Oven in Maje Vavtar, prispevek Primoža Križnarja in prispevek dr. Boštjana Tratarja, ki niso bili predstavljeni na izobraževanjih Centra za izobraževanje v pravosodju, vendar smo jih ocenili kot zanimive za naše bralce.

Ljubljana, junij 2017

Uredniški odbor



ČLANKI



VZAJEMNO DELOVANJE IN MEDSEBOJNI VPLIV EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE IN NACIONALNIH SODIŠČ¹

PRIMERJAVA PRISTOPOV V NEMČIJI, SLOVENIJI IN FRANCIJI

prof. dr. h.c. Angelika Nußberger M.A., Vice President, European Court of Human Rights

I. UVOD

1) Vzajemno delovanje in medsebojni vpliv in dialog skozi desetletja

Že več kot pol stoletja sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) oblikuje politične in družbene razprave v Evropi in ima tudi velik vpliv na razvoj prava v državah podpisnicah Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP). Vzajemno delovanje in medsebojni vpliv ali "dialog" med ustreznim ustavnim sistemom in sodbami Sodišča je torej večplasten.

Ta članek je pregled različnih korakov v razvoju vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva ESČP in ustreznih ustavnih sodišč ter se osredotoča predvsem na primer Zveznega ustavnega sodišča ZR Nemčije (FCC). Zanimivo je, da sta ESČP in FCC v petdesetih letih prejšnjega stoletja skoraj hkrati začela svojo "poklicno pot". Tako je bilo več kot pol stoletja časa za razvoj njunega vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva. Razmere v Sloveniji in Franciji so precej drugačne, in to ne samo zato, ker se je Francija pridružila sistemu Sodišča za varstvo človekovih pravic 22 let in Slovenija 42 let pozneje kot Nemčija, ampak tudi zaradi različnosti teh treh ustavnih sistemov.

V zadnjem času je ESČP sprejelo vrsto prelomnih sodb, ki imajo ne samo zelo pomembne pravne, ampak tudi socialne in politične posledice. Najvidnejše sodbe za vsako od teh treh držav so primerno izhodišče za proučevanje vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva posameznega notranjega in evropskega sistema ter jih zato predstavljamo v nadaljevanju.

2) Posebno odmevne zadeve

a. Nemčija

Ena izmed najbolj razvpih sodb proti Nemčiji je bila v zadevi **Gäfgen proti Nemčiji**.² Pritožnika, ki je ugrabil in ubil dečka, nato pa od njegovih staršev zahteval

¹ Izražena stališča so zgolj osebna in nikakor ne zavezujejo Sodišča.

² Sodba v zadevi Gäfgen proti Nemčiji (veliki senat) z dne 1. 6. 2010, št. pritožbe 22978/05.

odkupnino, je nemška policija prišla in mu grozila z mučenjem, da bi razkril, kje je deček, saj je takrat še domnevala, da je deček še živ in ga lahko rešijo. Pritožnik je iz strahu razkril, kje se nahaja dečkovo truplo. ESČP je ugotovilo kršitev 3. člena EKČP (prepoved nečloveškega ravnanja) zaradi načina zasliševanja pritožnika. Ta ugotovitev je sprožila vročo javno razpravo o vprašanju, ali imajo policisti v izrednih razmerah pravico groziti z mučenjem kot skrajnim ukrepom, da bi osebo rešili hudih telesnih poškodb ali smrti.

Tudi zadeva **M. proti Nemčiji**³ je v Nemčiji dvignila veliko prahu. ESČP je ugotovilo, da je retroaktivno podaljšanje preventivnega pridržanja osebe, ki se je štela za nevarno družbi, kršilo prvi odstavek 5. člena EKČP (pravica do svobode in varnosti) in 7. člen EKČP (ni kazni brez zakona). Z naslovi kot "Nemčija bo izpustila na prostost svoje najnevarnejše kriminalce!" je rumeni tisk v Nemčiji izkoriščal prvinski strah ljudi.

Zadeva **Von Hannover proti Nemčiji**⁴ je bila prav tako zelo pomembna za Nemčijo. Do tedaj sta bila nemški tisk in javnost glede javnih osebnosti navajena na širok pristop k svobodi tiska. ESČP pa je odločilo, da javnost nima pravice do informacij o zasebnem življenju javnih osebnosti, če fotografije in članki ne prispevajo k razpravi, ki je v splošnem interesu javnosti. Ta sodba je zelo utrdila varstvo pravice do zasebnosti v Nemčiji, saj je prisilila nemška sodišča, da po dolgem času spremenijo svoj način obravnave takih zadev.

b. Slovenija

Za Slovenijo najpomembnejše sodbe v zadnjih letih so bile nedvomno razglašene v zadevah **Kurić in drugi proti Sloveniji**⁵ ter **Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji**.⁶

Pritožnika v zadevi **Kurić** sta pripadala skupini oseb, znanih kot "izbrisani", ki so bili izbrisani iz slovenskega registra stalnega prebivalstva po razglasitvi neodvisnosti Slovenije leta 1991 in razpadu Jugoslavije, ker se niso odločili za slovensko državljanstvo – možnost, ki je bila kratek čas na voljo vsem nekdanjim jugoslovanskim državljanom. Posledično so izbrisani postali tujci ali osebe brez državljanstva, ki so v Sloveniji prebivale nezakonito, in zaradi tega skoraj 20 let živeli v stiski. Sodišče je poudarilo, da tujec, ki zakonito prebiva v državi, morda želi še naprej prebivati v tej državi, ne da bi nujno pridobil njeno državljanstvo. Ugotovilo je tudi, da težave, s kakršnimi se spoprijemajo pritožniki pri pridobivanju veljavnega dovoljenja za prebivanje, kažejo, da Slovenija ni uredila vprašanja izbrisanih, ker ni uzakonila določb, ki bi omogočile državljanom nekdanje SFRJ z državljanstvom ene od drugih republik, da bi uredili svoj status. ESČP je zato ugotovilo kršitve 8. člena EKČP (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja), 13. člena EKČP (pravica do učinkovitega pravnega sredstva) in 14. člena EKČP (prepoved

3 Sodba v zadevi M. proti Nemčiji z dne 7. 12. 2009, pritožba št. 19359/04.

4 Sodba v zadevi Von Hannover proti Nemčiji z dne 24. 6. 2004, št. pritožbe 59320/00, RJD 2004-VI.

5 Sodba v zadevi Kurić in drugi proti Sloveniji (veliki senat) z dne 26. 6. 2012, št. pritožbe 26828/06.

6 Sodba v zadevi Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji (veliki senat) z dne 16. 7. 2014, št. pritožbe 60642/08.

diskriminacije). Odločilo se je, da uporabi postopek pilotne sodbe, in naložilo vladi, da vzpostavi odškodninsko shemo za izbrisane. Ta zadeva ponazarja številne težave, povezane z državljanstvom, vključevanjem in izključevanjem v državi v tranziciji.

ESČP je v svoji nedavni odločitvi v zadevi **Anastasov in drugi proti Sloveniji** z dne 17. 11. 2016 izjavilo, da je zadovoljno s sistemom, ki ga je Slovenija uvedla po sodbi Kurić, in se je odločilo dokončati postopek pilotne sodbe v zadevi Kurić⁷ za tiste izbrisane, ki so uredili svoj pravni položaj.

V zadevi **Ališić** se je moralo ESČP izreči o tem, kako so se Slovenija in druge države naslednice spoprijele z nalogo ureditve dolgov nekdanje Jugoslavije. Pritožniki so se pritožili, ker niso mogli dvigniti svojih prihrankov v tuji valuti, ki so jih shranili v jugoslovanskih bankah pred razpadom Jugoslavije. Zadeva je sprožila zapletena pravna vprašanja, povezana z reformo bančnega sistema Jugoslavije, ki je bila izvedena le nekaj let prej, preden je država prenehala obstajati. V nekdanji Jugoslaviji so bile banke v družbeni lasti. To je bil izključno jugoslovanski model, ki je temeljil na Titovem načelu samoupravljanja. Tako banke niso niti v zasebni niti v državni lasti. Reforme leta 1990 so povzročile zapletene prenose denarja med različnimi bankami. Razpad Jugoslavije leta 1991 je še bolj zapletel razmere, saj pravna vprašanja niso bila več samo notranja, ampak so postala težavna vprašanja mednarodnega prava, zato je moralo Sodišče poleg jugoslovanskih pravnih podlag upoštevati tudi s tem povezane ustrezne mednarodne določbe in sodno prakso. Sodišče je razsodilo, da je Slovenija (in Srbija) kršila pravice, določene v 1. členu protokola št. 1 k EKČP (varstvo lastnine). Čeprav je sodišče ugotovilo, da mednarodno pravo zahteva reševanje vprašanj nasledstva z dogovori in da se morajo državni dolгови, če ni sklenjenega sporazuma, pravično razdeliti med države naslednice, je kršitve pripisalo le Sloveniji (in Srbiji). Zaradi tega je bila sodba deležna kritike z utemeljitvijo, da bi morale biti na podlagi skupne odgovornosti za sistem, ustvarjen v Jugoslaviji, vse države naslednice dolžne oblikovati skupni odškodninski mehanizem.

Tretja pomembna sodba, ki jo je treba omeniti, je bila izrečena v zadevi **Berger-Krall in drugi proti Sloveniji**.⁸ Pritožniki v tej zadevi so bili člani Združenja najemnikov Slovenije. V nekdanji Socialistični republiki Sloveniji so družbena stanovanja pomenila večji del stavbnega fonda, številna pa so zgradila podjetja v družbeni lasti in drugi javni organi. Običajno so jih dodelili svojim zaposlenim in drugim osebam, ki so tako postali imetniki stanovanjske pravice. V pravni teoriji je bila stanovanjska pravica opisana kot pravica *sui generis*. Slovensko ustavno sodišče je navedlo, da je bila ta pravica bolj zaščitena kot povsem pogodbeno najemna pravica, zaradi česar je bila bolj podobna lastninski pravici kot najemni. V času slovenske tranzicije iz komunistične države v tržno gospodarstvo v devetdesetih letih prejšnjega stoletja je morala država poskrbeti za privatizacijo stanovanj v družbeni lasti, hkrati pa je urejala tudi vprašanja, ki so izhajala iz dejstva, da je bilo treba nekatera stanovanja vrniti njihovim nekdanjim lastnikom, ki so bili razlaščeni v jugoslovanskem obdobju.

7 Odločitev v zadevi Anastasov in drugi proti Sloveniji z dne 17. 11. 2016, št. pritožbe 65020/13.

8 Sodba v zadevi Berger-Krall in drugi proti Sloveniji z dne 12. 6. 2014, št. pritožbe 14717/04.

Pritožniki v zadevi Berger-Krall so se pritožili, da jim je zakonodaja v Sloveniji, ki je urejala to področje, odvzela stanovanjsko pravico in da jim ni zagotovila pravične odškodnine za njihove naložbe v vzdrževanje in izboljšanje stanovanj. ESČP je njihove pritožbe zavrnilo. Čeprav se je Sodišče strinjalo, da stanovanjske reforme posegajo v pravice pritožnikov, je menilo, da so zakonite v smislu 1. člena protokola št. 1. k EKČP. Glede na zgodovinski kontekst političnih in gospodarskih sprememb je Sodišče Sloveniji zagotovilo široko polje proste presoje pri odstranjevanju ostankov komunistične preteklosti države.

Pravna vprašanja, povezana z vsemi temi zadevami, so bila izredno zapletena. Pri obravnavi teh vprašanj je moralo Sodišče upoštevati edinstveno zgodovinsko ozadje, mednarodno pravo in tudi daljnosežne posledice, saj so zadeve vključevale več subjektov mednarodnega prava in več tisoč pritožnikov, sprožile potrebo po pomembnih spremembah zakonodaje in pomenile tudi ogromno finančno breme za Slovenijo.

c. Francija

Zadeve, ki se nanašajo na Francijo, so bile pogosto pomembne tudi izven državnega okvira. To še posebej velja za sodbo v zadevi **S.A.S. proti Franciji**,⁹ ki se lahko šteje za najbolj znano in sporno sodbo ESČP v zvezi s to državo. Zaznamovala je konec dolge in vroče javne razprave o vprašanju, ali naj Francija prepove nikab (pokrivalo, ki zakrije ves obraz razen oči), ki ga nosijo nekatere muslimanske ženske. Dne 11. oktobra 2010 je bil v državnem zboru s 335 glasovi proti enemu sprejet zakon o prepovedi skrivanja obraza na javnih mestih, za katerega na splošno velja, da je še posebej namenjen prepovedi nikaba.

Druge evropske države, ki razmišljajo o podobni zakonodaji, so pozorno spremljale razvoj dogodkov v Franciji, vendar z izjemo Belgije niso sprejele zakona s tako daljnosežnimi posledicami, kot jih ima francoski predpis. Politični analitiki niso bili presenečeni, da je Francija sprejela tako zakonodajo, saj je načelo "laïcité" (francoski sekularizem) temeljno načelo Pete republike. Amnesty International je obsodila sprejetje zakona in muslimani v islamskih državah so javno protestirali proti francoski zakonodaji. Po drugi strani pa so številni islamski učenjaki navajali, da zakrivanje celotnega obraza nima podlage v islamskem pravu. Potem ko je Conseil constitutionnel, najvišji organ Francije za ustavne zadeve, prepoved razglasil za ustavno veljavno, je pritožnica, Francozinja in muslimanka, vložila pritožbo proti zakonu pri ESČP.

Sodišče v Strasbourgu je pritrdilo francoskemu zakonu in odločilo, da ne krši konvencije, med drugim pa je s 15 glasovi proti dvema ugotovilo, da 9. člen EKČP (svoboda mišljenja, vesti in vere) ni bil kršen. Čeprav je Sodišče priznalo, da je izražanje različnih kulturnih identitet neločljivo povezano z demokracijo,¹⁰ je kljub temu sprejelo načelo francoske vlade, da je interakcija med posamezniki ključna pri zagotavljanju, da ljudje v družbi lahko živijo skupaj. Pri tem je Sodišče povezal pojem "živeti skupaj" z "varstvom pravic in svoboščin drugih", ki je določeno v drugem odstavku 9. člena EKČP kot eden izmed legitimnih ciljev, ki lahko upravičijo

⁹ Sodba v zadevi S.A.S. proti Franciji (veliki senat) z dne 1. 7. 2014, št. pritožbe 43835/11.

¹⁰ Sodba v zadevi S.A.S. proti Franciji (veliki senat) z dne 1. 7. 2014, št. pritožbe 43835/11, 120. odstavek.

omejitve svobode vere.¹¹ Sodišče je sprejelo tudi mnenje francoske vlade, da dejstvo, da nekateri skrivajo svoje obraze na javnih mestih,¹² vpliva na interakcijo med posamezniki, in je Franciji zagotovilo široko polje proste presoje v tej zadevi.¹³ Tako je Sodišče presodilo, da se zakon lahko šteje za upravičenega.

Sodniki z odklonilnim mnenjem so grajali večinsko glasovanje z utemeljitvijo, da konvencija ne določa, da različne verske identitete ne smejo oporekati tej pravici. Trdili so, da varuje prav nasprotno svoboščino, namreč pravico posameznika, da ne stopa v stik z drugimi na javnih mestih – pravico biti “zunanja” oseba.

Zadeva **Ebrahimian proti Franciji**¹⁴ se pogosto omenja skupaj s prejšnjo zadevo, saj sta bili obe predmet živahne razprave o razmerju med državo in vero tako v Franciji kot Evropi. Ta sodba se nanaša na odločitev bolnišnice, da pritožnici ne podaljša pogodbe o zaposlitvi zaradi njene zavrnitve, da preneha nositi muslimansko zakrivalo. ESČP ni ugotovilo kršitve 9. člena EKČP, saj je trdilo, da načelo “laïcité” zahteva nevtralnost na področju javnih služb.¹⁵

Številne razprave so se razvlele tudi v zvezi z zadevo **ADEFDROMIL proti Franciji**,¹⁶ saj se je ESČP prvič moralo ukvarjati s prepovedjo sindikatov v (francoskih) oboroženih silah. Sodišče je presodilo, da čeprav bi za svobodo združevanja v oboroženih silah lahko veljale omejitve, določene v drugem stavku drugega odstavka 11. člena EKČP (svoboda zbiranja in združevanja), pa je prepoved ustanovitve sindikata ali včlanitve vanj v tej zadevi oslabilo samo bistvo te svoboščine,¹⁷ kar je imelo za posledico kršitev 11. člena EKČP. Ta sodba je bila pomembna, ker je pretežno odpravila razlike med vojaškim osebjem in drugimi skupinami delavcev glede njihovih pravic, da se skupaj borijo za svoje pravice v zvezi z delom.

Zadeva **EON proti Franciji**¹⁸ je povzročila pravo malo senzacijo v Franciji, saj je obravnavala obsojbo pritožnika, ker je užalil Nicolasa Sarkozyja, tedanjega predsednika Francije, ko je na javni prireditvi mahal s tablo z napisom “Casse toi pov’con” (“Spelji se, pizdun”). Posebnost tega primera je, da je samo nekaj mesecev pred tem predsednik sam izrekel iste besede kmetu, ki je v znak protesta zavrnil rokovanje z njim. Ta stavek je bil nato deležen obsežne medijske pozornosti in so ga uporabljali kot slogan na demonstracijah. Sodišče je ugotovilo kršitev 10. člena EKČP (svoboda izražanja) in pojasnilo, da bo kaznovanje pritožnika zaradi njegovega ravnanja verjetno imelo “negativni učinek” na satirične prispevke k razpravi v splošnem interesu, saj je taka razprava ključna za demokratično družbo.¹⁹

V zadevi **Lambert in drugi proti Franciji**²⁰ je moralo ESČP izraziti svoje mnenje o sodbi *Conseil d’Etat*, vrhovnega sodišča upravnega prava Francije, ki je za

11 Sodba v zadevi S.A.S. proti Franciji (veliki senat) z dne 1. 7. 2014, št. pritožbe 43835/11, 121. odstavek.

12 Sodba v zadevi S.A.S. proti Franciji (veliki senat) z dne 1. 7. 2014, št. pritožbe 43835/11, 141. odstavek.

13 Sodba v zadevi S.A.S. proti Franciji (veliki senat) z dne 1. 7. 2014, št. pritožbe 43835/11, 155. odstavek.

14 Sodba v zadevi Ebrahimian proti Franciji, št. pritožbe 64846/11.

15 Sodba v zadevi Ebrahimian proti Franciji, št. pritožbe 64846/11, 63. odstavek.

16 Sodba ADEFDROMIL proti Franciji z dne 2. 10. 2014, št. pritožbe 32191/09.

17 Sodba ADEFDROMIL proti Franciji z dne 2. 10. 2014, št. pritožbe 32191/09, 60. odstavek.

18 Sodba EON proti Franciji z dne 14. 3. 2013, št. pritožbe 26118/10.

19 Sodba EON proti Franciji z dne 14. 3. 2013, št. pritožbe 26118/10, 61. odstavek.

20 Sodba Lambert in drugi proti Franciji z dne 5. 6. 2015, št. pritožbe 46043/14.

zakonito razglasilo prekinitev umetnega ohranjanja pri življenju Vincenta Lamberta, tedaj starega 37 let, ki je po nezgodi leta 2008 padel v kronično vegetativno stanje popolne odvisnosti od umetnega prehranjevanja in hidracije. Pritožniki, starši, polbrat in sestra V. Lamberta, so trdili, da je prekinitev umetnega ohranjanja pri življenju kršila obveznosti Francije, ki jih določa 2. člen EKČP (pravica do življenja).

ESČP je razsodilo, da sta bila ustrezna francoska zakonodaja in predpisani postopek, na katera so se oprle oblasti pri odločanju, ali naj se umetno ohranjanje pri življenju prekine ali ne, v skladu z zahtevami konvencije. Kljub temu je tragična usoda Vincenta Lamberta razdelila Francijo in ima še vedno ključno vlogo v zdajšnji razpravi o evtanaziji v tej državi. Zaradi protestov pritožnikov in njihovih podpornikov Vincenta Lamberta še vedno ohranjajo pri življenju.

3) Dejstva in številke

Razlike med ustavnimi sistemi Nemčije, Slovenije in Francije so razvidne tudi iz statistike. Podrobnejši pregled števil Sodišča od leta 1959 do 2015²¹ kaže, da je skupno število sodb, ki se nanašajo na Nemčijo, 287 (od tega 182 kršitev), sodb, ki se nanašajo na Slovenijo, 337 (od tega 317 kršitev), in sodb, ki se nanašajo na Francijo, 962 (od tega 708 kršitev).

Eden od razlogov za majhno število sodb v primeru Nemčije je obsežni presejalni učinek nemškega zveznega ustavnega sodišča, ki obravnava vse kršitve človekovih pravic v Nemčiji, preden jih prouči ESČP. To je posledica široke pristojnosti tega sodišča v zvezi s človekovimi pravicami. Slovensko ustavno sodišče prevzema podobno vlogo, v Franciji pa je zaradi odsotnosti klasičnega ustavnega sodišča presejalni učinek občutno manjši. Ta razlaga je še toliko razumljivejša, če upoštevamo, da je Nemčija ratificirala EKČP že leta 1952, Francija leta 1974 in Slovenija šele leta 1994.

Vendar pa se lahko v primerjavi z državami, za katere so značilne visoke številke, kot sta Turčija (3182 sodb, 2812 kršitev), ki je ratificirala konvencijo leta 1954, ali Italija (2336 sodb, 1781 kršitev), ki je ratificirala konvencijo leta 1955, priliv pritožb iz Nemčije, Slovenije in Francije na splošno šteje za zmerne.

II. VZAJEMNO DELOVANJE IN MEDSEBOJNI VPLIV NACIONALNIH USTAVNIH SODIŠČ IN EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Zaradi različnih ustavnih sistemov se vzajemno delovanje in medsebojni vpliv z ESČP med državami pomembno razlikujeta. Medsebojna razmerja bomo proučili v dveh korakih. Najprej bo poudarek na zakonskem okviru za pravosodno sodelovanje med državnimi sodišči (predvsem ustavnimi sodišči) in ESČP, potem pa bo podana analiza vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva v času.

21 Dostopno na: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf.

Varstvo človekovih pravic na evropski ravni ni mogoče brez učinkovitega sodstva v državah članicah. Eden od pomembnih vidikov pri tem je, da je izčrpanje domačih pravnih sredstev ključni pogoj za sprejemljivost pritožbe pred ESČP. Poleg tega ESČP nikoli ni bilo mišljeno kot "evropsko ustavno sodišče". Za ta namen nima samo premalo osebja in pristojnosti, ampak je tudi odvisno od domačih pravnih akterjev, ki morajo delovati kot sита, da bi se zagotovila strokovna presoja pravnih problemov, ki se predložijo v reševanje ESČP.

Glavni pravni akterji na državni ravni so običajno ustavna sodišča skupaj z najvišjimi pravnimi in upravnimi sodišči.

1. Nemčija

V Nemčiji je sodni sistem zapleten zaradi federalizma in specializacije. Ima tri ravni sodišč, dve na deželni (Länder) ravni in eno na zvezni ravni. Hkrati obstaja pet različnih vrst sodišč: upravna sodišča, davčna sodišča, socialna sodišča, delovna sodišča in sodišča z redno (pravno in kazensko) pristojnostjo. Glavni akter v odnosu z ESČP je Zvezno ustavno sodišče ZR Nemčije (FCC), ki ima poseben položaj v ustavnem pravu. Odnos med FCC in ESČP je zelo intenziven, čeprav ne vedno skladen.

Poglavitna značilnost, ki razlikuje FCC od drugih ustavnih sodišč v Evropi, so njegove pristojnosti pri odločanju o posameznih zahtevkih. Ustavna pritožba (*Verfassungsbeschwerde*) je bil uvedena leta 1951 kot politični znak hitre demokratizacije Nemčije po drugi svetovni vojni. To je verjetno najcelovitejše pravno sredstvo, ki je na voljo posameznikom in pravnim osebam proti ravnanju države v Evropi.

a) Normativna načela, na katerih temelji proces vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva

Zanimiva je ugotovitev, da je v skladu z nemško ustavo podlaga za vključitev mednarodnega prava v notranji pravni red šibkejša kot v drugih državah članicah. EKČP se praviloma hierarhično uvršča nad zakonsko pravo, a je podrejeno ustavi.²²

V skladu z drugim odstavkom 59. člena nemške ustave ima EKČP isti status kot drugi zvezni zakoni. Tako bi zakon, sprejet po začetku veljavnosti konvencije v Nemčiji, teoretično razveljavil konvencijo v skladu z načelom "*lex posterior derogat legi priori*". Čeprav je FCC zavrnilo, da bi EKČP štel za del načel mednarodnega prava ("*allgemeine regeln des Völkerrechts*") in ji na tej podlagi (25. člena ustave) podelilo višji status, je našlo način za zagotovitev njene učinkovite uporabe že leta 1987, ko se je prvič spoprijelo s to težavo. FCC je razsodilo, da je treba EKČP upoštevati pri razlagi notranjega prava. Če ni izrecno navedeno, ni mogoče sklepati, da bi domači zakonodajalec sprejel zakon, ki bi nasprotoval konvenciji. Tako so nasprotja reševali na podlagi razlage, ki temelji na odprtosti za mednarodno pravo ("*völkerrechtsfreundliche Auslegung*").²³ Ker so bile visoke pogodbenice zavezane

²² Glej na primer 4. odstavek 15. člena ruske ustave.

²³ Sodba FCC, BVerfGE 74, 358 in naslednji.

k spoštovanju pravnomočnih sodb Sodišča na podlagi prvega odstavka 46. člena konvencije, so morali vsi državni organi, vključno s sodišči, upoštevati sodbje ESČP.

b) Proces vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva skozi zgodovino

aa) Zgodnje obdobje varstva človekovih pravic FCC in ESČP

Ko je bilo leta 1959 ustanovljeno Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP), je že imelo starejšega "brata", ki mu je bila prav tako zaupana naloga varstva človekovih pravic. Nemško zvezno ustavno sodišče (FCC) je začelo delovati leta 1951, torej osem let prej. Do leta 1959 se je že lahko pohvalilo z nekaterimi pomembnimi dosežki. Sprejelo je 302 sodbi in odločbi, ki so objavljene v devetih zvezkih, poleg tega je razvilo številne značilnosti svojega načela varstva človekovih pravic in opredelilo svoj status v novoustanovljenem ustavnem sistemu Zvezne republike Nemčije.

Med številnimi pomembnimi sodbami, ki jih je izreklo, so tudi tri temeljne, sprejete v zgodnjih petdesetih letih prejšnjega stoletja, s katerimi je sistemu varstva človekovih pravic določilo pot, ki se je izkazala za uspešno.

Prvo odločilno zadevo je 16. januarja 1957²⁴ pri FCC vložil politik, ki se je boril proti uradni vladni politiki na področju ponovne združitve in oboroževanja. Zavrnili so mu namreč podaljšanje potnega lista, ker se je štelo, da njegova potovanja v tujino ogrožajo javno varnost Zvezne republike Nemčije. FCC je v tej odmevni zadevi, imenovani "Elfes", presodilo, da je pravica do potovanja v tujino, čeprav ni na seznamu človekovih pravic v nemški ustavi, kljub temu del "splošne svobode ravnanja" (*Allgemeine Handlungsfreiheit*), kot je določena v 2. členu ustave.²⁵ To je pomenilo, da je bilo treba pravzaprav vsako omejitev posameznikove svobode upravičiti na podlagi zakona v okviru ustavnega reda. Tako načelo je uresničevalo domnevo, da je dovoljeno vse, kar ni prepovedano, in je vodilo k vseobsegajočemu varstvu človekovih pravic.

Druga temeljna zadeva, vložena 15. januarja 1958,²⁶ je postala znana pod imenom predstavnika mesta Hamburg Ericha Lütha, ki je javno pozval k bojkotu filmov Veita Harlana, režiserja medvojnega antisemitskega propagandnega filma. Dve filmski družbi sta uspešno vložili pritožbo proti Lüthu, s katero sta mu prepovedali nadaljnje pozivanje k bojkotu. Čeprav se ta zadeva nanaša na nesoglasje med zasebniki, in ne med posameznikom in državo, je FCC ugotovilo kršitev svobode izražanja. V zvezi s tem je Sodišče razvilo teorijo horizontalnega učinka (*Drittwirkung*) človekovih pravic in trdilo, da določbe o človekovih pravicah v ustavi vzpostavljajo objektivni "red vrednot" (*Wertordnung*), ki velja tudi za odnose med posamezniki. Poleg tega je Sodišče pojasnilo delovanje svobode izražanja, ki bi ga teoretično lahko omejili s splošno zakonodajo, vendar je treba to splošno zakonodajo hkrati razlagati tako, da učinkovito zagotavlja svobodo izražanja. Na podlagi tega je FCC ugotovilo kršitev ustave v sodbah nemških sodišč, ki so prepovedale Lüthov poziv k bojkotu.

²⁴ Sodbja FCC v zadevi "Elfes", BVerfGE 6, 32.

²⁵ Besedilo 2. člena ustave: "Vsak posameznik ima pravico do svobodnega razvoja svoje osebnosti, če ne krši pravic drugih ali ne krši ustavnega reda ali moralnega zakona."

²⁶ Sodbja FCC v zadevi "Lüth", BVerfGE 7, 198.

Tretja temeljna zadeva, vložena 11. junija 1958,²⁷ imenovana "*Apothekenurteil*", se nanaša na lekarnarja, ki je hotel odpreti lekarno v majhnem mestu, vendar mu je bilo to prepovedano z utemeljitvijo, da je v mestu že dovolj lekarn. FCC je v tej sodbi razvilo tako imenovano "teorijo različnih korakov" (*Stufentheorie*), kar pomeni uporabo načela sorazmernosti pri konkretnih omejitvah človekovih pravic. Razlikovalo je med objektivnimi in subjektivnimi omejitvami pravice dostopa do poklica in za upravičenje objektivnih omejitev zahtevalo obstoj posebno pomembnih javnih interesov.

To pomeni, da si je nemško ustavno sodišče v času, ko je ESČP šele plaho začelo svoje delo v zadevi *Lawless* proti Irski in 14. novembra 1960 izreklo svojo prvo postopkovno odločitev, že pridobilo izjemen sloves učinkovitega zaščitnika človekovih pravic in je hitelo naprej, ne da bi se pri tem kdaj oziralo na to, kaj dela njegov mlajši brat.

Šele v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja je tudi ESČP sprejelo prelomne sodbe in razvilo nove doktrinarne pristope, predvsem v zadevi *Tyrer* proti Združenemu kraljestvu,²⁸ *Marckx* proti Belgiji²⁹ in *Airey* proti Irski.³⁰ Nenadoma je imelo svoje lastne "adute", kot sta doktrina "živega instrumenta" ali doktrina "učinkovitosti" varstva človekovih pravic, po katerih človekove pravice ne smejo biti "teoretične in navidezne, ampak praktične in učinkovite". FCC podobnih pristopov še ni razvilo, zato ni čudno, da se je začelo z zanimanjem ozirati na to, kaj dela njegov mlajši, a čedalje samozavestnejši brat.

Edinstven v odnosu med obema sodiščema je torej vzporedni razvoj njune sodne prakse po začetnem obdobju, ko je FCC prednjačilo pred ESČP. Deset ustanovnih držav članic Sveta Evrope³¹ bodisi ni imelo ustavnih sodišč³² ali pa so bila ustavna sodišča ustanovljena veliko pozneje.³³ Obe državi, ki sta imeli ustavno sodišče že v poznih petdesetih in zgodnjih šestdesetih letih prejšnjega stoletja, Italija (1955) in Turčija (1961), pa državljanom nista omogočali, da vložijo pritožbe na področju človekovih pravic. Srednje- in vzhodnoevropske države, ki so šele po letu 1990 ratificirale Evropsko konvencijo o človekovih pravicah (EKČP), so se pri vzpostavitvi svojih sistemov ustavnega sodstva praviloma zgledovale po vzoru ESČP in FCC. Tiste, ki so sicer že izkusile nekaj prejšnjih poskusnih obdobj ustavnega sodstva, kot npr. Češka, pa niso imele izdelane sodne prakse, na podlagi katere bi lahko gradile naprej in tekmovale z ESČP.

Še ena značilnost »posebnega odnosa« med ESČP in FCC je, da je posamezni pritožbeni postopek, kot ga omogoča zakon o FCC, vse do zdaj eden najcelovitejših v Evropi, tako da se skoraj nikoli ne zgodi, da bi ESČP odločalo v zadevi proti Nemčiji, ki je FCC prej ne bi obravnaval. Posledica sta tesno vzajemno delovanje

27 Sodba FCC v zadevi "*Apothekenurteil*", BVerfGE 7, 377.

28 Sodba v zadevi *Tyrer* proti Združenemu kraljestvu z dne 25. 4. 1978, št. pritožbe 5856/72.

29 Sodba v zadevi *Marckx* proti Belgiji z dne 13. 6. 1979, št. pritožbe 6833/74.

30 Sodba v zadevi *Airey* proti Irski z dne 9. 10. 1979, št. pritožbe 6289/73.

31 Belgija, Danska, Francija, Irski, Italija, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Švedska, Združeno kraljestvo.

32 Danska, Irski, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Švedska, Združeno kraljestvo, Francija, Belgija, Italija.

33 Npr. Belgija: ustavno sodišče je bilo ustanovljeno leta 1984 kot arbitražno sodišče.

ESČP in FCC, ki sta obe med najstarejšimi ustanovami na področju varstva človekovih pravic na svetu, ter medsebojni vpliv, ki ga imata druga na drugo njuni sodni praksi.

bb) Skladno vzajemno delovanje in medsebojni vpliv obeh sodišč do leta 2004

Na tej doktrinarni podlagi se je razmerje med ESČP in FCC več desetletij razvijalo brez trenj. Statistični podatki kažejo, da je bilo ugotovljenih zelo malo kršitev konvencije, večina pa se je nanašala na trajanje postopka. Med letoma 1959 in 2003 je bilo sprejetih 82 sodb proti Nemčiji in samo pri malo več kot polovici zadev so bile ugotovljene kršitve. Nekatere lahko štejemo za anekdotične, kot npr. sodbo v zadevi Karlheinz Schmidt proti Nemčiji.³⁴ V nemški zvezni deželi Baden-Württemberg so samo moški morali plačati določeno pristojbino, če niso bili pripravljeni sodelovati v prostovoljnem gasilskem društvu, ne pa tudi ženske. Karlheinz Schmidt se je uspešno pritožil zaradi tega diskriminatornega ravnanja. Veliko resnejša je bila zadeva Storck proti Nemčiji,³⁵ v kateri je Sodišče ugotovilo, da so bile mladi ženski kršene pravice iz 5. člena konvencije zaradi neprostovoljnega pridržanja v zasebni psihiatrični kliniki.

Ker je večino neskladnosti povzročila uporaba prava v konkretnih zadevah, in ne sama zakonodaja, večje spremembe pravnega sistema niso bile potrebne.

V tem obdobju pa so bile obravnavane še številne zadeve, ki se lahko štejejo za tesno povezane s posebnostmi nemške zgodovine po drugi svetovni vojni. Ker je bila Nemčija razdeljena država z zahodnim demokratičnim in vzhodnim komunističnim delom, so v zahodnem delu šteli za potrebno sprejetje zaščitnih ukrepov proti komunistični propagandi. Tako javni uslužbenci niso smeli biti člani komunistične partije. Dorothea Vogt, učiteljica, ki je bila vodilna članica nemške komunistične stranke, je menila, da je ta prepoved nezdržljiva s konvencijo. V zelo tesni razsodbi z devetimi glasovi proti osmim je Sodišče ugotovilo kršitev kljub izrecnemu priznavanju "položaja Nemčije v političnem kontekstu časa" in "izkušnji v okviru Weimarske republike in med grenkim obdobjem, ki je sledilo razpadu tega režima".³⁶

Po združitvi je moralo Sodišče odločati v zadevah vračanja premoženja,³⁷ pa tudi v zadevah glede zapornih kazni zaradi kaznivih dejanj, storjenih v času režima Nemške demokratične republike (NDR), predvsem streljanja ubežnikov na nemško-nemški meji.³⁸ Sodišče v nobeni od teh zadev ni ugotovilo kršitev konvencije, čeprav so bila obravnavana vprašanja zelo sporna.

34 Sodba v zadevi Karlheinz Schmidt proti Nemčiji z dne 18. 7. 1994, št. pritožbe 13580/88.

35 Sodba v zadevi Storck proti Nemčiji z dne 16. 6. 2005, št. pritožbe 61603/00.

36 Sodba v zadevi Vogt proti Nemčiji z dne 26. 9. 1995, št. pritožbe 17851/91, 59. odstavek.

37 Sodba v zadevi Von Maltzan in drugi proti Nemčiji z dne 2. 3. 2005, št. pritožb 71916/01, 71917/01 in 10260/02; sodba v zadevi Jahn in drugi proti Nemčiji z dne 30. 6. 2005, št. pritožb 46720/99, 72203/01 in 72552/01.

38 Sodba v zadevi Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji z dne 22. 3. 2001, št. pritožb 34044/96, 35532/97 in 44801/98, sodba v zadevi K.-H.W. proti Nemčiji z dne 22. 3. 2001, št. pritožbe 37201/97.

cc) Spor in kompromis po letu 2004

Spori med FCC in ESČP so se začeli s sodbo ESČP v zadevi Von Hannover proti Nemčiji.³⁹ V primerjavi s težkimi »zadevami, povezanimi z združitvijo«, ki se lotevajo temeljnih vprašanj in vključujejo filozofska vprašanja tranzicijske pravičnosti, je bila vsebina zadeve Von Hannover precej banalna. Nanašala se je na zaščito javnih osebnosti pred vdorom medijev v njihovo zasebno življenje. Vendar se je izkazalo, da to vprašanje odpira vzorčno bojno polje na področju različnih načinov varstva človekovih pravic, s katerimi se je daljše obdobje ukvarjalo veliko sodišč.

Spor med FCC in ESČP ni bil omejen samo na kolizijo med svobodo tiska in pravico do zasebnega življenja v zadevi Von Hannover, ampak se je razvil v treh stopnjah, poimenovanih po posamezni zadevi. Spor se je začel z zadevo Von Hannover, se povzpел na bolj teoretično raven v zadevi Görgülü in na koncu pripeljal do kompromisa v zadevi preventivnega pridržanja.

1) Zadeva "Von Hannover proti Nemčiji"

Sporno vprašanje, obravnavano v zadevi Von Hannover, je bilo, ali novinarji lahko napišejo članek o vsakdanjem življenju princese Von Hannover in uporabijo fotografije, ki prikazujejo njeno nakupovanje na tržnici ali večerjo s prijateljem v ločenem prostoru v restavraciji.

Preden je ESČP leta 2004 sprejelo v obravnavo zadevo Von Hannover, sta imela nemško zvezno sodišče, najvišje pravdno sodišče, in FCC za seboj že dolgoletno sodno prakso glede reševanja kolizij med svobodo tiska in pravico do zasebnega življenja.⁴⁰ Temeljne ideje so bile: Raven varstva se lahko razlikuje glede na to, kako slavna je oseba, o kateri se (foto)poroča v tisku. Javne osebnosti morajo pristati na poročila in fotografije o svojem zasebnem življenju, vse dokler ta poročila niso povezana s tem, kar je treba šteti za "vsiljiv pristop". To ne velja za vse javne osebnosti, ampak le za "osebnosti sodobne družbe *par excellence*" (absolutni javni značaj osebnosti) („*Personen der Zeitgeschichte*“), in sicer zaradi zanimanja javnosti za njihovo življenje in življenjski slog. To zanimanje je upravičeno glede na njihov vpliv in vodilno vlogo v družbi.

V prvi zadevi Von Hannover je FCC sprejelo razlikovanje nemškega zveznega sodišča med fotografijami Caroline von Hannover, ki se je štela za "*Person der Zeitgeschichte*", na tržnici, in fotografijami, posnetimi v trenutku zasebne intimnosti v posebnem prostoru v javni restavraciji. Prve je bilo dovoljeno objaviti, drugih pa ne.

ESČP tega pristopa ni sprejelo. Čeprav je tudi izhajalo iz izhodišča, da je treba pravico do zasebnega življenja uravnesiti s pravico do svobode tiska, je prišlo do drugačnega sklepa.

39 Sodba v zadevi Von Hannover proti Nemčiji z dne 24. 6. 2004, št. pritožbe 59320/00, RJD 2004-VI.

40 Najpomembnejša sodba, ki povzema sodno prakso, je sodba FCC z dne 15. 12. 1999, ki je bila podlaga za sodbo ESČP v zadevi Von Hannover (BVerfGE 101, 361).

Utemeljitev obeh sodišč sta se bistveno razlikovali glede enega samega merila, in sicer prispevka poročil in fotografij k javni razpravi v dani družbi. Medtem ko je FCC zadoščalo, da se ugotovi zanimanje javnosti za življenjski slog javnih osebnosti zaradi njihove vodilne vloge in vpliva, je Sodišče v Strasbourgu razsodilo, da zgolj želja po zadovoljitvi radovednosti javnosti ne upravičuje kršitve pravice do zasebnega življenja. V takem primeru varstvo zasebnega življenja prevlada nad svobodo tiska:

„Sodišče meni, da je treba v temelju razlikovati med poročanjem o dejstvih, celo spornih, ki lahko prispevajo k razpravi v demokratični družbi, npr. v zvezi s politiki pri opravljanju njihovih nalog, in poročanjem o podrobnostih zasebnega življenja posameznika, ki poleg tega sploh ne opravlja uradnih dolžnosti, tako kot v tem primeru. Medtem ko je v prvem primeru tisk uresničeval svojo ključno vlogo „psa čuvaja“ v demokraciji s tem, da je prispeval k „razširjanju informacij in misli o zadevah javnega pomena /.../, v drugem primeru to ni bilo tako.“⁴¹

Posledično se je štel, da objava fotografij Caroline Von Hannover na tržnici krši njeno pravico do zasebnega življenja.

Bistvo sodne prakse Sodišča v Strasbourgu je bil razvoj dodatnega merila, ki se upošteva pri tehtanju pravice do svobode tiska in pravice do varstva zasebnega področja, in sicer merila „prispevka k javni razpravi“.⁴² To merilo kot tako v nemški pravni doktrini ni obstajalo.

Sodišče v Strasbourgu pa se ni osredotočilo samo na prispevek k javni razpravi pri tehtanju zadevnih pravic, ampak je šlo še dlje in kritiziralo vsebinsko podlago pristopa nemških sodišč. Trdilo je, da opis oseb kot „osebnosti sodobne družbe *par excellence*“ zagotavlja tem osebam samo zelo omejeno varstvo zasebnega življenja in pravice do nadzora nad uporabo njihove podobe. Sodišče je poleg tega trdilo, da so idejne zasnove, ki jih je razvila nemška doktrina, preveč nejasne in ne zagotavljajo nobene pravne varnosti takim osebam, saj ne morejo predvideti, v kolikšni meri bo njihovo zasebno življenje zaščiteno in kdaj bodo morale dopuščati vmešavanje.⁴³

Tako je mogoče opredeliti tri sklope kritike: zanemarjanje merila „prispevka k javni razpravi“ pri tehtanju vpletenih interesov, nejasen in nepredvidljiv značaj nemškega prava, kot ga tolmačijo sodišča, in „napačen“ rezultat tehtanja. S to utemeljitvijo je Sodišče sprožilo premik na področju varstva človekovih pravic, kot jih zagotavljata 10. in 8. člen. Medtem ko je bila zaščita rumenega tiska na podlagi 10. člena precej oslABLJena, je bilo varstvo zasebnega življenja javnih osebnosti na podlagi 8. člena okrepljeno.

41 Sodba v zadevi Von Hannover proti Nemčiji z dne 24. 6. 2004, št. pritožbe 59320/00, RJD 2004-VI, § 63.

42 Vendar to merilo ni bilo novo, ampak ga je ESČP že uporabilo v drugih zadevah, glej npr. sodbo v zadevi Tammer proti Estoniji, št. pritožbe 41205/98, 5. in 9. odstavekin naslednji; sodbo v zadevi News Verlags GmbH & Co. KG proti Avstriji z dne 11. 1. 2000, št. pritožbe 31457/96, 52. odstavek in naslednji, RJD 2000-I; sodbo v zadevi Krone Verlag GmbH & Co. KG proti Avstriji z dne 26. 2. 2002, št. pritožbe 34315/96, 33. odstavek in naslednji.

43 Sodba v zadevi Von Hannover proti Nemčiji z dne 24.6.2004, št. pritožbe 59320/00, RJD 2004-VI, §§ 72-75.

V skladu s 46. členom EKČP ni dovolj, da se v konkretni zadevi popravi kršitev in izplača odškodnina. Da bi preprečili nadaljnje kršitve človekovih pravic, je treba sprejeti splošne ukrepe. V zadevi Von Hannover je kršitev povzročila posebna sodna praksa zveznega sodišča, kot jo je spremenilo in potrdilo FCC. To je bilo treba spremeniti. Pri izvrševanju sodb so se nemška sodišča spoprijela z velikimi težavami.

Najprej so morala pregledati in popraviti svojo sodno prakso na podlagi navedb v eni sami zadevi pri reševanju konkretne težave v večstranskem sporu. Ker bi vsak nov primer zahteval novo tehtanje, bi bilo težko zagotoviti pravno varnost. Potem so se morala izogniti znižanju ravni varstva svobode tiska, ker bi to povzročilo težavo glede 53. člena konvencije. Tretjič, merila, ki jih je razvilo Evropsko sodišče, so bila nejasna in nepredvidljiva. Ni bilo splošno sprejete opredelitve, kaj naj se razume kot "javna razprava" in kaj naj bi "prispevalo" k taki razpravi, zlasti ob upoštevanju dejstva, da je bila glavna težava uporaba fotografij, ki so spremljale članke. Poleg tega ni bilo jasno, ali je treba pregledati in popraviti celotno sodno prakso o varstvu zasebnosti pred vmešavanjem medijev ali bi bilo dovolj, če bi jo nekoliko spremenili in vključili prispevek objave k javni razpravi kot novo merilo.

Zvezno sodišče se je strinjalo s spremembo svoje sodne prakse, ne da bi jo pri tem razveljavilo.⁴⁴ Spremenilo je zamisel o omejeni zaščiti "osebnosti sodobne družbe *par excellence*" in jo nadomestilo z načelom stopnjevanega varstva (*abgestuftes Schutzkonzept*). Upoštevalo je merila, ki jih je razvilo sodišče v Strasbourgu, in pojasnilo, da je glede „osebnosti sodobne družbe“ treba nameniti pozornost vprašanju, ali je poročilo prispevalo k javni razpravi in ali je vsebina presegla namero, da se zgolj zadosti radovednosti javnosti. Hkrati je zelo razširilo razlago pojma „javna razprava“ in sprejelo precej ohlapno povezavo med vsebino članka in fotografijami. Tako je za objavo fotografije Caroline von Hannover na smučarskih počitnicah zadostovala povezava s člankom o slabem zdravju vladajočega monaškega princa.⁴⁵

FCC je sprejelo razlago zveznega sodišča in se izrecno sklicevalo na omejeno pravico do nadzora nad odločitvami pravnih sodiščih v zvezi s tem:

„Dejstvo, da lahko tehtanje različnih pravic v zapletenih večstranskih sporih povzroči tudi drugačen izid, ni zadosten razlog, da bi od zveznega ustavnega sodišča zahtevali, naj popravi odločbo sodišča. Vendar pa bi bilo v nasprotju z ustavo, če bi bil obseg varstva (Schutzbereich) ali obseg temeljne pravice napačno ali nepopolno določen in bi bilo tehtanje temu ustrezno napačno, ali pa če zahteve na podlagi ustavnega zakona ali konvencije ne bi bile ustrezno upoštevane. To še posebej velja za usmeritve (Maßgaben) Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki so pomembne za ustavo.“⁴⁶

Na podlagi temeljite analize razvoja sodne prakse nemških sodišč je Sodišče v Strasbourgu sprejelo razlago pojma "razprave v splošnem interesu" v pomembni

44 Glej vodilno zadevo zveznega sodišča BGHZ 171, 275.

45 Glej vodilno zadevo zveznega sodišča BGHZ 171, 275.

46 Sodba FCC, BVerfGE 120, 180 (210).

zadevi velikega senata o tem vprašanju, in sicer v zadevi Von Hannover proti Nemčiji (št. 2):

“Sodišče se zato lahko strinja, da so zadevne fotografije glede na spremljajoče članke vsaj do neke mere prispevale k razpravi v splošnem interesu.”⁴⁷

Posledično se je Sodišče strinjalo tudi z izidom tehtanja med svobodo izražanja in pravico do zasebnega življenja.

Čeprav je izjava Sodišča precej previdna, jo je mogoče razumeti kot korak naproti nemškimi sodiščem v tej razpravi. Razkriva glavni načeli pri izvrševanju sodb ESČP na podlagi načela sorazmernosti v državnem okviru, to sta načelo subsidiarnosti in načelo proste presoje.

Enak pristop je bil potrjen v zadevi Von Hannover proti Nemčiji (št. 3). Pritožba pritožnika se je nanašala na članek o hiši v lasti družine Von Hannover v Keniji z nekaj razmišljanji o domnevno novem trendu, da bogati ljudje dajejo svoje počitniške hiše v najem “navadnim ljudem”. Članek je spremljala z njim nepovezana slika Caroline von Hannover in njenega moža. Okrožno sodišče je v tej zadevi leta 2005 prepovedalo objavo, saj jo je štelo za neupravičeno poseganje v zasebno življenje. Na naslednji ravni pa je pritožbeno sodišče leta 2006 dalo večjo težo svobodi tiska. Leta 2007 se je zvezno sodišče odločilo, da merila, ki jih je razvilo ESČP, v sodbi drugostopenjskega sodišča niso bila upoštevana, saj članek ni obravnaval nobene vsebine, ki bi bila v javnem interesu. FCC pa je imelo leta 2008 znova drugačno mnenje o tej zadevi in je kritiziralo zvezno sodišče, ker ni pravilno uporabilo sodne prakse Sodišča v Strasbourg. Po njegovem mnenju bi poročilo o najemu družinskih hiš lahko sprožilo družbeno razpravo in je torej bilo predmet javnega interesa. Ko se je moralo zvezno sodišče odločiti že drugič v letu 2008, je sprejelo oceno, ki jo je podalo FCC, ki pa nasprotno ni ugotovilo kršitve ustave in je brez navedbe razlogov zavrnilo ponovno obravnavo zadeve.

Sodišče v Strasbourg se je s to rešitvijo strinjalo. Pred izjavo pa je bila navedena omejitev razlage “razprave v splošnem interesu”. Tako je Sodišče poudarilo, da se besedilo člena ne sme uporabljati zgolj kot izgovor za objavo fotografije. Poleg tega je zahtevalo, da povezava med fotografijo in besedilom ne sme biti umetna. Tako je Sodišče dalo nacionalnim sodiščem široke možnosti za uporabo ustreznih meril, vendar ne brez kakršnih koli omejitev.

2) Zadeva “Görgülü proti Nemčiji”

Medtem ko so te sodbe v glavnem osredotočene na reševanje kolizije med svobodo tiska in pravico do spoštovanja zasebnega življenja, pa sodba FCC v zadevi Görgülü vsebuje bolj teoretično razlago medsebojnega odnosa med obema sodiščema in doktrinarnega pristopa k njemu.

47 Sodba v zadevi Von Hannover proti Nemčiji (št. 2) z dne 7. 2. 2012, št. pritožbe 40660/08 in 60641/08, RJD 2012, 118. odstavek.

Zadeva Görgülü je obravnavala pravico biološkega očeta do stikov z otrokom in pravice skrbništva, potem ko je bil otrok oddan v posvojitev brez očetove vednosti ali soglasja. V sodbi⁴⁸ z dne 26. februarja 2004 je ESČP ugotovilo kršitev, ker nemška sodišča, ki so se ukvarjala z zadevo, niso "proučila vseh možnih rešitev problema" ter niso dovolj upoštevala pravic očeta in največje koristi otroka.

Višje deželno sodišče v Naumburgu pa je zavrnilo izvršitev sodbe Sodišča v Strasbourgu na podlagi domneve, da ji ni neposredno zavezano; v zvezi s tem se je izrecno sklicevalo na hierarhični položaj konvencije v nemškem pravnem redu. Pritožnik se je zato še drugič obrnil na FCC in se pritožil zaradi neizvrševanja sodbe ESČP. To je FCC omogočilo, da izdela teoretični postopek izvrševanja sodb Sodišča v nemški zakonodaji, kar je bilo verjetno še toliko bolj dobrodošlo za FCC, saj se je le malo pred tem začel spor v zadevi Von Hannover.

Sodba FCC je pogosto napačno razumljena in popačeno citirana. Pomembno je omeniti, da se je FCC odločilo za dvojni pristop, saj je po eni strani naredilo pomemben korak k ESČP in okrepilo položaj konvencije v nemškem pravnem redu, po drugi strani pa jasno pokazalo in razložilo meje pri izvrševanju sodb ESČP v domači zakonodaji.

Tako je FCC ugotovilo, da je stališče domačih sodišč, ki ne izvršujejo sodb ESČP, nesprejemljivo in krši nemško ustavo:

*"Izpodbijani sklep Višjega deželnega sodišča v Naumburgu z dne 30. junija 2004 krši 6. člen ustave v povezavi z načelom pravne države. Višje deželno sodišče pri odločanju ni v zadostni meri upoštevalo sodb ESČP z dne 26. februarja 2004, čeprav je bilo dolžno to storiti."*⁴⁹

Poleg tega je FCC dvignilo položaj konvencije v nemškem pravnem redu, s tem ko je razglasilo, da je spoštovanje konvencije in sodb, ki na njej temeljijo, del "načela pravne države", ki je "večno načelo", zapisano v tretjem odstavku 79. člena nemške ustave, ki ga pod nobenimi pogoji ni mogoče spremeniti ali prirediti. V zvezi s tem je koristno obsežneje citirati sodbe FCC:

*"Zavezujoči učinek odločitve ESČP zajema vse državne organe in jim načeloma nalaga obveznost v okviru njihovih pristojnosti in brez kršenja zavezujočega učinka zakonodaje in prava (tretji odstavek 20. člena ustave), da končajo trajajočo kršitev konvencije in ustvarijo položaj, ki je v skladu s konvencijo. Narava zavezujočega učinka je odvisna od področja pristojnosti državnih organov in od proste presoje, ki jo določa prednostno pravo. Sodišča so v vsakem primeru dolžna upoštevati sodbo, ki se nanaša na zadevo, o kateri so že odločila, če predsedujejo ponovnemu odločanju o zadevi na postopkovno dopusten način in če so zmožna upoštevati sodbo, ne da bi pri tem kršila materialno pravo. Pritožnik lahko izpodbija spregled te dolžnosti upoštevanja kot kršitve temeljne pravice, katere področje varstva v povezavi z načelom pravne države je prizadeto."*⁵⁰

48 Sodba v zadevi Görgülü proti Nemčiji z dne 26. 2. 2004, št. pritožbe 74969/01.

49 Sodba FCC v zadevi "Görgülü", BVerfGE 111, 307 (citirano iz angleške različice, dostopne na: https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html) § 64.

50 Sodba FCC, BVerfGE 111, 307, 30. odstavek.

Hkrati je FCC jasno določilo, kje so meje izvrševanja sodb ESČP. Predpogoj za izvršitev je po mnenju FCC ta, da so sodbe ESČP "del metodološko opravičljive razlage prava". Poleg tega izvrševanje ne sme biti "shematsko", ampak mora upoštevati učinke na notranji pravni sistem.

Pomembni sta naslednji opozorili: za prvo točko še ni ponazoritve; za zdaj se lahko razume bolj kot teoretično opozorilo oziroma nekakšen zasilni izhod. V vsakem primeru pa to pomeni, da FCC želi imeti vpogled v uporabljeni način razlage. Drugo zahtevo v zvezi z nesamodejnim "vestnim in zavestnim" izvajanjem je mogoče prepoznati v zadevi preventivnega pridržanja, kjer so bila stališča obeh sodišč sprva različna.

3) Zadeva "M. proti Nemčiji"

V Nemčiji obstaja dvotirni sistem kazenskih sankcij, ki povezuje kazni na podlagi krivde in preventivnega pridržanja glede na to, kako nevaren je kriminallec za družbo. Zadnje je mogoče uporabiti tudi potem, ko v prvotni sodbi izrečena zaporna kazen poteče. Ukrepi preventivnega pridržanja so možni samo v zelo posebnih okoliščinah na podlagi načela "*ultima ratio*". Težava je nastala, ko je bila retroaktivno odpravljena 10-letna omejitev preventivnega pridržanja, da bi okrepili zaščito družbe pred najnevarnejšimi kriminalci.

Leta 2009 je ESČP v zadevi M. proti Nemčiji⁵¹ razglasilo sistem preventivnega pridržanja, kot se je razvil na podlagi nove zakonodaje po letu 1998, za neskladen s 5. členom in 7. členom EKČP.

Ker je bila Nemčija na podlagi mednarodnega prava zavezana ne samo izvršiti sodbo Sodišča v konkretnem primeru, se pravi osvoboditi pritožnika in mu plačati ustrezno odškodnino, ampak tudi uskladiti svojo sodno prakso in zakonodajo s konvencijo, se je FCC strinjalo, da pregleda in popravi svojo nekdanjo sodno prakso, ki je zanižala kakršno koli neskladnost sistema preventivnega pridržanja z nemško ustavo iz leta 2004.⁵² FCC je v svoji novi sodbi iz leta 2011 sprejelo enako stališče kot ESČP in razglasilo ustrezne predpise v kazenskem zakoniku za protiustavne.⁵³

Izid vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva obeh sodišč je razumljiv in zgleden. Kljub temu izvedba ni bila "samodejna", ampak prilagojena značilnostim nemškega pravnega reda.

Tako sta imeli sodišči različno mnenje glede razumevanja pravnega pojma "preventivnega pridržanja". V svoji procesni vlogi v vodilni zadevi M. proti Nemčiji⁵⁴ je vlada svoje argumente utemeljila na "dvotirnem sistemu sankcij", ki je strogo razlikoval med "kaznimi" ter "popravnimi in preventivnimi ukrepi", kot je preventivno pridržanje. Vlada je poudarila, da so kazni kaznovalne narave in določene

51 Sodba v zadevi M. proti Nemčiji z dne 17. 12. 2009, št. pritožbe 19359/04, RJD 2009.

52 Sodba FCC, BVerfGE 109, 133.

53 Sodba FCC, BVerfGE 128, 326.

54 Sodba v zadevi M. proti Nemčiji z dne 17. 12. 2009, št. pritožbe 19359/04, RJD 2009.

glede na osebno krivdo storilca, medtem ko so popravni in preventivni ukrepi preventivne narave in odrejeni zaradi nevarnosti, ki jo pomeni storilec ne glede na njegovo krivdo.⁵⁵ Sodišče pa te doktrinarne razlike ni sprejelo. Pojasnilo je, da je „kazen“, kot je razumljena v 7. členu EKČP (ni kazni brez zakona), avtonomen koncept. Izhodišče je bilo, ali je bil zadevni ukrep uveden po obsodbi za kaznivo dejanje. Poleg tega je bilo treba upoštevati njegovo naravo in namen, postopke pri njegovem oblikovanju in izvajanju ter njegovo strogost.⁵⁶ Na podlagi vseh teh meril je preventivno pridržanje, kot se uporablja na podlagi nemške zakonodaje, opredeljeno kot kazen. Čeprav se je Sodišče strinjalo, da je opredelitev ukrepa v domačem pravu prav tako pomemben dejavnik, ga ni štelo za odločilnega. Sodišče je bilo zato mnjenja, da je treba na preventivno pridržanje gledati kot na „kazen“, čeprav je v nemškem pravu opredeljeno kot „popravni in preventivni ukrep“.

FCC je sprejelo stališče Sodišča v Strasbourgu, da je retroaktivna odreditev preventivnega pridržanja kršitev človekovih pravic, ni pa se strinjalo s pravno opredelitvijo Sodišča. Prav nasprotno, v svoji vodilni sodbi iz leta 2011⁵⁷ je podrobno pojasnilo, da je treba dvotirni sistem sankcij podpreti. Obrazložitev ESČP je bila tako prilagojena nemškemu sistemu kazenskih sankcij, kot je opredeljen v njihovem kazenskem zakoniku. Na podlagi tega je FCC razvilo pravni pojem „*Abstandsgebot*“ (zahteva po vzpostavitvi razlike med preventivnim pridržanjem in priporom za prestajanje kazni zapora) kot merilo ustavnosti preventivnega pridržanja. Posameznikov tako na podlagi preventivnega pridržanja ni mogoče pripreti na enak način kot na podlagi zaporne kazni. Preventivno pridržanje mora služiti cilju vračanja ljudi v družbo. Sodišče v Strasbourgu v svoji sodbi M. proti Nemčiji „*Abstandsgebote*“ ni omenilo. Kljub temu je zamisel prevzel nemški zakonodajalec v Zakonu o razlikovanju med določbami o preventivnem pridržanju in določbami o zapornih kaznih (*Gesetz zur bundesrechtlichen udejanjanje des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*).⁵⁸

Sodišče v Strasbourgu je priznalo in pohvalilo način obravnave nemškega ustavnega sodišča v poznejših sodbah.⁵⁹

*„[Sodišče] se strinja z vlado, da je zvezno ustavno sodišče po svoji presoji izvajalo ugotovitve tega Sodišča v zgoraj omenjenih sodbah o nemškem preventivnem pridržanju v domačem pravnem redu. Domačim kazenskim sodiščem in zakonodajalcu je dalo jasne smernice o posledicah, ki jih je treba v prihodnje upoštevati zaradi dejstva, da so bile številne določbe kazenskega zakonika o preventivnem pridržanju v neskladju z ustavo, med drugim zaradi razlage v skladu s konvencijo. Njegova sodba tako odraža in prevzema skupno odgovornost držav pogodbenic in tega Sodišča pri zagotavljanju pravic, določenih v konvenciji.“*⁶⁰

55 Sodba v zadevi M. proti Nemčiji z dne 17. 12. 2009, št. pritožbe 19359/04, RJD 2009, 113. odstavek.

56 Sodba v zadevi M. proti Nemčiji z dne 17. 12. 2009, št. pritožbe 19359/04, RJD 2009, 120. odstavek.

57 Sodba FCC, BVerfGE 128, 326.

58 Zakon sprejet 5. decembra 2012, BGBl. 2425.

59 Sodba v zadevi Kronfeldner proti Nemčiji z dne 19. 1. 2012, št. pritožbe 21906/09, 41. odstavek in naslednji.

60 Sodba v zadevi Kronfeldner proti Nemčiji z dne 19. 1. 2012, št. pritožbe 21906/09, 59. odstavek.

Kljub temu je Sodišče v zadevi Glien proti Nemčiji⁶¹ poudarilo tudi razlike pri izvajanju, ne da bi jih pri tem gajalo:

“[Ustavno sodišče] je menilo, da ni treba shematsko uskladiti pomena ustavnega pojma “kazni” s tistim, ki velja v konvenciji. Bolje se je zateči k ocenam (Wertungen) na podlagi konvencije na ciljno usmerjen način, da se prepreči kršitve mednarodnega javnega prava /.../”⁶²

Res je, da je Sodišče nato ugotovilo kršitve konvencije pri izvajanju novih pravil o preventivnem pridržanju v prehodnem obdobju, ki ga je nemškemu zakonodajalcu dodelilo ustavno sodišče.⁶³ To pa ni bila posledica vsebinskih razlik. Težava je bila v tem, da so celo tisti, ki so bili preventivno pridržani kot “duševno bolne osebe” na podlagi prvega (e) odstavka 5. člena konvencije, ostali v zaporu in niso bili premeščeni v ustrezne ustanove za bolnike s težavami v duševnem zdravju.⁶⁴

To še ni konec zgodbe o usklajevanju predpisa o preventivnem pridržanju s konvencijo. Kljub temu se lahko šteje za zgodbo o uspehu, saj sta bili obe sodišči udeleženi v pravem dialogu in sta poskušali najti skupne rešitve.

2. Slovenija

a) Normativna načela, na katerih temelji proces vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva

Drugi odstavek 153. člena slovenske ustave (*Ustava Republike Slovenije*) določa, da “morajo biti zakoni v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor”. V Sloveniji je zato EKČP hierarhično uvrščena višje kot običajna zakonodaja.

V zvezi s slovensko ustavo pa je Ustavno sodišče Republike Slovenije (*Ustavno sodišče*) že zelo zgodaj, še preden je Slovenija ratificirala EKČP, izjavilo, da ima EKČP poseben položaj v slovenskem ustavnem sistemu.⁶⁵ Pomembnost tega povzdignjenega statusa se izrazi v primerih, ko EKČP zagotavlja višjo raven človekovih pravic kot sama ustava, ker se v teh primerih še vedno uporablja EKČP.⁶⁶ To načelo je zapisano tudi v petem odstavku 15. člena ustave, ki določa, da “nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri”.

b) Proces vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva skozi zgodovino

Slovenija je ratificirala EKČP šele leta 1994, in to v popolnoma drugačnih političnih razmerah in drugačnem zgodovinskem obdobju kot Nemčija in Francija. Ker je

61 Sodba v zadevi Glien proti Nemčiji z dne 28. 11. 2013, št. pritožbe 7345/12.

62 Sodba v zadevi Glien proti Nemčiji z dne 28. 11. 2013, št. pritožbe 7345/12, 47. odstavek.

63 Sodba v zadevi Glien proti Nemčiji z dne 28. 11. 2013, št. pritožbe 7345/12.

64 Sodba v zadevi Glien proti Nemčiji z dne 28. 11. 2013, št. pritožbe 7345/12, 92. odstavek in naslednji.

65 Glej odločbi slovenskega ustavnega sodišča U-I-98/9 z dne 10. 12. 1992 in U-I-48/92 z dne 11. 2. 1993.

66 Matej Avbelj, *Poročilo o Sloveniji*, str. 447; odločbi slovenskega ustavnega sodišča Up-555/03 in Up-827/04 z dne 6. 7. 2006.

relativno mlada država članica, Ustavno sodišče Republike Slovenije in ESČP ne pripadata isti generaciji. Potem ko je Slovenija 25. junija 1991 postala samostojna država, je Ustavno sodišče jugoslovanske republike Slovenije (ustanovljeno leta 1963) postalo ustavno sodišče nove države. Zdajšnje sodno pristojnost pa je pridobilo šele 23. decembra 1991, ko je bila sprejeta ustava novoustanovljene Republike Slovenije, ki je uvedla ločenost posameznih vej oblasti in razglasila ustavno sodišče za najvišji sodni organ v državi. V primerjavi z včasih zapletenim odnosom med nemškim FCC in ESČP za Slovenijo podobna protislovja in podobno vzajemno delovanje in medsebojni vpliv ne veljajo.

Izhodišče v zvezi s posamezno pritožbo na ustavnem sodišču kot učinkovitem sredstvu za odpravo kršitev človekovih pravic je podobno v Sloveniji in Nemčiji. To je ESČP izrecno potrdilo v zadevi **Kurić in drugi proti Sloveniji**: “/.../ Kadar ustavno sodišče obravnava posamično pritožbo in razveljavi pravni akt, ki krši posameznikove ustavne pravice in svoboščine, lahko tudi odpravi kršitve, ki so jih zagrešili organi ali uradniki. Slovenska ustavna pritožba je tako primerljiva s tisto, ki jo poznajo npr. v Nemčiji, Španiji ali na Češkem, kar omogoča ustavnim sodiščem teh držav članic odpravo kršitev temeljnih pravic in svoboščin.”⁶⁷

Na splošno je razmerje med slovenskim ustavnim sodiščem in ESČP skladno. To je bilo očitno že pri zgodnjih zadevah, kot je pilotna sodba v zadevi **Lukenda proti Sloveniji**⁶⁸ glede trajanja postopka, in v sodbi **Mandić in Jović proti Sloveniji**⁶⁹ glede razmer v zaporih.

V zadevi Kurić se je dialog med ustavnim sodiščem in ESČP izkazal za zelo plodnega. Ustavno sodišče je dele ustrezne zakonodaje v pravni bitki glede izbrisanih razglasilo za protiustavne in je tako probleme, povezane s pomanjkanjem ureditve pravic izbrisanih, ocenilo enako kot ESČP mnogo let pozneje. Bistvo zadeve je bilo, da sodbe ustavnega sodišča zaradi političnih napetosti niso bile nikoli izvršene. V tem primeru pa med ustavnim sodiščem in ESČP ni bilo spora; nasprotno, bila sta na isti strani. Problemi v zadevi Kurić so bili večinoma na področju odgovornosti zakonodajalca.

Podobno je v času priprav na sodbo v zadevi Ališić Ustavno sodišče Slovenije dokazalo svoj čut za varstvo temeljnih pravic varčevalcev. Potem ko so bili med čakanjem na izid pogajanj o nasledstvu ustavljeni skoraj vsi postopki v zvezi s “starimi” deviznimi hranilnimi vlogami, je ustavno sodišče decembra 2009 na predlog dveh hrvaških varčevalcev razglasilo ta ukrep za protiustaven in s tem odprlo pot za obravnavo zahtevkov pred slovenskimi pravnimi sodišči.

Pri odpravljanju posledic v zadevi Ališić si je Slovenija tudi močno politično prizadevala za izvršitev pilotne sodbe Sodišča in tako izkazala odprtost za konstruktivno sodelovanje s Sodiščem tudi v položaju, ki je bil težak in boleč ter je terjal ogromna finančna sredstva. Vendar je po sodbi Ališić o skladnosti slovenske zakonodaje z zahtevami Sodišča v tej sodbi treba še izdati prvo odločbo.

67 Sodba v zadevi Kurić in drugi proti Sloveniji (veliki senat) z dne 26. 6. 2012, št. pritožbe 26828/06, 297. odstavek.

68 Sodba v zadevi Lukenda proti Sloveniji z dne 6. 10. 2005, št. pritožbe 23032/02.

69 Sodba v zadevi Mandić in Jović proti Sloveniji z dne 20. 10. 2011, št. pritožb 5774/10 in 5985/10.

Pozitiven medsebojni odnos je bil očiten tudi v zadevah, v katerih je ESČP potrdilo predhodno presojo slovenskega ustavnega sodišča. Pri odločitvi v zadevi **Jelševar in drugi proti Sloveniji**⁷⁰ o pritožbi pritožnikov, da je njihov ugled prizadet zaradi dogodkov, opisanih v knjigi, je ESČP ugotovilo, da je obravnava slovenskega ustavnega sodišča težkih vprašanj, ki jih sproža ta zadeva o svobodi izražanja, razumna in v skladu z njegovo lastno sodno prakso.

So pa tudi primeri, v katerih je Sodišče zavzelo drugačno stališče. Ena od teh zadev je **Mladina, d. d., Ljubljana proti Sloveniji**.⁷¹ Zadeva je potekala v povezavi s svobodo izražanja, na katero se je sklicevala revija Mladina, ki je ostro kritizirala slovenskega politika, ki se je med parlamentarno razpravo posmeheval homoseksualcem. Čeprav je slovensko ustavno sodišče zavrnilo pritožbo revije in navedlo, da so domača sodišča vzpostavila pravično ravnotežje med svobodo izražanja in dostojanstvom politika, je ESČP ugotovilo kršitev konvencije, ker glede na celotno ozadje razlogov, ki so jih navedla domača sodišča, ni bilo mogoče šteti za zadostne.⁷²

Položaj v Sloveniji je tako bolj podoben tistemu v Nemčiji zaradi močne vloge slovenskega ustavnega sodišča. Glavna razlika pa je, da se sodna praksa obeh sodišč ni razvijala hkrati. Prav nasprotno, ko je leta 1991 začelo delovati slovensko ustavno sodišče, se je že lahko sklicevalo na dobro razvito sodno prakso ESČP na področju človekovih pravic.

3. Francija

a) Normativna načela, na katerih temelji proces vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva

Ko je Francija leta 1974 ratificirala EKČP, je konvencija zaradi monistične narave pravnega sistema samodejno postala del francoskega pravnega sistema. Poleg tega 55. člen francoske ustave določa, da pogodbe, ki so ustrezno ratificirane, prevladajo nad zakoni parlamenta, zato EKČP prevlada nad državnimi zakoni v Franciji.

Glede ustave je *Conseil d'État* v svoji odločbi **Sarran, Levacher et autres**⁷³ iz leta 1998 navedel, da mednarodne pogodbe, in tako torej tudi EKČP, niso nadrejene francoski ustavi.

b) Proces vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva skozi zgodovino

Kljub temu, da je Francija država izvora slavne "*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*" (*Deklaracije o pravicah človeka in državljana*) iz leta 1789, je njen odnos do ESČP in konvencije ambivalenten. To dokazuje razmeroma pozna ratifikacija EKČP leta 1974, kar je kar 21 let po tem, ko je konvencija je začela

⁷⁰ Odločitev v zadevi Jelševar in drugi proti Sloveniji z dne 11. 3. 2014, št. pritožbe 47318/07.

⁷¹ Sodba v zadevi Mladina, d. d., Ljubljana proti Sloveniji z dne 17. 4. 2014, št. pritožbe 20981/10.

⁷² Sodba v zadevi Mladina, d. d., Ljubljana proti Sloveniji z dne 17. 4. 2014, št. pritožbe 20981/10, 47. odstavek.

⁷³ Odločba *Conseil d'État* v zadevi *Sarran, Levacher et autres* z dne 30. 10. 1998, Rec. Lebon, str. 368.

veljati, in sprejetje posameznih pritožb na ESČP šele leta 1981. Vendar je Francija do danes ratificirala skoraj vsak dodatni protokol k EKČP in odnos do konvencije se je spremenil iz odpora v odprtost in sodelovanje.

Toda glavno vzajemno delovanje in medsebojni vpliv nacionalnih sodišč Francije in ESČP ne poteka med *Conseil constitutionnel* (Ustavni svet) in ESČP, kot bi lahko sklepali na podlagi analize procesa vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva v Nemčiji in Sloveniji. Razlog za to "odstopanje" je, da Francija nima "klasičnega" ustavnega sodišča, kot je tradicionalno razumljeno v Nemčiji, Sloveniji in večini evropskih držav. V Franciji sta *Cour de cassation* (najvišje sodišče Francije na področju civilnega in kazenskega prava) in *Conseil d'État* (najvišje upravno sodišče Francije) tisti sodišči, ki najbolj intenzivno sodelujeta z ESČP. Kljub temu je *Conseil constitutionnel* še naprej najvišji organ Francije za ustavna vprašanja, zaradi česar je ta ustanova najbližje tradicionalnemu ustavnemu sodišču v tej državi, zlasti po nedavnih reformah. Zato si ga je treba podrobno ogledati.

Conseil constitutionnel je vzpostavila ustava Pete republike 4. oktobra 1958. Njegova naloga je zagotoviti, da se spoštujejo načela in pravila francoske ustave. Člani *Conseil constitutionnel* niso poklicni sodniki, to pa je vidik, ki je bil za Charlesa de Gaulla pomemben. Želel se je izogniti temu, da bi Francijo vodili sodniki. Ta strah je skladen s tradicionalnim načelom francoske pravne kulture, ki sega vse do Montesquieuja, ki je sodstvo imel za "usta prava" ("*la bouche de la Loi*"). Sodniki ne smejo biti izpostavljeni skušnjavi, da bi lastno razumevanje zakonov postavili nad pomen, ki jim ga je namenil parlament. Glavni namen *Conseil constitutionnel* je odločati, ali so domači zakoni v skladu z ustavo. Desetletja je bil tak nadzor mogoče samo *ex ante*, torej pred začetkom veljavnosti zakonov. Od leta 2010 pa *Conseil constitutionnel* s pomočjo *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) lahko preveri tudi veljavni zakon, ki se uporablja za posameznika. Kljub temu ta reforma ne posnema sistema ustavnih pritožb v Nemčiji in Sloveniji. Ustavni nadzor je mogoč le, če se domače sodišče, ki mu je zadeva dodeljena, in sodišča, ki so mu nadrejena, strinjajo, da vprašanje na podlagi pritožnikove zahteve prenesejo na *Conseil constitutionnel*. Zato se večina strokovnjakov strinja, da QPC ni predpogoj za izčrpanje domačih pravnih sredstev, kot to zahteva prvi odstavek 35. člena EKČP, preden se zadeva preda Sodišču v Strasbourg.

Prvič se je *Conseil constitutionnel* izrekel o EKČP v svoji odločitvi **IVG**⁷⁴ iz leta 1975, v kateri je izjavil, da se ne šteje za pristojnega obravnavati skladnost domače zakonodaje z mednarodnimi pogodbami, saj je njegova vloga na podlagi francoske ustave zgolj obravnavati skladnost domačih zakonov z ustavo. Ta odločitev je bila deležna intenzivnega razpravljanja in kritike, saj je pri domačih sodiščih povzročila negotovost glede njihove pristojnosti na področju odnosa med domačimi zakoni in konvencijo. Ker po letu 1975 *Conseil constitutionnel* ni izdal nobenih drugih odločitev v zvezi s tem vprašanjem, francoski strokovnjaki danes odnos med *Conseil constitutionnel* in ESČP pogosto opišejo kot "tihi" dialog ("*dialogue sans paroles*").

74 Odločitev IVG *Conseil constitutionnel* z dne 15. 1. 1975, št. 74-54 DC.

Da bi zapolnili to praznino, je *Cour de cassation* v svoji znani sodbi **Société des cafés Jacques Vabre**⁷⁵ leta 1975 razglasilo, da se je štelo za pristojno izreči se o skladnosti zakonov z mednarodnimi pogodbami, v tem primeru s pravom Evropske gospodarske skupnosti. V poznejši sodbi leta iz 1996 je *Cour de cassation* v zadevi **Commandos anti-IVG**⁷⁶ izjavilo isto v zvezi z EKČP. Skupaj z ustreznimi odločitvami *Conseil d'État*, in sicer v zadevi **Nicolo**⁷⁷ iz leta 1989 (glede prava Evropske gospodarske skupnosti) in v zadevi **Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres**⁷⁸ iz leta 1990 (glede EKČP), sta ti dve vrhovni sodišči utrlj pot neposredni uporabi EKČP in mednarodnemu pravu na splošno.

Pri vzajemnem delovanju in medsebojnem vplivu ESČP in nacionalnih sodišč je mogoče razločiti tri razvojne stopnje. V zgodnji razvojni stopnji "blažene nevednosti" domači sodniki niso hoteli upoštevati konvencije pri razlagi francoskega prava in razveljaviti državnih meril, ki so bila v nasprotju s konvencijo. V drugi razvojni stopnji, ki se je začela v devetdesetih letih prejšnjega stoletja in temelji na prelomnih sodbah zgoraj omenjenih *Conseil d'État* in *Cour de cassation*, je potekala intenzivna razprava o tem, kako razlagati domače pravo glede na EKČP. V Franciji so odmevno sodbo ESČP v zadevi **Kress proti Franciji**⁷⁹ močno kritizirali zaradi domnevnega neupoštevanja francoske pravne tradicije v obliki *Commissaire du gouvernement* (vladnega komisarja), dolgoletne francoske ustanove, podobne generalnemu pravobranilcu na Sodišču Evropske unije, čeprav je bil ta pravzaprav vzpostavljen po francoskem vzoru. Kljub temu je odnos med Francijo in ESČP zaradi prepričljivosti konvencije in sodne prakse ESČP vstopil v svojo tretjo in zadnjo razvojno stopnjo, za katero sta značilna predvsem sodelovanje in medsebojni navdih.

Nacionalna sodišča in drugi organi so sprejeli sodbe Sodišča v Strasbourgu celo v zadevi **Mennesson proti Franciji**,⁸⁰ v kateri je bilo ugotovljeno, da je Francija kršila konvencijo, ker je zavrnila vpis otroka francoskega para, ki ga je rodila nadomestna mati v ZDA, v matični register. Čeprav je bila ta sodba v očitnem nasprotju s sodno prakso *Cour de cassation*, ki zagovarja trdno stališče Francije proti nadomestnemu materinstvu, je bila večinoma sprejeta. Pomembne sodbe ESČP v zvezi s svobodo izražanja so bile prav tako široko sprejete, čeprav so jasno nasprotovale presoji francoskih sodišč (glej na primer zadevi **EON proti Franciji** in **Morice proti Franciji**).⁸¹

V nedavni zadevi **Mme C. A.**⁸² je *Conseil d'État* sprejel odločitev v nasprotju z veljavno notranjo zakonodajo, da bi bila v skladu z zahtevami EKČP, kot jo je

75 Sodba *Cour de cassation* v zadevi *Société des cafés Jacques Vabre* z dne 24. 5. 1975, zvezek št. 4, str. 6.

76 Sodba *Cour de cassation* v zadevi *Commandos anti-IVG* z dne 27. 11. 1996, zvezek št. 431, str. 1245; glej tudi Helen Keller in Alec Stone Sweet (ur.), *A Europe of Rights*, 2012, str. 117.

77 Sodba *Conseil d'État* v zadevi *Nicolo* z dne 20. 10. 1989, Priporočilo Lebon, str. 190.

78 Sodba *Conseil d'État* v zadevi *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres* z dne 21. 12. 1990, Priporočilo Lebon, str. 369; glej tudi Helen Keller in Alec Stone Sweet (ur.), *A Europe of Rights*, 2012, str. 117.

79 Sodba v zadevi *Kress proti Franciji* z dne 7. 6. 2001, št. pritožbe 39594/98.

80 Sodba v zadevi *Mennesson proti Franciji* z dne 26. 6. 2014, št. pritožbe 65192/11.

81 Sodba v zadevi *Morice proti Franciji* (veliki senat) z dne 23. 4. 2015, št. pritožbe 29369/10.

82 Sodba *Conseil d'État* v zadevi *Mme C. A.* z dne 31. 5. 2016, št. pritožbe 396848.

razlagal sam *Conseil d'État*. To je storil, čeprav se ESČP še ni izreklo o zadevi. Zadeva se je nanašala na vprašanje, ali je pritožnica imela pravico pridobiti shranjene semenčice svojega pokojnega moža, da bi lahko začela postopek oploditve v Španiji, ker v Franciji tak postopek ni bil dovoljen. *Conseil d'État* je v duhu "pričakovane poslušnosti" ovrgel svojo predhodno sodno prakso in izjavil, da lahko znova pregleda upravne odločbe glede na EKČP. Nato je sklenil, da je bila sama odločitev *in concreto*, kljub temu, da je bila prepoved francoskih organov v skladu s francosko notranjo zakonodajo, in čeprav je bila ta zakonodaja *in abstracto* skladna z EKČP, nezdružljiva s pravicami vdove, ki jih zagotavlja 8. člen EKČP (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja). Zato je *Conseil d'État* odredil bolnišnici, naj sprejme potrebne ukrepe, da omogoči izvoz semenčic v Španijo.

Glede razvoja te zadeve je pri ESČP mogoče zaznati znake zadržanosti. Opaziti je odpor do poseganja v bistvena načela francoskega javnega reda. Sodišče je pokazalo spoštovanje demokratičnega procesa odločanja, kot je razvidno iz zadeve Lambert in drugi proti Franciji. Poudarilo je tudi pomen ustavnih načel, kot je načelo "laïcité" (glej omenjeni zadevi S.A.S. proti Franciji in Ebrahimian proti Franciji).

Na koncu je mogoče ugotoviti, da so kljub nekoliko zapoznelemu začetku vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva francoskih domačih sodišč in ESČP značilne poteze in tradicija francoskega pravnega sistema prispevale k zelo intenzivnemu pravnemu dialogu. Jasno je, da je za prilagoditev pravnega sistema, ki temelji na dolgi tradiciji, novim "evropskim" zamislim potrebno medsebojno razumevanje in da se to ne more zgoditi čez noč. Tako kot v vseh državah članicah bo razvoj v prihodnosti odvisen od številnih dejavnikov, ki so zakoreninjeni ne samo v domačem pravnem sistemu, temveč tudi v splošnem razvoju mednarodnega prava in politike. To še posebej velja, ker sodna praksa Sodišča obravnava zelo občutljiva in pomembna politična in socialna vprašanja.

III. SKLEP

Medsebojna povezanost ESČP in nacionalnih sodišč v Nemčiji, Sloveniji in Franciji predstavlja tri ločene in poučne primere pravosodnega vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva na najvišji evropski ravni. Razlike v zgodovini in pravnih sistemih so izzivi za posamezne države, ki so jih in jih še bodo morale obvladati, da bi našle svoje mesto v tako intenzivnem sistemu, kot je evropski sistem varstva človekovih pravic.

V Nemčiji je bil po zgodnji poskusni razvojni stopnji ustrezen način vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva izoblikovan šele s pomočjo dolgega in zapletenega dialoga. Čeprav je Slovenija ratificirala EKČP šele leta 1994, so jo ostanki njene komunistične preteklosti in nekatere druge težave, s katerimi se srečujejo številne vzhodnoevropske države (kot razmere v zaporih), potisnili v intenziven dialog s Sodiščem. To je imelo za posledico znatno krepitev varstva človekovih pravic v Sloveniji ter je to državo in njeno odprto sodelovanje s Sodiščem v Strasbourgu postavilo za vzor drugim državam naslednicam nekdanje Jugoslavije. Tudi Francija je imela svoje težave pri prilagajanju na mednarodni sistem varstva človekovih

pravic, še bolj pa na sodno prakso mednarodnega Sodišča. Čeprav je Francija, podobno kot Velika Britanija, ena od najpomembnejših predhodnikov na področju varstva človekovih pravic na svetu, njena pravna dediščina, tako kot britanska pravna dediščina, ni vedno združljiva s sodno prakso ESČP.

Vzorcev vzajemnega delovanja in medsebojnega vpliva ni mogoče kopirati, vendar lahko izkušnje drugih držav članic prispevajo k učinkovitejšemu varstvu človekovih pravic in spodbudijo izvrševanje sodb. S tega vidika izvrševanje sodb Von Hannover in sodb o nemških določbah o varnostnem pridržanju na eni strani ter sodb Kurić in Ališić na drugi lahko služi kot posebej dober primer.

Od ustanovitve ESČP in nemškega FCC v petdesetih letih prejšnjega stoletja so se osnovna merila bistveno spremenila. Hladna vojna se je končala in 47 evropskih držav se je odločilo, da prispevajo k projektu skupne sodne prakse na področju človekovih pravic. Sodišča za človekove pravice niso več *terra incognita*, torej eksperiment z neznanim izidom, ampak so globoko zasidrana v vseh evropskih družbah.

Pionirski razvoj teorije vseobsegajočih človekovih pravic, ki ga je začelo FCC v petdesetih letih prejšnjega stoletja, so prevzela druga sodišča, med njimi tudi ESČP.

Od svoje 50-letnice dalje je ESČP poznano pod imenom "vest Evrope". Ob 60-letnici nemškega FCC pa sta bila senata tega sodišča poimenovana "srčna prekata republike". Obe metafori kažeta, kako pomembni sta ti dve sodišči, eno na nacionalni in drugo na evropski ravni. Enako velja tudi za slovensko ustavno sodišče in najvišja francoska sodišča. Ne smejo se šteti za tekmece, ampak za partnerje v dolgotrajnem dialogu.

UREDBA O DEDOVANJU V TEORII IN PRAKSI

dr. Judita Dolžan, LL.M. (Humboldt), podsekretarka, Ministrstvo za pravosodje
prof. dr. Claudia Rudolf, izredna profesorica, Pravna fakulteta Univerze na Dunaju

1. UVOD

V juniju 2012 je Svet sprejel končno besedilo Uredbe (EU) št. 650/2012 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 (v nadaljevanju: uredba o dedovanju), ki je začela veljati dvajseti dan po objavi v Uradnem listu Evropske unije.¹ Uredba je bila sprejeta po dolgotrajnih pogajanjih, ki so po mnenju nekaterih ena doslej najtežjih na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah.² Na slednje kaže tudi dejstvo, da je od objave zelene knjige o dedovanju in oporokah³ do objave predloga uredbe jeseni 2009 in njenega sprejema minilo kar sedem let.

Uredba o dedovanju ureja primere dedovanja s čezmejno razsežnostjo. Za takšen primer gre na primer takrat, ko tuji državljani umre v Republiki Sloveniji in zapusti premoženje tako v Republiki Sloveniji kot v državi svojega državljanstva (npr. Američan, ki je zapustil hišo v Sloveniji, stanovanje v ZDA, bančni račun v Nemčiji). Nadalje je primer čezmejnega dedovanja predstavlja tudi, ko je zapustnik slovenski državljani, ki je zapustil premoženje v tujini (v državi EU ali tretji državi), npr. počitniško hišo na Hrvaškem in bančni račun v Švici. V takšnem primeru se najprej zastavi vprašanje, katero sodišče je (mednarodno) pristojno za vodenje zapuščinskega postopka; nadalje vprašanje, katero pravo je treba uporabiti (kdo so dediči ipd.), na koncu pa še vprašanje, kako upravičenci (dediči, voliljojemniki) v tujini izkazujejo svoj status oziroma kako lahko dosežejo priznanje tuje sodne odločbe ali nacionalnega potrdila o dedovanju.

Pred začetkom veljavnosti uredbe so pravni redi držav članic različno urejali določitev prava, ki se uporablja za dedovanje, in določitev pristojnega organa za izvedbo zapuščinskega postopka. V nekaterih državah je bila navezna okoliščina za pravo, ki se uporablja, državljanstvo zapustnika,⁴ ponekod drugje zadnje prebivališča zapustnika.⁵ Nadalje je obstajalo razlikovanje med sistemi

1 Prvi odstavek 84. člena uredbe.

2 Tako Wagner, nav. delo, str. 1334.

3 Dostopno na: <http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_succes_sl.pdf> (8. 8. 2016).

4 Poleg Slovenije še v Nemčiji, Grčiji, Italiji, Španiji, na Češkem in Madžarskem. Pri tem se kot prednost te navezne okoliščine štejeta pravna varnost in enostavnost uporabe, saj je državljanstvo enostavno dokazati z ustrezno listino. Glej Leitner, nav. delo, str. 2.

5 Na primer v Belgiji, na Danskem in v Luksemburgu in Franciji. Glej Leitner, nav. delo, str. 2.

enotne zapuščine⁶ in sistemi deljene zapuščine.⁷ Posledica razlik med različnimi kolizijskimi pravili držav članic in pravili o mednarodni pristojnosti so skupaj z razlikami v materialnem pravu držav članic, ki sicer ostajajo tudi po sprejetju uredbe, je pomanjkanje pravne varnosti tako pri načrtovanju zapuščine kot tudi pri uveljavljanju pravic upravičencev.

Uredba o dedovanju kot akt, ki unificira pravila mednarodnega zasebnega dednega prava, želi odpraviti prav navedeno: omogočiti državljanom, da vnaprej uredijo svoje dedovanje, in odpraviti težave, s katerimi se ti srečujejo pri uveljavljanju svojih pravic pri dedovanju s čezmejnimi posledicami.⁸

Uredba poleg uvodnih in končnih določb zajema šest poglavij, in sicer: področje uporabe uredbe (I. poglavje), pristojnost (II. poglavje), pravo, ki se uporablja (III. poglavje), priznanje in izvršitev odločb v dednih zadevah (IV. poglavje), sprejemljivost in izvrševanje javnih listin v dednih zadevah (V. poglavje) ter evropsko potrdilo o dedovanju (VI. poglavje). Iz tega jasno izhaja, da ne unificira nacionalnih materialnih pravil dednega prava, ki v bistvenem ostaja v pristojnosti držav članic.⁹

Že na začetku je treba poudariti, da v skladu s cilji uredbe ta uvaja načelo enotnosti zapuščine.¹⁰ Namesto državljanstva zapustnika kot navezno okoliščino tako za določitev pristojnega sodišča kot tudi za določitev prava, ki se uporablja, določa zadnje običajno prebivališče zapustnika.¹¹ Iz navedenega izhaja, da je za izvedbo postopka načeloma pristojen organ le ene države članice, ki načeloma uporabi lastno pravo in odloči o celotni zapuščini ter izda evropsko potrdilo o dedovanju.

V nadaljevanju prispevka bodo na kratko predstavljena posamična poglavja uredbe, pri čemer bo hkrati predstavljen tudi del novele Zakona o dedovanju (ZD-C),¹² v katerem je zajeta prilagoditvena zakonodaja k uredbi. Kljub temu, da uredba v celoti zavezuje in velja v vseh državah članicah neposredno, ne da bi bil potreben njen prenos v nacionalno pravo,¹³ je v določenih primerih, kakršen je tudi konkretni, treba za zagotovitev njene učinkovite uporabe in dosego njenih ciljev potrebna še prilagoditev nacionalne zakonodaje, pri čemer to določa izrecno ali v uredbi.¹⁴ Pri tem je sprejem izvedbene zakonodaje dovoljen pod pogojem, da ta upošteva področje uporabe uredbe in da je potrebna za zapolnitev praznine v uredbi.¹⁵

6 Tu se kot navezna okoliščina za dedovanje celotne zapuščine uporablja le eden od naveznih okoliščin (državljanstvo, zadnje običajno prebivališče, domicil). Tak sistem razen v Sloveniji imajo tudi Nemčija, Avstrija, Italija, Španija in še nekatere druge. Glej Dutta, nav. delo, str. 554, op. 42.

7 V teh sistemih se za dedovanje premoženja uporablja pravo, ki se navezuje na zapustnika, nepremična zapuščina pa se deduje po pravu, kjer je nepremičnina (*lex rei sitae*). Tak sistem poznajo npr. v Belgiji, Franciji, Luksemburgu, na Irskem in v Združenem kraljestvu. Glej Leitner, nav. delo, str. 2. Glej Dutta, nav. delo, str. 554, op. 44.

8 Glej 7. uvodno izjavo uredbe.

9 Npr. glede oblike dedovanja, oblikovanja oporočnega razpolaganja, določitve nujnih deležev ipd. Volmer, nav. delo, str. 421.

10 Glej 4. in 21. člen uredbe, podrobneje o tem glej v III. poglavju o pristojnosti in pravu, ki se uporablja.

11 Glej 4. in 21. člen, podrobneje na str. 8 in nasl. prispevka.

12 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o dedovanju (ZD-C) je bil sprejet 12. julija 2016, UL RS, št. 63/2016 z dne 7. 10. 2016.

13 Drugi odstavek 288. člena Pogodbe o delovanju Evropske Unije, UL EU C 202/172 z dne 7. 6. 2016.

14 Geismann, v: Von der Groeben in dr., str. 1358, robna št. 35.

15 Nettesheim, v: Grabitz in dr., robna št. 101; Geismann, v: Von der Groeben in dr., str. 1358, robna št. 35.

2. PODROČJE UPORABE

2.1 Stvarno področje uporabe

Glede stvarnega področja uporabe uredba določa, da se uporablja v zadevah dedovanja.¹⁶ Že na tem mestu velja omeniti, da pravila uredbe o mednarodni pristojnosti v dednih zadevah ne razlikujejo med pristojnostjo v nepravdnih in pravnih zadevah.¹⁷

Dedovanje pomeni dedovanje zapuščine po zapustniku in zajema vse oblike prehoda premoženja in pravic ter obveznosti zaradi smrti in ne razlikuje med prehodom na podlagi razpolaganja za primer smrti¹⁸ in zakonitim dedovanjem.¹⁹

Iz področja uporabe so tako kot v drugih uredbah s področja pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah²⁰ izključene davčne carinske in upravne zadeve. Uredba nadalje v drugem odstavku vsebuje seznam področij, za katera se ne uporablja, tj. na področju statusnih pravnih razmerij, glede pravne in poslovne sposobnosti fizičnih oseb, družinskopravnih razmerij,²¹ za prežिवninske obveznosti,²² premoženjsko pravna razmerja med zakonci,²³ za ustne oporoke, pravice in premoženje, ki so nastali drugače kot z dedovanjem.^{24,25} Iz področja uporabe so prav tako izključeni pravo družb in drugih subjektov s pravno osebnostjo ali brez nje, likvidacija, izbris in združitve družb in drugih subjektov s pravno osebnostjo ali brez nje ter ustanovitve, upravljanje in likvidacija skladov.²⁶

16 1. člen uredbe.

17 Glej 4. člen uredbe.

18 V skladu s točko d prvega odstavka 3. člena razpolaganje za primer smrti zajema oporoko, skupno oporoko in dedno pogodbo.

19 Točka a prvega odstavka 3. člena uredbe.

20 Npr. v Uredbi (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (t. i. uredba Bruselj Ia), UL EU L 351/1 z dne 20. 12. 2012.

21 Sem spadajo tudi razmerja, ki imajo primerljive učinke po pravu, ki se uporablja za takšna razmerja. To področje urejata t. i. uredba Bruselj IIa (Uredba (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000, poglavje 19, str. 243–271) in t. i. uredba Rim III (Uredba Sveta (EU) št. 1259/2010 z dne 20. decembra 2010 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze in prenehanju življenjske skupnosti, UL EU L 343/2010 z dne 29. 12. 2010).

22 To področje ureja Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih ter sodelovanju v preživninskih zadevah, UL EU L 7/1 z dne 10. 1. 2009.

23 Sem spadajo tudi druga razmerja, ki imajo po pravu, ki se uporablja ta takšna razmerja, primerljive učinke kot zakonska zveza. To področje urejata Uredba Sveta (EU) št. 2016/2013 z dne 24. junija 2016 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju pristojnosti, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in izvrševanja odločb na področju premoženjskih razmerij med zakoncema, UL EU L 183/1 z dne 8. 7. 2016 ter Uredba Sveta (EU) 2016/1104 z dne 24. junija 2016 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju pristojnosti, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in izvrševanja odločb na področju premoženjskopravnih posledic registriranih partnerskih skupnosti. Ti dve uredbi se bosta pričeli uporabljati 29. 1. 2019 v državah članicah, ki sodelujejo pri okrepljenem sodelovanju.

24 Na primer darila, skupna lastnina več oseb, ki preide na preživelega, pokojninski načrti.

25 Točki . f in g drugega odstavka 1. člena uredbe.

26 Točke od h do j drugega odstavka 1. člena uredbe.

Poleg tega uredba ne ureja stvarnih pravic in vpisa pravic na nepremičnini ali premičnini v register, pri čemer so s tem zajete tako pravne zahteve za vpis kot tudi učinki vpisa ali nevpisa takšnih pravic v register.²⁷ Pri tem je treba opozoriti, da kljub temu, da pravo držav članic določa pravne zahteve in učinke vpisa/nevpisa v register, uredba določa, da je evropsko potrdilo o dedovanju veljavna listina za vpis zapuščine v ustreznih register države članice.²⁸

2.2 Teritorialna in časovna veljavnost uredbe

Glede *teritorialne veljavnosti* besedilo uredbe ne vsebuje splošne določbe, temveč jo je mogoče razbrati iz posameznih poglavij uredbe. Pravila o mednarodni pristojnosti se uporabijo vedno, kadar je imel zapustnik svoje zadnje običajno prebivališče v državi članici,²⁹ če so deli zapuščine v državi članici³⁰ ali če je zadeva tesno povezana z državo članico.³¹ Enako velja tudi za pravila glede evropskega potrdila o dedovanju, če se pravila o pristojnosti uporabljajo tudi za izdajo evropskega potrdila o dedovanju. Določbe glede priznanja in izvršitve odločb ter sprejemljivosti javnih listin se uporabljajo za odločbe, sodne poravnave in javne listine, ki so bile izdane v eni izmed držav članic.³²

Po drugi strani pa so pravila glede prava, ki se uporablja v dednih zadevah, univerzalne narave, kar pomeni, da se uporabijo tudi za državljane tretjih držav.^{33,34} Uredba se torej uporablja tudi za dejanske stanove, ki nakazujejo povezavo z državo članico kot tretjo državo članico.³⁵ Ker uredba tega izrecno ne ureja, ureja pa tudi dedovanje državljanov tretjih držav, se zastavlja vprašanje, ali se uporablja tudi za razmerja, ki ne izkazujejo nobene povezave z državo članico, ampak le s tretjo državo. Na primer ruski državljan z zadnjim običajnim bivališčem in premoženjem v Švici umre v Švici, njegovi v Nemčiji živeči dediči pa vložijo dediščinsko tožbo. *Majer* meni, da če je sodišče države članice pristojno po uredbi, se uporabijo njena kolizijska pravila. Če pa pristojnosti po uredbi ni mogoče utemeljiti, se za ugotovitev pristojnosti uporabijo pravila nacionalnega prava.³⁶ Takšna razlaga je v skladu z dejstvom, da EU ni pristojna za urejanje razmerij, ki zadevajo le tretje države, saj bi to nasprotovalo načelu subsidiarnosti in načelu sorazmernosti.³⁷

Pri tem je treba glede *pojma države članice* poleg določb uredbe upoštevati tudi 82. in 83. uvodno izjavo, iz katerih izhaja, da se uredba uporablja za vse države članice Evropske unije, razen Združenega kraljestva, Irske in Danske.³⁸

²⁷ Točki k in l drugega odstavka 1. člena uredbe.

²⁸ Glej peti odstavek 69. člena uredbe.

²⁹ 4. člen uredbe.

³⁰ 10. člen uredbe.

³¹ 11. člen uredbe.

³² Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, uvod k 1. členu, robna št. 18.

³³ 20. člen uredbe.

³⁴ Dutta v: MuenchKommBGB⁶, uvod k 1. členu, robna št. 18.

³⁵ Majer, nav. delo, str. 447.

³⁶ Ibid, str. 447.

³⁷ Ibid, str. 450.

³⁸ Te države imajo na podlagi Protokola št. 21 o stališču Združenega kraljestva in Irske glede območja svobode varnosti in pravice (UL EU C 202/8 z dne 7. 6. 2016, str. 259 in nasl.) oziroma Protokola št. 22 o stališču Danske (UL EU C 202/8 z dne 7. 6. 2016, str. 298 in nasl.) poseben položaj. Tako Velika Britanija in Irska načeloma ne sodelujeta pri ukrepih s področja svobode varnosti in pravice, imata pa možnost, da

Časovna veljavnost uredbe je urejena v 83. in 84. členu. Uredba se uporablja za dedovanje po osebah, ki so umrle 17. avgusta 2015 ali pozneje.³⁹ Uredba posebej ureja tudi veljavnost izbire prava in razpolaganja za primer smrti pred začetkom njene uporabe.⁴⁰

3. MEDNARODNA PRISTOJNOST SODIŠČA IN DOLOČITEV PRAVA, KI SE UPORABLJA

3.1 Običajno prebivališča zapustnika

Pravila uredbe o dedovanju so zasnovana tako, da pristojni organ, ki obravnava dedovanje, v večini primerov uporabi svoje pravo (27. točka preambule). Vzporednost pristojnosti in prava je eno glavnih načel uredbe o dedovanju. Za doseg tega cilja predvideva uredba navezno okoliščino običajnega prebivališča zapustnika ob smrti tako za določitev splošne mednarodne pristojnosti (4. člen uredbe) kot tudi za določitev prava, ki se uporablja za dedovanje, če v uredbi ni določeno drugače (prvi odstavek 21. člena uredbe). Vzporednost pristojnosti in prava velja načeloma za celotno – torej premično in nepremično – premoženje zapustnika, ne glede na to, v kateri državi je to premoženje.

Nujni pogoj za vzporednost *forum in ius* je, da veljajo enaka merila za določitev pojma „običajno prebivališče“.⁴¹ Razlaga tega pojma v okviru mednarodne pristojnosti mora ustrezati opredelitvi pri določitvi prava, ki se uporablja. Uredba domneva, da ni zapustnika brez običajnega prebivališča in da je ta imel le eno običajno prebivališče, in ne dve ali celo več, kajti sicer bi se npr. za isto vprašanje vzporedno uporabilo dedno pravo dveh držav.⁴²

Uredba pojma „običajno prebivališče zapustnika ob smrti“ ne opredeljuje in tudi ne napotuje na pravo držav članic. Nesporno velja načelo avtonomne razlage.⁴³ 23. in 24. točka preambule uredbe primerno določata merila za določitev običajnega prebivališča. Običajno prebivališče mora izkazovati posebno tesno in trdno povezavo z zadevno državo. Upoštevati se morajo vse okoliščine zapustnikovega življenja v letih pred njegovo smrtjo in ob njegovi smrti ter vsa pomembna dejstva, zlasti kako dolgo, kako pogosto, pod katerimi pogoji in zakaj je zapustnik bival v zadevni državi. Bistvena je ugotovitev, v kateri državi je imel zapustnik središče življenjskih odnosov glede na družino in svoje družabno življenje. 23. in 24. točka preambule uredbe kot merilo npr. ne omenjata minimalnega trajanja prebivanja v

podata uradno obvestilo o nameri glede sodelovanja pri posamičnih instrumentih (*opt-in*). Prav tako na tem področju ne sodeluje Danska, ki pa ima možnost, da v šestih mesecih po sprejemu sklepa Sveta EU glede posamičnega ukrepa sporoči, ali bo sodelovala pri tem ukrepu. Glej Breitenmosser/Weyeneth, v: Von Groeben in dr., str. 57. Za zdaj se za to možnost po uredbi ni odločila še nobena od teh držav, zato jih je po tej uredbi treba šteti kot tretje države.

39 To ne velja za 77. in 78. člen, ki se uporabljata od 16. 1. 2014, ter 79.–81. člen, ki se uporabljajo od 5. julija 2012. Glej drugi odstavek 84. člena uredbe.

40 Glej drugi do četrty odstavek 83. člena.

41 Rudolf/Zoechling-Jud/Kogler v: Rechberger/Zoechling-Jud, robna št. 3.22.

42 Po uredbi ni izključeno, da velja za različno vprašanje glede dedovanja dedno pravo dveh ali celo več držav. Glej npr. 24., 25., 27. ali 30. člen.

43 Rudolf, Avtonomija, str. 307.

zadevni državi, volje, ostati v tej državi ali zakonitosti bivanja.⁴⁴ Vendar je lahko volja, ostati v neki državi, znak za središče življenjskih odnosov.⁴⁵

Določitev običajnega prebivališča je vprašanje, ki ga mora sodišče rešiti ob upoštevanju več meril. V večini primerov dedovanja z mednarodno razsežnostjo je določitev dejanskega središča življenjskih interesov enostavna. Zahtevnejše pa je to lahko pri tako imenovanih delovnih „migrantih“ ali osebah, ki študirajo v tujini (glej 4.10), upokojencih, ki preživijo del leta v drugi državi (glej 4.11), pri dementnih osebah ali pripornikih (glej 3.3.2).

3.2 Mednarodna pristojnost

3.2.1 Uvod

Pravila uredbe o mednarodni pristojnosti sodišč (4.–13. člen) veljajo tako v civilnih kot tudi nepravdnih postopkih in nadomestijo avtonomna pravila posameznih držav članic. Vendar uredba o dedovanju ne vpliva na uporabo mednarodnih konvencij, sklenjenih pred sprejetjem te uredbe med tretjo državo in eno ali več držav članic, ki se nanašajo na zadeve uredbe o dedovanju (prvi in drugi odstavek 75. člena uredbe). 14. do 19. člen uredbe o dedovanju večinoma ustrezajo t. i. uredbi Bruselj Ia.

3.2.2 Splošna in subsidiarna pristojnost

Če je imel zapustnik ob smrti običajno prebivališče v državi članici, so sodišča te države članice pristojna za odločanje o celotnem dedovanju (splošna pristojnost). Če pa je imel običajno prebivališče v tretji državi (npr. Srbiji, Črni gori ali Švici), so sodišča države članice pristojna le pod določenimi pogoji za odločanje o celotnem dedovanju (prvi odstavek 10. člena uredbe) ali pa vsaj za odločanje o premoženju, ki je na njihovem ozemlju (drugi odstavek 10. člena uredbe). Skupni pogoj za subsidiarno pristojnost po prvem in drugem odstavku 10. člena uredbe je, da je vsaj del zapuščine v zadevni državi članici.

Pristojnost slovenskih sodišč v skladu s prvim odstavkom 10. člena uredbe: kljub običajnemu prebivališču zapustnika ob smrti v tretji državi so slovenska sodišča pristojna za celotno dedovanje, če je bil zapustnik ob smrti slovenski državljani (lit. a). Čeprav ni bil slovenski državljani, velja enako, če je imel vsaj prejšnje običajno prebivališče v Sloveniji in ni minilo več kot pet let od spremembe prebivališča do začetka postopka pred sodiščem (lit. b). V literaturi je sporno, ali mora biti predzadnje običajno prebivališče zapustnika v zadevni državi članici ali pa zadostuje tudi predpredzadnje⁴⁶ v zadnjih petih letih.

Če zapuščina obsega tudi premoženje, ki je v tretji državi, lahko sodišče na zahtevo ene od strank odloči, da o tem premoženju ne bo odločalo, če je mogoče

⁴⁴ Rudolf, Erbrechtsverordnung, str. 234; Schauer, v: Deixler-Huebner/Schauer, 21. člen, robna števil. 12.

⁴⁵ Rudolf, Erbrechtsverordnung, str. 234.

⁴⁶ Primer: Zapustnik A umre 1. 1. 2016, začetek postopka 1. 2. 2016. A je imel do 9. 5. 2013 običajno prebivališče v Sloveniji, od 10. 5. 2013 do 8. 9. 2014 v Črni gori in nato do smrti v Srbiji.

pričakovati, da njegova odločitev o premoženju v tretji državi ne bo priznana ali razglašena za izvršljivo (prvi odstavek 12. člena uredbe).

V skladu z drugim odstavkom 10. člena uredbe so slovenska sodišča pristojna le za odločanje o premoženju, ki je v Sloveniji, če po prvem odstavku 10. člena ni pristojno nobeno sodišče v drugi državi članici.

3.2.3 Pristojnost in izbira prava

Če je pravo, ki ga je zapustnik izbral, pravo države članice (torej ne pravo tretje države), npr. italijansko dedno pravo, in je npr. slovensko sodišče že začelo postopek v skladu s 4. ali 10. členom uredbe, obstajajo glede pristojnosti tri možnosti. Prva možnost je, da se slovensko sodišče izreče na zahtevo ene od strank za nepristojno (lit. a 6. člen uredbe), s tem je *eo ipso* pristojno italijansko sodišče (lit. a 7. člen uredbe).⁴⁷ Druga možnost je, da se slovensko sodišče izreče za nepristojno, ker so zadevne stranke (glej 28. točko preambule)⁴⁸ sklenile v skladu s 5. členom uredbe dogovor⁴⁹ o izbiri sodišča⁵⁰ (lit. b 6. člen uredbe), s tem je *eo ipso* pristojno italijansko sodišče (lit. a 7. člen uredbe).⁵¹ Tretja možnost je, da slovensko sodišče ostane pristojno, ker niso izpolnjeni pogoji iz 6. člena uredbe.

Stranke dogovora o izbiri sodišča se lahko takoj obrnejo na sodišče države članice, katere pravo je izbral zapustnik (lit. b 7. člen uredbe).⁵² Nadaljnja možnost je, da je sodišče, katere pravo je izbral zapustnik, začelo postopek in je stranka oziroma so stranke postopka izrecno sprejele pristojnost tega sodišča (lit. c 7. člen uredbe), pri čemer mora sodišče preveriti izpolnjevanje pogojev za sprejem pristojnosti.⁵³ Za pristojnost na podlagi začetka postopka glej 3.4.8.

3.2.4 Pristojnost za določene izjave

Izhodišče pristojnosti po 13. členu uredbe je, da se lahko po pravu, ki se uporablja za dedovanje, pred sodiščem poda izjava o sprejemu ali odpovedi dediščini, volilu ali nujnemu deležu ali omejitvi odgovornosti za obveznosti. Zadevna oseba lahko izjavo poda ali pred sodiščem, ki je po uredbi pristojno, ali pa pred sodiščem države članice (ne tretje države) svojega običajnega prebivališča, če se po pravu te države članice takšne izjave lahko dajo pred sodiščem (to pomeni, da zadevna izjava obstaja v pravu države običajnega prebivališča te osebe).⁵⁴

47 Deixler-Huebner v: Deixler-Huebner/Schauer, 7. člen, robna števil. 7; Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 7. člen, robna števil. 3.

48 V literaturi je sporno vprašanje, kdo spada med »zadevne stranke« po drugem odstavku 5 člena uredbe. Glej Deixler-Huebner/Schauer, 5. člen, robna števil. 10; Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 5. člen, robna števil. 6.

49 Glede oblike dogovora glej drugi odstavek 5 člena uredbe.

50 Dogovor o izbiri sodišča je mogoč le, če je zapustnik izbral za dedovanje pravo države članice.

51 Deixler-Huebner, v: Deixler-Huebner/Schauer, 7. člen, robna števil. 7; Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 7. člen, robna števil. 3.

52 Deixler-Huebner, v: Deixler-Huebner/Schauer, 7. člen, robna števil. 8.

53 Prav tam, 7. člen, robna števil. 18.

54 Glej glede teh izjav tudi 28. člen uredbe.

Nerešeno je vprašanje, kdo naj obvesti sodišče države članice, ki je pristojno za odločanje o dedovanju, o izjavi zadevne osebe pred sodiščem svojega običajnega prebivališča. Po 32. točki preambule naj bi to storile osebe same, in sicer v roku, ki ga določa pravo, ki se uporablja za dedovanje. S tem bi se izničila olajšava, ki jo omogoča 13. člen uredbe.⁵⁵

3.2.5 Forum necessitatis

Namen 11. člena uredbe je zagotovitev sodnega varstva, če ni pristojno nobeno sodišče države članice v skladu z drugimi določbami uredbe. Sodišča države članice, s katero je zadeva ustrezno povezana (npr. prek državljanstva zapustnika, prejšnjega nekdanjega običajnega prebivališča zapustnika ali državljanstva stranke postopka),⁵⁶ lahko izjemoma odločajo o dedovanju, če v tretji državi, s katero je zadeva tesno povezana, postopek ni mogoč ali ni mogoče upravičeno pričakovati, da bo upravičenec začel ali izvedel postopek v tej državi. Vzroki za to so objektivni in subjektivni, npr. vojna, državljanska vojna, naravne nesreče, epidemije ali politično preganjanje stranke v tej državi.⁵⁷

3.3 Pravo, ki se uporablja

3.3.1 Uvod

Uredba v 20. do 38. členu vsebuje pravila o tem, katero pravo se uporablja za dedovanje s čezmejno razsežnostjo, ki pa ne nadomestijo uporabe mednarodnih konvencij, sklenjenih pred sprejetjem uredbe o dedovanju med tretjo državo in eno ali več držav članic, ki vsebujejo kolizijska pravila za dedovanje (prvi in drugi odstavek 75. člena uredbe).

Kolizijska pravila uredbe so univerzalna; uporabi se vsako pravo, na katero napotuje ta uredba, ne glede na to, ali gre pri tem za pravo države članice ali tretje države (20. člen uredbe). Zavračanje (renvoi) se upošteva le v določenih primerih (34. člen uredbe). Poleg možnosti izbire prava (glej 3.3.3) in splošnega kolizijskega pravila (glej 3.3.2) uredba določa tudi posebna kolizijska pravila. V praksi sta zelo pomembna 24. in 25. člen uredbe, ki določata posebno kolizijsko pravilo izključno za dopustnost in materialno veljavnost⁵⁸ oporok ter dopustnost in materialno veljavnost dedne pogodbe, njene zavezujoče učinke, vključno s pogoji za njeno razvezo. Glede kolizijskih pravil za obliko oporok in dedne pogodbe velja, da Slovenija upošteva Haaško konvencijo glede oblike oporočnih razpolaganj⁵⁹ in 27. člen uredbe za dedne pogodbe.

Področje uporabe prava izhaja iz drugega odstavka 1. člena uredbe, ki iz področja uporabe izključuje določena pravna vprašanja („negativni seznam“), iz drugega odstavka 23. člena uredbe, ki nazorno navaja, za katera vprašanja velja pravo,

⁵⁵ Gitschthaler, v: Deixler-Huebner/Schauer, 13. člen, robna štev. 13, 14.

⁵⁶ Gitschthaler, v: Deixler-Huebner/Schauer, 11. člen, robna štev. 8.

⁵⁷ Prav tam, 11. člen, robna štev. 3, 4.

⁵⁸ Glej 26. člen uredbe.

⁵⁹ Ivanc, uredba EU, str. 35.

določeno po 21. in 22. členu uredbe („pozitivni seznam“), ter seveda iz posebnih kolizijskih pravil (npr. 33. člen uredbe „zapuščina brez dediča“).

V nadaljevanju bosta predstavljena splošno kolizijsko pravilo in pravilo o izbiri prava.

3.3.2 Splošno pravilo

Če v uredbi ni določeno drugače,⁶⁰ se za celotno dedovanje uporablja pravo države, v kateri je imel zapustnik ob smrti običajno prebivališče (prvi odstavek 21. člena uredbe). Izjemoma se lahko uporablja pravo druge države, če iz vseh okoliščin zadeve jasno izhaja, da je bil zapustnik ob smrti očitno tesneje povezan s to (drugo) državo (drugi odstavek 21. člena uredbe).

Navezna okoliščina tesnejše koneksnosti je bila ostro kritizirana⁶¹ zlasti zato, ker je v njenem okviru najprej treba določiti običajno prebivališče ob smrti ob upoštevanju vseh okoliščin zapustnikovega življenja v letih pred njegovo smrtjo in ob njegovi smrti ter vsa pomembna dejstva, zlasti kako dolgo, kako pogosto, pod katerimi pogoji in zakaj je zapustnik bival v zadevni državi. Zaradi tega je upravičeno vprašanje, katera merila se uporabijo za določitev tesnejše povezave z državo, ki ni država, katere pravo bi se uporabilo v skladu s prvim odstavkom 21. člena uredbe. Vsekakor gre za izjemno določbo, ki se mora restriktivno uporabljati.⁶²

Primeri za navedeno⁶³: 1) Zapustnik je bil dementen, ko so ga svojci iz finančnih razlogov preselili iz države A v dom za ostarele v državi B. 2) Zapustnik je umrl v zaporu v državi B, socialne stike je imel izključno s svojci in prijatelji v državi A. V obeh primerih je mogoča uporaba prava države A v skladu z drugim odstavkom 21. člena uredbe.

Navezna okoliščina tesnejše koneksnosti velja le za pravo, ki se uporablja, vendar ne za mednarodno pristojnost, torej mora mednarodno pristojno sodišče upoštevati tuje pravo. Za pravo iz drugega odstavka 21. člena uredbe se zavračanje ne uporablja (drugi odstavek 34 člena uredbe).

3.3.3 Izbira prava

Zapustnik – ne dedič⁶⁴ – lahko za celotno dedovanje izbere pravo države, katere državljanstvo ima ali v času izbire ali ob smrti (prvi odstavek 22. člena uredbe). Izbira prava torej ni neomejena. Ni mogoče npr. pravo države prejšnjega običajnega prebivališča ali pravo države, kjer je večina njegovega premoženja, če

60 Npr. 24. člen uredbe za dopustnost in materialno veljavnost razpolaganja za primer smrti, ki ni dedna pogodba, ali 27. člen uredbe oziroma Haaška konvencija za veljavnost glede oblike.

61 Rudolf/Zoechling-Jud/Kogler v Rechberger/Zoechling-Jud, robna števil. 3.33; Schauer, v: Deixler-Huebner/Schauer, 21. člen, robna števil. 15.

62 Rudolf/Zoechling-Jud/Kogler v Rechberger/Zoechling-Jud, robna števil. 3.38, 3.50; Schauer, v: Deixler-Huebner/Schauer, 21. člen, robna števil. 18.

63 Rudolf/Zoechling-Jud/Kogler v Rechberger/Zoechling-Jud, robna števil. 3.35; Schauer, v: Deixler-Huebner/Schauer, 21. člen, robna števil. 17.

64 Če je zapustnik izbral pravo države članice, lahko stranke sklenejo dogovor o izbiri sodišča (5. člen uredbe).

to ne sovпада s pravom države, katere državljan je v času izbire prava ali ob smrti. Oseba, ki ima več državljanstev, ni omejena na efektivno državljanstvo, temveč lahko izbere pravo katere koli od držav. Ali je zapustnik državljan države članice ali tretje države, za izbiro prava ni pomembno (20. člen uredbe). Izbira prava je veljavno mogoča le za celotno premoženje, ki sestavlja zapuščino, ne glede na to, za kakšno premoženje gre in kje je (v državi članici ali tretji državi).

Izbira prava je prav tako veljavna, če izbrano pravo ne določa izbire prava v dednih zadevah (prvi stavek 40. točke preambule uredbe). Izbrano pravo v celoti nadomesti pravo države običajnega prebivališča zapustnika ali v skladu z drugim odstavkom 21. člena uredbe določeno pravo. Za pravo iz 22. člena uredbe se zavračanje ne uporablja (drugi odstavek 34. člena uredbe).

Priznana je tudi tako imenovana „izolirana“ izbira prava: zapustnik izrecno in izključno navede v izjavi, ki ima obliko razpolaganja za primer smrti, katero pravo naj ureja dedovanje po njem. Pravna posledica je, da velja izbrano pravo za dedovanje na podlagi zakona.⁶⁵

V skladu z drugim odstavkom 21. člena uredbe se izbira prava lahko izrecno navede v izjavi, ki ima obliko razpolaganja za primer smrti, lahko pa tudi jasno izhaja iz določil takšnega razpolaganja (konkludentna izbira). Če npr. slovenski državljan z običajnim prebivališčem v Zagrebu napiše oporoko in želi preprečiti, da bi se iz vsebine oporoke sklepalo, da je konkludentno izbral slovensko pravo, lahko to doseže z izrecno izjavo, da naj slovensko pravo ne velja (tako imenovana „negativna“ izbira prava). Priporočljiva je vsekakor izrecna „pozitivna“ izbira prava.

Izbira prava načeloma veljavno ni mogoča za posamezna pravna vprašanja, npr. le za nujni delež, volilo ali odgovornost dedičev za zapustnikove dolgove. Za prakso zelo zanimiva izjema pa velja za dopustnost in materialno veljavnost (26. člen uredbe) razpolaganj za primer smrti, ki niso dedne pogodbe, in za dopustnost in materialno veljavnost dedne pogodbe, njene zavezujoče učinke za stranke, vključno s pogoji njene razveze. Glede navedenih točk je delna izbira prava dopustna (drugi odstavek 24. člena, drugi odstavek 25. člena uredbe).

Izbrano pravo odloča o materialni veljavnosti izbire prava, glede oblike z vidika slovenskega prava velja Haaška konvencija in za dedne pogodbe 27. člen uredbe.

3.4 Primeri

V nadaljevanju je navedenih nekaj značilnih primerov glede na to, ali je z vidika uredbe pristojno slovensko sodišče in katero pravo se uporablja za dedovanje.

3.4.1 Prvi primer

Zapustnik, nemški državljan, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Sloveniji, zapusti nepremičnini v Sloveniji in Avstriji ter bančni račun, odprt pri nemški banki. Hčerka in sin živita v Nemčiji.

⁶⁵ Rudolf, Avtonomija, str. 311; Rudolf, Erbrechtsverordnung, str. 235.

Zapustnik je imel ob smrti običajno prebivališče v državi člani. V skladu s 4. členom uredbe je za odločanje o celotnem dedovanju pristojno slovensko sodišče, ki uporablja slovensko dedno pravo (prvi odstavek 21. člena uredbe). V tem primeru je torej zagotovljena vzporednost pristojnosti in prava glede celotnega premoženja v Sloveniji, Avstriji in Nemčiji.

3.4.2 Drugi primer

Zapustnik, slovenski državljan, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Švici, zapusti nepremičnino v Sloveniji in bančni račun, odprt pri švicarski banki. Hčerka živi v Sloveniji.

Glede pristojnosti velja lit. a prvega odstavka 10. člena uredbe; zapustnik je imel ob smrti običajno prebivališče v tretji državi, del zapuščine (kar zadostuje) je v državi članici (Sloveniji) in zapustnik je bil ob smrti slovenski državljan. Z vidika uredbe je slovensko sodišče pristojno glede celotnega premoženja. Pravo, na katero napotuje uredba, je lahko tudi pravo tretje države (20. člen uredbe); v konkretnem primeru je to po prvem odstavku 21. člena uredbe švicarsko pravo.

Preveriti je treba možnost zavračanja prava (katerekoli) države članice ali prava druge tretje države, ki bi uporabila svoje pravo (prvi odstavek 34. člena uredbe).

3.4.3 Tretji primer

Zapustnik, švicarski državljan, ki je imel ob smrti 7. 5. 2016 običajno prebivališče v Švici, zapusti nepremičnine v Sloveniji in bančni račun, odprt pri švicarski banki. Zapustnik je imel od januarja 2009 do marca 2014 običajno prebivališče v Sloveniji. Hčerka živi v Sloveniji. Začetek dednega postopka je 13. 6. 2016.

Glede pristojnosti velja lit. b prvega odstavka 10. člena uredbe; zapustnik je imel ob smrti običajno prebivališče v tretji državi, del zapuščine (kar zadostuje) je v državi članici (Sloveniji). Zapustnik je imel prejšnje običajno prebivališče v Sloveniji in od spremembe prebivališča do začetka postopka (ne smrti) ni minilo več kot pet let. Z vidika uredbe je slovensko sodišče pristojno glede celotnega premoženja. Pravo, na katero napotuje uredba, je lahko tudi pravo tretje države (20. člen uredbe); v konkretnem primeru je to po prvem odstavku 21. člena uredbe švicarsko pravo. Glej prvi odstavek 34. člena uredbe za možnost zavračanja.

3.4.4 Četrti primer

Zapustnik, švicarski državljan, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Švici, zapusti nepremičnino v Sloveniji. Zapustnik je imel od januarja 2009 do marca 2015 običajno prebivališče v Avstriji.

Pristojnost: slovensko sodišče je pristojno le za odločanje o nepremičnini v skladu z drugim odstavkom 10. člena uredbe; glede prava, ki se uporablja, velja splošno kolizijsko pravilo, ki napotuje na švicarsko pravo. Glej prvi odstavek 34. člena uredbe glede morebitnega zavračanja.

3.4.5 Peti primer

Zapustnik, avstrijski državljani, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Sloveniji, je izbral za dedovanje avstrijsko pravo (22. člen uredbe). Premoženje je v Avstriji. Hčerka in sin živita v Avstriji. Slovensko sodišče začne postopek v skladu s 4. členom uredbe.

Slovensko sodišče se na zahtevo ene od strank postopka lahko izreče za nepristojno, če meni, da je avstrijsko sodišče primernejše za odločanje (lit. a 6. člena uredbe). Slovensko sodišče upošteva v okviru svoje diskrecijske pravice dejanske okoliščine, npr. običajno prebivališče strank, kraj premoženja zapustnika, običajno prebivališče prič ali rešitev zelo zapletenega vprašanja oziroma upoštevanje pravnega instituta, ki ga *lex fori* ne pozna. Če se slovensko sodišče izreče za nepristojno v skladu s 6. členom uredbe, so *eo ipso* pristojna avstrijska sodišča v isti zadevi (lit. a 7. člena uredbe). S tem je vzpostavljena vzporednost pristojnosti in prava glede celotnega premoženja zapustnika.

3.4.6 Šesti primer

Zapustnik, avstrijski državljani, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Sloveniji, je izbral za dedovanje avstrijsko pravo (22. člen uredbe). Premoženje je v Avstriji. Slovensko sodišče začne postopek v skladu s 4. členom uredbe. Dediči, ki živijo v Avstriji, so sklenili dogovor o izbiri avstrijskega sodišča (5. člen uredbe).

Slovensko sodišče se izreče za nepristojno (lit. b 6. člena uredbe za ta primer ne predvideva diskrecijske pravice sodišča), tako da je pristojno avstrijsko sodišče (lit. a 7. člena uredbe), ki glede na izbiro prava uporabi avstrijsko pravo.

3.4.7 Sedmi primer

Zapustnik, slovenski državljani, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Zagrebu, je izbral za dedovanje slovensko pravo (22. člen uredbe). Premoženje je v Sloveniji. Dediči, ki živijo v Sloveniji, sklenejo dogovor o izbiri slovenskega sodišča (5. člen uredbe) in se obrnejo na slovensko sodišče.

Slovensko sodišče je pristojno za odločanje o dedovanju po lit. b 7. člena uredbe in glede na izbiro prava uporabi slovensko pravo.

3.4.8 Osmi primer

Zapustnik, avstrijski državljani, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Sloveniji, je izbral za dedovanje avstrijsko pravo (22. člen uredbe). Dediči sklenejo dogovor o izbiri avstrijskega sodišča (5. člen uredbe). Avstrijsko sodišče je pristojno v skladu s 7. členom uredbe in vodi postopek. V postopku se izkaže, da hčerka ni sklenila dogovora o izbiri sodišča.

Če hčerka spusti v postopek, ne da bi ugovarjala pristojnosti sodišča, ostane pristojno avstrijsko sodišče (prvi odstavek 9. člena uredbe). Če hčerka ugovarja pristojnosti, se avstrijsko sodišče izreče za nepristojno in je pristojno slovensko

sodišče (drugi odstavek 9. člena uredbe). Uredba za ta primer ne ureja »usodo« procesnih opravil avstrijskega sodišča. Najprimernejša je presoja slovenskega sodišča, ali lahko prevzame ugotovitve posameznih procesnih opravil avstrijskega sodišča oziroma ali jih mora ponoviti.⁶⁶ Ne glede na to, katero sodišče je pristojno, velja glede na izbiro prava avstrijsko pravo.

3.4.9 Deveti primer

Zapustnik, slovenski državljan, ki je imel ob smrti običajno prebivališče v Sloveniji, zapusti nepremičnino v tretji državi X in bančni račun, odprt pri slovenski banki.

V skladu s 4. členom uredbe je za odločanje o celotnem dedovanju pristojno slovensko sodišče, ki uporabi slovensko dedno pravo (prvi odstavek 21. čl. uredbe).

Če je mogoče pričakovati, da odločitev sodišča o nepremičnini v tretji državi ne bo priznana ali razglašena za izvršljivo, lahko slovensko sodišče na zahtevo ene od strank – torej ne po uradni dolžnosti – odloči, da o tem premoženju ne bo odločalo (prvi odstavek 12. člena uredbe).

3.4.10 Deseti primer

Zapustnik, slovenski državljan, a) je delal ves teden v Frankfurtu in se je za konec tedna vrnil v Ljubljano, kjer živi njegova družina; b) je delal zadnjih 15 let od junija do septembra v Švici in od decembra do marca v Avstriji, v vmesnem času se je vedno vrnil v Slovenijo, kjer je imel svoje stanovanje, prijatelje in sorodnike; c) se je za eno leto s svojo družino zaradi službenih razlogov preselil v Moskvo (kjer je umrl), od koder naj bi se vrnil v Ljubljano, kjer je bila večina njegovega premoženja.

Za določitev običajnega prebivališča je bistvena ugotovitev, v kateri državi je imel zapustnik središče življenjskih odnosov glede na družino in družabno življenje. V vseh primerih je zapustnik imel voljo, da se vrne v Slovenijo. Službeni interesi so po 24. točki preambule podrejenega pomena, tako da je imel v teh primerih zapustnik ob smrti običajno prebivališče v Sloveniji (prvi odstavek 21. člena uredbe).

Enako velja za osebe, ki odidejo na šolanje ali študij v tujino, ostanejo pa povezane z družino in prijatelji v domovini, ter imajo namen, da se po končanem šolanju oziroma študiju vrnejo v domovino.

3.4.11 Enajsti primer

Zapustnik, slovenski državljan, je zadnjih deset letih vsako leto šest mesecev živel v Sloveniji in šest mesecev v Avstriji. V obeh državah je imel prijatelje in bil član raznih društev. Sorodnikov ni imel. Njegova zapuščina obsega dve nepremičnini na Gorenjskem in bančni račun, odprt pri slovenski banki.

⁶⁶ Rudolf, Erbrechtsverordnung, str. 230; Deixler-Huebner, v: Deixler-Huebner/Schauer, 9. člen, robna štev. 16.

V tem primeru je težko utemeljiti, kje je potekalo njegovo družabno življenje oziroma kje je bilo središče življenjskih odnosov. Če je bil zapustnik državljan ene od zadevnih držav ali je imel glavno premoženja v eni od teh držav, je lahko njegovo državljanstvo ali kraj, kjer je premoženje, poseben dejavnik v skupni oceni vseh dejanskih okoliščin (24. točka preambule). V tem primeru je bil zapustnik slovenski državljan z glavnim premoženjem v Sloveniji.

3.4.12 Dvanajsti primer

Ana, avstrijska državljanica z običajnim prebivališčem na Dunaju, stara 14 let in pol, testira ustno pred notarjem. Dvajset let pozneje umre z običajnim prebivališčem v Sloveniji. Slovensko sodišče je mednarodno pristojno in mora oceniti veljavnost oporoke.

Dopustnost in materialna veljavnost oporoke se presojata v skladu s prvim odstavkom 24. člena uredbe po avstrijskem pravu, ker je imela zapustnica na dan sestave oporoke običajno prebivališče na Dunaju. Sposobnost osebe za razpolaganje je vprašanje materialne veljavnosti oporoke (lit. a prvega odstavka 26. člena uredbe), del te sposobnosti je starost zapustnika;⁶⁷ avstrijsko pravo zahteva dopolnjeno 14. leto (§ 569 ODZ). Formalna veljavnosti oporoke se ugotavlja po Haaški konvenciji ob upoštevanju 5. člena Haaške konvencije glede na omejitve dopustnih oblik razpolaganj za primer smrti. Po Haaški konvenciji veljavno avstrijsko pravo zahteva v konkretnem primeru ustno testiranje pred sodiščem ali notarjem (§ 569 ODZ). Oporoka je po veljavnem avstrijskem pravu materialno in formalno veljavna. Glede vsebine oporoke, učinka oporoke ali npr. nujnih deležev pa velja slovensko pravo, ker je zapustnica ob smrti imela običajno prebivališče v Sloveniji (splošno kolizijsko pravilo iz prvega odstavka 21. člena uredbe).

3.4.13 Trinajsti primer

Ana, avstrijska državljanica z običajnim prebivališčem na Dunaju, stara 14 let in pol, testira ustno pred notarjem in izbere avstrijsko pravo. Dvajset let pozneje umre z običajnim prebivališčem v Sloveniji. Slovensko sodišče je mednarodno pristojno in mora oceniti veljavnost oporoke.

Materialna veljavnost se presoja glede na izbiro prava po avstrijskem pravu (prvi odstavek 24. člena v povezavi s prvim odstavkom 22. člena uredbe), formalna veljavnost pa po Haaški konvenciji. Glede vsebine oporoke, učinka oporoke ali npr. nujnih deležev glede na izbiro prava prav tako velja avstrijsko pravo (prvi odstavek 22. člena uredbe).

4. PRIZNANJE IN IZVRŠITEV ODLOČB V DEDNIH ZADEVAH

Ureditev področja priznanja in izvršitve odločb v dednih zadevah je novost na tem področju, saj ga doslej ni urejala nobena večstranska konvencija. Določbe

⁶⁷ Nasprotno mnenje Ivanc, Vpliv, str. VI (starost je formalni pogoj).

tega poglavja se kot navedeno že zgoraj uporabljajo samo za odločbe s področja uporabe uredbe.⁶⁸

Ureditev priznanja in izvršitve odločb v dednih zadevah večinoma upošteva sistem priznanja in izvršitve odločb po t. i. uredbi Bruselj I.⁶⁹ Tako kot v uredbi Bruselj I tudi tu velja načelo samodejnega vzajemnega priznavanja sodnih odločb.⁷⁰ To pomeni, da se tuja sodna odločba prizna, ne da bi bilo za to treba začeti poseben postopek.⁷¹ Nadalje sodišče države priznanja tuje sodne odločbe ne sme preverjati njene vsebine (prepoved *révision au fond*).⁷²

Razlogi za nepriznanje so v skladu z razlogi za nepriznanje po uredbi Bruselj I.⁷³ Drugače kot v slednji uredba o dedovanju ne določa, da preizkusa javnega reda ni dovoljeno uporabiti glede pravil o pristojnosti.⁷⁴ Ker je to verjetno posledica napake pri prenosu določb, bi bilo treba to praznino zapolniti z analogno uporabo določb uredbe Bruselj I.⁷⁵ Ker je sistem po uredbi Bruselj I oblikovan za odločbe, izdane v pravnem postopku, je treba glede na to, da pravila o priznavanju, izvršljivosti in izvrševanju odločb v dednih zadevah veljajo tako za tuje odločbe, izdane v pravnem in nepravdnem postopku,⁷⁶ da bi se izognili trenjem navedeno določbo tudi temu primerno razlagati.⁷⁷ Primer takšne razlage je pojem toženec, ki ne sodeluje v postopku in mu ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka.⁷⁸ Tudi v postopku priznanja po tej uredbi mora namreč sodišče preveriti, ali so imele osebe, ki jih zadeva sodna odločba, možnost sodelovati v postopku. V primeru upnika zapuščine se zastavlja vprašanje, ali ga lahko štejejo kot toženca. Ta namreč ni ne toženec, niti ni nasprotna stranka. Posledično je treba pojem toženec razlagati široko, da so z njim zajete vse osebe, ki jih zadeva odločba in ki morajo biti po domačem postopkovnem pravu držav članic udeležene v postopku, bodisi na predlog ali po uradni dolžnosti.⁷⁹

Tako kot v uredbi Bruselj I je tudi tu predviden postopek razglasitve izvršljivosti (eksekvatura),⁸⁰ ki se začne na zahtevo zainteresirane stranke, ki vloži zahtevo za razglasitev izvršljivosti pri pristojnem sodišču.⁸¹ Tako kot po uredbi Bruselj I so

68 Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 40. člen, robna št. 3.

69 Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL EU 19/Zv. 4, str. 42.

70 Pojem odločba po uredbi pomeni vsako odločbo v dednih zadevah, ki jo izda sodišče države članice, pri čemer ni pomembno njeno poimenovanje. Pojem velja tudi za sklep o stroških sodnega postopka. Glej točko g prvega odstavka 3. člena uredbe.

71 39. člen uredbe, 41. člen uredbe Bruselj I.

72 41. člen uredbe, 36. člen uredbe Bruselj I.

73 40. člen uredbe, 34. člen uredbe Bruselj I.

74 Glej drugi stavek drugega odstavka 35. člena uredbe Bruselj I. Glej tudi podobne določbe v drugem odstavku 24. člena uredbe Bruselj IIa in točko a prvega odstavka 24. člena Preživninske uredbe.

75 Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 40. člen, robna št. 1.

76 Glej 59. uvodno določbo.

77 Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 39. člen, robna št. 2.

78 Točka b 40. člena uredbe.

79 Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 40. člen, robna št. 5.

80 43.–55. člen uredbe.

81 V Sloveniji so pristojna okrožna sodišča. Glej 43.–45. člen uredbe in 227. h člen Zakona o dedovanju. Glej tudi uradno obvestilo Republike Slovenije na strani evropskega pravosodnega portala, dostopno na: <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-sl.do?init=true> (9. 8. 2016).

tudi tu predvidena pravna sredstva zoper razglasitev izvršljivosti.⁸² V Sloveniji sta to ugovor, o katerem odloča okrožno sodišče, in pritožba, o kateri odloča Vrhovno sodišče Republike Slovenije.⁸³ Potrdilo o izvršljivosti po točki b tretjega odstavka 46. člena uredbe izda pristojno zapuščinsko sodišče.⁸⁴

5. JAVNE LISTINE IN SODNE PORAVNAVE

Pojem *javna listina* je v uredi opredeljen⁸⁵ v skladu s sodbo Sodišča EU v zadevi *Unibank*,⁸⁶ in sicer pomeni listino v dedni zadevi, ki je bila uradno sestavljena ali overjena kot javna listina v državi članici, pri čemer se njena verodostojnost nanaša na podpis in njeno vsebino, ki jo je ugotovil javni organ ali drug organ, ki ga je za ta namen pooblastila država članica izvora. Odločilno pri tem je, da se pravni posel ali pravno razmerje, zapisan oziroma zapisano v listini, nanaša na dedno zadevo.⁸⁷ Iz navedenega izhaja, da so s tem v glavnem zajete notarske listine kakor v (civilnem) latinskem notariatu,⁸⁸ kjer je notar odgovoren za skladnost vsebine listine s pravom, ki se uporablja za pravno razmerje.⁸⁹ Primeroma bi se lahko navedlo različna razpolaganja za primer smrti, npr. oporoke in dedne pogodbe, izjava o sprejemu dediščine, odpoved dediščini, ter popis zapuščine⁹⁰ kot tudi nacionalno potrdilo o dedovanju, ki ni sestavljeno v obliki sodne odločbe.⁹¹

Uredba zagotavlja prosto kroženje javnih listin med državami članicami, zato uvaja nov *pojem sprejemljivosti javne listine* (*acceptance of public documents, Annahme öffentlicher Urkunden*).⁹² To pomeni, da se javni listini ene države (država izvora) v drugi državi članici prizna enaka dokazna moč kot v državi članici izvora ali najbolj primerljiv učinek, pod pogojem, da to ni v očitnem nasprotju z javnim redom zadevne države članice.⁹³ Iz navedenega izhaja, da ne gre niti za potrditev pristnosti listine⁹⁴

82 50. člen uredbe.

83 227. i in 227. j člen Zakona o dedovanju. Glej tudi uradno obvestilo Republike Slovenije na strani evropskega pravosodnega portala, dostopno na: <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-sl.do?init=true> (9. 8. 2016).

84 227. k člen Zakona o dedovanju.

85 Točka i prvega odstavka 3. člena uredbe.

86 Sodba v zadevi *Unibank S/A* proti *Flemming G. Christensen*, št. C-260/97 z dne 17. junija 1999.

87 Dutta, v: *MuenchKommBGB*⁶, 59. člen, robna št. 6.

88 Javne listine poznajo le države latinskega notariata, tj. 22 držav članic, medtem ko anglosaški in skandinavski pravni red teh ne poznata. Geimer, v: *Dutta/Hertrler*, str. 147.

89 Izključene so listine, kjer gre le za enostavno overitev podpisa, in notarsko overjene zasebne listine. *Damascelli*, v: *Bergquist in dr.*, str. 256.

90 *Damascelli*, v: *Bergquist in dr.*, str. 254–255.

91 Če je nacionalno potrdilo o dedovanju sestavljeno v obliki notarskega akta, zanj velja 59. člen. *Dutta*, v: *MuenchKommBGB*⁶, 59. člen, robna št. 6, 10.

92 Prvotni predlog uredbe je predvideval sistem priznavanja javnih listin tako, kot velja za sodne odločbe. Na podlagi t. i. metode priznavanja javnih listin bi se priznal pravni položaj, ki je bil ugotovljen na podlagi zasebne listine oziroma akta tujega organa, neodvisno od kolizijskih pravil države priznanja in prava, ki se uporablja v državi priznanja. To rešitev je pozneje zaradi velikega nasprotovanja držav članic zamenjal koncept sprejemljivosti javnih listin. Glavni očitek je bilo dejstvo, da drugače kot sodba, ki odloči o spornem pravnem razmerju z učinkom pravnomočnosti, te značilnosti javna listina nima. Glej 34. člen predloga uredbe, {SEC(2009) 410} {SEC(2009) 411} / * KOM/2009/0154 končno - COD 2009/0157 *, COM (2009) 154 konč., dostopno na: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009PC0154&from=SL>> (9. 8. 2016). Müller-Lukoschek, str. 146; Buschbaum, nav. delo, str. 260–261.

93 Glej 59. člen uredbe in 60. in 61. uvodno izjavo uredbe. Pristnost listine se namreč lahko izpodbija le pred organi države članice izvora listine. Glej drugi odstavek 59. člena uredbe.

94 V skladu s 74. členom se za dokumente v okviru te uredbe ne zahteva nikakršna legalizacija.

niti za potrditev njene vsebine,⁹⁵ ampak le za to, da pristojni organ države članice, ki mu je predložena javna listina druge države članice, tej prizna enako dokazno moč, kot jo ima ta v državi izvora, oziroma če to ni mogoče,⁹⁶ najbolj primerljiv pravni učinek, pod pogojem, da to ni v očitnem nasprotju z javnim redom zadevne države članice.⁹⁷ Javni listini organ države članice torej podeli dokazne učinke, kot jih abstraktno določa pravo države izvora.⁹⁸ Če gre za slovensko javno listino, mora tuji organ upoštevati, da iz nje izhaja izpodbojna domneva in da potrjuje resničnost v njej navedenih dejstev. Pri tem je treba opozoriti, da v postopku vpisa v registre (npr. zemljiška knjiga) v skladu s I. točko drugega odstavka 1. člena uredbe pravo države, ki odloča o vpisu (in ne pravo države izvora), odloča o dokaznem učinku javnih listin druge države članice.⁹⁹

Ker nobeni državi ni treba priznati dokaznih učinkov tujih javnih listin oziroma izenačiti njihovih učinkov z učinki domačih javnih listin,¹⁰⁰ se zastavlja vprašanje, ali sprejemljivost javnih listin v sprejemni državi pomeni, da ji ta lahko pripiše le učinke, ki jih imajo domače javne listine (dokazni učinki so omejeni že na podlagi *lex fori*), ali pa lahko dokazni učinki javne listine ne upoštevajo učinkov, ki jih sprejemna država daje domačim javnim listinam, in je tako edina omejitev ugovor javnega reda.¹⁰¹ V literaturi glede tega ni enotnega mnenja. Nekateri na podlagi 61. uvodne izjave razlagajo, da imajo tuje javne listine v sprejemni državi enake učinke kot v državi izvora, torej širše, kot je to predvideno za domače javne listine. Pri tem mora sodišče upoštevati vrsto in obseg dokazne moči javne listine v državi članici izvora.¹⁰² Če država prejemnica tuji javni listini ne more podeliti učinkov, kot jih ima ta po pravu države izvora, ker javnih listin v smislu uredbe ne pozna (npr. skandinavske države), bi ji morala podeliti vsaj učinke, ki so po njenem notranjem postopkovnem pravu najbolj podobni učinkom, ki jih ima predložena listina druge države članice.¹⁰³ To konkretno pomeni, da bi moral organ tuji javni listini pripisati vsaj učinke, kot jih ima zasebna listina, katere podpisi so bili pravnomočno ugotovljeni.¹⁰⁴ Drugi nasprotno iz dejstva, da se tuji javni listini pripiše najbolj primerljiv učinek, kot ga ima ta v državi izvora, izpeljujejo tezo, da *lex fori* sprejemne države postavlja mejo dokaznemu učinku tuje javne listine.¹⁰⁵

V skladu z besedilom 59. člena in ciljem prostega pretoka javnih listin listina slovenskega notarja v drugih državah članicah načeloma dokazuje resničnost v njej navedenih dejstev. Če druga država članica (sprejemna država) takšnih

95 S tem je mišljena veljavnost pravnega posla ali pravnega razmerja, zapisanega v listini (*negotium*).

96 Tu bi šlo lahko za primer, ko država članica, ki odloča in v kateri je sodišče, ne pozna notarskih javnih listin (npr. Ciper) oziroma jim pripisuje manj učinkov kot država izvora (Finska, Švedska, kjer je notar pristojen samo za overitev podpisa oziroma dokumentov). Damascelli, v: Berquist in dr., str. 258.

97 Damascelli, v: Bergquist in dr., str. 258.

98 Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 59. člen, robna št. 10.

99 Prav tam.

100 Veliko držav zato pozna ureditev, po kateri se dokazni učinki tujim javnim listinam priznajo le do ravni dokaznega učinka, ki ga imajo domače javne listine, nasprotno pa se tuji javni listini ne priznajo večji učinki, kot jih ima ta v državi izvora. Geimer, v: Dutta/Herrler, str. 151. Tako določbo vsebuje tudi 225. člen Zakona o pravnem postopku (ZPP, UL RS št. 73/07 in nasl.).

101 Geimer, v: Dutta/Herrler, str. 151.

102 Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 59. čl., robna št. 11; Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 147, robna št. 307; Damascelli, v: Bergquist in dr., str. 259.

103 Fitch, nav. delo, str. 356; Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 59. člen, robna št. 11.

104 Damascelli, v: Bergquist in dr., str. 259.

105 Simon/Buschbaum, nav. delo, str. 2397.

učinkov ne pozna, pa bi pristojni organ te države slovenski listini pripisal učinke, ki so najbolj primerljivi z učinki listin po pravu prejemne države. Nasprotno pa imajo tuje javne listine pred pristojnimi slovenskimi organi načeloma učinke, kakršne imajo v državi izvora. Če bi na primer pravo države izvora listini pripisalo širše učinke (npr. da ni mogoče izpodbijati resničnosti dejstev, navedenih v javni listini), bi moral slovenski organ dokazne učinke tuje javne listine prilagoditi učinkom, ki jih ima slovenska javna listina v skladu z 224. členom ZPP (izpodbijna domneva resničnosti dejstev).¹⁰⁶ Treba je tudi opozoriti, da slovenski organ ob predložitvi tuje javne listine ne sme zahtevati nikakršne uradne potrditve ali druge podobne formalnosti, s čimer je mišljena overitev javnih listin za uporabo v drugi državi članici (legalizacija ali overitev z žigom apostille).¹⁰⁷

Kot pomoč pri uporabi javne listine v drugi državi članici uredba predvideva obrazec,¹⁰⁸ v katerem organ, ki je sestavil javno listino na zahtevo osebe, ki bo uporabila listino v drugi državi članici, opiše njeno dokazno moč. Pri tem pa je treba opozoriti, da je v obrazcu očitna napaka, saj so kot države izvora listine navedene tudi države, ki pojma javna listina sploh ne poznajo (Švedska, Finska in Ciper).¹⁰⁹ Zaradi tega bi lahko v državi članici, kjer naj bi se listina uporabila, organ zaradi nepoznavanja teh okoliščin ali zmotne ocene listini pripisal večje učinke, kot jih daje država izvora.¹¹⁰

Uredba nadalje določa tudi pristojnost za odločanje v primerih, ko se izpodbija verodostojnost javne listine, in sicer je izključno pristojno sodišče države članice izvora, ki verodostojnost listine ugotavlja v skladu z lastnim pravom.¹¹¹ To pomeni, da v sprejemni državi ni dopustno vložiti niti ugotovitvene tožbe glede pristnosti listine niti se ne sme odločati o pristnosti listine kot o predhodnem vprašanju.¹¹² Poseben postopek izpodbijanja veljavnosti javne listine je predviden le v nekaterih državah članicah.¹¹³ Slovensko pravo tako kot nemško predvideva le možnost vložitve ugotovitvene tožbe oziroma se o tem vprašanju odloči kot o predhodnem

¹⁰⁶ Podobno za nemško pravo Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 147–148; Damascelli, v: Bergquist in dr., str. 259.

¹⁰⁷ 74. člen uredbe. Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 148.

¹⁰⁸ Gre za obrazec, ki je sprejet po svetovalnem postopku iz drugega odstavka 81. člena uredbe. V ta namen je bila sprejeta izvedbena uredba Komisije (EU) št. 1329/2014 z dne 9. decembra 2014, UL EU L 359/30 z dne 16. 12. 2014. Obrazci so dostopni tudi na spletni strani evropskega pravosodnega portala. <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-sl.do> (5. 8. 2016); v pomoč organom v državah članicah je tudi študija Evropskega parlamenta (odbor JURI), ki zajema pregled javnih listin in njihovih dokaznih učinkov v državah članicah, glej The evidentiary effect of authentic instruments in the Member States of the European Union in the context of the successions, marec 2016, dostopna na: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556935/IPOL_STU%282016%29556935_EN.pdf> (12. 8. 2016).

¹⁰⁹ Dorsel/Schall, nav. delo, str. 37.

¹¹⁰ Natančneje glej prav tam.

¹¹¹ Glej drugi odstavek 59. člena uredbe in 62. uvodno izjavo, ki natančneje pojasnjuje pojem verodostojnost javne listine. Ta zajema pristnost listine, zahteve glede obličnosti za listino in postopek sestave listine. Poleg tega pa vključuje tudi dejstva, ki jih v javno listino zapiše zadevni organ.

¹¹² Geimer, v: Dutta/Herrler, str. 154.

¹¹³ Tak postopek pozna francosko pravo, in sicer poseben postopek izpodbijanja verodostojnosti javne listine (procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques, 303. člen francoskega zakona o civilnem pravnem postopku), ki je upoštevano v uredbi. Geimer, v: Dutta/Herrler, str. 156. Glej tudi za italijansko pravo (querela di falso po 221. členu zakona o pravnem postopku). Damascelli, v: Bergquist in dr., str. 257.

vprašanju.¹¹⁴ Če v državi izvora listine poteka postopek, s katerim se izpodbija njena verodostojnost, ta listina v času trajanja postopka nima več dokazne moči v drugi državi članici.¹¹⁵ Če je listina v državi izvora razglašena za neveljavno, nima več nobene dokazne moči.¹¹⁶ Uredba pa ne ureja nasprotnega primera, ko je sodišče v državi izvora ugotovilo, da je listina pristna. Ker uredba ne predvideva, da sodišče, ki odloča v dedni zadevi, prekine postopek za čas odločanja o pristnosti listine, se zastavlja vprašanje, kako bo postopalo, če je v zadevi odločilo s pravnomočno odločbo, pozneje pa je bila sporna listina v državi izvora potrjena kot pristna. V tuji literaturi se v takem primeru predlaga, da bi bilo treba uporabiti pravila o obnovi postopka,¹¹⁷ saj drugače postopek izpodbijanja javne listine v državi članici izvora izgubi svoj namen.¹¹⁸ V Sloveniji je po pravnomočnosti sklepa o dedovanju vprašanje pristnosti javne listine (npr. oporoke) predhodno vprašanje v pravdi, ki poteka na podlagi tožbe po 224. členu Zakona o dedovanju.¹¹⁹

Nasprotno pa je za odločanje o sporu glede veljavnosti pravnega posla ali pravnega razmerja,¹²⁰ ki izhaja iz javne listine, izključno pristojno sodišče na podlagi splošnih pravil o pristojnosti po uredbi, pri čemer se ta veljavnost pravnih poslov in razmerij presoja po pravu, ki se uporablja v skladu s III. poglavjem uredbe.¹²¹ To pomeni, da sodišče, ki je pristojno za odločanje o dedni zadevi, kljub pravilu o sprejemljivosti javnih listin, lahko presoja o njihovi veljavnosti (npr. veljavnosti oporoke po 24. členu).¹²² Tako kot v primeru izpodbijanja pristnosti tudi tu izpodbijana javna listina nima nobene dokazne moči v drugi državi članici, dokler poteka postopek pred pristojnim sodiščem.¹²³

Za konec pregleda tega poglavja je treba dodati, da se glede izvršljivosti javnih listin smiselno uporabljajo določbe o izvršljivosti sodnih odločb.¹²⁴ Enako velja tudi za izvršljivost sodnih poravnav.¹²⁵

114 181. člen ZPP. Glej sklep VSRS II Ips 275/2014 z dne 11. 12. 2014 in tam navedeno literaturo.

115 Drugi odstavek 59. člena uredbe.

116 65. uvodna izjava.

117 V slovenski ureditvi je za uveljavitev pravic do zapuščine, ki jih v zapuščinskem postopku ni bilo mogoče uveljaviti, možnost edino le vložitev dediščinske tožbe. Zapuščinskega postopka namreč po pravnomočnosti sklepa o dedovanju/volilu ni mogoče niti ponovno uvesti niti obnoviti. Zupančič/Žnidaršič-Skubic, str. 245.

118 Geimer, v: Dutta/Herrler, str. 155.

119 Sklep VSRS II Ips 275/2014 z dne 11. 12. 2014.

120 63. uvodna izjava navaja primere pravnih poslov in pravnih razmerij v uredbi.

121 Tretji odstavek 59. člena uredbe.

122 Dutta, v: MuenchKommBGB⁹, 59. člen, robna št. 20.

123 Drugi in tretji odstavek 59. člena uredbe.

124 Glej 60. člen uredbe.

125 61. člen uredbe.

6. EVROPSKO POTRDILO O DEDOVANJU

6.1 Uvod

Uredba o dedovanju prvič¹²⁶ uvaja nov pravni instrument *sui generis*,¹²⁷ tj. evropsko potrdilo o dedovanju, ki je podrobno urejeno v kar dvanajstih členih (62.–73. člen). Njegov namen je zagotoviti hitro, nemoteno in učinkovito urejanje dedovanja s čezmejnimi posledicami, ki dediču, volilojemniku, izvršitelju oporoke in upravitelju zapuščine (prosilcu)¹²⁸ omogoča, da z njim dokaže svoj status in/ali uveljavi svoje pravice in pooblastila v drugi državi članici.¹²⁹

Doslej so namreč v državah članicah obstajale le različne vrste nacionalnih listin oziroma dokazil o dedovanju,¹³⁰ kar je povzročalo, da so imeli upravičenci pri urejanju dedovanja (npr. dokazovanju svojega statusa pri tuji banki) pogosto težave, saj so organi držav članic zaradi jezikovnih ovir, drugačne terminologije in nepoznavanja pravne značilnosti tujih listin o dedovanju pogosto tuje listine o dedovanju zavračali in praviloma zahtevali predložitev nacionalnega potrdila o dedovanju.¹³¹ Tako so v isti dedni zadevi organi različnih držav članic izdajali listine o dedovanju,¹³² kar je povzročalo zavlačevanje postopka in dodatne stroške.¹³³ Evropsko potrdilo o dedovanju zdaj omogoča urejanje dedovanja v državah članicah brez kakršnega koli dodatnega postopka,¹³⁴ kar pomeni znatno olajšanje za upravičence.¹³⁵

6.2 Razmerje med evropskim in nacionalnimi potrdili o dedovanju

Kot navedeno zgoraj, se evropsko potrdilo izda za uporabo v drugi državi članici,¹³⁶ vendar pa ne nadomešča nacionalnih potrdil o dedovanju, ampak obstaja poleg njih.¹³⁷ Evropsko potrdilo o dedovanju ne učinkuje le v državah, kjer se uporabi, ampak tudi v državi, ki ga izda.¹³⁸ Vendar uporaba evropskega potrdila

126 Na mednarodni ravni je bil prvi poskus uvedbe mednarodnega potrdila o dedovanju Haaška konvencija z dne 2. 10. 1973 glede dedovanja v mednarodnih zadevah, ki so jo ratificirale le Portugalska, Slovaška in Češka. Kleinschmidt, nav. delo, str. 743.

127 Gre za posebno listino z deklarativnim učinkom. Dorsel, nav. delo, str. 2016; Perscha v: Deixler-Hübner/Schauer, str. 431, robna št. 21. Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 64. člen, robna št. 9. To pomeni, da nima učinka pravnomočnosti in morala biti meritorna odločitev v dedni zadevi še vedno sprejeta v domačem postopku. Ivanc, PP št. 7-8/2016, priloga str. III; Dorsel, nav. delo, str. 2016.

128 Glej prvi odstavek 65. člena v povezavi s 63. členom uredbe.

129 67. uvodna izjava uredbe in 63. člen uredbe.

130 Potrdilo o dedovanju v obliki sodne odločbe poznajo npr. Nemčija (Erbschein), Grčija, Poljska in Bolgarija. Romanske države poznajo le notarske listine (npr. Francija, Španija), v skandinavskih državah pa se dedič izkaže s predložitvijo sodno overjenega seznama premoženja (zasebna listina). Rechberger, nav. delo, str. 15; Ivanc, Evropsko potrdilo, str. III. Podrobneje o tem glej tudi Stališče Inštituta Max Planck k predlogu uredbe Rabelsz 74 (2010), str. 673.

131 Kleinschmidt, nav. delo, str. 730 in nasl.; Ivanc, Evropsko potrdilo, priloga, str. I., Stališče Inštituta Max Planck k predlogu uredbe, str. 672 in nasl.

132 Lange, v: Dutta/Herrler, str. 162; Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 308.

133 Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 151.

134 Glej prvi odstavek 69. člena uredbe.

135 Lange, v: Dutta/Herrler, str. 162.

136 Prvi odstavek 62. člena uredbe.

137 Tretji odstavek 62. člena uredbe.

138 Tretji odstavek 62. člena uredbe.

ni obvezna,¹³⁹ saj gre za izbirni instrument.¹⁴⁰ Ker uredba podrobneje ne ureja razmerja med evropskim in nacionalnimi potrdili, teorija iz navedenega sklepa, da upravičenec lahko prosto izbira, in torej lahko zaprosi za izdajo evropskega potrdila ali nacionalne listine o dedovanju ali zaprosi za izdajo obeh listin.¹⁴¹ Pri tej odločitvi imajo pomembno vlogo tudi stroški in različni učinki potrdil.¹⁴² Pri tem pa je treba še dodati, da v primeru, če stranka predloži evropsko potrdilo, tuji organ/tuja oseba ne sme zahtevati, da se namesto tega predloži drugo dokazilo.¹⁴³

Nadalje se zastavlja vprašanje, kakšno je razmerje med evropskim in nacionalnimi potrdili o dedovanju oziroma če lahko pride do izdaje nasprotujočih si potrdil, saj uredba ne predvideva registra evropskih potrdil.¹⁴⁴ Ker uredba ne določa, kako ravnati v primeru nasprotja med njima, se je v teoriji oblikovalo več različnih stališč.¹⁴⁵ Glede na besedilo uredbe se zdi najbolj sprejemljivo stališče, ki izhaja iz dejstva, da upravičenec izbira med obema institutoma, ki sicer veljata neodvisno drug od drugega.¹⁴⁶ Pri tem bi se morale tudi za izdajo nacionalnega potrdila uporabljati splošne določbe o pristojnosti (4.–6. člen), saj gre za zadeve dedovanja, s čimer bi se preprečilo, da bi prišlo do izdaje nasprotujočih si potrdil.¹⁴⁷ Če pa bi kljub temu prišlo do nasprotja (npr. če so različna sodišča držav članic menila, da so mednarodno pristojna za izdajo potrdila), pa bi se lahko uporabila določba o sorodnih pravicah, saj v primeru, če so učinki potrdil različni, ne gre za postopek z istim zahtevkom/med istima strankama.¹⁴⁸ Poleg tega bi lahko prej izdano nacionalno potrdilo o dedovanju zaradi nezdržljivosti odločb preprečilo izdajo evropskega potrdila (točka b drugega odstavka 67. člena).¹⁴⁹ Če sodišče, ki je izdalo evropsko potrdilo, ugotovi, da obstajajo različna potrdila, mora netočno potrdilo preklicati ali spremeniti, vsekakor pa odložiti njegove učinke, dokler ni znano, ali je njegova vsebina pravilna.¹⁵⁰

139 Drugi odstavek 62. člena uredbe.

140 Drugi odstavek 62. člena uredbe. Dodatni instrumenti v evropskem pravu niso novost, saj jih pozna tako evropsko pravo družb (Societas Europea) kot tudi evropsko pogodbeno pravo (predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o skupnem evropskem prodajnem pravu, COM 2011/0635 konč.). Glej študijo Evropskega parlamenta PE 462.425 iz leta 2012, dostopno na: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462425/IPOL-JURI_ET\(2012\)462425_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462425/IPOL-JURI_ET(2012)462425_EN.pdf) (10. 8. 2016)>

141 Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 271; Lange, v: Dutta/Herler, str. 170; Geimer, v: Dutta/Herler, str. 176, za obe listini: Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, str. 1612, robna št. 9-11; Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 152; Bredemeyer, nav. delo, str. 66, Schmidt, nav. delo, str. 389, Kleinschmidt, nav. delo, str. 748.

142 Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 271; Kleinschmidt, nav. delo, str. 733, 774 in nasl.. V Nemčiji se v primeru, da dedič zaprosi za izdajo tako nacionalnega kot evropskega potrdila o dedovanju, stroški primarno izdanega nacionalnega potrdila vračunajo pri izdaji evropskega potrdila v višini 75 %. Bredemeyer, nav. delo, str. 66.

143 69. uvodna izjava.

144 Takšno rešitev je sicer predlagal Max Planck Inštitut, vendar ni bila sprejeta. Glej RabelsZ 74(2010), str. 705 in nasl.

145 Za kratek pregled glej Kleinschmidt, nav. delo, str. 748, Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 271.

146 Kleinschmidt, nav. delo, str. 748; Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 62. čl., robna št. 8–10. Drugače Frodl, nav. delo, str. 958, ki meni, da je obstoj evropskega potrdila o dedovanju odvisen od nacionalnega dokazila o dedovanju.

147 Tako Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 62. člen, robna št. 6, Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 65. O vprašanju, ali obstaja izključna mednarodna pristojnost po uredbi tudi za izdajo nacionalnih potrdil o dedovanju sedaj odloča Sodišče EU v zadevi C-20/17 (Oberle).

148 Prav tam, robna št. 15.

149 Ibid, 62. člen, robna št. 15.

150 Ibid, 62. člen, robna št. 17.

6.3 Pristojnost za izdajo in postopek izdaje evropskega potrdila o dedovanju

Za izdajo potrdila so pristojni organi države članice, ki so pristojni za odločanje v dedni zadevi po uredbi.¹⁵¹ To so običajno organi države članice, v kateri je imel zapustnik zadnje običajno prebivališče. V tem primeru obstaja splošna pristojnost in vsebina potrdila se ne sme omejiti samo na zapuščino v državi članici, ki izda potrdilo, ampak mora zajeti celotno zapuščino. Drugače pa je v primeru subsidiarne pristojnosti in kadar je del zapuščine v tretji državi.¹⁵² Pri tem so države članice morale določiti pristojne organe za odločanje v zadevi, pri čemer se določitev pristojnih organov praviloma ujema z nacionalno pristojnimi organi v dednih zadevah.¹⁵³ Za izdajo evropskega potrdila o dedovanju so v Sloveniji pristojna zapuščinska sodišča.¹⁵⁴ Poleg tega je novela Zakona o sodnih taksah za izdajo evropskega potrdila predvidela takso v višini 30 evrov.¹⁵⁵

Evropsko potrdilo o dedovanju pristojni organ izda le na zahtevo prosilca, ki je lahko, kot navedeno že zgoraj, le dedič, voliljemnik,¹⁵⁶ izvršitelj oporoke in upravitelj zapuščine, ne pa tudi upnik zapuščine.¹⁵⁷ Prosilec lahko za vložitev zahteve uporabi obrazec,¹⁵⁸ uredba pa predpisuje tudi podatke, ki jih mora vsebovati zahteva.¹⁵⁹

Po tem, ko pristojni organ prejme zahtevo za izdajo potrdila, mora preveriti podatke, izjave, listine in druga dokazila, ki jih je predložil prosilec. Uredba glede postopka ne vsebuje podrobnejših določb, ampak napotuje na uporabo nacionalnega prava, kar lahko povzroča razlike v postopkih izdaje potrdil.¹⁶⁰ Tako organ opravi poizvedbe za preverbo prej navedenih podatkov, če tako določa oziroma dovoljuje nacionalno pravo. Če se mu zdi potrebno pa tudi pozove prosilca da predloži dodatna dokazila.¹⁶¹ Uredba ne določa obvezne udeležbe drugih morebitnih upravičencev iz zapuščine v postopku,¹⁶² ampak določa le, da mora organ izdajatelj

¹⁵¹ 64. člen uredbe.

¹⁵² Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 155.

¹⁵³ Ponekod so to sodišča (npr. Grčija, Slovenija), drugje notariji (npr. v Belgiji, Estoniji, Franciji), spet drugje oboji (npr. Češka, Nemčija, Hrvaška, Italija, Avstrija). Reinhartz, nav. delo, str. 277. Glej evropski e-pravosodni portal, <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-sl.do> (10. 8. 2016)

¹⁵⁴ 227. b člen Zakona o dedovanju.

¹⁵⁵ 20. člen Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o sodnih taksah (ZST-1C), UL RS, št. 30/2016.. Poleg tega je predvidena tudi posebna sodna taksa za postopek o zahtevi za začasni odlog učinkov potrdila v višini 20 evrov.

¹⁵⁶ V tuji literaturi se navaja, da gre tu samo za voliljemnika v primeru vindikacijskega volila, ki ga npr. pozna francosko pravo, ne pa tudi damnacijski legat, ki ga poznata slovensko in nemško pravo. Schmidt, nav. delo, str. 391; Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 87 in nasl.; Bredemeyer, nav. delo, str. 66, Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 63. člen, robna št. 9.

¹⁵⁷ Glej prvi odstavek 63. člena. Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 157, Lange, v: Dutta/Herrler, str. 163, Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 274; slednji lahko zahteva izdajo overjene kopije potrdila v skladu s prvim odstavkom 70. člena.

¹⁵⁸ Obrazec IV Izvedbene uredbe Komisije (EU) št. 1329/2014 z dne 9. decembra 2014 o obrazcih iz Uredbe (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta 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. Obrazci so dostopni tudi na e-pravosodnem portalu, <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-sl.do> (10. 8. 2016).

¹⁵⁹ Glej tretji odstavek 65. člena uredbe.

¹⁶⁰ Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 156; Lange, v: Dutta/Herrler, str. 164.

¹⁶¹ Prvi odstavek 66. člena uredbe.

¹⁶² Kritično Lange, v: Dutta/Herrler, str. 165.

storiti vse potrebno, da o zahtevi za potrdilo obvesti upravičence. Če je to potrebno, zasliši vse udeležene osebe ali upravitelje ter z javnimi obvestili drugim morebitnim upravičencem omogoči, da uveljavljajo svoje pravice.¹⁶³

Pomembna novost je tudi sistem neposredne izmenjave informacij¹⁶⁴ med organi držav članic, katerega namen je zagotoviti nemoteno preverbo zahtevkov za potrdilo. Tako bo lahko organ izdajatelj¹⁶⁵ oziroma sodišče, ki odloča o pravnem sredstvu¹⁶⁶, pridobilo informacije neposredno od pristojnih organov druge države članice, pod pogojem, da so ti po nacionalnem pravu pooblaščen za zagotavljanje takšnih informacij drugemu nacionalnemu organu. V Sloveniji morajo državni organi, organi lokalnih skupnosti, nosilci javnih pooblastil ter druge osebe in organizacije, ki razpolagajo s podatki, potrebnimi za odločitve, ne glede na določbe o varstvu osebnih in drugih podatkov na obrazloženo¹⁶⁷ zahtevo sodišča brezplačno sporočiti zahtevane podatke.¹⁶⁸ Poleg tega morajo notarji sami pridobivati podatke iz uradnih evidenc, ki jih vodijo državni organi, organi lokalnih skupnosti ali nosilci javnih pooblastil. Ti morajo zahtevane podatke sporočiti brezplačno.¹⁶⁹ Tako kot domača sodišča in notarji bodo lahko tudi pristojni organi držav članic za potrebe preverbe podatkov zahtevali podatke iz zemljiške knjige, sodnega registra in drugih registrov.

6.4 Izdaja evropskega potrdila o dedovanju

Ko organ po pravu, ki se uporablja za dedovanje/po katerem koli pravu, ki se uporablja za posamezne elemente, ugotovi elemente, ki jih je treba potrditi, nemudoma izda potrdilo, in sicer obvezno na standardiziranem obrazcu V¹⁷⁰, ter obvesti upravičence o izdaji.¹⁷¹

Pomembno je, da organ izdajatelj hrani izvirnik potrdila, prosilec¹⁷² pa prejme overjeno kopijo potrdila, ki velja v omejenem obdobju šest mesecev od dneva izdaje¹⁷³ z možnostjo podaljšanja njegove veljavnosti, pri čemer mora biti dan poteka veljavnosti naveden na potrdilu. Ko poteče rok veljavnosti potrdila, dedič lahko zaprosi za njegovo podaljšanje ali novo potrdilo. Organ izdajatelj mora hraniti seznam oseb, ki so jim bile izdane overjene kopije potrdila,¹⁷⁴ da jih lahko obvesti, če bo potrdilo pozneje popravičeno, spremenjeno, razveljavljeno ali bodo začasno

163 Tretji odstavek 66. člena uredbe.

164 Gre za podatke iz zemljiške knjige, matičnih knjig in registrov, v katera se vpišejo listine in dejstva, pomembna za dedovanje ali premoženjska razmerja med zakoncema ali za primerljiva premoženjska razmerja zapustnika.

165 Drugi odstavek 64. člena uredbe.

166 72. člen uredbe.

167 To nalaga tretji odstavek 13. člena Zakona o sodiščih.

168 10. člen Zakona o pravnem postopku, ki se uporablja v skladu s 163. členom Zakona o nepravdnem postopku (ZNP, UL SRS št. 30/86 in nasl.).

169 5. a člen Zakona o notariatu (ZN, UL RS, št. 13/1994 in nasl.).

170 Namen tega je, da obrazcev ne bo treba prevajati, poleg tega pa bosta mogoči elektronska izdaja in obdelava. Lange, str. 166; Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 158. Če tega ne stori, je potrdilo izpodbojno po 72. členu uredbe. Dutta, v: MuenchKommBGB⁶, 67. člen, robna št. 14.

171 Glej 67. člen uredbe.

172 Enako velja tudi za drugo osebo, ki izkaže upravičen interes. Glej prvi odstavek 70. člena.

173 Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 162.

174 70. člen uredbe.

odloženi njegovi učinki.¹⁷⁵ Ker oseb, ki jim je bilo izdano potrdilo, ni mogoče vedno obvestiti, se lahko zgodi, da bodo v obtoku do izteka njihove veljavnosti netočne overjene kopije potrdila in bi lahko oseba, ki je bila zmotno navedena kot dedič, razpolagala s celotno zapuščino in zapustila državo, tako da bi bilo skoraj nemogoče pozneje zapuščino ponovno pridobiti. Uredba glede tega torej pomeni precejšnje tveganje, ki ga je evropski zakonodajalec očitno zavestno prevzel z namenom poenostavitve čezmejnega dedovanja.¹⁷⁶

Organ zavrne izdajo potrdila v dveh primerih, in sicer takrat, kadar se v postopku izdaje/drugem postopku izpodbijajo elementi, ki jih je treba potrditi (prvi odstavek 63. člena), in kadar bi zaradi izdaje potrdila lahko prišlo do neskladnosti z odločbo, ki zadeva iste elemente.¹⁷⁷¹⁷⁸

6.5 Vsebina in učinki evropskega potrdila o dedovanju

Uredba glede vsebine potrdila v točkah od a do o 63. člena vsebuje izčrpen seznam podatkov, ki jih vsebuje potrdilo. Vsebina konkretnega potrdila se določi glede na namen, za katerega se izdaja. Okvirno bi lahko seznam razvrstili v tri skupine: podatki o zapustniku prosilcu, organu izdajatelju (točke od a do g), nadalje pravne podlage za dedovanje (zakon, oporoka, dedna pogodba, točke od i do k) in podatki o dednih deležih, seznamu pravic/premoženja volilijemnikov, omejitve pravic, pooblastila izvršitelja oporoke/upravitelja zapuščine in morebitne omejitve (točke od l do o).¹⁷⁹ Pri tem velja dodati, da potrdilo določa, da se določeno premoženje dodeli upravičencem, pri čemer pa se s tem ne potrjuje, da to premoženje tudi spada v zapuščino, na kar napotuje tudi 71. uvodna izjava, saj tu namreč ne gre za dedovanje, ampak vsakokratno premoženjsko (stvarno) pravo, ki je zunaj področja uporabe uredbe.¹⁸⁰

Evropsko potrdilo o dedovanju, kot je navedeno že v uvodu, učinkuje v vseh državah članicah, ne da bi bil za to potreben poseben postopek.¹⁸¹ Potrdilo ni izvršilni naslov,¹⁸² ima pa naslednje učinke: najprej velja izpodbojna domneva, da je vsebina potrdila resnična (dokazni učinek). Pri tem pa dokazni učinek potrdila ne vključuje elementov, ki jih uredba ne ureja, kot na primer ugotavljanje očetovstva ali materinstva.¹⁸³ Nadalje se šteje, da ima oseba status in/ali pravice ali pooblastila, kot so navedeni v potrdilu, brez pogojev in/ali omejitev, razen tistih, ki so navedeni v potrdilu (legitimacijski učinek). Slednje je pomembno predvsem v primerih, ko deli zapuščine zahtevajo tudi vpis v ustrezní register. Nacionalni registrski organi tako ne smejo več zahtevati, da se predloži nacionalno potrdilo o dedovanju ali

¹⁷⁵ Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 316.

¹⁷⁶ Ni pa bil sprejet predlog Max Planck Inštituta, ki je predlagal uvedbo registra potrdil o dedovanju, ki bi omogočil preverbo, ali je potrdilo še veljavno. Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 317–318.

¹⁷⁷ To se nanaša na nezdružljivost po točkah 3 in 4 34. člena BUI. Za tak primer bi šlo, če odločba izključuje pravni položaj prosilca, tako da se ga ne more npr. potrditi kot dediča, ker ni uspel z dediščinsko tožbo. Dutta, v: MuenchKommBGB⁹, 67. člen, robna št. 7.

¹⁷⁸ Drugi odstavek 67. člena uredbe.

¹⁷⁹ Glej tudi drugi odstavek 63. člena uredbe.

¹⁸⁰ Dutta, v: MuenchKommBGB⁹, 63. člen, robna št. 18.

¹⁸¹ 71. uvodna izjava.

¹⁸² Prav tam.

¹⁸³ Glej 71. uvodno izjavo in drugi odstavek 69. člena uredbe.

druga dedna javna listina.¹⁸⁴ Potrdilo je namreč veljavna listina za vpis zapuščine v ustrezni register države članice,¹⁸⁵ pri čemer pa postopek, pravne zahteve in učinke vpisa še vedno določa pravo države članice.¹⁸⁶ Pristojni organ v državi, kjer se bo zahteval vpis, bo torej lahko zahteval dodatne podatke ali listine, ki se po pravu te države zahtevajo za vpis pravic v register.¹⁸⁷ Poleg tega pa bo lahko osebi, ki zaprosi za vpis tudi svetoval glede pridobitve manjkajočih listin ali informacij.¹⁸⁸

Novela ZD-C v 227. e členu določa, da ima evropsko potrdilo o dedovanju, ki ga *izda druga država članica*, za potrebe vpisa pravice na nepremičnini ali premičnini v zemljiško knjigo ali drugo evidenco ali register, lastnost sklepa o dedovanju in je podlaga za takšen vpis. Postopek za vpis se začne na predlog stranke, katere pravica se vpisuje v register.¹⁸⁹

Potrdilo varuje tudi dobrovernost tretjih, ki so izvršili plačilo/izročili premoženje osebi, ki je navedena kot pooblaščenec za sprejem plačila/premoženja, kot tudi tretjih, ki so pridobile premoženje od osebe, ki je v potrdilu navedena kot upravičena za razpolaganje s premoženjem. Tretji niso varovani, če so vedeli, da potrdilo ni pravilno oziroma tega zaradi hude malomarnosti niso vedeli.¹⁹⁰ Pri tem se zaradi zapisa v tretjem in četrtem odstavku 69. člena (»na podlagi podatkov, potrjenih v potrdilu«/na podlagi podatkov iz potrdila) zastavlja vprašanje, ali za zaščito dobrovernosti tretjega zadostuje, da je ta vedel za potrdilo (in je v času njegove veljavnosti ravnal na podlagi v njem potrjenih dejstev), ali pa je moralo biti potrdilo pri sklenitvi pravnega posla dejansko predloženo. To je pomembno tudi pri vprašanju o pravnih učinkih overjenih kopij potrdil, ki so vsebinsko nasprotujoča. Tudi glede tega vprašanja so v literaturi različna stališča, pri čemer pa prevladuje stališče, da zadostuje, če je tretji vedel za obstoj potrdila.¹⁹¹ Ker je predlog uredbe omenjal imetništvo potrdila,¹⁹² v sprejetem besedilu pa je to izpuščeno, bi lahko sklepali, da za zaščito dobre vere tretjih zadostuje že dejstvo, da je bilo izdano potrdilo oziroma da je bila overjena njegova kopija.¹⁹³ Posledično ne bi bila varovana dobrovernost tretjih glede overjenih kopij potrdil, ki so vsebinsko nasprotujoča.¹⁹⁴ Vendar pa je v 71. uvodni izjavi določeno, da je treba zaščito zagotoviti, če se predložijo veljavne overjene kopije. Takšna razlaga zagotavlja tudi spoštovanje časovne omejitve veljavnosti overjenih kopij, ki se sicer morda ne bi upoštevala.¹⁹⁵ To pa ne pomeni,

184 Schmidt, nav. delo, str. 393.

185 Izjema od tega pravila bi lahko bil vpis vindikacijskega volila in kadar imajo prednost dvostranske pogodbe. Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 168.

186 Peti odstavek 69. člena uredbe.

187 Ivanc, Vpliv, str. 7.

188 Glej uvodno izjavo 18 uredbe.

189 Tu je bilo verjetno spregledano, da je tudi evropsko potrdilo o dedovanju, ki ga izda domače sodišče lahko podlaga za vpis, saj ima učinke tudi v državi članici izdaje. Poleg tega tudi sklic na sklep o dedovanju ni primeren, saj evropsko potrdilo o dedovanju ni odločba kot je sklep o dedovanju, s katerim se odloči v zadevi, ampak gre za pravni instrument sui generis, ki ima učinke kot jih določa uredba. Podrobneje o tem glej zgoraj.

190 Prvi do četrty odstavek 96. člena uredbe.

191 Schmidt, nav. delo, str. 393; Reinhart, v: Berquist in dr., str. 312.

192 Glej tretji odstavek 42. člena predloga uredbe. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009PC0154&from=SL>> (10.8.2016)

193 Tudi Reinhart, v: Berquist in dr., str. 312 meni, da za dobro vero tretjega zadostuje že izdaja potrdila in ni potrebna njegova predložitev; tako tudi Schmidt, nav. delo, str. 389.

194 Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 165.

195 Lange, v: Dutta/Herrler, str. 170.

da ni varstva, če potrdilo ni predloženo, saj se lahko konkretno zaupanje glede vsebine overjene kopije vzpostavi tudi na drug način, zadostuje torej že obstoj kavzalnosti.¹⁹⁶ To vprašanje torej poleg številnih drugih¹⁹⁷ ostaja odprto in ga bo verjetno moralo kmalu pojasniti Sodišče Evropske unije.

6.6 Popravek, sprememba in preklic evropskega potrdila o dedovanju

Drugače kot nekateri nacionalni pravni redi določajo za nacionalna potrdila o dedovanju¹⁹⁸ za evropsko potrdilo ni predvidena možnost, da bi ga organ izdajatelj, ko ugotovi, da je vsebinsko nepravilno, zahteval, da ga oseba, kateri je bilo izdano, vrne. Uredba namesto tega predvideva možnost spremembe ali preklica potrdila,¹⁹⁹ in sicer bodisi na zahtevo osebe, ki izkaže upravičen interes, ali po uradni dolžnosti, če to dopušča domače pravo. Primer takšne vsebinske napake potrdila je, če v potrdilu ne bi bil omenjen dedič, ki je poklican k dedovanju na podlagi prava, ki se uporablja. Do takšnega primera bi lahko prišlo ob domnevi, da je oseba v času smrti zapustnika še živa, ta pa je dejansko že umrla, namesto nje pa kot dedič nastopi njen otrok.²⁰⁰

Poleg tega mora organ izdajatelj o tem nemudoma obvestiti vse osebe, ki so jim bile izdane overjene kopije.²⁰¹ To pomeni, da organ izdajatelj popravi, spremeni ali prekliče izvirnik potrdila, overjene kopije potrdila pa so še vedno v obtoku, pri čemer še vedno varujejo tudi dobrovernost tretjih. Posledično lahko oseba, ki je prejela overjeno kopijo potrdila, v času njene veljavnosti veljavno razpolaga z zapuščino, če je tretji dobroveren, kar bo pravilo, saj organu izdajatelju tretjih ni treba obvestiti o spremembi ali preklicu potrdila.²⁰² V literaturi so zato tudi predlogi, da bi se morala določba razlagati široko že glede na njen namen in splošno načelo *effet utile* prava EU, katerega namen je preprečiti obtok nepravilnih listin, kar bi posledično pomenilo, da bi lahko organ izdajatelj zahteval vrnitev nepravilne overjene kopije.²⁰³

Navedena ureditev je v literaturi deležna precejšnje kritike tudi zato, ker pušča odprto vprašanje, kakšni so pravni učinki overjenih kopij potrdil, katerih vsebina je nasprotujoča. Gre za primer, ko je bila na podlagi spremembe/preklica izvirnika potrdila izdana nova overjena kopija, v obtoku pa so še vedno overjene kopije prvotnega vsebinsko napačnega potrdila. Tu je, kot je navedeno zgoraj, odločilno dejstvo, ali se dobra vera glede potrdila nanaša na dejansko predložitev overjene

¹⁹⁶ Omlor, nav. delo, str. 219.

¹⁹⁷ Nejasno je kakšne so zahteve glede izkazovanja upravičenega interesa, nadalje ni jasno, kdaj potrdilo/posamezni elementi niso točni. Poleg tega tudi ni jasno razmerje med spremembo in preklicem potrdila. Lange, v: Dutta/Herrler, str. 174.

¹⁹⁸ Npr. v Nemčiji, glej določbo 2616 nemškega civilnega zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)), BGBI. I str. 42, 2909; 2003 I str. 738).

¹⁹⁹ V primeru pravopisnih napak (npr. napačno napisano ime, datum rojstva oseb navedenih v potrdilu) je predviden popravek potrdila. Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 319. Glej prvi odstavek 71. člena uredbe.

²⁰⁰ Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 319.

²⁰¹ Drugi in tretji odstavek 71. člena uredbe.

²⁰² Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 164.

²⁰³ Alternativno temu bi lahko nacionalni zakonodajalec v izvedbeni zakonodaji določil dolžnost vrnitve nepravilnih potrdil. Schmidt, nav. delo, str. 394.

kopije ali zadostuje že samo dejstvo, da je bila izdana overjena kopija potrdila.²⁰⁴ To vprašanje ostaja nerešeno.

6.7 Pravna sredstva

Uredba loči dve vrsti pravnih sredstev, in sicer pravna sredstva zoper odločbo o izdaji/neizdaji potrdila²⁰⁵ in pravna sredstva zoper odločbo organa, s katero je bilo potrdilo popravljeno, spremenjeno, preklicano ali so bili njegovi učinki začasno odloženi.²⁰⁶ Gre za pravna sredstva *sui generis*, pri čemer uredba postopka natančneje ne določa, ampak napotuje na nacionalno pravo.²⁰⁷

Kadar sodišče izda potrdilo oziroma njegovo izdajo zavrne, lahko vsak prosilec takšno odločbo izpodbija. Če pritožbeni organ ugotovi, da je potrdilo vsebinsko napačno, ga lahko samo spremeni ali prekliče, ali pa napoti, da to stori organ izdajatelj. Podobno lahko v primeru neupravičene zavrnitve izdaje potrdila to izda samo ali od organa izdajatelja zahteva, da ponovno preuči primer in o njem odloča.²⁰⁸ Poleg tega lahko vsakdo, ki izkaže upravičen interes, izpodbija odločbo o popravku, spremembi in preklicu potrdila ali s katero so bili začasno odloženi učinki potrdila.²⁰⁹ Države članice so morale določiti pristojne organe, pri katerih se lahko vložijo pravno sredstvo, in vrsto pravnega sredstva. Slovenija je kot pravno sredstvo zoper odločbe, navedene v 72. členu, določila pritožbo, ki se vložijo pri okrajnem sodišču, o njej pa odloča višje sodišče, če sodišče, ki je sklep izdalo, svojega prejšnjega sklepa samo ne spremeni ali prekliče. Uredba sama sicer ne predvideva možnosti vložitve pravnega sredstva zoper odločitev o pravnem sredstvu, države članice pa ga lahko določijo same.²¹⁰

Uredba predvideva tudi možnost začasne odložitve učinkov potrdila, ki je sredstvo začasnega zavarovanja,²¹¹ z namenom preprečiti da bi v času vložitve pravnega sredstva prišlo do dobroverne pridobitve zapuščine.²¹² Na primer oseba, ki zatrjuje, da je dedič in še ni bila priznana kot dedič, lahko zahteva odložitev učinkov potrdila, da bi preprečila, da bi dedič, naveden v potrdilu, razpolagal za zapuščino. Sodišče mora odločiti, ali ima ta oseba pravico izpodbijati odločitev sodišča. Ker uredba ne določa roka za vložitev zahteve, se ta lahko vložijo kadarkoli.²¹³ Začasne učinke lahko odloži organ izdajatelj ali sodišče, ki odloča o pravnem sredstvu.²¹⁴ Podobno kot v primeru popravka, spremembe ali preklica potrdila mora tudi v tem primeru pristojni organ o tem nemudoma obvestiti vse osebe, ki so jim bile izdane overjene kopije, organ pa ne sme v tem času izdati nobene druge overjene kopije.²¹⁵

204 Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 165.

205 Prvi pododstavek prvega odstavka 72. člena uredbe.

206 Drugi pododstavek prvega odstavka 72. člena uredbe.

207 Lange, v: Dutta/Herler, str. 174.

208 Drugi odstavek 72. člena uredbe.

209 Glej prvi odstavek 72. člena uredbe.

210 Za takšno možnost se slovenski zakonodajalec drugače kot nekateri drugi (npr. nemški) ni odločil. Müller-Lukoschek, nav. delo, str. 170. Glej §44 nemškega izvedbenega zakona (Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz (IntErbRVG) z dne 29. junija 2015 (BGBl. I str. 1042)).

211 Lange, v: Dutta/Herler, str. 174.

212 Kritično Lange, v: Dutta/Herler, str. 174.

213 Reinhartz, v: Berquist in dr., str. 322–323.

214 Prvi odstavek 73. člena uredbe.

215 Drugi odstavek 73. člena uredbe.

7. SKLEP

Uredba o dedovanju je dobrodošel in težko pričakovan pravni instrument na področju mednarodnega zasebnega (dednega) prava, ki doslej na ravni EU ni bilo urejeno. Uredba bo državljanom olajšala urejanje čezmejnega dedovanja, saj bo o dedni zadevi praviloma odločalo sodišče njihovega zadnjega običajnega prebivališča, ki bo praviloma uporabilo lastno pravo in izdalo evropsko potrdilo o dedovanju. Slednje je ključni instrument uredbe, saj dedičem omogoča, da z njim pred pristojnimi organi držav članic izkažejo svoj status ali uveljavijo svoje pravice. Kot nakazano v prispevku, ostaja odprtih kar precej pomembnih vprašanj, ki bodo verjetno predmet predhodnih vprašanj pred SEU. Do sedaj so bila zastavljena že tri predhodna vprašanja.²¹⁶

LITERATURA:

- *Bergquist Ulf/ Damascelli, Domenico/Frimston, Richard/Lagarde, Paul/ Odersky, Felix/Reinhartz, Barbara* (izdaj.), EU-Erbrechtsverordnung: Kommentar, Sellier: Köln, 2015.
- *Bredemeyer, Dierk*: Erbrechtliche Legitimation durch Erbschein, Europäisches Nachlasszeugnis, Testament oder Vollmacht, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2/2016, str. 65–71.
- *Buschbaum Markus*, Rechtslagenanerkennung aufgrund öffentlicher Urkunden? Bestandaufnahme und Ausblick nach dem Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung, Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, str. 259–276.
- *Deixler-Huebner, A., Schauer, M.* (ur.), Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung. Wien: Manz Verlag, 2015.
- *Dorsel, Christoph*: Europäische Erbrechtsverordnung und Europäisches Nachlasszeugnis, Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (ZErb) št. 8/2014, str. 212–224.
- *Dorsel, Christoph./Schall, Christian*: Die Umsetzung der ErbVO durch die Europäische Kommission – ein erster Überblick unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Nachlasszeugnisses, GPR 2015, str. 36–48.
- *Dutta, Anatol*: Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) št. 73/2009, str. 547–606.
- *Fitchen, Jonathan*: »Recognition«, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation, Journal of Private International Law (2012), 8:2, str. 323–358.

²¹⁶ Zadeva C-218/16 (Kubicka) z dne 19. aprila 2016, zadeva C-558/16 (Mahnkopf) z dne 9.12.2016, zadeva C-20/17 (Oberle) z dne 16.2.2017.

- *Frodl, Susanne*: Einheit durch Aufgabe nationaler Rechtstraditionen? – EU-Erbrechtsverordnung kundgemacht, Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ) št. 108/2012, str. 950–959.
- *Geimer, Reinhold v: Dutta, Anatol/Herrler, Sebastian (izdaj.)*: Die Europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg ; [20 Jahre DNotI 1993–2013] C. H. Beck, München, 2014, str. 143–160.
- *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*: Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV, 59. izdaja, C. H. Beck: München, 2016.
- *Von Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Izdaj.)*: Europäisches Unionrecht, 2. knjiga, 7. izdaja, Nomos, 2015.
- *Ivanc, Tjaša*: Evropsko potrdilo o dedovanju – nov instrument na področju mednarodnega zasebnega (dednega) prava, Pravna praksa št. 7–8/2016, priloga, str. I–VII.
- *Ivanc, Tjaša*. Uredba EU o dedovanju – izbrana vprašanja v: Zbornik 2. Dnevi nepravdnega in izvršilnega prava. Ljubljana: GV Založba 2013, str. 26–44.
- *Ivanc, Tjaša*. Vpliv evropske uredbe o dedovanju na slovensko dedno pravo – nič novega ali leži kaj pod površino? Pravna praksa št. 9/2014, priloga, str. I–VIII.
- *Kleinschmidt, Jens*: Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) št. 77/2013, str. 723–785.
- *Lange, Knut Werner, v: Dutta, Anatol/Herrler, Sebastian (izdaj.)*: Die Europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg ; [20 Jahre DNotI 1993–2013] C. H. Beck, München, 2014, str. 161–178.
- *Leitner Siegfried, v: Leitner S.*, Die EU-Erbrechtsverordnung Nr. 650/2012 und deren Auswirkungen auf diverse Länder, 50. Tagung der DACH (Dublin), Zürich: Schulthess, 2014, str. 1–16.
- Max Plack Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) št. 74/2010, str. 522–720.
- Meyer, Christian F.: Die Geltung der EU-Erbrechtsverordnung für reine Drittstaatsverhältnisse, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 9/2011, str. 445–450.
- *Müller-Lukoschek, Jutta*: Die neue Erbrechtsverordnung: Einführung in die neue Rechtslage, zerb verlag, 2. izdaja, 2015.

- *Omlor, Sebastian*: Gutgläubenschutz durch das Europäische Nachlasszeugnis, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) št. 4/2014, str. 216–222.
- *Rudolf, Claudia*: Die Erbrechtsverordnung der Europäischen Union, Oesterreichische Notariatszeitung 2013, str. 225–242.
- *Rudolf, Claudia*: Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht (Avtonomija pri izbri prava v mednarodnem dednem pravu). v: Žnidaršič Skubic, V., Vlahek, A., Podobnik, K.(ur.), Zbornik v čast Karla Zupančiča, Družinsko in dedno pravo pred izzivi prihodnosti; Ljubljana: Pravna fakultete Univerze v Ljubljani, 2014, str. 303–321.
- *Rudolf, Claudia., Zoechling-Jud, Brigitta., Kogler, Gabriel*: Kollisionsrecht (Kolizijsko pravo). v: Rechberger, W., Zoechling-Jud, B. (ur.), Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich. Wien: Verlag Österreich, 2015, str. 115–238.
- *Saecker, F. J., Rixecker, R. (ur.)*: Muenchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch X⁶: Internationales Privatrecht. Muenchen: Beck Verlag, 2015 (citirano: MuenchKommBGB⁶)
- *Schmidt, Jessica*: Der Erbnachweis in Deutschland ab 2015: Erbschein vs. Europäisches Nachlasszeugnis, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 8/2014, str. 389–395.
- *Simon, Ulrich/Buschbaum, Markus*: Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW št. 33/2012, str. 2393–2398.
- *Süß, Rembert*: Das Europäische Nachlasszeugnis, Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP) št. 4/2013, str. 725–750.
- *Volmer, Michael*: Die EU-Erbrechtsverordnung-erste Fragen an Dogmatik und Forensik, Rechtspfleger, št. 8/2013, str. 421–433.
- *Wagner, Rolf*: Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) št. 19/2012, str. 1333–1338.
- *Zupančič Karel/Žnidaršič-Skubic, Viktorija*: Dedno pravo, tretja izdaja, Ljubljana, Uradni list 2009
- Spletni viri:
 <http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_succes_sl.pdf>
 <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556935/IPOL_STU%282016%29556935_EN.pdf> (12. 8. 2016).

BITCOIN SKOZI TOR IN VPN: KOMPLEKSNA OVIRA PRI PREISKOVANJU KAZNIVIH DEJANJ?¹

Primož Križnar, mag. prava, sodniški pripravnik na Višjem sodišču v Ljubljani, asistent na Inštitutu za kriminologijo pri PF Univerze v Ljubljani

POVZETEK

Članek s tehničnega in pravnega vidika analizira poslovanje z virtualno valuto bitcoin, ki se je kot ena izmed prvih digitalnih valut uspešno uveljavila na svetovni ravni. Valuta je decentralizirana, šifrirana in anonimna, zato članek izhaja iz hipoteze, da je učinkovito preiskovanje kaznivih dejanj, pri katerih je to valuta mogoče uporabiti kot sredstvo ali pripomoček za izvršitev kaznivega dejanja onemogočeno. To hipotezo avtor preverja in pri tem poudari tehnične in pravne omejitve, ki lahko vplivajo na preiskovanje kaznivih dejanj, povezanih z uporabo te virtualne valute. Članek najprej navaja ključne lastnosti valute bitcoin, nato pa skozi faze dogovora, plačila, izplačila in zavarovanja dokazov prikaže, da je valuta zaradi svojih sistemskih lastnosti zasnovana tako, da transakcij ni mogoče slediti, niti jih ni mogoče povezati z določljivimi osebami. Če je ob uporabi te valute uporabljena še programska oprema TOR in VPN, denarnice bitcoinov pa so že privzeto šifrirane, organi preiskovanja nimajo na voljo pravno dopustnih tehničnih sredstev za učinkovito preiskovanje.

Ključne besede: virtualna valuta, Bitcoin, TOR, VPN, IP-naslov, anonimnost, komunikacijska zasebnost, sledenje transakcij, AES, šifriranje, privilegij zoper samoobtožbo.

BITCOIN THROUGH TOR AND VPN: A COMPLEX OBSTACLE OF CRIMINAL INVESTIGATION?

SUMMARY

The article analyses the business with the virtual currency Bitcoin from a technical and legal point of view. Bitcoin was one of the first digital currency successfully implemented at a global level. Because the currency is decentralized, encrypted and anonymous, this article is based on the hypothesis that the effective investigation of crimes, for which the currency can be used as a tool or utility to commit an offense,

¹ Prispevek je bil pripravljen v okviru projekta Pravo v dobi velikega podatkovja – reguliranje zasebnosti, transparentnosti, tajnosti in drugih nasprotujočih vrednot v 21. stoletju, ki ga izvaja Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, financira pa Agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (2014–2017).

is not possible. The author tries to verify this hypothesis by raising technical and legal constraints that may affect the investigation of criminal offenses related to the use of this virtual currency. This article first outlines the key features of the Bitcoin currency, and then through the phases of the agreement, payment and securing the evidence shows, that the systemic properties of the currency are designed in a way, that transactions cannot be followed, nor can they be linked to an identifiable person. Due to the fact, that the Bitcoin wallets are encrypted by default and that an individual can use software like Tor and VPN while conducting transactions with this currency, the law enforcement authorities do not have the technical means permitted by law, which would allow them to conduct an effective investigation.

Key words: virtual currency, Bitcoin, Tor, VPN, IP address, anonymity, communication privacy, tracking transactions, AES, encryption, privilege against self-incrimination.

1. UVOD

Denar v svoji temeljni obliki (gotovini) vse od leta 1971, ko je ameriški predsednik Nixon ukinal povezavo ameriškega dolarja z zlatom, počasi, vendar vztrajno izginja. Švedska naj bi do leta 2020 postala prva država, ki bo poslovala brez gotovine, zato popolna nadomestitev papirnatega (*fiat*) denarja z drugimi oblikami postaja pravzaprav neizogibna. Značilna alternativna oblika gotovine je elektronski denar, sicer vrednostno enakovreden gotovini, vendar shranjen v elektronskem sistemu, do katerega lahko dostopamo npr. z bančno kartico. Kljub temu elektronskemu nadomestku gotovine pa se v zadnjem času zaradi naraščanja digitalizacije kot plačilni instrument vse bolj uporabljajo virtualne valute, še posebej valuta bitcoin kot ena izmed najbolj priljubljenih. To valuto je mogoče uporabiti kot plačilno sredstvo tako pri zakonitih vsakodnevnih opravilih in z njimi povezanih transakcijah kakor tudi pri nezakonitih aktivnostih, npr. pranju denarju ali trgovanju s prepovedanimi substancami. Z vidika obravnavanja slednjega in v okviru v nadaljevanju navedenih dejanskih okoliščin skuša ta prispevek odgovoriti na vprašanje, ali organi preiskovanja in odkrivanja kaznivih dejanj lahko učinkovito in zakonito ugotovijo, kdo je končni prejemnik protipravne premoženjske koristi v obliki bitcoinov in ali je to osebo mogoče povezati na primer s preprodajo prepovedanih substanc. Prispevek zato z vidika moderne informacijske tehnologije, ki jo posamezniki lahko pridobijo brezplačno in uporabljajo vsakodnevno, izpostavlja temeljne pravne dileme v zvezi s poslovanjem z virtualno valuto bitcoin.

2. BITCOIN (BTC)

Virtualna valuta bitcoin je bila javnosti predstavljena 31. 10. 2008,² prvih 50 bitcoinov pa je leta 2009 v obtok poslal njen neznani avtor Satoši Nakamoto. Bitcoin je zloženska iz besed *bit* (najmanjša enota informacije) in *coin* (kovanec). Osnovna enota

2 Z manifestom »Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System« – glej NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. <<http://nakamotoinstitute.org/bitcoin/#selection-7.4-9.38>> (24. 3. 2017).

je en bitcoin (BTC),³ ki ga je mogoče razdeliti na manjše enote do osem decimalk natančno.⁴ Virtualna valuta na prvi pogled deluje kot prava (*fiat*) valuta,^{5,6} vendar se od nje po nekaterih lastnostih bistveno razlikuje. Prava valuta je v obliki kovancev in papirnatega denarja, ki kroži med pravnimi in fizičnimi osebami in ji država izdajateljica prizna pravni položaj predmeta, s katerim je mogoče plačati dobrine ali storitve. Pravi denar lahko prevzame tudi digitalno obliko elektronskega denarja (npr. PayPal), kar je namenjeno lažjemu prenosu valute,⁷ vendar to ne pomeni, da je pravi denar postal virtualna valuta.⁸ Slednja se namreč od digitalne razlikuje po tem, da nima svoje fizične oblike⁹ in da je ni izdala centralna banka ali drug državni organ, vendar so jo kot sredstvo plačila sprejele fizične in pravne osebe.¹⁰

Bitcoin je virtualna, decentralizirana, anonimna valuta, ki temelji na odprtokodnem matematičnem algoritmu, je vpeta v omrežje P2P (*peer-to-peer*)¹¹ in jo je mogoče zamenjati za realno valuto.¹² Nad njo ne bdi nobena centralna avtoriteta, ki bi imela nadzor ali pregled nad transakcijami z njo oziroma bi od udeležencev transakcij kot nujni pogoj zahtevala odprtje računa ob razkritju temeljnih identifikacijskih podatkov.¹³ Kljub temu to ne pomeni, da transakcij ni mogoče nadzorovati, saj sistem valute deluje kot knjigovodska knjiga: vsak uporabnik hrani podatke o vseh transakcijah na svetu,¹⁴ nekdo tretji pa lahko v transakcije enostavno vpogleda kar prek spleta.¹⁵ Zaradi decentraliziranosti je valuta bitcoin odporna na hekerske napade, njene uporabe pa tudi ni mogoče enostransko ukiniti oziroma poslovanja z njo začasno onemogočiti. Decentraliziranost in delovanje na odprtokodnem matematičnem algoritmu znotraj P2P-omrežja pa so lastnosti, zaradi katerih valuto bitcoin lahko enačimo tudi s t. i. kripto valuto.¹⁶

3 Na dan 24. 3. 2017 je bil en BTC vreden 920,57 EUR, njegova vrednost pa niha, saj sistem ni samo plačilni, temveč tudi naložbeni (ZAVRŠNIK, Aleš. *Kibernetska kriminaliteta*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2015, str. 111).

4 0,00000001 BTC je najmanjša enota, simbolično poimenovana po avtorju – *satoši*.

5 O tem npr. v zadevi Swift v. Zynga Game Network, Inc., 2010 WL 4569889, N.D. Cal. Nov. 3, 2010.

6 Saj je z njo mogoče plačati številne izdelke (npr. prek spletnih poslovalnic Amazona, Appli, Della, Wikileaks, Tesle in Victoria's Secret) in storitve (pravno svetovanje, spletna gostovanja, postavitve spletnih strani, hotelske nastanitve itd.), obširneje o tem GRUBER, Sarah. Note, Trust, Identity, and Disclosure: Are Bitcoin Exchanges the Next Virtual Havens for Money Laundering and Tax Evasion? 32 *Quinnipiac Law Review*, 2013, str. 151–156.

7 Npr. 5,00 EUR v gotovini je enako vrednih kot 5,00 EUR v elektronski oziroma digitalni obliki.

8 Značilen primer virtualne valute je npr. imaginarni denar v računalniških igricah.

9 Valuta bitcoin nima gotovinskega nadomestka npr. v obliki bankovca določene vrednosti, fizični kovanci in papirni dokumenti, kot bodo predstavljeni v nadaljevanju, pa so le medij za prenosa valute med osebami.

10 FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks. <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>, str. 4 in EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA). Opinion on virtual currencies. <<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>>, str. 7 (oboje nazadnje obiskano 24. 3. 2017).

11 P2P je vrsta računalniškega omrežja, sestavljenega iz enakopravnih računalnikov (*nodes*), ki so medsebojno povezani z internetom in hkrati delujejo kot odjemalec in strežnik (GRUBER, nav. delo, str. 143).

12 BRYANS, Danton. Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution. 89 *Indiana Law Journal*, 2014, str. 443–444.

13 HYMAN, Mitchell. Bitcoin ATM: A Criminal's Laundromat for Cleaning Money. 27 *St. Thomas Law Review*, 2015, str. 299.

14 Če se posameznik odloči, da bo prenesel podatke o verigi vseh transakcij, kar pa ni nujno potrebno – glej ZAVRŠNIK (K), nav. delo, str. 113, GRUBER, nav. delo, str. 145.

15 Npr. prek spletne strani BLOCKCHAIN.INFO <<https://blockchain.info/sl/>> (24. 3. 2017).

16 CRYPTOCOINS NEWS. What is Cryptocurrency? <<https://www.cryptocoinsnews.com/cryptocurrency/>> (24. 3. 2017).

Prednost valute bitcoin je v njenem P2P-omrežju. Transakcije znotraj slednjega se izvršujejo neposredno med uporabniki sistema, kar pomeni, da stroški poslovanja posrednika, ki bi transakcijo moral avtorizirati ali pa valuto zamenjati v pravi denar, ne nastanejo.¹⁷ Posledično so nakazila hitrejša in pogosto tudi čezmejna, zato je uporaba te valute svetovni plačilni sistem.¹⁸ Vendar pa je njena prednost hkrati tudi pomanjkljivost, saj v primeru zlorabe ni posrednika, na katerega bi se lahko obrnili, transakcije pa so nepovratne.¹⁹ Ker obravnavana valuta temelji na matematičnem algoritmu,²⁰ je omejena v obsegu²¹ in v celoti odvisna od ponudbe in povpraševanja na trgu ter od zaupanja v njeno uporabo.²²

Bitcoin alternativno bančnim sistemom omogoča izvedbo anonimnih transakcij, saj uporabnik lahko poseduje valuto in z njo razpolaga, ne da bi ob tem razkril svojo identiteto.²³ Pri uporabi tega virtualnega sistema je namreč mogoče uporabiti izmišljeno ime oziroma identiteto. Ustvarjanje uporabniškega profila je v nekaterih programih mogoče že samo z vnosom e-poštnega naslova, ki ga lahko ustvarimo v nekaj minutah, uporabnik te valute znotraj njenega sistema transakcij pa je identificiran izključno z javnim/-i naslovom/-i,^{24, 25} ki so mu dodeljeni samodejno in se spreminjajo ob vsaki transakciji.²⁶ Virtualni sistem ne zahteva niti osebne (*face-to-face*) avtorizacije transakcije, saj zanjo zadošča že vnos zasebnega ključa,²⁷ katerega oblikovanje je prepuščeno uporabniku.²⁸ Tako javni kot zasebni ključ sta nujno potrebna za izvedbo transakcije in sta analogna posameznikovemu bančnemu računu in njegovemu (digitalnemu) podpisu (ali geslu) za avtorizacijo transakcije.^{29, 30}

17 BRYANS, nav. delo, str. 445 ter SMITH, Daniel. More Money, More Problems: The Bitcoin Virtual Currency and the Legal Problems that Face It. 3 *Case Western Reserve Journal of Law, Technology and the Internet*, 2012, str. 431.

18 ZAVRŠNIK (K), nav. delo, str. 112, GRUBER, nav. delo, str. 141.

19 Na to kaže propad japonske borze Mt. Gox l. 2014 in kraja kovancev s slovenske borze Bitstamp l. 2015.

20 In ni podprta z žlahtnimi kovinami, npr. zlatom, srebrom itd. (HYMAN, nav. delo, str. 300 in KODRIČ, Sandi. Prihodnost denarja ali peskovnik za špekulante? *Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2013, leto 32, št. 46, str. 34).

21 Na 21 milijonov kovancev, ki se bodo v obtok sprostili do leta 2140 tako, da se bo njihovo število vsaka štiri leta zmanjšalo za 50 % (GRUBER, nav. delo, str. 149, KODRIČ, nav. delo, str. 34), dne 24. 3. 2017 pa jih je bilo v obtoku 16.232.900 (BLOCKCHAIN.INFO, nav. spletna stran).

22 Povečano povpraševanje po bitcoinih povzroči rast njihove realne vrednosti in obratno.

23 BRYANS, nav. delo, str. 443.

24 Za potrebe tega prispevka sem npr. uporabljal javni naslov (javni ključ) »1DyYd8Fgt6oUqTTVLtK2DY7ihkJCSzTPPM«.

25 Javni alfanumerični niz, zgoščen z zasebnim ključem uporabnika, ki pomeni bitcoinov naslov.

26 To ne pomeni, da prek posameznikovih prejšnjih naslovov ni več mogoče poslovati – ti naslovi so še vedno aktivni in so jim še vedno pripisani prejeti bitcoini.

27 Alfanumerični niz v izključni pristojnosti uporabnika, namenjen avtorizaciji transakcije (razpolaganja s kovanci), ki je zgoščen z javnim ključem in šifriran z varnostnim standardom AES-256 (LINDQUIST, Aaron. Funny Money: Why Bitcoin Does Not Warrant Increased Governmental Regulation. 1 *Journal of Global Justice and Public Policy*, 2014, str. 81).

28 BRYANS, nav. delo, str. 444, glej tudi COINDESK. Bitcoin Glossary. <<http://www.coindesk.com/information/bitcoin-glossary/>> (24. 3. 2017).

29 Z vnosom zasebnega ključa se transakcija dešifrira, kar pomeni, da je bitcoin kripto valuta.

30 O tem tudi GRUBER, nav. delo, str. 144.

2.1 Udeleženci transakcij z valuto bitcoin³¹

V transakcijah z virtualno valuto bitcoin nastopa več akterjev, pri čemer ni nujno, da v sklopu ene transakcije sodelujejo vsi. Izumitelj je oseba, ki je virtualno valuto ustvaril ter jo vzdržuje in izboljšuje,³² izdajatelj oziroma administrator pa je tisti, ki ustvari enote virtualne valute, vzpostavi pravila njene uporabe in lahko vpliva na njeno količino. Vlogo slednjih prevzemajo t. i. rudarji, ki z lastnimi računalniki rešujejo zapletene matematične algoritme,³³ s čimer potrdijo sklop transakcij med uporabniki (imenovan *block*) in ga dodajo v knjigovodsko knjigo valute bitcoin (imenovano *blockchain*), po opravljenem delu pa zanj dobijo plačilo, saj so s tem preprečili morebitno dvojno porabo bitcoinov oziroma ponarejenih bitcoinov.³⁴

Ponudniki denarnic ali klientov³⁵ omogočajo programsko opremo za shranjevanje digitalne valute ter javnih in zasebnih ključev, pregled nad transakcijami ter izvedbo transakcij. Ta oprema³⁶ je lahko: 1) *Hot Storage* (topla denarnica), ki je vseskozi povezana s P2P--omrežjem valute, 2) *Cold Storage* (mrzla denarnica), ki omogoča shranjevanje bitcoinov v obliki medijske datoteke *wallet.dat* tako, da ta datoteka ni dostopna na P2P--omrežju, temveč je shranjena na prenosnem mediju, ki ni povezan s spletom, 3) *Tor Wallet*³⁷ (ali *Dark Wallet*),³⁸ ki omogoča samodejno anonimizacijo transakcij z vgrajeno programsko kodo za t. i. mešanje,³⁹ in IP-naslove (*internet protocol*), ki so uporabljeni ob transakciji, izbriše, 4) *Physical Wallet*, ki sicer ni programska oprema, temveč dokument v papirni obliki ali pravi kovanec, na katerem so natisnjeni javni in zasebni ključ ter QR-koda⁴⁰, in 5) *Hardware Wallet*, ki je mehanska naprava, podobna USB-ključu, ki jo je treba ob transakciji povezati z računalnikom in vnesti PIN-kodo, s čimer naprava transakcijo odobri, saj vsebuje zasebni ključ za avtorizacijo transakcije.⁴¹

Ponudniki storitev mešanja so entitete, ki zakrivajo verigo prvotne transakcije s povezovanjem vseh dospelih transakcij enega javnega naslova⁴² in pošiljanjem teh povezanih kovancev na drug javni naslov z izredno velikim številom transakcij, kar

31 Poglavlje povzeto po FATF, nav. delo, str. 5–8, HYMAN, nav. delo, str. 303–306 ter EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB). Virtual currency schemes – a further analysis. <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>> str. 7–9 (24. 3. 2017).

32 Satoši Nakamoto, v zadnjem času imajo pomembno vlogo pri posodabljanju programske kode neznani razvijalci, ki popravke kode izvajajo tako, da o njih glasujejo dejanski uporabniki valute bitcoin.

33 Varno razpršilni algoritem SHA-256, imenovan *hash*.

34 Vsak blok mora biti združen z vsemi preostalimi bloki, zato sistem ustvari nalogo, ki je v izdelavi povezave med novim in zadnjim blokom iz verige blokov. Ko rudarji nalogo rešijo, s tem potrdijo vse transakcije novega bloka in ga spojijo s celotno zgodovino transakcij v verigi blokov (HOWDEN, Ed. The Cryptocurrency Conundrum: Regulating an uncertain future. 29 *Emory International Law Review*, 2015, str. 759.

35 Razlika med denarnico in klientom je v tem, da denarnica vsebuje samo podatke, potrebne za pridobitev ali unovčevanje bitcoinov (javne in zasebne ključne ter znesek bitcoinov), klient pa za svoje delovanje potrebuje še podatke o vseh izvedenih transakcijah (celotni *blockchain*) in neprestano komunicira z omrežjem P2P, pri čemer z njim lahko tudi rudarimo. Ker je glede drugega klient enaka denarnici, v nadaljevanju prispevka uporabljam samo izraz denarnica, ki je po svoji vlogi popolnoma enaka klasični denarnici.

36 Lahko je nameščena na računalniku, pametnem telefonu, tablici ali v spletnem brskalniku (HYMAN, nav. delo, str. 301).

37 TOR WALLET. <<https://torwallet.com/>> (24. 3. 2017).

38 DARK WALLET. <<https://www.darkwallet.is/>> (24. 3. 2017).

39 Ang. *mixing* – gre za mešanje bitcoinov s kovanci drugih uporabnikov.

40 BITCOINPAPERWALLET. <<https://bitcoinpaperwallet.com/>> (24. 3. 2017).

41 BITCOIN TREZOR. <<http://bitcointrezor.com/>> (24. 3. 2017).

42 Torej z združevanjem vseh bitcoinov enega javnega naslova.

otežuje povezovanje določenega bitcoina s prvotno izvedeno transakcijo. V zadnjem času ti ponudniki za plačilo v zameno za posameznikove bitcoine na prvem javnem naslovu, katerih izvor se želi v celoti prikriti, na drug javni naslov posameznika nakažejo popolnoma druge bitcoine, ki s problematičnimi v ničemer niso povezani.⁴³

Razpoložljivi znesek virtualne valute prek denarnice ali klienta upravlja uporabnik, ki bitcoine pridobi tako, da jih kupi, prejme kot plačilo za prodano stvar oziroma opravljeno storitev (med drugim tudi za rudarjenje) ali pa jih dobi kot darilo. Pri tem imajo pomembno vlogo menjalnice, ki poslujejo prek spletnih strani in za provizijo virtualno valuto odkupijo (in jo prodajo primernemu kupcu) ter s tem posamezniku zagotovijo plačilo v pravi valuti neposredno na njegov bančni račun,⁴⁴ pri čemer za to v zadnjem času uporabljajo tudi avtomate.⁴⁵ Končno v tok transakcije vstopajo še upravljalci menjalnih ploščadi, ki slednje upravljajo kot trg, na katerem se srečajo tisti, ki prodajajo ali kupujejo virtualno valuto bitcoin.⁴⁶

2.2 Pravni položaj valute bitcoin

Virtualne valute omogočajo nakup, prodajo ali menjavo prepovedanih produktov brez osebne interakcije in razkritja osebnih podatkov,⁴⁷ zato jih pogosto uporabljajo posamezniki, ki identitete ne želijo razkriti oziroma zaradi sledljivosti transakcij nimajo interesa sodelovati z bančnimi institucijami.⁴⁸ Valuto bitcoin je tako mogoče uporabiti za pranje denarja, izogibanje davčnih obveznosti in plačevanje nezakonitih substanc ali storitev.⁴⁹ Na njeno zlorabo kažejo na primer *Silk Road*,⁵⁰ izsiljevalska virusa TeslaCrypt 3.0 in Lock (ki okužene datoteke na računalniku zašifrirata, aktivacijsko kodo za dekripcijo pa je mogoče plačati le z bitcoini) ter afera predsedniškega kandidata Mitta Romneya v Združenih državah Amerike (ZDA), ki naj bi utajil davke (Michael Mancil Brown je bil obtožen, da je z zahtevkom za plačilo 1.000.000 USD v obliki bitcoinov za uničenje zaupne dokumentacije o utaji davkov predsedniškega kandidata storil kaznivo dejanje izsiljevanja in goljufije).⁵¹

Kljub očitni potrebi po pravni ureditvi virtualne valute bitcoin, še posebej ker na ta način krožijo velike količine denarja brez kakršne koli informacije o njegovem izvoru ali namenu,⁵² pa jasna pravna pravila vsaj za zdaj še niso oblikovana. Mogoče je vzrok v tem, da je z bitcoini mogoče kupiti tudi stvari v pravnem prometu.

43 To npr. omogočajo mešalci spletne strani Helix Grams, na kateri se za tako storitev niti ni treba prijaviti (HELIX GRAMS. Helix services. <<http://grams7eu3phkfrt3.onion/helix/light/>> (24. 3. 2017)). S takšno stratifikacijo denarja onemogočajo ugotavljanje izvora bitcoinov, kar je podrobneje predstavljeno v nadaljevanju.

44 BITSTAMP. <<https://www.bitstamp.net/>> CASHILA. <<https://www.cashila.com/>> (oboje nazadnje obiskano 24. 3. 2017).

45 Ti so lahko enosmerni (omogočajo le nakup kovancev) ali dvosmerni – BITNIK. <<https://bitnik.eu/>> (24. 3. 2017).

46 LOCALBITCOINS. <<https://localbitcoins.com/>> (24. 3. 2017).

47 BRYANS, nav. delo, str. 447.

48 HYMAN, nav. delo, str. 312.

49 ZAVRŠNIK (K), nav. delo, str. 112.

50 Na tej spletni strani je mogoče kupiti več vrst drog, plačilo pa je lahko opravljeno le z bitcoini – SILK ROAD. <<http://reloadedudjtjvrx.onion/>> (24. 3. 2017).

51 GRUBER, nav. delo, str. 138.

52 SMALL, Stephen. Bitcoin: The Napster of currency. 37 *Houston Journal of International Law*, 2015, str. 591 ter FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). Bitcoin Virtual Currency: Intelligence Unique Features Present Distinct Challenges for Detering Illicit Activity. <https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcoin-FBI.pdf> (24. 3. 2017).

Na svetovni ravni je uporaba virtualne valute bitcoin različna. Nekatere države, kot so Tajska, Bangladeš, Bolivija, Ekvador in Vietnam, njeno uporabo strogo prepovedujejo, poslovanje z njo pa obravnavajo kot prekršek ali kaznivo dejanje. Spet drugje so transakcije z bitcoini dovoljene le delno, npr. Kitajska prepoveduje trgovanje z njimi v vseh bankah ali drugih finančnih institucijah, na Švedskem pa z bitcoini ni mogoče kupiti odpadnega železa in drugih odpadnih predmetov.⁵³

Države članice Evropske unije (EU) zavezuje Direktiva (EU) 2015/2366⁵⁴, vendar v njej ni določbe, ki bi urejala transakcije z bitcoini oziroma poslovanje z njimi.⁵⁵ Valuta bitcoin ne izpolnjuje niti pogojev, pod katerimi bi jo lahko uvrstili med elektronski denar po drugem odstavku 2. člena Direktive 2009/110/ES,⁵⁶ saj elektronski denar pomeni terjatev do izdajatelja, takšne terjatve zoper rudarje pa ni. Poleg tega rudarji s pravnega vidika sploh ne spadajo med izdajatelje denarja po tretjem odstavku 2. člena te direktive. Takšnemu stališču pritrjujejo tudi institucije RS. Stališče Banke Slovenije je, da virtualna valuta bitcoin ni elektronski denar, kot to določa Zakon o plačilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS)⁵⁷ v 8. točki 4. člena,⁵⁸ niti tuja valuta oziroma deviza, kot to določa Zakon o deviznem poslovanju (ZDP-2)⁵⁹ v 4. členu.⁶⁰ Po mnenju Finančne uprave RS ta valuta ne šteje za denarno sredstvo po 7. točki 4. člena ZPlaSS.⁶¹ Kljub takšnim odklonilnim stališčem pa je Sodišče Evropske unije (SEU) v postopku predhodnega odločanja valuto bitcoin opredelilo kot zakonito plačilno sredstvo (*legal tender*) finančnih transakcij, saj se stranki za njeno uporabo (kot alternativo siceršnjim plačilnim sredstvom) dogovorita, valuta pa ima le vlogo plačilnega sredstva.⁶² Ker je torej valuta bitcoin že nekaj časa denar v pravem pomenu besede,⁶³ sodba SEU pa je zavezujoča za nacionalna sodišča, ki bi odločala o enakem vprašanju, bo treba slovensko monetarno zakonodajo ustrezno prilagoditi, do tedaj pa v praksi upoštevati stališče SEU.

53 CRYPTOCOINS NEWS. *Top 10 Countries in Which Bitcoin is Banned*. <<https://www.cryptocoinsnews.com/top-10-countries-bitcoin-banned/>> (24. 3. 2017), SMALL, nav. delo, str. 612–623 ter LINDQUIST, nav. delo, str. 97.

54 Direktiva (EU) 2015/2366 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2015 o plačilnih storitvah na notranjem trgu, spremembah direktiv 2002/65/ES, 2009/110/ES ter 2013/36/EU in Uredbe (EU) št. 1093/2010 ter razveljavitvi Direktive 2007/64/ES.

55 EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA). *Opinion of the European Banking Authority on the EU Commission's proposal to bring Virtual Currencies into the scope of Directive (EU) 2015/849 (4AMLD)*. <<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1547217/EBA+Opinion+on+the+Commission%E2%80%99s+proposal+to+bring+virtual+currency+entities+into+the+scope+of+4AMLD>>, str. 4–5 (24. 3. 2017),

56 Direktiva 2009/110/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti ter nadzoru skrbnega in varnega poslovanja institucij za izdajo elektronskega denarja ter o spremembah direktiv 2005/60/ES in 2006/48/ES in razveljavitvi Direktive 2000/46/ES.

57 Uradni list RS, št. 58/09, 34/10, 9/11, 32/12, 81/15 in 47/16.

58 Saj posestnik bitcoinov nima nikakršne terjatve zoper izdajatelja te valute, niti rudarji v skladu s 136. členom ZPlaSS niso obravnavani kot izdajatelji denarja.

59 Uradni list RS, št. 16/08, 85/09 in 109/12.

60 Tujo valuto mora namreč izdati centralna banka ali država.

61 FINANČNA UPRAVA RS. *Davčna obravnava poslovanja z virtualno valuto po ZDoh-2 in ZDDPO-2. Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2014, leto 33, št. 2, str. 22.

62 Glej sodbo SEU C-264/14 (Skatteverket proti Davidu Hedqvistu) z dne 22. 10. 2015. Že pred to sodbo sta npr. Nemčija in ZDA poslovanje z bitcoini šteli za finančno transakcijo, vendar pa v ZDA valuti bitcoin še danes ni priznan status zakonitega plačilnega sredstva (BRYANS, nav. delo, str. 448).

63 O tem tudi SKUBIC, Zoran. *Se za valutno zamenjavo bitcoinov lahko obračuna DDV? Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2016, leto 35, št. 1, str. 30.

Kljub pravni neurejenosti pa morajo posamezniki, ki z virtualno valuto bitcoin poslujejo, spoštovati določbe Direktive (EU) 2015/849⁶⁴ ki pod finančne institucije iz točke a drugega odstavka 3. člena uvršča podjetja, ki se ukvarjajo⁶⁵ s plačilnimi storitvami⁶⁶ oziroma izdajanjem in upravljanjem drugih plačilnih sredstev, vključno z dejavnostmi menjalnic, pod premoženje iz tretjega odstavka 3. člena pa kakršna koli sredstva, bodisi materialna bodisi nematerialna, premičnine ali nepremičnine, opredmetena ali neopredmetena ter pravne listine ali instrumente v kakršni koli obliki, tudi elektronski ali digitalni, ki dokazujejo lastništvo ali delež v teh sredstvih, čemur ustrezajo bitcoini (kot sredstva) in zasebni ključ denarnice (kot izkaz lastništva), v kateri so shranjeni.⁶⁷ S sprejetjem novega Zakona o preprečevanju pranja denarja in financiranja terorizma (ZPPDFT-1)⁶⁸ je RS v 48. točki 3. člena omenjenega zakona le dobila pravno opredelitev pojma »virtualna valuta«, ki po novem pomeni digitalni zapis vrednosti, ki ga izda fizična ali pravna oseba, ki ni centralna banka ali javna institucija, uporabljen kot sredstvo za menjavo, ki se lahko elektronsko prenese, hrani ali izmenjuje in ki ni nujno vezan na tradicionalne valute ter je lahko neposredno plačilno sredstvo med subjekti, ki jo sprejmejo.⁶⁹ Posledično so pravne in fizične osebe, ki opravljajo posle v zvezi z dejavnostjo izdajanja in upravljanja virtualnih valut, vključno s storitvami menjave virtualnih valut v običajne in obratno, v skladu z 20. d točko prvega odstavka 4. člena v zvezi z 12. členom ZPPDFT-1 in drugimi zavezani izvesti ukrepe za identifikacijo stranke, poročati o sumljivih transakcijah, samoiniciativno odkrivati in preprečevati pranje denarja in financiranje terorizma ter o vsem hraniti podatke v zakonsko predvidenih evidencah. Takšno stališče je bilo sicer zavzeto že pred sprejetjem novega zakona,⁷⁰ kljub novi ureditvi pa od rudarjev, ki to virtualno valuto dejansko izdajajo, še vedno ni mogoče pričakovati samoprijave.⁷¹

64 Direktiva (EU) 2015/849 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2015 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja ali financiranje terorizma, spremembi Uredbe (EU) št. 648/2012 Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive 2005/60/ES Evropskega parlamenta in Sveta in Direktive Komisije 2006/70/ES.

65 Glej dejavnosti iz 2. do 12. ter 14. in 15. točke priloge I k Direktivi 2013/36/EU – Direktiva 2013/36/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o dostopu do dejavnosti kreditnih institucij in o bonitetnem nadzoru kreditnih institucij in investicijskih podjetij, spremembi Direktive 2002/87/ES in razveljavitvi direktiv 2006/48/ES in 2006/49/ES.

66 O tem, kaj so plačilne storitve, glej prilogo in tretji odstavek 4. člena Direktive 2007/64/ES (Direktiva 2007/64/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES in 2006/48/ES ter razveljavitvi Direktive 97/5/ES) ter 5. člen ZPlaSS.

67 O tem nasprotno AUSTRALIAN TRANSACTION REPORTS AND ANALYSIS CENTRE (AUSTRAC). AUSTRAC typologies and case studies report 2012, <http://www.austrac.gov.au/sites/default/files/documents/typ_rprt12_full.pdf> str. 19 (24. 3. 2017). Iz tega poročila izhaja, da virtualne valute praviloma niso zajete v predpise o preprečevanju pranja denarja in financiranju terorizma.

68 Uradni list RS, št. 68/16.

69 Po 1. točki 3. člena ZPPDFT-1 je virtualna valuta bitcoin anonimni elektronski denar, ki zagotavlja anonimnost plačnika in nezmožnost sledenja plačil tako izdajateljem elektronskega denarja kot prejemnikom plačil.

70 URAD RS ZA PREPREČEVANJE PRANJA DENARJA. Virtualna valuta bitcoin – obvestilo za zavezanca. <http://www.uppd.gov.si/fileadmin/uppd.gov.si/pageuploads/dokumenti/Bitcoin_obvestilo.pdf> (24. 3. 2017).

71 ZAVRŠNIK, Aleš. Digitalne valute. *Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2015, leto 34, št. 16/17, str. 23.

3. POSLOVANJE

V nadaljevanju so predstavljene tri faze poslovanja z virtualno valuto bitcoin, ki so potrebne, da posameznik v zameno za npr. dostavo in prodajo prepovedanih substanc pridobi plačilo v obliki bitcoinov, nato pa te zamenja za pravi denar.

3.1 Faza dogovora

3.1.1 Dejanski okvir

Posameznik, ki trguje s prepovedanimi substancami, z naprednim mobilnim telefonom ustvari izmišljeni Google račun, nato pa na telefon namesti eno izmed programov VPN,⁷² brskalnik TOR⁷³ in denarnico *Tor Wallet*. Telefona nikoli ne uporablja z vstavljenimi SIM-kartico⁷⁴ in z njim komunicira le prek javno dostopnih omrežij WiFi, ker pa je z vpogledom v dostopno točko WiFi v realnem času mogoče preveriti MAC⁷⁵-naslove povezanih naprav,⁷⁶ spremeni še MAC-naslov naprave.⁷⁷ Prodajo prepovedanih substanc oglašuje tako, da prek javnega omrežja WiFi na različnih spletnih forumih objavlja svoj oglas skupaj z elektronskim naslovom za komunikacijo. Organi preiskovanja lahko glede takega oglasa na podlagi 155. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP)⁷⁸ državnemu tožilstvu predlagajo odreditev prikritega preiskovalnega ukrepa navideznega odkupa.

72 Navidežno zasebno omrežje (Virtual Private Network) s tuneliranjem omogoča varno zasebno povezavo do spleta. To pomeni, da tisti, ki uporablja aplikacijo VPN in ob tem v spletni brskalnik vnese zahtevo za obisk spletne strani, do nje ne dostopa neposredno, temveč se sprva poveže na strežnik VPN, šele nato pa s tega strežnika dostopa do strežnika zahtevane spletne strani. Posledično je telekomunikacijskemu operaterju znan le IP-naslov strežnika VPN, ne pa tudi IP-naslov spletne strani, do katere je posameznik dostopal, po drugi strani pa je s strežnika spletne strani mogoče razbrati le to, da se je do nje dostopalo s strežnika VPN, saj je viden le IP strežnika VPN, ne pa posameznika (glej npr. OPEN VPN. <<https://openvpn.net/>> (24. 3. 2017)).

73 V napravah z operacijskim sistemom Android gre za aplikacijo »Orfox«, sicer pa je brskalnik TOR odprtokodni program, temelječ na omrežju prostovoljnih strežnikov. Ko vanj kot pošiljatelj vnesejo npr. zahtevo za obisk spletne strani, se ta zahteva pretvori v paketek, ki ne potuje neposredno do strežnika želene vsebine, temveč najprej do prvega izmed strežnikov omrežja TOR, kjer se paketek kriptira, nato pa se v kriptirani obliki naključno odbija od strežnikov tega omrežja (ki jih zato imenujemo releji), dokler iz njega ne izstopi in ne doseže spletne strani, ki smo jo želeli obiskati. Bistvo tega procesa je, da strežnik obiskane spletne strani ne zazna IP-naslova, s katerega smo vnesli zahtevo, temveč IP-naslov strežnika omrežja TOR, ker pa je paketek kriptiran, bi bilo tudi njegovo prestrezanje neučinkovito, saj iz njega ni mogoče razbrati IP-naslova pošiljatelja in njegovega cilja (TOR. <<https://www.torproject.org/about/overview.html.en>> (24. 3. 2017)).

74 Saj bi telekomunikacijski operater lahko pridobil podatke o lokaciji naprave (o tem npr. KRIŽNAR, Primož. Varstvo lokacijske zasebnosti s pomočjo mozaične teorije podatkov. V: Gorkič, P. (odg. ur.), *Zbornik znanstvenih razprav*, Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani, 2016, str. 107–109 ter BEDI, Monu. The curious case of cell phone location data: Fourth Amendment doctrine mash-up. *110 Northwestern University Law Review*, 2016, str. 519–523.

75 Media Access Control naslov je 12-mestni alfanumerični znak, ki ga proizvajalec dodeli omrežni strojni opremi pametne naprave. Zapisan je v obliki šestih nizov dveh znakov, ki so ločeni z dvopičjem (npr. B6:67:G8:89:E7:P3).

76 Za Telekomove uporabnike je v iskalno vrstico brskalnika treba vpisati »192.168.1.1.«, vnesti uporabniško ime in geslo, nato pa izbrati »Wireless« in »Station Info«.

77 Z brezplačno programsko opremo Technitium MAC Address Changer (TECHNITIUM. <<https://technitium.com/tmac/>> (24. 3. 2017)).

78 Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US in 65/16 – odl. US.

Če je predlogu za navidezni odkup prepovedanih substanc ugodeno in so organi preiskovanja poslali ponudbo za odkup na elektronski naslov iz oglasa. Z elektronskim sporočilom, s katerim se posameznik na prejeta ponudbo prek spletne pošte gmail odzove, organi preiskovanja prejmejo podatek o IP-naslovu, s katerega je bilo sporočilo poslano.⁷⁹ S tem podatkom in z javno dostopnimi spletnimi orodji⁸⁰ je mogoče ugotoviti, s katere domene je bilo sporočilo poslano (npr. siol.net, euro217.vpnbook.com), v kateri državi je IP-naslov in kdo je telekomunikacijski operater, ki organom preiskovanja lahko sporoči, komu je IP-naslov pripadal. Vendar pa so bila elektronska sporočila poslana anonimno: z nameščeno aplikacijo VPN in brskalnikom TOR. Uporaba omenjene programske opreme v praksi pomeni: 1) da telekomunikacijski operater, ki zagotavlja internetne storitve upravljavcu dostopne točke WiFi, prek katere posameznik komunicira, zabeleži le IP-naslov dostopne točke WiFi ter vhodni IP-naslov VPN-strežnika, ne pa tudi nadaljnjih IP-naslovov, do katerih se dostopa z VPN-strežnika, 2) upravljavec VPN-strežnika zabeleži IP-naslov dostopne točke WiFi, s katere se do njega dostopa, zaradi uporabe brskalnika TOR pa ni viden končni IP-naslov (IP-naslov prejemnika), temveč le IP-naslov prvega strežnika, do katerega se z VPN-strežnika dostopa, in 3) upravljavec strežnika gmail lahko zabeleži le IP-naslov zadnjega izmed strežnikov omrežja TOR, IP-naslovov prejšnjih strežnikov (relejev) oziroma strežnika VPN pa ne. Organi preiskovanja imajo torej le podatek o IP-naslovu zadnjega strežnika omrežja TOR,⁸¹ ki ga prikaže elektronsko sporočilo gmail,⁸² na njegovi podlagi pa lahko ugotovijo telekomunikacijskega ponudnika in državo izvora sporočila.

3.1.2 Pravno varstvo IP-naslava

Svobodno in nenadzorovano komunikacijo zagotavlja 37. člen Ustave RS,⁸³ s katerim se varuje posameznikova komunikacijska zasebnost – posameznikov interes, da se država ali nepovabljeni tretji ne seznani z vsebino sporočila, ki ga posameznik pošlje preko kateregakoli sredstva izmenjave podatkov. Svobodna odločitev komu, v kakšnem obsegu, na kakšen način in pod kakšnimi pogoji pošiljamo določeno sporočilo, je zagotovljena na ustavni ravni.⁸⁴ Posledično so na ustavni ravni varovani podatki, ki se nanašajo na vsebino sporočila, poleg tega pa tudi t. i. prometni podatki, tj. okoliščine in dejstva, povezana s komunikacijo.⁸⁵ Podatek o naslovu IP brez dvoma spada v omenjeno skupino prometnih podatkov, saj telekomunikacijski operater z njim identificira računalnik, povezan v internet prek njegovega telekomunikacijskega omrežja. Takšen način identifikacije operaterju omogoča preveritev, ali je uporabniku računalnika z dodeljenim IP-naslovom sploh

79 V elektronski pošti gmail izberemo prejeta sporočila, v desnem zgornjem kotu kliknemo Več>Pokaži izvirnik, nato pa v vrstici »Received: from« poiščemo ustrezen zapis števil.

80 Domaintools.com, Network-tools.com, whatismyipaddress.com, geoiptool.com.

81 Tudi na podlagi tega IP-naslava ni mogoče natančno določiti lokacije strežnika, temveč le vozlišče, s katerega je bilo elektronsko sporočilo poslano.

82 Za potrebe tega prispevka sem scenarij izvedel na opisani način in prek VPN svojo mobilno napravo najprej prikazal z IP-naslovom v Kolumbiji, nato pa sem z brskalnikom TOR mobilno napravo prek ruskega in danskega strežnika na strežniku elektronske pošte gmail prikazal s francoskim IP-naslovom operaterja OVH SAS.

83 Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 in 75/16 – UZ70a.

84 AVBELJ, M. et al. *Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev* – A, Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, str. 522.

85 Odločba Ustavnega sodišča RS Up-106/05 z dne 2. 10. 2008.

dovoljeno dostopati do svetovnega spleta prek njegovega omrežja in če, kakšni stroški so pri tem nastali. Z vidika drugih naprav, povezanih v medmrežje, pa IP-naslov omogoča komuniciranje in medsebojno deljenje podatkov. Ker je torej IP-naslov prometni podatek,⁸⁶ ga je po drugem odstavku 37. člena Ustave RS od telekomunikacijskega operaterja mogoče pridobiti samo na podlagi obrazložene sodne odredbe pod pogoji iz prvega odstavka 149. b člena ZKP. Če je IP-naslov razkrit zaradi uporabe spletne pošte ali programov za prenašanje datotek v P2P-omrežju, pa je treba preveriti, ali je posameznik pričakoval zasebnost tega naslova v skladu z veljavno ureditvijo glede pričakovane zasebnosti.⁸⁷

IP-naslov je hkrati tudi osebni podatek, kot ga opredelujeta 1. točka 6. člena Zakona o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1)⁸⁸ in 1. točka 4. člena Uredbe EU 2016/679.^{89, 90} Z njim je namreč mogoče določiti priključek računalnika, s tem pa njegovo lokacijo ter morebitne posameznike, ki ta računalnik uporabljajo. Kot osebni podatek, ki lahko razkriva identiteto uporabnika, se IP-naslov v skladu z 38. členom Ustave RS ter 8., 9., 10. in 16. členom ZVOP-1 lahko pridobi le za določene in zakonite namene. Zakonsko podlago in namen pridobitve uporabnika ali lastnika IP-naslova opredeljuje tretji odstavek 149. b člena ZKP, ki v primeru razlogov za sum storitve ali priprave uradno pregonljivega kaznivega dejanja organe preiskovanja pooblašča, da za odkritje uporabnika ali lastnika komunikacijskega sredstva za elektronski komunikacijski promet⁹¹ od telekomunikacijskega operaterja pisno zahteva, da ji tak podatek sporoči. Varstvo z IP-naslovom povezanih podatkov je torej z vidika informacijske zasebnosti iz 38. člena Ustave RS (ob primerjavi z zagotovili iz 37. člena Ustave RS) blažje, saj se za pridobitev teh podatkov zahteva le ustrezna zakonska podlaga ali privolitev posameznika.⁹² Če je torej IP-naslov že znan, sme policija brez sodne odredbe izključno na podlagi pisne zahteve pridobiti informacijo o tem, kdo je uporabnik ali lastnik tega IP-naslova.⁹³

3.1.3 Prenos dejanskega stanja v pravni okvir ter tehnične omejitve

Čeprav je komunikacija v svetovnem spletu na prvi pogled anonimna, mora biti organom preiskovanja dana možnost ugotavljanja njenih udeležencev, saj v nasprotnem primeru varstva nekaterih pravno zavarovanih dobrin (npr. spolne integritete ter dobrega imena in časti) ne bi bilo mogoče zagotoviti. Komunikacijo,

⁸⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-540/11 z dne 13. 2. 2014.

⁸⁷ Več o konceptu pričakovane zasebnosti KRIŽNAR, 2016, nav. delo, str. 115–119, odločba Ustavnega sodišča RS Up-3381/07 z dne 4. 3. 2010 ter SELINŠEK, Liljana. Razumno pričakovanje zasebnosti v dobi velikih podatkov. V: *Zbornik 1. Dnevov prava zasebnosti in svobode izražanja*, Ljubljana: IUS Software, GV založba, 2015, str. 113–125.

⁸⁸ Uradni list RS, št. 94/07.

⁸⁹ Uredba (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter razveljavitvi Direktive 95/46/ES (splošna uredba o varstvu podatkov).

⁹⁰ O tem, da sta tako statični kot dinamični IP-naslov osebni podatek, glej sodbo SEU C-582/14 (Breyer proti Nemčiji) z dne 19. 10. 2016.

⁹¹ Če ta podatek ni objavljen v naročniških imenikih – IP-naslovi v njih niso objavljeni.

⁹² AVBELJ, M. et al., nav. delo, str. 523.

⁹³ Takšno stališče je zavzelo tudi avstrijsko ustavno sodišče v zadevi B 1031/11 z dne 29. 6. 2012, vendar pa je ugotavljanje identitete na podlagi tretjega odstavka 149. b člena ZKP lahko ustavno sporno – o tem glej KRIŽNAR, Primož. IP-naslov za potrebe kazenskega postopka. *Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2017, leto 36, št. 14, str. 19.

predstavljeno v razdelku 3.1.1, lahko brez dvoma opredelimo kot prostovoljno, saj se je posameznik na prejeto elektronsko sporočilo zavestno in hoteno odzval s ponudbo prepovedanih substanc. Pri tem je posameznik zagotovo pričakoval, da bo končni prejemnik njegovega elektronskega sporočila iz slednjega lahko razbral IP-naslov. Tega v elektronskem sporočilu niti ni skušal prikriti, saj naj bi bil izvorni IP-naslov zaradi programske opreme VPN in Tor dovolj dobro zakrit, zato ob navedenem ni mogoče trditi, da bi na IP-naslovu, kot izhaja iz elektronskega sporočila, posameznik pričakoval kakršno koli zasebnost.⁹⁴ Tako je na podlagi tretjega odstavka 149. b člena ZKP brez sodne odredbe in spoštovanja zagotovil o komunikacijski zasebnosti od telekomunikacijskega operaterja mogoče zahtevati, da sporoči, kdo je uporabnik IP-naslova iz elektronskega sporočila. Ker pa je IP-naslov zaradi programske opreme VPN in Tor prikazan kot tuji naslov, je zadevo treba predati v obravnavo pristojnim institucijam v tujini ali pa uporabnika IP-naslova izslediti v okviru mednarodne pravne pomoči: če gre za IP-naslov države članice EU, je mogoče na podlagi Direktive 2014/41/EU⁹⁵ zaprositi za izdajo evropskega preiskovalnega naloga, s katerim se na podlagi točke e drugega odstavka 10. člena zahteva identifikacija osebe s pripadajočim IP-naslovom;⁹⁶ če pa gre za IP-naslov izven EU, je npr. na podlagi Konvencije Združenih narodov zoper nezakonit promet mamil in psihotropnih snovi⁹⁷ prav tako mogoče zaprositi za vzajemno pravno pomoč, seveda pod pogojem,⁹⁸ da je identifikacija oseb prek naslova IP zakonsko določena s pravom zaprosene države.

Odgovor pokaže, da IP-naslov pripada eni izmed izhodnih točk (*exit-node*) omrežja TOR,⁹⁹ praviloma pa je ta točka eden izmed strežnikov, ki jih upravlja pravna oseba, ki na trgu nastopa kot ponudnik storitev spletnih gostovanj.¹⁰⁰ Do takšnega sklepa bi policisti prišli tudi, če ne bi uporabili ukrepa po 155. členu ZKP, temveč bi neposredno od upravljavca spletne strani pod pogoji, ki so navedeni v nadaljevanju, zahtevali IP-naslov tistega, ki je oglas objavil.¹⁰¹ Zato je treba (znova) zaprositi za mednarodno pravno pomoč, s katero se zahteva, naj upravljavec strežnika sporoči, s katerega IP-naslova se je dostopalo do njegovega izhodnega strežnika. Zahteva za identifikacijo se torej v tej točki spremeni v zahtevo za pridobitev prometnega podatka o IP-naslovu, za kar morajo organi preiskovanja pod pogoji iz prvega odstavka 149. b člena ZKP pridobiti sodno odredbo. V okviru komunikacije je bila namreč uporabljena posebna programska oprema za prikrivanje izvornega IP-naslova, s čimer je izkazana namera za anonimnost komunikacije, objektivni del koncepta pričakovane zasebnosti pa izpolnjen.¹⁰² Pri tem se zastavlja vprašanje, ali je v tuji državi prometni podatek o IP-naslovu

94 Sklep Višjega sodišča v Celju III Kp 53999/2011 z dne 21. 4. 2015, sodba Višjega sodišča v Mariboru II Kp 34177/2012 z dne 5. 2. 2015 ter mnenje Informacijskega pooblaščenca RS (IP RS) št. 0712-1/2014/340 z dne 25. 3. 2014.

95 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2014/41/EU z dne 3. aprila 2014 o evropskem preiskovalnem nalogu v kazenskih zadevah.

96 Smiselno o tem IP RS v svojem mnenju št. 0712-1/2015/1369 z dne 18. 5. 2015.

97 Uradni list Socialistične federativne republike Jugoslavije št. 14 z dne 23. 11. 1990.

98 Glej tretji odstavek 7. člena Konvencije Združenih narodov zoper nezakonit promet mamil in psihotropnih snovi.

99 Do takšnega sklepa je mogoče priti z vpogledom v seznam naslovov IP izhodnih točk omrežja TOR – TOR STATUS. <<https://torstatus.blutmagie.de/>> (24. 3. 2017).

100 Npr. OVH SAS, ki ima največ izhodnih točk, na njegovih strežnikih pa gostuje celo WikiLeaks.

101 V tem primeru bi se preiskovanje kaznivega dejanja pričelo šele v tej točki.

102 O tem glej npr. odločbo Ustavnega sodišča RS UP-540/11 z dne 13. 2. 2014.

sploh mogoče pridobiti od pravnih ali fizičnih oseb, ki ne sodijo med operaterje po 149. b členu ZKP. V RS telekomunikacijski operater v skladu z 42. točko 3. člena Zakona o elektronskih komunikacijah-1 (ZEKom-1)¹⁰³ pomeni osebo, ki zagotavlja javno komunikacijsko omrežje ali pripadajoče zmogljivosti ali je obvestila pristojni zakonodajni organ o nameravanem zagotavljanju javnega komunikacijskega omrežja ali pripadajočih zmogljivosti. Upravljalce spletnih strani in strežnikov pa po drugi strani opredeljujemo kot ponudnike informacijskih storitev po 6. točki 3. člena Zakona o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT),¹⁰⁴ od katerih je tak podatek mogoče pridobiti ob ustrezni razlagi četrtega odstavka 8. člena ZEPT. Čeprav takšen položaj v ZKP ni izrecno urejen,¹⁰⁵ Informacijski pooblaščenec RS, sklicujoč se na stališče Vrhovnega sodišča RS,¹⁰⁶ dopušča možnost, da organi preiskovanja na podlagi sodne odredbe in ob upoštevanju prvega odstavka 149. b člena ZKP, četrtega odstavka 8. člena ZEPT in 37. člena Ustave RS, podatek o IP-naslovu pridobijo tudi od ponudnika informacijskih storitev.^{107,108} Seveda pa ne moremo z gotovostjo trditi, kakšna bi bila odločitev v tuji državi, v kateri je nameščen strežnik, prek katerega je bilo elektronsko sporočilo poslano. Pri tem ne gre spregledati, da elektronska komunikacija ne poteka vedno prek enake izhodne točke omrežja TOR, saj je izhodni strežnik izbran naključno, torej bi bilo treba celotni zgoraj omenjeni postopek za vsako prejeto elektronsko sporočilo ponavljati, kar bi bilo časovno in stroškovno izredno neučinkovito.

Tudi če bi na podlagi gornjega zaprosila pridobili podatek o IP-naslovu, bi ta pokazal, da je elektronsko sporočilo potovalo prek enega izmed relejskih strežnikov omrežja TOR. V tem delu se preiskovanje nadaljuje na dva možna načina:

a) Če je programska oprema vmesnih relejskih strežnikov omrežja TOR pravilno konfigurirana, ti ne beležijo podatkov o tem, s katerega IP-naslava se je do njih dostopalo.¹⁰⁹ Nadaljnja preiskava je zato onemogočena, saj ni mogoče ugotoviti, s katerega IP-naslava je bilo elektronsko sporočilo poslano. To bi v omrežju TOR razkrila šele napada *DDoS*¹¹⁰ ali *end-to-end*.¹¹¹ V primeru prvega napada bi morali

103 Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 – ZIN-B, 54/14 – odl. US in 81/15.

104 Uradni list RS, št. 96/09 – uradno prečiščeno besedilo in 19/15.

105 Saj 149. b člen ZKP zavezuje le operaterje, 8 člen ZEPT pa v četrtem odstavku 8. člena vsebuje le splošno napotilo na ZKP in še to na splošno določbo 148. člena ZKP.

106 Sodba Vrhovnega sodišča RS I Ips 46/2011 z dne 6. 10. 2011.

107 Mnenji IP RS št. 0712-1/2014/711 z dne 20. 2. 2014 in št. 0712-1/2014/1651 z dne 17. 4. 2014.

108 Dne 17. 11. 2016 je Vrhovno sodišče RS sicer sprejelo sodbo v zadevi I Ips 27119/2014, s katero je odločilo, da oseba, ki komunicira prek spletnih forumov, nima zagotovljenega varstva komunikacijske zasebnosti, vendar se s tako odločitvijo ne strinjam – glej KRIŽNAR, 2017, nav. delo, str. 18.

109 TOR. <<https://www.torproject.org/about/overview.html.en>> (24. 3. 2017).

110 *Distributed Denial of Service* – gre za kibernetični napad, v sklopu katerega storilec prevzame nadzor nad večjim številom naprav, priklopljenih v omrežje (t. i. *botnet*), in te naprave uporabi za preobremenitev v omrežje povezanih strežnikov omrežja TOR tako, da iz vseh naprav v zelo kratkem času skuša dostopati do teh strežnikov (o tem ZAVRŠNIK (K), nav. delo, str. 15 ter SI-CERT. Kako lahko ponudnik brani svoje stranke. <<https://www.cert.si/kako-lahko-ponudnik-brani-svoje-stranke/>> (24. 3. 2017)). To pomeni, da strežniki omrežja TOR niso na voljo in da uporabnik nemudoma razkrije svoj izvorni IP-naslov.

111 Z napadom se spremlja količina prometa (dohodnih in odhodnih povezav) na izhodnih strežnikih, ti podatki pa se primerjajo s prometom na vhodnih strežnikih omrežja TOR. Primerjava pokaže, ali se količina prometa na katerem izmed izhodnih strežnikov ujema s količino prometa na katerem izmed vhodnih strežnikov omrežja TOR, in če je tako, je vhodni strežnik izvorna točka oziroma prvi rele, na podlagi katerega je mogoče pridobiti izvorni IP-naslov (več o tem pa: MÜLLER, Konstantin. *Defending End-to-End Confirmation Attacks against the Tor Network*. <https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/id/355191/KMuller_2015.pdf>, KWON, Albert et al. *Circuit Fingerprinting Attacks: Passive Deanonymization of*

organi preiskovanja prevzeti nadzor nad večjim številom računalnikov in z njimi toliko preobremeniti omrežje TOR, da povezava ne bi potekala med releji, za drugi napad pa bi organi preiskovanja morali prevzeti nadzor nad vhodnimi in izhodnimi strežniki in nadzorovati promet na njih.

Oba napada posegata v objekt kazenskoprnega varstva, ki ga ščitijo Direktiva 2013/40/EU,¹¹² Konvencija o kibernetiski kriminaliteti¹¹³ in prvi odstavek 221. člena Kazenskega zakonika-1 (KZ-1).¹¹⁴ Pri tem gre očitno za neupravičeni¹¹⁵ prevzem nadzora nad napravami z namenom pridobivanja IP-naslava, saj uporabnik nad svojo napravo izgubi nadzor brez privolitve, poleg tega pa takšnega preiskovalnega ukrepa slovenska kazensko-procesna zakonodaja ne pozna. Z vidika cilja (pridobitev izvirnega IP-naslava s strežnika) sta napada sicer podobna preiskavi elektronske naprave po 219. a in 223. a členu ZKP, vendar se od nje razlikujeta po tem, da sta izvedena proaktivno in na daljavo – to pa pomeni, da napada nista preiskava elektronske naprave, saj je to mogoče opraviti le reaktivno, skupaj z zasegom elektronske naprave in zavarovanjem podatkov v njej.¹¹⁶ Z napadoma bi bilo torej poseženo v komunikacijsko zasebnost iz 37. člena Ustave RS na nedopusten (celo kazniv) način, zato bi dokaze, zbrane s takšnim ukrepom, morali obravnavati kot nezakonite (drugi odstavek 18. člena ZKP).

Takšno stališče utrjujejo predvsem določila Zakona o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol),¹¹⁷ po katerih je temeljna naloga policije preprečevanje kaznivih dejanj (2. alineja prvega odstavka 4. člena ZNPPol), in ne njihovo izvrševanje, če pa je kibernetiski napad odrejen kot preiskovalno dejanje, mora policist njegovo izvršitev odkloniti (tretji odstavek 5. člena ZNPPol). Poleg tega takšen preiskovalni ukrep v slovenski zakonodaji ni predviden, zato bi bilo z njegovo uporabo kršeno temeljno načelo zakonitosti v kazenskem postopku, hkrati pa ne bi bila upoštevana temeljna pravica posameznika do zaupnosti in integritete informacijsko-tehničnih sistemov na podlagi temeljne ustavne pravice do zasebnosti.¹¹⁸

Tor Hidden Services. <<https://www.usenix.org/system/files/conference/usenixsecurity15/sec15-paper-kwon.pdf>>, EVANS, Nathan ter GROTHOFF, Christian. <<https://www.defcon.org/images/defcon-16/dc16-presentations/defcon-16-evans-grothoff.pdf>>, in JANSEN, Rob et al. <<http://www.robjansen.com/publications/sniper-ndss2014.pdf>> (vse nazadnje obiskano 24. 3. 2017).

112 Direktiva 2013/40/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. avgusta 2013 o napadih na informacijske sisteme in nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2005/222/PNZ.

113 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, 17/04.

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

115 Po točki d 2. člena Direktive 2013/40/EU neupravičeno ravnanje pomeni dostop, poseganje ali prestrazanje, ki ga ni odobril lastnik ali drug imetnik pravice do sistema ali dela sistema, ali ki ni dovoljeno po nacionalnem pravu.

116 Glej tretji., četrti in šesti odstavek 219. a člena ZKP ter prvi in šesti odstavek 223. a člena ZKP ter GORKIČ, Primož. Sodobni prikriti preiskovalni ukrepi, drugič: forenzični računalniški programi. <http://www.odv-zb.si/upload/Dogodki/OdvetniskaSola2014/Gorkic%20Sodobni%20PPU_FRP.doc> (24. 3. 2017).

117 Uradni list RS, št. 15/13, 23/15 – popr. in 10/17.

118 Takšno stališče je dne 27. 2. 2008 zavzelo nemško ustavno sodišče v zadevi BvR 370/07, 595/07 glede tajnega nadzorovanja interneta in vstopa v informacijske sisteme s tehničnimi sredstvi brez sodne odredbe (o tem tudi SELINŠEK, Liljana. Zlonamerni programi tipa Bundestrojaner kot preiskovalno orodje. *Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2009, leto 28, št. 33, str. 19–20).

b) Kadar programska oprema rele strežnikov omrežja TOR ni pravilno konfigurirana,¹¹⁹ torej bi s stalnim vlaganjem zaprosil v okviru mednarodne pravne pomoči lahko pridobili IP-naslov vhodnega strežnika omrežja TOR in nato še IP-naslov strežnika VPN. Pod pogojem, da se slednji nahaja v eni izmed članic EU, se njegovega upravljavca z evropskim preiskovalnim nalogom pozove, naj ob upoštevanju prvega odstavka 149. b člena ZKP, četrtega odstavka 8. člena ZEPT in 37. člena Ustave RS razkrije IP-naslov, s katerega se je dostopalo do njegovega strežnika. Kljub pozivu pa upravljavec zahtevanega podatka ne more sporočiti, ker večina ponudnikov tehnologije VPN namreč dnevniških datotek, ki bi vsebovale izvirne IP-naslove uporabnikov VPN-storitev, ne shranjuje.¹²⁰ Obvezna hramba takšnega podatka je do nedavnega¹²¹ veljala le za telekomunikacijske operaterje,¹²² ne pa tudi ponudnike informacijskih storitev (kamor ob upoštevanju 6. in 11. točke 3. člena ZEPT spadajo upravljavci strežnikov). Slednji na podlagi prvega odstavka 15. člena Direktive 2000/31/ES¹²³ in tretjega odstavka 8. člena ZEPT niso zavezani nadzirati ali hraniti podatkov, niti raziskovati okoliščin, ki bi kazale, da se prek njihovih storitev izvršuje kaznivo dejanje¹²⁴ (če pa to želijo, za to potrebujejo pravno podlago, saj je IP-naslov osebni podatek, npr. posameznikovo privolitvev, izraženo s sprejemom pogojev uporabe spletne storitve).¹²⁵ To pomeni, da IP-naslava kljub sodni odredbi ni mogoče pridobiti, saj ga ponudnik informacijske storitve VPN preprosto nima več, niti mu takega podatka ni treba hraniti.¹²⁶

Seveda si je ob poznavanju IP-naslava strežnika VPN mogoče zamisliti obratno pot preiskovanja. Tako bi lahko na podlagi prvega odstavka 149. b člena ZKP za vse slovenske telekomunikacijske operaterje izdali odredbe, s katerimi bi od njih zahtevali, da sporočijo vse IP-naslove, ki so se v določenem času povezali s strežnikom VPN. Operaterji namreč zabeležijo odhodno povezavo na strežnik VPN, ne morejo pa spremljati novih odhodnih povezav na tem strežniku. Vendar

119 Če je med vsemi strežniki le en tak, ki je konfiguriran pravilno, bo nadaljnje preiskovanje onemogočeno.

120 Npr. ponudniki Nord VPN, VPN Tunnel, TorGuard VPN v pogojih uporabe njihovih storitev zapisujejo, da ne hranijo dnevniških zapisov o tem, s katerega IP-naslava se je dostopalo do njihovega strežnika.

121 Saj je bila direktiva o hrambi podatkov, pridobljenih ali obdelanih v zvezi z zagotavljanjem javno dostopnih elektronskih komunikacijskih storitev ali javnih komunikacijskih omrežij (Direktiva 2006/24/ES), v celoti razveljavljena, ZEKom-1 pa le delno – glej sodbo SEU C-293/12, 594/12 (Digital Rights Ireland Ltd proti Minister for Communications, Marine and Natural Resources in drugim ter Kärntner Landesregierung in drugi) z dne 8. 4. 2014 ter odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-65/13-19 z dne 3. 7. 2014.

122 Ki danes prometne podatke hranijo na podlagi prvega in drugega odstavka 151. člena ZEKom-1, in sicer največ do popolnega plačila storitve, če do te ne pride, pa do poteka zastaralnega roka za plačilo, čeprav večina operaterjev prometne podatke glede na splošne pogoje poslovanja (SPP) hrani tri obračunska obdobja, torej za zadnje tri mesece (glej npr. SPP Telekom, d. d. ter mnenje IP RS št. 0712-1/2014/2620 z dne 30. 7. 2014).

123 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).

124 SEU je v eni izmed svojih nedavnih odločitev C-203/15, 698/15 (Tele2 Sverige AB proti Post- och telestyrelsen in Secretary of State for the Home Department proti Tomu Watsonu in drugim) z dne 21. 12. 2016) celo zapisalo, da bi nasprotno stanje (torej zakonsko obvezna in neselektivna hramba podatkov) kljub dopustnemu in celo temeljnemu cilju boja proti hudemu kriminalu (zlasti organiziranemu kriminalu in terorizmu, kar je lahko precej odvisno od uporabe sodobnih tehnik preiskave), nasprotovala tistemu, kar je nujno potrebno in sprejemljivo v demokratični družbi.

125 O tem IP RS v mnenjih št. 0712-1/2014/2495 z dne 30. 7. 2014 in št. 0712-1/2014/3025 z dne 25. 9. 2014.

126 Vendar glej sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) Delfi AS proti Estoniji z dne 16. 6. 2015, s katero je bil upravljavec multimedijskega portala spoznan za odgovornost, ker na svoji spletni strani ni odstranil žaljivega komentarja. Na tej podlagi bi lahko sklepali, da mora upravljavec strežnika ravnati aktivno, tako da varuje pravice in omogoči preiskovanje kaznivih dejanj.

takšno ravnanje ne bi bilo zakonito niti tehnično učinkovito. Upravljavalec strežnika VPN podatkov o tem, s katerih IP-naslovov se je do njegovega strežnika dostopalo, ne shranjuje, zato ni mogoče sklepati, s katerega izvirnega IP-naslova se je dostopalo do vhodnega strežnika omrežja TOR. Organom preiskovanja bi torej na podlagi odredbe ostala le zbirka izvirnih IP-naslovov, ki jih ne bi bili sposobni povezati s prvim IP-naslovom omrežja TOR. S pravnega vidika pa bi na prvi pogled lahko trdili, da s takšno neselektivno sodno odredbo ni nič narobe – prvi odstavek 149. b člena ZKP namreč določa izdajo odredbe v primeru najnižjega dokaznega standarda (razlogov za sum). Glede na dokazni standard bi lahko sklepali, da za izdajo odredbe po prej navedeni pravni podlagi ni potrebno, da bi bila preiskava že osredotočena,¹²⁷ s čimer pa se glede na jurisprudenco ni mogoče strinjati. Ukrep pridobivanja prometnih podatkov po prvem odstavku 149. b člena ZKP namreč ne pomeni neosredotočenega in preventivnega pridobivanja podatkov, saj morajo imeti za odreditev in izvedbo ukrepa organi kazenskega postopka podatke o tem, katera komunikacijska sredstva so bila uporabljena in kdaj ter kdo jih je uporabljal.¹²⁸ Poleg tega neselektivno pridobivanje podatkov po oceni Ustavnega sodišča RS (kot tudi Sodišča EU) prekomerno posega v pravice tistih, ki niso dali povoda za takšen poseg.¹²⁹ Iz teh razlogov bi bila odredba, ki bi telekomunikacijskim operaterjem naročala, naj sporočijo izvirne IP-naslove vseh oseb, ki so se v določenem času povezali s strežnikom VPN, izrazito neselektivna in posledično nezakonita.

Če pa bi organi preiskovanja že pridobili izvirni IP-naslov, s katerega jim je bilo elektronsko sporočilo poslano, bi se ob tem soočili še z nadaljnjimi dilemami. Pridobljeni podatek o izvirnem IP-naslovu bi jih po tretjem odstavku 149. b člena ZKP pripeljal kvečjemu do kakšne javne dostopne točke WiFi, lastnika interneta priključka pa ne gre enačiti z dejanskim uporabnikom interneta.¹³⁰ Česa več ne razkrije niti vpogled v modem¹³¹ točke WiFi, saj po splošno znanih podatkih modemi slovenskih telekomunikacijskih operaterjev beleženja MAC-naslovov ne omogočajo. Te naslove je mogoče videti le v realnem času, le izjemoma in ob uporabi modemov ali usmerjevalnikov drugih proizvajalcev pa je mogoče pridobiti dnevnik MAC-naslovov naprav, ki so bile z dostopno točko WiFi povezane.¹³² Četudi bi organi preiskovanja pridobili MAC-naslove in bi na podlagi tretjega odstavka 149. b člena ZKP od telekomunikacijskih operaterjev zahtevali podatke o lastnikih elektronskih naprav, s temi MAC-naslovi (znova neselektivno), rezultati posameznikove elektronske naprave ne bi vsebovali, saj je njen MAC-naslov spremenjen.

127 ŠUGMAN STUBBS, Katja in GORKIČ, Primož. *Dokazovanje v kazenskem postopku*. Ljubljana: GV Založba, 2011, str. 104–105. Točka osredotočenosti nastopi tedaj, ko se preiskovanje prevesi iz splošnega poizvedovanja in preiskovanja v iskanje dokazov zoper določenega storilca.

128 Sodbe Vrhovnega sodišča RS v zadevah I Ips 62213/2011-460 z dne 9. 7. 2015, XI Ips 9569/2015-396 z dne 23. 7. 2015, I Ips 30062/2010-707 z dne 23. 7. 2015.

129 Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-65/13-19 z dne 3. 7. 2014.

130 O tem npr. U.S. District Court of Illinois, *VPR Internationale v. Does 1-1017* z dne 29. 4. 2011 ter U. S. District Court, Eastern District of New York, *2:11-cv-03995-DRH-GRB* z dne 1. 5. 2012.

131 Oziroma modulator – gre za napravo, ki omogoča računalnikom komunikacijo prek telefonske povezave s pretvarjanjem digitalnega signala računalnika v analognega in obratno.

132 Če mora biti IMEI-številka mobilne naprave v skladu s prvim odstavkom 151. člena ZEKom-1 takoj, ko ni več potrebna za prenos sporočil, izbrisana ali anonimizirana, ker je osebni podatek (mnenji IP RS št. 0712-1/2014/538 z dne 19. 2. 2014 ter št. 0712/1/2013/3689/2 z dne 27. 11. 2013), je enako mogoče trditi tudi za MAC-naslov, ki elektronsko napravo identificira v omrežju WLAN.

Glede na navedeno je identifikacija pošiljatelja elektronskega sporočila v primeru uporabe opreme VPN in Tor vsaj za zdaj nemogoča. Poleg ovir, ki identifikacijo onemogočajo, se poleg vsega odpira še problematika vrednotenja dokazov iz tujine. Ker se podatek o IP-naslovu pridobiva na podlagi zaprosila naše države, je vrednotenje strožje in je zakonitost pridobivanja dokaza treba najprej presoditi glede na tujo procesno zakonodajo, nato pa njegovo zakonitost oceniti še glede na ZKP, Ustavo RS in Evropsko konvencijo o človekovih pravicah (EKČP).^{133,134}

3.2 Faza plačila

Prepovedane substance so dostavljene le v primeru, če je kupec na elektronski naslov poslal podatek o svojem javnem naslovu (računu) znotraj omrežja valute bitcoin in sporočil, kdaj in koliko bitcoinov je nakazal v posameznikovo denarnico. V tem razdelku se torej kot ključno zastavlja vprašanje, ali je v okviru preiskovalnega ukrepa navideznega odkupa iz 155. člena ZKP mogoče slediti transakcijo bitcoinov na osumljenčev javni naslov in ali se lahko s podatkom o tem računu identificira uporabnika tega javnega naslova.

Denarne transakcije med posamezniki je dandanes mogoče izvršiti prek interneta s kvalificiranim digitalnim potrdilom in geslom, s čimer odpade potreba po fizičnem stiku z bančnim uslužbencem in po osebni avtorizaciji takšne transakcije. Poslovanje z valuto bitcoin ni prav nič drugačno, saj je sistemsko zasnovano tako, da izključuje fizični stik med dvema osebama, njen uporabnik pa mora za izvedbo transakcije uporabiti zasebni ključ, ki je znan le njemu. Vendar se običajno elektronsko poslovanje od poslovanja z bitcoini močno razlikuje. Medtem ko elektronske transakcije potekajo prek zavarovanih strežnikov bančnih institucij in s tem v svojih podrobnostih niso znane javnosti, je mogoče v transakcije z bitcoini vpogledati kar na spletu, pri čemer se je mogoče seznaniti še z javnimi naslovi udeležencev transakcije.

3.2.1 Analiza prometa na javnem naslovu

V knjigovodsko knjigo (*ledger*) valute bitcoin (t. i. *blockchain*) je mogoče vpogledati ob vsakem času in se na ta način nemudoma seznaniti z vsemi opravljenimi transakcijami.¹³⁵ Slednje so javnega značaja,¹³⁶ če pa se želimo seznaniti z določeno transakcijo, je treba poznati javni naslov pošiljatelja ali prejemnika bitcoinov. Kljub poznavanju javnega naslova z vpogledom v verigo transakcij in knjigovodsko knjigo ni mogoče najti podatkov, ki bi pripomogli pri identifikaciji. Pri ustvarjanju javnega naslova je namreč zahtevan le elektronski naslov, ki je lahko izmišljen. Tudi knjigovodska knjiga oziroma veriga transakcij osebnih

¹³³ Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94.

¹³⁴ ŠUGMAN STUBBS, Katja. Vrednotenje dokazov iz tujine v kazenskem postopku. *Odvetnik: glasilo Odvetniške zbornice Slovenije*, 2013, leto 15, št. 2, str. 35, glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS Kp 16/2007 z dne 30. 5. 2008.

¹³⁵ ZHOU, Sheng. Bitcoin Laundromats for Dirty Money: The BSA's Inadequacies in Regulating and Enforcing Money Laundering Laws over Virtual Currencies and the Internet. 3 *Journal of Law & Cyber Warfare*, 2014, str. 116.

¹³⁶ V komunikaciji znotraj omrežja P2P ni mogoče pričakovati zasebnosti – odločba Ustavnega sodišča RS Up-540/11 z dne 13. 2. 2014.

podatkov, npr. imena, priimka, fizičnega naslova, davčne številke ali IP-naslova, ne vsebuje.¹³⁷ Na podlagi 156. člena ZKP tudi ni mogoče podati ustreznega predloga za spremljanje podatkov na posameznem javnem naslovu valute bitcoin,¹³⁸ saj ne obstaja centralna institucija, ki bi tak promet nadzorovala,¹³⁹ niti bitcoin ni opredeljen kot elektronski denar, ki bi ga izdala določljiva pravna ali fizična oseba, katere promet bi bilo mogoče nadzorovati. S spremljanjem transakcij med javnimi naslovi (analizo prometa) je torej mogoče le ugotoviti, na katerem javnem naslovu se bitcoini nahajajo, identifikacija pa je mogoča šele pod pogojem, da je ta javni naslov mogoče povezati s fizično ali pravno osebo.¹⁴⁰

Poleg tega programska oprema denarnice omogoča ustvarjanje novega javnega naslova za vsako opravljeno transakcijo, kar pomeni, da je preverjanje preteklih transakcij onemogočeno, slediti pa je mogoče le bitcoinom na opazovanem naslovu. Tudi na slednje pa je mogoče vplivati. *Tor Wallet* npr. omogoča avtomatizirano mešanje kovancev,¹⁴¹ kar v praksi pomeni, da¹⁴² uporabnik bitcoine, ki se jih sledi, s prvotnega javnega naslova nakaže na javni naslov mešalca in mu sporoči nov javni naslov, na katerega želi prejeti »čiste« bitcoine, mešalec pa proti plačilu (približno tri odstotke vrednosti poslanih bitcoinov) na nov javni naslov nakaže bitcoine, ki jih je prejel z nekega drugega javnega naslova. Identifikacija je s tem onemogočena, saj je povezava med prvotnim javnim naslovom z bitcoini, ki so bili nanj poslani, ter novim javnim naslovom in bitcoini na njem v celoti prekinjena. Tudi če bi organi preiskovanja odkrili, kdo je mešalec, ta ne ve, kdo je uporabnik javnega naslova, s katerega so bili oporečni bitcoini poslani, niti kdo je uporabnik javnega naslova, na katerega je nakazal sveže kovance.

Seveda na spletu ne obstaja samo programska oprema *Tor Wallet*. Tako npr. *Blockchain wallet* v skladu s pogoji uporabe¹⁴³ beleži zajeten sklop informacij o njenem uporabniku, med drugim na katero napravo je nameščena denarnica (model naprave, operacijski sistem, MAC), kateri brskalnik se na napravi uporablja in IP-naslov naprave. Kljub taki denarnici je identifikacija osebe še vedno otežena. Iz verige transakcij namreč ni mogoče razbrati, katera vrsta denarnice je bila uporabljena za transakcijo,¹⁴⁴ zato odredbe po četrtem odstavku 8. člena ZEPT¹⁴⁵ v povezavi s prvim odstavkom 149. b člena ZKP ter 37. členom Ustave RS ni mogoče uperiti zoper določenega ponudnika programske opreme denarnice, ki pozna nekatere identifikacijske podatke.

137 GRUBER, nav. delo, str. 145.

138 Razen v primeru, če je javni naslov povezan z enim izmed računov osebe pri menjalnici, kot je obrazloženo v nadaljevanju.

139 SLATTERY, Thomas. Taking a Bit out of Crime: Bitcoin and Cross-Border Tax Evasion. 39 *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, str. 832.

140 ANDROULAKI, Elli et al. Evaluating User Privacy in Bitcoin. <<https://eprint.iacr.org/2012/596.pdf>> ter MEIKLEJOHN, Sarah et al. A Fistful of Bitcoins: Characterizing Payments Among Men with No Names. <<https://cseweb.ucsd.edu/~smeiklejohn/files/imc13.pdf>> (oboje nazadnje obiskano 24. 3. 2017).

141 ZHOU, nav. delo, str. 131 – mešanje kovancev ustreza stratifikaciji denarja (*layering*), postopku, s katerim se poskušata prikriti izvor denarja in njegov lastnik prek številnih finančnih transakcij, s posredovanjem zakonitih in navideznih podjetij, prek anonimnih vlaganj, posrednikov ali različnih kreditnih aranžmajev (DEISINGER, Mitja. *Kazenski zakonik s komentarjem, posebni del*. Ljubljana: GV Založba, 2002, str. 557).

142 GRUBER, nav. delo, str. 176–177, glej tudi HELIX GRAMS, nav. spletna stran.

143 BLOCKCHAIN WALLET. Privacy Policy. <<https://blockchain.info/Resources/PrivacyPolicy.pdf>> (24. 3. 2017).

144 BLOCKCHAIN.INFO, nav. spletna stran.

145 Saj so ponudniki denarnic ponudniki informacijskih storitev po 6. in 11. točki 3. člena ZEPT.

3.2.2 Ugotavljanje uporabnikovega IP-naslova

Naslov IP posameznega uporabnika transakcije je zaradi sistemske zasnove valute bitcoin mogoče pridobiti le z napadom DDoS na P2P-omrežje valute,¹⁴⁶ vendar pa bi tak napad zaradi enakih razlogov, kot so navedeni v prejšnjem poglavju, pomenil kaznivo kibernetско dejanje po prvem odstavku 221. člena KZ-1. Če z napadom pridobimo IP-naslov prejemnika transakcije, je tako pridobljeni dokaz nezakonit, saj je bil pridobljen s kaznivim dejanjem, ki ga morajo organi preiskovanja preprečiti in ga ne smejo izvršiti niti, če jim tako zapoveduje sodna odredba. Poleg tega izvedbo takšnega napada onemogoča tudi načelo zakonitosti, v skladu s katerim mora zanj obstajati ustrezna pravna podlaga, te pa v RS ni. Tudi v primeru napada DDoS bi pridobitev IP-naslova udeležencev transakcije dokončno onemogočila še uporaba VPN in omrežja TOR. Že samo s slednjim je odkritje izvora in cilja transakcije nemogoče,¹⁴⁷ k temu pa še dodatno pripomore VPN, in sicer oboje tako, kot izhaja iz prejšnjega poglavja. Organi preiskovanja torej IP-naslova prejemnika bitcoinov zakonito ne morejo pridobiti.¹⁴⁸ Četudi bi ta naslov ugotovili, bi bila dodatna ovira pri identifikaciji delinkventa uporaba javnih točk WiFi in spremenjeni MAC-naslov elektronske naprave.

3.3 Faza izplačila

Oprane bitcoine je končno treba unovčiti, in sicer z njimi kupiti dobrine ali pa jih pretvoriti v pravi denar. To je mogoče storiti na več načinov, v tem poglavju pa predvidevamo, da je bilo z analizo prometa transakcij uspešno ugotovljeno, na katerem javnem naslovu se bitcoini nahajajo.

3.3.1 Menjalnice

Menjalnice uporabnikom virtualne valute prek spleta omogočajo zamenjavo bitcoinov v pravi denar ali obratno. Ena izmed večjih menjalnic, slovenska Bitstamp, za takšno menjavo od uporabnika valute zahteva, da na njeni spletni strani odpre trgovalni račun in ga poveže s podatki svojega bančnega računa. Pri tem mora uporabnik vnesti svoje osebne podatke, kot so: osebno ime in priimek, naslov stalnega prebivališča, elektronski naslov in številko transakcijskega računa, v določenih primerih pa tudi sliko osebne izkaznice ali potnega lista. Spletna stran samodejno zbere podatke o strojni opreme naprave, ki uporabljeni za dostop do spletne strani, IP-naslov, s katerega se do spletne strani dostopa, ter o operacijskem sistemu naprave in brskalniku, ki se ga za to uporablja.¹⁴⁹ Zbiranje teh podatkov je v skladu z določbami Direktive (EU) 2015/849 in ZPPDFT-1. Osebe, ki se ukvarjajo s trgovanjem te virtualne valute, so zavezane k ukrepom

146 O tem glej BIRYUKOV, Alex et al. Deanonymisation of clients in Bitcoin P2P network. <<https://arxiv.org/pdf/1405.7418.pdf>> (24. 3. 2017).

147 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Basic Manual on the Detection And Investigation of the Laundering of Crime Proceeds Using Virtual Currencies*. <https://www.imolin.org/pdf/imolin/FULL10-UNODCVirtualCurrencies_final.pdf> str. 114 (24. 3. 2017).

148 Še največ, kar lahko razberejo iz verige transakcij, je internetno vozlišče, prek katerega je bila transakcija izvedena (ZHOU, nav. delo, str. 122 – FBI je tako v enem izmed primerov lahko na podlagi vozlišča le ugotovil, da transakcija izvira iz ZDA).

149 BITSTAMP. Privacy Policy. <<https://www.bitstamp.net/privacy-policy/>> (24. 3. 2017).

za odkrivanje in preprečevanje pranja denarja in financiranja terorizma, kot take pa morajo v skladu s prvim odstavkom 13. člena Direktive (EU) 2015/849 oziroma 12. členom ZPPDFT-1 in nadaljnjimi izvesti skrbno preverjanje strank. To med drugim vključuje zanesljivo identifikacijo stranke in stalno spremljanje poslovnega odnosa s stranko. S podatki, ki jih omenjena menjalnica zbira in jih organom preiskovanja in pregona pošlje v primeru sodne odredbe ali poročanja o sumljivih transakcijah, je zahtevam Direktive (EU) 2015/849 zadoščeno. To velja tudi z vidika slovenske zakonske ureditve. Čeprav veljavna zakonska določila ZPPDFT-1 (23. člen in naslednji) določajo, da mora zavezanec osebne podatke o posamezniku iz 2. točke prvega odstavka 137. člena ZPPDFT-1 praviloma pridobiti z vpogledom v uradni osebni dokument v njegovi navzočnosti, ZPPDFT-1 v prvem in drugem odstavku 26. člena omogoča ugotavljanje istovetnosti s sredstvi elektronske identifikacije. To sredstvo ob upoštevanju 41. točke 3. člena ZPPDFT-1 in 2. točke 3. člena Uredbe (EU) št. 910/2014¹⁵⁰ je materialna ali nematerialna enota, ki vsebuje identifikacijske podatke osebe in se uporablja za avtentifikacijo pri spletnih storitvah. Zato je z vnosom bančnih podatkov o posamezniku v spletno mesto menjalnic,¹⁵¹ ki pravi denar nakazujejo neposredno na posameznikov bančni račun, preverjanje identitete stranke zadovoljivo izvedeno.

Po odprtju trgovalnega računa uporabnik bitcoine iz svoje denarnice v menjalnici omenjene spletne strani proda tako, da jih nakaže na enega izmed javnih naslovov menjalnice, ta pa kovance proda in uporabniku na trgovalni račun nakaže denarna sredstva v pravi valuti, ki jih uporabnik lahko prenese na svoj bančni račun. Tehnična ovira sledenju transakcije je v tem, da se prenos bitcoinov s posameznikovega javnega naslova na javni naslov menjalnice namreč izvrši tako kot vsaka druga transakcija znotraj sistema te virtualne valute. To pomeni, da ni mogoče vedeti, da javni naslov, na katerega so bili bitcoini preneseni, pripada menjalnici. V verigi transakcij so sicer nekatere menjalnice ob svojih javnih naslovih označene (npr. BTC Panda), vendar to (nenapisano pravilo) ne velja za vse. Sledenje bitcoinom in identifikacija posameznika sta tako lahko onemogočeni, saj javnega naslova ni mogoče povezati z menjalnico. V nasprotnem primeru, torej ko je nedvomno, da so bili bitcoini nakazani na naslov ene od menjalnic, pa je mogoča sodna odredba iz 156. člena ZKP. Čeprav valuta bitcoin ni centralizirana in ne obstaja entiteta, ki bi jo nadzorovala, se sodna odredba lahko glasi na menjalnico, saj je odredba namenjena spremljanju finančnih transakcij znotraj finančne organizacije.¹⁵² Kot tako pa lahko opredelimo prav menjalnico, saj je valuta bitcoin zakonito plačilno sredstvo, zato so menjalnice finančne institucije na podlagi točke a drugega odstavka 3. člena Direktive (EU) 2015/849, ker se v okviru poslovanja menjalnic dejansko opravljajo finančne transakcije, kot navedeno zgoraj. Menjalnica je glede na določbe ZPPDFT-1 celo zavezana spremljati promet na trgovalnem računu posameznika, in to ne glede na število različnih javnih naslovov, s katerih posameznik menjalnici nakazuje bitcoine. Trgovalni račun namreč ostane enak, vsebuje pa vse podatke, potrebne za identifikacijo posameznika. Zato je na podlagi

150 Uredba (EU) št. 910/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. julija 2014 o elektronski identifikaciji in storitvah zaupanja za elektronske transakcije na notranjem trgu in o razveljavitvi Direktive 1999/93/ES.

151 Če seveda posameznik ne uporablja produkta, kot npr. Dwolla, ki deluje podobno kot PayPal, vendar ne zahteva, da je račun produkta treba povezati s pravim bančnim računom (ZHOU, nav. delo, str. 120.).

152 HORVAT, Štefan. *Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004, str. 352.

petega odstavka 156. člena ZKP od menjalnice mogoče najprej zahtevati podatek o imetniku računa (javnega naslova in z njim povezanega trgovalnega računa), nato pa je preiskovalnemu sodniku omogočeno, da menjalnici na podlagi prvega ali tretjega odstavka 156. člena ZKP odredi, naj mu sporoči stanje na tem trgovalnem računu oziroma naj spremlja poslovanje na njem.

3.3.2 *Avtomat*

Ena izmed možnosti menjave bitcoinov v pravi denar je tudi uporaba avtomatov Bitnik, ki omogočajo nakup in prodajo bitcoinov.¹⁵³ Avtomati so v RS razporejeni na štirih lokacijah.¹⁵⁴ Uporabnik bitcoine, ki jih ima v svoji denarnici, zamenja tako, da bitcoine nakaže na javni naslov avtomata, avtomat pa mu za to izplača protivrednost nakazanih bitcoinov v pravem denarju. Nakazilo bitcoinov je v verigi transakcij znova vidno le z javnimi naslovi, pri čemer avtomati (vsaj za zdaj še) nimajo stalnih javnih naslovov. To onemogoča sklepanje o tem, da so bili bitcoini zamenjani na avtomatu, saj gre le za transakcijo med dvema javnima naslovoma, zato se tudi potencialno postopanje po 156. členu ZKP izkaže za neučinkovito, saj ni znano, da je javni naslov nakazila dejansko avtomat. Če javni naslov nedvomno pripada avtomatu, pa je določila 156. člena ZKP mogoče izvajati, saj sta kraj izplačila in upravljavca avtomata znana.

Pri poslovanju z valuto bitcoin bi upravljavci avtomatov glede na prvi odstavek 23. člena ZPPDFT-1 uporabnika avtomatov morali identificirati z vpogledom v uradni osebni dokument v njegovi navzočnosti, česar pa za zdaj še ne počno, saj bi to zanje pomenilo zaposlitev oseb, ki bi bile nenehno navzoče ob avtomatu. Avtomatizirano preverjanje identitete, npr. s skeniranjem osebne izkaznice in sočasnem zajemom obrazne fotografije ali skeniranjem dlani ali prstnega odtisa kakor v ZDA,¹⁵⁵ še ni mogoče, se pa tak način v prihodnosti kaže kot dobra tehnična rešitev. Zato upravljavci avtomatov omogočajo izplačila in vplačila v višini 1.000,00 EUR. Postopka preverjanje identitete namreč ni treba izpeljati, če vrednost plačilnih transakcij ali menjalniških poslov ne presega 1.000,00 EUR (sedmi odstavek 17. člena, prvi odstavek 18. člena ZPPDFT-1).

Vsaj teoretično bi bilo fizično osebo mogoče povezati z javnim naslovom, ki ga uporablja pri poslovanju z valuto bitcoin. Ob spremljanju transakcij bi se lahko od upravljavca avtomatov na podlagi petega odstavka 156. člena ZKP pridobil podatek, ali javni naslov, na katerega so bili bitcoini preneseni, pripada kateri od teh naprav. Če bi se avtomate pod pogoji iz 74.–77. člena ZVOP-1 še videonadzorovalo,¹⁵⁶ bi to pomenilo, da bi organi preiskovanja lahko glede na čas (ki ga je mogoče razbrati iz verige transakcij) in lokacijo (če javni naslov pripada avtomatu) transakcije pridobili sliko osebe. Po drugi strani bi se seveda anonimnost zavarovala tako, da bi se menjava bitcoinov v pravi denar izvedla na avtomatu v eni izmed sosednjih držav.

153 BITNIK, nav. spletna stran.

154 COINDESK. Bitcoin ATM map. <<http://www.coindesk.com/bitcoin-atm-map/>> (24. 3. 2017).

155 HYMAN, nav. delo, str. 315–317.

156 Avtomati so nameščeni na javnih površinah, ki jih je pod pogoji iz 74.–77. člena ZVOP-1 dopustno videonadzorovati (o tem npr. sodbe Vrhovnega sodišča RS I lps 375/2007 z dne 15. 5. 2008, I lps 43776/2010-50 z dne 13. 9. 2012, I lps 64/2010-337 z dne 20. 2. 2014).

3.3.3 Plačilo za stvari ali storitve

Z bitcoini je mogoče kupiti tudi predmete ali storitve. Vendar pa pri tem obstaja tveganje, saj vstop v prodajalno lahko zabeleži kamere ali pa je treba za dobavo sporočiti podatke o naslovu in računu. Vse to bi pozneje lahko pripeljalo do posameznikove identifikacije, vendar le pod pogojem, da je javni naslov, na katerega so bili bitcoini nakazani, mogoče povezati z javnim naslovom trgovca. V nasprotnem primeru je nadaljnja preiskava onemogočena, saj je javni naslov trgovca (če ta izrecno ne kaže na to, komu pripada) le še eden izmed naslovov znotraj P2P-omrežja virtualne valute bitcoin.

3.3.4 Menjava z drugo fizično osebo

Najboljša možnost za anonimno zamenjavo bitcoinov v pravi denar je prodaja bitcoinov v živo (*face-to-face*), kar organom preiskovanja povzroča največ težav.¹⁵⁷ Ena izmed spletnih ploščadi, ki povezuje kupce in prodajalce te virtualne valute, je LocalBitcoins.¹⁵⁸ Postopek prodaje poteka tako, da si uporabnik na omenjeni strani ustvari profil in nato prek njega naveže stik z drugimi uporabniki, s katerimi se dogovori o okoliščinah transakcije. Ko se kupec in prodajalec sestane, prodajalec kovance prenese v denarnico kupca, slednji pa mu za to izroči pravi denar.¹⁵⁹ Druga možnost za t. i. transakcijo *off the grid* pa je izročitev dokumenta v papirni obliki ali pravega kovanca, na katerem so natisnjeni javni in zasebni ključ ter QR-koda. Transakcija v takih primerih sploh ni zabeležena, saj gre za preprosto menjavo iz roke (bitcoin) v roko (za pravi denar).¹⁶⁰ Če je mogoče javni naslov kupca povezati s fizično osebo, jim kupec prodajalca lahko opiše ali pa jim izroči dokument ali kovanec z biološkimi sledmi prodajalca, vendar pa razkritje udeležencev take transakcije skoraj ni mogoče.¹⁶¹

4. ZAVAROVANJE PODATKOV O TRANSAKCIJI

V sklepnem delu predpostavimo, da so organi preiskovanja na podlagi 155. člena ZKP navidezno odkupili bitcoine, ki izvirajo iz posla s prepovedanimi substancami, pri tem pa so posamezniku odvzeli prostost in mu zasegli mobilni telefon, ki vsebuje ključne podatke o elektronski komunikaciji ter transakcijah z virtualno valuto, kar posameznika povezuje s preprodajo prepovedanih substanc.

4.1 O šifriranju

Novejši operacijski sistem Android (vse od različice 4.0 dalje) uporabnikom med drugim omogoča šifriranje (kriptiranje) mobilne naprave. Gre za proces pretvorbe podatkov v šifrirano obliko z uporabo posebnega algoritma, ki popolnoma preoblikuje strukturo digitalnih podatkov tako, da postanejo neberljivi vsakomur,

¹⁵⁷ EUROPOL. Why is cash still king? <<https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/europolcik.pdf>> str. 42–43 (24. 3. 2017).

¹⁵⁸ LOCALBITCOINS, nav. spletna stran.

¹⁵⁹ LINDQUIST, nav. delo, str. 83.

¹⁶⁰ GRUBER, nav. delo, str. 157.

¹⁶¹ BRYANS, nav. delo, str. 469.

ki ne pozna šifrirnega ključa.^{162,163} Sistem šifriranja znotraj operacijskega sistema Android temelji na odprtokodni različici Linux *dm-crypt*, ki omogoča šifriranje celotnega trdega diska mobilne naprave s 128- ali 256-bitnim šifrirnim ključem¹⁶⁴ AES¹⁶⁵. S tem so zavarovani vsi podatki mobilne naprave, tako na trdem disku kakor tudi na delovnem pomnilniku naprave (RAM),¹⁶⁶ kamor spada tudi najpomembnejša datoteka virtualne valute bitcoin *wallet.dat*. S popolnoma enakim varnostnim standardom so zavarovane tudi denarnice, ki omogočajo razpolaganje z bitcoini. Tak način varovanja podatkov v napravi v praksi pomeni, da organi preiskovanja kljub sodni odredbi pod pogoji iz 219. a člena ZKP, ki jim dovoljuje pregled zaseženih naprav, do podatkov v njih ne morejo dostopati, saj je AES z vidika kriptanalize¹⁶⁷ zaščiteneh podatkov nezlomljiva zaščita.¹⁶⁸

4.2 Privilegij zoper samoobtožbo

Države članice EU se praviloma ne smejo vmešavati v uporabo šifrirne tehnologije, niti ne smejo zahtevati šifrirnih ključev.¹⁶⁹ Zato organom preiskovanja preostane samo, da od osebe, ki ima takšno šifrirano napravo, pridobijo šifrirni ključ oziroma geslo. Vendar pa je oseba, ki ve, da bi bili lahko podatki v njeni mobilni napravi obremenilni dokazi zoper njo, zavarovana s privilegijem zoper samoobtožbo.

Privilegij zoper samoobtožbo po ustaljeni sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je eden izmed temeljev poštenega sojenja in na mednarodni ravni priznani standard, ki ga je treba spoštovati v vsakem kazenskem postopku.¹⁷⁰ Njegovo bistvo je spoštovanje volje obdolženca, da z organi preiskovanja in pregona ne bo aktivno sodeloval, posledično pa je treba domnevo nedolžnosti izpodbiti samo z dokazi, ki niso bili pridobljeni z metodami prisile¹⁷¹ v nasprotju z voljo obdolženca.¹⁷² Zahteva, da osumljene in obdolžene osebe, ki so pozvane, da podajo izjavo ali odgovorijo na vprašanja, ne smejo biti prisiljene v

162 Sporočilo »Zdravo, kako si?« bi bilo šifrirano takole: »n0ieB8doKSM2lhrjeW06LZJN456RVbe4«.

163 ŠEPEC, Miha. Kriptografija digitalnih podatkov in sodobne dileme v kazenskem pravu. *Pravosodni bilten*, 2014, leto 35, št. 2, str. 22.

164 ANDROID. Full-Disk Encryption. <<https://source.android.com/security/encryption/full-disk.html>> (24. 3. 2017) ter GOTZFRIED, Johannes in MÜLLER, Tilo. Analysing Android's Full Disk Encryption Feature. <<http://isyou.info/jowua/papers/jowua-v5n1-4.pdf>> str. 84 (24. 3. 2017).

165 *Advanced Encryption Standard*, ki ga pri varovanju tajnih podatkov uporablja tudi NSA (ŠEPEC, nav. delo, str. 22), mogoče pa ga je najti tudi v javno dostopni programski opremi Bitlocker v operacijskem sistemu Windows.

166 Iz tega razloga se kot neučinkovita izkaže preiskava delovnega pomnilnika elektronske naprave, ki jo je mogoče odrediti na podlagi 219. a člena ZKP.

167 Proces dešifriranja digitalno zaščiteneh podatkov.

168 ŠEPEC, nav. delo, str. 23–24 ter SELINŠEK, Liljana. Privilegij zoper samoobtožbo v informacijski dobi. *Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 2009, leto 28, št. 2, str. 11.

169 O tem obširno HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 2015, A/HRC/29/32.

170 Sodbi ESČP v zadevah Saunders proti Združenemu kraljestvu z dne 17. 12. 1996 ter Funke proti Franciji z dne 25. 2. 1993.

171 To so po ustaljeni praksi ESČP primeri, ko se posameznik mora izpovedati zoper samega sebe, saj mu v nasprotnem primeru grozi sankcija (Weh proti Avstriji z dne 8. 7. 2004), in se posameznika v zanj obremenilno izpovedbo prisili s fizičnim ali psihičnim nasiljem (Gárgen proti Nemčiji z dne 1. 6. 2010) oziroma se posameznika s posebnimi metodami preslepi, da sebi v škodo poda obremenilno izjavo (Allan proti Združenemu kraljestvu z dne 5. 2. 2003).

172 Privilegij zoper samoobtožbo posameznika ne varuje tedaj, ko posameznik ravna prostovoljno (ESČP v zadevi Ibrahim in drugi proti Združenemu kraljestvu z dne 13. 9. 2016).

predložitev teh dokazov oziroma informacij, ki lahko privedejo do samoobtožbe, če tega ne želijo, izhaja tudi iz preambule Direktive (EU) 2016/343.¹⁷³ Tudi po stališču Ustavnega sodišča RS¹⁷⁴ je bistvo tega kazenskopravnega procesnega jamstva iz 4. alineje 29. člena Ustave RS v tem, da morajo organi preiskovanja in pregona v najširšem smislu posamezniku dopustiti, da je povsem pasiven oziroma da se sam zavestno, razumno in predvsem prostovoljno odloča, ali bo z njimi sodeloval ali ne. To pomeni, da posamezniku ni treba izjaviti ničesar v zvezi s kaznivim dejanjem oziroma ničesar, s čimer bi se inkriminiral ali s čimer bi se lahko inkriminiral proti svoji volji, prisila in preslepitev v zvezi s tem sta prepovedani, opustitev ustreznega pouka pa sankcionirano. Posameznik tako ne sme postati vir dokazov zoper samega sebe v primeru komunikativnih (testimonialnih) dokazov, pridobljenih z njegovo izjavo oziroma voljo po izpovedovanju.¹⁷⁵

Ker je šifrirni ključ shranjen v spominu oziroma je v njem vsaj vedenje, kje je šifrirni ključ,¹⁷⁶ bi se oseba o tem morala izpovedati, zato je (vsaj za zdaj še) ni mogoče zakonito prisiliti, da takšen podatek izda. Na to možnost izrecno kaže določilo šestega odstavka 219. a člena ZKP, po katerem osumljencu ali obdolžencu ni treba omogočiti dostopa do naprave s predložitvijo šifrirnih ključev ali gesel, niti osumljenca ali obdolženca za takšno pasivnost ni mogoče kaznovati ali zapreti. V nasprotju z ameriško doktrino neizogibnega sklepa (*foregone conclusion*),¹⁷⁷ na podlagi katere se posameznika lahko prisili v predložitev šifrnega ključa¹⁷⁸ pod pogoji, da organi pregona še pred zahtevo za predajo tega ključa utemeljeno izkažejo, da vedo za obstoj informacij, lokacijo teh informacij in da lahko potrdijo avtentičnost¹⁷⁹ teh informacij,¹⁸⁰ je posameznik vsaj v državah EU v zvezi s predložitvijo šifrnega ključa varovan s privilegijem zoper samoobtožbo. Če ključa ne želi predložiti, ga v to ni mogoče prisiliti. To pa zaradi šifriranja organom preiskovanja onemogoča preiskavo elektronske naprave in s tem pridobitev ključnih dokazov o komunikaciji in izvedenih transakcijah z valuto bitcoin. Takšnega *statusa quo* ni mogoče rešiti niti tedaj, ko bi npr. organi preiskovanja zasegli vklopljene mobilne naprave posameznika in skušali dostopati do delovnega pomnilnika RAM. Vklapljen šifrirana naprava namreč ob vsakem odklepanju zaslona, enako pa tudi vsaka bitcoin denarnica ob njenem zagonu,

173 Direktiva (EU) E2016/343 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o krepitvi nekaterih vidikov domneve nedolžnosti in krepitvi pravice biti navzoč na sojenju v kazenskem postopku.

174 Odločbi Ustavnega sodišča RS Up-1678/08 z dne 15. 12. 2009 ter Up-1293/08-24 z dne 6. 7. 2011.

175 Glej odločbo Ustavnega sodišča RS Up-3367/07-21 z dne 2. 7. 2009 ter ERBEŽNIK, Anže. Vprašanje ekskluzije. *Revus: revija za evropsko ustavnost*, 2009, št. 11, str. 183–208

176 SELINŠEK (P), nav. delo, str. 12.

177 Ki se je v povezavi z razkritjem šifrnega ključa razvila v primerih Boucher I (In re Boucher, No. 2:06-mj-91, 2007 WL4246473 (D. Vt. Nov. 29, 2007), Boucher II (In re Boucher, No. 2:06-mj-91, 2009 WL 424718 (D. Vt. Feb. 19, 2009), United States v. Fricosu (841 F.Supp. 2d. 1232 (D. Colo. 2012)) ter In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum (U.S. v. Doe), 670 F.3d. 1335 (11th Cir. 2012).

178 V ZDA je sicer v nekaterih državah sprejeto stališče, da lahko policisti brez sodne odredbe preiščejo mobilno napravo aretirane osebe, če ta ni kriptirana (People v. Diaz 51 Cal. 4th 84, 244 P.3d 501, 119 Cal. Rptr. 3d 105 (Cal. January 3, 2011)).

179 Organi pregona morajo v zvezi s tem pogojem izkazati, da mobilna naprava pripada osebi, od katere se zahteva predaja dešifrirane različice (TERZIAN, Dan. Forced Decryption as a Foregone Conclusion. 6 *California Law Review Circuit*, 2015, str. 30).

180 Glej MCGREGOR, Nathan. The Weak Protection of Strong Encryption: Passwords, Privacy and Fifth Amendment Privilege. 12 *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2010, str. 588 ter SOARES, Nicholas. The Right to remain Encrypted: The Self-incrimination Doctrine in the Digital Age. 49 *American Criminal Law Review*, 2012, str. 2006–2007.

zahtevata vnos šifrnega ključa, kar pomeni, da do njiju ni mogoče dostopati niti z odredbo.¹⁸¹

4.3 Drugi pristopi

Če posameznik šifrnega ključa ne želi predati, je do podatkov v napravi mogoče priti tudi na druge načine. Prvi med njimi je *brute force attack*, kjer se s posebno programsko opremo v kratkem času preizkusi veliko število možnih šifrnih ključev.¹⁸² Tak pristop je v okviru preiskave elektronske naprave zakonit, saj programska oprema le pospeši tisto, kar bi lahko počel tudi preiskovalec sam.

Cold boot attack se izvede tako, da se naprava nepravilna zaustavi s prekinitvijo električnega napajanja (npr. odstranitvijo baterije), nato pa se vsebina njenega delovnega pomnilnika RAM prekopira v drugo napravo oziroma se RAM fizično premesti v drugo napravo, ki se jo nato zažene tako, da ta dostopa neposredno do podatkov RAM-a.¹⁸³ S pravnega vidika se napad izkaže kot zakonit del preiskave elektronske naprave, saj gre le za način zavarovanja elektronskih podatkov v delovnem pomnilniku RAM in zagotovitev njihove nadaljnje uporabe ter integritete (prvi odstavek 223. a člena ZKP). Pravilna zaustavitev naprave takšno vrsto napada učinkovito prepreči.

Evil made attack je proaktivni napad, saj mora napadalec na mobilno napravo sprva namestiti MBR (*master boot record/keylogger*), nato pa počakati, da uporabnik naprave vnese šifrni ključ, ki ga MBR zabeleži.¹⁸⁴ Tak napad nasprotuje konceptu pričakovane zasebnosti, saj posameznik izgubi oblast nad tem, če in s kom bo zavestno in prostovoljno delil šifirno geslo. Pod pogojem, da se do posameznikove mobilne naprave ni dostopalo fizično, se način izvedbe šteje za oddaljeno preiskavo elektronske naprave,¹⁸⁵ ki glede na določbe ZKP ni mogoča, zato je takšen napad nezakonit¹⁸⁶ in je treba dokaze izločiti iz dokaznega gradiva.¹⁸⁷

Za dostop do podatkov v napravi ali denarnici se lahko izkoristi katerakoli varnostna pomanjkljivost programske opreme naprave ali denarnice, ki npr. omogoča dostop do šifrnega ključa.¹⁸⁸ S takšnim načinom preiskave niso kršene nobene posameznikove kazensko-procesne pravice. Neskrbno je namreč ravnal proizvajalec opreme, ki ni preveril, ali šifriranje res deluje na način, kot ga je

181 Uporabo programske opreme TrueCrypt in dejstvo, da je obdolženi med hišno preiskavo računalniške naprave izklopil iz električnega napajanja, gre šteti kot okoliščini pripornega razloga koluzijske nevarnosti (sodbi Vrhovnega sodišča RS XI lps 42756/2010-792 z dne 8. 12. 2011 ter XI lps 42756/2010-1235 z dne 25. 4. 2012).

182 Več o tem VAITHYASUBRAMANIAN, Subramanian et al. An Analysis of CFG Password Against Brute Force Attack for Web Applications. <<http://www.m-hikari.com/ces/ces2015/ces9-12-2015/vaithyasubramanianCES9-12-2015.pdf>> (24. 3. 2017).

183 Več o tem HALDERMAN, Alex et al. Lest We Remember: Cold Boot Attacks on Encryption Keys. <<https://jhalderm.com/pub/papers/coldboot-sec08.pdf>> (24. 3. 2017).

184 Več o tem GOTZFRIED in MÜLLER, nav. delo.

185 Npr. z namestitvijo MBR prek elektronske pošte.

186 O tem glej odločitev nemškega zveznega vrhovnega sodišča v zadevi Stb. 18/06.

187 ŠEPEC, nav. delo, str. 37, glej tudi odločitev nemškega zveznega vrhovnega sodišča (BGH) Stb. 18/06 z dne 31. 1. 2007.

188 Glej npr. BITS, PLEASE! Extracting Qualcomm's KeyMaster Keys - Breaking Android Full Disk Encryption. <<https://bits-please.blogspot.si/2016/06/extracting-qualcomms-keymaster-keys.html>> (24. 3. 2017).

zagotavljal,¹⁸⁹ preiskovalec pa šifriranje le zaobide, zato so dokazi, pridobljeni s takšno preiskavo, zakoniti.

4.4 Zavarovanje in odvzem protipravno pridobljene premoženjske koristi

V kazenskih postopkih je treba odločiti tudi o zavarovanju in odvzemu protipravno pridobljene premoženjske koristi (502. člen ZKP, 74. člen KZ-1), kar je v primeru bitcoinov praviloma odvisno od poznavanja javnih naslovov (in s tem višine pridobljene koristi) ter šifrirnih ključev (s katerimi je omogočen dostop do kovancev). Prva pogoj mora biti izpolnjen vedno, saj je le na tak način mogoče zavarovati in odvzeti zakonito vrednost pridobljene protipravne koristi, od drugega pogoja pa je odvisen le način zavarovanja in odvzema koristi. Zaradi nihanj vrednosti je po mojem mnenju vselej treba upoštevati vrednost virtualne valute v času, ko je posameznik na svoj javni naslov prejel nakazilo, s čimer mu je bilo omogočeno razpolaganje s protipravno premoženjsko koristjo.¹⁹⁰

Z začasnim zavarovanjem zahtevka za odvzem premoženjske koristi je v primeru, ko policija razpolaga s šifrirnim ključem denarnice (in naprave, če je ta zavarovana), mogoče odrediti hrambo bitcoinov.¹⁹¹ To si je mogoče s prenosom na drug javni naslov (npr. naslov policije) ali z zamrznitvijo sredstev pri menjalnici, s čimer se obdolžencu popolnoma onemogoči razpolaganje s kovanci, saj so transakcije bitcoinov nepovratne. Vendar pa vrednost bitcoinov niha, kar lahko vodi v previsoko ali prenizko zavarovanje, zato bi bilo bitcoine treba prodati (drugi odstavek 506. a člena ZKP) in zavarovati denarna sredstva, ki bi jih pridobili z njihovo prodajo. Če bi bila ta nižja od dejansko pridobljene premoženjske koristi in v primeru, da šifrnega ključa denarnice nimamo, je v postopku treba zavarovati drugo premoženje obdolženca, ki ustreza vrednosti protipravno pridobljene premoženjske koristi,¹⁹² če pa je ta višja, je treba presežek vrniti, saj bi s tem zavarovali več, kot lahko v kazenskem postopku odvezamemo.

V fazi odvzema in v primeru znanega šifrnega ključa je obdolžencu treba odvzeti bitcoine (prvi odstavek 75. člena KZ-1) in jih prodati ter denar prenesti v proračun (drugi odstavek 131. člena ZKP). Če se s tem pridobi več denarja od dejanske protipravne premoženjske koristi, je presežek treba vrniti, v nasprotnem primeru pa obdolžencu odvzeti drugo premoženje oziroma mu v plačilo naložiti denarni znesek, ki ustreza razliki (drugi odstavek 75. člena KZ-1). Brez šifrnega ključa pa je obdolžencu mogoče odvzeti le drugo premoženje, ki ustreza premoženjski koristi, oziroma mu v plačilo naložiti ustrezen denarni znesek.

¹⁸⁹ Podobno je v primeru, ko bi nekdo sklepal, da je orožje dobro skrito, ob preiskavi pa bi bilo vseeno odkrito.

¹⁹⁰ Torej je mogoče zavarovati ali odvzeti le vrednost, s katero je oseba razpolagala ob prejemu nakazila na svoj javni naslov, ne glede na to, da se je mogoče ta nato spremenila.

¹⁹¹ Prepoved razpolaganja z bitcoini ni mogoča, saj se ne more nanašati na nobeno organizacijo za plačilni promet, ker ta zaradi decentraliziranosti bitcoinov ne obstaja.

¹⁹² Državni tožilec lahko sodišču predlaga nov način zavarovanja – drugi odstavek 502. c člena ZKP.

5. SKLEP

Transakcije z virtualno valuto bitcoin je pro- ali reaktivno zelo težko, če ne kar nemogoče, preiskovati. Vendar samo zato uporabi bitcoinov še ni mogoče odreči zakonitosti, saj bi se potemtakem morali odpovedati konvencionalnemu denarju, ki se pri prepovedanih dejavnostih vsaj za zdaj uporablja še pogosteje.¹⁹³

Če delinkventa, ki se ukvarja s preprodajo prepovedanih substanc, ne zalotijo pri njihovi dobavi,¹⁹⁴ ga organom preiskovanja prek dogovarjanja in sledenja transakcijam z bitcoini praviloma ne uspe identificirati. Ob uporabi programske opreme, ki je danes dostopna javnosti, v fazi dogovarjanja niti na podlagi pridobljenega IP-naslova ne morejo ugotoviti, kdo je z njimi dejansko komuniciral, saj to onemogočata tako uporabljena programska oprema kot tudi veljavna pravna ureditev. Možnost identifikacije (pa še to le oddaljena) se kaže v fazi plačila, seveda pod pogojem, da je nakazan bitcoinom mogoče slediti z nenehnim spremljanjem verige blokov in da so storitve mešanja kovancev slabo izvedene. Ključna za uspeh je torej analiza transakcije, s katero je mogoče določiti zadnji javni naslov,¹⁹⁵ pa še ta ne omogoča trdnega zagotovila, da bo nekoga mogoče identificirati. Menjalnice, avtomati in trgovci, kjer bi nekdo svoj zaslužek lahko zamenjal ali porabil, namreč ne poslušajo z enakimi javnimi naslovi, kar onemogoča vedenje o tem, ali so bili oziroma na kakšen način so bili bitcoini porabljeni, zato se kot možna rešitev tega problema kaže uvedba statičnih javnih naslovov za izvedbo transakcij. Če je do menjave bitcoinov v pravi denar prišlo v spletni menjalnici, je identifikacija enostavna, kar pa ne velja za avtomate in trgovce, ki to valuto uporabljajo pri poslovanju. Glede avtomatov se kot razumna tehnična rešitev kaže uvedba biometričnih sistemov identifikacije, povezanih z ustreznim centralnim sistemom,¹⁹⁶ za kar pa bo treba ustrezno spremeniti zakonodajo (vsaj slovensko), ki sedaj tako določa osebno preverjanje identitete v navzočnosti uporabnika avtomata. Za trgovce je povezovanje identitete z javnim naslovom preprosto, če je posameznik z bitcoini oddal naročilo in pri tem navedel svoje osebne podatke, po drugi strani pa je identifikacija nemogoča, če gre za trgovino, ki ni niti videonadzorovana. Brez dvoma pa je mogoče trditi, da sistem virtualne valute v primeru transakcij, izvedenih neposredno med fizičnimi osebami, pa naj bo to prek interneta ali »iz roke v roko«, omogoča popolnoma anonimno poslovanje, ki ga ni mogoče nadzorovati.¹⁹⁷ Če k takšnim načinom transakcije dodamo uporabo šifrirnih naprav in denarnic, je na dlani sklep, da je virtualno valuto bitcoin mogoče uporabiti v kriminalne namene na način, ki onemogoča učinkovito preiskavo izvršenih ali pripravljajočih se kaznivih dejanj. Na kakšen pravno-tehnični način bo to oviro mogoče preseči, še posebej ob upoštevanju, da se mora anonimnost včasih umakniti drugim legitimnim interesom, npr. preprečevanju kriminalitete in varstvu pravic drugih,¹⁹⁸ pa za zdaj še ni znano.

193 ZAVRŠNIK (D), nav. delo, str. 23.

194 Po moji oceni je z vidika učinkovitega preiskovanja kaznivih dejanj še vedno bolj smotno preiskovati sled predmetov oziroma storitev, kot pa transakcije z bitcoini.

195 BRYANS, nav. delo, str. 469.

196 HYMAN, nav. delo, str. 315–316, ZHOU, nav. delo, str. 140.

197 FBI, nav. delo.

198 ESČP, K.U. proti Finski z dne 2. 3. 2009.

PODJEMNA POGODBA

Marko Brus, doktor pravnih znanosti, docent na Evropski pravni fakulteti v Novi Gorici
višji sodnik, Višje sodišče v Ljubljani

1. PRAVNI VIRI

Podjemno pogodbo urejajo 619. do 648. člen OZ. Te določbe se uporabljajo tudi v zvezi z gradbeno pogodbo (prvi odstavek 649. člena) in za avtorsko pogodbo o naročilu avtorskega dela (četrti odstavek 99. člena ZASP).¹ ZASP omenja podjemno pogodbo še v 141. e členu, ureja pa je ne.

Ureditev podjemne pogodbe, kot je v OZ, ima številne vsebinske in jezikovne nedoslednosti in po mnenju pisca tudi nekaj pomembnih vsebinskih pomanjkljivosti. Na nekatere bo v besedilu opozorjeno. Tako se bo nemara vsaj začela razprava, ali sploh gre za resnične pomanjkljivosti, in če gre, kako jih odpraviti. Ta je potrebna, saj je literature o podjemni pogodbi presenetljivo malo, sodne prakse pa precej. To kaže na to, da se podjemna pogodba sklepa precej pogosto in njena ureditev nikakor ni le mrtva črka na papirju.

Poleg teh določb urejajo podjemno pogodbo še 38. člen v povezavi s prvim odstavkom 37. a člena, prvi odstavek 37. b člena in tretji odstavek 37. c člena ZVPot, vendar le podjemno pogodbo med podjetjem in potrošnikom. Ureditev v ZVPot je nastala zato, da se v slovensko pravo prenese vsebina Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (gl. 12. točko 1. a člena ZVPot). Navedena direktiva določa v četrtem odstavku 1. člena tole: »Za prodajne pogodbe v smislu te direktive se štejejo tudi pogodbe za dobavo potrošniškega blaga, ki ga je treba izdelati ali proizvesti.«. Ta določba je bila bržkone vzor za nastanek 38. člena ZVPot, ki nedvomno velja za podjemno pogodbo, poleg tega pa, vsaj po besedilu ZVPot sodeč, tudi za vrsto drugih pogodb, pri katerih podjetje dolguje storitev.²

Različna politična telesa, ki so sodelovala pri sprejemanju direktive, so se posvetovala o obsegu vključitve podjemne pogodbe v direktivo, ki se z imenom nanaša le na prodajno pogodbo. Pri posvetovanjih so bila zastopana različna stališča.³ Prevladalo je stališče, da je podjemno pogodbo treba vključiti v potrošniško pravo. Vključitev podjemnih pogodb v to direktivo torej ni bila prav nič naključna, temveč zavestna. Republika Slovenija je morala takšno odločitev evropskega pravodajalca prenesti v svoj pravni red. Slovensko pravosodje mora uporabljati ZVPot tudi za potrošniške podjemne pogodbe.

1 Primer: izdelava filma (odločba opr. št. VSL II Cp 263/2012, r. št. 10).

2 Možina v: Evropsko pravo varstva potrošnikov, Ljubljana 2005, str. 72 in 73 (pod 11.4.).

3 Glede zgodovine nastanka glej Maifeld v Gebauer/Wiedemann (Hrsg.): Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Auflage, 2010, str. 652, r. št. 5.

Celotno potrošniško pravo je (pol)prisilno, kar pomeni, da s pogodbo potrošniku ni mogoče omejiti pravic, lahko pa se razširijo (22. odstavek 1. člena ZVPot). Določbe ZVPot se uporabljajo izredno redko,⁴ za kar pa ni mogoče najti utemeljitve. Seveda so te določbe materialnopravne. Sodišče jih mora poznati po uradni dolžnosti in stranka lahko na pravilno uporabo materialnega prava opozori v vsaki fazi postopka.⁵

2. POJEM, TEMELJNE ZNAČILNOSTI IN RAZMEJITVE

2.1 Pojem

Podjemna pogodba je pogodba, s katero se podjemnik zavezuje opraviti določen posel. Iz številnih opredelitev v OZ, npr. že iz 619. člena OZ izhaja, da se od podjemnika pričakuje delo. Na nasprotni strani podjemnik zasluži za opravljeni posel plačilo, ki pa nima nobenega posebnega zakonskega imena. Lahko bi ga po zgledu prodajne pogodbe imenovali »podjemnina«.

Podjemnikovo delovanje je lahko izrazito telesno in lahko pripelje do telesnega izdelka. Delo je lahko tudi pretežno ali povsem umsko, na primer izdelava različnih načrtov.⁶

Glede na 619. člen OZ podjemnik samo opravi storitev. Tvarino (material) za izdelavo stvari mora torej praviloma priskrbeti naročnik. Takšno sklepanje potrjujejo prvi in drugi odstavek 620. člena OZ.

OZ pa izrecno ne omenja precej pogostega dejanskega položaja. Ta je, da naročnik priskrbi stvari, na katerih potem podjemnik opravi svoje delo. Tako je na primer pri popravilih, ki jih le primeroma omenja 619. člen OZ, vendar tudi na primer pri številnih storitvah v gradbeništvu. Naročnik na primer da na voljo nepremičnino, na primer hišo, ki jo podjemnik prepleška.

Na temelju podjemne pogodbe nastane za podjemnika obveznost dosežka (rezultata).⁷ Podjemnik mora doseči uspeh, opraviti mora torej delo. Pogosto podjemnik zaželenega dosežka ne doseže v prvem poskusu, ker ima opravljeni posel kakšno napako. Z odpravo napake podjemnik vzpostavi takšno stanje, kot ga je dolgoval po pogodbi. Šele z odpravo napake se vzpostavi takšno sorazmerje med vrednostjo dajatev in storitev obeh pogodbenikov, kot sta si ga zamislila ob sklenitvi pogodbe.

⁴ Na primer v odločbi opr. št. VSL II Cp 2207/2011, r. št. 16.

⁵ Drugačno mnenje zastopa odločba VSL I Cp 1214/2013, r. št. 6, ki sklicevanje na določbe ZVPot razume kot nedovoljeno pritožbeno novost (!). Glej r. št. 6 navedene odločbe. Seveda bi bilo navajanje dejstev, da je bila pogodba sklenjena med podjetjem in potrošnikom, šele v pritožbi prepozno. Ni pa prepozno golo opozorilo na to, da je za odločitev v zadevi nemara treba uporabiti ZVPot, če so bila vsa za njegovo uporabo potrebna dejstva zatrjevana že prej.

⁶ Za primere iz sodne prakse glej Brus, Podjemna pogodba, PP 24/2016, priloga str. II, op. pod črto 2 in 3.

⁷ Ustajena sodna praksa, npr. odločbe VSL I Cpg 1444/2010, r. št. 10, VSL I Cp 761/2009 (odločba nima r. št.).

Podjemnikove pogodbene obveznosti niso strogo osebne. Podjemniku ni treba osebno opraviti posla, razen če ni drugače dogovorjeno ali pa je iz drugih razlogov njegova obveznost strogo osebna (prvi odstavek 629. člena OZ). Namesto ali poleg njega lahko opravijo delo tudi izpolnitveni pomočniki, ki so lahko njegovi delavci ali samostojni podjetniki. Tudi če podjemnik naroči opravo posla podpodjemniku, ostaja odgovoren naročniku le on sam (drugi odstavek 629. člena OZ), in sicer prav tako, kot če bi posel opravil sam osebno (630. člen OZ). Vendar pa naročnik od podpodjemnika ne more zahtevati izpolnitve pogodbe, ne uveljavljati zahtevkov zaradi podjemnikove kršitve pogodbe in uveljavljati zahtevkov zaradi podpodjemnikove kršitve pogodbe v razmerju do naročnika.⁸

Podjemna pogodba je značilna pogodba glede oprave storitve, pri kateri ena stranka dolguje uspeh. Kot takšna je njena ureditev pravzaprav vzor za številne bolj ali manj podobne pogodbe, ki se tudi nanašajo na storitve, in pri katerih ena stranka dolguje uspeh. Značilni primeri vsebinsko zelo podobnih pogodb so na primer prevozna pogodba (666. člen in nasl. OZ), pogodba o kontroli blaga in storitev (871. člen in naslednji OZ) in pogodba o organiziranju potovanja (883. člen in nasl. OZ).

2.2 Razmejitev

Razmejitev s prodajno in gradbeno pogodbo je težavna. Takšna razmejitev je potrebna zaradi različnih ureditev pravic in dolžnosti obeh strank, zlasti še določb o jamčevanju za napake.

Na razmejitev med prodajno in podjemno pogodbo se nanaša 620. člen OZ. Pogodba glede izdelave premične stvari iz naročnikovega materiala bi bila podjemna pogodba. Če pa se s pogodbo ena stranka zaveže izdelati določeno premično stvar iz svojega materiala, je takšna pogodba praviloma prodajna pogodba (prvi in drugi odstavek 620. člena OZ).

Izjema od pravila je v tretjem odstavku 620. člena OZ. Pogodba je podjemna, če sta »imela pogodbenika v mislih zlasti podjemnikovo delo«. To je najbrž predvsem takrat, kadar so podjemnikove sposobnosti za nastanek dela bistvene in bi brez njih stvar sploh ne mogla nastati, npr. slikarjeva slika.

Gradbeno pogodbo prvi odstavek 649. člena OZ opredeljuje kot podjemno pogodbo, s katero se podjemnik (izvajalec) zavezuje po določenem načrtu v dogovorjenem roku zgraditi določeno zgradbo na določenem zemljišču ali izvesti druga gradbena dela. Da so zgradbe lahko gradbeni objekti, katerih izdelava terja večja in zahtevnejša dela, je pojasnjeno v 650. členu OZ. Niso vsi gradbeni objekti že tudi takšni, da bi, če bi se podjemnik zavezal k njihovi gradnji, morala biti sklenjena gradbena pogodba. Za gradbeno pogodbo je značilno, da ima za predmet večja in zahtevnejša dela, ki terjajo večje število izvajalcev, priprave, gradbeno dovoljenje, projekt.⁹

8 Odločba opr. št. VSL I Cpg 490/2007 (odločba nima r. št.).

9 Odločba opr. št. III Ips 11/93 (odločba nima r. št.).

Zakonsko merilo za razmejitev je skrajno nejasno in je zato tudi razmejitev podjemne in gradbene pogodbe lahko pogosto le negotova in neprepričljiva. Za gradbeno pogodbo gre na primer, če izvajalec dolguje:

1. obnovo strehe,¹⁰
2. rekonstrukcijo objekta in vzdrževalna dela, na primer izvedbo strojnih napeljav.¹¹

Ne gre za gradbeno pogodbo, če podjemnik dolguje:

1. vgradnjo opreme v obstoječo zgradbo,¹²
2. izgradnjo vetrolova,¹³
3. prevoz in vgrajevanje asfalta,¹⁴
4. ureditev dostopne poti in dvorišča,¹⁵
5. izdelavo v zemljo položenega vodovoda,¹⁶
6. asfaltiranje dvorišča,¹⁷
7. priključek centralne napeljave na javno plinsko napeljavo, vgradnjo radiatorjev, izdelavo vodne napeljave v kotlovnici,¹⁸
8. deskanje obstoječe strehe, zamenjavo kritine, nadzidanje verande, izoliranje plošče z estrihom, vgradnjo oken, dogradnjo strešja nad verando, izdelavo zračnega mostu nad celotnim ostrešjem, zamenjavo žlebov, vetrnih in dimniških obrob, izdelavo nadstreška za avto. Glede pravilnosti tega stališča je očitno obstajal spor.¹⁹

Prav nič lahka ni niti razmejitev med podjemno pogodbo in pogodbo o naročilu (mandatom). S pogodbo o naročilu se prevzemnik naročila zavezuje opraviti določene posle; prevzemnik naročila »ima pravico do plačila za svoj trud« (tako prvi in četrti odstavek 766. člena OZ). Kakšna je torej razlika med podjemno pogodbo in pogodbo o naročilu?

Podjemnik in prevzemnik naročila morata opraviti posel ali posle, glede tega torej ni razlike. Vendar je podjemnik upravičen do plačila le, če posel opravi (619. člen OZ). Še bolj jasen je 641. člen OZ: naročnik dolguje plačilo, če podjemnik posel opravi. Dolguje uspeh. Drugače je pri pogodbi o naročilu: prevzemnik naročila je upravičen do plačila že za »svoj trud« (tretji odstavek 766. člena OZ), torej ne za uspeh.

Na temelju podjemne pogodbe nastane za podjemnika torej obveznost dosežka (rezultata). Le če doseže dolgovani uspeh, je upravičen do plačila. Drugače je pri pogodbi o naročilu, pri kateri prevzemnik naročila dolguje le prizadevanje (»trud«,

10 Odločba opr. št. VSL I Cpg 13/2013, r. št. 6. Podrobnosti glede dejanskega stanja, zaradi katerih je VSL sklepalo, da je bila sklenjena gradbena pogodba, odločba ne podaja.

11 Odločba opr. št. VSL I Cp 3642/2010 (odločba nima r. št.).

12 Odločba opr. št. VSL I Cpg 796/2012, r. št. 5.

13 Odločba opr. št. VSM I Cp 1170/2009.

14 Odločba opr. št. VSL I Cpg 733/2011, r. št. 12.

15 Odločba opr. št. II Cp 2526/2009 (odločba ima r. št.).

16 Odločba opr. št. VSK Cpg 165/2012, r. št. 5.

17 Odločba opr. št. VSL II Cp 105/2012, r. št. 6.

18 Odločba opr. št. VSL I Cp 2474/2010 (odločba nima r. št.).

19 Odločba opr. št. VSM I Cpg 345/2012. Revizija glede presoje, ali gre za podjemno, ali gradbeno pogodbo, je bila dopuščena (odločba VS RS, opr. št. II DoR 430/2012, r. št. 1). Revizija je bila sicer vložena (opr. št. VS RS II Ips 12/2014), vendar v njej ni bilo odločeno o tem, ali gre za podjemno ali gradbeno pogodbo.

gl. tretji odstavek 766. člena OZ). Prevzemnik naročila je upravičen do plačila že, če si je dovolj prizadeval in celo če uspeha ni dosegel.²⁰ Da je razmerje med naročnikom in prevzemnikom naročila precej drugačno kot pri podjemni pogodbi, očitno izhaja tudi iz drugih določb. Prevzemnik naročila mora naročilo opraviti osebno (prvi odstavek 770. člena OZ), podjemniku pa praviloma ni treba opraviti pogodbenih obveznosti osebno (prvi odstavek 629. člena OZ). Pri številnih umskih dejavnostih je praviloma sklenjena pogodba o naročilu, posebej še tistih, pri katerih niti najbolj spreten prevzemnik naročila ne more jamčiti za uspeh, ker je ta lahko odvisen od neobvladljivih okoliščin, ki so lahko tudi na strani naročnika.²¹

Na temelju pogodbe o zaposlitvi se delavec zaveže, da bo za plačilo osebno in nepretrgano opravljal delo po navodilih in pod nadzorom delodajalca (prvi odstavek 4. člena ZDR-1). Delavec se torej zaveže, da bo delo opravljal osebno in nepretrgano. Ne zaveže se k doseganju uspeha. V tem se pogodba o zaposlitvi razlikuje od podjemne pogodbe, saj gre pri podjemni pogodbi samo za to, da podjemnik opravi določen posel. Kljub temu je podobnost med obema pogodbama precejšnja; vsako manjše zaključeno delo v okviru pogodbe o zaposlitvi bi bilo mogoče razumeti tudi kot samostojno podjemno pogodbo. Drugi odstavek 13. člena ZDR-1 želi preprečiti prav to: če obstajajo znaki dejanskega stanu pogodbe o zaposlitvi, se delo ne sme opravljati na podlagi pogodb civilnega prava, torej tudi ne na temelju podjemne pogodbe.

3. SKLENITEV PODJEMNE POGODBE

Temeljno pravilo glede sklenitve katerekoli pogodbe je preprosto: stranki se morata sporazumeti o bistvenih sestavinah pogodbe (15. člen OZ). Med bistvene sestavine pogodbe spada med drugim tudi cena (tretji odstavek 29. člena OZ); stranki se morata pri sklepanju pogodbe vsaj praviloma sporazumeti tudi o ceni. Podjemna pogodba je glede tega izjema od pravila.

Pri podjemni pogodbi dolguje podjemnik storitev, naročnik pa plačilo, ki nima posebnega imena (»podjemnino«, 619. člen OZ). Plačilo je torej nedvomno bistvena sestavina pogodbe. Podjemna pogodba je sklenjena celo, če se stranki ne sporazumeta glede plačila s pogodbo (prvi odstavek 642. člena OZ). Če se

20 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 766. členu, pod 1. (str. 188) in 2.2. (str. 190). Podobno tudi Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, Ljubljana 1986, kom. k 749. členu, pod II. In III. (oboje str. 2162). Pod III je Cigoj zapisal naslednje »Od podjema se mandatna pogodba razlikuje po tem, da je pri podjemu nosilec koristi in neugodnosti izvajalec posla, pri mandatni pogodbi pa mandant.« Vendar so njegova nadaljnja izvajanja pod III nejasna in načelno razliko, ki jo je ugotovil Cigoj, močno zabrišejo.

21 Drugačno mnenje je mogoče najti v odločbah VS RS II Ips 207/2014 in II Ips 342/2014. V obeh je šlo za to, da je bilo treba odločiti o pravni naravi pogodbe o zdravljenju. VS RS je ob sklicevanju na starejšo literaturo odločilo, da je pogodba o zdravljenju podjemna pogodba. V veliki večini primerov takšno stališče ne more biti pravilno. Človeško telo je preveč nepredvidljivo, da bi lahko zdravnik prevzel odgovornost za uspeh. Če na primer zdravnik z operacijo samo začasno izboljša bolnikovo zdravje, prej kot v dveh letih pa se stanje poslabša na prvotno stanje, bi bila torej lahko posledica, da bi naročnik operacije uveljavljal pravne posledice skrite napake (634. člen OZ), če bi bolnik in zdravnik res sklenila podjemno pogodbo. Enako stališče kot pisec tega članka, da je pogodba o zdravljenju pogodba o naročilu, je zavzela Plavšak v: Juhart/Plavšak (izd.), Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004, kom. k 766. členu, pod 4.1.2. (str. 199).

glede plačila nista sporazumeli, ga določi sodišče (drugi odstavek 642. člena OZ). Vendar ga ne določi v skladu z na primer nemara obstoječimi cenami podjemnika, temveč drugače. Plačilo mora ustrezati vrednosti dela, običajno potrebnemu času in običajnemu plačilu za to vrsto dela (drugi odstavek 642. člena OZ). V pravnem postopku mora torej sodišče praviloma postaviti izvedenca, razen seveda, če si lahko pomaga s kakšno sicer nezavezujočo, vendar dovolj prepričljivo tarifo katerega od ponudnikov istovrstnih storitev.

4. POGODBENE ZAVEZE OBEH STRANK IN KRŠITEV POGODBENIH OBVEZNOSTI (PREGLED)

OZ pozna tri različne vrste kršitev pogodbenih obveznosti: nemožnost izpolnitve, zamudo in napake. Še preden pa pregledno predstavimo pravne posledice vsake od teh vrst kršitev pogodbenih obveznosti, je treba preučiti, kakšne so sploh pogodbene obveznosti obeh strank.

4.1 Podjemnikove zaveze

Podjemnik dolguje opravo posla, naročnik njegovo plačilo (619. člen OZ). Podjemnik dolguje opravo posla brez napak, kot je to jasno razvidno iz 633. člena OZ in nasl. To je njegova glavna pogodbena dolžnost. Poleg tega obstajajo še stranske pogodbene obveznosti.

4.1.1 Dolgovane lastnosti posla (dela)

Delo mora biti opravljeno tako, da ustreza dogovoru in da je v skladu s pravili posla (prvi odstavek 626. člena OZ). Vsaka podjemna pogodba torej tiho vsebuje tudi podjemnikovo zavezo, da opravi posel po njegovih pravilih, razen če dogovor izključí upoštevanje pravil posla. Podjemnik mora torej praviloma opraviti storitev s svojim strokovnim znanjem. Uporabiti mora material srednje kakovosti (prvi odstavek 621. člena OZ).

Pravila posla pomenijo, da mora podjemnik ravnati v skladu s pravili, ki veljajo v času opravljanja posla za pravilna pri izvajanju istovrstnega posla. Za pravilna morajo veljati med podjemniki, ki opravljajo istovrstne podjeme. Pravila posla lahko pomenijo, da mora podjemnik ravnati v skladu s pravili tehnike, ki se spreminjajo.

619. člen OZ in naslednji opredeljujejo dolgovano kakovost posla (opravljenega dela) le pomanjkljivo. Težava lahko nastane, kadar se stranki sicer strinjata glede posla, ničesar pa se ne dogovorita glede lastnosti, ki naj bi jih imelo opravljeno delo. Drugače kot pri prodajni pogodbi namreč 619. člen OZ in naslednji ne določajo izrecno, kakšne lastnosti mora imeti dosežek, ki je posledica izvršitvenih ravnanj, na primer izdelana stvar. Nekatere sodne odločbe sicer menijo, da mora podjemnik opraviti delo, ki ima običajne lastnosti.²² Žal so te odločbe brez obrazložitve glede pravnega temelja.

²² Npr. VSM I Cpg 467/20122, r. št. 14.

Do sklepa, da mora imeti opravljeno delo za običajno rabo potrebne lastnosti, je mogoče priti z uporabo določb o prodajni pogodbi o stvarnih napakah, ki se smiselno uporabljajo tudi za podjemno pogodbo (459. člen OZ in tretji odstavek 100. člena OZ). S tem, ko je OZ opredelil napake, je hkrati tudi posredno opredeljeno, kakšne lastnosti mora imeti stvar, če seveda ni nobenega posebnega dogovora. To je, kot kaže, tudi ena redkih določb iz prava prodajne pogodbe, ki bi jo bilo mogoče smiselno uporabiti tudi v zvezi z napakami pri podjemni pogodbi. Sicer pa je pravna ureditev odgovornosti za napake prav pri podjemni pogodbi obsežna in razmeroma zaključena celota.

Glede na 1. in 2. točko 459. člena OZ dolguje podjemnik takšno stvar, ki ima za običajno rabo ali promet potrebne lastnosti.²³ Če pa naročnik potrebuje stvar za posebno rabo in je to podjemniku znano, mora stvar pač imeti takšne lastnosti.

4.1.2 Stranske obveznosti

Ena izmed podjemnikovih stranskih obveznosti je povezana z njegovim plačilom. Če je podjemnik dal izračun brez izrecnega jamstva za pravilnost in se je med delom izkazala prekoračitev izračuna za neogibno, potem mora podjemnik o tem nemudoma obvestiti naročnika. Če tega ne stori, izgubi terjatev, ki bi jo sicer lahko imel zaradi večjih stroškov (tretji odstavek 643. člena OZ).

Izredno pomembna je podjemnikova opozorilna dolžnost. Naročnika mora namreč opozoriti na okoliščine, ki bi bile pomembne za naročeno delo ali pravočasno opravo dela (tretji odstavek 625. člena OZ). Ta opredelitev je najsplošnejša. Na te okoliščine mora opozoriti, če zanje ve ali bi zanje lahko izvedel. Gre sicer za stransko pogodbeno dolžnost, hkrati pa za eno redkih takšnih določb v obveznostnem pravu sploh.

OZ poleg tega zavezuje podjemnika, da mora naročnika opozoriti na napake materiala²⁴ in na pomanjkljivosti v naročilu (prvi in tretji odstavek 625. člena OZ). Te obveznosti pomenijo le konkretizacijo podjemnikove opozorilne dolžnosti. Podjemniku ni treba opozoriti le na napake v materialu, temveč tudi na neprimernost materiala.²⁵

Če podjemnik krši katero od teh svojih stranskih obveznosti, je odškodninsko odgovoren (prvi in tretji odstavek 625. člena OZ).²⁶ Na napako v materialu mora

23 Do sklepa, da mora opravljeni posel imeti običajne lastnosti, pride tudi Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 626. členu, pod 1.3. (str. 791), svojega stališča pa ni oprla na katerokoli zakonsko določbo.

24 V VSL II Cp 2207/2011. r. št. 17 je sodišče že presojalo, kakšne posledice nastanejo za podjemnika, če ne opozori na napake materiala in pride pozneje do napake na stvari zaradi materiala. Podjemnik naj bi bil tisti, ki bi moral trditi in dokazati, da napake ni mogoče pripisati njegovi opustitvi opozorila na neprimernost materiala

25 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 625. členu, pod 2.1 (str. 775).

26 V VSL I Cpg 63/2012, r. št. 10 je bil podjemnik odškodninsko odgovoren, ker naročniku ni dal natančnejših obvestil o uporabi, vzdrževanju in nadzoru nad delovanjem alarmnega sistema. Naročnik zaradi tega ni mogel opravljati nadzora nad tehničnim delom alarmnega sistema, ki ni deloval, in zato ni mogel preprečiti vloma, kar pa je bil namen vzpostavitve alarmnega sistema.

podjemnik opozoriti le, če jo je podjemnik sposoben ugotoviti glede na okoliščine primera. Če ne opozori na napako, ker je ne more ugotoviti, ni odgovoren za škodo.²⁷

Nejasno pa je, zakaj 625. člen OZ izrecno ureja le, da je podjemnik odškodninsko odgovoren, morebitnih drugih naročnikovih pravicah do podjemnika pa ne. Takšno ureditev bi bilo mogoče razumeti celo tako, kot da je edina pravna posledica podjemnikovega ravnanja ta, da lahko naročnik od podjemnika zahteva le povrnitev škode, ne pa na primer tudi odprave napake.

Sodna praksa in literatura²⁸ tretjega odstavka 625. člena OZ ne razumeta tako ozko. Podjemnik odgovarja za napako celo, če je vzrok v naročnikovem naročilu in je k nastanku napake podjemnik prispeval le s tem, da je opustil obvestilo o napaki. Takšnih sodnih odločb sicer ni veliko, so pa zato nedvoumne.²⁹ Za napako je odgovoren podjemnik na primer tudi, če ni opozoril na nekakovostno opravljena predhodna dela, od katerih je odvisen uspeh njegovega dela.³⁰

S sodno prakso se je načeloma mogoče strinjati. Podjemnik namreč dolguje izvršitev dela (619. člena OZ). S sklenitvijo pogodbe za to prevzame odgovornost in zato ni nobenega posebnega razloga, da bi bil pri kršitvi svoje stranske opozorilne dolžnosti odgovoren drugače, kot če ima opravljeno delo napako. Prav je torej, da zanj veljajo vse pravne posledice, zlasti še tiste po 639. členu OZ. Prvega in tretjega odstavka 625. člena OZ ni mogoče razumeti tako, kot da zožuje naročnikove pravice v primeru napake.

Dvomljiva je pravilnost stališča sodne prakse, da je podjemnik odgovoren za posledice v celoti, čeprav sta k nastanku napake vsak zase prispevala naročnik in podjemnik. Takšni primeri so najbrž pogosti. Na primer: naročnik izroči podjemniku neprimeren načrt, ki lahko pripelje le do izdelave stvari z napako. Podjemnik pa na napako v načrtu ne opozori, čeprav bi to lahko storil. Podobno je tudi z izročitvijo neprimerne materiala, pri čemer podjemnik ne opozori nanj. Nemška sodna praksa v takšnih primerih odloča na temelju deljene odgovornosti, čeprav za to nima drugega pravnega temelja kot načelo zvestobe in dobre vere (§ 242 BGB), ki je v vseh bistvenih lastnostih enak načelu vestnosti in poštenja (5. člen OZ). Tako odloča, če gre za odpravo napake (in z njo povezane stroške), pravne posledice odstopa od pogodbe in znižanje plačila. To se zdi primerno in tako bi veljalo v prihodnosti ravnati.³¹

27 VS RS II Ips 542/2000. Primer je zanimiv zato, ker je naročnica izročila podjemniku material, za katerega bi morala vedeti, da je napačen. Podjemnik tega glede na svojo dejavnost ni mogel ugotoviti, na napako v materialu ni opozoril in tudi ni bil odgovoren za svojo opustitev.

28 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 625. členu, pod 1.5. (str. 775).

29 Npr. VSL II Cp 3548/2011, r. št. 8 in VSL I Cp 3127/2011, r. št. 8.

30 VSL I Cp 3127/2011, r. št. 8. V konkretni zadevi je moral podjemnik položiti ploščice, kar je opravil kakovostno. Vendar pa je prišlo do zamakanja zaradi nekakovostne izdelave temeljne plošče, ki ni imela ustreznega naklona. Na to bi moral podjemnik opozoriti, pa tega ni storil.

31 Glej npr. Voit v: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, München 2012, kom. k § 634, r. št. 22 in 25.

Če naročnik kljub opozorilu zahteva izdelavo stvari iz materiala z napakami, mora podjemnik ravnati po naročnikovi zahtevi. Za napako ni odgovoren.³² Ni mu treba odstopiti od pogodbe in praviloma niti nima te pravice. Izjemoma lahko podjemnik odstopi od pogodbe, če je očitno, da je material neprimeren ali če bi izdelava škodovala podjemnikovem ugledu (drugi odstavek 625. člena OZ).

Opozorilna dolžnost glede naročila ni neomejena, temveč jo omejujejo okoliščine in podjemnikove sposobnosti. Če je podjemnik izpolnil svojo opozorilno dolžnost, je svoje pogodbene obveznosti izpolnil. To bi torej moralo pomeniti, da ni odgovoren za morebitno napako. Takšno stališče zastopata sodna praksa³³ in z vso jasnostjo tudi literatura.³⁴ S tem se je seveda mogoče strinjati.

4.1.3 Izročitev opravljenega dela in prenos lastninske pravice

Izpolnjevanje pogodbenih obveznosti iz podjemne pogodbe ima lahko tudi stvarnopravne posledice. To pa je v OZ le nepopolno urejeno. Jasno je določeno, da mora podjemnik izročiti stvar (prvi odstavek 632. člena OZ). Od te dolžnosti je sicer oproščen, če je bila stvar uničena in za to uničenje ni odgovoren (drugi odstavek 632. člena OZ).

Manjkajo pa določbe, katere so podjemnikove obveznosti glede prenosa lastninske pravice. V okviru izvajanja podjemne pogodbe lahko podjemnik pri opravljanju posla tudi sam prispeva premičnino v svoji lasti ali lasti koga tretjega, ki zato na takšen ali drugačen način postane v povezavi s premičnino v naročnikovi lasti. V takšnem primeru po 55. do 57. členu SPZ nastane lastninska pravica, glede katere se lahko uporabljajo tudi druge določbe SPZ.

Kakšen je pravni položaj, če postane podjemnik lastnik stvari, SPZ ne ureja posebej. Jasno je le, da mora izročiti stvar, kar pri jezikovni razlagi kaže samo na to, da mora naročniku stvari dati v posest. S tem je praviloma lastninska pravica prenesena na naročnika (prvi odstavek 60. člena SPZ). Vendar pa je glede na smisel podjemne pogodbe komaj mogoče dvomiti v to, da podjemnikova dolžnost ni le v prenosu posesti, temveč tudi prenosu lastninske pravice. Šele s prenosom lastninske pravice je posel po 619. členu OZ opravljen.

4.1.4 Dolžnost hrambe

Če je naročnik pregledal opravljeno delo in ga potrdil, nastane fikcija izročitve (drugi odstavek 644. člena OZ). Podjemnik mora hraniti stvar (drugi odstavek 644. člena OZ).

32 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 625. členu, pod 2.2 (str. 777).

33 VSL II Cpg 350/2011, r. št. 8 in 9: v tej zadevi se je podjemnik rešil svoje odgovornosti za napako z opozorilom, da je naročnik priskrbel neprimerno lepilo za lepljenje kamna. V VSL I Cpg 1364/2013, r. št. 7 se je podjemnik rešil odgovornosti z opozorilom, da je treba na steno iz siporeksa namestiti mrežico, česar pa potem naročnik ni hotel, nato pa so na steni nastale razpoke, bržkone v ometu.

34 Podobno Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 625. členu, pod 3.3 (str. 783)

4.2 Podjemnikove pravice

4.2.1 Podjemnikovi glavni pravici

Podjemnik ima pravico od naročnika zahtevati prevzem dela, če je bilo delo opravljeno brez napak (641. člen OZ). »Naročnik je dolžan prevzeti delo, ki je bilo izvršeno po določilih pogodbe in pravilih posla« (641. člen OZ). Naročnik lahko prepreči nastanek zase neugodnih posledic zahteve za prevzem dela le, če ima za to utemeljen razlog (drugi odstavek 633. člena OZ). Takšen utemeljen razlog pa so prav napake. Če ima opravljeni posel napako, jo lahko naročnik graja in uveljavlja pravice zaradi napak (637. člen in naslednji OZ).

Podjemnik ima nedvomno pravico do plačila za opravljeno delo (619. člen in tretji odstavek 642. člena OZ). Z naročnikovega stališča je plačilo naročnikova glavna dolžnost. Podjemnikova glavna pravica do plačila se sicer zmanjša, če naročnik odstopi od pogodbe na podlagi 648. člena OZ, vendar ne preneha, samo zmanjša se.

Vendar pa plačilo nikakor ni edina naročnikova glavna dolžnost.

4.2.2 Podjemnikove stranske pravice

Nekatere podjemnikove stranske pravice OZ ne opredeljuje kot njegove pravice, temveč kot naročnikove dolžnosti. Ker pa je pravica le nasprotje dolžnosti, gre torej za podjemnikove pravice.

Naročnik mora po sklenitvi pogodbe pogosto prvi opraviti kakšno dejanje, da lahko podjemnik sploh začne izpolnjevati svoje obveznosti, npr. zagotoviti material (drugi odstavek 620. člena OZ). Podjemnik torej lahko zahteva izročitev materiala.

Naročnik mora plačati predujem, če je tako dogovorjeno (tretji odstavek 626. člena OZ).

Velikega pomena je lahko naročnikova splošna sodelovalna dolžnost. Prav njo tretji odstavek 626. člena OZ samo omenja. Gre za to, da mora pri nekaterih podjemnih pogodbah naročnik najprej opraviti neko dejanje, na primer dati potrebna obvestila, da lahko podjemnik sploh začne opravljati delo. Če naročnik ne ravna tako, da lahko podjemnik sploh začne z opravljanjem posla, potem so kršene podjemnikove stranske pravice. Pravna posledica je, da podjemnik ni odgovoren za zamudo (tretji odstavek 626. člena OZ).

Mogoče je tudi, da ne gre samo za začasen zastoj, temveč zaradi naročnikove opustitve podjemnik trajno ne more niti začeti z opravljanjem svojega dela, kaj šele končati ga. V tem primeru je položaj za podjemnika precej podoben, kot da bi naročnik odstopil od pogodbe. Tisti, ki utrpi prikrajšanje, sploh ni naročnik, temveč je podjemnik. Kakšne pravice ima v takšnem primeru podjemnik?

Odločba z opr. št. VSL I Cpg 712/2011 (r. št. 5) je skušala ustvariti podjemnikovo dolžnost, da si prizadeva odstraniti oviro, katere vzrok je naročnikova opustitev.

Kako bi to v konkretnem primeru podjetnik lahko storil in na kakšnem pravnem temelju, ta odločba ni pojasnila.

Drugačna je rešitev odločbe z opr. št. VSL I Cpg 122/2011. Podjetnik je očitno dolgoval takšno delo, pri katerem je naročnik zares moral sodelovati in brez njegovega sodelovanja podjetja ni bilo mogoče opraviti. Naročnik ni sodeloval in podjetja ni bilo mogoče opraviti, zato je podjetnik odstopil od pogodbe (glej na navedenem mestu, r. št. 19 do 21). Sodišče je odločilo, da podjetniku ni treba vrniti že izplačanega dela plačila, čeprav ga je naročnik zahteval. Svojo odločitev je sodišče oprlo na smiselno uporabo 648. člena OZ.

Pravna utemeljitev v teh odločbah ne prepriča, ni pa prav jasno, zakaj se dosedanja sodna praksa ni oprla na določbe o dolžniški zamudi. Če se namreč naročnikovo sodelovanje razume kot dolžnost, potem lahko podjetnik uveljavlja pravice, ki jih ima zaradi naročnikove (dolžniške) zamude (prvi odstavek 300. člena OZ). Lahko torej tudi odstopi od pogodbe in zahteva povrnitev škode (105. in 103. člen OZ), če ni podjetna pogodba razvezana že po zakonu (104. člen OZ).

Podjetnik ima zastavno pravico za terjatve iz podjetne pogodbe na predmetih, ki jih je naročnik izročil podjetniku v zvezi z njegovim delom. Ta zastavna pravica nastane na podlagi zakona in traja, dokler podjetnikova posest ne preneha prostovoljno (647. člen OZ).

Zastavna pravica nastane le na premičninah.³⁵

5. NEMOŽNOST IZPOLNITVE

Glede nemožnosti izpolnitve veljajo splošna pravila. Ta so glede naročnikovega denarnega dolga jasna: denar je vrstna obveznost. Denarja ne more zmanjkati, zato tudi ne more priti do nemožnosti izpolnitve denarne obveznosti.

Precej drugače je s podjetnikovo glavno obveznostjo, ta pa je oprava posla. Ta je lahko nemogoča že od začetka (potem 35. člen OZ) ali pa postane takšna šele naknadno. Le glede naknadne nemožnosti oprave posla ima OZ nekaj posebnih določb (116., 117. in 329. člen ter nasl. OZ).

Drugi odstavek 632. člena OZ oprošča dolžnosti izročitve izdelane ali popravljene stvari, če je bila takšna stvar uničena iz vzroka, za katerega podjetnik ni odgovoren. Takšna določba pravzaprav ne pove nič drugega kot že prvi odstavek 329. člena OZ. Podjetnik pač ni odgovoren za naključno uničenje in uničenje zaradi ravnanja naročnika.

Prav iz drugega odstavka 632. člena OZ je mogoče sklepati, da podjetnik ni prost svoje obveznosti, če je bila stvar uničena iz vzroka, za katerega je odgovoren. To pa je mogoče le pri vrstnih stvareh. Določene stvari (speciesa) podjetnik že

³⁵ Natančna pojasnila, zakaj je tako v: Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 647. členu (str. 894).

iz povsem stvarnih razlogov ne more izročiti ne glede na to, ali je za uničenje odgovoren ali ne. Če je na primer unikatni kos pohištva, ki ga je dobil mizar v popravilo, uničen v požaru, ga mizar ne more izročiti naročniku ne glede na to, kdo je odgovoren za nastanek požara. Drugi odstavek 632. člena OZ se torej nanaša na vrstno stvar. Pri določenih stvareh se uporabljajo splošna pravila o nemožnosti izpolnitve.

Povsem drugo vprašanje pa je, ali mora naročnik plačati, četudi podjemnik ne izroči stvari. To urejata 644. in 645. člen OZ. Če je dal material za izdelavo podjemnik, ni upravičen do plačila ne za material ne za delo, če je stvar uničena ali poškodovana (prvi odstavek 644. člena OZ). Takšna posledica je pretirana, saj je razlog za poškodovanje ali uničenje stvari lahko ravnanje naročnika, na primer zaradi nepravilnih navodil ali preprosto namernega uničevanja opravljenega dela. Le če naročnik zamuja z delom, preide nevarnost naključnega uničenja nanj in mora torej material in delo le plačati (tretji odstavek 644. člena OZ).

Če zagotovi material za izdelavo naročnik, kar je sicer pri podjemni pogodbi pravilo, potem je naročnik odgovoren za naključno uničenje ali poškodovanje stvari (prvi odstavek 645. člena OZ). Kaj to pomeni, pojasnjuje drugi odstavek 645. člena OZ. Naročnik izgubi material, podjemnik pa nima pravice do plačila.

Naročnik mora vendarle plačati podjemnikovo delo, če je bila stvar uničena ali poškodovana potem, ko je prišel naročnik v zamudo ali če se naročnik ni odzval vabilu k pregledu (drugi odstavek 645. člena OZ).

6. ZAMUDA

6.1 Podjemnikova zamuda

Podjemnik zamuja z delom, če ni dogovora o času oprave posla, če dela ne opravi v času, ki je razumno potreben za posel določene vrste (drugi odstavek 626. člena OZ). Čas za opravo posla je torej pri podjemniku določen gibko in se določa glede na okoliščine, če ni posebnega dogovora.

Takšen poseben dogovor je lahko dogovor o t. i. fiksni pogodbi. Takšen dogovor ima lahko posledice na dveh medsebojno različnih področjih. Če je rok bistvena sestavina pogodbe in je očitno, da bo prišlo do zamude, lahko naročnik zaradi pričakovane zamude odstopi od pogodbe in zahteva odškodnino (prvi odstavek 628. člena OZ). Takšno pravico ima naročnik tudi, če podjemna pogodba sicer ni fiksna, vendar pa naročnik nima več interesa za izpolnitev pogodbe. Če si na primer naročnik naroči portret, potem pa umre, potem nima več interesa za izpolnitev pogodbe.

Če je bila sklenjena podjemna pogodba fiksna, se samodejno razveže po preteku izpolnitvenega roka ali časa (prvi odstavek 104. člena OZ).

Sicer pa ima naročnik še različne pravice po splošnih pravilih OZ. Zahteva lahko odškodnino zaradi zamude (pri še naprej veljavni pogodbi; 103. člen OZ). Naročnik

lahko postavi naknadni dodatni rok za izpolnitev. Če rok preteče brezplodno, je pogodba razvezana (drugi in tretji odstavek 105. člena in prvi odstavek 104. člena OZ).

Naročnik ima tudi pravico do nadomestne oprave posla po predhodnem obvestilu. Od pogodbe mu ni treba odstopiti, pogodba torej velja še naprej. Od dolžnika lahko zahteva povrnitev stroškov, odškodnino zaradi zamude in povrnitev druge škode (266. člen OZ).

6.2 Naročnikova zamuda

Še pred začetkom opravljanja pogodbenih obveznosti ima lahko naročnik obveznosti do podjemnika; te so lahko v izročitvi materiala ali plačilu predujma. Za zamudo, katere vzrok je naročnikovo ravnanje, podjemnik ni odgovoren (tretji odstavek 626. člena OZ).

Tretji odstavek 642. člena OZ določa, da naročniku ni treba plačati odmene za opravljeni posel, preden ne pregleda opravljenega dela in ga ne potrdi. Opredelitev je površna, kot pojasnjujemo v nadaljevanju, vendar pa vseeno določi bistveno. To pa je, da naročnikov dolg zapade šele, ko naročnik potrdi delo. To pomeni, da izrazi soglasje z opravljenim poslom, in sicer glede tega, da opravljeni posel nima napak. Od takrat naprej je podjemnik upravičen zahtevati plačilo. Pogosto pa takrat podjemnik sam še niti ne ve, kolikšna je njegova terjatev. Ustrezni zahtevek mora šele postaviti in v ta namen pošlje naročniku posebno listino, ki se praviloma imenuje račun. Obe stranki lahko sicer tudi skupaj sestavita listino, v kateri opredelita obseg opravljenega posla. Takšna skupna listina se pogosto imenuje obračun.

Tretji odstavek 642. člena OZ je površen zato, ker je oblikovan tako, kot da podjemnik ne more zahtevati plačila, če naročnik ne pregleda opravljenega dela. To pa ne drži: naročnik sicer mora pregledati delo in ga, če je brez napak, tudi prevzeti, vendar tega od naročnika ni mogoče izsiliti. Posledica neutemeljenega zavračanja pregleda in prevzema je le fikcija prevzema (drugi odstavek 633. člena OZ). Naročnik mora kljub temu plačati za opravljeno delo.

S postavitvijo zahtevka podjemnik naročnik sicer še ni v zamudi. Za začetek zamude je treba še nekaj več. Če niti rok niti čas (termin) izpolnitve nista določena, je za nastanek zamude potreben opomin ali začetek sodnega postopka zoper naročnika (drugi odstavek 299. člena OZ). Če sta določena rok ali čas, potem je naročnik v zamudi, če ne plača v dogovorjenem roku ali do dogovorjenega dne (prvi odstavek 299. člena OZ). Od takrat naprej začnejo nastajati pravne posledice zamude s plačilom denarnega dolga. Značilna posledica je začetek teka zamudnih obresti (prvi odstavek 378. člena OZ).

7. NAROČNIKOVE PRAVICE IN UGOVORI ZARADI STVARNIH NAPAK

Naročnik ima v primeru stvarne napake na voljo zakonske pravice, ki so urejene v OZ in ZVPot.

Podjemnik lahko prostovoljno podeli tudi garancijo ali pa se ta dogovori s pogodbo. Če ima naročnik tudi pravice iz prostovoljne garancije, potem je seveda glede obsega garancije in pravic odločilna garancija. Garancije v zvezi s podjemno pogodbo OZ sploh ne ureja, pozna pa jo v zvezi s prodajno pogodbo (481. člen in nasl. OZ in 15. člen in nasl. ZVPot). Ne glede na podobnosti med garancijo in jamčevanjem za napake je jasno, da gre za dve različni vrsti jamstev. Tako je vsaj pri prodajni pogodbi.

Mogoče je, da sta stranki sicer pogodbeno uredili odgovornost iz garancije, pri tem pa mislili na odgovornost za napake (633. člen in nasl. OZ). Če pa z razlago ni mogoče priti do takšnega sklepa, potem je treba upoštevati, da daje garancija praviloma dodatne pravice, ki so neodvisne od tistih pri zakonskem jamčevanju za napake.

Ne glede na to se je v sodni praksi v zvezi z gradbeno pogodbo in PGU zastavilo vprašanje, ali se tudi pri garanciji smiselno uporabljajo 633. do 635. člen OZ. Odgovor na takšno vprašanje bi seveda moral biti preprost: uporabljajo se, če se garancija sklicuje na smiselno uporabo teh določb. Če se ne, potem se ne uporabljajo. PGU med drugim ne poznajo prekluzivnih rokov, kar je izrednega praktičnega pomena.

Ne glede na to je ena odločba (v sporu majhne vrednosti) že odločila drugače,³⁶ za kar ni bilo pravnega temelja. Druga odločba je obrazložila, da se garancija in odgovornost za napake uveljavljata na različnih temeljih.³⁷ Uporabo prekluzivnega roka je ta odločba izrecno zavrnila,³⁸ kar je pravilno.

Predpostavki za uveljavljanje pravic zaradi napak sta praviloma pregled opravljenega dela in grajanje napak. OZ razlikuje med očitnimi in skritimi napakami.

V nadaljnjem besedilu obravnavamo pregled opravljenega dela in grajanje napak ter različne vrste pravic zaradi napak.

7.1 Pregled in grajanje napake

7.1.1 Pregled in grajanje očitne napake

Opravljen del mora naročnik pregledati takoj, ko je to po običajnem poteku stvari mogoče (prvi odstavek 633. člena OZ). Ne glede na površno izražanje v zakonu

³⁶ VSL I Cpg 904/2011, r. št. 14.

³⁷ VSL I Cpg 43/2012, r. št. 8 »Smisel garancije je pač v tem, da si upravičenec z njo zagotovi večji obseg pravic, kot bi mu jih pripadalo po splošnih pravilih o jamčevanju.«

³⁸ VSL I Cpg 43/2012, r. št. 10.

je jasno, da mu tega ni treba storiti, nosi pa materialnopravno breme pregleda opravljenega dela. Pravočasnost se presoja glede na okoliščine.³⁹ Pregled mora biti »običajen« (prvi odstavek 634. člena OZ). Ni treba, da je opravljen s posebnimi pripravami ali strokovnjaki, če to ni običajno. Kakor je mogoče sklepati iz sodne prakse, to ni običajno na nobenem področju.

Napaka je očitna, če bi jo pri običajnem pregledu lahko opazil skrben človek s povprečnim znanjem in povprečnimi izkušnjami.⁴⁰

Če obstaja kakšna očitna napaka, jo mora naročnik grajati. To pomeni, da mora opisati napako in o njej obvestiti podjemnika.⁴¹ Grajo mora podjemnik prejeti,⁴² gre za t. i. prihodno izjavo. Opis napake mora biti konkreten.⁴³ To sicer velja za vsako, tudi skrito napako. Zakon ne zahteva kaj več kot grajanja napake in v razmerju do naročnika glede tega ne predpisuje nobenih posebnih nalog. Iz tega je mogoče sklepati, da naročniku ni treba raziskati vzroka za napako.⁴⁴ Ker naročnik ni strokovnjak, zadošča takšen opis, kakršnega je zmožen dati nestrokovnjak. O napaki mora naročnik podjemnika obvestiti nemudoma (prvi odstavek 633. člena OZ).

Ni razloga, da bi bila odgovornost za napake pri podjemni pogodbi urejena drugače kot pri prodajni pogodbi. Glede na to je podjemnik odgovoren za napake, ki so obstajale v času prehoda nevarnosti na podjemnika (prvi odstavek 458. člena OZ ter prvi in tretji odstavek 100. člena OZ), mora obstoj napake v tem času dokazati naročnik. Domneva se, da je vzrok za napako pri podjemniku.⁴⁵

Grajanje napake je predpogoj za uveljavljanje pravic iz jamčevanja za napake.⁴⁶ Ni dopustna postavitev izvedenca, ki bi podal izvid in mnenje glede napake, če grajanje napake ni bilo pravočasno.⁴⁷ Enako mora seveda veljati tudi za skrite napake. Prav tako ni dopustno zasliševanje prič, če naročnik niti ne trdi, da je pravočasno in konkretizirano grajal napake.⁴⁸

39 Odločba VSL I Cpg 436/2012 govori o pregledu v »primernem času«. To je pravilno, če se s tem misli na glede na okoliščine primerni čas. V tej konkretni zadevi je šlo za pregled 403 izvodov knjige. Tolikšnega števila izvodov knjige pač ni mogoče pregledati zelo hitro. Tožena stranka v nekaj mesecih ni pregledala izvodov. Sodišče je zato štelo izvide knjige za prevzete.

40 VSL II Cp 2993/2012, r. št. 6. Primer v VSK Cp 824/2008: če je talna plošča zabetonirana 10 cm izven gabaritov objekta, gre za očitno napako.

41 V procesu nosi naročnik trditveno in dokazno breme glede obstoja napake (VS RS III Ips 14/2006, r. št. 10 in VSL I Cpg 1303/2010 - nima r. št.) in trditveno breme glede grajanja napake (VSL I Cpg 791/2011, r. št. 6).

42 Naročnik je tisti, ki mora dokazati, da je podjemnik prejel obvestilo o napaki, npr. s potrdilom o vročitvi (VSL I Cpg 332/2011, r. št. 9) ali potrdilom o faksiranju sporočila (VSL I Cpg 1329/2010 - odločba nima robnih števil).

43 Npr. VS RS III Ips 71/2009, r. št. 15, VSL I Cpg 791/2011, r. št. 6, VSL I Cpg 275/2011, r. št. 10, VSL I Cpg 1420/2010, r. št. 11, VSL I Cpg 848/2011, r. št. 12.

44 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 634. členu, str. 848; drugačno mnenje v VSM I Cpg 467/2012, r. št. 10.

45 VSL I Cpg 13/2013, r. št. 6 in VSL I Cpg 65/2011, r. št. 11.

46 Npr. VSL I Cpg 791/2011 in VSL I Cpg 619/2011 r. št. 9.

47 VSL I Cpg 618/2011, r. št. 8.

48 VSL I Cpg 275/2011, r. št. 10.

Če je naročnik napake grajal že med opravljanjem posla in jih podjemnik ni odpravil do domnevnega končanja posla, naročniku po domnevnem končanju posla napak ni treba grajati še enkrat.⁴⁹ Če pa je podjemnik odpravljaj napake in jih ni odpravil, jih mora naročnik grajati ponovno. Če tega ne stori, izgubi pravice, ki jih ima zaradi napak.⁵⁰

Po grajanju ima naročnik leto dni časa, računajoč od obvestila, za sodno uveljavljanje svojih pravic (prvi odstavek 635. člena OZ). Iz zakonskega besedila ne izhaja jasno, ali je rok izključevalen⁵¹ (prekluziven) ali zastaralen.⁵² Če je izključevalen, tudi ni jasno, ali gre za izključevalni rok materialnega ali procesnega⁵³ prava. Starejša in novejša sodna praksa VS RS meni, da gre za materialni izključevalni rok.⁵⁴

V skladu z ustaljeno sodno prakso VS RS preteka roka ne more uveljavljati podjemnik, če je že začel odpravljati napake ali pa je vsaj pokazal pripravljenost, da jih odpravi.⁵⁵

Po preteku leta dni ostane naročniku le še ugovor znižanja plačila in ugovor povračila škode. Če naročnik uveljavlja katerega od obeh jamčevalnih ugovorov, sam nosi trditveno in dokazno breme.⁵⁶ Konkretno in določno mora navesti, kakšna napaka je nastala, kdaj je bila odkrita in kdaj grajana.⁵⁷

Rok iz prvega odstavka 635. člena OZ izrazito koristi podjemniku in omejuje naročnikove pravice. Naročnika pri uveljavljanju pravic ne omejujejo različne omejitve, ki jih določajo 633. do 635. člen OZ in v dveh primerih še zlasti ne prvi odstavek 635. člena OZ. Prvi je, da se napaka nanaša na dejstva, ki podjemniku niso mogla ostati neznan ali pa so mu bila sploh znana. Drugi je, da je s svojim ravnanjem preslepil naročnika, da svojih pravic ni uveljavljal pravočasno (636. člen OZ).

7.1.2 Grajanje skrite napake

Če se kakšna skrita napaka pokaže v dveh letih od prevzema, se lahko naročnik še »sklicuje« na napako (drugi odstavek 634. člena OZ). Vsekakor mora o skriti napaki obvestiti podjemnika najpozneje v enem mesecu od odkritja napake (prvi odstavek 634. člena OZ).

49 VS RS III Ips 29/2013, r. št. 24.

50 VSL I Cpg 562/2011, r. št. 13.

51 Tako npr. VS RS, III Ips 6/2010, r. št. 11; VSL I Cpg 13/2013, r. št. 9, VSL I Cpg 816/2011, r. št. 5.

52 Tako VSL I Cpg 1432/2011, r. št. 8 in VSL I C 866/2013, r. št. 7.

53 Sodna praksa je nastala že v času veljavnosti ZOR; gl. VS RS opr. št. II Ips 658/2006 (s pregledom starejše sodne prakse).

54 VS RS II Ips 561/96, II Ips 181/2006, II Ips 658/2006 (v zadnji je pregled sodne prakse). Stališče v zvezi s prodajno pogodbo in prvim odstavkom 480. člena OZ je enako, gl. npr. II Ips 67/2014, r. št. 12.

55 Sodna praksa je nastala že v času veljavnosti ZOR; gl. VS RS opr. št. II Ips 658/2006 (s pregledom starejše sodne prakse), VS RS III Ips 75/2001, VS RS III Ips 69/92, VS RS II Ips 309/2005, VS RS II Ips 29/2006, VSL II Cpg 180/2010.; drugačno mnenje VSL I Cpg 816/2011, r. št. 5, ki razume odpravljanje napak kot primer zavajanja naročnika (in torej uporabe 636. člena OZ). Kot razlog pa VS RS ne navaja, da bi podjemnik zavedel naročnika, torej ne gre za primer iz 637. člena OZ. Sodna praksa svojo odločitve utemeljuje s tem, da je podjemnik z odpravljanjem napake ali vsaj s pripravljenostjo, da jo odpravi, sprejel obveznost, da bo napako odpravil (glej npr. VS RS II Ips 658/2006 s sklicevanjem na starejše odločbe).

56 VS RS, opr. št. III Ips 14/2009, r. št. 9.

57 VSL I Cpg 1073/2011 r. št. 12 in VSL I Cpg 1303/2010 pod b). Obe odločbi se v svoji utemeljitvi sklicujeta na drugi odstavek 634. člena OZ, čeprav je očitno, da je tožena stranka uveljavljala ugovor po drugem odstavku 635. člena OZ.

Tudi na tem mestu je izražanje OZ površno: kaj naj bi pravzaprav pomenilo, da se naročnik še lahko »sklicuje« na napako v »dveh letih od prevzema«? Natančneje: ali navedba »po dveh letih od prevzema ... se naročnik ne more več sklicevati na napake« pomeni, da mora obvestilo prispeti do podjemnika v dveh letih od prevzema? Ali pa je dovolj, da se napaka odkrije v dveh letih od prevzema in ima potem podjemnik še en mesec časa, da obvesti naročnika o napaki? Druga razlaga bi bila v skladu z ureditvijo jamčevalnega roka pri prodajni pogodbi, pri kateri obstaja sicer precej krajši, tj. šestmesečni jamčevalni rok, in zadošča, da se v tem roku napake pokažejo (drugi odstavek 462. člena OZ), zato ji je treba dati prednost pred prvo razlago.

Glede uveljavljanja različnih pravic velja enako kot pri skritih napakah: naročnik ima leto dni časa, računajoč od obvestila, za sodno uveljavljanje svojih pravic (prvi odstavek 635. člena OZ). Po preteku leta dni ima na voljo le še ugovor znižanja plačila in ugovor povračila škode.

7.2 Zahtevek na odpravo napak

Če obstaja napaka, je naročnikov temeljni zahtevek za odpravo napake (prvi odstavek 637. člena OZ). Zahtevek za odpravo napake ni pravzaprav nič drugega kot izpolnitveni zahtevek. Z zahtevkom za odpravo napake namreč naročnik vztraja pri tem, da podjemnik opravi posel tako (619. člen OZ), kot to dolguje po podjemni pogodbi sami.

Temeljna težava pri razlagi ureditve OZ je v tem, da prvi in drugi odstavek 637. ter drugi in peti odstavek 639. člena OZ v glavnem določajo enake pravne posledice. Zastavlja se vprašanje, ali to samo pomeni, da je dvakrat urejeno isto, ali pa se člena nanašata na različne življenjske primere. Zdi se, da ne, saj nobeden od njiju ne določa dodatnih znakov dejanskega stanja, po katerem bi se razlikoval od drugega. Obsežnejša (in popolnejša) pa je ureditev v 639. členu OZ.

Naročnikov zahtevek na odpravo napake je temeljen zato, ker v primeru obstoja napak sprva praviloma sploh nima drugih zahtevkov kot prav tega. To pravilo ima dve izjemi.

Prvo izjemo ureja 638. člen OZ. Naročnik lahko takoj odstopi od podjemne pogodbe, če je opravljeno delo bodisi neuporabno bodisi v nasprotju z izrecnimi pogodbenimi pogoji (638. člen OZ). Težko si je zamisliti, v kakšnih primerih bi bilo mogoče uporabiti to določbo, zlasti še njen drugi del. Neuporabno je namreč lahko sprva marsikatero z napako opravljeno delo, celo če je napako mogoče odpraviti. Prav tako je mogoče odpraviti napako, če je opravljeno delo v nasprotju z izrecnimi pogodbenimi pogoji, napaka pa nemara celo razmeroma majhna. Ni pravega razloga za to, da bi v takšnih primerih naročnik lahko odstopil od pogodbe brez prejšnje zahteve za odpravo napake.

»Neuporabnost« je pravno nedoločen pojem. Naročnik torej ne zadosti svojemu trditvenemu bremenu, če le zatrjuje neuporabnost, ampak mora konkretno opisati

napako. Ali je ta takšna, da je opravljeno delo neuporabno, presodi sodišče.⁵⁸ Najbrž je jasno, da ni mogoče zahtevati odprave napake, če je neodpravljljiva. Če krojač iz zadostne količine blaga sešije obleko št. 40, čeprav naročnik nosi obleko št. 43, je napaka neodpravljljiva. Takšno opravljeno delo je v resnici neuporabno in to je nemara tisti primer, na katerega se nanaša 638. člen OZ.

Drugo izjemo ureja tretji odstavek 637. člena OZ. Podjemnik lahko odkloni naročnikov zahtevkov za odpravo napake, če bi odprava napake pomenila pretirane stroške. Ne glede na to pa naročniku ostanejo druge pravice, ki jih ima po drugem odstavku 637. člena in tretjem odstavku 639. člena OZ.

Pravici naročnika, da zahtevat odpravo napake, ustreza podjemnikova pravica, da zahteva od naročnika, da mu dovoli odpravo napake (prvi odstavek 639. člena OZ). Če naročnik podjemniku ne omogoči odprave napake, krši svojo dolžnost, ki jo ima do podjemnika. Pravna posledica je, da naročnikovi jamčevalni zahtevki prenehajo.⁵⁹

Odpravo napake zahteva naročnik tako, da podjemniku sporoči, da jo mora odpraviti. Naročnik lahko odpravo napake zahteva tudi sodno⁶⁰, kar je zelo redko. Zahtevkov za odpravo napake je primeren predvsem, ko naročnik želi odpravo napake in je sam ne more odpraviti, npr. zaradi pomanjkanja denarja ali ker jo lahko odpravi le podjemnik sam. V večini primerov pa naročnik ravna pametneje, če zagotovi odpravo napake sam ali pa uveljavlja katero od drugih pravic, ki jih ima po tretjem in petem odstavku 639. člena OZ.

Za uveljavljanje zahtevka za odpravo napake ima velik pomen odgovor na vprašanje, ali lahko naročnik zahteva od podjemnika odpravo napak na način, za katerega sam meni, da je primeren. Vprašanje je torej, ali lahko zahteva odpravo napak na prav določen način, ali pa lahko zahteva samo odpravo napak, ne sme pa sam določiti načina, na kakšnega naj bi bile napake odpravljene.⁶¹

Pravilen odgovor je bržkone drugi. Naročnik namreč z odpravo napak zahteva le izpolnitev s podjemno pogodbo prevzete podjemnikove obveznosti. Ta ni nič drugačna v fazi odpravljanja napak, kot je bila ob sklenitvi pogodbe. Naročnik praviloma po pogodbi od podjemnika ne more zahtevati določenega načina opravljanja dela, razen če je drugače dogovorjeno. Če ima opravljeno delo napake, se za podjemnika položaj ne more (in ne sme) spremeniti. Še vedno dolguje (le) opravo istega posla in na enak način kot že ves čas, torej naročnik ne more zahtevati odprave napak na prav določen način.

Naročnik lahko za odpravo napake določi primeren rok (prvi odstavek 637. in drugi odstavek 639. člena OZ). Tega mora določiti sam. Če roka ni določil, lahko podjemnik odpravlja napako poljubno dolgo. Podjemnik v tem času nima pravice do odstopa od pogodbe.

58 VSL I Cpg 999/2010 (odločba nima r. št.).

59 VSL I Cpg 335/2010, pod c).

60 Tako je bilo v VSL I Cpg 816/2011.

61 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 639. členu, pod 1.2 (str. 868)

Če je napaka domnevno odpravljena, podjemnik ponovno zahteva pregled in prevzem. Naročnik se znajde v enakem pravnem položaju, kot če bi podjemnik že prej (ob predhodnem) poskusu prevzema ponudil brez napak opravljeno delo. Naročnik ima breme pregleda in graje morebitnih napak.⁶² Če tega ne stori brez utemeljenega razloga, nastopi fikcija prevzema (drugi odstavek 633. člena OZ), celo če napake sploh niso bile odpravljene. Če napake niso bile odpravljene, naročniku seveda ni treba prevzeti opravljenega dela.

Če so bile napake odpravljene in je bilo delo prevzeto ali je nastopila fikcija prevzema, zapade podjemnikov plačilni zahtevek. Pred odpravo napake podjemnik ne more zahtevati plačila⁶³ in tudi naročnik ni v dolžniški zamudi. Odprave napak podjemnik tudi ne more zavračati z utemeljitvijo, da bo napako odpravil, ko bo dobil plačilo.⁶⁴ Dokler ne odpravi napake, namreč ni izpolnil svojega dolga. Toliko časa tudi naročniku ni treba izpolniti njegovega.

Podjemnik dolguje izvedbo dela brez napake. Če ima opravljeno delo napako, je pogodbeno dogovorjena enakovrednost dajatev ene in druge pogodbene stranke porušena. Jasno je, da mora torej stroške odprave napake nositi podjemnik.⁶⁵

Posledica obstoja napake je med drugim tudi nastanek odškodninske odgovornosti podjemnika (drugi odstavek 637. in peti odstavek 639. člena OZ). Ker mora podjemnik opraviti delo brez napake in je bil on tisti, ki je moral zahtevati pregled in prevzem, je odgovoren tudi za vso škodo, ki je nastala zaradi pregleda, pri katerem so se razkrile napake. Gre na primer za nastale potne stroške, stroške za strokovnjaka – naročnikovega pomočnika pri pregledu, stroške z grajo napak in podobno. Podjemnik je lahko odgovoren tudi za nastalo škodo zaradi zamude; o tem več v nadaljevanju.

7.3 Zahtevek za odpravo napak in podjemnikova zamuda

Podjemnik mora dogovorjeno storitev opraviti glede kakovosti in časa v skladu s pogodbo (prvi odstavek 125. člena OZ). Če podjemnik izpolni svojo obveznost glede kakovosti tako dobro, da naročnik ne graja nobenih napak, vendarle pa z zamudo, nastanejo le posledice zaradi zamude.

Mogoče pa je, da podjemnik opravi delo z napako in napake odpravlja v času, v katerem bi moral biti posel že opravljen brez napak. Če podjemnik zamuja zaradi odpravljanja napak, je odgovoren za oboje: za zamudo in napake. Jamčevanje za napake in jamčevanje zaradi zamude se torej medsebojno ne izključujeta.

OZ v poglavju o podjemni pogodbi v celoti ne ureja naročnikovih pravic v primeru zamude.

⁶² VSL I Cpg 436/2012.

⁶³ VSL II Cpg 185/2010, r. št. 7.1.

⁶⁴ VSL I Cpg 733/2011, r. št. 13.

⁶⁵ VSM I Cpg 196/2013, r. št. 8.

Ni nobenega posebnega razloga, da bi 103. člen in naslednji OZ ne veljali tudi v teh primerih.⁶⁶ Pomemben je predvsem 104. člen OZ, na temelju katerega je fiksna pogodba razvezana, če zaide podjemnik v zamudo. 104. člen OZ se uporablja npr. pri fiksni pogodbi, pri kateri je podjemnik sicer ponudil opravljeno delo naročniku še pravočasno, potem pa je pri odpravljanju napake zašel v zamudo in naročnik zato nima več nobenega interesa, da bi podjemnik odpravil napako. Pravni temelj za odškodninski zahtevek sta prvi odstavek 111. člena in 103. člen OZ.

7.4 Naročnikove pravice v primeru brezplodnega poteka roka za odpravo napak

Če je naročnik določil rok za odpravo napake, ima po brezplodnem preteku roka še nadaljnje pravice po tretjem odstavku 639. člena OZ: napako lahko odpravi sam (»lastna odprava napake«, »samoodprava« napake), zniža lahko plačilo ali pa odstopi od pogodbe. Te pravice so določene alternativno. Z vsako od teh pravic lahko naročnik doseže enakovrednost (ekvivalenco) vzajemnih dajatev in storitev. Nobene stvarne potrebe ni za hkratno uveljavljanje dveh pravic, kar bi tudi močno zapletlo njihovo uveljavljanje. Takšna je tudi sodna praksa: naročnik lahko izbere eno od njih, ne pa dveh⁶⁷ ali celo vseh treh hkrati. Prav tako naročnik ne more uveljavljati ugovora po drugem odstavku 635. člena OZ (npr. na znižanje plačila) in pravice po tretjem odstavku 639. člena OZ.⁶⁸

Vprašanje pa je, kakšne so posledice, če naročnik ne uveljavlja katere od pravic, čeprav bi jih lahko in se še naprej le brani z ugovorom obstoja napake. Neka odločba meni, da je podjemnik v takšnem primeru upravičen do plačila že zato, ker naročnik niti ni uveljavljal katere od pravic po tretjem odstavku 639. člena OZ, niti ni v pravdi zoper njega uveljavljal katerega od obeh ugovorov po drugem odstavku 635. člena OZ.⁶⁹ Podjemnik je glede na to odločbo upravičen do celotnega plačila, čeprav ni v celoti izpolnil svoje obveznosti. Odločba se zdi pravilna. Če se želi naročnik ubraniti zahtevka na plačilo, mora uveljaviti katero od svojih nasprotnih pravic. Če tega ne stori, dolguje celotno plačilo.

7.4.1 Odprava napake na podjemnikove stroške

Do preteka za odpravljanje napak postavljenega roka ima podjemnik pravico do odprave napake. Odpravljanje napake in z njo povezane neugodnosti bremenijo naročnika (prvi odstavek 639. člena OZ). Po preteku tega roka podjemnik izgubi to pravico. Naročnik se lahko odloči, da se napaka odpravi. To možnost predvideva prva od treh alternativ iz tretjega odstavka 639. člena OZ.

OZ ne določa, kako naj bi naročnik odpravil napako na podjemnikove stroške. Bržkone to lahko stori le tako, kot je to določeno v 266. členu OZ: stori tisto, kar

⁶⁶ Glej tudi pod 6.1 tega sestavka.

⁶⁷ V VSL I Cpg 1240/2010 (odločba nima r. št.) je naročnik zahteval znižanje plačila in povrnitev stroškov za odpravo napake. Uveljavljal je torej dva od treh mogočih zahtevkov, za katere je pravni temelj tretji odstavek 639. člena OZ. V tej zadevi je obrazložitev zelo jasna: združevanje in hkratno uveljavljanje teh dveh zahtevkov ni dopustno. Enako mora seveda veljati tudi, če se uveljavljalo vsi trije zahtevki hkrati.

⁶⁸ VSM I Cp 1170/2009 (odločba nima r. št.).

⁶⁹ VSL I Cpg 397/2010 (odločba nima r. št.).

bi moral storiti podjemnik sam. To pomeni, da odpravi napako bodisi sam, bodisi naroči odpravo napake tretjemu. Povrnitev stroškov lahko potem zahteva od podjemnika. Naročnik lahko uveljavlja zahtevek tudi v višini ocenjenih stroškov, ki bi lahko nastali pri odpravi napak.⁷⁰

Naročnikov zahtevek je dajatveni. Naročnik zaradi uveljavljanja takšne pravice ne odstopi od pogodbe, temveč velja pogodba še naprej. Naročniku tudi ni treba odstopiti od pogodbe.⁷¹

7.4.2 Znižanje plačila

Naročnik lahko po neuspehi odpravi napake »zniža plačilo« (tako izrecno tretji odstavek 639. člena OZ). Za znižanje plačila mora podati izjavo volje.

Znižanje plačila pri podjemni pogodbi je – poleg odškodninskega zahtevka – zanimivo še iz povsem drugega razloga. Obe pravici očitno obstajata še naprej tudi po preteku enoletnega roka za sodno uveljavljanje (prvi odstavek 635. člen OZ). Uveljavljata se v morebitnem sodnem postopku lahko sicer le še z ugovorom (drugi odstavek 635. člena OZ), toda to je dokaz, da ne prenehata.

Sodna praksa VS RS predpostavlja, da pravice po preteku enoletnega roka iz prvega odstavka 635. člena OZ prenehajo, da je torej rok iz te določbe prekluziven, vendar pa materialen.⁷²

V 640. členu OZ je tudi navodilo, kako se plačilo zniža, in sicer se zniža v razmerju med vrednostjo opravljenega dela ob sklenitvi pogodbe brez napake in vrednostjo, ki bi jo imelo opravljeno delo z napako. Odločilno je torej razmerje vrednosti, ne z odpravo napake povezani stroški.

Besedilo 640. člena OZ je vsebinsko povsem enako 478. členu OZ, ki se sicer nanaša na prodajno pogodbo. Glede prodajne pogodbe je sodna praksa nasprotujoča glede tega, kako določbo uporabiti. Prva, starejša odločba VS RS je menila, da znižanje cene praviloma ustreza stroškom, ki so potrebni, da se napaka odpravi.⁷³ Ta odločba VS RS ne upošteva zakonskega besedila 478. člena OZ in ga niti ne poskuša razložiti. Prav tako ne pojasni, katere izjeme naj bi torej veljale od tega domnevnega pravila. Takšna razlaga je lahko pravilna le v enem primeru, in sicer če je bila prodajna cena enaka vrednosti stvari brez napake. Potem je vrednost stvari z napako v resnici manjša za stroške popravila. Vendar je to izjema, in ne pravilo. Pravilo, kot je zapisano v OZ, je drugačno.

Druga, novejša odločba⁷⁴ je menila, da se: » ... kupnina zniža ... tako, da se (i) kot vrednost, ki naj bi jo imela stvar brez napake, praviloma upošteva pogodbeni vrednost (cena) te stvari, da se nato (ii) ugotovi, za kolikšen delež (odstotek) je

70 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 639. členu, pod 2.2. (str. 871). V komentarju je to stališče tudi dokaj obširno obrazloženo.

71 VSL I Cpg 1444/2010, r. št. 14.

72 Glej pregled sodne prakse v opombi pod črto Napaka: vira sklicevanja ni mogoče najti.

73 VS RS II lps 60/2004 (odločba nima r. št.).

74 VS RS II lps 38/2012 (r. št. 8).

vrednost zmanjšana zaradi napake in na podlagi tega (iii) ugotovi vrednost stvari z napako ter da se (iv) za razliko zniža kupnina.» Ta odločba VS RS upošteva 478. člen OZ in je pravilna. Potrjena je bila z odločbo VS RS II Ips 348/2013.

Očitno je, da skušata 640. in 478. člen OZ enako doseči znižanje plačila tako, da se ohrani pogodbeno razmerje med ceno in (resnično) vrednostjo.

Zmanjšanje vrednosti je torej mogoče izračunati po tej formuli:

Dolgovano znižano plačilo = (vrednost opravljenega dela z napako/vrednost opravljenega dela brez napake) x dogovorjeno plačilo

Ta metoda odpove, če z napako opravljenega dela sploh ni mogoče najti na trgu. Sodna praksa v takšnih primerih upošteva cenitev, ki jo opravi izvedenec.⁷⁵ Da je prav tako, je menilo tudi VS RS v prej navedeni odločbi z opr. št. II Ips 38/2012.

Če je bila napaka odpravljena, naročnik nima več pravice do znižanja plačila.⁷⁶

Naročnik mora podjemniku sporočiti, za koliko znižuje plačilo.⁷⁷ Način ni posebej določen. To lahko stori tako, da izjavi, za koliko znižuje plačilo, koliko bo znašalo znižano plačilo ali z ulomkom. Naročnik lahko tudi ugovarja, da je opravljeno delo zanj neuporabno; s tem uveljavljal znižanje plačila na 0.⁷⁸ Potem ko naročnik z izjavo volje zniža plačilo, je plačilo znižano.⁷⁹

Znižanje plačila je mogoče tudi z ugovorom. Takšno znižanje plačila očitno predvideva, da je naročnik o napakah vsaj pravočasno obvestil podjemnika,⁸⁰ potem pa po letu dni od obvestila ni sodno uveljavljal svojih pravic, ki bi jih sicer imel (drugi odstavek 635. člena OZ), torej zlasti zahtevka na odpravo napak (prvi odstavek 637. člena OZ).

7.4.3 Odstop od pogodbe

Naročnik lahko tudi odstopi od pogodbe, če napaka ni odpravljena in če ni neznatna (četrti odstavek 639. člena OZ). Tudi ta pravica je oblikovalna: pogodba se zaradi odstopa spremeni tako, da je ni treba več izpolniti, in je treba vrniti prejeto (111. člen OZ). Naročnik lahko zahteva tudi odškodnino (peti odstavek 639. člena OZ).

⁷⁵ VSL I Cpg 3015/2012, r. št. 8. Prav ta r. št. dobro opiše, s kakšnimi težavami se je spopadlo sodišče in kako jih je reševalo: »Izvedenec ni podal tržne vrednosti stanovanja, to pa je podkrepil z ugotovitvijo, da je sploh ni mogoče oceniti, ker stanovanja s takimi napakami ne bi kupil noben kupec. Zato je določil tehnično vrednost stanovanja, ki je po njegovi oceni zaradi napak in neuporabnosti manjša za najmanj 60 %. S tem je bilo zadoščeno določbi 640. člena OZ, na podlagi katere se plačilo zniža v razmerju med vrednostjo izvršenega dela ob sklenitvi pogodbe brez napake in vrednostjo, ki bi jo tedaj imelo izvršeno delo z napako. Predmetna določba ne ureja izračuna absolutnega zneska znižanja plačila, temveč le izračun deleža (odstotka), po katerem se plačilo zniža.«

⁷⁶ VSK Cpg 195/2012, r. št. 6.

⁷⁷ VS RS III Ips 6/2010, r. št. 9.

⁷⁸ V zadevi z opr. št. VSL I Cpg 1444/2010 (r. št. 6 in 10) je naročnik s takšnim ugovorom uspel.

⁷⁹ Trditveno in dokazno breme v zvezi z dokazovanjem višine znižanja plačila nosi naročnik. Gl. npr. VSL, opr. št. I Cpg 1357/2011, r. št. 9 in VSL I Cpg 986/2011, r. št. 16 (s pregledom sodne prakse v r. št. 16).

⁸⁰ VSL I Cpg 1432/2011, r. št. 8.

Pri uveljavljanju pravic, ki so posledica odstopa od pogodbe, naročnika ne zavezuje rok iz prvega odstavka 635. člena OZ.⁸¹

7.4.4 Odškodninski zahtevek

Naročnik ima »v vsakem primeru« še pravico do povračila škode (peti odstavek 639. člena OZ).⁸² Očitno je s tem mišljeno, da lahko naročnik poleg samoodprave napake, znižanja plačila in odstopa o pogodbe zahteva odškodnino. Pri tem se zastavlja vprašanje, za katero prikrajšanje se sploh lahko zahteva povrnitev škode.

Naročnik je seveda prikrajšan zaradi tega, ker zaradi napake ni prejel tistega, k čemur se je podjemnik zavezal. S »samoodpravo« napake, znižanjem plačila in odstopom od pogodbe naj bi se odpravilo prikrajšanje, ki za naročnika nastane zaradi napake na opravljenem delu. Besedilo petega odstavka 639. člena OZ izrecno določa, da ima naročnik »tudi pravico do povračila škode«. Ta škoda torej ne more biti škoda zaradi z odpravo napake nastalih stroškov,⁸³ temveč je lahko le druga škoda.⁸⁴ To so lahko različni stroški, ki so nastali naročniku zaradi napak (npr. stroški zaradi napak spodletelega prevzema) in škoda na drugih dobrinah. To je škoda, ki nastane, če je stvar z napako prav zaradi napake povzročila škodo na kakšnih drugih naročnikovih dobrinah,⁸⁵ npr. izdelani stroj je zajel požar, ki se je razširil na naročnikov prostor.⁸⁶

LITERATURA:

- BRUS Marko: Podjemna pogodba, PP 24/2016, priloga.
- MAIFELD Jan v Gebauer/Wiedemann (Hrsg.): Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Auflage, 2010.
- MOŽINA Damijan v: Evropsko pravo varstva potrošnikov, Ljubljana 2005.
- PLAVŠAK Nina, JUHART Miha (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana 2004.
- BAMBERGER Heinz-Georg, ROTH Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, München 2012.

81 VSL I Cpg 1240/2010 (odločba nima r. št.).

82 O trditvenem in dokaznem bremenu glej VSL I Cpg 13/2013, r. št. 9.

83 VSK Cp 460/2011, r. št. 17.

84 Tako tudi VSL I Cpg 436/2013, r. št. 5.

85 Plavšak v: Plavšak/Juhart (izd.) Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, Ljubljana 2004, kom. k 639. členu, pod 3.1 (str. 875) imenuje to škodo »refleksna škoda«. Refleks česa naj bi ta škoda bila in kaj naj bi ta izraz pravzaprav sploh pomenil, komentar ne pojasnjuje.

86 Zanimiva je bila zadeva VSM I Cp 550/2013, v kateri je naročnik zahteval povrnitev škode zaradi napak ogrevalnega sistema. Zahteval je povrnitev škode v višini najemnine za druge prostore zaradi začasnih nemožnosti uporabe nepremičnine. Sodišče je takšen zahtevek zavrnilo z utemeljitvijo, da je bila nepremičnina sposobna za uporabo. Naročnik bi lahko zahteval povrnitev škode, ki bi nastala zaradi višjih stroškov ogrevanja z električnimi grelci v primerjavi s stroški, ki bi nastali, če bi bil ogrevalni sistem brez napake. Sodišče nikakor ni zanikalo, da bi bil naročnik upravičen zahtevati odškodnino. Prisodilo pa je ni iz drugega vzroka.

Tadeja Zima Jenull
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

1. UVOD

Pobotanje je v pravnem postopku pogosto vprašanje, ki se največkrat najprej zastavi, in sicer, ali stranka uveljavlja ugovor ugasle pravice, ki ga je mogoče opredeliti kot materialnopravno pobotanje, ali pa vlaga procesno pravni ugovor zaradi pobota. Stranke v postopku namreč nenatančno uporabljajo oba pojma, in še to običajno hkrati, ne da bi izrecno opredelile, za kakšno vrsto pobotanja gre. Zato mora sodišče najprej razmejiti, ali stranka uveljavlja materialni ali procesni pobot.

Materialnopravno pobotanje kot način prenehanja obveznosti je urejeno v 311. do 318. členu Obligacijskega zakonika (OZ).² V praksi se za to vrsto pobota uporabljata dva izraza, in sicer predpravdni in izvenpravdni pobot. Vsebinsko je primernejši izraz izvenpravdni pobot, saj je lahko uveljavljen pred in med postopkom. Izraz predpravdni pobot kaže na napačno razumevanje pojma materialnopravnega pobota. Zmotno je sklepanje, da materialnopravnega pobotanja ni mogoče uveljavljati med pravnim postopkom. Dejanje, na podlagi katerega nastane izvenpravdni pobot, imenujemo pobotna izjava. Dejanje, s katerim imetnik pobotne terjatve v pravi uveljavlja izvenpravdni pobot, pa ugovor izven pravnega pobota.

Procesni ugovor zaradi pobota je urejen v tretjem odstavku 319. v zvezi z drugim odstavkom 324. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP).³ Dejanje, s katerim imetnik pobotne terjatve uveljavlja procesni pobot, imenujemo ugovor zaradi pobota.

Pobot je treba ustrezno opredeliti tudi z vidika strank, torej upnika in dolžnika, ki hkrati nastopata v obrnjenih pravnih (procesnih) položajih. Upnik, ki kot stranka uveljavlja svojo terjatev, ima položaj tožeče stranke, dolžnik, ki uveljavlja izvenpravdni ali procesni ugovor zaradi pobota, ima položaj tožene stranke. Vendar pa takoj, ko tožena stranka v postopku izjavi svojo voljo in uveljavi izvenpravdni ali procesni

1 Prispevek je bil predstavljen na Gospodarskopравни šoli, Center za izobraževanje v pravosodju, Portorož, 17. 10. 2016.

2 Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 — odl. US, 40/07, 97/07 — uradno prečiščeno besedilo in 64/16 — odl. US.

3 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.

ugovor zaradi pobota, nastopa hkrati tudi kot upnik (tožeča stranka), nasprotna stranka, proti kateri je uveljavljena ena ali druga vrsta ugovora, pa je v položaju dolžnika, (tožena stranka), čeprav je tožeča stranka v pravnem postopku.

Testen s terminološkega vidika opozarja,⁴ da naj bi bil tisti, ki zahteva izpolnitev svoje terjatve, *kompensat*, tisti, ki svojo terjatev uveljavlja (stavi) v pobot, pa *kompensant*. Terjatev prvega naj bi bila *pasivna*, terjatev drugega pa *aktivna*.⁵ To poimenovanje se v slovenski praksi in literaturi ni uveljavilo, usmerjanje pozornosti na aktivnost oziroma pasivnost pa lahko tudi zavede glede na to, da je „kompensant“ sicer res aktiven pri dejanju pobota, pobot pa je vendarle sredstvo, s katerim se brani pred tistim, ki je sicer pasiven pri pobotu, vendar (aktivno) uveljavlja svojo terjatev.

V nadaljevanju bodo skupaj obravnavani primeri materialnopravnega in procesnega pobotanja. Hkrati bo opozorjeno na njihove razlike in posebnosti ter na katere okoliščine pri razlikovanju med njima je treba biti pri odločanju še zlasti pozoren. Navedeni bodo tudi najbolj značilni primeri posameznih procesnih položajev pri materialnopravnem in predvsem pri procesnem pobotanju v pravnem postopku. Pobotanje v izvršilnem postopku bi preseglo zastavljeno temo in v tem prispevku ne bo obravnavano.

2. POGOJI ZA (MATERIALNOPRAVNI) POBOT

Pobotanje je oblika prenehanja obveznosti, kjer prenehata dve ali več obveznosti v medsebojnem razmerju med dvema strankama z različnih pravnih naslovov. Pobot ima dvojno vlogo. Dolžnik, ki da pobotno izjavo, izpolni svojo obveznost in doseže izvršitev svoje terjatve. Pobot ima torej izpolnitveno in izvršitveno vlogo. Gre za vrsto zasebne izvršbe.⁶ Da se terjatve lahko medsebojno pobotajo, morajo biti izpolnjeni naslednji pogoji: vzajemnost (311. člen OZ), istovrstnost (311. člen OZ), zapadlost obeh terjatev (311. člen OZ) ter po stališču teorije in sodne prakse še iztožljivost (prvi odstavek 314. člena OZ, pobotanje z zastarano terjatvijo) in likvidnost.⁷ V nadaljevanju so obravnavani pogoji za pobot, ki so v praksi povzročali največ težav.

2.1 Vzajemnost

Vzajemnost pomeni le, da stranki druga drugi hkrati dolgujeta in ena od druge medsebojno terjata. Vzajemnosti ni mogoče ožiti na sinalagmatičnost, torej da bi morali imeti stranki upnika in dolžnika isti izvor obveznosti.⁸

Delna izjema od vzajemnosti je ureditev pobota pri obveznostih z več solidarno zavezanimi dolžniki (396. člen OZ) ali več solidarno upravičenimi upniki (408. člen OZ). Če gre za solidarnost na upniški strani, je sodišče razložilo določbo drugega

⁴ Testen, nav. delo, neobjavljeno.

⁵ Veselič, nav. delo, stran 1869.

⁶ Brus, nav. delo, stran 156, prikaz primerov, stran 155 do 162.

⁷ Juhart, Obligacijski, str. 391.

⁸ Sklep III lps 109/2003 dne 28. 12. 2004.

odstavka 427. člena ZOR⁹ (sedaj drugi odstavek 408. člena OZ) tako, da solidarnost velja, ko tožbeno terjatev uveljavlja kakšen drug od solidarnih upnikov in tudi tedaj, ko to terjatev uveljavljajo vsi (solidarni) upniki. Tudi v tem primeru lahko torej dolžnik (imetnik pobotne terjatve) stavi to terjatev v pobot do višine tistega dela (tožbene) terjatve, ki (v notranjem razmerju) pripada upniku, ki je njegov dolžnik.¹⁰

Zastavlja se vprašanje, če sta se stranki s "pogodbo o pobotu" dogovorili, da bosta pobotali terjatve, ki niso bile vzajemne. Največkrat gre za terjatev do fizične osebe, ki je bila edini družbenik in hkrati poslovodja, ta pa je ponudil v pobot terjatev, ki jo je imela do njegovega upnika njegova (enoosebna) družba.¹¹ Pogoja vzajemnosti s pogodbo ni mogoče izključiti. Pogodba o pobotu terjatev, kadar ni vzajemnosti, je dogovor o tem, kako bo prišlo do pobota. Vendar brez sodelovanja tretjega, ki ima pobotno terjatev (upnika enoosebne družbe), te ni mogoče veljavno žrtvovati za nadomestno izpolnitev tožbene terjatve.

Vzajemnost pa je podana, kadar je (ista) oseba v enem razmerju (npr. terja) kot fizična oseba, v drugem (isti osebi dolguje) pa samostojni podjetnik, ki je tudi fizična oseba.

2.2 Likvidnost

Izraz likvidnost terjatve pomeni, da je ta določena in nesporna.¹² Testen opozarja, da OZ (enako kot prej ZOR) med pogoji za pobot ne navaja tudi likvidnosti. Ne glede na to del teorije zahteva, naj bo terjatev (največkrat ni izrecno rečeno, katera) tudi likvidna. Tudi v odločitvah sodišč se zahteva likvidnost. Da morata biti (obe) terjatvi (enako?) likvidni, določa francoski Code civil (paragraf 1291).¹³ ODZ je v paragrafu 1438 zahteval še, da morajo biti terjatve resnične. To naj bi bilo samo po sebi umevno,¹⁴ to (nepotrebno) določbo pa nekateri povezujejo z likvidnostjo.

Zahtevo po likvidnosti je mogoče logično zagovarjati le glede pobotne terjatve: oviro za pobot ima tisti, ki ga uveljavlja. Dolžniku bi težko preprečevali, da za izpolnitev nelikvidne tožbene terjatve žrtvuje svojo likvidno (nesporno in določeno) terjatev. Če to stori s pobotno izjavo izven pravde, je problem nelikvidnosti tožbene terjatve razrešen, saj izvenpravdni pobot praviloma pomeni konkludentno priznanje dolga (obstoja tožbene terjatve).¹⁵ Pri procesnem pobotu bi toženec lahko nelikvidni (torej sporni ali nedoločeni) tožbeni terjatvi nasprotoval in uveljavljal v pobot svojo likvidno pobotno terjatev. V omenjenem procesnem položaju bi toženec lahko vložil eventuelni pobotni ugovor.

Del teorije navaja, naj se likvidnost zahteva le pri izvenpravnem pobotu., medtem ko v pravdi pa ugovor nelikvidnosti ni mogoč. Sodišče mora višino terjatev ugotoviti

9 Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 2/89, 45/89, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 — ZRTVS—B, 83/01 — OZ, 30/02 — ZPlaP, 87/02 — SPZ in 82/15 — odl. US.

10 Sodba in Sklep II Ips 242/1994 z dne 4. 9. 1995.

11 Sodba II Ips 318/2003 z dne 16. 9. 2004.

12 Cigoj, Komentar, stran 1101.

13 Cigoj, prav tam, Komentar, stran 1101.

14 Cigoj, Obligacije, stran 1132.

15 Sodba III Ips 166/2007 z dne 10. 6. 2010.

v dokaznem postopku. Če gre za sporno terjatev, jo je treba najprej dokazati. Če gre za nečisto terjatev, torej terjatev, katere temelj ni sporen, ni pa določena njena višina, je najprej treba doseči njeno likvidnost. Če višine terjatve ni mogoče ugotoviti, pobotanje ni mogoče.¹⁶

Testen meni prav nasprotno in svoje stališče pojasnjuje z razlogi, navedenimi v nadaljevanju. Če sploh, je zahtevo za likvidnost (pobotne terjatve) mogoče logično utemeljiti in izpeljati – odprto ostaja vprašanje, kako (morda z delno sodbo) – le pri procesnem pobotu. Zahteva za likvidnost naj prepreči, da bi se odlagala izpolnitev obstoječih likvidnih (tožbenih) terjatev zaradi razčiščevanja, ali obstaja tudi (nelikvidna) pobotna terjatev. Pri izvenpravnem pobotu uveljavlja toženec ugovor ugasle pravice –, kar je podobno, kot bi navajal, da je tožbeno terjatev plačal. Sodišče se odgovoru na to trditev ne more izogniti, pa naj bo presoja njegove utemeljenosti še tako zapletena: gre za vprašanje, ali tožbena terjatev (še) obstaja ali ne.

Testen pušča odprto vprašanje, ali je po slovenskem pravu za pobot sploh mogoče zahtevati, naj bo(sta) terjatev (terjatvi) tudi likvidni (o tem nekaj v nadaljevanju pri obravnavi možnosti odločitve z delno sodbo). O tem, katera terjatev mora biti – če sploh – tudi likvidna in ali naj pogoj velja pri izvenpravnem ali pri procesnem pobotu, pa je odgovor naslednji: likvidnost je pojmovno mogoče zahtevati samo glede pobotne terjatve, in to samo v primeru procesnega pobota. Takšno logično izpeljavo elegantno povzema opis ureditve pobota v rimskem pravu: „Rimsko pravo, ki je pobot dojemalo predvsem kot procesno možnost, je vrh tega zahtevalo, da je mogoče terjatev, ki jo želimo uveljavljati v pobot, hitro in brez težav ugotoviti in dokazati (t. i. likvidnost terjatve)”.¹⁷

Z vprašanjem likvidnosti se je Vrhovno sodišče že ukvarjalo.¹⁸ V izvenpravnem pobotu naj bi bila nelikvidna pobotna terjatev. Sodišče prve stopnje pobota ni upoštevalo, češ da tožena stranka „ni imela *resnične* terjatve, ki bi jo lahko uveljavljala v pobot“. Sodišče druge stopnje je prvostopenjsko sodbo potrdilo in glede pobotne terjatve izreklo, da njen obstoj „ni izkazan“ ter da „terjatev ni likvidna, saj je sporna“. Vrhovno sodišče je navedlo, da ZOR in OZ pogoja likvidnosti ne določata, v nadaljevanju še, da se je v slovenskem pravnem prostoru uveljavilo Cigojevo stališče, ki je z izrazom nelikvidna terjatev razumel terjatev, ki je sporna ali še ni določena in pa, da pojem nelikvidnosti nima povsem jasno določene vsebine. Sklenilo je, da stališče nižjih sodišč glede na zakonske določbe o obligacijskem (to je izven pravnem) pobotu ni sprejemljivo, v nadaljevanju pa, da je treba v novem sojenju preučiti še drug vidik „spornosti“ pobotne terjatve, ki ga lahko na kratko povzamemo kot problem *iztožljivosti* (šlo je za vprašanje, ali ni pobotna terjatev vključena v sporazum o vprašanjih nasledstva in drugih nasledstvenih vprašanj).

Če povzamemo: tožena stranka je uveljavljala izvenpravdni in („iz razloga procesne previdnosti“) tudi procesni pobot (o usodi tega ugovora glej v nadaljevanju pri *pristojnost*). Prvostopenjsko sodišče veljavnosti izvenpravnega pobota ni priznalo,

¹⁶ Cigoj, Obligacijska, stran 327.

¹⁷ Kranjc, nav. delo, stran 704.

¹⁸ Sklep III Ips 109/2003 z dne 28. 12. 2004, Sklep II Ips 125/2004 z dne 23. 6. 2005.

češ da ni izpolnjen pogoj likvidnosti, ker je terjatev sporna, oziroma ker je tožnica ni priznala. Vrhovno sodišče je opozorilo na to, da ZOR likvidnosti ne določa med pogoji za pobot, da pa sta ga „glede na Cigojevo stališče *pretežno* sprejeli sodna praksa in literatura“, ker izraz likvidnost nima jasno določene vsebine, pa da je treba biti pri njegovi uporabi previden. Iz literature je sodišče povzelo sklep, da bi strogo razumevanje likvidnosti lahko pripeljala do sklepa, da je mogoče samo pobotanje s terjatvijo, ki je ugotovljena s pravnomočno sodbo. V nadaljevanju se je osredotočilo na vprašanje, ali naj bi bila terjatev nelikvidna že zato, ker je tožeča stranka ni priznala. Pravilno opozarja, da je takšno stališče v neposrednem nasprotju z določbo 337. člena ZOR: po tej razlagi bi pri izvenpravnem pobotu ne bi šlo več za enostranski pravni posel.

2.2.1. Likvidnost in delna sodba

Z likvidnostjo je povezano tudi vprašanje, ali se lahko o tožbeni terjatvi, kadar je le odločitev o tej zrela za ralsodbo, odloči z delno sodbo.

Z delno sodbo je mogoče odločiti le o tožbeni, ne pa tudi o pobotni terjatvi. Pobotni ugovor se upošteva šele, če je utemeljen tožbeni zahtevek utemeljen. Vprašanje glede delne sodbe se prav tako zastavlja samo pri procesnem pobotu – Pri izven pravnem, medtem ko se pri izvenpravnem pobotu se z učinkom pravnomočnosti odloča samo o tožbeni terjatvi. Odločitev o (tožbeni) terjatvi ne more biti zrela za razsojo, dokler sodišče ni sposobno odločiti o ugovoru ugasle pravice (toženec ugovarja, da je terjatev plačal). Zato se vprašanje glede delne sodbe lahko zastavlja samo pri procesnem pobotu.

Na prvi pogled se ponuja odgovor, da delna odločitev (samo o tožbeni terjatvi, ki je že pojmovno lahko le ugodilna) ni mogoča, saj odločitev o ugovoru zaradi pobota (manjkajoči del) lahko pomeni prav to, da tožbeni zahtevek ni utemeljen.

Sodna praksa odločanju z delno sodbo ni naklonjena. V eni od odločb je sodišče zavzelo jasno odklonilno stališče do takšne možnosti.¹⁹ Ugotovilo je, da je prvostopenjsko sodišče v izreku ugodilo delu tožbenega zahtevka, obenem pa ni odločilo o obstoju ali neobstoju terjatve, ki je bila uveljavljena zaradi pobota, niti ni odločilo, da pobotni ugovor morda ni dopusten. Zato je upoštevalo pritožbeni očitek, da sodbe sodišča prve stopnje ni mogoče preizkusiti, saj o pobotnem ugovoru nima razlogov (in tudi ne odločitve). Pritožbe tudi ni mogoče šteti kot predlog za izdajo dopolnilne sodbe, s katero naj sodišče odloči (le) še o pobotnem ugovoru, saj je prikazani izrek sodbe prve stopnje mogoč le pod pogojem, da ugovor pobota ni dopusten, ali da terjatev, ki je uveljavljena zaradi pobota, ne obstaja –, torej v določenem obsegu že prejudicira odločitev o pobotnem ugovoru.

V drugem primeru pa je sodišče utemeljilo, da je o obeh „zahtevkih“, to je o tožbenem zahtevku in o pobotnem ugovoru, treba odločiti v okviru ene odločitve.²⁰ Sklicevalo se je na procesno teorijo in navedlo, da je ena odločitev utemeljena s tretjim odstavkom 324. člena ZPP, ki za tak primer predpisuje vsebino izreka sodbe,

¹⁹ Sklep VSL I Cp 496/2005 z dne 31. 8. 2005.

²⁰ Sklep VSM I Cpg 50/2006 z dne 5. 7. 2007.

in tudi tretji s tretjim odstavkom 319. člena ZPP, po katerem postane pravnomočna tudi odločitev o pobotnem ugovoru. Šlo je za primer, ko je prvostopenjsko sodišče sicer pravilno oblikovalo izrek sodbe, v katerem je ugotovilo, da pobotna terjatev ne obstaja. Pritožbeno sodišče je ugotovilo nepravilnost sodbe samo glede te odločitve, razveljavilo pa sodbo v celoti, pri čemer je nakazalo, da pritožbeni očitki glede ugotovitve obstoja tožbene terjatve niso utemeljeni. Omembe vredna je obrazložitev v delu, ki se nanaša na to terjatev. Pritožbeno sodišče je izreklo, da sicer „... sodi, da pritožba ni bila uspešna pri izpodbijanju odločitve v prvem delu zahtevka (to je glede tožbene terjatve), na konkretne pritožbene navedbe v tej zvezi ne bo odgovarjalo, da zadeve ne prejudicira in s tem ne zmanjša postulacijskih in dispozitivnih pravic strank v ponovljenem postopku. Tudi ne bi bilo logično ... ob razveljavitvi odločbe nizati razloge o delni neutemeljenosti pritožbe in pravilnosti sodne odločitve.“ Sodišče v tem primeru očitno ni dopustilo možnosti delne sodbe.

Del teorije se v takih primerih vendarle zavzema za možnost izdaje delne sodbe v takih primerih. Ta je ravno nevarnost, ki je v praksi zelo pogosta, da stranke uveljavljajo v pobot terjatve, katerih ugotavljanje je lahko zelo dolgotrajno in zapleteno (torej nelikvidnost pobotne terjatve). Z možnostjo izdaje delne sodbe naj bi bila uresničena zahteva za uveljavitev pravice do sodnega varstva.²¹ Utemeljitev za takšno stališče je tudi posebna ureditev v nemškem in avstrijskem pravu.

Ob dejstvu, da slovensko pravo takšne posebne ureditve nima, možnost izdaje delne sodbe nekako ostaja nedoločena: kako naj ravna sodišče v nadaljevanju, če tožena stranka ne vloži (nasprotno) tožbe, kaj je z izvršbo ...? Testen ponuja (sam poudarja, da ne do konca domišljeni) razmislek, da bi zakon kot procesni pogoj za uveljavljanje ugovora zaradi pobota določil likvidnost pobotne terjatve – z možnostjo zavrženja ugovora zaradi pobota. Zoper ta sklep pa bi imel toženec možnost pritožbe.

2.2 Vračunavanje

Tudi pri poplačilu terjatev s pobotom gre lahko za primer, ko med strankama obstaja več pobotljivih obveznosti. Če tisto, kar dolжник izpolni, ne zadostuje, da bi se lahko vse poravnale, lahko postane vprašljivo, katere terjatve so s pobotom prenehale. Prvi odstavek 287. člena OZ namreč določa, da se brez dogovora (tega pri pobotu kot enostranski izjavi volje največkrat ni), obveznosti poračunajo (štejejo za izpolnjene) po tistem vrstnem redu, ki ga določi dolжник, najpozneje ob izpolnitvi. V OZ je dvakrat omenjen dolжник, nejasnost pa lahko nastane zato, ker sta pri pobotu obe stranki (tudi) dolžnika. Kdo je torej tisti, ki lahko enostransko odloči, katere od več terjatev se izpolnjujejo s pobotom.? Odgovor na to vprašanje je v sodbi Vrhovnega sodišča.²² Tožena stranka je imela ob podajanju svoje pobotne izjave tudi možnost opredeliti, kateri od več glavnih terjatev ... ugovarja v pobot svoje nasprotno terjatve, vendar pa te možnosti ni izkoristila, zato je sodišče pri vrstnem redu poračunavanja uporabilo pravilo iz 312. člena ZOR (287. OZ). Za razlago, naj kot dolжник v tem primeru velja imetnik pobotne terjatve, se zavzema

²¹ Galič, v Pravdni, 2005–(—)(2009), stran 59.

²² Sodba II Ips 565/1999 z dne 8. 6. 2000.

tudi teorija. Izraz dolžnik v 312. členu ZOR (287. OZ) je treba razumeti kot izvršilca izpolnitvenega ravnanja. V primeru pobotanja pa je izpolnitveno ravnanje „ravljanje izjavitelja pobotne izjave“.²³ Ker lahko stranki pobotata medsebojne obveznosti neodvisno druga od druge, terjatve prenehajo po vrstnem redu, ki je določen v pobotni izjavi, ki je bila prej prejeta.

Stališče, naj za „dolžnika“ pri vračunavanju v primeru pobota velja imetnik pobotne terjatve, je mogoče utemeljiti tudi s tem, da je 312. člen ZOR (287. OZ) mogoče uporabiti le, kadar to, kar *dolžnik* izpolni (v našem primeru torej stavi v pobot), *ne zadostuje*, da bi se lahko poravnale vse (upnikove, to je v tem primeru tožbene) terjatve. Primer, ko bi pri pobotu nastal podoben položaj v zamenjanih vlogah (da bi višina tožbene terjatve ustrezala celotnemu znesku pobotnih terjatev), že pojmovno ni mogoč. S pobotom je namreč mogoče uveljavljati pobotno terjatev *največ* do zneska tožbene terjatve.

3. UVELJAVLJANJE POBOTA

3.1 Materialno pravni pobot

S pobotom prenehata dve istovrstni dospeli vzajemni terjatvi.²⁴ Tako je urejeno prenehanje terjatev po materialnem pravu. Sodišče se z materialnopravnim pobotanjem sreča tudi v pravnem postopku, zato je ta vidik pomemben. Če se stranki že pred začetkom pravnega postopka dogovorita o prenehanju medsebojnih terjatev in obveznosti, vprašanja pobota v postopku ni. Obeh vrst pobotov ni mogoče obravnavati ločeno, ker se običajno v postopku prepletata in je treba ugotoviti, za kakšno vrsto pobotanja gre. To je namreč zelo pomembno za pravilno izdajo odločbe.

Imetnik pobotne terjatve lahko doseže pobot z enostransko izjavo volje, naslovljeno na imetnika terjatve, ki jo kot tožeča stranka uveljavlja v pravnem postopku. Pri izvenpravnem pobotu lahko tožeča stranka ugovarja, da je pobotna terjatev že prej prenehala zaradi njegove pobotne izjave (tožene stranke), s katero je stavil v pobot neko drugo (svojo) terjatev. Ali velja oddajna ali prejemna teorija, v sodni praksi ni odgovora. Testen opozarja na različna stališča teorije do vprašanja, za katero od teorij gre in se sklicuje na razloge, ki so vodili posamezne teoretike pri zavzemanju za to, da gre za prejemno ali oddajno teorijo.²⁵

Izjavo lahko poda imetnik pobotne terjatve tudi v času, ko glede tožbene terjatve že poteka pravda. Zato je bolj primeren izraz kot materialnopravno pobotanje, da gre za izvenpravno pobotanje, in ne morda predpravno pobotanje. Tožena stranka lahko v pravdi uspe z izvenpravnim pobotanjem le, če zatrjuje in dokaže obstoj, višino in dospelost pobotne terjatve ter dejstvo, da je podala pobotno izjavo.

²³ Juhart, O nekaterih, stran 25.

²⁴ 311. člen OZ.

²⁵ Povzeto po Testen, prav tam, Juhart, O nekaterih, stran 25, zagovarja prejemno teorijo-, pri čemer se (prepričljivo) sklicuje na večinsko mnenje, da prejemna teorija velja tudi za vse enostranske izjave volje, v Obligacijski, 2003, stran 395 pa se s sklicevanjem na drugi odstavek 311. člena OZ zavzema za oddajno teorijo. Oddajni teoriji pritrjuje tudi Petrič, nav. delo, stran 22.

Poudariti je treba, da mora sodišče izvenpravdni pobot upoštevati ne glede na to, katera stranka je navedla potrebna pravno odločilna dejstva.²⁶

Zaradi jasnosti tudi v nadaljevanju o materialnopravnem načinu prenehanja dveh terjatev govorimo kot o izvenpravdnem pobotanju.

3.2 Procesni pobot

Sodišče mora odločiti o procesnem pobotnem ugovoru, če tožena stranka nasprotuje tožbenemu zahtevku tožeče stranke s svojo obstoječo, istovrstno in dospeljo terjatvijo. Za razliko od izvenpravnega pobota, se tožeča stranka zoper to toženčevo obrambno sredstvo, ne more braniti tako, da bi zoper pobotno terjatev ponudila svojo protiterjatev in zahtevala, naj se pobotata ti dve terjatvi.²⁷

Procesni pobot je urejen v 319. členu ZPP. Ugovor zaradi pobota je izjava, naslovljena na sodišče. Sodišče mora ugotoviti obstoj obeh terjatev. Bistvenega pomena je dejstvo, da v času sojenja terjatvi še obstajata, kar je pomembno pri presoji učinkov pobota.

V sodni praksi gre za dve obliki uveljavljanja pobotljivih terjatev. V 2. točki prvega odstavka 183. člena ZPP je namreč določeno, da se pobotljiva terjatev lahko uveljavlja tudi z nasprotno tožbo. Predmet obravnave v tem prispevku so različni pravni položaji, ki nastanejo pri vložitvi procesnega pobotnega ugovora kot tistega sredstva, ki ga tožena stranka uporabi kot obrambno sredstvo proti terjatvi tožeče stranke.

V nadaljevanju opozarjamo tudi, kako obravnavati položaj, ko tožena stranka v isti vlogi poda nasprotno tožbo in hkrati uveljavlja ugovor zaradi pobota.²⁸ Če sta vloženi tožba in nasprotna tožba je bilo v sodni praksi zavzeto stališče, da gre za dve samostojni dajatveni tožbi glede terjatev, ki bi se sicer lahko pobotali. Ali bo do pobotanja dejansko prišlo, je odvisno od ravnanja strank po koncu pravnega postopka. Nižji sodišči bi zato ravnali napačno, če bi zavrnili zahtevek do višine pobotanja in tožbi ugodili le za preostanek terjatve.

3.3 Eventualnost izvenpravnega in procesnega pobota

Pobotna izjava in ugovor zaradi pobota sta obrambni sredstvi. Med obema je bistvena razlika, ki ji je treba nameniti ustrezno pozornost.

Izvenpravdni pobot se lahko uveljavlja le brezpogojno in hkrati pomeni konkludentno priznanje obstoja tožbene terjatve.²⁹ V postopkih večkrat pride do položaja, ko se tožena stranka v pravdi sklicuje na to, da je prišlo do izvenpravnega pobota, in

26 Triva, nav. delo, stran 351, nasploh o tem, da ni pomembno, katera stranka je navedla pravotvorna dejstva.

27 Triva, prav tam, stran 353: tožnikov odgovor ni dovoljen. Zakon ga ne predvideva, tudi teoretično ga ni mogoče utemeljiti.

28 Sodba in sklep II Ips 726/2008 dne 25. 9. 2008.

29 Sodba III Ips 166/2007 z dne 10. 6. 2010. S tem je bilo pretrgano zastaranje tožbene terjatve, in to ne glede na to, da se je v pravdi izkazalo, da pobotna terjatev ne obstaja!

hkrati nasprotuje tožbeni terjatvi s trditvami, da tožbena terjatev sploh ni nastala ali da je ugasnila na drug način, na primer s plačilom. Trditve o uveljavljanju izvenpravnega pobota se izključujejo s trditvami o nenastanku ali prenehanju tožbene terjatve. Zato sodišče v postopku upošteva konkludentno priznanje obstoja tožbene terjatve.

Pri procesnem pobotu so v praksi najpogostejši primeri, ko tožena stranka primarno uveljavlja druge materialnopravne ugovore. Poleg teh ponudi v pobot tudi svojo pobotno terjatev. Zlasti zato tožbeni terjatvi nasprotuje. Le, če sodišče ugotovi, da tožbena terjatev obstaja, je pripravljena za zavrnitev tožbenega zahtevka žrtvovati svojo pobotno terjatev. Eventualnost pobota torej v postopku ni vedno jasno izražena, ampak izhaja iz drugih njenih trditev. Sodišče mora najprej odločiti o materialnopravnih ugovorih in šele, če bo ugotovilo, da ti niso utemeljeni, presoja utemeljenost ugovora zaradi pobota. V praksi se pogosto zgodi, da tožena stranka izrecno eventualnosti svojega pobotnega ugovora ne navaja. Ne glede na opisano ravnanje tožene stranke je treba vseeno takšen ugovor zaradi pobota obravnavati tudi vsebinsko.

3.4 Hkratnost izvenpravnega in procesnega pobota

Tožena stranka lahko pobotno terjatev uveljavlja z izvenpravnim in s procesnim pobotom.³⁰ Teorija navedenega stališča iz sodne prakse ne podpira. Toženec se namreč ne bi smel hkrati sklicevati na izvenpravn in procesni pobot. Uveljavljanje (pobotne) terjatve *zaradi* pobota naj bi bilo namreč mogoče le pod pogojem, da obe terjatvi še obstajata.³¹ Takšno stališče po Testenovem mnenju ne upošteva, da se procesni pobot (celo najpogostejše) uveljavlja kot morebitni pobot: toženec izhodiščno „ne sprejema“ teze, da obe terjatvi še obstajata, ker uveljavlja, da sta prenehali z izvenpravnim pobotom. Procesni pobot uveljavlja le, če „sodišče sprejme“ tezo, da obe terjatvi še obstajata, ker do izvenpravnega pobota ni prišlo. Tako je kopičenje obeh ugovorov razumelo Vrhovno sodišče, ko je izreklo, da je „glede na naravi obeh ugovorov ... jasno, da je najprej treba odločiti o ugovoru pred pravnega pobota.“³²

Odgovor na to vprašanje je odvisen tudi od tega ali se izvenpravn in procesni pobot razlikujeta glede učinkov. Največkrat ima toženec primarni interes, da uveljavi izvenpravn pobot. Zaradi učinkov prekluzije lahko iz previdnosti uveljavlja (še) procesni pobot. Če toženec prepozno poda pobotno izjavo, je lahko prekludiran. Ugovor zaradi pobota, če pravočasno navede vsa za vložitev ugovora zaradi pobota pravno odločilna dejstva, pa lahko poda ves čas postopka na prvi stopnji.

30 Na primer Sodba III Ips 166/2007 z dne 10. 6. 2010, Sklep II Ips 125/2004 z dne 23. 6. 2005, tožena stranka je uveljavljala procesni pobot (še) „iz tako imenovane procesne previdnosti“.

31 Triva, prav tam, stran 436. Enako Petrič, prav tam, stran 22.

32 Sklep II Ips 125/2004 z dne 23. 6. 2005.

4. UČINKI

4.1 Izvenpravdni pobot

Izvenpravdni pobot je treba uveljavljati s pobotno izjavo imetnika pobotne terjatve. Pobot nastane takrat, ko so se stekli pogoji zanj (drugi odstavek 312. člena OZ). Teorija to pravilo označuje kot *ex tunc* učinkovanje pobotne izjave *ex tunc*. S tem dnem sta prenehali obe obveznosti (do zneska nižje terjatve). Čas, kdaj sta prenehali terjatvi, je pomemben zaradi teka zamudnih obresti, lahko tudi glede preračuna višine denarnih terjatev, ki se ovrednotijo. Tedaj se ovrednotenje opravi za obdobje do *izpolnitve* terjatve,³³ in nastali pobot je treba šteti za izpolnitev obeh terjatev (za pobotani znesek).

V sodni praksi je bilo že treba odgovoriti na vprašanje, ali je mogoče staviti v pobot terjatev, ki je v času pobotne izjave oziroma ugovora zaradi pobota že zastarana. Po 314. členu OZ, ki nesporno velja le pri izvenpravdnem pobotu in po katerem se dolg lahko pobota z zastarano terjatvijo, če takrat, ko so stekli pogoji za pobot, še ni bila zastarana, namreč pomeni izpeljavo pravila o učinku *ex tunc* učinku. Razlagati ga je treba smiselno v povezavi z drugim odstavkom 312. člena OZ.

Z ugovorom zaradi pobota naj bi bilo mogoče uveljavljati le terjatve, ki ob vložitvi ugovora še niso zastarane. Takšno stališče naj bi bilo teoretično doslednejše.³⁴

4.2 Procesni pobot

V starejši pravni teoriji³⁵ in sodni praksi³⁶ je bilo zavzeto stališče, da se (tudi) pri procesnem pobotu upošteva *ex tunc* učinek pobotnega ugovora *ex tunc*. Vrhovno sodišče je zavzelo drugačno stališče.³⁷ V glavnih razlogih je zapisalo, da je sodišče prve stopnje opravilo procesni pobot, vendar vsebinsko kot materialnopravno pobotanje, torej tako, da so terjatve prenehale takrat, ko so si stopile nasproti (337. člen ZOR). Do razlike med procesnim in materialnopravnim pobotanjem „... bi zato lahko prišlo prav zaradi obresti, saj bi ob pravilno izpeljanem procesnem pobotanju terjatvi prenehali šele s sodbo. To bi pomenilo, da obresti tečejo vse do tedaj“.

V drugi zadevi³⁸ je VS RS razložilo, da pri procesnem pobotu nastane pobot s sodbo, vendar se tudi v tem primeru v skladu z drugim odstavkom 337. člena ZOR šteje, da posledice pobota učinkujejo za nazaj, ko so se stekli pogoji zanj, kar praviloma pomeni dan zapadlosti poznejše obveznosti.

Novejša teorija zagovarja drugačno stališče. Tisti, ki se zavzemajo, naj tudi pri procesnem pobotu izrečeni pobot učinkuje *ex tunc*, naj bi prezrli, da gre pri

33 Drugi odstavek 372. člena OZ.

34 Wedam Lukič, nav. delo, stran 160.

35 Cigoj, Komentar, stran 1104

36 Številne odločitve Vrhovnega sodišča –, izrecno tudi v zvezi z vprašanjem zastaranja - navaja Wedam, Pravdni, 2005-(2009), stran 160, op. 496.

37 Sklep Cp 14/2006 dne 30. 11. 2006.

38 Sklep II Ips 922/2008 z dne 27. 11. 2008.

procesnem pobotu za poseben način uveljavljanja nasprotnega zahtevka, o obstoju katerega mora sodišče odločiti v izreku sodbe.³⁹

Višje sodišče v Ljubljani je v sodbi najprej opozorilo na dosedanje prevladujočo sodno prakso, da se tudi pri procesnem pobotu terjatvi pobotata na dan, ko sta se srečali.⁴⁰ Nato pa je navedlo razloge za drugačno stališče, ki so v kratkem povzetku naslednji: a) dosledna izpeljava v prevladujoči teoriji in praksi sprejetega stališča o procesni naravi ugovora zaradi pobota; b) zahteva ZPP, da mora izrek sodbe pri procesnem pobotu (z učinkom pravnomočnosti) vsebovati odločitev o (ne)obstoju (tožbene in) pobotne terjatve, kar pa ne bi bilo mogoče, če naj bi terjatvi ob izrečenem pobotu prenehali že pred trenutkom, ki opredeljuje časovne meje pravnomočnosti; c) konstitutivne sodne odločbe lahko učinkujejo le za naprej; d) okoliščina, da po drugem odstavku 367. člena OZ pobotni ugovor pretrga zastaranje (torej pobotne terjatve) –, kajti če naj bi imel procesni pobot enake učinke kot izvenpravdni pobot, bi bila določba glede na 314. člen OZ nelogična: (tudi) v procesni pobot bi se lahko stavile celo terjatve, ki so zastarale že pred začetkom pravde, ugodnost, ki jo pomeni pretrganje, bi bila za toženca brez pomena.

Testen zoper navedeno stališče izraža pomisleke. Pri tem opozarja na prvi odstavek 312. člena OZ, ki določa, da pobot *nastane* šele s pobotno izjavo. Drugi odstavek določa le *fikcijo*, da se *šteje*, da je pobot nastal že, ko so se stekli (drugi) pogoji zanj. Zakaj bi se kljub temu, da procesni pobot *nastane* šele s pravnomočnostjo konstitutivne sodbe, s katero ga sodišče izreče, tudi pri procesnem pobotu ne moglo *štet*, da je nastal že takrat, ko so se stekli pogoji zanj. Takšna razlaga, ki je prevladovala v dosednji sodni praksi, ni povzročala nejasnosti ali težav v izpeljavi. Pri tem se sprašuje, ali je samo doktrinarna zvestoba procesni teoriji, doktrinarno upoštevanje procesne teorije brez tehtanja vseh učinkov, ki jih ima institut pobota, dovolj za uveljavitev nove razlage.

V sodni praksi stališča o učinkih procesnega pobotanja *ex tunc* ali *ex nunc* še vedno niso enotna. Višje sodišče v Celju⁴¹ se je sklicevalo na stališča pravne doktrine,⁴² da nastopi pravdo pobotanje z učinkom *ex nunc*, torej da terjatvi prenehata šele, ko ju sodišče pobota. Višje sodišče v Ljubljani je zavzelo nasprotno stališče, in sicer,⁴³ da pri procesnem pobotanju pobot nastane s sodbo, torej odločbo o obstoju v pobot uveljavljene terjatve. Kljub temu se šteje, da posledice pobota učinkujejo za nazaj, takrat, ko so se stekli pogoji zanj. Višje sodišče v Ljubljani je v navedeni odločbi opozorilo na odločbe, kjer so bila zavzeta drugačna stališča, in tiste, kjer je bilo odločeno enako kot v konkretni odločbi.

Spor med materialno in civilnopravno doktrino namreč izvira še iz Občega državlanskega zakonika (ODZ). Zato ni odveč opozoriti, da je teorija o procesnem pobotanju nastala na podlagi paragrafa 1440 ODZ,⁴⁴ ki je kot enega od pogojev za pobot navajal tudi določnost (likvidnost v pomenu ugotovljenosti) terjatve. Ker

39 Wedam Lukič, prav tam, stran 160.

40 Sodba VSL II Cp 3800/2010 z dne 9. 3. 2011.

41 Sodba VSC Cpg 359/2014 z dne 4. 2. 2015.

42 Wedam Lukič, prav tam, stran 160.

43 Sodba VSL II Cpg 20185/2014 z dne 10. 3. 2015.

44 Enako ni mogoče med seboj pobotati terjatev, ki se tičejo ne enakovrstnih glede neenakovrstnih ali določnih in nedoločnih stvari.

torej ob uporabi ODZ sporne terjatve ni bilo mogoče pobotati, dokler ni bila sodno ugotovljena, je imela sodna odločba res konstitutivni učinek, ker so pogoji za pobot izpolnjeni šele z izdajo odločbe. Ker OZ tega dodatnega pogoja ne predpisuje (ni ga predpisoval niti ZOR), od uveljavitve OZ procesne teorije ni več mogoče zagovarjati in se zato uporablja materialno pravna teorija.⁴⁵

V razmislek pri odločanju o procesnih ugovorih bi bilo treba znova pretehtati stališča starejše literature in sodne prakse, kjer omenjena dilema učinkov procesnega pobotanja ni bila izpostavljena ter, in Testenovo argumentacijo o pravilnejši uporabi utemeljitev pravilnejše uporabe učinkov *ex tunc* učinkov tudi pri procesnem pobotanju. Sama se pridružujem njegovi utemeljitvi in opozorilu na pravilno razumevanje prvega in drugega odstavka 312. člena OZ.

5. PROCESNI POGOJI (OVIRE) ZA UVELJAVLJANJE PROCESNEGA POBOTA

5.1 Splošno, način odločitve –, procesni pobot

Če tožnik umakne tožbo ali je njegova tožba zavržena, postane ugovor zaradi pobota brezpredmeten. Sodišče o ugovoru ne odloči, ni mu ga treba omenjati niti v obrazložitvi.

Procesne pogoje že pojmovno lahko obravnavamo samo v zvezi z ugovorom *zaradi* pobota (torej pri procesnem pobotu). Če procesne procesni pogoji niso izpolnjeni, mora sodišče ugovor zaradi pobota formalno - v izreku zavreči in mu v tožbenemu zahtevku (če ni neutemeljen iz drugih razlogov) ugoditi. Pomanjkljiva je obrazložitev, da ugovor zaradi pobota iz razlogov po ZPP ni dopusten. Sodišče pa pri pomanjkanju procesnih pogojev ugovora zaradi pobota ne sme vsebinsko obravnavati in zato se izrek odločbe ne sme glasiti, da se ugovor zaradi pobota zavrne.

5.2 Litispendenca

Izvenpravdni pobot ne more povzročiti procesne ovire kot, kakršna je litispendenca. O takšni terjatvi, ki je stranka ne uveljavlja kot svoje obstoječe terjatve, ampak z njo le zanika obstoj terjatve nasprotne stranke, sodišče ne odloča v izreku. Sodišče ugotovi le, da so se stekli pogoji za pobot in odloči (le) o terjatvi tožeče stranke. Zato v takšnem primeru ni mogoče govoriti, da med strankama poteka pravda o istem zahtevku, kar je poleg prvega pogoja, da gre za istovetnost pravnih strank, pogoj za litispendenco.⁴⁶

Uveljavljanje procesnega ugovora zaradi (tudi morebitnega) pobota povzroči litispendenco. Vrhovno sodišče⁴⁷ in Galič⁴⁸ opozarjata na možen pomislek, ker ugovor zaradi pobota ne zagotavlja, da bo o pobotni terjatvi tudi odločeno. Glede

⁴⁵ Plavšak, nav. delo, stran 2, neobjavljeno.

⁴⁶ Sklep VSK Cpg 333/2015 z dne 18. 2. 2010 (šlo je za pobot po samem zakonu ob začetku stečajnega postopka).

⁴⁷ Sodba in sklep VIII Ips 236/99 z dne 15. 2. 2000.

⁴⁸ Galič, Pravdni, 2010, stran 220, enako Galič, ugovor.

zastaranja pa je treba smiselno uporabiti določbo 367. člena OZ: neodločitev o pobotni terjatvi naj ima enako posledico kot zavrženje tožbe iz razloga, ki se ne nanaša na zadevo.

Dokler je ugovor zaradi pobota pendenten, ni mogoče o isti (pobotni) terjatvi začeti nove pravde. To pomeni, da stranka, ki je vložila pobotni ugovor, ne more plačila iste terjatve zahtevati s tožbo (ali nasprotno tožbo). Lahko pride tudi do obrnjenega procesnega položaja. Če poteka o (pobotni) terjatvi pravda, je ni mogoče ugovarjati v pobot v drugi pravdi. Navedeno pomeni, da dokler je ugovor zaradi pobota pendenten, iste (pobotne) terjatve ni mogoče ugovarjati zaradi pobota v drugi pravdi.

Zelo zanimivo stališče o umiku ugovora zaradi pobotanja, hkratni vložitvi nasprotne tožbe in pretrganju zastaranja je bilo oblikovano v sodbi Višjega sodišča v Ljubljani.⁴⁹ V primeru že prej uveljavljanega pobotnega ugovora ni mogoče pozneje vložiti še nasprotne tožbe za isto terjatev, ker gre po procesni teoriji,⁵⁰ pa tudi sodni praksi, za litispendenco, torej za uveljavljanje istega zahtevka na dva različna procesna načina. Tožena stranka pa je ravnala tako, da je hkrati umaknila pobotni ugovor in vložila glede iste terjatve nasprotno tožbo. Sodišče je razložilo, da vsebina zahtevka tožene stranke z nadomestitvijo pobotnega ugovora z nasprotno tožbo, ni bila spremenjena. Čim pa je tako, to pomeni, da z vložitvijo in dovolitvijo nasprotne tožbe izrecno hkrati umaknjeni pobotni ugovor (ker je bil nadomeščen z nasprotno tožbo,) ne more imeti učinkov na materialno pravnem področju.

Pobotni ugovor ima glede zastaranja enake učinke kot tožba. Pri vložitvi nasprotne tožbe gre le za procesno preoblikovanje istega zahtevka v procesnem smislu in smiselno ob vložitvi nasprotne tožbe umaknjeni pobotni ugovor nima učinka umika tožbe.

5.3 *Res iudicata* (izvenpravdni in procesni pobot)

Po procesni teoriji bi lahko sklepali, da je pobotno terjatev, ki je že pravnomočno ugotovljena, mogoče uveljavljati le izvenpravdnim pobotom, ki ne more biti eventualen. Judikatne terjatve pa po procesni teoriji ni mogoče uveljavljati tudi s procesnim pobotom. Vendar ni tako. Stranka ima lahko interes, da judikatne terjatve ne žrtvuje brezpogojno kot obrambo zoper tožbeno terjatev. Zoper tožbeno terjatev ima lahko druge ugovore. Zato je dopusten procesni pobot z judikatno pobotno terjatvijo. Vrhovno sodišče je razložilo, da je mogoče s procesnim ugovorom zaradi pobotanja uveljavljati tudi terjatev, o kateri je bilo že pravnomočno odločeno.⁵¹ Kljub temu, da je bila ena in ista terjatev med istima strankama v enem postopku uveljavljana s tožbo, jo je mogoče v drugem postopku (kot nasprotno terjatev) uveljavljati z ugovorom zaradi pobotanja, če (še vedno) obstaja in ni pobotana

49 Sodba VSL I Cpg 680/2002 z dne 8. 6. 2005.

50 Juhart, nav. delo, stran 297.

51 Sklep III Ips 99/2013 z dne 11. 3. 2014 (enako v VSL sodba II Cpg 2085/2014 z dne 10. 3. 2015). Vrhovno sodišče se je v navedenem sklepu ukvarjalo tudi s pobotanjem v stečajnem postopku. Zavzelo je stališče, da pri pobotanju po samem zakonu, sodišče ne odloči o obstoju ali neobstoju nasprotne (v pobot uveljavljane) terjatve, niti ne izreče pobota. Zato upnik svoje terjatve, ki je prenehala zaradi pobota, ne prijavi v stečajnem postopku (261. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju).

(oziroma kolikor ni bila pobotana). Sodišče v izreku (glej 9. točko 9. primerov) ugotovi obstoj tožbene terjatve in brez ugotovitve obstoja (judikatne) pobotne terjatve kar opravi pobot in izreče (delno) zavrnitev tožbenega zahtevka. Obstoj pobotne terjatve obravnava le v obrazložitvi. Višje sodišče v Ljubljani je glede uveljavljanja judikatne terjatve v pobot zavzelo stališče,⁵² da je upniku judikatne terjatve treba dopustiti, da njeno izvedbo doseže z morebitnim ugovorom pobota v pravi takega dolžnika proti njemu. V tem primeru se sicer v pobot stavljen terjatev ne ugotavlja, pač pa se pobotanje samo izvede. Obstoj judikatne terjatve ni ovira za uveljavljanje procesnega pobotanja. Zato ugovora judikatne pobotne terjatve ni treba v izreku odločbe ni treba zavreči.⁵³

5.4 Stvarna in krajevna pristojnost, vrsta postopka

V zadevi, o kateri je odločilo Vrhovno sodišče,⁵⁴ okrajno sodišče o procesnem pobotu ni odločilo, češ da za to ni pristojno, ker gre za terjatev iz delovnega razmerja. Drugostopenjsko sodišče pa je sprejelo stališče, da zaradi delovnopравnih značilnosti pobotne terjatve pravno sodišče ni smelo ugotavljati niti pogojev za izvenpravdni pobot. Vrhovno sodišče je izreklo, da morebitna različna stvarna pristojnost ni nobena ovira za izvenpravdni pobot.

Drugače bi bilo lahko pri procesnem pobotu, če bi procesni zakon določal pogoj iste stvarne pristojnosti sodišča za vloževanje in za v pobot ugovarjano terjatev. Vendar ZPP pri določbah o procesnem pobotu tega ne določa. Takšno določbo ima drugi odstavek 183. člena ZPP za nasprotno tožbo. Gre torej za izjemo, zato njeno razširjanje na ugovor procesnega pobota ni pravilno. Ugovor procesnega pobota je obrambno procesno dejanje toženca, ki bi mu bilo z razširitvijo omejitve iz drugega instituta na procesni pobot, onemogočeno.

Zato morebitna drugačna stvarna pristojnost sodišč za odločanje o tožnični terjatvi in toženčevi terjatvi ni pravno odločilna. Iz te odločitve je razvidno stališče, da različna stvarna in krajevna pristojnost za odločanje o tožbeni in pobotni terjatvi ter različna vrsta postopka niso ovira za ugovor zaradi pobota.

Sporno ostaja, ali se v pobot lahko stavi terjatev, ko za odločanje o njej ni sodne pristojnosti. Če je o terjatvi v drugem (upravnem) postopku pravnomočno odločeno, ni videti razloga, da je toženec ne bi mogel staviti v pobot.

Pač pa je procesna ovira za ugovor zaradi pobota pomanjkanje mednarodne pristojnosti ali sklenjeni arbitražni dogovor.

V zadevi, kjer je Vrhovno sodišče odločalo o predlogu za dopustitev revizije,⁵⁵ je predlagatelj kot pomembno navajal tudi pravno vprašanje, ali lahko sodišče pobota terjatev tožeče stranke iz delovnopравnega razmerja z drugimi terjatvami toženke, četudi tožeča stranka ni dala soglasja za pobot. Vrhovno sodišče revizije glede

⁵² 7. 2014.

⁵³ Drugačno stališče je bilo zavzeto v Sodbi in sklepu VSL II Cp 181/2011 z dne 8. 3. 2011 in I Cpg 1449/2015 z dne 2. 3. 2016.

⁵⁴ Sklep II Ips 125/2004 z dne 23. 6. 2005.

⁵⁵ Sklep II DoR 408/2001 dne 23. 2. 2012.

tega vprašanja ni dopustilo.⁵⁶ Takšne odločitve tudi ni utemeljilo (kar je v skladu z drugim odstavkom 367. c člena ZPP), značilno pa je, da je obrazložilo zavrnitev predloga glede vseh drugih pravnih vprašanj, ki jih je oblikoval predlagatelj.

5.5 Določenost ugovora zaradi pobota

Vrhovno sodišče je oblikovalo stališče,⁵⁷ da mora biti ugovor zaradi pobota opredeljen. Sklicevalo se je na smiselno uporabo 186. člena tedaj veljavnega ZPP, ki je (enako kot zdaj 180. člen ZPP) določal obvezne sestavine tožbe. Navedlo je, da nedoločnost ugovora zaradi pobota onemogoča preizkus obstoja pogojev, potrebnih za njegovo uspešnost, zato sodišču o takšnem ugovoru ni bilo treba odločiti. Stališče je sporno, če bi ga razumeli tako, da sodišče takšen – nepopolni – ugovor zaradi pobota lahko kar prezre. Sodišče mora v obrazložitvi utemeljiti, zakaj takšnega ugovora ni vsebinsko obravnavalo. Še več, izpeljava smiselne uporabe 186. člena ZPP zahteva, da sodišče – tako kot sicer, kadar za ugovor zaradi pobota niso izpolnjene procesne predpostavke – izpolnjeni procesni pogoji – v izreku takšen ugovor *zavrže*. Ob sklicevanju na smiselno uporabo določb o obveznih sestavinah tožbe se lahko zastavlja tudi vprašanje o dolžnosti sodišča glede materialnega procesnega vodstva ali morda celo dolžnosti sodišča, da od toženca zahteva popravopopravek oziroma dopolnitev ugovora.

Vprašanje določ(e)nosti ugovora se je zastavilo v eni od zadev, o katerih je odločalo Vrhovno sodišče.⁵⁸ Tožena stranka je v postopku iste pobotne terjatve uveljavljala kot izvenpravdni in kot procesni pobot. Drugostopenjsko sodišče je potrdilo sodbo, s katero je sodišče prve stopnje ugodilo tožbenemu zahtevku, potem ko je ugotovilo, da tožbena terjatev z izvenpravnim pobotom ni prenehala, glede ugovora zaradi pobota pa je odločilo, da pobotna terjatev tožene stranke ne obstaja. Obakrat zato, ker tožena stranka v pobotni izjavi, in tudi pozneje v ugovoru zaradi pobota, ni opredelila, katere (od sicer nesporno obstoječih) terjatve stavi v pobot. Šlo je za primer, ko je tožena stranka s cesijo pridobila več manjših terjatev deviznih varčevalcev do tožeče stranke (banke). Ni bilo spora, da skupna višina glavnice pobotnih terjatev (z različnimi zapadlostmi in tudi v različnih valutah) nekajkrat presega višino tožbene terjatve. Seštevek teh terjatev je tožena stranka uveljavljala v pobot brez specifikacije kot eno(tno) terjatev. Revizijsko sodišče je pritrdilo stališču sodišč, da na ta način ni bil mogoč izvenpravdni pobot, saj tožena stranka ni povedala, katere terjatve stavi v pobot. Določene težave pa je videlo v odločitvi o procesnem pobotu: ni bilo sporno, da tožeča stranka toženi dolguje skupaj (protivrednost) 310.000.000,00 DEM, sodišče pa je pravnomočno ugotovilo, da pobotna terjatev v tem znesku ne obstaja. V obrazložitvi je Vrhovno sodišče zato opozorilo, da se „...“ ... ugotovitev, da ne obstaja v pobot uveljavljana terjatev ne nanaša na obstoj morebitnih posameznih terjatev ...“, katerih vsota predstavlja protivrednost navedenega zneska. In še., in da o (ne)obstoju posameznih terjatev v tem postopku ni bilo odločeno. Taka odločitev podpira tezo, da bi moralo sodišče

56 V ozadju ni le problem vrste postopka, ampak (vsaj za del) lahko tudi pobotljivosti (1. točka prvega odstavka 316. člena OZ).

57 Sodba VIII Ips 86/1999 z dne 31. 8. 1999. Enako stališče je zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani v novejši sodni praksi (Sodba VSL II Cpg 3/2016 z dne 1. 2. 2016). Ugovora sodišči nista zavrgli, niti se nista ukvarjali z vprašanjem materialno procesnega vodstva.

58 Sodba III Ips 166/2007 dne 10. 6. 2010.

nedoločeni ugovor zaradi pobota zavreči, ne pa, da na podlagi takšnega ugovora meritorno ugotovi, da pobotna terjatev ne obstaja.

Vrhovno sodišče je obravnavalo tudi vprašanje, koliko določna mora biti pobotna izjava (dana izven pravde).⁵⁹ Šlo je za primer, ko je tožena stranka (da bi se izognila sili) plačala obveznost tožeče stranke. Pred pravdo je tožena stranka tožeči stranki, ko je ta zahtevala izpolnitev svoje sicer nesporne (pozneje tožbene) terjatve, v dopisu „predlagala“, naj se znesek, ki ga je morala plačati zanjo, „upoštevava pri plačilu terjatve“. Sodišče je štelo, da je s takšno izjavo tožena stranka dovolj jasno izjavila svojo „pobotno voljo“, zaradi česar je terjatev tožeče stranke po 336. in 337. členu ZOR ugasnila že pred pravdo.

V drugi zadevi je Vrhovno sodišče odločilo, da toženčeve trditve, da je tožeči stranki izstavil račun za škodo, ki naj bi mu jo bila povzročila tožeča stranka, ta pa da računa ni nikoli plačala, ne morejo škodo za ugovor zaradi pobota, izdaje in pošiljanja računa pa tudi ne za pobotno izjavo.⁶⁰

5.6 Prekluzija

5.6.1 Izvenpravdno pobotanje

Pri izvenpravdnem pobotu gre za (materialnopravni) ugovor ugasle pravice. Pobotna izjava je eno izmed dejstev, ki ga je treba pravočasno navesti. Toženec lahko šele med pravdo ali pa „izven“ nje na tožnika naslovi pobotno izjavo. Takšna izjava je novonastalo dejstvo, za taka pa velja, da jih (brez krivde) ni bilo mogoče navesti, dokler niso nastala. Vendar najbrž tudi za to „dejstvo“, tako kot za druga, če je njihov nastanek odvisen od volje tistega, ki se nanj sklicuje, velja, da (pre) pozna uveljavitev pobota stranke ne razbremeni posledic prekluzije. Po drugi strani pa bo za dejstva, ki so izvirno *nastala* po prvem naroku (npr. dospelost) veljalo, velja da jih toženec brez svoje krivde ni mogel navajati prej.

5.6.2 Procesno pobotanje

Toženec lahko poda ugovor zaradi procesnega pobota tudi po prvem naroku za glavno obravnavo, če je pravočasno navedel dejstva in ponudil dokaze, ki so podlaga za odločitev o obstoju, vrsti, višini in dospelosti pobotne terjatve. Višje sodišče v Ljubljani je odločilo,⁶¹ da je pobotni ugovor (v pravdi) mogoče uveljaviti do konca glavne obravnave, vendar pa na podlagi pravočasno –, tj. do prvega naroka za glavno obravnavo, uveljavljanjih pravotvornih trditev in ponujenih dokazov. Če toženec ustreznih navedb ne poda pravočasno in ne izkaže opravičenih razlogov za zamudo, je poznejši pobotni ugovor nesklepčen, kar terjaja ugotovitev o neobstoju pobotne terjatve, in ne zavrženje pobotnega ugovora – v napačno zavrženje pa v tem primeru pritožbeno sodišče ni poseglo zaradi prepovedi reformacije *in peius*.

⁵⁹ Sodba II Ips 26/2003 z dne 29.1.2004.

⁶⁰ Sodba II Ips 318/2003 z dne 16. 9. 2004.

⁶¹ Sodba in sklep VSL II Cp 181/2011 z dne 8. 3. 2011.

5.7 Pobotljivost

5.7.1 Izvenpravdno pobotanje

OZ v 316. členu določa primere, ko je pobot (terjatev z lastnostmi iz 311. člena) izključen (pobotljivost).

V primeru ugovora izvenpravnega pobota nepobotljivih terjatev sodišče tožbenemu zahtevku ugotovi, v obrazložitvi pa navede, zakaj terjatvi s pobotom nista prenehali.

Podobno mora sodišče odločati sodišče tudi, ko izvenpravnega pobota ne boni mogoče upoštevati ali pa opraviti pravnega pobota z obstoječo pobotno terjatvijo zaradi pomanjkanja kakšnega drugega materialnopravnega pogoja za veljavnost pobota (npr. dospelosti, morda tudi istovrstnosti). Tudi v tem primeru mora sodišče izrek oblikovati tako, da ne pride do pravnomočne ugotovitve, da pobotna terjatev ne obstaja.

OZ v 316. členu določa, da ... ne pobotljive *terjatve* ne morejo prenehati s pobotom. Ker ob pobotu prenehata obe terjatvi, bi na podlagi dobesedne razlage lahko sklepali, da pobot ni mogoč, ne glede na to, ali je nepobotljiva tožbena terjatev ali pobotna terjatev. Vrhovno sodišče je sprejelo načelno pravno mnenje,⁶² da določba (tedaj 341. člena ZOR, enaka v 316. členu OZ) ne preprečuje upniku nepobotljive pobotne (sodišče jo je imenovalo močnejša – privilegirana) terjatve, da jo on *uveljavi* v pobot. Iz načelnega pravnega mnenja nadalje izhaja, da se lahko pobota takšna tožbena terjatev tudi, če njen imetnik *privoli* v njeno prenehanje na podlagi pobotne izjave ali ugovora zaradi pobota druge stranke.

5.7.2 Procesno pobotanje

Pobotljivost ni procesni pogoj, sodišče naj v primeru nepobotljivosti tožbeni terjatvi ugotovi, ugovor zaradi procesnega pobota pa *zavrne*. Ni dovolj, da to stori v obrazložitvi. Če torej niso izpolnjeni pogoji za pobot (nepobotljivost, nedospelost, odsotnost istovrstnosti), se ugovor zaradi pobota *zavrne*. Zavrnitev ugovora zaradi pobota pa ne pomeni sodne ugotovitve, da pobotna terjatev ne obstaja. Zato zavrnitev pobotnega ugovora ne pomeni, da je bilo o tej terjatvi pravnomočno odločeno.

Če ni podana vzajemnost, ker terjatev tožene stranke do *tožeče stranke* ne obstaja, ni ovir, da sodišče to pravnomočno ugotovi. Izrek vsebuje ugotovitveni del, da terjatev, ki je uveljavljena zaradi pobota, ne obstaja.

6. POGODBA O POBOTU

Izvenpravdni pobot nastane na podlagi pobotne izjave imetnika pobotne terjatve. Gre za enostransko izjavo volje. Nobene ovire ni, da bi se – tudi v primeru, ko se stečejo pogoji za pobot – stranki ne dogovorili, da njune medsebojne terjatve

⁶² Načelno pravno mnenje, občna seja VSS, 14. 12. 1995, Pravna mnenja VSS 2/95, stran 5.

prenehajo „s pobotom“. Na ta način se lahko izogneta težavam, ki bi v poznejšem sporu morda nastale zaradi nelikvidnosti terjatev. Stranki se lahko dogovorita tudi za drugačne posledice opravljenega pobota. V zadevi,⁶³ kjer sta stranki podpisali „listino o pobotu“ (od podpisa prve do podpisa druge je preteklo pet let in pol), je nastal spor, kdaj so pobotane obveznosti ugasnile, sodišče pa se je oprlo na ugotovljeno pogodbeno voljo strank, naj obveznosti ugasnejo (že) z dnem, ko je listino podpisala prva pogodbeni stranka (in ne morda z dnem, ko so se stekli pogoji za pobot – če je sploh šlo za terjatve, ki so bile pobotljive v skladu s pogoji iz ZOR – to, kar pa iz sodbe ni razvidno). Sodna praksa se je srečala tudi s „pogodbami o pobotu“, ko sta se stranki dogovorili, naj s pobotom prenehajo njihove medsebojne terjatve, ki morda niso bile istovrstne, niso bile iztožljive, so bile zastarane ali še ne dospele. Po Testenovem stališču, mnenju ni videti razloga, zakaj bi takšnim pogodbam – v določenih okoliščinah celo, če gre za primere, ko je (pravi) pobot po zakonu izključen (316. člen ZOR –, glej zgoraj) – odrekli veljavo, le da pravno gledano včasih ne gre več za pobot, ampak je dogovor treba presojati po pravilih o novaciji ali o nadomestni izpolnitvi.

7. NAJPOGOSTEJŠI PRIMERI IZREKOV⁶⁴

7.1 Izvenpravdni pobot

Toženčevo navedbo, da je tožbeno terjatev izven pravde pobotal s svojo pobotno terjatvijo, zaradi česar je tožbena terjatev do višine pobotne terjatve prenehala, sodišče obravnava kot vsak drug ugovor ugasle pravice. Pri uspešnem sklicevanju na izvenpravdni pobot sodišče tožbeni zahtevek zavrne. Če toženec ne uspe dokazati obstoja pogojev za pobot,⁶⁵ sodišče tožbenemu zahtevku ugodí. V izreku pobotne terjatve in neuspešnega pobota ne omenja.

7.2 Procesni pobot

Po tretjem odstavku 324. člena ZPP obsega izrek sodbe tudi odločbo o obstoju ali neobstoju terjatve, ki je bila uveljavljena zaradi pobota. Slednje samo po sebi ne pomeni, da bo sodišče v postopku, kjer je bil vložen ugovor zaradi pobota, vedno odloči s sodbo, s tričlenskim izrekom. Kako bo strukturiran izrek v konkretnem primeru, pa je odvisno od tega, na kakšen način je bil ugovor postavljen in kakšen je izid sodne presoje.

Tek zakonskih zamudnih obresti je odvisen od tega, ali sprejmemo procesno ali materialnopravno teorijo. Pri procesni teoriji pride do prenehanja medsebojnih terjatev šele s sodbo in torej zamudne obresti prenehajo z odločitvijo sodišča.

Po materialnopravni teoriji o pobotanju je treba upoštevati v nadaljevanju omenjene določbe OZ. Po drugem odstavku 270. člena OZ obresti kot stranska denarna

⁶³ Sodba III Ips 108/2004 z dne 29. 3. 2006.

⁶⁴ Več o izrekih pri pobotanju primerjaj, Galič, Ugovor.

⁶⁵ Določene težave lahko nastanejo, če toženec ne uspe dokazati, da je dal pobotno izjavo. Ali lahko kot takšna izjava učinkuje njegova navedba, da je izjavil pobot? Ali pa je mogoče na podlagi takšne njegove navedbe opraviti procesni pobot?

terjatev prenehajo teči z dnem, ko glavna denarna terjatev preneha. Če je bila dana izjava o pobotu, se šteje, da je pobot nastal takrat, ko so se stekli pogoji zanj (drugi odstavek 312. člena OZ). Medsebojni denarni terjatvi prenehata zaradi pobota z dnem, ko zapade v plačilo tista denarna terjatev, ki je zapadla pozneje, saj s tem dnem nastopijo pogoji za pobot (311. člen OZ). Zato tečejo zamudne obresti od denarne terjatve, ki je prva zapadla, od dneva njene zapadlosti do zapadlosti druge terjatve. Druga terjatev (terjatev, ki je zapadla pozneje) je zaradi pobota ugasnila na dan zapadlosti, zato od te druge terjatve zamudne obresti sploh niso začele teči.

Postopki se največkrat začnejo že z izvršbo s predlogom za izvršbo na podlagi verodostojne listine. Ko preidejo v pravdni postopek, mora sodišče v pravdnem postopku odločiti tudi o dajatvenem delu sklepa o izvršbi (in tudi o stroških izvršilnega postopka). Pobotni ugovor lahko stranka uveljavlja že v ugovoru zoper sklep o izvršbi ali pa .med pravnim postopkom. Sodišče mora o sklepu o izvršbi odločiti tudi v dajatvenem in stroškovnem delu (drugi odstavek 62. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju). Odločba v pravnem postopku, kjer je vsebinsko o terjatvi odločeno v sklepu o izvršbi, je smiselno lahko del izreka le, ko sodišču ni treba ugotavljati tožbene terjatve. To je v primerih zavrženja ali umika tožbe in pri zavrnitvi tožbenega zahtevka tožeče stranke. V vseh drugih primerih je najbolj gospodarno, izrek odločbe pa je tudi jasen, da sodišče sklep o izvršbi v dajatvenem in stroškovnem delu razveljavi (smiselna uporaba tretjega odstavka 436. člena ZPP).

V primerih, navedenih v nadaljevanju, so opisani različni izreki, ki so odvisni od (ne) utemeljenosti tožbene terjatve ali (ne) utemeljenosti pobotne terjatve, in to v celoti ali deloma.

1. Utemeljeni sta terjatev in pobotna terjatev

Tožnik uveljavlja 1.000, toženec stavi v pobot 1.000.

Tričlenski izrek se glasi:

1. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožeče stranke v znesku 1.000.
2. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožene stranke v znesku 1.000.
3. Zaradi pobota v 1. in 2. točki izreka se tožbeni zahtevek tožeče stranke za plačilo zneska 1.000 zavrne.

2. Tožbena terjatev ni utemeljena

Enočlenski izrek se glasi:

Tožbeni zahtevek za plačilo 1.000 se zavrne.

V izreku sodišče pobotne terjatve ne omenja, ker je pobotna terjatev obrambno sredstvo, katerega učinek v takem primeru ni potreben. Takšen je izrek tudi tedaj, če sta zneska tožbene in pobotne terjatve različna.

3. Tožbena terjatev je utemeljena, pobotna terjatev ni utemeljena

Dvočlenski izrek se glasi:

1. Tožena stranka mora tožeči stranki plačati 1.000 (ugotovitev obstoja te terjatve ni potrebna).
2. Ugotovi se, da ne obstaja terjatev tožene stranke v znesku 1.000.

Enako velja, tudi, če sta zneska zatrjevane tožbene in pobotne terjatve različni: da je mogoče ugoditi tožbeni terjatvi v celoti, če pobotna terjatev ne obstaja (niti) do zneska tožbene terjatve, je logično. Iz tega, da pobotna terjatev ne obstaja do višine tožbene terjatve, pa tudi izhaja, da ne obstaja *nad* to višino.⁶⁶ Odločitev, da zatrjevana pobotna terjatev sploh ne obstaja, pa ni v nasprotju z obrambno vlogo ugovora: obrambno sredstvo v celoti ni uspelo.⁶⁷

4. Tožbena terjatev (1.000) je utemeljena, pobotna terjatev je delno utemeljena, delno ni utemeljena

Tričlenski izrek se glasi:

1. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožeče stranke v znesku 1.000.
2. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožene stranke v znesku 400 in ne obstaja v znesku 600 ali višjem znesku, ki je bil uveljavljan v pobot (na primer 2.000).
3. Zaradi pobota terjatev v 1. in 2. točki izreka, je mora tožena stranka dolžna tožeči stranki plačati 600, v višjem delu (za 400),) se tožbeni zahtevek tožeče stranke zavrne.

Ni pravilno, če sodišče v delu, s katerim toženec ni uspel s pobotnim ugovorom, ugovor zaradi pobota zavrne. Če sodišče ugotovi, da tožbena terjatev obstaja, pobotna terjatev pa ne – ali da obstaja v nižjem znesku od zatrjevanega, tako da ne krije tožbene terjatve, mora sodišče z ugotovitvenim izrekom odločiti o celotnem znesku, za katerega toženec ni uspel dokazati obstoja pobotne terjatve.

5. Tožbena terjatev (1.000) je utemeljena, pobotna terjatev (uveljavljana v višjem znesku (3.000) od tožbene terjatve),) je utemeljena

Tričlenski izrek (o tožbeni in pobotni terjatvi) se glasi:

1. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožeče stranke v znesku 1.000.
2. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožene stranke v znesku 1.000.
3. Zaradi pobota terjatev v 1. in 2. točki izreka se tožbeni zahtevek tožeče stranke, da mora tožena stranka plačati znesek 1.000, zavrne.

O znesku pobotne terjatve, ki presega tožbeno terjatev (2.000)), sodišče ne odloči: niti z ugotovitvijo niti z morebitno zavrnitvijo ali zavrženjem ugovora.

⁶⁶ Ugotovitev neobstoja terjatve je mogoča za celotni znesek, glej Galič, Ugovor.

⁶⁷ Drugače glej, Sodba Sodbo VSL I Cpg 1061/2013 z dne 17. 9. 2014. Tudi, če pobotna terjatev ne obstaja, o njej ni dopustno odločiti nad višino tožbene terjatve.

6. Tožbena terjatev (1.000) je utemeljena, pobotna terjatev (uveljavljana v višjem znesku / (3.000/) od tožbene terjatve),) ni utemeljena

Dvočlenski izrek se glasi:

1. Tožena stranka mora tožeči stranki plačati 1.000 (ugotovitev obstoja te terjatve ni potrebna).
2. Ugotovi se, da ne obstaja terjatev tožene stranke v znesku 3.000.

7. Tožbena terjatev (3.000) in pobotna terjatev (uveljavljana v nižjem znesku / (2.000/) od tožbene terjatve),) sta utemeljeni

Tričlenski izrek (o tožbeni in pobotni terjatvi) se glasi:

1. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožeče stranke v znesku 3.000.
2. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožene stranke v znesku 2.000.
3. Tožena stranka mora tožeči stranki plačati 1.000.
4. Zaradi pobota terjatev v 1. in 2. točki izreka se tožbeni zahtevek tožeče stranke, da mora tožena stranka plačati znesek 2000, zavrne.

8. Tožbena terjatev (1.000) in ena med uveljavljenimi pobotnimi terjatvami (700 ali 800 ali 500),) sta utemeljeni.

Tričlenski izrek (o tožbeni in pobotnih terjatvah) se glasi:

1. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožeče stranke v znesku 1.000.
2. Ugotovi se, da ne obstajata terjatvi tožene stranke v zneskih 700 in 800.
3. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožene stranke v znesku 500.
4. Tožena stranka mora tožeči stranki plačati znesek 500.
5. Zaradi pobota terjatev v 1. in 3. točki izreka se tožbeni zahtevek tožeče stranke, da mora tožena stranka plačati znesek 500, zavrne.

9. Tožbena terjatev (1000) je utemeljena, v pobot uveljavljana terjatev (500) je judikatna

Dvočlenski izrek se glasi:

1. Ugotovi se, da obstaja terjatev tožeče stranke v znesku 1.000.
2. Tožbeni zahtevek tožeče stranke v znesku 500 se zavrne.

Razlika 500, ki izvira iz judikatne terjatve se omeni le v obrazložitvi. Enak je izrek, če je v pobot uveljavljana terjatev v enaki višini. Le tožbeni zahtevek se v celoti zavrne.

10. Tožbo tožeča stranka umakne ali je tožba zavržena

O v pobot uveljavljani terjatvi se ne odloča (niti je sodišče ne obrazloži).

8. SKLEP

V prispevku so povzeta stališča teorije in sodne prakse o materialnem in procesnem pobotu v pravnem postopku in navedeni primeri izreka sodbe pri podanem pobotnem ugovoru. Iz pregleda objavljene literature in judikature izhaja, da pri materialnopravnem in procesnem pobotanju še vedno ni dokončno rešeno vprašanje likvidnosti terjatve, ki se uveljavlja kot pobotna terjatev. Enako velja za učinke pobotanja pri uveljavljanju procesnega ugovora v pravdi. Zato so prikazana vsa uveljavljena stališča.

Zaradi upoštevanja načela pravne varnosti, predvidljivosti in enakega obravnavanja bi bilo po tehtanju vseh prikazanih razlogov za in proti treba zavzeti enotno stališče o tem, ali tudi pri procesnem pobotu terjatve prenehajo kot pri materialnopravnem pobotanju, v trenutku takrat, ko so se srečale. Bistvenega pomena je namreč, da se na navedeno vprašanje oblikuje enoznačni odgovor, ker je od tega odvisno, ali lahko stranka, ki uveljavlja tožbeni terjatvi v pobot, kot svojo terjatev upošteva tudi terjatev, ki še ni bila zastarana takrat, ko so bili izpolnjeni pogoji za pobot.

Po procesni teoriji tožena stranka zastarane terjatve ne more uveljaviti v pobot, ker pobot učinkuje šele z odločbo sodišča, takrat pa je lahko njena, v pobot uveljavljana terjatev, že zastarana. Neenotno je tudi stališče o tem, ali je mogoče odločiti o neobstoju v pobot ugovarjane višje terjatve, kot je tožbena. Zato dokončne usmeritve ni mogoče podati, v prispevku pa je tudi v tem delu nakazana možna rešitev.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Brus, Marko. Obveznostno pravo, Splošni del obligacij brez zakonskih obveznostnih razmerij, Uradni list, Ljubljana, 2014.
- Cigoj, Stojan. Komentar obligacijskih razmerij, I—IV. knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1984.
- Cigoj, Stojan. Obligacije, Sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primerjalnem pravu, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1976.
- Cigoj, Stojan. Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1978.
- Galič, Aleš. Ugovor pobotanja v pravdi, Ministrstvo za pravosodje, 13. maja 2010, Brdo pri Kranju.
- Galič, Aleš V: Ude, L., Betteto, N., Galič, A., Rijavec, V., Wedam Lukić, D., Zobec, J., Pravdni postopek, zakon s komentarjem, Ljubljana: GV Založba, 2010, 2. knjiga, str. 220.
- Galič, Aleš V: Ude, L., Betteto, N., Galič, A., Rijavec, V., Wedam Lukić, D., Zobec, J., Pravdni postopek, zakon s komentarjem, Ljubljana: GV Založba, 2005–(2009), 3. knjiga, stran 59.

- Juhart, Jože. Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, Ljubljana:Univerzitetna založba, 1961.
- Juhart, Miha. O nekaterih vprašanjih pobotanja, Pravna praksa 1992, št. 19, str. 25.
- Juhart, Miha. Obligacijski zakonik (OZ) splošni del s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 395.
- Kranjc, Janez. Rimsko pravo, Ljubljana 2008, GV Založba.
- Petrič, Barbara. Pobot skozi pravdni postopek, Pravna praksa 2011, št. 34, stran 22.
- Plavšak, Nina. Pobot – kompenzacija (kratek teoretični pregled in problematika pri delu), stran 2, neobjavljeno.
- Testen, Franc. Problematika v zvezi s poboti - primeri, Gospodarskoppravna šola, Čatež, oktober 2012, neobjavljeno.
- Triva, Belajec, Dika, Građansko parnično procesno pravo, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine Zagreb, 1986.
- Veselič, Andreja. Pobot v sodnih postopkih. Podjetje in delo, 2003/8, stran 1869.
- Wedam Lukić, Dragica V: Ude,L., Betteto, N., Galič.,A., Rijavec, V., Wedam Lukić, D., Zobec, J., Pravdni postopek, zakon s komentarjem, Ljubljana: GV Založba, 2005-(2009), 3. knjiga, stran 160.

NADOMESTILO ZA RAZLAŠČENO NEPREMIČNINO¹

mag. Maja Grižon

višja strokovna sodelavka

Državno pravobranilstvo Republike Slovenije, zunanji oddelek v Kopru

1. UVOD

V prispevku so obravnavana temeljna vprašanja glede nadomestila za razlaščeno nepremičnino. V praksi ni veliko zadev, ko je za lastnike sporna razlastitev oziroma ko bi se lastniki upirali odvzemu njihove nepremičnine ali omejitvi lastninske pravice na njihovi nepremičnini, pač pa se največkrat zatakne pri vprašanju nadomestila za razlaščeno nepremičnino.

Za razlaščeno nepremičnino pripada lastniku nadomestilo v naravi (enakovredna nadomestna nepremičnina) ali denarna odškodnina. Pri določanju nadomestila za razlaščeno nepremičnino velja načelo, da razlaščenec zaradi razlastitve ne sme priti v slabši položaj, kot je bil pred razlastitvijo. Zaradi tega nadomestilo za razlaščeno nepremičnino ne obsega samo denarne odškodnine v višini vrednosti nepremičnine oziroma zagotovitve enakovredne nadomestne nepremičnine, ampak tudi nadomestilo za nekatere stranske posledice razlastitve.

Ob tem je treba opozoriti, da izraz denarna odškodnina ni povsem primeren, ker pri razlastitvi ali omejitvi lastninske pravice ne gre za protipravno ravnanje razlastitvenega upravičenca, pač pa gre za odvzem ali omejitev lastninske pravice na podlagi zakona ob ugotavljanju javne koristi in po postopku, ki ga določa zakon.^{2,3} Zaradi tega bi bil primernejši izraz denarno nadomestilo oziroma pri denarnem nadomestilu in nadomestni nepremičnini izraz nadomestilo za razlaščeno nepremičnino.

2. NADOMESTILO V ZAKONODAJI

2.1 Denarno nadomestilo

Temeljno ureditev glede določitve nadomestila za razlaščeno nepremičnino vsebujeta Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1)⁴ in Zakon o umeščanju prostorskih ureditev državnega pomena v prostor (ZUPUDPP).⁵ ZUreP-1 ureja denarno

1 Prispevek je pripravljen na podlagi magistrske naloge avtorice z naslovom Nadomestilo za razlaščeno nepremičnino.

2 Tako tudi npr. Stockbauer in Vlačič, nav. delo, str. 602–603.

3 Na to, da moramo razlikovati med klasično odškodnino in odškodnino zaradi razlastitve, je med drugim opozorilo tudi Vrhovno sodišče v sklepu opr. št. II Ips 146/2014.

4 Uradni list RS, št. 110/02, 8/03 – popr., 58/03 – ZZK-1, 33/07 – ZPNačrt, 108/09 – ZGO-1C in 80/10 – ZUPUDPP.

5 Uradni list RS, št. 80/10, 106/10 – popr. in 57/12.

nadomestilo za razlašeno nepremičnino v 105. členu, pri čemer se določbe od 2. do 5. odstavka navedenega člena ne uporabljajo, kadar gre za umeščanje prostorskih ureditev državnega pomena v prostor. V tem primeru se za določitev odškodnine upoštevajo določbe 53. ter 55. do 59. člena ZUPUDPP. Navedene določbe ZUPUDPP so se začele uporabljati 1. januarja 2012, pri čemer je v 67. členu ZUPUDPP (dokončanje postopkov ocenjevanja nepremičnin) določeno, da če investitor vroči ponudbo za odkup oziroma pridobitev pravic na nepremičnini pred začetkom uporabe teh določb, se ocenjevanje vrednosti nepremičnin v postopkih pogodbenega oziroma prisilnega pridobivanja nepremičnin in pravic na njih izvede po dotlej veljavnih predpisih.

2.1.1 Denarno nadomestilo v ZUreP-1

V skladu z določbo drugega odstavka 105. člena ZUreP-1 obsega odškodnina vrednost nepremičnine glede na njeno dejansko rabo in stranske stroške, povezane z razlastitvijo. Glede stroškov, povezanih z razlastitvijo, zakon primeroma navaja selitvene stroške, izgubljeni dobiček za čas selitve in odškodnino za morebitno zmanjšanje vrednosti preostalih nepremičnin. Pri ocenjevanju vrednosti nepremičnin morajo cenilci uporabljati strokovne standarde za ocenjevanje nepremičnin. Zakon podrobneje ne konkretizira, kateri so ti standardi, poleg tega ni posebnih strokovnih standardov za ocenjevanje nepremičnin za namene razlastitve (ki je posebno področje). Zaradi navedenega v praksi prihaja do nepravilnosti pri cenitvah, ko se cenilci opirajo na različne standarde ocenjevanja in je lahko ista nepremičnina različno vrednotena.

Pri ocenjevanju se upoštevata namembnost zemljišča pred uveljavitvijo prostorskega akta, ki je podlaga za razlastitev, in dejansko stanje nepremičnine na dan uvedbe razlastitvenega postopka. Glede površine nepremičnine se upoštevajo podatki iz zemljiškega katastra oziroma katastra stavb.

2.1.2 Denarno nadomestilo v ZUPUDPP

ZUPUDPP je nekoliko drugače uredil način vrednotenja nepremičnin in stranskih stroškov, povezanih z razlastitvijo. En od ciljev zakonodajalca ob sprejemu ZUPUDPP je bil, da se sistemsko uredijo področje ocenjevanja vrednosti nepremičnin, pravic na nepremičninah, nadomestil za škodo in stroškov, torej da se določijo enotna merila oziroma da se standardizira področje ocenjevanja vrednosti nepremičnin za namene tega zakona.⁶

ZUPUDPP z namenom enotnejšega vrednotenja, da ne bi prihajalo do razlik in nepravilnosti pri vrednotenju nepremičnin, nadomestil za škodo in drugih stroškov različnih razlastitvenih zavezancev⁷, v 55. členu določa merila za vrednotenje nepremičnin, ki se razlikujejo od meril po ZUreP-1. V skladu z ZUPUDPP mora cenilec pri ocenjevanju vrednosti upoštevati:

- podatke o nepremičninah in njihovi posplošeni tržni vrednosti, ki se v skladu s predpisi o evidentiranju nepremičnin in predpisi o množičnem vrednotenju nepremičnin vodijo v javnih evidencah,

⁶ Glej obrazložitev predloga ZUPUDPP – prva obravnava.

⁷ Prav tam.

- druge podatke, ki jih pridobi od lastnikov nepremičnin oziroma nosilcev pravic na njih,
- metodologije ocenjevanja vrednosti (te predpiše Vlada RS z uredbo) in
- mednarodne standarde ocenjevanja vrednosti.

Kot izhaja iz obrazložitve predloga ZUPUDPP, je sistem množičnega vrednotenja nepremičnin v zakonu določen kot sistemska in referenčna osnova. Predlog zakona to rešitev obrazloži z utemeljitvijo, da postopki gradnje javne infrastrukture običajno zajemajo velika območja z velikim številom nepremičnin in lastnikov oziroma solastnikov nepremičnin, zato morajo obstajati enotna pravila in merila pri ocenjevanju vrednosti nepremičnin.

Niso pa podatki o posplošeni tržni vrednosti edino oziroma zadostno merilo za vrednotenje po ZUPUDPP (so namreč le osnova za vrednotenje), saj ne upoštevajo dovolj posebnosti ocenjevanja nepremičnin za namene razlastitve in posebnih lastnosti nepremičnine, ki se razlašča. Zato zakon določa, da se pri ocenjevanju upoštevajo tudi drugi podatki, pridobljeni od lastnikov nepremičnin, in metodologije ocenjevanja vrednosti. Težava je v tem, ker metodologije ocenjevanja vrednosti nepremičnin (s sprejemom katerih naj bi bila odpravljena pomanjkljivost ZUreP-1, ki se je le splošno skliceval na strokovne standarde), še niso sprejete. Zato (lahko) prihaja še do večjih nepravilnosti pri vrednotenju, saj cenilci nimajo ustreznih metodologij, na katere bi se pri ocenjevanju oprli. Prav temu se je ZUPUDPP želel izogniti. Zato v praksi cenilci nepremičnine še vedno ocenjujejo na enak način oziroma po enakih standardih kot do začetka veljavnosti ZUPUDPP oziroma iščejo bolj ali manj »domiselne« rešitve za ocenjevanje vrednosti. Sicer se morajo cenilci v skladu s 55. členom ZUPUDPP pri vrednotenju opreti tudi na mednarodne standarde ocenjevanja vrednosti, ki so okvirni in ne vsebujejo zadostnih meril za ocenjevanje nepremičnin za potrebe razlastitev.

ZUPUDPP za razliko od ZUreP-1 ne vsebuje določbe, da se pri ocenjevanju vrednosti upošteva namembnost pred uveljavitvijo prostorskega akta, ki je podlaga za razlastitev. Ker te določbe ne vsebuje, bi bilo sicer mogoče sklepati, da je bil namen zakonodajalca, da se upošteva namenska raba v času ocenjevanja nepremičnine, vendar menim, da to ni primerno, saj se takemu zemljišču, namenjenemu za izgradnjo infrastrukture, težko določi tržno vrednost.⁸ To ne bi bilo primerno tudi zato, ker so s tem lastniki teh nepremičnin v boljšem položaju, saj lahko postanejo nepremičnine, predvidene za gradnjo infrastrukture, s sprejemom prostorskega načrta zaradi spremembe namenske rabe tržno več vredne. To pa omogoča tudi špekulacije pri nakupu zemljišč po nizkih cenah (kdor bi pridobil informacije o predvideni trasi infrastrukturnega objekta) in njihove prodaje po bistveno višjih cenah. V letu 2012 je bil pripravljen predlog uredbe o ocenjevanju vrednosti nepremičnin, pravic na nepremičninah, nadomestil za škodo in drugih stroškov, kjer je bilo sicer določeno, da se pri ocenjevanju vrednosti zemljišč upošteva namenska raba zemljišč, kot je bila določena v občinskih prostorskih načrtih pred začetkom veljavnosti uredbe o državnem prostorskem načrtu, vendar uredba ni bila sprejeta. Očitno je zakonodajalec to vprašanje prepustil urejanju v

8 Kot je bilo že tudi pojasnjeno v številnih sodnih odločbah še pred začetkom veljavnosti ZUreP-1 (glej spodaj).

podzakonskemu predpisu, čeprav gre po mojem mnenju za temeljno vprašanje, ki bi moralo biti urejeno v zakonu in ne bi smelo biti prepuščeno ureditvi v podzakonskem predpisu.

V ZUPUDPP drugače kot v ZUreP-1 tudi ni določeno, na kateri dan se pri ocenjevanju vrednosti upošteva dejansko stanje nepremičnine. Prav bi bilo, da bi zakon določil enotni čas (npr. dejansko stanje na dan uvedbe razlastitvenega postopka, kot določa ZUreP-1), da ne bi prihajalo tudi zaradi tega do razlik v vrednotenju nepremičnin.

Lastniku oziroma nosilcu pravic na nepremičninah v skladu z ZUPUDPP pripada tudi nadomestilo za škodo, pri čemer zakon v 56. členu taksativno določa, do katerih nadomestil je razlaščenec upravičen.

V skladu s 57. členom ZUPUDPP pripadajo lastniku tudi drugi stroški, ki so oziroma mu bodo nastali zaradi selitve in se ocenjujejo na podlagi iste metodologije ocenjevanja vrednosti nepremičnin, ki bi morala biti sprejeta na podlagi 55. člena ZUPUDPP in ki, kot navedeno, (še) ni sprejeta. Drugih stroškov, ki bi bili povezani z razlastitvijo, oziroma drugih stranskih posledic razlastitve zakon ne ureja, zato je mogoče sklepati, da po ZUPUDPP (tudi če nastanejo) niso priznani.

ZUPUDPP drugače kot ZUreP-1 ne določa, da bi imel razlaščenec pravico do odškodnine za morebitno zmanjšano vrednost preostale nepremičnine, čeprav do zmanjšanja vrednosti preostale nepremičnine ob razlastitvah pogosto pride. Če se lastniku ne prizna zmanjšanje vrednosti preostale nepremičnine, ki je izgubila vrednost prav zaradi razlastitve, odškodnina za razlaščenec nepremičnino ne pomeni polne izravnave lastnikovega položaja s položajem, kakršen je bil pred razlastitvijo. Pravico do odškodnine zaradi zmanjšanja vrednosti preostale nepremičnine priznava razlastitvenim zavezancem tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (npr. v zadevi Bistović proti Hrvaški).

Ob tem je treba poudariti, da se, če se nepremičnina razlasti proti nadomestilu v naravi, glede določitve nadomestila uporabljajo določbe ZUreP-1, v skladu s katerimi ima razlaščenec pravico do povračila stranskih stroškov, določenih v ZUreP-1 (kjer so primeroma navedeni selitveni stroški, izgubljeni dobiček za čas selitve in morebitna zmanjšana vrednost preostale nepremičnine). To pomeni, da so glede odškodnine za t. i. stranske posledice razlastitve v različnem položaju tisti razlaščenci, ki prejmejo denarno odškodnino, kakor tisti, ki jim je zagotovljeno nadomestno zemljišče.

Prav tako je treba ponovno poudariti, da se določanje denarnega nadomestila po ZUPUDPP uporablja le, kadar gre za umeščanje prostorskih objektov državnega pomena v prostor, medtem ko se za prostorske ureditve lokalnega pomena še vedno uporablja ZUreP-1. Tudi to postavlja razlaščence v neenak položaj glede denarnega nadomestila, do katerega so upravičeni. Nadomestilo za isto nepremičnino je namreč lahko glede na to, za kakšne namene se razlasti, in posledično, ali se glede določitve odškodnine uporablja ZUreP-1 ali ZUPUDPP, različno določeno, kar pomeni neenako obravnavo razlaščencev.

Da so v veljavni zakonodaji glede določanja nadomestila za razlašeno nepremičnino pomanjkljivosti, je ugotovilo tudi Računsko sodišče RS. To je dne 10. 3. 2014 v revizijskem poročilu o učinkovitosti ureditve določanja in izplačevanja odškodnin zaradi gradnje in obnove gospodarske javne infrastrukture izreklo takratnemu Ministrstvu za infrastrukturo in prostor mnenje, da v obdobju od 1. 1. 2010 do 30. 9. 2012 na tem področju ni bilo učinkovito. Zato mu je tudi izdalo poziv na odpravo pomanjkljivosti. S tem namenom je Vlada RS imenovala medresorsko delovno skupino za sistemsko ureditev tega področja, ki je na seji dne 21. 5. 2015 obravnavala metodologijo končnega poročila Razvoj metod ocenjevanja vrednosti nadomestilo ob umeščanju prostorskih ureditev javnega pomena v prostor, ki ga je na podlagi mednarodnega razpisa Geodetske uprave RS izdelalo švedsko državno podjetje Swedesurvey in predlagala, da se pripravi nov sistemski zakon, in ne samo spremembe področnih zakonov. V novem sistemskem zakonu bi bilo zajeto tudi področje občinskih investicij, ki v ZUPUDPP ni zajeto.

Kljub temu, da bo predvidoma sprejet nov sistemski zakon in je verjetno to razlog, da metodologije ocenjevanja vrednosti na podlagi ZUPUDPP (še) niso sprejete, menim, da vzdrževanje takšnega stanja in le čakanje na sprejem novega zakona, ki naj bi pomanjkljivosti odpravil, ni dopustno. V tem času, kot že zgoraj pojasnjeno, cenilci zelo različno vrednotijo nadomestila za razlašene nepremičnine in prihaja do neenake obravnave razlastitvenih zavezancev.

2.2 Nadomestilo v naravi

V 69. členu Ustave Republike Slovenije (ustava)⁹ je določena pravica lastnika do nadomestila v naravi ali odškodnine. V skladu s prvim odstavkom 105. člena ZUreP-1 za razlašeno nepremičnino pripada lastniku (denarna) odškodnina oziroma enakovredna nadomestna nepremičnina. Na splošno torej ne ustava ne ZUreP-1 nobeni vrsti nadomestila ne dajeta prednosti. Zato se zastavlja vprašanje, kdo ima pravico do izbire vrste nadomestila, ali lastnik ali razlastitveni upravičenec.

Iz komentarja ustave izhaja, da je temeljna oblika nadomestila denarna odškodnina. Ustavodajalec pa je želel poudariti, da je treba v določenih primerih razlaščenca dati tudi pravico do nadomestila v naravi. Pravica razlaščenca do izbire naj bi obstajala le tedaj, ko je ogrožena njegova socialna varnost.¹⁰

V skladu s tem v določenih primerih ZUreP-1 razlastitvenemu upravičencu nalaga, da mora lastniku primarno zagotoviti nadomestilo v naravi, ta pa lahko namesto nadomestne nepremičnine zahteva denarno odškodnino.¹¹ Razlaščenec ima tudi pravico do povračila stranskih stroškov, ki nastanejo v zvezi z razlastitvijo.

2.3 Nadomestilo za ugasnitev drugih pravic

Če je v odločbi o razlastitvi navedeno, da stvarne pravice ali pravice iz najemne in zakupne pogodbe ugasnejo, je treba zanje zagotoviti nadomestilo po postopku, ki velja za določitev nadomestila za razlašeno nepremičnino.

9 Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90, 97, 99.

10 Virant, v Šturm (ur.), nav. delo, str. 681.

11 Glej 107. člen ZUreP-1.

Če je na razlaščeni nepremičnini ustanovljena hipoteka, prevzame razlastitveni upravičenec subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. Menim, da je zakonska določba glede subsidiarne odgovornosti razlastitvenega upravičenca za zavarovano terjatev neustrezna oziroma vsaj pomanjkljiva. V praksi se namreč velikokrat razlasti nepremičnina, ki je manj vredna, kot je višina zavarovane terjatve (predvsem v primerih, ko je hipoteka ustanovljena na več nepremičninah razlastitvenega zavezanca, razlasti pa se le ena ali nekatere od teh; velikokrat se pred razlastitvijo opravi parcelacija, pri čemer se razlasti le manjša, lahko le nekaj kvadratnih metrov velika parcela, po delitvi pa je na podlagi drugega odstavka 150. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ)¹² vsak od delov nepremičnine obremenjen s hipoteko v celoti). Ni logično, da se razlasti nepremičnina, ki je lahko vredna le nekaj evrov, razlastitveni upravičenec pa prevzame jamstvo za celotno terjatev, ki je lahko večkratnik vrednosti nepremičnine.

Zaradi tega bi moral zakon določati, do kolikšne višine prevzame razlastitveni upravičenec subsidiarno odgovornost. Zakon bi moral vsaj izrecno določiti, da razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev le v višini vrednosti razlaščene nepremičnine.¹³

Prav tako bi moral zakon v tem primeru določiti, da je treba pri ocenjevanju nepremičnine upoštevati (tržno) vrednost obremenjene nepremičnine, ki je nižja od vrednosti neobremenjene nepremičnine. V nasprotnem primeru lahko pride do položaja, ko je lastnik zaradi razlastitve obogaten: razlastitveni upravičenec mu plača celotno odškodnino, kakršna bi bila za neobremenjeno nepremičnino (take vrednosti na trgu prav gotovo ne bi dosegel), prav tako prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev. To pa pomeni tudi veliko boljši položaj za upnika, saj ima na ta način svojo terjatev veliko bolje »zavarovano«. V praksi se lahko zgodi, da je razlastitveni upravičenec poravnal razlastitvenemu zavezancu odškodnino v višini tržne vrednosti neobremenjene nepremičnine in hipotekarnemu upniku njegovo terjatev. Razlastitveni upravičenec ima v tem primeru sicer pravico, da od razlaščenca zahteva vse, kar je zanj plačal, ter obresti od dneva plačila,¹⁴ vendar je ta lahko v vmesnem času denar, ki ga je prejel kot odškodnino, že porabil, drugega premoženja nima, razlaščenec pa ne more od njega izterjati tega, kar je plačal njegovemu upniku.

Prav zaradi zgoraj navedenih težav, do katerih prihaja v praksi, menim, da je bila namesto subsidiarne odgovornosti za zavarovano terjatev boljša ureditev po Zakonu o razlastitvi in prisilnem prenosu nepremičnin v družbeni lastnini (ZRPPN),¹⁵

12 Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

13 Tako je npr. na pritožbo razlastitvene upravičenke v razlastitvenem postopku tudi odločilo Ministrstvo za okolje in prostor v odločbi št. 35020-40/2008 z dne 31. 7. 2008. Obrazložilo je, da ZUreP-1 določa, da v primeru ugasnitve hipoteke razlastitveni upravičenec prevzame subsidiarno odgovornost za zavarovano terjatev, vendar ne določa, do katere višine. »V primeru, če bi bilo odločeno, da razlastitvena upravičenka jamči za zavarovano terjatev v celoti, bi lahko bil pravni položaj hipotekarnega upnika in s tem tudi hipotekarnega dolžnika neupravičeno izboljšan na škodo razlastitvenega upravičenca. Kot rečeno, že iz same narave instituta hipoteke izhaja, da razlastitveni upravičenec lahko prevzame odgovornost za zavarovano terjatev le do višine vrednosti predmetne nepremičnine.«

14 Glej 1028. člen Obligacijskega zakonika (OZ), Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo.

15 Uradni list SRS, št. 5/1980, 30/1987, 20/1989, Uradni list SFRJ, št. 83/1989, Uradni list RS – stari, št. 44/1990 – odl. US, 10/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 - ZUDE, Uradni list RS, št. 13/1993, 66/1993, 29/1995 – ZPDF, 44/1997 – ZSZ.

po kateri je razlastitveni upravičenec odškodnino plačal na posebni bančni račun (lahko bi se uredilo tudi, da se odškodnina nakaže na sodni depozit), znesek odškodnine pa je bil nato izplačan na podlagi sporazuma med razlaščencem in hipotekarnim upnikom oziroma na podlagi sodne odločbe, če je bil med njima spor. Podobno ureditev imata tudi Hrvaška¹⁶ in Italija.¹⁷ V hrvaškem zakonu je določeno tudi, da se v primeru dodelitve nadomestne nepremičnine hipoteka prenese na to nepremičnino. Tako bi bil razlastitveni upravičenec z nakazilom odškodnine na poseben račun oziroma z dodelitvijo nadomestne nepremičnine prost svoje obveznosti. Komu bi nakazani znesek oziroma del zneska odškodnine pripadel, pa je odvisno od razmerja med razlaščencem in hipotekarnim upnikom, zato ni smiselno, da bi se moral razlastitveni upravičenec s tem razmerjem ukvarjati oziroma sam ugotavljati, komu mora svojo obveznost plačila odškodnine izpolniti.

Če se odvzame stvarna pravica, ki zagotavlja imetniku stanovanje, ali prekine trajno najemno razmerje, mora razlastitveni upravičenec zagotoviti prizadetemu enakovredno pravico, razen če ta zahteva denarno odškodnino. Tudi v tem primeru zakon izrecno ne določa, da je obremenjenost nepremičnine s pravicami tretjih treba upoštevati pri cenitvi razlaščene nepremičnine. Težava nastane predvsem pri brezplačnih osebnih služnostih, ko je imel lastnik že prej le golo lastninsko pravico. V tem primeru lahko namreč pride do položaja, ko mora razlastitveni upravičenec imetniku služnosti zagotoviti enakovredno pravico, hkrati pa razlaščencu plačati vrednost neobremenjene nepremičnine, kar pomeni, da je s tem razlaščenec obogaten.

Dodatne težave glede ugasnitve pravic na nepremičninah in nadomestilu za te nepremičnine nastanejo, če lastnik nepremičnine še pred uvedbo razlastitvenega postopka te nepremičnine z namenom izigravanja obremeni.¹⁸ Sicer bi lahko razlastitveni upravičenec v tem primeru uveljavljal, da gre za zlorabo pravice, vendar je v praksi dokazovanje tega težavno.

3. SODNA PRAKSA GLEDE NADOMESTILA ZA RAZLAŠČENO NEPREMIČNINO

Sodne prakse glede nadomestila za razlaščeno nepremičnino je veliko. Ob tem gre predvsem za sodno prakso glede določb ZUreP-1 in Zakona o stavbnih zemljiščih (ZSZ),¹⁹ ni pa še veliko sodne prakse glede ZUPUDPP. Kljub temu so v sodni praksi obravnavana vprašanja, ki so aktualna še tudi po začetku veljavnosti ZUPUDPP, in je v tem prispevku predstavljena praksa še vedno aktualna. Sodna praksa obravnava različna vprašanja, pri čemer so najpogostejše tista glede namenske rabe, ki se upošteva pri vrednotenju, nadomestila za stranske posledice razlastitve, teka zakonskih zamudnih obresti, odškodnine v primeru t. i. dejanskih razlastitev

¹⁶ V Zakonu o izvlaštenju i odredivanju naknade, NN 74/14.

¹⁷ V Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità, D.P.R., testo coordinato 08/06/2001 n° 327, G.U. 16/08/2001, con le modifiche apportate dal D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164.

¹⁸ Glej npr. Sodja, nav. delo, str. 10, ki opozarja, da določba 108. člena ZUreP-1 spodbuja razlastitvene zavezanke k ustanovitvi hipoteke ali najemnega razmerja na nepremičnini, ki bo predmet razlastitve.

¹⁹ Uradni list RS, št. 44/97, 67/02 – ZV-1, 110/02 – ZUreP-1 in 110/02 – ZGO-1.

in glede dodelitve nadomestne nepremičnine. V nadaljevanju so predstavljene nekatere odločbe glede navedenih vprašanj.

3.1 Namembnost zemljišča

ZSZ, ki je področje razlastitev in nadomestila za razlaščen nepremičnino urejal pred začetkom veljavnosti ZUreP-1, ni vseboval imel določbe, katera namenska raba se upošteva pri vrednotenju nepremičnine, zato je sodna praksa oblikovala pravilo, da se upošteva namenska raba pred začetkom veljavnosti prostorskega akta, ki je podlaga za razlastitev. Tako je npr. Vrhovno sodišče v sklepu opr. št. II Ips 791/2005 obrazložilo: »Vendar je v zvezi z določitvijo odškodnine odločen namen, za katerega se je zemljišče uporabljalo pred izdajo odloka, s katerim se je spremenilo v nezazidano stavbno zemljišče. Kot tako je bilo opredeljeno zaradi gradnje infrastrukture (ceste). Tako zemljišče nima tržne vrednosti, tako, da je za nasprotnega udeleženca merodajna tista tržna cena, ki bi jo lahko dobil s prodajo zemljišča kot kmetijskega zemljišča (primerjaj z odločbama VS RS, opr. št. II Ips 589/99 in opr. št. II Ips 555/2005).«²⁰ Pozneje je ZUreP-1 to pravilo izrecno določil v tretjem odstavku 105. člena. ZUPUDPP, kot že navedeno, pravila o namenski rabi, ki se upošteva pri vrednotenju, ne vsebuje. Kljub temu menim, da so razlogi za upoštevanje namenske rabe nepremičnine, kot je veljala pred začetkom veljavnosti prostorskega akta, ki je bil podlaga za razlastitev, in ki jih je pojasnilo Vrhovno sodišče v navedeni odločbi, še vedno prepričljivi. Vprašanje je namreč, kako določiti tržno vrednost zemljišča, ki je namenjeno npr. za cesto ali železnico oziroma katera merila upoštevati v primeru ocenjevanja tovrstnih zemljišč. Zato menim, da bi morala biti tudi pri ocenjevanju zemljišč po ZUPUDPP upoštevana namembnost zemljišča pred začetkom veljavnosti prostorskega akta, ki je podlaga za razlastitev. Treba pa je razlikovati čas, po katerem se ugotavlja dejansko stanje nepremičnine (ZUreP-1 določa, da se upošteva dejansko stanje nepremičnine na dan uvedbe razlastitvenega postopka), in čas, po katerem se določa namembnost zemljišča. Čas v teh primerih namreč ni enak.²¹

3.2 Nadomestilo za stranske posledice razlastitve

V postopku določitve odškodnine je razlaščenec tisti, ki mora stranske posledice (stroške, povezane z razlastitvijo, zmanjšano vrednost preostale nepremičnine) zatrjevati in dokazati. Pomembno je, da sodišče teh stroškov ne določi v pavšalnem znesku, pač pa jih je treba natančno ugotoviti, kot izhaja tudi iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cp 2026/2013. Poleg tega je treba opozoriti na stališče sodišča v navedenem sklepu, da v postopku določitve odškodnine razlaščenec ne more uveljavljati, da je preostala nepremičnina brez vrednosti (npr. da nima dostopa in da je zaradi tega izgubila gospodarski pomen), saj bi to dejstvo moral uveljavljati v upravnem razlastitvenem postopku in v skladu z 99. členom ZUreP-1 zahtevati, da razlastitveni upravičenec prevzame tudi to nepremičnino. Če tega ni storil v upravnem postopku, mu v postopku določitve nadomestila ne pripada odškodnina za popolno izgubo gospodarskega pomena, pač pa le nadomestilo za zmanjšanje vrednosti. Ni namreč smiselno, da razlaščenec obdrži v lasti preostalo nepremičnino, hkrati pa zahteva zanjo plačilo celotne vrednosti.

²⁰ Glej tudi VSL sklep II Cp 561/2014, II Cp 3053/2009 in številne druge sodne odločbe.

²¹ Glej npr. VSL sklep II Cp 1279/2012.

Zanimivo je tudi vprašanje, kaj obsega odškodnina za manjvrednost preostale nepremičnine. Tako je npr. Vrhovno sodišče v sklepu opr. št. II Ips 46/2010 z dne 15. 4. 2010 pojasnilo, da sicer ni dvoma, da določbe ustave in ZUreP-1 temeljijo na načelu popolne odškodnine, od katerega je mogoče odstopiti le izjemoma. »Vendar ima razlaščenec po drugem odstavku 105. člena ZUreP-1 pravico do odškodnine zaradi morebitne zmanjšane vrednosti preostale nepremičnine le, kadar je ta posledica same razlastitve. Tak je primer zmanjšanja preostale nepremičnine zaradi razlastitve dvorišča ali vrta, ali primer zmanjšanja vrednosti preostale nepremičnine, ker zaradi razlastitve zemljišča niso več medsebojno povezana in je zaradi tega zmanjšana njihova uporabna vrednost ... Predlagatelja pa zahtevata odškodnino zato, ker se je zaradi izgradnje mejnega prehoda zmanjšala vrednost njunih preostalih nepremičnin. Ta škoda pa ni neposredna posledica same razlastitve, ampak je posledica projekta, ki je razlastitvi sledil. V tem primeru bi bil predlagatelj lahko upravičen do povračila škode le po določbi tretjega odstavka 133. člena Obligacijskega zakonika.«²² Vrhovno sodišče je torej pojasnilo razliko med zmanjšanjem vrednosti preostalih nepremičnin kot posledice razlastitve (odvzema zemljišča), ki je del nadomestila za razlaščeno nepremičnino in se določa v nepravdnem postopku, in zmanjšanjem vrednosti nepremičnin zaradi izgradnje infrastrukturnega objekta, ki pa ni del nadomestila za razlaščeno nepremičnino in jo lahko razlaščenec uveljavlja v pravnem postopku, če so izpolnjeni pogoji iz tretjega odstavka 133. člen OZ.^{23,24}

3.3 Zakonske zamudne obresti

Glede začetka teka zamudnih obresti od prisojenega denarnega nadomestila je enotnejša šele novejša sodna praksa. Ob tem je glede določitve začetka teka zakonskih zamudnih obresti treba tudi upoštevati razlike med »rednim« postopkom razlastitve, ko pridobi razlastitveni upravičenec lastninsko pravico na razlaščeni nepremičnini s pravnomočnostjo odločbe o razlastitvi, posest pa lahko prevzame šele, ko plača odškodnino, in nujnim postopkom razlastitve, ko pridobi razlastitveni upravičenec lastninsko pravico in posest že z izdajo odločbe o razlastitvi, plačilo odškodnine pa lahko nastopi veliko (lahko tudi več let) pozneje (v praksi se sicer večina razlastitvenih postopkov vodi po pravilih o nujnem postopku). Prav tako je treba razlikovati primere t. i. »dejanskih razlastitev« oziroma »obrnjenih postopkov razlastitev«, ko je razlastitveni upravičenec prevzel posest na nepremičnini in

22 Glej tudi sklep VSL I Cp 924/2014 in I Cp 2870/2013.

23 Tretji odstavek 133. člena OZ določa: »Če nastane škoda pri opravljanju splošno koristne dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ, je mogoče zahtevati samo povrnitev škode, ki presega običajne meje.«

24 Drugače je npr. urejeno v Veliki Britaniji, kjer nadomestilo za zmanjšanje vrednosti preostale nepremičnine sestoji iz dveh delov. En del predstavlja zmanjšanje vrednosti zaradi razlastitve, drugi del pa zmanjšanje vrednosti preostale nepremičnine zaradi izgradnje objekta, ki je bil zgrajen na razlaščeni nepremičnini, oziroma zaradi njegove rabe. Ob tem je mogoče, da se preostali nepremičnini zaradi zgrajenega objekta tržna vrednost zviša, kar se v tem primeru upošteva kot znižanje nadomestila za razlaščeno nepremičnino. Poleg tega pozna britanski pravni red tudi nadomestilo v primeru, ko ne pride do odvzema nepremičnine, do katerega imajo pravico lastniki, ki sicer niso bili razlaščeni, vendar se je tržna vrednost njihove nepremičnine zaradi gradnje ali rabe objekta kljub temu zmanjšala. Pri določanju nadomestila zaradi zmanjšanja vrednosti nepremičnine zaradi izgradnje oziroma uporabe objekta se upošteva le zmanjšanje tržne vrednosti, ki je posledica taksativno navedenih sedmih »fizičnih« dejavnikov, ki so: hrup, vibracije, vonj (smrad), hlapi, dim, umetna svetloba in izpust na zemljo katerekoli trdne ali tekoče snovi.

zgradil infrastrukturo, preden je sploh bil izpeljan razlastitveni postopek. Od navedenih okoliščin je namreč tudi odvisno, kdaj razlastitveni upravičenec s plačilom odškodnine pride v zamudo, zaradi česar dolguje razlastitvenemu zavezancu tudi zamudne obresti.

Pri »rednih« postopkih je v zadnjem času ustaljeno stališče, ki izhaja iz splošnega pravila sočasnosti izpolnitve vzajemnih obveznosti. S pravnomočnostjo odločbe o razlastitvi razlastitveni upravičenec pridobi lastninsko pravico in v skladu s pravilom sočasnosti izpolnitve bi najpozneje takrat moral razlaščenca zagotoviti nadomestilo za razlaščeno nepremičnino. Tako je npr. Vrhovno sodišče v sklepu II Ips 79/2011 pojasnilo: *»Upoštevajoč navedeno stališče in splošno pravilo sočasne izpolnitve vzajemnih obveznosti je razlastitvena upravičenka (nasprotna udeleženka) z izpolnitvijo obveznosti plačila odškodnine prišla v zamudo (najkasneje) s pravnomočnostjo odločbe o razlastitvi. Zato sta predlagatelja upravičena do vloževanih zakonskih zamudnih obresti od naslednjega dne po pravnomočnosti odločbe o razlastitvi dalje.«*²⁵

V t. i. obrnjenih postopkih razlastitev oziroma dejanskih razlastitvah, ko je razlastitveni upravičenec prevzel posest nepremičnine pred izvedbo formalnega postopka razlastitve in pred plačilom odškodnine, je treba opozoriti na sklep Vrhovnega sodišča opr. št. II Ips 15/2011, v katerem je Vrhovno sodišče obravnavalo zahtevo za varstvo zakonitosti, ki jo je vložilo Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije, in sicer v zvezi z vprašanjem, od kdaj razlastitveni upravičenec zamuja z izplačilom denarne odškodnine pri t. i. dejanskih razlastitvah. V navedeni zadevi Vrhovno sodišče razlikuje med zakonskimi zamudnimi obrestmi kot del nadomestila za razlaščeno nepremičnino, o katerih se odloča v nepravdnem postopku določitve odškodnine, in zakonskimi zamudnimi obrestmi kot odškodnino zaradi nezakonitega ravnanja razlastitvenega upravičenca (zakonske zamudne obresti od odvzema posesti do izdaje razlastitvene odločbe), ki je najprej odvzel posest na nepremičnini in šele pozneje izvedel razlastitveni postopek. Obrazložitev se glasi: *»Del zamudnih obresti, ki ga utemeljuje nezakonito ravnanje (pred izdajo razlastitvene odločbe izvršen odvzem posesti), ima namreč izrazito obligacijskopravno naravo, ki terja odločanje v pravi in ne morda v nepravdnem postopku za določitev odškodnine, ki implicira predhodno izvedbo zakonsko določenega postopka razlastitve. Nepravdno sodišče namreč lahko o obliki oziroma višini odmene odloča (še)le, če je razlaščenca škoda povzročena z dopustnim ravnanjem – s pravnomočno (oziroma v konkretnem primeru že z dokončno) odločbo o razlastitvi. Znotraj enakega (dopustnega) okvira oziroma nespornega temelja 'odškodninske obveznosti za razlaščeno nepremičnino' mora ostati tudi obravnava zamudnih obresti, ki so akcesorne glavni obveznosti razlastitvenega upravičenca. Obravnave (obrestnih) predlogov, ki temeljijo na nezakonitem ravnanju razlastitvenega upravičenca pred razlastitvenim postopkom, določbe ZNP, ZureP-1 in ZJC-B v nepravdnem postopku ne predvidevajo. Ker navedenega pritožbeno sodišče ni upoštevalo, je z obravnavo opisanega dela obrestnega zahtevka kršilo pravila o vrsti postopka (17. člen ZNP). Vendar odločba, ki je kljub njeni pravdni vsebini izdana v nepravdnem postopku, ni sama po sebi neveljavna, ampak jo je mogoče iz tega razloga izpodbijati samo, če je bila zaradi odločanja nepravdnega sodišča zagrešena katera od bistvenih kršitev določb pravnega postopka (drugi odstavek 17. člena ZNP). Takšnih kršitev tožilstvo ni uspelo izkazati, saj se je v tem obsegu omejilo na mehansko povzemanje*

²⁵ Podobno tudi sklep VSL II Cp 2578/2013, I Cp 2870/2013 in II Cp 205/2014.

besedila 15. točke drugega odstavka 339. člena ZPP brez natančnejše opredelitve razlogov izpodbijanega sklepa, ki naj bi nasprotovali listinam spisa.«

Če zakonske zamudne obresti od odvzema posesti razumemo kot odškodnino za nezakonito ravnanje razlastitvenega upravičenca, je treba upoštevati tudi, da mora razlastitveni zavezanec v postopkih zatrtjevali in dokazati predpostavke odškodninske odgovornosti. Prav tako ni nujno, da zakonske zamudne obresti odražajo višino škode, ki naj bi mu nastala. Zastavlja se tudi vprašanje (delnega) zastaranja takega zahtevka, če razlastitveni upravičenec ugovarja zastaranje.

Če se nadomestilo za razlašeno nepremičnino določa še po določbah ZRPPN, je glede teka zakonskih zamudnih obresti treba upoštevati izrecno določbo 55. člena ZRPPN, po kateri mora razlastitveni upravičenec odškodnino plačati v tridesetih dneh po pravnomočnosti odločbe o določitvi odškodnine, zakonske zamudne obresti pa tečejo prvi dan po poteku tega roka.²⁶

Glede zakonskih zamudnih obresti oziroma njihove vloge pri odškodnini za razlašeno nepremičnino je zanimivo tudi stališče Vrhovnega sodišča v sklepu opr. št. II Ips 106/2015 z dne 24. 9. 2015, kjer je šlo za nujni postopek: »Po presoji Vrhovnega sodišča je treba vsakemu razlašencu (ne glede na pravno podlago za razlastitev (ZRPPN, ZSZ, ZUreP-1...)) in ne glede na (ne)dopustnost razlastitve) priznati ustrezno odmeno za nemožnost uporabe stvari, če pride do prenosa posesti (uporabe) na razlastitvenega upravičenca, preden je plačana odškodnina za odvzeto stvar. Le taka razlaga je lahko skladna z vsebino jamstva zasebne lastnine po 1. členu Protokola k EKČP in s pravicami, določenimi v 33. in 67. členu URS. Ob navedenem izhodišču je za odločitev glede zamudnih obresti ključnega pomena dejstvo, da je razlaščenec ob izgubi posesti (v letu 2004) v skladu z zakonom dobil izplačano 75% akontacijo odškodnine (37. člen ZSZ). Ker slednja predstavlja že odmeno za odvzem stvari (vštevava se namreč v končno odškodnino zaradi razlastitve), razlaščenec ne more biti upravičen še do dodatne odmene (v višini zamudnih obresti) za nemožnosti uporabe nepremičnine.«

Stališče Vrhovnega sodišča je zanimivo, saj razlikuje med vlogo zakonskih zamudnih obresti kot posledico zamude s plačilom odškodnine in vlogo zakonskih zamudnih obresti kot odmeno za uporabo stvari pred plačilom odškodnine.²⁷ V obravnavanem primeru je bila sicer že akontacija odškodnine primerna odmena, vendar če akontacija ne bi bila plačana, bi lahko obliko odmene za uporabo stvari prevzele zamudne obresti. Pri tem se zastavlja vprašanje, ali bi bile zamudne obresti primerna odmena, saj ni nujno, da dejansko odražajo izgubo, ki jo utrpi razlastitveni zavezanec od odvzema posesti stvari do plačila odškodnine, oziroma korist, ki jo ima od nepremičnine razlastitveni upravičenec.

Vprašanje je tudi, ali odločanje o zakonskih zamudnih obrestih kot možni odmeni za uporabo stvari sploh sodi v nepravdni postopek določitve nadomestila za razlašeno nepremičnino (menim, da gre za zahtevek na podlagi določb OZ, o

²⁶ Glej sklep VSRS II Ips 78/2015. Tudi v takih primerih ni izključeno, da bi imel razlaščenec pravico do zamudnih obresti od odvzema posesti nepremičnine dalje, vendar te ne spadajo v nadomestilo za razlašeno nepremičnino in se o njih ne odloča v nepravdnem, pač pa v pravdnem postopku.

²⁷ Primerjaj zadevo II Ips 15/2011, kjer gre za vlogo zakonskih zamudnih obresti kot posledice nezakonitega ravnanja razlastitvenega upravičenca.

katerem se odloča v pravnem postopku, pri čemer bi bilo trditveno in dokazno breme na razlaščenca). Prav tako je treba poudariti, da lahko v veliko primerih zakonske zamudne obresti presegajo korist od uporabe stvari in so lahko s tem, ko se razlaščenec prisodijo zakonske zamudne obresti, lastniki, ki prej nepremičnine niso uporabljali, tudi obogateni. Tega se nekateri lastniki tudi zavedajo in vlagajo vsa razpoložljiva pravna sredstva, da bi čim pozneje dobili plačano odškodnino (z zakonskimi zamudnimi obrestmi).

Ob tem se zastavi tudi vprašanje, kakšne so posledice zamude z izpolnitvijo in kako se določi odmena za nezmožnost uporabe stvari, ko razlastitveni upravičenec razlaščenca zagotovi nadomestno nepremičnino. V tem primeru ne gre za zakonske zamudne obresti, ker ne gre za izpolnitev denarne obveznosti. Razlaščenec bi bil kvečjemu upravičen do odmene zaradi nezmožnosti uporabe stvari, ki pa bi se npr. določala ob smiselni uporabi 198. člena OZ, torej da bi mu razlastitveni upravičenec zagotovil nadomestilo za korist, ki bi jo imel od uporabe stvari.

3.4 Nadomestna nepremičnina

Glede vprašanja dodelitve nadomestne nepremičnine je treba razlikovati med primeri, ko je nadomestno nepremičnino treba zagotoviti v skladu s 107. členom ZUreP-1, in primeri, ko nadomestna nepremičnina ni primarna obveznost razlastitvenega upravičenca, pač pa je alternativno določena oblika izpolnitve (prvi odstavek 105. člena ZUreP-1). V teh primerih se zastavi vprašanje, katera stranka ima pravico do izbire vrste nadomestila.

Višje sodišče v Kopru je v sklepu opr. št. Cp 775/2011 obrazložilo: *»Že iz samega besedila prvega odstavka 24. člena ZSZ jasno izhaja, da mora za odvzeto nepremičnino razlastitveni upravičenec lastniku zagotoviti drugo enakovredno nepremičnino ali mu mora plačati odškodnino. Gre torej za alternativno obveznost predlagateljice in v postopku sploh ni več sporno, da gre le še za odločanje o višini te odškodnine.«*²⁸ Kot izhaja iz navedenega stališča, ZSZ nobeni od vrst nadomestila ne daje prednosti. Podobno velja tudi za določbo prvega odstavka 105. člena ZUreP-1. Obveznost razlastitvenega upravičenca je torej v skladu z navedenim stališčem določena alternativno. V skladu z določbo 384. člena OZ, če ima kakšna obveznost dva predmeta ali več predmetov, vendar mora dolжник dati le enega, da bi bil prost obveznosti, potem ima, če ni dogovorjeno kaj drugega, pravico izbire dolжник in obveznost preneha, ko izroči predmet, ki ga je izbral. V skladu s tem ima pravico do izbire vrste nadomestila razlastitveni upravičenec, ki mora nadomestilo zagotoviti.

Vprašanje zagotovitve nadomestnega zemljišča v primerih, ko zakon tej obliki nadomestila ne daje prednosti, je obravnavalo tudi Višje sodišče v Ljubljani v sklepu opr. št. I Cp 751/2009. V tem primeru je razlastitvena upravičenka kot predlagateljica postopka določitve odškodnine predlagala, da se razlaščenca določi denarna odškodnina za razlaščena zemljišča. Razlaščenca pa sta predlagala dodelitev nadomestnih zemljišč v lasti razlastitvene upravičenke, ki so bila v neposredni bližini razlaščenega zemljišča. Razlaščenca sta se tudi pretežno ukvarjala s kmetijsko dejavnostjo, zato sta imela interes pridobiti nadomestno zemljišče. Predlagateljica je pojasnila, da možnost dodelitve nadomestnih zemljišč

²⁸ Podobno tudi sklep VSK opr. št. Cp 707/2008 in VSL sklep opr. št. I Cp 1884/2004.

ne obstaja. Višje sodišče je pojasnilo: »V določbi 1. odstavka 105. člena ZUreP je sicer res določeno, da za razlašeno zemljišče pripada lastnikom ustrezna odškodnina oz. enakovredna nadomestna nepremičnina, kar pomeni, da v zakonu ni določena prioriteta. Vendar pa pritožbeno sodišče sodi, da je sodišče dolžno v primeru, ko možnost zamenjave zemljišča obstaja, razlašeni lastnik pa izkaže upravičen interes po nadomestnem zemljišču, ugotoviti tudi možnost zamenjave zemljišč. Nasprotna udeleženca sta nedvomno s trditvijo, da se pretežno ukvarjata s kmetijsko dejavnostjo, nadomestna zemljišča pa se nahajajo v neposredni bližini njune domačije, izkazalo upravičen interes po zamenjavi zemljišč. ... Sodišče prve stopnje je zaradi zmotne materialne presoje, da je dolžno slediti predlagatelju glede vrste odmene za razlašeno zemljišče, nepopolno ugotovilo dejansko stanje, saj možnosti za zagotovitev nadomestnega zemljišča sploh ni obravnavalo.«

3.5 Nadomestilo pri »obrnjenih postopkih razlastitev«

Delno je vprašanje glede nadomestila za razlašeno nepremičnino pri t. i. »dejanskih razlastitvah« oziroma »obrnjenih postopkih razlastitev«, kjer je razlastitveni upravičenec prevzel posest na nepremičnini še pred formalno uvedbo razlastitvenega postopka, že bilo obravnavano v podglavju o zakonskih zamudnih obrestih. Dodatno se v teh primerih zastavlja vprašanje, v katerem času je treba pri cenitvi nepremičnine upoštevati njeno dejansko stanje. ZUreP-1 namreč določa, da se upošteva dejansko stanje nepremičnine na dan uvedbe razlastitvenega postopka. Pri dejanskih razlastitvah pa je na dan uvedbe razlastitvenega postopka na nepremičnini lahko že zgrajena infrastruktura in je ta lahko veliko več vredna, kot je bila ob odvzemu iz posesti razlastitvenega zavezanca, pri čemer je vlaganja v nepremičnino izvedel razlastitveni upravičenec.

Vrhovno sodišče je v zadevi opr. št. II Ips 874/2009 obravnavalo vprašanje, kakšna je primerna odškodnina v takih primerih.²⁹ V obrazložitvi je prikazalo več možnih rešitev tovrstnega položaja, pri čemer se je pri izbiri ustrezne rešitve oprlo na stališče v zadevi Guiso-Gallisay proti Italiji, ki jo je obravnavalo Evropsko sodišče za človekove pravice, v skladu s katerim razlaščenec do odškodnine za izboljšave na zemljišču, ki jih je izvedel razlastitveni upravičenec, ni upravičen: »...ustrezna odškodnina v višini tržne vrednosti zemljišča v času odvzema posesti, valorizirana z namenom odprave učinkov inflacije v vmesnem obdobju in z obrestmi, predpisanimi za uporabo tujega denarja. V sodbi velikega senata o pravični odškodnini v zadevi Guiso-Gallisay proti Italiji z dne 22. 12. 2009 pa je bilo potrjeno stališče senata, ki je pomenilo spremembo dotedanje prakse v primerih t. i. dejanskih razlastitev. Dotlej je ESČP kot ustrezno štelo odškodnino v višini valorizirane tržne vrednosti zemljišča in povečane za vrednost zgrajenega s strani države oziroma lokalne skupnosti, v navedeni zadevi pa je prisodilo odškodnino v višini valorizirane tržne vrednosti zemljišča v času, ko je zavezanec mogel z gotovostjo ugotoviti, da je izgubil lastninsko pravico, z obrestmi do dneva plačila odškodnine (kot odmeno za nemožnost uporabe v času od dejanskega odvzema do plačila odškodnine). Stališče sodišča, da se pri določitvi višine odškodnine za razlašeno nepremičnino ne upošteva vrednost tega, kar je razlastitveni upravičenec zgradil na nepremičnini, je po navedenem pravilno.«

29 Razlaščenec se je v tem primeru zavzel za to, da bi se odškodnina določila ob upoštevanju dejanskega stanja nepremičnine na dan uvedbe razlastitvenega postopka, torej ko je bila na nepremičnini že zgrajena infrastruktura.

Način določitve odškodnine iz zadeve II Ips 874/2009 (v višini tržne vrednosti zemljišča ob odvzemu posesti, povečane za valorizacijo, in zakonske zamudne obresti od odvzema posesti dalje) je povzela sodna praksa tudi v nekaterih primerih zakonitih razlastitev, ko je bila nepremičnina razlaščena v nujnem postopku (pred plačilom odškodnine), čeprav gre za bistveno drugačne okoliščine. Menim sicer, da bi bilo tako pri zakonitih kot pri t. i. dejanskih razlastitvah primernejše določanje odškodnine v višini tržne vrednosti nepremičnine na dan izdaje sodne odločbe (vendar pri »dejanskih« razlastitvah ob upoštevanju dejanskega stanja nepremičnine ob odvzemu posesti, pri »zakonitih« razlastitvah pa ob upoštevanju dejanskega stanja nepremičnine na dan uvedbe razlastitvenega postopka). Namen denarne odškodnine za razlaščeno nepremičnino namreč je, da lahko razlastitveni upravičenec s prejeto odškodnino kupi enakovredno nadomestno nepremičnino. Če je odškodnina določena na tak način (po cenah na dan odločanja), ni lastnik zaradi vmesnega gibanja cen nepremičnin ob prejemu odškodnine ne v boljšem ne v slabšem položaju. Ko prejme odškodnino, prejeti znesek zadošča za nakup enakovredne nadomestne nepremičnine. Način, da se odškodnina določi ob upoštevanju tržne vrednosti ob odvzemu posesti in valorizira na dan odločanja, po mojem mnenju ni primeren, saj se valorizacijski indeks določa glede na gibanje cen življenjskih potrebščin. Cene nepremičnin pa se gibljejo po drugačnih zakonitostih kot življenjske potrebščine, zato je mogoče, da v takem primeru razlaščenec prejme znesek odškodnine, ki v času prejema ne zadošča za nakup druge enakovredne nepremičnine (ko cene nepremičnin naraščajo bolj kot cene življenjskih potrebščin), ali pa prejme precej več (kar se dogaja, ko cene nepremičnin padajo; razlaščenec prejme odškodnino, določeno po cenah na dan odvzema posesti, ki so bile precej višje, na to odškodnino pa še valorizacijo).

4. SKLEP

Področje nadomestila za razlaščeno nepremičnino je samo na prvi pogled enostavno. V praksi pa se, kot navedeno zgoraj, zastavlja veliko vprašanj, na katera tako zakonodaja kot sodna praksa ne dajeta zadovoljivega odgovora.

Prva težava je v tem, ker področje razlastitev in nadomestila za razlaščeno nepremičnino ni celovito urejeno, zato prihaja pri določitvi nadomestila do (neupravičenega) razlikovanja med razlastitvenimi zavezanci. Menim, da je bila veliko boljša rešitev, ko je bilo področje razlastitev in nadomestila za razlaščeno nepremičnino urejeno v enem zakonu (kot je to bilo npr. z ZRPPN), ne pa v več področnih predpisih. Na ta način bi bilo lahko področje bolj celovito in premišljeno urejeno, prav tako bi bila bolj zagotovljena pravna varnost. Podobno je to področje v enem zakonu urejeno npr. v Italiji in na Hrvaškem. Seveda je določene posebnosti mogoče urediti tudi v posameznih področnih zakonih, vendar bi temeljna ureditev tega področja vsekakor morala biti v enem predpisu.

V ZUreP-1 in ZUPUDPP ni opredeljen čas, kdaj razlastitveni upravičenec pride v zamudo s plačilom odškodnine in kakšne so posledice te zamude. Ta težava je največja pri nujnih postopkih (takih pa je v praksi večina razlastitvenih postopkov), ko je nepremičnina razlaščena in razlastitveni upravičenec na njej prevzame posest še pred plačilom odškodnine oziroma zagotovitvijo nadomestne nepremičnine.

Zato je rešitev tega vprašanja prepuščena sodni praksi, ki je bila dolgo neenotna. V ZRPPN je bilo npr. določeno, da mora razlastitveni upravičenec odškodnino plačati v tridesetih dneh od vročitve pravnomočne odločbe, s katero je bila odškodnina določena v denarju. Če je bila razlastitvenemu upravičencu razlaščenca nepremičnina izročena pred pravnomočnostjo odločbe o razlastitvi, pa je moral razlaščenca na odškodnino plačati še letne obresti, kot so veljale v poslovnih bankah za hranilne vloge na vpogled, in sicer od dneva, ko mu je bila izročena nepremičnina, do dneva, ko je postala odločba o razlastitvi pravnomočna (torej ni šlo za zakonske zamudne obresti kot sankcijo za zamudo, ampak za obresti kot nadomestilo za uporabo tujega denarja, ki so nižje od zakonskih zamudnih obresti). V postopku za določitev odškodnine je sodišče v skladu z ZRPPN lahko na predlog razlaščenca odločilo tudi o akontaciji odškodnine (podobno je bilo urejeno tudi v ZSZ). Podobno rešitev glede plačila akontacije odškodnine ob prevzemu posesti na nepremičnini ima tudi Italija. Tako bi bilo rešeno tudi vprašanje ustrezne odmene razlaščenca za prevzem posesti na njegovi nepremičnini pred plačilom odškodnine, ki ga ZUreP-1 in ZUPUDPP ne urejata.

Dodatna težava je v tem, ker ZUPUDPP ureditev glede nekaterih temeljnih vprašanj (glej zgoraj), ki bi morale biti v zakonu, prepušča urejanju v podzakonskem predpisu (metodologijam), ta pa niti (še) ni sprejet. Zaradi omenjenih pomanjkljivosti zakonodaje je rešitev teh vprašanj prepuščena sodni praksi, ki rešuje vprašanja, ki bi morala biti urejena z zakonom. Kot navajamo v poglavju o sodni praksi, je ta večkrat neenotna. Tudi iz tega razloga pravna varnost ni zagotovljena.

Zaradi navedenih pomanjkljivosti zakonodaje menim, da sedanja pravna ureditev nadomestila za razlaščeno nepremičnino ni povsem primerna. Samo s spremembo zakona bi bilo te pomanjkljivosti težko odpraviti. Zato menim, da bi bilo bolje, če bi bil sprejet nov zakon, ki bi razlastitve in nadomestila za razlaščeno nepremičnino celovito urejal. Kakor navedeno zgoraj, so bile nekatere rešitve bolj urejene v prejšnji zakonodaji, nekatere rešitve so boljše kot pri nas urejene tudi v primerjalni zakonodaji. Zato bi moral zakonodajalec področje temeljito preučiti in premisliti o spremembi zakonodaje, da ne bi (spet) dobili zakona, ki bi odprl več vprašanj, kot bi jih rešil.

LITERATURA IN VIRI:

- BRITVIĆ VETMA, Bosiljka. Pravo izvlaštenja nekretnina u Hrvatskoj: opći režim i posebni postupci. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2009, št. 1, str. 201–217, dostopen na: <<http://hrcak.srce.hr/file/56887>> (25. 9. 2015)
- *Compulsory Purchase and Compensation, Compensation to Agricultural Owners and Occupiers*, Communities and Local Government, Office of the Deputy Prime Minister, London, 2004, dostopen na: <<http://www.planningportal.gov.uk/planning/planningpolicyandlegislation/currentenglishpolicy/goodpracticeguides/compurchase>> (18. 10. 2015)

- *Compulsory Purchase and Compensation, Compensation to Residential Owners and Occupiers*, Communities and Local Government, Office of the Deputy Prime Minister, London, 2010, dostopen na:
<<http://www.planningportal.gov.uk/planning/planningpolicyandlegislation/currentenglishpolicy/goodpracticeguides/compurchase>> (18. 10. 2015)
- *Predlog Uredbe o ocenjevanju vrednosti nepremičnin, pravic na nepremičninah, nadomestil za škodo in drugih stroškov - predlog za obravnavo*, dostopen na:
<http://zdruzenje-sickmet.si/images/tabdoc/ZUPUDPP-UREDBA_ocenjevanje-22.11.2012.doc> (15. 1. 2016)
- *Predlog Zakona o umeščanju prostorskih ureditev državnega pomena v prostor, 1. obravnava*, dostopen na:
<<https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranzakonAkt?uid=C12565D400354E68C1257753005726F0&db=konzak&mandat=V&tip=doc>> (5. 9. 2015)
- *Revizijsko poročilo Učinkovitost ureditve določanja in izplačevanja odškodnin zaradi gradnje in obnove gospodarske javne infrastrukture*, št. 320-8/2012/108, Računsko sodišče, Ljubljana, 2014, dostopen na:
<[http://www.rs-rs.si/rsrs/rsrs.nsf/I/K203161955DCD766FC1257C920037724B/\\$file/CenitveMZIP.pdf](http://www.rs-rs.si/rsrs/rsrs.nsf/I/K203161955DCD766FC1257C920037724B/$file/CenitveMZIP.pdf)> (11. 1. 2016)
- *Seznanitev s končnim poročilom »Razvoj metod ocenjevanja vrednosti nadomestil ob umeščanju prostorskih ureditev javnega pomena v prostor«, ki ga je na podlagi mednarodnega razpisa Geodetske uprave RS izdelalo švedsko državno podjetje »Swedesurvey«, in priprava zakonskih rešitev za sistemsko ureditev področja razlastitev nepremičnin, izvajalcev vrednotenja nepremičnin in enakopravno obravnavo razlastitvenih upravičencev v postopkih določanja odškodnin – predlog za obravnavo*, Ministrstvo za okolje in prostor: št. 006-2/2014-MZI/67 z dne 16. 10. 2015, dostopen na:
- <[http://vrs-3.vlada.si/MANDAT14/VLADNAGRADIVA.NSF/71d4985ffda5de89c12572c3003716c4/e3a2062571d1624ac1257ee0003c5536/\\$FILE/ATTRL7CV.doc/1_gradivo-161015.doc](http://vrs-3.vlada.si/MANDAT14/VLADNAGRADIVA.NSF/71d4985ffda5de89c12572c3003716c4/e3a2062571d1624ac1257ee0003c5536/$FILE/ATTRL7CV.doc/1_gradivo-161015.doc)> (6. 12. 2015)
- SODJA, Vesna. Še o ZUreP-1 in razlastitvi. *Pravna praksa*, 2008, leto 27, št. 45, str. 8–12.
- STOCKBAUER, Tina in VLAČIČ, Patrick. Razlastitev v Sloveniji z nekaterimi vidiki razlastitve v Nemčiji in Italiji. *Podjetje in delo*, 2014, letn. 40, št. 3-4, str. 588–608.
- ŠKUBIC KOVAČ, Maruška in RAKAR, Albin. Model vrednotenja zemljišč kategoriziranih cest za namene pravnega prometa. *Geodetski vestnik*, 2010, št. 54/2, str. 253–266.
- ŠTURM, Lovro (ur.) in drugi: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2010.

UREDITEV DELOVNEGA ČASA V SKLADU Z DIREKTIVO O DELOVNEM ČASU

Marjeta Janežič

višja pravosodna svetovalka na Delovno-socialnem oddelku Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

1. UVOD

Prispevek obravnava minimalne varnostne in zdravstvene zahteve pri organizaciji delovnega časa, ki jih morajo države članice zagotoviti v svojem notranjem pravnem redu glede na določbe Direktive 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa¹ (v nadaljevanju direktiva o delovnem času ali direktiva).

Obravnavana so nekatera splošna vprašanja v zvezi z uporabo in veljavnostjo direktive, možnosti odstopanja od posameznih določb (v katerih primerih je to mogoče in na kakšen način) in posledice neupoštevanja direktive. Zaradi obsežnosti in raznovrstnosti tematike niso zajeta vsa področja, ki jih obravnava direktiva; izpuščena je na primer ureditev nočnega in izmenskega dela, letnega dopusta, ureditev delavcev na morskimi ribiških pravilih, mobilnih delavcev, delavcev, ki delajo proč od obale.

Zgradba direktiva je nesistematična. Enakovrstna vsebina je obravnavana na več mestih v različnih členih, zaradi česar je težko razumljiva in včasih dvoumna. K nerazumljivosti dodatno prispeva poseben jezikovni slog, ki se uporablja v besedilih predpisov EU in sodbah Sodišča Evropske unije (v nadaljevanju SEU). Zato v prispevku posamezni deli besedila direktive in sodb SEU niso navedeni dobesedno, ampak so za večjo razumljivost in jasnost povzeti smiselno. Prispevek je analiza in razlaga direktive o delovnem času ob upoštevanju sodne prakse SEU.

2. VELJAVNOST DIREKTIVE O DELOVNEM ČASU

2.1 Celotna izključitev uporabe direktive

Direktiva o delovnem času ne velja za pomorščake,² kot jih opredeljuje Direktiva 1999/63/ES,³ to je za osebe, zaposlene na kateremkoli delovnem mestu na morski ladji, bodisi v javni ali zasebni lasti, ki je registrirana na ozemlju države članice

¹ UL EU, L 299/9, 18. 11. 2003, str. 381.

² Tretji odstavek 1. člena direktive o delovnem času.

³ Direktiva Sveta 1999/63/ES z dne 21. junija 1999 o Sporazumu o razporejanju delovnega časa pomorščakov, sklenjenim med Združenjem ladjarjev Evropske skupnosti (ESCA) in Federacijo sindikatov delavcev v prometu Evropske unije (FST), UL L 167, 2. 7. 1999, str. 33.

in običajno opravlja gospodarske pomorske prevoze.⁴ Sem, na primer, ne sodijo ribiška plovila. Direktiva pomorščake izrecno izključuje, kar pa ne pomeni, da je delovni čas pomorščakov povsem nereguliran, ampak le, da država članica pri normativni ureditvi delovnega časa te skupine delavcev ni vezana na minimalne varnostne in zdravstvene standarde direktive o delovnem času, ampak na posebne določbe Direktive 1999/63/ES. Iz področja uporabe direktive o delovnem času pa niso izključeni pomorščaki, ki opravljajo „delo proč od obale“, to je delo, ki se opravlja pretežno na morskem tehničnem objektu ali z njega (vključno z vrtalno opremo), ki je neposredno ali posredno povezano z raziskovanjem, črpanjem ali izkoriščanjem rudnih bogastev, vključno z ogljikovodiki, in potapljanje, povezano s takimi dejavnostmi, če se opravlja z morskega tehničnega plovnega objekta ali plovila.⁵ Direktiva o delovnem času se ne uporablja tudi v primerih, kadar drugi instrumenti EU vsebujejo posebne zahteve glede organizacije delovnega časa določenih poklicev ali poklicnih dejavnosti.⁶ Posebni standardi, določeni v drugih instrumentih Skupnosti, ki se nanašajo na primer na počitek, delovni čas, letni dopust in nočno delo nekaterih skupin delavcev, imajo namreč prednost pred določbami te direktive.⁷

2.2 Izključitev uporabe posameznih določb direktive

Nekatere določbe direktive o delovnem času, tj. o dnevnem počitku, odmorih, tedenskem počitku in trajanju nočnega dela, ne veljajo za mobilne delavce,⁸ enako pa velja tudi za delavce na morskih ribiških plovilih, za katere poleg tega ne velja tudi določba o najdaljšem tedenskem delovnem času. Direktiva o delovnem času v zvezi s temi delavci določa še nekatera druga posebna pravila, ki v tem prispevku niso obravnavana.

2.3 Splošna veljavnost in začasna izključitev uporabe direktive v izjemnih primerih

Ob upoštevanju navedenih izjem, direktiva o delovnem času načeloma velja za vse delavce, zaposlene za nedoločen ali določen čas v javnem ali zasebnem sektorju, njena uporaba pa se lahko izjemoma in začasno izključi za nekatere delavce, ki opravljajo določene javne službe.

Navedeno izhaja iz tretjega odstavka 1. člena direktive o delovnem času, ki določa, da se direktiva uporablja za vse javne in zasebne dejavnosti, pri tem pa dodaja „skladno s členom 2 Direktive 89/391/EGS“. Področje uporabe direktive o delovnem času je tako deloma vezano na področje uporabe Direktive 89/391/EGS⁹ (v nadaljevanju direktiva o varstvu pri delu), ki sicer ureja varstvo in zdravje

4 1. in 2. člen Evropskega sporazuma o organizaciji delovnega časa pomorščakov, ki je priloga Direktive Sveta 1999/63/ES.

5 Drugi stavek tretjega odstavka 1. člena v povezavi z osmim odstavkom 2. člena direktive o delovnem času.

6 14. člen direktive o delovnem času.

7 14. uvodna izjava direktive o delovnem času.

8 20. člen direktive o delovnem času.

9 Direktiva 89/391/EGS Sveta z dne 12. junija 1989 o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu (UL ES, L 183/1, 29. 6. 1989, str. 349).

delavcev pri delu, ta pa v drugem odstavku 2. člena izključuje uporabo direktive „*tam, kjer ji posebne značilnosti nekaterih posebnih dejavnosti javnih služb, kakršne so oborožene sile ali policija, ali nekaterih posebnih dejavnosti v službah civilne zaščite neizogibno nasprotujejo.*“

Nekatere države članice so v preteklosti navedeno določbo razlagale tako, da so za delavce tovrstnih dejavnosti (vojaki, policisti, reševalci in podobno) v celoti izključile uporabo direktive o varstvu pri delu, posledično pa tudi direktive o delovnem času. Iz sodne prakse SEU izhaja, da taka razlaga, vsaj na splošni in načelni ravni, ni pravilna.

SEU je zavzelo stališče, da je bila izjema iz 2. člena direktive o varstvu pri delu sprejeta samo zaradi zagotavljanja dobrega delovanja služb, ki so nujno potrebne za zaščito varnosti, zdravja in javnega reda, v primeru nevarnega dogodka izjemnih razsežnosti – na primer katastrofe, ko ni mogoče načrtovati delovnega časa intervencijskih in reševalnih skupin.¹⁰ Področje uporabe direktive o varstvu pri delu (posledično pa tudi direktive o delovnem času) je zato treba razumeti široko, izjeme od nje pa razlagati restriktivno. *Direktiva ne izključuje navedenih služb na sploh, pač pa le nekatere posebne dejavnosti teh služb.*

Merilo, ki ga je uporabil zakonodajalec EU za določitev področja uporabe direktive o varstvu pri delu, ne temelji le na dejstvu, da je posamezni delavec zaposlen v določeni javni službi (kot so oborožene sile, policija in civilna zaščita), ampak izključno na posebnih značilnostih nekaterih posebnih nalog, ki jih izvajajo delavci v okviru teh služb, kar upravičuje izjemo od pravil direktive, saj ima zagotavljanje učinkovite družbene zaščite absolutno prednost. Izjeme so mogoče le ob izjemnih dogodkih, ko se v primerih resne družbene nevarnosti od oseb, ki tak dogodek obvladujejo, zahteva, da dajo absolutno prednost zaščiti prebivalstva. Enako velja za primere naravnih ali tehnoloških katastrof, atentatov, hudih nesreč ali drugih podobnih dogodkov, ki zaradi obsežnosti in resnosti zahtevajo sprejetje ukrepov, nujnih za zaščito življenja, zdravja in varnosti družbe. V takih okoliščinah potreba po ohranitvi varnosti in integritete družbe začasno prevlada nad ciljem teh direktiv, tj. zagotavljanje varnosti in zdravja delavcev.¹¹

Iz tega izhaja, da je pri normativni ureditvi delovnega časa teh posebnih skupin delavcev (vojakov, policistov, reševalcev in podobno) na splošni ravni prav tako treba upoštevati minimalne standarde direktive o delovnem času. Načeloma namreč velja, da take službe za dejavnosti, ki jih opravljajo v normalnih razmerah, lahko vnaprej organizirajo delovni čas svojih delavcev.¹² Države članice morajo zato na splošni ravni urediti delovni čas teh delavcev v skladu z direktivo o delovnem času.¹³ Zagotovitev minimalnih standardov, ki jih določa direktiva, je namreč lahko

10 Združene zadeve C-397/01 do C-403/0, Pfeffer in drugi.

11 Primerjaj zadevo C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg proti Leiter der Feuerwehr Hamburg.

12 Tak sklep izhaja iz zadev Pfeffer in drugi in Personalrat der Feuerwehr Hamburg proti Leiter der Feuerwehr Hamburg. V slednji je SEU zapisalo: „Čeprav se mora služba, kot je ta, ki jo obravnava predložitveno sodišče, odzvati na dogodke, ki sami po sebi niso predvidljivi, pa za dejavnosti, ki jih opravlja v normalnih razmerah in ki poleg tega ustrezajo nalogi, ki je bila tej službi zaupana, vnaprejšnja organizacija ni nič težja, vključno z delovnimi urniki osebja.“

13 V tožbi Evropske komisije proti Kraljevini Španiji je SEU presodilo, da slednja ni izpolnila obveznosti iz direktive o delovnem času, ker ni sprejela predpisov za uskladitev s to direktivo za necivilno osebje javne uprave. Šlo je za Guardia Civil oziroma za civilno gardo, Zadeva C-158/09, Komisija proti Španiji.

izključena le v izjemnih primerih oziroma izrednih okoliščinah, ko je treba zaščititi življenje, zdravje in varnost družbe, pa še takrat samo *začasno*, dokler take razmere trajajo. Uporaba direktive tako ni izključena za celotno dejavnost, lahko pa je izključena za opravljanje posameznih nalog v okviru te dejavnosti, dokler posebne razmere trajajo. Tudi takrat pa je treba čim bolj, kolikor dane razmere to dopuščajo, zagotoviti varnost in zdravje delavcev.

3. DELOVNI ČAS IN POČITEK

3.1 Delovni čas

Delovni čas je vsako obdobje, v katerem je delavec na voljo delodajalcu in opravlja svoje delo ali naloge v skladu z nacionalno zakonodajo in/ali prakso.¹⁴ Pojem delovnega časa je nasproten pojmu počitka.¹⁵ Pojemov „delovni čas“ in „počitek“ po direktivi o delovnem času ni mogoče razlagati glede na določbe različnih ureditev držav članic, ampak gre za pojma prava EU, ki ju je treba opredeliti glede na objektivne značilnosti ter sistem in namen direktive.¹⁶

Delovni čas po direktivi o delovnem času vključuje tudi nadure. V delovni čas pa se v celoti šteje tudi *čas stalne pripravljenosti*, kadar je delavec fizično navzoč na kraju, ki ga določi njegov delodajalec, čeprav ta čas vključuje krajše ali daljše faze neaktivnosti¹⁷ in celo čas, ko delavec počiva ali spi.¹⁸ SEU je glede zdravnikov, ki opravljajo dežurstvo v zdravstveni ustanovi, zavzelo stališče, da že samo dejstvo, da morajo biti prisotni na delovnem mestu, kjer so na voljo delodajalcu, pomeni, da v tem času opravljajo svoje delo.¹⁹ Oddaljeni so od svojega družinskega in socialnega okolja in omejeni pri upravljanju časa, v katerem njihove storitve niso zahtevane. Obdobje neaktivnosti v takih okoliščinah ni mogoče šteti za počitek.²⁰ Po drugi strani pa zdravniki v primeru dosegljivosti na klic, ne da bi morali biti tudi fizično prisotni v zdravstveni ustanovi, lahko organizirajo svoj čas z manj omejitvami in imajo možnost upoštevati svoje interese. V teh primerih se v delovni čas šteje samo čas *dejanskega* opravljanja zdravstvenih storitev.²¹

3.2 Počitek

Namen direktive o delovnem času je učinkovita zaščita varnosti in zdravja delavcev. Ob upoštevanju tega bistvenega cilja mora biti vsakemu delavcu zagotovljen ustrezen čas za počitek. Počitek je treba izraziti v časovnih enotah, to je v dnevih, urah in/ali njihovih delih.²² Direktiva o delovnem času *čas počitka* opredeljuje kot vsak čas, ki ni delovni čas, *ustrezni počitek* pa kot redne počitke,

14 Prvi odstavek 2. člena Direktive o delovnem času.

15 Zadevi C-303/98, Simap in C-151/02, Jaeger.

16 Zadeva Jaeger.

17 Primerjaj zadeve Pfeiffer in drugi.

18 Primerjaj zadevo Jaeger.

19 Primerjaj zadevo Simap. V tem smislu tudi zadevi Jaeger in Dellas, C 14/04.

20 Primerjaj zadevo Jaeger.

21 Primerjaj zadevi Simap in CIG, C-241/99.

22 Peta uvodna izjava direktive o delovnem času.

katerih trajanje se izrazi v časovnih enotah in ki so dovolj dolgi in nepretrgani, da zagotovijo, da zaradi utrujenosti ali drugih neenakomernih delovnih vzorcev delavci ne poškodujejo sebe, sodelavcev ali drugih in da si kratkoročno in dolgoročno ne okvarijo zdravja.²³ SEU je pojem ustreznega počitka še dodatno razložilo tako, da je navedlo, da mora biti ustrezeni počitek ne samo *učinkovit*, torej da se delavcem omogoči obnova moči po utrujenosti od dela, ampak tudi *preventiven*, tako da se kar najbolj zmanjša tveganje za poslabšanje varnosti in zdravja delavcev zaradi kopičenja delovnega časa brez potrebnega počitka.²⁴ Direktiva v nekaterih primerih določa, koliko mora trajati ustrezeni počitek, npr. za dnevni počitek (najmanj 11 ur v 24 urah), tedenski počitek (najmanj 24 ur v sedemdnevnem obdobju, plus dodatnih 11 ur dnevnega počitka), kadar tega ne določa (npr. pri odmorih), pa se trajanje določi ob upoštevanju navedene opredelitve ustreznega počitka.

3.3 Enakovredni nadomestni počitek

Kadar je v skladu z direktivo o delovnem času možno odstopanje od dolžine predpisanega počitka, mora biti delavcem zagotovljen enakovreden nadomestni počitek.²⁵

SEU je zavzelo stališče, da je za „enakovreden nadomestni počitek“ značilno, da je to čas, v katerem delavec do svojega delodajalca nima obveznosti, ki bi mu onemogočale svobodno in neprekinjeno ukvarjanje s svojimi interesi zaradi odprave učinkov dela na njegovo varnost in zdravje. Počitek mora zato neposredno slediti delovnem času, ki naj bi ga nadomestil, da se prepreči utrujenost ali preobremenitev delavca zaradi kopičenja zaporednih obdobj del. Praviloma je torej treba predvideti redno izmenjavo delovnega časa in časa počitka za zagotovitev učinkovite zaščite varnosti in zdravja delavcev. Delavec mora imeti možnost, da se od delovnega okolja oddalji za nekaj ur, da si lahko učinkovito odpočije. Te morajo biti *zaporedne*, hkrati pa morajo tudi *neposredno slediti* delovnem času, da se lahko posameznik sprosti in odpravi utrujenost, povezano z opravljanjem delovnih nalog. V nasprotnem primeru lahko niz obdobj del, med katerimi ni potrebnega časa za počitek, povzroči škodo delavcu ali vsaj nevarnost, da bo presegel svoje fizične sposobnosti, zaradi česar sta ogrožena njegova varnost in zdravje. Zato poznejši čas počitka za navedena obdobja ne more zagotoviti ustrezne zaščite.²⁶

Nadomestni počitek traja toliko zaporednih ur, kolikor je bil počitek skrajšan, delavec pa ga mora koristiti, preden nastopi naslednje obdobje dela. Praviloma se z dodelitvijo „poznejših“ obdobj počitka, ki niso več v neposredni zvezi s podaljšanim obdobjem dela, ustrezno ne spoštujejo splošna načela zaščite varnosti in zdravja delavcev, ki so temelj evropske ureditve organizacije delovnega časa. Šele v izrednih okoliščinah namreč direktiva o delovnem času²⁷ dovoljuje, da se delavcu dodeli „*drugo ustrezno varstvo*“, če nadomestnega počitka ni mogoče dodeliti iz objektivnih razlogov.²⁸ Pozneje dodeljena obdobja počitka se ne štejejo več za

23 Drugi in deveti odstavek 2. člena direktive o delovnem času.

24 Zadeva Jaeger, 92. točka obrazložitve.

25 Drugi odstavek 17. člena in tretji odstavek 18. člena direktive o delovnem času.

26 Zadeva Jaeger, 94., 95. in 96. točka obrazložitve.

27 Drugi odstavek 17. člena, tretji odstavek 18. člena direktive o delovnem času.

28 Zadeva Jaeger, 97. in 98. točka obrazložitve.

nadomestni počitek, ampak kvečjemu za drugo ustrezno varstvo, ki pa je možno le v izjemnih primerih in samo, če enakovrednega nadomestnega počitka ni bilo mogoče zagotoviti.

3.4 Drugo ustrezno varstvo

Direktiva o delovnem času pojma „drugo ustrezno varstvo“ ne opredeljuje. Je pa v zvezi s tem SEU zapisalo, da je namen tega varstva tako kot pri enakovrednem nadomestnem počitku in minimalnem dnevnem počitku (3. člen direktive) delavcem omogočiti, da se sprostijo in odpravijo utrujenost, povezano z opravljanjem delovnih nalog. SEU je v konkretnem primeru, ki ga je obravnavalo, presodilo, da določitev zgornje meje števila delovnih dni na letni ravni (šlo je za omejitev na 80 delovnih dni na leto) ni mogoče šteti za „ustrezno varstvo“ po drugem odstavku 17. člena direktive o delovnem času.²⁹

3.5 Splošna pravila glede trajanja delovnega časa in počitka

Direktiva vsebuje splošna pravila, v skladu s katerimi morajo države članice normativno urediti organizacijo delovnega časa delavcev, pri čemer pa dopušča tudi nekatera odstopanja od teh pravil, ki so podrobneje obravnavana v naslednjem poglavju. Direktiva določa samo *minimalne* varnostne in zdravstvene zahteve pri organizaciji delovnega časa,³⁰ države članice pa seveda lahko sprejmejo za delavce ugodnejšo ureditev.³¹ Prenos te direktive v notranji pravni red ne sme biti veljavna pravna podlaga za zniževanje splošne ravni varovanja delavcev, kar pa ne posega v pravico držav članic, da glede na spreminjajoče se razmere, sprejemajo drugačne predpise na področju delovnega prava, ob spoštovanju minimalnih standardov direktive.³²

3.5.1 Minimalni dnevni počitek (3. člen direktive)

Vsak delavec ima pravico do *minimalnega dnevnega počitka* 11 zaporednih ur v 24-urnem obdobju. Direktiva o delovnem času za dnevni počitek ne omogoča določitve referenčnega obdobja, tako kot ga omogoča za določitev najdaljšega tedenskega delovnega časa in tedenskega počitka (pa tudi za dolžino nočnega dela),³³ zato dnevnega počitka ni mogoče določiti kot povprečje v posameznem daljšem časovnem obdobju.

3.5.2 Odmori (4. člen direktive)

Vsak delavec, katerega delovni dan je daljši od šestih ur, ima pravico do odmora. Direktiva ne določa konkretnega trajanja odmora. Določitev trajanja odmora je prepuščena državam članicam, vendar pa morajo te pri tem upoštevati opredelitev ustreznega počitka iz devetega odstavka 2. člena direktive o delovnem času.

²⁹ Zadeva C-303/98, Union syndicale Solidaires Isere.

³⁰ Prvi odstavek 1. člena direktive o delovnem času.

³¹ 15. člen direktive o delovnem času.

³² 23. člen direktive o delovnem času.

³³ 16. člen direktive o delovnem času.

Zanimivo je, da direktiva določa, da države članice določijo trajanje in pogoje v zvezi z odmorom v kolektivnih pogodbah. Šele če to ni mogoče, se trajanje in pogoji določijo z zakoni ali podzakonskimi predpisi.

3.5.3 Tedenski počitek (5. člen direktive)

Vsak delavec ima v sedemdnevnem obdobju pravico do *tedenskega počitka* v trajanju najmanj 24 neprekinjenih ur in še 11 ur dnevnega počitka (skupaj torej 35 zaporednih ur). Če objektivni, tehnični ali organizacijski pogoji to opravičujejo, se lahko določi minimalni čas počitka 24 ur. Pogoj za skrajšanje tedenskega počitka na 24 ur iz objektivnih, tehničnih ali organizacijskih razlogov na podlagi drugega odstavka 5. člena direktive ni, da mora biti delavcu zagotovljen enakovredni nadomestni počitek, tako kot v primeru odstopanja na podlagi drugega odstavka 17. člena in tretjega odstavka 18. člena direktive. Možna je določitev referenčnega obdobja za izračunavanje povprečnega trajanja, v trajanju največ 14 dni.³⁴ Referenčno obdobje pomeni, da se število ur minimalnega dnevnega počitka lahko izračunava kot povprečna vrednost v 14-dnevnem obdobju, torej je ta počitek na določene dni v tem obdobju lahko krajši ali daljši od minimalnega.

3.5.4 Najdaljši tedenski delovni čas (6. člen direktive)

Splošno pravilo, ki ga določa direktiva, je, da povprečni delovni čas za vsako sedemdnevno obdobje, vključno z nadurami, ne sme presegati 48 ur, za izračun povprečja pa se lahko določi referenčno obdobje največ štirih mesecev. Plačani letni dopust in bolniška odsotnost se ne upoštevata oziroma ne vplivata na izračun povprečja.³⁵ Če država članica določi referenčno obdobje, mora zagotoviti, da povprečni delovni čas v tem obdobju ne preseže 48 ur, kar pomeni, da je ta (znotraj obdobja) včasih višji, včasih pa nižji od maksimuma. Direktiva ne določa, kolikšen je najdaljši tedenski delovni čas v referenčnem obdobju, vendar pa je v vsakem primeru treba upoštevati omejitve direktive glede zagotavljanja dnevnega in tedenskega počitka. Tedenski delovni čas mora biti omejen z zakoni, podzakonskimi predpisi ali kolektivnimi pogodbami.

4. Odstopanja

4.1 Splošno o odstopanjih

Direktiva v različnih členih vsebuje zapleten skupek določb, ki urejajo možnosti odstopanja, ki pa so v tem prispevku zaradi večje jasnosti in preglednosti razdeljene v več skupin, navedenih v nadaljevanju. Če želijo države članice izkoristiti možnost odstopanja, morajo upoštevati pravila direktive o tem, *kdaj oziroma za katere skupine delavcev* lahko to storijo, *na kakšen način* (z zakoni, podzakonskimi predpisi, kolektivni pogodbami) in *pod kakšnimi pogoji* (za različne skupine delavcev in različne načine prenosa veljajo različni pogoji).

³⁴ 16(a). člen direktive o delovnem času.

³⁵ 6. člen in 16(b). člen direktive o delovnem času.

SEU je zavzelo stališče, da morajo države članice, kadar jim pravo EU daje možnost odstopanja od posameznih določb direktive, izvajati to svojo diskrecijsko pravico ob spoštovanju splošnih načel prava EU, med katerimi je tudi načelo pravne varnosti. Za upoštevanje tega načela morajo države članice dovoljena odstopanja od posameznih določb direktiv (če jih želijo izkoristiti) v svoj pravni red prenesti s potrebno natančnostjo in jasnostjo. Zapisalo je tudi, da določbe direktive o odstopanjih niso neposredno uporabljive in da v skladu z dobro ustaljeno sodno prakso SEU direktiva za posameznika ne more ustvarjati obveznosti, zato se nanjo neposredno proti njemu ni mogoče sklicevati. Če država članica ne bi veljavno prenesla odločb o odstopanju, se njeni organi na te določbe ne bi mogli sklicevati oziroma jih uporabiti kot pravno podlago zato, da bi posamezniku zavrnilo pravico.³⁶

4.2 Vrste odstopanj

4.2.1 Odstopanja I. kategorije³⁷

a) Delavci, v zvezi s katerimi je mogoče odstopiti od splošne ureditve

Odstopanja I. kategorije so možna pri tistih delavcih, ki zaradi posebnih značilnosti dela, ki ga opravljajo, nimajo vnaprej odmerjene ali določene dolžine delovnega časa oziroma jo lahko določijo sami. Direktiva *primeroma* našteva vodilne kadre ali druge osebe s pooblastili za avtonomno odločanje, delavce, ki so družinski člani, ali delavce, ki službujejo pri verskih obredih v cerkvah ali verskih skupnostih.

b) Določbe direktive, od katerih je mogoče odstopiti

V zvezi s temi delavci lahko država članica odstopi od splošnih pravil direktive o:

- dnevnem počitku (3. člen),
- odmorih (4. člen),
- tedenskem počitku (5. člen),
- najdaljšem tedenskem delovnem času (6. člen),
- trajanju nočnega dela (8. člen) in
- od predpisanih referenčnih obdobj (16. člen).

Država članica ima v primeru odstopanj I. kategorije možnost odstopiti od 6. člena direktive, tj. od določbe o najdaljšem tedenskem delovnem času. V primerih odstopanj II. in IV. kategorije direktiva dopušča le odstopanje od referenčnih obdobj za izračunavanje povprečja najdaljšega tedenskega delovnega časa. Direktiva v skladu z 22. členom sicer dopušča, da se *posamezni* delavci odpovejo pravici do najdaljšega tedenskega delovnega časa v skladu z direktivo, vendar v tem primeru ne gre za odstopanje na splošni ravni, pač pa za individualno odpoved tej pravici.

c) Način, kako je mogoče odstopiti od splošne ureditve, in pod katerimi pogoji

Če država članica želi izkoristiti ta odstopanja, lahko **to stori le z ustrezno ureditvijo v zakonih ali podzakonskih predpisih, ne pa tudi v kolektivnih**

³⁶ Primerjaj zadevo C 227/09, Accardo in drugi.

³⁷ Prvi odstavek 17. člena direktive o delovnem času.

pogodbah! Drugi odstavek 17. člena direktive o delovnem času, namreč omogoča ureditev odstopanj (tudi v) kolektivnih pogodbah le v primerih odstopanj iz tretjega, četrtega in petega odstavka 17. člena direktive o delovnem času, ne pa tudi v primerih iz prvega odstavka tega člena, t. j. za odstopanja I. kategorije. V tem smislu se je izreklo tudi SEU v zadevi **C-303/98, SIMAP**.³⁸ Za ta odstopanja direktiva ne zahteva, da država članica tem delavcem zagotovi enakovreden nadomestni počitek ali pa ustrezno varstvo (kot npr. pri odstopanjih II., III., in IV., kategorije), pač pa le, da mora upoštevati splošna načela varovanja zdravja in varnosti delavcev.

4.2.2 Odstopanja II. kategorije³⁹

a) Delavci, v zvezi s katerimi je mogoče odstopiti od splošne ureditve

Odstopanja II. kategorije so možna za delavce iz naslednjih dejavnosti:

- kjer sta kraj zaposlitve in kraj bivanja delavca oddaljena drug od drugega, vključno z delom proč od obale, ali kjer so kraji delavčeve zaposlitve oddaljeni drug od drugega;
- varovanja in nadzora, ki zahtevajo stalno prisotnost, zaradi varovanja posesti ali oseb, zlasti varnostnikov in oskrbnikov ali podjetij za varovanje (SEU je sem npr. štelo tudi osebe, ki opravljajo delo kot vodniki in inštruktorji v počitniških centrih za otroke⁴⁰);
- ki zahtevajo nepretrgano storitev ali proizvodnjo (direktiva *primeroma* našteva: storitve, povezane s sprejemom, zdravljenjem in/ali oskrbo v bolnišnicah ali podobnih ustanovah, vključno z dejavnostjo zdravnikov na usposabljanju, v domovih in zaporih; delavce v ladjedelnici ali na letališču; tisk, radio, televizija, filmska produkcija, poštna in telekomunikacijske storitve, storitve prve pomoči, gasilcev in civilne zaščite; proizvodnja, prenos in distribucija plina, vode in električne energije, zbiranje gospodinjskih odpadkov in sežigalnice; gospodarske dejavnosti, v katerih dela ni mogoče prekiniti zaradi tehničnih razlogov; dejavnosti raziskav in razvoja; kmetijstvo; za delavce, ki se ukvarjajo s prevozom potnikov v dejavnostih rednega mestnega prevoza);
- kadar gre za predvidljivo nihanje dejavnosti (direktiva *primeroma* našteva: kmetijstvo; turizem, poštna storitve);
- dejavnosti železniškega prometa, in sicer za tiste delavce, ki delo opravljajo s prekinitvami, delovni čas preživijo na vlakih, ali katerih delo je povezano z voznimi redi in zagotavljanjem nepretrganosti in rednosti prometa;
- kjer zaradi nenavadnih ali nepredvidljivih okoliščin prihaja do pojavov, ki niso pod nadzorom delodajalca, ali zaradi izjemnih dogodkov, ki se jim kljub potrebni skrbnosti, ne bi bilo možno izogniti;⁴¹
- v primeru nesreče ali neposrednega tveganja za nesrečo.

38 In the case of derogations provided for in Article 17(1), only laws, regulations or administrative provisions are permitted.

39 Tretji odstavek 17. člena direktive o delovnem času.

40 Union syndicale Solidaires Isere, 47. točka obrazložitve.

41 Direktiva o delovnem času se sklicuje na okoliščine iz četrtega odstavka 5. člena Direktive 89/391/EGS.

b) Določbe direktive, od katerih je mogoče odstopiti

Pri zgoraj navedenih skupinah delavcev lahko država članica odstopi od splošnih določb direktive o:

dnevnem počitku (3. člen),
odmorih (4. člen),
tedenskem počitku (5. člen),
trajanju nočnega dela (8. člen), in
od predpisanih referenčnih obdobjih (16. člen).

Na tem mestu je treba poudariti, da direktiva o delovnem času za te skupine delavcev ne dopušča odstopanj od določb o najdaljšem tedenskem delovnem času (6. člena direktive). Za navedene skupine delavcev torej povprečni tedenski delovni čas, vključno z nadurami, ne sme presegati 48 ur.⁴² Direktiva pa dopušča *odstop od dolžine referenčnega obdobja*, znotraj katerega se to povprečje (48 ur tedensko) izračunava. Tako lahko države članice za zgoraj navedene skupine delavcev namesto referenčnega obdobja štirih mesecev (kar je splošno pravilo) določijo referenčno obdobje do največ šestih mesecev. Samo izjemoma je mogoče, iz objektivnih ali tehničnih razlogov ali razlogov, povezanih z organizacijo dela, določiti celo daljše referenčno obdobje - do največ 12 mesecev, vendar slednje **le s kolektivnimi pogodbami**, če država članica to omogoči s sprejemom ustrezne pravne podlage.⁴³

c) Način, kako je mogoče odstopiti od splošne ureditve, in pod katerimi pogoji

Direktiva določa pogoj, da se v primeru teh odstopanj delavcem zagotovi enakovreden nadomestni počitek, ali pa, v izjemnih primerih, ko to ni mogoče, ustrezno varstvo.⁴⁴ Če država članica izkoristi možnost teh odstopanj, to lahko stori z zakoni, podzakonskimi predpisi ali kolektivni pogodbami. Odstopanje glede določitve 12-mesečnega referenčnega obdobja za izračunavanje povprečnega tedenskega delovnega časa pa se lahko določi le s kolektivnimi pogodbami.

4.2.3 Odstopanja III. kategorije⁴⁵

a) Delavci, v zvezi s katerimi je mogoče odstopiti od splošne ureditve

Odstopanja so mogoča v zvezi z delavci v naslednjih dejavnostih: dejavnosti z izmenskim delom vsakič, ko delavec zamenja izmeno in ne more izkoristiti dnevnega oziroma tedenskega počitka po koncu ene izmene in pred začetkom druge, in pri dejavnostih z deljenim delovnim časom, zlasti osebjem za čiščenje.

⁴² Enako velja tudi za odstopanja III. in IV. kategorije.

⁴³ Drugi odstavek 19. člena direktive o delovnem času.

⁴⁴ Prvi odstavek 19. člena v povezavi z drugim odstavkom 17. člena direktive o delovnem času.

⁴⁵ Direktiva o delovnem času ta odstopanja ureja v četrtem odstavku 17. člena.

b) Določbe direktive, od katerih je mogoče odstopiti

V teh primerih je mogoče odstopiti od splošnih določb direktive o:

- dnevnem počitku (3. člen) in
- tedenskem počitku (5. člen).

c) Način, kako je mogoče odstopiti od splošne ureditve, in pod katerimi pogoji

Odstopanja se lahko določijo z zakoni, podzakonskimi predpisi ali kolektivnimi pogodbami, vendar je treba tudi v tem primeru delavcem zagotoviti enakovredni nadomestni počitek ali če v izjemnih primerih to iz objektivnih razlogov ni mogoče, zagotoviti ustrezno varstvo.

4.2.4 Odstopanja IV. kategorije⁴⁶

a) Delavci, pri katerih je mogoče odstopiti od splošne ureditve

Možnost teh odstopanj ni omejena le za posebne skupine delavcev, kar pomeni, da zajema vse delavce.

b) Določbe direktive, od katerih je mogoče odstopiti

Lahko se določijo odstopanja od splošnih določb direktive o:

- dnevnem počitku (3. člen),
- odmorih (4. člen),
- tedenskem počitku (5. člen),
- trajanju nočnega dela (8. člen) in
- predpisanih referenčnih obdobjih (16. člen).

Direktiva tudi v tem primeru ne dopušča odstopanj od določb o najdaljšem delovnem času (6. člen direktive). S kolektivnimi pogodbami se lahko za izračunavanje povprečnega najdaljšega tedenskega delovnega časa namesto referenčnega obdobja štirih mesecev določi referenčno obdobje do največ šestih mesecev,⁴⁷ samo izjemoma iz objektivnih ali tehničnih razlogov ali razlogov, povezanih z organizacijo dela, pa je dopustna določitev referenčnega obdobja do največ 12 mesecev, če država članica to omogoči s sprejemom ustrezne pravne podlage.⁴⁸

c) Način, kako je mogoče odstopiti od splošne ureditve, in pod katerimi pogoji

Ta odstopanja se od prej navedenih razlikujejo predvsem v tem, da so mogoča **samo s kolektivnimi pogodbami**. Direktiva določa pogoj, da se v primeru teh odstopanj delavcem zagotovi enakovreden nadomestni počitek, ali pa v izjemnih primerih, ko to ni mogoče, ustrezno varstvo.⁴⁹

⁴⁶ 18. člen direktive o delovnem času.

⁴⁷ Prvi odstavek 19. člena direktive o delovnem času.

⁴⁸ Drugi odstavek 19. člena direktive o delovnem času.

⁴⁹ Tretji odstavek 18. člena direktive o delovnem času.

4.3 Odpoved pravici do delovnega časa, ki ne presega najdaljšega tedenskega delovnega časa po direktivi o delovnem času

Država članica ima na podlagi 22. člena direktive o delovnem času možnost, da ob upoštevanju splošnega načela varovanja zdravja in varnosti delavcev sprejme ureditev, na podlagi katere se posamezni delavci lahko odpovejo pravici do delovnega časa, ki ne presega najdaljšega tedenskega delovnega časa, to je 48 ur v sedemdnevnem obdobju. Zahteva se *izrecno* in *svobodno izraženo* soglasje, ki ga poda vsak delavec *posamično*. Za ta namen na primer ni dovolj, da se pogodba posameznega delavca o zaposlitvi sklicuje na kolektivno pogodbo, ki omogoča tako prekoračitve.⁵⁰ Pri normativni ureditvi te možnosti mora država članica upoštevati vse naslednje pogoje:

delodajalec od delavca ne zahteva, da dela več kot 48 ur v sedemdnevnem obdobju, izračunanem kot povprečje za referenčno obdobje štirih mesecev, če prej ni pridobil delavčevega soglasja za opravljanje takega dela;

delodajalec ne sme škodovati delavcu, ki ni pripravljen dati soglasja za tako delo; delodajalec vodi tekočo evidenco vseh delavcev, ki opravljajo tako delo;

evidence se predložijo pristojnim organom, ki lahko iz razlogov, povezanih z varnostjo in/ali zdravjem delavcev, prepovejo ali omejijo možnost preseganja najvišjega števila ur v delovnem tednu;

delodajalec pristojnim organom na njihovo zahtevo predloži podatke o primerih, ko so delavci dali soglasje za delo prek 48 ur v sedemdnevnem obdobju, izračunano kot povprečje za referenčno obdobje štirih mesecev.

Če države članice uporabijo možnost, predvideno v tem členu, o tem obvestijo Komisijo.

5. NEPOSREDNI UČINEK DIREKTIVE

Iz ustaljene sodne prakse SEU izhaja, da se posamezniki lahko v primerih, ko so določbe direktive nepogojne in dovolj natančne, nanje sklicujejo pred nacionalnimi sodišči zoper državo, če ta ni pravočasno prenesla direktive v nacionalno pravo ali pa je ni prenesla pravilno. SEU je v zadevah od C-397/01 do C-403/01, Pfeiffer in drugi, presodilo, da je drugi odstavek 6. člena direktive o delovnem času (povprečni delovni čas za vsako sedemdnevno obdobje, vključno z nadurami, ne sme presegati 48 ur) jasna, nepogojna in natančna določba, zato izpolnjuje vse zahtevanje pogoje za neposredni učinek. Vendar pa celo v primeru jasnih, natančnih in nepogojnih določb direktive, ki posameznikom dajejo pravice ali jim nalagajo obveznosti, teh ni mogoče neposredno uporabiti v sporu, ki poteka izključno med posamezniki. **Posameznik se namreč lahko neposredno sklicuje na določbo direktive z neposrednim učinkom le v sporu proti državi, ne pa proti drugemu posamezniku.** Vendar je tudi v sporu med posamezniki, nacionalno sodišče dolžno ravnati po načelu *skladne razlage* nacionalnega prava, kar pomeni, da mora z upoštevanjem vseh predpisov nacionalnega prava (in ne samo tistih, ki so konkretno namenjeni prenosu določb direktive) zagotoviti polni učinek direktive.

⁵⁰ Zadeve Pfeiffer in drugi in Simap.

6. PRAVICA DO ODŠKODNINE

V zadevi C-429/09, Fuss II, je SEU zapisalo, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso načelo odgovornosti države za škodo, povzročeno posameznikom zaradi kršitev prava EU, za katere je odgovorna država, vsebovano v sistemu pogodb, na katerih temelji EU. Iz navedene sodne prakse izhaja, da ta obveznost velja za vse primere, ko država članica krši pravo EU, in to ne glede na to, kateri državni organ je povzročil kršitev in kateri mora v skladu s pravom posamezne države članice načeloma povrniti škodo.

Tako je SEU presodilo, da imajo oškodovanci pravico do odškodnine, če so izpolnjeni trije pogoji, in sicer:

- namen kršenega pravila prava EU mora biti priznavanje pravic posameznikom,
- kršitev tega pravila mora biti dovolj resna in
- obstajati mora neposredna vzročna zveza med to kršitvijo in škodo, povzročeno oškodovancem.

SEU je navedlo, da obveznost povrnitve škode, povzročene posameznikom, ne sme biti pogojena s pojmom krivde ki presega dovolj resno kršitev prava EU.

7. SKLEPNE UGOTOVITVE

Direktiva o delovnem času določa minimalne standarde za ureditev delovnega časa. Države članice lahko sprejmejo ugodnejšo ureditev, ne smejo pa sprejeti ureditve, ki bi delavcem dajala manj pravic, kot so jim zagotovljene z direktivo. Odstopanja od splošne ureditve so sicer mogoča, vendar le v določenih primerih, pod določenimi pogoji in na določen način.

Primeren način prenosa direktive bi bil, da bi splošna delovnopravna zakonodaja določila pravice delavcev vsaj na ravni minimalnih standardov direktive, lahko pa tudi ugodnejše. Posamezne določbe direktive se praviloma prenesejo z zakoni ali podzakonskimi predpisi, če direktiva izrecno ne določa, da je mogoč prenos tudi s kolektivnimi pogodbami ali celo samo s kolektivnimi pogodbami (npr. odstopanje IV. kategorije).⁵¹ Glede odmorov direktiva na primer določa, da se trajanje in pogoji po možnosti določijo v kolektivnih pogodbah, če to ni mogoče, pa z zakoni ali podzakonskimi predpisi. V tem primeru direktiva daje prednost ureditvi v kolektivnih pogodbah, če to ni mogoče, pa dopušča tudi ureditev z zakoni ali podzakonskimi predpisi.

Če bi se država članica odločila izkoristiti dovoljena odstopanja, bi to morala storiti s potrebno jasnostjo in natančnostjo ob izpolnjevanju vseh pogojev in zahtev iz direktive. Ker se odstopanja nanašajo na delavce določenih dejavnosti, bi bilo odstop od splošnih pravil za te delavce primerno urediti v posebnih predpisih, ki urejajo delovnopravni položaj teh delavcev (npr. vojaki, policisti, zdravniki, gasilci

⁵¹ Ob tem je treba v našem pravnem redu pri izbiri tehnike prenosa upoštevati 87. člen Ustave RS, ki določa, da pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.

itd.), ali pa vsaj v posebnih določbah splošnega zakona o delovnih razmerjih. Pri tem je treba upoštevati, da direktiva prenos nekaterih odstopanj omogoča samo s kolektivnimi pogodbami (odstopanja IV. kategorije), za nekatera odstopanja zahteva prenos samo z zakoni ali podzakonskimi predpisi (odstopanja I. kategorije), za druga omogoča prenos z zakoni ali podzakonskimi predpisi in kolektivnimi pogodbami. V naši pravni ureditvi je treba upoštevati določbo 4. člena Zakona o kolektivnih pogodbah (ZKolP),⁵² po kateri lahko kolektivna pogodba vsebuje le določbe, ki so za delavce ugodnejše od določb v zakonih, razen v primeru, ko Zakon o delovnih razmerjih določa drugače (v tem smislu tudi 9. člen ZDR-1⁵³). Ker odstopanja pomenijo za delavca manj ugodno ureditev od splošne, bo moral zakon, tudi kadar direktiva zahteva ali omogoča prenos s kolektivnimi pogodbami, določiti pravno podlago za drugačno (manj ugodno) ureditev.

Pri odstopanjih od trajanja predpisanega počitka mora biti delavcem zagotovljen enakovreden nadomestni počitek ali kadar to ni mogoče, drugo ustrezno varstvo, razen v primeru odstopanj I. kategorije, kjer morajo biti upoštevana tudi splošna načela varovanja zdravja in varnosti delavcev.

52 Ur. l. RS, št. 43/2006 in nadaljnji.

53 Ur. l. RS, št. 21/2013 in nadaljnji.

FRANCOSKI PRISEDNIŠKI MODEL SODELOVANJA DRŽAVLJANOV PRI SOJENJU

BOŠTJAN TRATAR, doktor pravnih znanosti, državni pravobranilec Republike Slovenije, docent na Fakulteti za državne in evropske študije, Brdo pri Kranju

1. UVOD

Glede udeležbe laičnih državljanov pri sojenju načeloma razlikujemo **prave porotne sisteme** (kjer obstaja telo, sestavljeno izključno iz laikov, ki odloča (samo) o obdolženčevi krivdi – porota, angl. *jury*, nem. *Geschworenengericht*, *Schwurgericht*), ter t. i. **mešane, prisedniške oziroma skabinske sisteme**, kjer sodni senat, sestavljen tako iz laikov kakor tudi poklicnih sodnikov, odloča o dejanskih in pravnih vprašanjih v posameznem sodnem postopku (**t. i. kolaborativna sodišča**).¹

Francija ima glede na tako klasično delitev nekakšen hibridni model udeležbe državljanov pri sojenju, ki je srednja pot med (pravo) kontinentalno poroto in t. i. prisedniškimi sodišči (nem. *Schöffengerichte*).² Sedanja francoska sodišča, fr. *cour d'assises*, ki sodijo samo v najtežjih kaznivih dejanjih, za katera je zagrožena kazen vsaj desetih let zapora, so sestavljena iz **treh poklicnih sodnikov in devetih porotnikov** (fr. *jurés*) v senatu, v katerem skupaj razpravljajo in odločajo o kaznivem dejanju.³ Francoski model je rezultat preoblikovanja (prejšnje prave) francoske porote z reformami v letih 1908, 1932 in 1941 od telesa (porote), ki je bilo sestavljeno samo iz laičnih sodnikov, do telesa (sodnega senata), ki odloča skupaj s poklicnimi sodniki.⁴

Čeprav je evolucija potisnila francoski porotni sistem v smer nemških prisedniških sodišč (nem. *Schöffengerichte*), se francosko sodišče (fr. *cour d'assises*) razlikuje od nemških prisedniških sodišč (nem. *Schöffengerichte*) na tako pomemben način, da se kot model udeležbe laične javnosti v sodstvu uvršča posebej, tj. kot **poseben model udeležbe laikov pri sojenju**.⁵

Delež laičnih sodnikov v primerjavi s poklicnimi sodniki v skupnih senatih je veliko večji v francoskem sodišču kot v nemškem, prav tako se razlikuje praksa posvetovanja in odločanja, porotniki v francoskem *cour d'assises* glasujejo namreč tajno po posvetovanju.⁶ Morda najpomembnejša razlika pa je v načinu izbire laičnih

1 Glej npr. Valerie P. Hans: *Jury Systems Around the World*, v: Cornell Law Faculty Publications, paper 305, 2008, str. 275–297.

2 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev: *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, v: Columbia Journal of European Law, vol. 13, 2016, str. 97.

3 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 97.

4 Navedeno po John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 98.

5 Prav tam.

6 Prav tam.

sodnikov. Dejstvo, da je francoski sistem ohranil sistem naključne izbire sodnikov porotnikov iz družbene skupnosti kot celote, pomeni, da ohranja jasno razlikovanje med sodiščem, ki ga predstavljajo poklicni sodniki, in porotniki (fr. *jurés*), ki v pravem pomenu besede niso člani sodišča (temveč predstavniki določene skupnosti).⁷ Nasprotno pa so v nemškem modelu laični sodniki imenovani kot člani sodišča (enako kot poklicni sodniki); porotniki v Franciji so izbrani iz skupnosti in so v času svojega mandata predstavniki javnosti (kar je podobno poroti), nemški laični sodniki pa nasprotno predstavljajo sodišče (v času svojega mandata postanejo člani sodišča).⁸

Čeprav naj bi bil model francoskega prisedniškega, kolaborativnega sodišča bistveno drugačen od nemškega modela, pa se v teoriji poudarja, da so številni sodni sistemi (npr. v Italiji, v Grčiji, na Portugalskem) sprejeli kombinacijo francoskega in nemškega modela, zaradi česar jih je težko uvrstiti v enega izmed teh dveh modelov.⁹ Medtem ko npr. v Grčiji ali na Portugalskem število laičnih sodnikov v mešanih senatih presega število poklicnih sodnikov podobno kot v nemškem modelu, pa sodišča v teh državah uporabljajo model naključne izbire sodnikov, ki je podoben francoskemu modelu.¹⁰ Čeprav je delež sodnikov prisednikov v italijanskih mešanih sodiščih trije sodniki prisedniki proti enemu poklicnemu sodniku (6 – 2), podobno kot v francoskih kolaborativnih sodiščih, lahko sodišče odloča o krivdi z navadno večino glasov, takšno pravilo pa je bolj značilno za nemški model, drugače kot v francoskem modelu, kjer je za odločitev o krivdi potrebna kvalificirana dvotretjinska večina glasov.¹¹

2. ZGODOVINA

Porotni sistem sojenja v Franciji je izvorno nastal na **idejah buržoazne revolucije** iz leta 1791, v valu razsvetljenskih idej, prepletenih z optimizmom o vlogi državljanov – laikov pri sojenju, ki predstavljajo pravičnost in družbo, ljudsko suverenost in svobodo v procesu demokratizacije družbe.¹² Porota je bila v francosko zakonodajo uvedena z zakonom iz 16.–29. septembra 1791 (**Dekret o varnostni policiji, kazenskem sodstvu in uvedbi porote** – *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés*), v tem obdobju so bila postavljena tudi osnovna pravila in načela, ki so veljala naslednje stoletje in pol, čeprav so določeni temelji udeležbe državljanov pri sojenju obstajali že v fevdalnem obdobju, kar štejejo posamezni avtorji za začetek širokega vzpostavljanja porotnega sistema v svetu.¹³

Sicer pa je konec 18. stoletja, preden je Francija uvedla angleški tip porote v svoj sodni sistem, sodelovanje laikov, nepravnikov pri kazenskem sojenju obstajalo

7 Prav tam.

8 Prav tam.

9 Prav tam.

10 Prav tam.

11 Prav tam.

12 Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin: *Uloga porote u francuskom krivičnom postupku*, v: Anali pravnog fakulteta u Beogradu, št. 1/2015, str. 221, 222.

13 D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 222.

samo v Angliji, vsi drugi narodi pa so že od nekdaj imeli izključno poklicna sodišča, sestavljena iz poklicnih sodnikov.¹⁴ Zaradi zgodovinskega razvoja ljudskega pojmovanja o kaznivem dejanju, zlasti storilcu tega dejanja, jamstvih, ki jih mora imeti družba za pravilno izvajanje sodstva, ter o jamstvih, ki morajo biti zagotovljena državljanu, da bo v konkretnem primeru zagotovljeno nepristransko sojenje, je prišlo do uvedbe porote tudi v Franciji.¹⁵ Do te uvedbe je prišlo z reakcijo francoskega javnega mnenja v drugi polovici 18. stoletja proti tedanjemu kazenskemu postopku, ki je bil v tistem času zastarel, strog in krut, poleg tega pa še neracionalen, da je večinoma kršil humana čustva in racionalistični duh tedanjih francoskih intelektualcev, enako pa tudi čustva širokih plasti državljanov.¹⁶ Tajnost in pisnost postopka ter popolna izključitev zagovornika in sojenje na podlagi spisa so bile glavne značilnosti francoskega kazenskega postopka pred revolucijo.¹⁷ V kazenskih sodiščih so sodili kraljevi sodniki, ki so že zaradi značilnosti kazenskega postopka naleteli na veliko nezaupanje in negodovanje javnosti, če pa temu dodamo še dejstvo, da se je mučenje v tem času uporabljalo kot redno pravno sredstvo za dosego priznanja obdolženca v najtežjih primerih in da so bile kazenske sankcije v večini primerov povzročanje telesnih bolečin, da se je smrtna kazen zelo pogosto uporabljala in da so bile kazenske sankcije ne samo za današnje pojmovanje, temveč tudi za pojmovanje ljudi razsvetljenega 18. stoletja zelo okrutne, je enostavno razumeti, zakaj se je francosko javno mnenje v času revolucije tako zelo uprlo zoper ustanove tedanjega režima, še posebej zoper kazensko sodstvo, ko so ljudje v Parizu jurišali na zapor *Bastille* kot na simbol zatiranja, rušenje katerega je postalo simbol francoske revolucije.¹⁸

Leta 1791 je bil sprejet nov Kazenski zakonik (*Code pénal*), ponovno so se začeli uporabljati posamezni pravni instituti, ki so obstajali že prej, vzpostavljen je bil javni, ustni in adversarni kazenski postopek, prav tako sta bili ustanovljeni dve vrsti porote: obtožna (fr. *jury d'accusation*) in sodeča porota (fr. *jury de jugement*).¹⁹ Ob sodeči poroti so sodili predsednik in tričlanski svet poklicnih sodnikov, tako sestavljeno sodišče pa se je imenovalo okrožno sodišče za kazniva dejanja (fr. *le tribunal criminel départemental*).²⁰ Z ustavo iz leta 1791 ni bilo določeno, da porota predstavlja utelešenje ljudske suvernosti, porota se je štela za zvezo med ljudmi in

14 Vladimir Bayer: *Problem sudjelovanja nepravnika u savremenom kaznenom sudovanju*, Zagreb 1940, str. 15. Primerjaj Novo Pérez, Mercedes/Arce Fernández, Ramón/Seijo Martínez, nav. delo, str. 341: »En la historia de Francia, no se ha podido encontrar ningún precedente, y a pesar de su origen anglosajón, se ha enraizado profundamente en este país. Uno de los factores concretos que materializó la aparición del Jurado fue, sin duda, la desconfianza demostrada por los legisladores franceses frente a los jueces del «Ancien Régime».

15 V. Bayer, nav. delo, str. 15.

16 Prav tam.

17 Prav tam.

18 V. Bayer, nav. delo, str. 15. Po mnenju Bayerja ni težko razumeti, zakaj so francoski revolucionarni zakonodajalci namesto prejšnjega kazenskega postopka v Franciji uvedli prav angleški porotni sistem sojenja; v tistem času naj bi bil to edini obstoječi sistem kazenskega postopka, ki je dovolj ustrezal njihovim težnjam. Kazenski postopek bil pri vseh drugih narodih po svojem bistvu in načelih itd. enak tedanjemu francoskemu kazenskemu pravu. Angleški način porotnega sojenja pa je bil nasprotno ostro nasprotje kontinentalnemu pravnemu sistemu, saj je bil postopek javen, usten, neposreden, obdolžencu so sodili svobodni državljani, ki so bili neodvisni od oblasti. Obramba obdolženca je bila zagotovljena v celoti. Angleški sistem, ki je imel te pravnotehnične prednosti pred dotedanjim francoskim kazenskim postopkom, je navdušil francoske revolucionarne zakonodajalce. Glej V. Bayer, nav. delo, str. 16.

19 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 222.

20 Prav tam.

pravičnostjo ter instrument kontrole nad sodniki.²¹ Porotniki so bili vplivni državljani, ki so jih izbrali politiki, sodeča porota se je izjavljala o tem, ali je obtoženi kriv, odločitev porote pa je bila podlaga za uporabo prava – na tej podlagi so poklicni sodniki uporabili pravne predpise in izdali odločitev.²²

Sistem pa naj bi deloval slabo, saj je porotno sojenje zaznamovala velika nevestnost in sentimentalna retorika tožilca ter pristranska in sovražna metoda zasliševanja prič poklicnega sodnika, kar je povzročilo, da je bila porota proti obdolžencu.²³ V političnih procesih je elita zelo lahko zmanipulirala porotnike, ne da bi dajali kakršnokoli posebno varstvo pred zlorabami, medtem ko so bili po drugi strani ustrežljivi pri izdajanju odločitev.²⁴ Odstotek oprostilnih sodb je bil neverjetno visok, ker so porotniki v množici primerov oproščali obtoženega kljub dejstvu, da so bili prepričani v njegovo krivdo, hkrati pa so bili mnenja, da so kazni preveč stroge.²⁵

Porotni sistem sojenja se je postopoma krepil med vladavino *Napoleona Bonaparta* (1769–1921), vendar pa je po začetnem navdušenju prišlo do razočaranja, saj so politični nemiri negativno vplivali na porotni sistem, sodnike so kritizirali, da so preveč mili in pristranski, zaradi česar je bil Napoleon prisiljen omejiti njihovo pristojnost (to naj bi storil tudi zato, ker se je bal porote), ki pa je kljub temu obdržala široka pooblastila.²⁶ Temeljna usmeritev tistega časa je bila, da bi se za celotni neuspeh v kazenskih postopkih okrivilo sistem porotnega sojenja, zato se je pred zakonikom večje število vprašanj, o katerih je Napoleon razpravljal, nanašalo na poroto.²⁷ Napoleon je ustanovil tudi posebna sodišča (fr. *cours spéciales*), ki so bila sestavljena iz poklicnih sodnikov, ki so sodili v političnih in drugih kazenskih zadevah z utemeljitvijo, da v teh postopkih državljani ne bi sprejeli ustrezne odločitve; pod jurisdikcijo posebnih sodišč so spadala tudi kazniva dejanja ropa in požiga ter dejanja, za katera bi lahko porota izrekla oprostilno sodbo zaradi strahu pred povračilnimi ukrepi.²⁸

Obdobje vladavine *Bourbonov* je naznanilo nove spremembe v francoski kazenski procesni zakonodaji, med katerimi se poudarjajo spremembe glede kaznivih dejanj in njihova nova razvrstitev na lažja in težja zaradi pretirane togosti in zastarelosti obstoječih določb, pri čemer o lažjih kaznivih dejanjih ni več odločala porota.²⁹ Leta 1830 je dobila porota širše pristojnosti, saj je lahko od tedaj sama odločala tudi o pravnih vprašanjih, in sicer tako, da ji je poklicni sodnik preprosto pojasnil, kako naj uporabi pravo in povzel dejstva. Vendar pa je dve leti pozneje porota dobila pristojnost, da upošteva olajševalne okoliščine pri odločitvi o kazni, leta 1881 pa je bilo odpravljeno, da poklicni sodnik za poroto povzema dejstva.³⁰

21 Prav tam.

22 Prav tam.

23 Prav tam, str. 223.

24 Prav tam, str. 223.

25 Prav tam, str. 223.

26 Prav tam.

27 Prav tam.

28 Prav tam.

29 Prav tam.

30 Prav tam.

V Vichyjski Franciji (v času druge svetovne vojne) je institucija porote prav tako doživela spremembe, saj je bilo z zakonom iz leta 1941 dokončno vzpostavljeno pravilo, da porotniki in poklicni sodniki skupaj odločajo tako o krivdi kot o kazni obdolženca, takšen mešani tip porote pa je postal znan kot **echévinage**.³¹ S spremembami zakona med drugo svetovno vojno so dobili porotniki enake pravice kot poklicni sodniki.³² Sodilo je šest porotnikov skupaj s tremi poklicnimi sodniki, zato je bilo za poklicne sodnike nujno, da pridobijo za svojo odločitev vsaj dva sodnika porotnika, če so želeli izdati odločitev po svoji želji.³³ Porotnike so sicer izbirali s seznama francoskih državljanov, ki so bili stari vsaj trideset let in so imeli popolne državljanske in politične pravice; ker pa je s tem prišlo do precejšnje zaostritve kaznovalne politike porote, je bilo s spremembami zakona iz leta 1945 število porotnikov povečano na sedem, po pozitivnih zakonskih rešitvah pa sedaj v kazenskem postopku sodi sodišče v **dvanajstčlanskem senatu**, ki je sestavljen iz **devetih sodnikov porotnikov in treh poklicnih sodnikov** (296. člen francoskega zakona o kazenskem postopku – *Code de procedure penale* (v nadaljevanju CPP)).³⁴

3. SESTAVA SODIŠČA IN IZBIRA LAIČNIH SODNIKOV

Splošno

Pravni sistemi na splošno določajo minimalne zahteve za sodnike porotnike – prisednike. Praviloma gre za zahtevo, da so osebe polnoletne (Bolgarija, Hrvaška, Danska, Irska, Lihtenštajn, Makedonija, Portugalska, Srbija, Španija, Švedska), nekateri pa določajo kot pogoj starost 25 let (Avstrija, Estonija, Finska, Nemčija, Latvija, Rusija, Ukrajina) ali 30 let (Belgija, Češka, Italija, Poljska, Slovaška, Slovenija, Grčija, Madžarska), izključene pa so tudi starejše osebe, tj. starejše od 60 let (Belgija, nekateri švicarski kantoni), starejše od 63 let (Finska), 65 let (Avstrija, Poljska, Portugalska), 70 let (Danska, Estonija, Nemčija, Grčija, Madžarska, Rusija), 75 let (Francija). Nekateri sistemi določajo še določeno stopnjo izobrazbe, prebivališče na območju sodišča (Belgija, Češka, Nemčija, Poljska, Rusija, Španija, Švedska, Ukrajina) in ustrezne značajske lastnosti (Estonija, Poljska, Slovaška) oziroma ugled (Bolgarija, Makedonija).³⁵

Prisedniško sodišče v Franciji (fr. *Cour d'assises*)

Francosko prisedniško sodišče odloča o kaznivih dejanjih, za katera je zagrožena kazen zavora vsaj deset let, kot najpogostejša dejanja pa se navajajo uboj, posilstvo in rop, medtem ko se manj odloča o kaznivih dejanjih ugrabitve, goljufije, terorizma in kaznivih dejanjih proti človečnosti.³⁶ Pri tem ne gre za stalno sodišče, temveč zaseda samo občasno, sestavljajo pa ga trije sodniki (predsednik senata in dva sodnika – fr. *assesseurs*) in devet porotnikov, ki skupaj odločajo tako o

31 Prav tam.

32 Prav tam, str. 223.

33 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 223, 224.

34 Glej D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 224.

35 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 101.

36 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 225.

krivdi obdolženega kot o kazenski sankciji.³⁷ Poleg devetih porotnikov se običajno izbereta še dva dodatna porotnika (fr. **jurés suppléants**).³⁸ Laični sodniki (drugače kot poklicni sodniki) nimajo dostopa do spisov glede preiskave, zato njihovo mnenje o kazenski zadevi temelji le na dokazih, izvedenih na glavni obravnavi.³⁹ Glas porotnika je enakovreden glasu poklicnega sodnika, za ugotovitev določenega dejstva v škodo obdolženega pa je potrebna večina vsaj šestih glasov (359. člen CPP⁴⁰).⁴¹

Pogoji za porotnika so, da je državljan Francije, da ima vsaj triindvajset let, da zna brati in pisati francoski jezik in ima polne politične, državljanske in družinske pravice, ter da ne obstaja noben razlog, zaradi katerega ne bi mogel biti porotnik (255. člen CPP⁴²).⁴³ Porotniki se izbirajo med osebami, ki izpolnjujejo pogoje za opravljanje te funkcije, morajo pa predstavljati reprezentativni vzorec ljudi v konkretnem departmaju.⁴⁴ Čvorović in *Turanjanin* posebej poudarjata, da drugače kot v določenih evropskih državah (na primer Nemčiji, Srbiji) porotniki v Franciji ne postanejo »člani sodišča«, v času trajanja svoje funkcije sedijo ločeno od poklicnih sodnikov.⁴⁵

Na začetku glavne obravnave vstopijo v sodno dvorano najprej poklicni sodniki, nato pa sodni uslužbenec pozove porotnike, da vstopijo in zavzamejo svoje prostore; sodišče nato ugotovi razloge za izostanek odsotnih porotnikov, v primeru neopravičenega izostanka s sojenja pa lahko sodišče takšni osebi izreče denarno kazen v višini od 3.750,00 evrov (288. člen CPP⁴⁶).⁴⁷ Kazenski postopek pred poroto je javen (293. člen CPP⁴⁸). **Prvostopenjski postopek poteka pred dvanajstčlanskim sodnim senatom, sestavljenim iz treh poklicnih sodnikov**

37 Prav tam.

38 Prav tam.

39 Prav tam.

40 Člen 359 se glasi: *«Toute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de six voix au moins lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et à la majorité de huit voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel.»*

41 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 226.

42 Člen 255 CPP se glasi: *«Peuvent seuls remplir les fonctions de juré, les citoyens de l'un ou de l'autre sexe, âgés de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, jouissant des droits politiques, civils et de famille, et ne se trouvant dans aucun cas d'incapacité ou d'incompatibilité énumérés par les deux articles suivants.»*

43 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 226.

44 Prav tam.

45 Prav tam.

46 288. člen CPP se glasi: *«Aux lieu, jour et heure fixés pour l'ouverture de la session, la cour prend séance.»*

Le greffier procède à l'appel des jurés inscrits sur la liste établie conformément à l'article 266.

La cour statue sur le cas des jurés absents.

Tout juré qui, sans motif légitime, n'a pas déféré à la convocation qu'il a reçue peut être condamné par la cour à une amende de 3 750 euros.

Le juré peut, dans les dix jours de la signification de cette condamnation faite à sa personne ou à son domicile, former opposition devant le tribunal correctionnel du siège de la cour d'assises.

Les peines portées au présent article sont applicables à tout juré qui, même ayant déféré à la convocation, se retire avant l'expiration de ses fonctions, sans une excuse jugée valable par la cour.»

47 Glej D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 226.

48 Člen 293 CPP se glasi: *«Au jour indiqué pour chaque affaire, la cour prend séance et fait introduire l'accusé.»*

Le jury de jugement est formé en audience publique.

La présence de l'avocat de l'accusé n'est pas prescrite à peine de nullité«.

in devetih porotnikov.⁴⁹ Nezmožnost katerega od porotnikov, da je prisoten na celotni glavni obravnavi, ima za posledico njegovo zamenjavo z dodatnim porotnikom (296. člen CPP).⁵⁰ Imena porotnikov se določijo z naključno izbiro – žrebanjem. Tožilec in obdolženec lahko izbereta z zakonom določeno število porotnikov, kar pomeni, da lahko v prvostopenjskem postopku obdolženec izbere pet porotnikov, lahko pa tudi manj. Celotni postopek je zelo kratek in ne traja praviloma več kot deset minut, kar prispeva k učinkovitosti in prihranku finančnih in časovnih virov.⁵¹

Glavno obravnavo označujejo predvsem tri načela: načelo javnosti, načelo resnice (ki se kaže v diskrecijski pravici predsednika senata, da po svoji vesti in časti izvede katerikoli ukrep, koristen za odkrivanje resnice (prvi odstavek 310. člena CPP) in načelo neposrednosti. Javni tožilec in zagovornik lahko neposredno postavljata vprašanja obdolžencu, žrtvi – oškodovancu ali priči (312. člen CPP), medtem ko sodniki, porotniki, obdolženi in žrtev-oškodovanec svoja vprašanja postavljajo prek predsednika senata.⁵² Pri postavljanju vprašanj porotniki na noben način ne smejo izraziti svojega mnenja (311. člen CPP).⁵³

Po koncu dokaznega postopka predsednik senata bere vprašanja, na katera morata sodišče in porota odgovoriti, zagovornik in obdolženec pa se lahko odrečeta tej pravici (348. člen CPP).⁵⁴ Spis konkretne kazenske zadeve se hrani pri sodnem uslužbencu, če pa je nujno, da v sobi za izdajo odločbe ponovno pogledajo enega ali več dokumentov, predsednik senata odredi, da se spis prinese, odpira pa se v prisotnosti tožilca, zagovornika in žrtve-oškodovanca (347. člen CPP).⁵⁵ Vprašanja, na katera je treba odgovoriti, se oblikujejo natančno, postavljajo pa se za vsako točko obtožnice; posebna vprašanja se postavljajo za vsako oteževalno okoliščino in če obstaja zakonska možnost za omilitev ali oprostitev kazni (349. člen CPP).⁵⁶ Sobo za izdajo odločbe lahko porota zapusti šele po izdaji odločitve.⁵⁷

4. POSVETOVANJE IN GLASOVANJE

Splošno

Jackson in *Kovalev* izpostavljata strah za pravico do poštenega postopka, če bi bil laičnim sodnikom omogočen dostop do vseh razpoložljivih podatkov v posameznem primeru, vendar pa jamstva, da poklicni sodnik nima skušnjave razkriti določenih podatkov, ni mogoče zagotoviti, zato menita, da so najboljši varuh v teh okoliščinah kolaborativna sodišča, ki izdajo obrazloženo odločitev.⁵⁸ Če porotniki zasedajo

49 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 226.

50 Prav tam.

51 Prav tam.

52 311. člen CPP.

53 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 227.

54 Prav tam.

55 Prav tam.

56 Prav tam.

57 Prav tam.

58 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 112.

sami, je ena od možnosti za izvajanje kontrole nad njihovim delom ta, da sodnik usmerja poroto glede vprašanj, kako naj se pošteno presoja dokazi, še preden se začeta razprava in glasovanje (*deliberations*).⁵⁹

Skoraj v vseh sodstvih v kontinentalni Evropi se zahteva od predsedujočega poklicnega sodnika, da daje pojasnila porotnikom v odprtem sodišču, avstrijski sodniki pa npr. dobijo tovrstna pojasnila v sodbi za posvetovanje (nem. *Beratungszimmer*) od predsedujočega sodnika.⁶⁰ Stopnja sodne kontrole, ki se izvaja nad poroto prek pojasnil poroti, se razlikuje od države do države.⁶¹ V nekaterih državah (na primer Avstriji, Španiji in švicarskem kantonu Ženeva) smejo sodniki pojasniti porotnikom samo pravna vprašanja, v drugih državah (na primer Rusiji) pa poleg pravnih vprašanj sodniki poroto seznani tudi z dokazi, izvedenimi na sodišču, ne da bi ob tem formalno izrazili svoje osebno mnenje glede teh dokazov, v tretji skupini pa so države (na primer Belgija, Danska, Malta in Norveška), v katerih sodniki usmerjajo porotnike glede pravnih vprašanj, lahko pa tudi razlagajo dokaze.⁶² Namesto standarda dokazovanja »onkraj razumnega dvoma – »*beyond a reasonable doubt*«, ki se uporablja v sistemih evropske *common law* porote (npr. v Angliji, na Škotskem, v Irski), pa sodniki v Avstriji, Belgiji, Rusiji in Španiji pojasnjujejo porotnikom načela, kot so prosta presoja dokazov (*intime conviction*)⁶³, domneva nedolžnosti ter *in dubio pro reo*.⁶⁴ V teh kontinentalnih državah je svoboda porotnikov, da presoja dokaze v skladu s svojim osebnim prepričanjem, omejena z dvema načeloma: domnevo nedolžnosti in načelom *in dubio pro reo*, postavlja pa se vprašanje, ali porotniki vedno razumejo, kako in kdaj morajo žrtvovati svoje osebno prepričanje (*intime conviction*) zaradi teh načel.⁶⁵

Temeljni pokazatelj, po katerem se porotna sodišča razlikujejo od prisedniških sodišč, je moč, ki jo ima porota, da odloča o krivdi v odsotnosti poklicnega sodnika, v večini evropskih porotnih sistemov poklicni sodniki nimajo dostopa do porotne sobe v času, ko porotniki odločajo o krivdi.⁶⁶

Nekatera sodstva so spremenila pravila glede posvetovanja (*deliberacije*) in zagotovila poklicnim sodnikom pravico do dostopa do porotne sobe, s tem pa razmejitev med čistim porotnim sistemom in prisedniškim sistemom izginja, tako

59 Prav tam.

60 Prav tam.

61 Prav tam.

62 Prav tam.

63 Glej tudi M. Cohen, nav. delo, str. 431: »The notion of *intime conviction*, which can be translated as "inner" or "deepseated conviction," was initially introduced into French law as a rejection of artificially constrained and quantified Roman-canon systems of proof. In contrast to rules of formal evidence that prescribed exactly when the evidence amounted to proof, the *intime conviction* standard allows the court to hold against the defendant if the judge or jury are convinced that the facts brought forward by the prosecution are true. It became the standard of proof French jurors are instructed to follow. Since 2011, the revised Code of penal procedure's provision on *intime conviction* begins by a convoluted, arguably oxymoronic sentence: Subject to the reason-giving requirement, the law does not ask the judges and the jurors composing the *cour d'assises* to account for the means by which they convinced themselves; it does not charge them with any rule from which they shall specifically derive the fullness and adequacy of evidence.«

64 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 112.

65 Navedeno po John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 112, 113.

66 Glej John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 113.

denimo v Ženevi zaseda poklicni sodnik skupaj s poroto pred *cour d'assises* in pred *cour correctionnelle* med posvetovanjem o obstoju krivde, lahko tudi odgovarja na vprašanja porotnikov, ne sme pa dajati nasvetov niti nima pravice glasovati.⁶⁷

Avstrijska zakonodaja pa je šla še dlje in omogoča porotnemu sodišču (nem. *Geschworenengericht*), da se preoblikuje v prisedniško sodišče (nem. *Schöffengericht*) v dveh primerih: prvič, če vsi poklicni sodniki menijo, da je ta sprememba potrebna in se navadna večina porotnikov s tem strinja (5 od 8); in drugič, če porotniki to zahtevajo.⁶⁸ V tem primeru poklicni sodniki razpravljajo skupaj z laičnimi sodniki/pоротniki glede obstoja krivde.⁶⁹ Nadaljnji korak, ki so ga storili nekateri evropski porotni sistemi, ki pomeni rušenje pristojnosti porote, da odloča o krivdi, je možnost, da se odpravi/razveljavi njihova odločitev o nekrivdi (oprostitev), tako je na primer v Avstriji in na Norveškem dovoljeno, da senat poklicnih sodnikov razveljavi odločitev porote o nekrivdi obdolženca s soglasno odločitvijo, kar nedvomno zmanjšuje neodvisnost porote kot telesa, ki odloča o krivdi.⁷⁰

Drugače kot pri porotah v sistemih *common law*, kontinentalna porota ne zahteva soglasja za odločitev o krivdi. V Avstriji, Belgiji, Rusiji in Švici je za odločitev o krivdi določena navadna večina, v drugih sistemih lahko porotniki obsodijo obdolženca s kvalificirano večino. Glasovanje z navadno večino ima sicer določeno prednost, saj postopki ne morejo obtičati na mrtvi točki, vendar pa glasovalna pravila ne bi smela temeljiti na goli učinkovitosti glasovanja, ob čemer se navaja, da navadna večina nasprotuje splošnemu načelu domneve nedolžnosti.⁷¹

Drugi odstavek 6. člena EKČP določa, da »kdor je obtožen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler ni v skladu z zakonom dokazana njegova krivda.« Besedilo »dokler ni dokazana njegova krivda« naj bi vodilo k stališču, da če porota ni enotna, četudi samo za en glas, dejstvo, da je določena manjšina glasovala proti krivdi, napeljuje na misel, da obdolženčeva krivda ni bila dokazana »onkraj vsakega dvoma«. Po mnenju *Jackson* in *Kovalev* lahko v resnici menimo, da v primeru, ko se kateri od porotnikov čuti dovolj močnega, da nasprotuje večinskemu mnenju, to kaže, da obstaja resen dvom glede krivde obdolženca, ta argument pa velja tako v primeru navadne kot tudi kvalificirane večine.⁷²

Kljub temu pa je pravilo o popolni soglasnosti porote postalo manj priljubljeno celo v nekaterih državah *common law*.⁷³ Anglija, domovina porote, je na primer to pravilo odpravila leta 1967, tj. 600 let po njegovi vzpostavitvi, tako da so lahko odločitve o krivdi sprejete z večino desetih glasov od dvanajstih za krivdorek ali prostorek.⁷⁴ Navajalo se je, da bi bilo napačno sprejeti absolutno stališče glede ustreznega pravila o soglasju, velikost porote pa lahko vpliva na različnost trdnosti stališča

67 Prav tam.

68 Prav tam.

69 Prav tam.

70 Prav tam.

71 Prav tam.

72 Prav tam.

73 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 114.

74 Prav tam.

v korist obsodbe, vprašamo se namreč, ali lahko pritrdimo, da je glasovanje 14 od 15 porotnikov manjši izraz v korist obsodbe kot soglasna odločitev samo petih porotnikov, in kaj v primeru, če je porotnik, ki ima nasprotno mnenje, t. i. »malopridni porotnik«, ki nima interesa odločati v konkretnem primeru na podlagi dokazov.⁷⁵ Soglasna odločitev zato ni zagotovilo za dokaz o krivdi onkraj razumnega dvoma, vendar pa je potreba po soglasni odločitvi pomembnejša, če je manjša velikost porote, ima pa manj učinka, če je velikost porote večja.⁷⁶

Kljub temu se postavlja vprašanje, koliko glasov je legitimnih za kvalificirano večino.⁷⁷ V ZDA je Vrhovno sodišče (angl. *Supreme Court*) potrdilo veljavnost obsodbe po zakonu države *Louisiana*, po katerem lahko porota odloči o krivdi z večino devet proti tri.⁷⁸ Težko pa je vnaprej določiti ustrezno pravilo glasovanja, veliko je namreč lahko odvisno od drugih varovalnih mehanizmov v sistemu, ki preprečujejo nevarnost, da obsodbe ne bi temeljile na dokazih onkraj razumnega dvoma, preden je sprejeta dokončna sodba glede tega, ali določeno pravilo o glasovanju potrjuje načelo domneve nedolžnosti.⁷⁹

Na Škotskem, kjer je za obsodbo dovolj navadna večina osem od 15 porotnikov, obstajajo npr. še druge varovalke za zaščito načela dokazovanja »onkraj razumnega dvoma«, ki pa niso očitne v drugih sistemih, ki na primer zahtevajo soglasje ali kvalificirano večino.⁸⁰ Gre na primer za izrek »*not proven*« (ni dokazov) in splošno zahtevo po dokazovanju, s čimer bi se podprla pravilnost tožilčevih dokazov (angl. *corroboration of the prosecution's evidence*).⁸¹

V prisedniških sodiščih laični sodniki vedno razpravljajo skupaj s poklicnim sodnikom glede krivde, pri tem pa lahko poklicni sodniki uporabijo svojo avtoriteto (kot bolj izkušeni sodniki), da vplivajo na svoje laične kolege.⁸²

Obstajajo pa bistvene razlike med na primer nemškim in francoskim prisedniškim sistemom: število laičnih sodnikov v nemškem modelu ne more presežati števila poklicnih sodnikov za več kot enega in na splošno se o krivdi odloča z navadno večino, kar pomeni, da lahko sodišče obsodi obdolženca, če se vsi poklicni sodniki in polovica ali v določenih primerih celo manjšina strinja s tako odločitvijo.⁸³

Nasprotno pa francoski prisedniški sistem zahteva, da vsaj 55 odstotkov laičnih sodnikov glasuje za obsodbo, druga značilnost francoskega modela pa je pravilo o tajnem glasovanju, po katerem laični sodniki svobodno izrazijo svojo končno odločitev glede obdolženčeve krivde v skladu s svojim osebnim prepričanjem, tj. skrito pred poklicnimi sodniki, pa tudi drug pred drugim, s čimer imajo laični sodniki v Franciji večjo svobodo in možnost vplivati na končno odločitev o krivdi

75 Prav tam.

76 Prav tam.

77 Prav tam.

78 Prav tam.

79 Prav tam.

80 Prav tam.

81 Prav tam.

82 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 115.

83 Prav tam.

kot laični sodniki v nemškem prisedniškem sistemu, čeprav niso edini odločevalci o krivdi.⁸⁴

Z izjemo Malte, Rusije in Španije pa izrek kazenske sankcije ni več edina pristojnost poklicnih sodnikov v evropskih porotnih sistemih.⁸⁵ Porote v Avstriji, Belgiji, na Danskem in Norveškem ter v Švici se spremenijo v prisedniška sodišča, kadar gre za izrek kazenske sankcije.⁸⁶ Vendar pa drugače kot prisedniška sodišča, kjer imajo laični in poklicni sodniki vedno enake pravice glasovanja, nekateri porotni sistemi zagotavljajo prednost poklicnemu sodniku pri izrekanju kazenske sankcije.⁸⁷ Na Danskem ima na primer vsak od 12 porotnikov en glas, medtem ko ima vsak od treh poklicnih sodnikov štiri glasove, kar vodi do enakega števila glasov laičnih sodnikov in poklicnih sodnikov.⁸⁸ Na Norveškem samo štirje od desetih porotnikov – predsednik porotnikov in še trije, izbrani z žrebom – sodelujejo pri odločitvi o kazenski sankciji, vendar pa laični sodniki presegajo število poklicnih sodnikov, kar pomeni, da jih lahko preglasujejo, saj imajo vsi glasovi enako težo.⁸⁹

Francija

Sodniki in porota razpravljajo in glasujejo pisno na posebnih lističih, najprej o glavnem vprašanju o kaznivem dejanju, potem pa, če je treba, o neodgovornosti za kaznivo dejanje, o oteževalnih okoliščinah in vsaki stvari, ki je podlaga za omilitev ali oprostitev kazni (356. člen CPP⁹⁰).⁹¹ Predsednik senata po končanem glasovanju prešteje glasove v prisotnosti sodnikov in porote, ki ga s tem nadzirajo; neizpolnjeni lističi se štejejo v korist obdolženega, vsi pa se po končanem štetju zažgejo (358. člen CPP⁹²).⁹³ Za ugotovitev posamezne okoliščine v škodo obdolženega je potrebnih vsaj šest glasov v prvostopenjskem postopku oziroma osem glasov v pritožbenem postopku (359. člen CPP).⁹⁴ Če dejanje, za katerega se obdolženec preganja, ni kaznivo dejanje, ali pa v tistem času ni več kaznivo dejanje, in če se dokaže, da obdolženi ni kriv, izda sodišče oprostilno sodbo.⁹⁵ Če pa sodišče ugotovi, da je obdolženec kriv storitve kaznivega dejanja, se izvede novo glasovanje, in sicer glede vrste in višine kazenske sankcije.⁹⁶ Za izrek določene kazni je potrebna navadna večina (sedem glasov), pri čemer je lahko najdaljša

84 Prav tam.

85 Prav tam.

86 Prav tam.

87 Prav tam.

88 Prav tam.

89 Navedeno po John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 115.

90 356. člen CPP se glasi: *«La cour et le jury délibèrent, puis votent, par bulletins écrits et par scrutins distincts et successifs, sur le fait principal d'abord, et s'il y a lieu, sur les causes d'irresponsabilité pénale, sur chacune des circonstances aggravantes, sur les questions subsidiaires et sur chacun des faits constituant une cause légale d'exemption ou de diminution de la peine.»*

91 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 227.

92 358. člen CPP se glasi: *«Le président dépouille chaque scrutin en présence des membres de la cour et du jury qui peuvent vérifier les bulletins. Il constate sur-le-champ le résultat du vote en marge ou à la suite de la question résolue.*

Les bulletins blancs, ou déclarés nuls par la majorité, sont comptés comme favorables à l'accusé.

Immédiatement après le dépouillement de chaque scrutin, les bulletins sont brûlés.»

93 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 228.

94 Prav tam.

95 363. člen CPP.

96 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 228.

zaporna kazen izrečena samo, če je za to šest glasov v prvostopenjskem postopku in osem glasov v drugostopenjskem postopku.⁹⁷ Če po dveh krogih glasovanja ni dosežena večina za katero od odločitev o kazni, se v tretjem krogu odstrani največja predlagana kazen v predhodnem krogu, in to načelo velja vse do tedaj, dokler se ne doseže večina glasov za določeno kazen (362. člen CPP⁹⁸).⁹⁹

5. O OBRAZLOŽITVI ODLOČITEV IN PRAVICI DO PRITOŽBE

Splošno

Zahteva, da izda sodišče obrazloženo sodbo, je ena od možnosti, s katero lahko sodišča pokažejo, da niso odločala na podlagi nedopustnih, neprimernih oziroma pristranskih dokazov, da bi prišla do obsodbe, po drugi strani pa se povečuje obdolženčeva pravica do pritožbe zoper sodbo.¹⁰⁰ Čeprav EKČP ne določa pravice do obrazložene sodbe, je bila ta pravica vzpostavljena v več odločbah ESČP, npr. ***Hadjianastassiou proti Grčiji*** (Eur. Court H.R., 16. 12. 1992, Series A no. 252)¹⁰¹, kjer je ESČP soglasno navedlo: »*nacionalna sodišča morajo ... navesti z zadostno jasnostjo razloge, na katerih temelji odločitev, kar obdolžencu med drugim omogoča, da učinkovito izvršuje svojo pravico do pritožbe*«. ¹⁰² ESČP pa ne določa obveznosti nacionalnih sodišč, da bi morala dati »*podroben odgovor na vsak argument*«, ESČP v teh primerih razlaga pravico do obrazložene odločbe kot

97 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanianin, nav. delo, str. 228.

98 362. člen CPP se glasi: »En cas de réponse affirmative sur la culpabilité, le président donne lecture aux jurés des dispositions des articles 130-1, 132-1 et 132-18 du code pénal. La cour d'assises délibère alors sans déssemparer sur l'application de la peine. Le vote a lieu ensuite au scrutin secret, et séparément pour chaque accusé.

La décision sur la peine se forme à la majorité absolue des votants. Toutefois, le maximum de la peine privative de liberté encourue ne peut être prononcé qu'à la majorité de six voix au moins lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et qu'à la majorité de huit voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel. Si le maximum de la peine encourue n'a pas obtenu cette majorité, il ne peut être prononcé une peine supérieure à trente ans de réclusion criminelle lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité et une peine supérieure à vingt ans de réclusion criminelle lorsque la peine encourue est de trente ans de réclusion criminelle. Les mêmes règles sont applicables en cas de détention criminelle. Si la cour d'assises a répondu positivement à la question portant sur l'application des dispositions du second alinéa de l'article 122-1 du même code, les peines privatives de liberté d'une durée égale ou supérieure aux deux tiers de la peine initialement encourue ne peuvent être prononcées qu'à la majorité qualifiée prévue par la deuxième phrase du présent alinéa.

Si, après deux tours de scrutin, aucune peine n'a réuni la majorité des suffrages, il est procédé à un troisième tour au cours duquel la peine la plus forte proposée au tour précédent est écartée. Si, à ce troisième tour, aucune peine n'a encore obtenu la majorité absolue des votes, il est procédé à un quatrième tour et ainsi de suite, en continuant à écarter la peine la plus forte, jusqu'à ce qu'une peine soit prononcée.

Lorsque la cour d'assises prononce une peine correctionnelle, elle peut ordonner à la majorité qu'il soit sursis à l'exécution de la peine avec ou sans mise à l'épreuve.

La cour d'assises délibère également sur les peines accessoires ou complémentaires.

Dans les cas prévus par l'article 706-53-13, elle délibère aussi pour déterminer s'il y a lieu de se prononcer sur le réexamen de la situation du condamné avant l'exécution de la totalité de sa peine en vue d'une éventuelle rétention de sûreté conformément à l'article 706-53-14.»

99 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 228.

100 Glej John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 115.

101 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%3Afulltext}:\[%3A\]»CASE OF HADJIANASTASIOU v. GREECE - \[Slovenian Translation\]«\[%3A\],»documentcollectionid2:\[%3A\]GRANDCHAMBER«,»CHAMBER«\[%3A,itemid:\[%3A\]001-94621«\[%3A\]\(6. 2. 2017\).](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%3Afulltext}:[%3A]»CASE OF HADJIANASTASIOU v. GREECE - [Slovenian Translation]«[%3A],»documentcollectionid2:[%3A]GRANDCHAMBER«,»CHAMBER«[%3A,itemid:[%3A]001-94621«[%3A](6. 2. 2017).)

102 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 116.

del pravice do poštenega sojenja (prvi odstavek 6. člena EKČP), zato lahko samo obdolženec zahteva od sodišča obrazloženo sodbo.¹⁰³

Jackson in *Kovalev* poudarjata, da je v kontinentalni Evropi splošna praksa, da **prisedniška sodišča obrazložijo svoje odločitve, nasprotno pa jih porotna sodišča ne**, obstaja pa več izjem.¹⁰⁴ Francoski *cour d'assises* ne obrazloži svojih odločitev o krivdi, medtem ko španska in švicarska porotna sodišča morajo navesti razloge za svoje odločitve.¹⁰⁵ Na prvi pogled sta odločitev porotnih sodišč, ki nimajo obrazložitev, in francosko prisedniško sodišče v nasprotju s sodno prakso ESČP, vendar pa je to nasprotje mogoče razrešiti, saj ESČP ni zahtevalo od porot, da bi morala utemeljevati svoje odločitve in je tako sprejelo, da je mogoče pomanjkanje oziroma neobstoj obrazložene sodbe nadomestiti tudi s **skrbnim sodnikovim usmerjanjem**.¹⁰⁶ Obstajajo pa še drugi nadomestni ukrepi za obrazloženo sodbo, npr. obdolžencu se lahko omogoči **pravica do izbire med porotnim sojenjem ali sojenjem pred poklicnim sodnikom**; pravica odpovedati se porotnemu sojenju bi dala obdolžencu pravico, da se namesto za postopek pred poklicnim sodnikom (v katerem bi sodnik sicer izdal sodbo z obrazložitvijo, zoper katero bi lahko obdolženec vložil pritožbo iz pravnih in dejanskih razlogov) odloči za postopek pred poroto.¹⁰⁷ S tem bi lahko zastopali stališče, da obdolžencu ni dana pravica do obrazložene odločitve.¹⁰⁸

Drugi nadomestni ukrep za neobrazloženo sodbo bi bil, da bi zakonodaja omogočila obdolžencu pravico do ponovnega sojenja pred sodiščem, ki bi bilo sestavljeno iz poklicnih sodnikov, ali pred posebnim pritožbenim laičnim sodiščem, kakor npr. v Grčiji, Italiji, Franciji in na Norveškem.¹⁰⁹

Z obdolženčevega vidika je pomanjkanje navajanja razlogov za odločitev sodišča (angl. *the juries' very lack of accountability*) znak njegove neodvisnosti in omogoča porotam, da oprostijo obdolžence tudi tedaj, ko bi pravno obdolženec lahko bil kriv, vendar pa obstajajo dvomi glede dokazov za obsodbo; pri tem gre za vprašanje porotne razveljavitve (angl. *jury nullification*), ki je dopuščena v določenih sistemih *common law*, ni pa dopustna v kontinentalnih evropskih porotnih modelih.¹¹⁰ Eno od možnih sredstev proti razveljavitvi bi bilo, da bi od porot zahtevali obrazloženo sodbo samo, kadar izglasujejo obsodbo – če se poklicni sodniki strinjajo z obsodbo,

103 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 116, glej še primer *Van de Hurk v. the Netherlands*, App. No. 16034/90, 18 Eur. H. R. Rep. 481, 502 (1994). Glej tudi M. Cohen, nav. delo, str. 424: »The ECHR's call for heightened reason-giving in jury trials is not a purely humanitarian position. As I will argue, it has been spurred in part by pragmatic considerations of administrability and the quest for stronger mechanisms of judicial accountability. Similarly, on the French side, the requirement that mixed juries explain their verdicts can be seen not only as a pro-defendant commitment, but also as a measure of administrative convenience and hierarchical control. Both for the Strasbourg court and the French reformers, the move toward reason-giving may have less to do with real or imagined qualities of the jury and the effect of reasons on the intelligibility of verdicts than with conceptions of the judicial role and the desire to keep judges in check.«

104 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 116.

105 Prav tam.

106 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 116, sklicujoč se na primer *Saric v. Denmark*, App. No. 31913/96, Eur. Ct. H. R. (1999).

107 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 116.

108 Prav tam.

109 Prav tam.

110 Prav tam.

lahko pomagajo porotnikom pri odločitvi, če pa se ne strinjajo z njo, lahko vložijo prošnjo za ustavitev postopka, o kateri odloča pritožbeno telo.¹¹¹

ESČP priznava, da je učinkovitost pravice do obrazložene sodbe odvisna od pravice do pritožbe: če obdolžencu ni dovoljeno spodbijati razlogov, navedenih v sodbi, potem je disciplinski učinek, ki ga lahko ima obrazložena sodba na sodišče, zmanjšan.¹¹² Prvi odstavek 2. člena 7. protokola k EKČP določa: **»Vsakdo, ki ga je sodišče obsodilo zaradi kaznivega dejanja, ima pravico, da se sodna odločba o krivdi in o kazni preizkusi pred višjim sodiščem. Uveljavljanje te pravice, vključno z razlogi, na podlagi katerih jo lahko uveljavlja, morajo biti določeni z zakonom.«** Skoraj vsa evropska sodstva spoštujejo to določbo in zagotavljajo obsojeni osebi pravico do pritožbe laičnih sodišč, vendar pa so razlogi, zaradi katerih je dopustno vložiti pritožbo, drugačni v sistemih mešanih sodišč in sistemih porote.¹¹³

V primeru prisedniških sodišč se lahko obdolženec pritoži iz pravnih in dejanskih razlogov, medtem ko se lahko v primeru porotnih sodišč (z izjemo Avstrije in Španije) pritoži samo iz pravnih razlogov.¹¹⁴

Jackson in Kovačev poudarjata, da omejitev glede dejanskih vprašanj kaže napetost med politično pravico laične udeležbe in obdolženčev pravico do poštenega sojenja.¹¹⁵ Po eni strani se lahko utemeljuje, da če bi se obdolženec lahko pritožil tudi glede dejanskih vprašanj, bi bila oslABLJENA vloga udeležbe laikov v okviru pravnega sistema, ki naj bi omogočila vpogled laikov v odločanje o krivdi.¹¹⁶ Če bi lahko pritožbena telesa odpravila odločitev o krivdi iz razlogov, da porota ni pravilno razumela dejstev, bi se postavilo vprašanje o smislu obstoja laičnega sodstva. Ta argument je ustrezen samo, če je pritožbeno telo poklicno.¹¹⁷ **Koncept laičnega sodstva pa ni porušen, če je pravica do pritožbe zagotovljena pred drugim laičnim sodiščem, ker pristojnost odločati o kazenskem primeru ostane v rokah laikov.**¹¹⁸ Seveda pa laično sodstvo samo ni jamstvo, da ne bo prišlo do napačne ugotovitve dejanskega stanja.¹¹⁹ Čeprav 7. protokol k EKČP ne zahteva, da bi morala obstajati pritožba glede ugotovljenih dejstev, pa navaja, da pritožba iz teh razlogov pomeni dodatno varstvo pred napačnimi obsodbami, zato z namenom, da bi obdolženemu zagotovili popolno varstvo, kadar obstaja napetost med dopuščanjem laičnega sojenja in zagotavljanjem poštenega sojenja, damo prednost pravici do poštenega sojenja.¹²⁰

111 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 117.

112 Prav tam.

113 Prav tam.

114 Prav tam.

115 Prav tam.

116 Prav tam.

117 Prav tam.

118 Prav tam.

119 Prav tam.

120 Prav tam. Primerjaj še M. Cohen, nav. delo, str. 422: »The distinctive feature of adjudication by juries is that jurors usually do not explain their decisions. Common law jury verdicts are impenetrable. Indeed the decision making processes and reasoning behind such jury verdicts are unknown. Juries in the United States and England return general verdicts, mere declarations of whether the defendant is "guilty" or "not guilty."1 An informal statement of the reasoning supporting the verdict is not merely *not* the practice, but positively illegal. Far from decrying this black box characteristic of jury adjudication, observers have

Postavlja se tudi vprašanje, ali naj ima tožilstvo zagotovljeno pravica do pritožbe v primeru, ko je porota ali prisedniški senat izdal oprostilno sodbo.¹²¹ Medtem ko pravilo *common law* zoper prepoved ponovnega sojenja o isti stvari (angl. *double jeopardy*) preprečuje porotna oprostitvev, da bi bila kdajkoli razveljavljena, pa se v kontinentalnih sistemih pravica do prepovedi ponovnega sojenja o isti stvari uporablja samo, če je bil obdolženec pravnomočno dokončno oproščen.¹²² Dokončna oprostitvev pomeni odločitev, ki »je postala *res judicata* ... ko niso mogoča več nadaljnja redna pravna sredstva ali če sta stranki izčrpali takšna pravna sredstva ali če v ustreznem roku teh pravnih sredstev nista izkoristili.«¹²³ V nekaterih državah, na primer v Rusiji, ni omejitev, kolikokrat je obdolženec lahko obravnavan za isto kaznivo dejanje.¹²⁴ Po mnenju *Jackson* in *Kovalev* ponovno sojenje obdolžencu, ki je bil večkrat oproščen, zmanjšuje vlogo porote kot »neprecenljivega varuha pred koruptivnim ali preveč zagretim tožilcem in pristranskim ali čudaškim sodnikom« in s tem zmanjšuje pomen ključnih sestavin poštenega sojenja: neodvisnosti in nepristranskosti sodišča.¹²⁵

Francija

Francosko sodišče lahko izda sodbo samo po opravljeni javni in ustni glavni obravnavi, sodba mora temeljiti na zaslišanju obdolženega in izpovedbi oškodovanca – žrtve, prič in izvedencev, izda pa se **brez obrazložitve**, na podlagi dejanske podlage in se glasi samo, ali je obdolženi kriv ali ne za storjeno kaznivo dejanje (fr. *intime conviction*).¹²⁶ Pozornost pa je v Franciji pritegnil primer *Taxquet proti Belgiji*¹²⁷, kjer je ESČP zavzelo stališče glede obrazložitve sodbe, ki jo izda porota; prvotno je sodišče zavzelo stališče, da mora sodba, ki jo izda porota, vsebovati obrazložitev,¹²⁸ pozneje pa je v novi sodbi zavzelo popolnoma nasprotno stališče, po katerem EKČP ne zahteva od porote, da poda razloge za svojo odločitev¹²⁹ (in to ne pomeni kršitve 6. člena EKČP),¹³⁰ potrebno pa je, da obtoženi in javnost razumeta sodbo, kar pomeni nujno ravnanje za preprečitev arbitrarnosti.¹³¹ Čvorović in *Turanjanin* navajata, da so francoska sodišča vendarle na podlagi opozoril iz belgijskih izkušenj¹³² začela pionirska dela pri izdajanju obrazloženih sodb, in to zaradi vedno večjega števila vprašanj, na katerega morajo porotniki odgovoriti.¹³³

identified it as a source of systemic legitimacy for the criminal justice system in protecting it from exposing its shortcomings publicly.«

121 John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 118.

122 Prav tam.

123 Prav tam.

124 Prav tam.

125 Prav tam.

126 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 228.

127 [128 Gre za odločitev *Taxquet proti Belgiji*, App. No. 926/05, \(Eur. Ct. H. R., Jan. 13, 2009\) – Taxquet I.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#?fulltext={}>»CASE OF TAXQUET v. BELGIUM\«>», «documentcollectionid2»: [»GRANDCHAMBER«, «CHAMBER«], «item id»: [»001-101739«]] (7. 2. 2017).</p>
</div>
<div data-bbox=)

129 Gre za odločitev *Taxquet proti Belgiji*, App. No. 926/05, (Eur. Ct. H. R., Nov. 16, 2009) – Taxquet II.

130 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 229.

131 Prav tam.

132 Belgija je npr. zaradi sodbe ESČP spremenila zakon – Loi relative à la réforme de la cour d'assises, 21. 12. 2009, v: MONITEUR BELGE [M.B.], 11. 1. 2010.

133 D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 230. Glej tudi M. Cohen, nav. delo, str. 423: »Less than a year after *Taxquet*, France enacted a new statute mandating that its mixed juries provide reasons for

To vprašanje je bilo tudi predmet odločitve Ustavnega sveta (*Conseil constitutionnel*), v kateri je pretehtalo neobrazloženo sodbo. Šlo je za stališče, da **intime conviction** temelji na dokazih in argumentih, ki so izvedeni na glavni obravnavi, in da sta branik pred morebitno arbitrarnostjo natančno oblikovanje vprašanj in način glasovanja.¹³⁴ Sodišče je pripomnilo, da porota ni samo kazenskoppravna institucija, temveč tudi politična, saj gre za kombinacijo poklicnih in laičnih sodnikov v politično uravnoteženem telesu, katerega ravnotežje pa bi bilo porušeno, če bi od porotnikov zahtevali, da obrazložijo sodbo.¹³⁵ Predlagana je bila možnost, da bi poklicni sodniki, če bi se strinjali z odločitvijo porotnikov, sestavili osnutek obrazložitve sodbe, če pa se z njo ne bi strinjali, bi predlagali svoje ločeno stališče glede zadeve, kar bi morebiti lahko uporabilo drugostopenjsko sodišče.¹³⁶

6. PRITOŽBENO LAIČNO SODIŠČE (FR. *COUR D'ASSISES D'APPEL*)

Splošno o udeležbi laikov na drugi stopnji

Udeležba laičnih sodnikov (tudi) na pritožbeni stopnji je izjema v nekaterih evropskih sistemih prisedniških (oziroma kolaborativnih) sodišč, saj za prava porotna sodišča na splošno ni značilno, da bi obstajala še pritožbena stopnja zoper prvostopenjsko odločitev glede dejanskih vprašanj.¹³⁷ Nasprotno pa pritožbe zoper prvostopenjske sodbe, ki jih izdajajo prisedniška sodišča, niso omejene v tej smeri, zato lahko imajo laični sodniki pomembno vlogo tudi na pritožbeni stopnji. Tako na primer obstaja na Norveškem porota za namen ponovne presoje odločitve prvostopenjskega sodišča o krivdi, ki je sestavljena izključno bodisi iz poklicnih sodnikov bodisi iz laičnih sodnikov in poklicnih sodnikov.¹³⁸

their verdicts – *Loi 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs* (v: JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] z dne 11. 8. 2011, str. 13744). In addition to responding to the ECHR, the reform was purportedly motivated by the objective of expanding defendants' rights and fixing a broken criminal justice system. The *travaux préparatoires* show that legislators had two main concerns. First, they wanted to remedy the "incoherent" bifurcation of the criminal justice system. In France, mixed juries try felonies punishable by a prison sentence of ten years or more in specialized criminal courts, the "*cours d'assises*." Until the 2011 reform, these courts did not give reasons for their verdicts. Contrastingly, three-judge panels of first instance courts called "*tribunaux correctionnels*" try lesser offenses. Like all other professional French judges, judges of the *tribunal correctionnel* are statutorily obligated to provide written reasons for their decisions. This split led to the paradoxical result that defendants charged with more serious offenses and risking the longest sentences were not entitled to reasons, while those charged with lesser offenses and liable to milder punishments were statutorily guaranteed access to the reasoning behind the adjudicators' decisions. A second legislative concern was to facilitate appeals. For most of their history, French jury verdicts could only be appealed to the *cour de cassation*, France's court of last resort for criminal and civil matters. The *cour de cassation* operates under an extremely deferential standard, strictly limiting its review to compliance with substantive and procedural law based on the records of the proceedings below. In 2000, in order to conform to the European Convention on Human Rights' principle of the right to appeal, France introduced a new, intermediate appeals procedure. Both defendants and prosecutors can now appeal as a matter of right a *cour d'assises* verdict before a second *cour d'assises*, which retries the case under a *de novo* standard. By requiring the *cours d'assises* to give reasons for their verdicts, both at first instance and on appeal, French legislators hoped to strengthen this right to appeal.»

134 D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 230.

135 Prav tam. Glej odločitev CC št. 2011-113/115 QPC, 1. april 2011.

136 D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 230.

137 Tako John. D. Jackson, Nikolay P. Kovalev, nav. delo, str. 118.

138 Prav tam.

V drugih evropskih sodstvih obstaja na pritožbeni stopnji sodelovanje med poklicnimi in laičnimi sodniki, pri čemer delež laičnih sodnikov v razmerju do poklicnih sodnikov na pritožbeni stopnji v prisedniških sistemih sodišč ostaja bodisi enak kot na prvi stopnji (npr. v Grčiji, Lihtenštajnu, Makedoniji), bodisi pa je zmanjšan (npr. na Danskem, v Nemčiji, na Norveškem, Švedskem).¹³⁹ Edino sodstvo, kjer je na pritožbeni stopnji (celo) večji delež laičnih sodnikov, je Francija, kjer na pritožbenem sodišču 12 laičnih sodnikov odloča skupaj s tremi poklicnimi sodniki (fr. *cour d'assises d'appel*).¹⁴⁰

Francija

V francoski kazenski procesni zakonodaji je dolgo let obstajalo samo pritožbeno sodišče za nižja sodišča, medtem ko za sodbe, ki jih je izreklo porotno sodišče, ni obstajala višja instanca, ki bi bila prav tako sestavljena iz porotnikov (veljalo je namreč načelo *vox populi, vox dei* – odločitev porote se je štela za nezmotljivo resnico).¹⁴¹ Ideja uvedbe pritožbenega porotnega sodišča pa vendarle ni nova, pogosto so namreč kritizirali ureditev, ki razlikuje med sodbo v primeru manj resnih kaznivih dejanj (kjer je bila pritožba dovoljena) in tistimi primeri, ki jih je izdalo porotno sodišče (kjer pritožba ni bila dovoljena).¹⁴² Že tedaj pa je obstajal poseben oddelek v kasacijskem sodišču, kamor so tožilec in obsojeni lahko vložili morebitno pritožbo, vendar izključno iz pravnih razlogov, medtem ko ta oddelek ni ponovno presojal dejanskega stanja po pritožbi niti glede krivde ali kazni.¹⁴³

Zakon je leta 2000 s spremembami uvedel pritožbeno porotno sodišče v okviru kasacijskega sodišča (fr. **Cour d'assises d'appel**), Čvorović in Turanjanin pa navajata, da so ob njegovi ustanovitvi poudarjali, da ne gre za tradicionalno francosko pritožbeno sodišče, ki lahko potrdi, razveljavi ali spremeni prvostopenjsko sodbo, temveč sodišče, ki ponovno presoja celotno zadevo, ne da bi pri tem upoštevalo prejšnjo glavno obravnavo, pri čemer je v pritožbenem porotnem sodišču nekoliko večje število porotnikov v primerjavi s prvostopenjskim sodiščem, medtem ko je število poklicnih sodnikov ostalo nespremenjeno; sodišče je tako sestavljeno **iz treh poklicnih sodnikov in dvanajstih sodnikov porotnikov** (296. člen CPP¹⁴⁴).¹⁴⁵

139 Prav tam.

140 Prav tam.

141 Tako D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 230. Glej tudi Valerie P. Hans, Claire M. Germain, nav. delo, str. 757.

142 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 230.

143 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 231.

144 296. člen CPP se glasi: »Le jury de jugement est composé de six jurés lorsque la cour statue en premier ressort et de neuf jurés lorsqu'elle statue en appel.

La cour doit, par arrêt, ordonner, avant le tirage de la liste des jurés, qu'indépendamment des jurés de jugement, il soit tiré au sort un ou plusieurs jurés supplémentaires qui assistent aux débats et qui assistent, sans pouvoir manifester leur opinion, au délibéré.

Dans le cas où l'un ou plusieurs des jurés de jugement seraient empêchés de suivre les débats ou de prendre part à la délibération jusqu'au prononcé de l'arrêt de la cour d'assises, ils sont remplacés par les jurés supplémentaires.

Le remplacement se fait suivant l'ordre dans lequel les jurés supplémentaires ont été appelés par le sort.»

145 Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 231.

Pravica do pritožbe je vzpostavljena široko, pripada tožilcu, obdolžencu, oškodovancu in vsaki osebi, katere državljanski interes je kršen;¹⁴⁶ za ugotovitev določenega dejstva v pritožbenem postopku v škodo obdolženega je potrebna večina vsaj osmih glasov.¹⁴⁷ Odločitev drugostopenjskega sodišča, ki ga zavezuje načelo **reformatio in peius**, je lahko dvojna: bodisi potrdi prvostopenjsko sodbo bodisi jo razveljavi in odredi nov postopek pred poroto v drugačni sestavi (610. člen CPP¹⁴⁸).¹⁴⁹

7. SKLEP

Porota, ki jo je Francija po angleškem vzoru uvedla v času revolucije, da bi preprečila arbitrarnost tedanje *justice*, se je razvila v posebne vrste prisedniško sodišče, s tem pa je Francija postala tista država v Evropi, ki še naprej močno krepi idejo sodelovanja državljanov pri (kazenskem) sodstvu. Čeprav je Francija danes država, ki spoštuje načelo pravne države in druga načela demokratične ureditve, pa ostaja legitimacija laičnih sestavin v sodstvu enako močna, če ne še celo bolj, saj je Francija vzpostavila tudi drugostopenjsko sodišče z laično sestavo, kar pomeni **nadaljnjo krepitev udeležbe državljanov pri sojenju**.¹⁵⁰

LITERATURA:

- **Baldwin, Simeon E.:** *The French Jury System*, v: Faculty Scholarship Series, paper 4263, 1904.
- **Bayer, Vladimir:** *Problem sudjelovanja nepravnika u savremenom kaznenom sudovanju*, Zagreb, 1940.
- **Cohen, Mathilde:** *The French Case for Requiring Juries to Give Reasons: Safeguarding Defendants or Guarding the Judges?*, v: Jacqueline E. Ross/Steven C. Thaman (ur.), *Comparative Criminal Procedure*, Edward Elgar Publishing, 2016; str. 422–449.
- **Čvorović, Dragana/Turanjanin, Veljko:** *Uloga porote u francuskom krivičnom postupku*, v: *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, št. 1/2015.
- **Gorphe, Francois:** *Reforms of the Jury-System in Europe: France and Other Continental Countries*, v: *Journal of Criminal Law and Criminology*, št. 2/1936, str. 155–168.

¹⁴⁶ 382. člen CPP.

¹⁴⁷ 359. člen CPP.

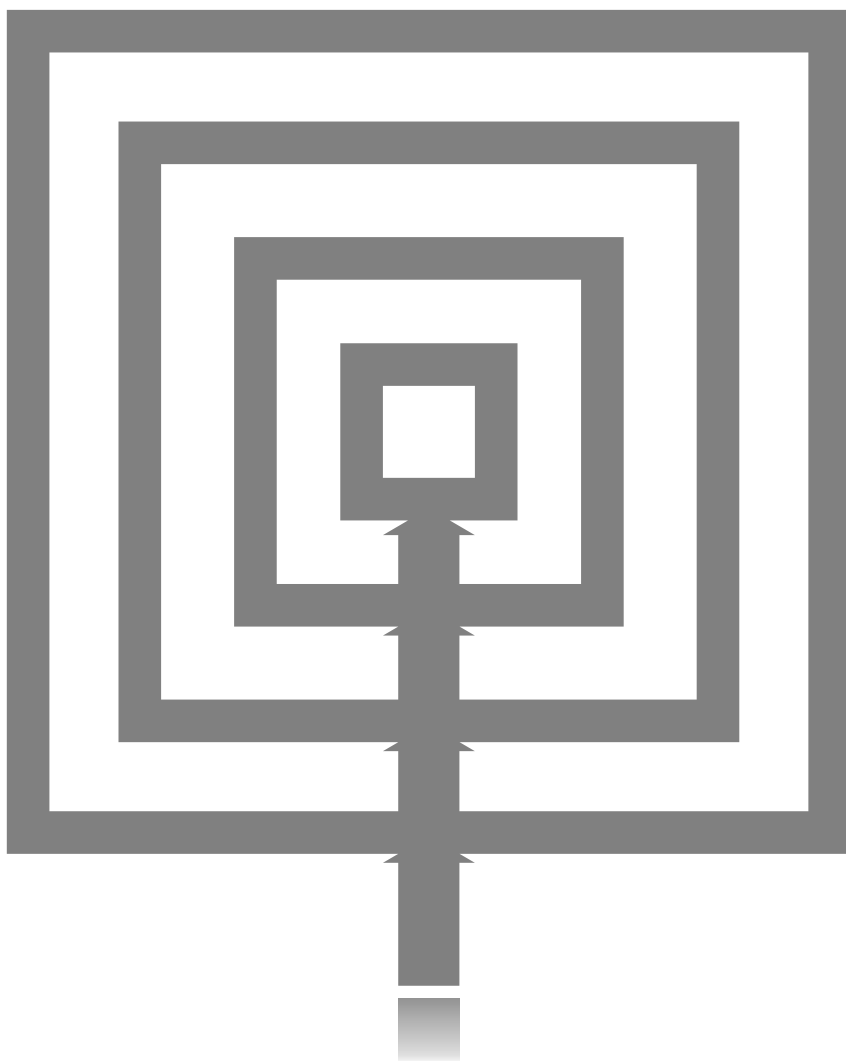
¹⁴⁸ 610. člen CPP se glasi: »En matière criminelle, la Cour de cassation prononce le renvoi du procès, savoir :

- devant une chambre de l'instruction autre que celle qui a prononcé la mise en accusation, si l'arrêt annulé émane d'une chambre de l'instruction ;
- devant une cour d'assises autre que celle qui a rendu l'arrêt, si l'arrêt est annulé pour cause de nullité commise à la cour d'assises ;
- devant une cour d'appel autre que celle dans le ressort de laquelle siège la cour d'assises qui a rendu l'arrêt, si l'arrêt est annulé seulement du chef des intérêts civils.»

¹⁴⁹ Navedeno po D. Čvorović, V. Turanjanin, nav. delo, str. 231.

¹⁵⁰ Primerjaj Valerie P. Hans, Claire M. Germain, nav. delo, str. 768.

- **Hans, Valerie P.:** *Jury Systems Around the World*, v: Cornell Law Faculty Publications, paper 305, 2008, str. 275–297.
- **Hans, Valerie P./Germain, Claire M.:** *The French Jury at a Crossroads*, v: Cornell Law Faculty Publications, paper 637, 2011.
- **Jackson, John. D./Kovalev, Nikolay P.:** *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, v: Columbia Journal of European Law, vol. 13, 2016, str. 83–123.
- **Mckillop, Bron:** *Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal*, v: Sydney Law Review, vol. 28, 2006, str. 343–358.
- **Moos, Reinhardt:** *Die Begründung der Geschworenengerichtsurteile*, v: JBl 2010, 73.
- **Mühlbacher, Thomas:** *Geschworenengerichte – unbegründete Sorge?*, v: Austrian Law Journal, št. 2/2015, str. 268–276.
- **Novo Pérez, Mercedes/Arce Fernández, Ramón/ Seijo Martínez:** *El tribunal del jurado en Estados Unidos, Francia y España: tres modelos de participación en la administración de justicia. Implicaciones para la educación del ciudadano*, v: Publicaciones, št. 32/2002, str. 335–360.
- **Padoa Schioppa, Antonio:** *The Trial Jury in England, France, Germany 1700–1900*, Duncker&Humblot, Berlin, 1987.
- **Paul Roberts:** *Does Article 6 of the European Convention of Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?*, v: Human Rights Law Review, 26. 3. 2011.



OBITER DICTA



VRHOVNO SODIŠČE NA SLOVENSKEM SKOZI ČAS

mag. Marjeta Oven, strokovna vodja Centralne pravosodne knjižnice Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

Maja Vavtar, univ. dipl. bibliotekarka v Centralni pravosodni knjižnici Vrhovnega sodišča Republike Slovenije

1. UVOD

Sodna oblast, sodstvo in sodišča so temeljni del pravne ureditve vsake sodobne države, njihova funkcija je opredeljena v najvišjih pravnih aktih držav, v ustavah. V zgodovinskem razvoju so spremembe družbene in državne ureditve prinesle tudi spremembe ustave, sodnega sistema, ureditve sodišč in njihovih pristojnosti.

Besedilo sega v čas Avstrijskega cesarstva, ko je bil leta 1849 uveljavljen nov sodni sistem in eno leto pozneje ustanovljeno vrhovno sodišče na Dunaju, ki je bilo pristojno za vso monarhijo, vključno s slovenskimi deželami. Sledile so burne družbene in politične spremembe, uporaba slovenskega jezika se je začela širiti iz cerkva v javne šole, urade in na sodišča. Leta 1918 smo Slovenci dobili prvo višjestopenjsko sodišče, Višje deželno sodišče v Ljubljani. Prevzelo je položaj in pristojnosti vrhovnega sodišča za slovenske dežele, ki jih je imelo do razpada Avstro-Ogrske vrhovno sodišče na Dunaju. Z ustanovitvijo Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev je bila Slovincem ta višja instanca odvzeta in pridružena zagrebškemu Stolu sedmorice. Z ustanovitvijo Vrhovnega sodišča v Ljubljani leta 1939 je bila ta napaka popravljena. Delovanje Vrhovnega sodišča v Ljubljani je bilo med drugo svetovno vojno za kratek čas prekinjeno, nato se je delo nadaljevalo do osamosvojitve Slovenije. Takrat je Vrhovno sodišče Republike Slovenije v skladu z novo ustavo prevzelo vse pristojnosti tedanjega Zveznega sodišča Jugoslavije za območje Slovenije in tako postalo najvišje sodišče v novi državi. Po vstopu Slovenije v Evropsko unijo leta 2004 je evropski pravni red postal del slovenske zakonodaje, Vrhovno sodišče pa je ostalo najvišje sodišče v državi, ki na zadnji stopnji odloča v sodnih zadevah in ima določena pooblastila v zvezi z izvrševanjem sodne uprave.

Vključen je tudi pregled predpisov, ki so vplivali na delovanje, organizacijo in pristojnosti slovenskega vrhovnega sodišča, vse pa je umeščeno v zgodovinski okvir, saj so prav spremembe državne ureditve bistveno vplivale na delovanje vrhovnega sodišča. Velja opozoriti le še na to, da namen besedila ni razčlenjevanje delovanja vrhovnega sodišča, temveč le osvetlitev ozadja nastanka in razvoja vrhovnega sodišča. Gre za dokumentiran zgodovinski pregled dogodkov, ki so zaznamovali čas in ljudi, soustvarjali preteklost in načrtali smernice prihodnosti vrhovnega sodišča.

2. AVSTRIJSKO CESARSTVO (1848–1867)

V prvi polovici 19. stoletja so Evropo začele pretresati revolucije, zaradi katerih je prišlo do pomembnih sprememb družbene in državne ureditve. Marčna revolucija leta 1848 je habsburško monarhijo preoblikovala v ustavno monarhijo. Prvi ustavni dokument, z dne 25. aprila 1848¹, je vseboval zagotovilo vsem narodom, tudi slovenskemu, o nedotakljivosti njihove nacionalnosti in jezika, v posebnem poglavju pa je določal tudi državljske in politične pravice.

Z oktroirano ustavo Franca Jožefa I. z dne 4. marca 1849² je prišlo do ločitve med upravo in sodstvom, dokončno je bila odpravljena stara fevdalna, z zemljiškimi gospodstvi povezana uprava, sodišča avtonomnih skupnosti in stara patrimonialna sodišča so izgubila sodno oblast. Ustava je določila samostojnost sodišč, izvrševanje sodstva le po državnih organih, varovanje sodnikov pred odpustitvijo z dela ali premestitvijo, javnost in ustnost sodnih postopkov, akuzatorno načelo v kazenskih postopkih, razsojanje porotnih sodišč v vseh težkih hudodelstvih ter pri političnih in tiskovnih prestopkih (Žontar, 2007).

Novi sodni sistem, sprejet s cesarskim patentom dne 14. junija 1849³, je oblikoval nove vrste sodišč in jih razdelil na okrajna sodišča, deželna sodišča, višja deželna sodišča in sodišče tretje stopnje – vrhovno oziroma kasacijsko sodišče. Okrajna sodišča so se delila na zborna okrajna sodišča in sodišča, na katerih je razsojal sodnik posameznik. V kazenskih zadevah so presojala o prekrških in o delu težjih kaznivih dejanj, ki jih je kazenski zakonik označeval kot „pregreške“. V civilnih zadevah so obravnavala spore manjših vrednosti, spore iz najemnih razmerij, pristojna so bila za zapuščinske postopke, varstvene in preklicne zadeve, zemljiško knjigo in izvršbe. Deželna sodišča so razsojala v nekaterih zadevah na prvi stopnji, razsojala pa so tudi o pritožbah zoper okrajna sodišča⁴. Višja deželna sodišča so bila pristojna za deželna in okrožna sodišča, lahko tudi za več dežel skupaj. Na višji instanci so bila za slovenske dežele pristojna višja deželna sodišča v Celovcu, Gradcu in Trstu, na najvišji instanci pa vrhovno sodišče na Dunaju.

1 *Allerhöchstes Patent vom 25. April 1848, Verfassungs-Urkunde des österreichischen Kaiserstaates.* Objava: Sr. k. k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze und Verordnungen für die sämtlichen Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates, mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen, Band 76. Wien, 1851.

Ustavna listina, bolj znana kot Pillersdorfova ustava, je bila zaradi protestov zoper predvideni dvodomni državni zbor že čez nekaj tednov razglašena začasno, z namenom odpreti pot sprejetju ustave v enodomni voljeni konstituenti.

2 *Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend.* Objava: Allgemeines Reich-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich; Jahrgang 1949. Wien, 1850.

3 *Kaiserliche Entschließung vom 14. Juni 1849, womit die Grundzüge der neuen Gerichtsverfassung genehmigt werden.* Objava: Allgemeines Reich-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich. Jahrgang 1849. Wien, 1850.

4 Od leta 1853 se je naziv deželno sodišče obdržal le za sodišča v glavnih mestih dežel, druga so imenovali okrožna sodišča. Poleg razsojanja o pritožbah zoper okrajna sodišča so bila okrožna sodišča pristojna za težja kazniva dejanja. V civilnih zadevah so bila okrožna sodišča pristojna za pravde, v katerih je šlo za višje sporne vrednosti, ter za pravde o ločitvah, razvezah itd.

278.

Kaiserliche Entschliessung vom 14. Juni 1849,

womit die Grundzüge der neuen Gerichtsverfassung genehmigt werden.

Ueber Antrag Meines Justizministers und Einrathen Meines Ministerrathes genehmige Ich, daß die neue Gerichtsverfassung im Sinne der vorliegenden, von Mir gutgeheissenen Grundzüge bewerkstelligt werde und beauftrage Meinen Justizminister mit der schleunigsten Durchführung derselben im Einvernehmen mit den einschlägigen Ministern.

Schönbrunn, den 14. Juni 1849.

Franz Joseph m. p.

Wach m. p.

Začetki zakonikov oziroma uradnih glasil v Avstriji segajo v dobo po marčni revoluciji. S cesarskim patentom iz leta 1849 je bilo določeno, da se v državnem zakoniku objavljajo vsi državni in deželni zakoni, cesarski patenti in ukazi, ki so veljali za vso državo ali pa le za posamezni del, pa tudi ministrski ukazi.

Vrhovno sodišče na Dunaju kot najvišja instanca novega državnega sodnega sistema je bilo z dekretom pravosodnega ministrstva ustanovljeno že leta 1848⁵, s preoblikovanjem iz Vrhovnega pravosodnega urada. Organizacijsko strukturo Vrhovnega sodišča je potrdil cesarski patent z dne 7. avgusta 185⁶. Najvišje sodišče je odločalo na tretji in zadnji stopnji v vseh civilnih zadevah. Bilo je pritožbena instanca za sodbe deželnih sodišč, delo sodnikov in sodišč, delovalo je tudi kot disciplinska zbornica in plenarni senat ter izdajalo pravna mnenja.

Oběni

Državni zakonik in vladni list Avstrijskega cesarstva.

CIX. del.

Izdan in razposlan

v edino nemškem izdanju 10. avgusta 1850,

v pričijočem dvojnem izdanju 30. novembra (listopada) 1850.

325.

Cesarski patent 7. avgusta 1850,

s katerim se ustanovi uravnava najvišje in ovržne sodnije na Dunaju (v Beču).

Na podlagi patenta iz leta 1849 je moral državni zakonik izhajati v desetih jezikih, ki so jih šteli za deželne jezike. Po ukinitvi oktroirane ustave so bile ukinjene tudi narodnostne pravice, zato državni zakonik med letoma 1852 in 1870 ni izhajal v slovenskem jeziku.

5 Justiz Ministerial Erläss JGS 1176.

6 Cesarski patent 7. avgusta 1850, s katerim se ustanovi uravnava najvišje in ovržne sodnije na Dunaju (v Beču). Objava: Državni zakonik in vladni list Avstrijskega cesarstva, CIX. del, z dne 30. novembra (listopada) 1850. V 27. členu tega patenta je bilo določeno, da mora vrhovno sodišče na Dunaju v pravnih, v katerih se je razpravljalo samo v nemškem jeziku, izdati svojo odločbo z razlogi vred v jeziku, v katerem se je razpravljalo na prvi instanci, vendar do prevrata leta 1918 to sodišče ni izdalo niti ene sodbe v slovenskem jeziku. Ravnihar, 1936.

Razmejitev pristojnosti med sodišči je v kazenskem postopku temeljila na opredelitvi kaznivega dejanja, v civilnem postopku pa se je opirala na vrednost spornega predmeta ali vrsto spora. Odločanje v kazenskih zadevah je potekalo po kazenskem redu z dne 17. januarja 1850⁷. Ker je vrhovno sodišče, zlasti v kazenskih zadevah, odločalo samo o tem, ali se drugostopenjska sodba potrdi ali razveljavi (kasira), se je za najvišje instančno sodišče uveljavil naziv kasacijsko sodišče (Vilfan, 1961).

Leta 1853 je upravno in sodno ureditev podrobneje določil *Ukaz ministrov notranjih, pravosodnih in denarstvenih zadev*⁸. Višje deželno sodišče v Celovcu, ki je bilo pristojno za Štajersko, Koroško in Kranjsko, je bilo leta 1854 ukinjeno in priključeno višjemu deželnemu sodišču v Gradcu⁹.



Razglednica iz leta 1906, s Sodno palačo, v kateri so imeli prostore okrajno sodišče, državno pravdnštvo ter deželno sodišče. (Zbirka Milene Žnideršič.)

7 Cesarski patent 17. januarja 1850, po katerem se nov začasen red kazenske pravde s to odločbo razglaši, da se bode dan, katerega ima ti red moč zadobiti, še le pozneje na znanje dal. Objava: Državni zakonik in vladni list Avstrijskega cesarstva, XVII. del, z dne 19. junija 1850.

8 Ukaz ministrov notranjih, pravosodnih in denarstvenih zadev 19. januarja 1853 ...; D: Najvišje odločbe zastran uredbe sodnijskih oblastnij. Objava: Deželni vladni list za kranjsko vojvodino, IX. del, V. tečaj, z dne 12. marca 1853.

9 Odprava višjega deželnega sodišča v Celovcu in postavitve v Gradcu je bila izvedena s posebnim ukazom: Ukaz c. k. pravosodnega ministerstva 21. junija 1854, zastran odprave presodnije v Celovcu in ustanovitve zedinjene štajersko-koroško-krajske presodnije v Gradcu. Objava: Deželni vladni list za kranjsko vojvodino, XXXI. del, VI. tečaj, z dne 26. julija 1854.

3. AVSTRO-OGRSKA (1867–1918)

Po razdelitvi Avstrijskega cesarstva na avstrijsko in ogrsko polovico, leta 1867, so bile slovenske dežele vključene v avstrijski del monarhije, imenovan tudi Cislajtanija. Avstro-Ogrska je vse do razpada, ne glede na posamezne ustavne norme, ostala centralizirana monarhija z močno cesarjevo oblastjo.

S preureditvijo monarhije je državni zbor na Dunaju sprejel več zakonov, ki so vplivali na delovanje sodišč. Med temeljnimi državnimi zakoni, sprejetimi konec leta 1867, je bil tudi „zakon o sodniški oblasti“¹⁰. Ta zakon je uveljavljal avtonomnost sodnika pri opravljanju sodniške službe. Pravosodje je bilo ločeno od uprave. V kazenskih in civilnih postopkih pred sodišči naj bi bile razprave praviloma javne in ustne (Ogrizek, 2000).

V avstrijski polovici države so se že razvita načela organizacije sodstva obdržala v veljavi, že izoblikovani ustroj sodišč je v bistvenih potezah prevzel tudi zakon o ureditvi sodišč z dne 27. novembra 1896¹¹. V tem času je jurisdikcijska norma razširila tudi pristojnosti vrhovnega sodišča. Medtem ko je prej delovalo kot tretja instanca le tedaj, ko je bila prva instanca zborna sodišče, je postalo vrhovno sodišče tretja instanca tudi v zadevah, v katerih je prvostopenjsko sodbo izreklo okrajno ali okrožno sodišče. Tretja instanca pri vrhovnem sodišču naj bi pripomogla k poenotenju sodne prakse (Vilfan, 1961).

Leta 1907 je zakon o izvrševanju sodne oblasti¹² določil število sodnikov v senatih za določena področja in dopustil tudi sklepanje brez senata na višjih deželnih sodiščih in vrhovnem sodišču v zadevah, ki niso bile posebej problematične, pogosto le predložene v vednost in odobritev. V takih primerih je sklep pripravil sodnik poročevalec, odobril pa ga je predsednik senata.

4. DRŽAVA SLOVENCEV, HRVATOV IN SRBOV (1918)

Po razpadu Avstro-Ogrske, leta 1918, so na ozemlju na novo ustanovljene Države Slovencev, Hrvatov in Srbov stare državne meje in predhodne upravne delitve izgubile ves pomen in so bile odpravljene. Za najvišji organ oblasti na Slovenskem je bila 4. novembra 1918 razglašena Narodna vlada SHS v Ljubljani¹³. Prvi predsednik Josip Pogačnik je še istega večera z balkona deželnega dvorca na Kongresnem trgu v Ljubljani zbrani množici slovesno razglasil sestavo prve slovenske vlade. Ravnihar (1997) je v svojih spominih opisal veselje „vzhičene množice, ki je svojemu navdušenju dala duška v glasnem vzklikanju“.

10 *Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt*. Objava: Reich-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Oesterreich, Stück LXI, Ausgegeben und versendet am 22. December 1867.

11 *Zakon z dne 27. novembra 1896. I., s katerim se izdajejo predpisi o sestavi, notranji uredbi in opravljenem redu sodnij (zakon o uredbi sodnij)*. Objava: Državni zakonik za kraljevine in dežele, zastopane v državnem zboru, kos LXXXI, z dne 5. decembra 1896.

12 *Zakon z dne 24. februarja 1907. I. o izvrševanju sodne oblasti na višjih deželnih sodiščih in na Najvišjem in kasacijskem sodišču*. Objava: Državni zakonik za kraljevine in dežele, zastopane v državnem zboru, kos XXI, z dne 24. februarja 1907.

13 Imenovanje vlade je bilo objavljeno v Uradnem listu Narodne vlade SHS v Ljubljani, št. 1, z dne 4. novembra 1918.



Ljubljana je priredila manifestacijsko zborovanje na Kongresnem trgu 29. oktobra 1918 in razglasila odcepitev Slovenije od Avstro-Ogrske in vključitev v Državo SHS. Z balkona deželnega dvorca so spregovorili Ivan Hribar, dr. Karel Triller, dr. Ivan Tavčar in škof dr. Anton Jeglič. (Fotografija: Franjo Grabjec. Hrani Muzej novejše zgodovine.)

Vlada je bila sestavljena iz dvanajstih poverjeništev, vodstvo poverjenišva za pravosodje je prevzel dr. Vladimir Ravnihar. Ravnihar je že 31. oktobra 1918 izdal prve dekrete, s katerimi je odstavil vodilno osebje sodišč in na njihova mesta postavil nove ljudi. Prizadeval si je za zaposlitev osebja, ki bi „ustrezalo narodnostnemu položaju v okoliših vseh sodišč na slovenskem ozemlju, s tem da bi dali ljudstvu sodnike njegove narodnosti“. Zagotovil si je sodelovanje slovenskih sodnikov, ki so službovali v tujini, pri višjem deželnem sodišču v Gradcu in pri vrhovnem sodišču na Dunaju. Na Ravniharjevo povabilo k sodelovanju so se odzvali vsi, med prvimi Ivan Kavčnik, dvorni svetnik pri vrhovnem sodišču na Dunaju, z dopisom, v katerem med drugim pravi, da „z največjim veseljem in s posebno hvaležnostjo sprejema častno ponudbo, da organizira višje deželno sodišče in mu stopi začasno na čelo“ (Ravnihar, 1940).

5. USTANOVITEV VIŠJEGA DEŽELNEGA SODIŠČA V LJUBLJANI (1918)

Narodna vlada SHS v Ljubljani je 4. novembra 1918 odpravila prejšnjo deželno samoupravo in njene organe, tako da je bila njena oblast enotna (Vilfan, 1991). Vlada je na seji 14. novembra 1918 določila „konstitucijo“ z naredbo o prehodni upravi

na ozemlju Narodne vlade SHS v Ljubljani¹⁴. Naredba je določila tudi pravosodno upravo in ustanovitev Višjega deželnega sodišča v Ljubljani za območje Kranjske, Koroške in Štajerske; za območje Goriške, slovenskega dela Istre in mesta Trst z okolico pa je ostalo pristojno višje deželno sodišče v Trstu. Navedene so pristojnosti višjih deželnih sodišč ter njihova podrejenost v administrativnih zadevah Narodni vladi SHS v Ljubljani, oddelku za pravosodstvo¹⁵.

3. Zoper sodbe in druge ukrepe višjih deželnih sodišč in pa deželnih in okrožnih sodišč, ki jih ta izdajajo kot sodišča druge stopnje, odslej ni daljnega pravnega sredstva.

Višja deželna sodišča sodijo dokončno tudi v vseh onih pravnih stvareh, v katerih je bilo po dosedanjih določilih pristojno avstrijsko vrhovno in kasacijsko sodišče.

O medčasno že vloženih, pa še ne rešenih pravnih sredstvih na avstrijsko vrhovno in kasacijsko sodišče odloča višje deželno sodišče v Ljubljani.

4. V administrativnih zadevah sta obe višji deželni sodišči podrejeni Narodni vladi SHS v Ljubljani, oddelku za pravosodstvo.

5. Koroško ozemlje se začasno priklapi notarskima zbornicama v Ljubljani ali v Celju po načelih, označenih v drugem odstavku št. 1.

6. Okoliš odvetniške zbornice v Ljubljani obseza vse ozemlje, navedeno v točki I., št. 2.

V petem poglavju Naredbe celokupne vlade o prehodni upravi v ozemlju Narodne vlade SHS v Ljubljani (1918) Pravosodne uprave so zapisane pristojnosti višjih deželnih sodišč:

»Zoper sodbe in druge ukrepe višjih deželnih sodišč in pa deželnih in okrožnih sodišč, ki jih ta izdajajo kot sodišča druge stopnje, odslej ni daljnega pravnega sredstva. Višja deželna sodišča sodijo dokončno tudi v vseh onih pravnih stvareh, v katerih je bilo po dosedanjih določilih pristojno avstrijsko vrhovno in kasacijsko sodišče.«

Višje deželno sodišče v Ljubljani je začelo poslovati 1. decembra 1918, v današnji sodni palači na Tavčarjevi ulici, tedaj Sodnijski ulici. Tako je Višje deželno sodišče v Ljubljani prevzelo položaj in pristojnosti vrhovnega sodišča za slovenske dežele, ki jih je imelo do razpada Avstro-Ogrske vrhovno sodišče na Dunaju¹⁶. Na sodišču so začeli delovati najvidnejši slovenski pravniki, med katerimi so se mnogi z velikim navdušenjem vrnili v domovino (Simič, 1995). Kot navaja Sajovic (1939), so bili sodniki novega sodišča sodniki „z dolgoletnim sodniškim službovanjem, ki jim je bilo vir bogatih izkušenj v vseh pravnih vprašanjih, visoko strokovno izobraženi, senati so bili homogeni in so svojo nalogo izvrševali odlično in v splošno zadovoljstvo“.

Nekaj dni po ustanovitvi sodišča je bil z naredbo Narodne vlade za prvega predsednika Višjega deželnega sodišča v Ljubljani imenovan Ivan Kavčnik¹⁷,

14 Naredbo je sestavila upravna komisija pod predsedstvom dr. Ivana Žolgerja, vplivnega strokovnjaka za upravno pravo v času avstro-ogrske monarhije. Naredbo so tedanji pravni strokovnjaki poimenovali Žolgerjeva ustava.

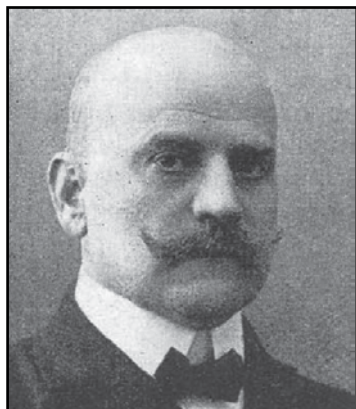
15 *Naredba celokupne vlade o prehodni upravi v ozemlju Narodne vlade SHS v Ljubljani*, sprejeta 14. novembra 1918. Objava: Uradni list Narodne vlade SHS v Ljubljani, št. 11, z dne 21. novembra 1918.

16 Izjema je bilo Prekmurje, za katerega je imelo položaj vrhovnega sodišča madžarsko vrhovno sodišče.

17 „V seji Narodne vlade SHS z dne 23. novembra 1918 so bili pri višjem deželnem sodišču v Ljubljani začasno imenovani: za predsednika Ivan Kavčnik ...“. *Naredba poverjeništvu za pravosodstvo*, št. 143. Objava: Uradni list Narodne vlade SHS v Ljubljani, št. 14, z dne 28. novembra 1918.

Ivan Kavčnik (1858–1922) se je rodil v Dragomeru, gimnazijo obiskoval v Ljubljani, študij prava pa na Dunaju in v Gradcu. Po opravljenem sodnem izpitu se je zaposlil na sodišču v Ljubljani, nadaljeval kariero na višjem deželnem sodišču v Trstu in na vrhovnem sodišču na Dunaju. Specializiral se je za civilnopravno področje. Bil je plodovit pravni pisatelj, prevajal je tuja pravna besedila in soustvarjal slovensko pravno terminologijo. Leta 1918 je prevzel funkcijo predsednika Višjega deželnega sodišča. Kot odličen upravnik in organizator pravosodja je izdelal načrt ustanovitve Višjega deželnega sodišča in Višjega deželnega pravdnštva. Na njegovo pobudo je bila ustanovljena tudi Centralna (pravosodna) knjižnica, ki je spomenik njegovi skrbi za razvoj pravnega znanja. Fotografija: Kronika slovenskih mest, št. 2, 1935.

dotedanji dvorni svetnik pri vrhovnem sodišču na Dunaju, za podpredsednika dr. Anton Rogina, dotedanji svetnik višjega deželnega sodišča v Gradcu, za svetnika pa sta bila imenovana Fran Milčinski, višjesodni svetnik pri deželnem sodišču v Ljubljani, in dr. Anton Kremžar, državni pravdnik v Novem mestu. Za sodnike so bili imenovani Mihael Gabrijelčič, dr. Gojmir Krek, Henrik Lašič, dr. Anton Skumovič in Rudolf Sterle.



Ivan Kavčnik, predsednik Višjega deželnega sodišča v letih med 1918 in 1920.

Kavčnik je v poročilu Poverjeništvu za pravosodje v Ljubljani glede zasedbe mest sodnikov napisal, da si je „izbral sodniško osebje s skrbnim prevdarkom in stoječ na stališču, da je, ker bo višje deželno sodišče v vseh stvareh sodilo dokončno, pritegniti izmed sposobnih sodnikov najsposobnejše ne glede na službeni vrstni red. Le na ta način bo mogoče, da za to prehodno dobo, dokler nimamo vrhovnega tribunala, ostane pravosodstvo na višini, ki jo je po zaslugah Vrhovnega sodišča zavzemalo v stari Avstriji“¹⁸.

Znak št.	Ime	Kritični kraj	Datum imenovanja	Mesečna službena doba			Kritični prejemki			Opaz.
				leta	dni	ura	plača	ostala dohodek		
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
1. Predsednik višjega deželnega sodišča IV.										
1	Kavčnik Ivan	Ljubljana	23. 11. 1918	voj. 1 ur. 32	1	7	14000	6000		
2. Podpredsednik višjega deželnega sodišča V.										
1	Rogina dr. Anton	Ljubljana	23. 11. 1918	voj. 1 ur. 30	4	20	10000	1540		

Poverjenišstvo za pravosodje v Ljubljani je leta 1919 objavilo prvi seznam zaposlenih v sodni upravi (sodiščih, državnem pravdništvu, kaznilnicah) za Slovenijo.

18 Dopis št. 927/19 – Priloga II. Hrani Arhiv RS, SI AS 1385: Kavčnik, rodbina, 1878–1950, enota 3.

Novo višje deželno sodišče je ohranilo vse pristojnosti iz avstrijskega sodnega sistema, v civilnih zadevah pa je postalo zadnja instanca, tako da je prišlo v tem pogledu do enostopenjskega skrajšanja v primerjavi s starim sistemom. V kazenskih zadevah je to sodišče prevzelo posle kasacijskega sodišča.

Višje deželno sodišče v Ljubljani je tako postalo prvo slovensko sodišče, ki je opravljalo naloge vrhovnega sodišča in je imelo sedež na ozemlju današnje Republike Slovenije¹⁹. Ravnihar (1997) v svojih spominih piše, da so „prav dobro izhajali z višjim deželnim sodiščem, ki nam je nadomeščalo tretjo instanco“. Vendar je takšen položaj Višje deželno sodišče v Ljubljani obdržalo le kratek čas²⁰.

Višje deželno sodišče v tem času ni bilo pristojno za področje Prekmurja oziroma Slovenske krajine²¹. Začasna ureditev sodstva v Prekmurju je sledila z naredbo z dne 18. septembra 1919²². Prekmurje je upravljal civilni komisar vse do podpisa mirovne pogodbe z Madžarsko v Trianonu 4. junija 1920, ko je bilo Prekmurje dokončno priključeno Jugoslaviji (Titl, 1970).

Iz pristojnosti Višjega deželnega sodišča v Ljubljani je bilo v tem času izločeno tudi slovensko Primorje, ki je danes del Republike Slovenije, takrat pa je spadalo pod pristojna sodišča Kraljevine Italije. Vse poslovanje, tudi za področje sodstva, je takrat vodil Generalni urad za nove pokrajine (Ufficio centrale per le nuove provincie). Organizacija rednih sodišč je ostala enaka, s tem da je Kasacijsko sodišče v Rimu (Corte di Cassazione di Roma) leta 1919²³ prevzelo vrhovno pristojnost nad novimi pokrajinami, Višjemu deželnemu sodišču v Trstu pa so dodelili odločanje v nespornih zadevah, ki so do leta 1918 spadale pod vrhovno sodišče na Dunaju (Vidrih Lavrenčič, 2000)

6. KRALJEVINA SRBOV, HRVATOV IN SLOvencev (1918–1929)

Po združitvi Države Slovencev, Hrvatov in Srbov s Kraljevino Srbijo v Kraljevino Srbov, Hrvatov in Slovencev je 20. januarja 1919 Narodno vlado Slovencev, Hrvatov in Srbov zamenjala Deželna vlada za Slovenijo. Nova vlada je delovala od leta 1919 do leta 1921, najvišja upravna oblast je po novem prešla na beograjsko vlado.

19 V času Ilirskih provinc je v Ljubljani delovalo eno od treh prizivnih sodišč, Cour d'Appel de Laybach, med letoma 1810 in 1813 (drugi dve sta bili v Zadru in Dubrovniku). Kot prizivno sodišče prve instance za sodišča Koroške, Kranjske, Gorice, Trsta, Reke in za sodišča t. i. civilne Hrvaške je bilo najvišja sodna instanca za Ilirske province.

20 Višje sodišče v Ljubljani je izgubilo pristojnosti vrhovnega sodišča in postalo drugostopenjsko sodišče v na novo ustanovljeni Kraljevini Srbov, Hrvatov in Slovencev, ko je začel poslovati Oddelek B pri Stolu sedmorice v Zagrebu, 15. januarja 1920.

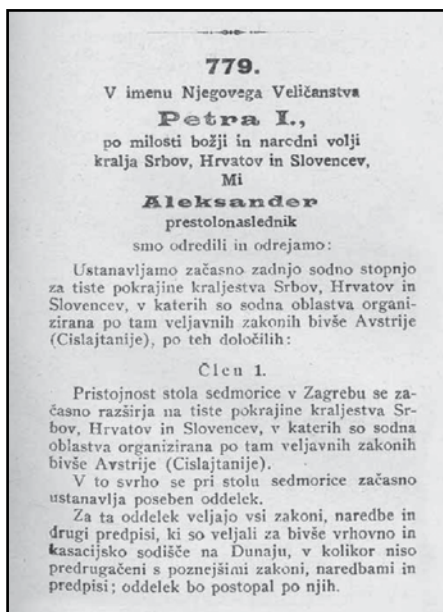
21 Od leta 1867 so bile slovenske dežele vključene v avstrijski del monarhije. Prekmurje je bilo izjema. Tudi po uvedbi dualistične državne ureditve je ostalo v okviru Ogrske in je bilo leta 1919 kratek čas celo Madžarska sovjetska republika. Sovjet za Slovensko krajino in njen izvršni organ direktorij (v Murski Soboti) je prevzel vso oblast z razglasom, objavljenim v Novinah, z dne 30. marca 1919.

22 *Naredba poverjenistva za pravosodje o začasni uredbi sodstva v Prekmurju*, sprejeta 18. septembra 1919. Objava: Uradni list deželne vlade za Slovenijo, št. 149, z dne 19. septembra 1919.

23 *Reggio decreto-legge 4 novembre 1919, che attribuisce alla Corte di cassazione di Roma la decisione dei ricorsi e dei conflitti di competenza, provenienti dalle nuove provincie del Regno*. Objava: Gazzetta Ufficiale del 13 novembre 1919, n. 268.

Kraljevina Srbov, Hrvatov in Slovencev je imela šest formalno priznanih pravnih ozemelj, eno od njih je bilo ozemlje Slovenije in Dalmacije. Ker eno samo vrhovno sodišče ne bi moglo obvladovati takšne raznolikosti pravnih redov, izvirajočih iz različnih zgodovinskih tradicij, je bila struktura pravnih ozemelj tudi okvir za strukturo sodišč. Praviloma je za vsako pravno ozemlje delovalo posebno vrhovno sodišče, delna izjema je bila Slovenija z Dalmacijo, ki ni imela svojega posebnega vrhovnega sodišča. Ker je bilo na Hrvaškem s Slavonijo civilno in kazensko pravo urejeno podobno kot v Sloveniji in Dalmaciji, so mesec dni po nastanku Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev tudi ti dve pokrajini podredili že prej obstoječemu vrhovnemu sodišču v Zagrebu, Stolu sedmorice²⁴ (Vilfan, 1991).

Tako je bil pri Stolu sedmorice v Zagrebu ustanovljen poseben oddelek B, ki je bil pristojen za sojenje na tretji instanci za pravno območje Slovenije in Dalmacije²⁵. Na oddelku je poleg vrhovnega sodišča delovalo tudi vrhovno državno pravdnništvo. Oddelek B je vodil podpredsednik Stola sedmorice. To sodišče je začelo delovati 15. januarja 1920, s tem dnem je Višje deželno sodišče v Ljubljani izgubilo pristojnosti vrhovnega sodišča in postalo drugostopenjsko sodišče.



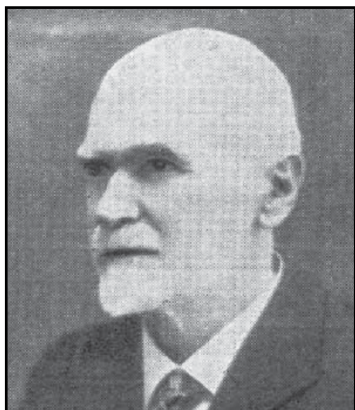
V Uradnem listu deželne vlade za Slovenijo je bila objavljena naredba, s katero se je pri Stolu sedmorice v Zagrebu ustanovil poseben oddelek kot zadnja sodna stopnja za tiste pokrajine Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev, v katerih so bila sodišča organizirana po veljavnih zakonih bivše Avstrije.

24 Po madžarskem sistemu septemviralno sodišče; stol pomeni tu mizo, a se ni prevajal, čeprav je stol sedmorice v slovenščini nesmisel. Vilfan, 1991.

25 Naredba št. 779, sprejeta 28. novembra 1919: „Ustanavljamo začasno zadnjo sodno stopnjo za tiste pokrajine kraljestva Srbov, Hrvatov in Slovencev, v katerih so sodna oblastva organizirana po tam veljavnih zakonih bivše Avstrije (Cislajtanije) ...“ Objava: Uradni list deželne vlade za Slovenijo, št. 177, z dne 13. decembra 1919. Sajovic (1939) je v članku Naše najvišje sodišče pisal, da je bilo „povedano že drugod, zakaj se to sodišče, ki sicer finančnoadministrativno ni bilo samostojno, ni osnovalo v Ljubljani, kakor se je obetalo skraja. Bila je podoba, da bo ta oddelek skupno s hrvatsko-slavonskim zametek bodočega jugoslovanskega najvišjega sodišča, kakor ga je pozneje predvidel čl. 110 vidovdanske ustave“

Z naredbo z dne 30. januarja 1920²⁶ je bil za vodenje Oddelka B imenovan podpredsednik Stola sedmorice Fran Emil Smeccchia, dotedanji dvorni svetnik pri vrhovnem sodišču na Dunaju, za sodnike pa dr. Anton Verona, dr. Josip Metličič, Maks Černe, Fran Milčinski, Josip Žmavec, Henrik Lašič in dr. Anton Furlan.

Po smrti Smeccchie je bil leta 1924 za vodenje Oddelka B imenovan prvi Slovenec na tej funkciji, Ivan Okretič²⁷ iz Kostanjevice na Krasu, dotedanji vrhovni državni pravdnik v Ljubljani (Dolenc, 1925). Leta 1930 ga je na tem mestu zamenjal dr. Josip Metličič²⁸.



Ivan Okretič, predsednik Oddelka B Stola sedmorice v letih med 1924 in 1930.

Vidovdanska ustava, ki je bila sprejeta leta 1921²⁹, je uzakonila parlamentarno dedno monarhijo in centralizem. Oblast je sicer delila na tri veje, a je kralju dajala velika pooblastila, potrjeval je zakone, razpuščal parlament, imel odločilno vlogo pri postavljanju vlad, bil je vrhovni poveljnik vojske, ministri so mu morali priseči zvestobo, imenoval je sodnike in jih lahko tudi zamenjeval. Ustava je tako kralja postavila nad vse tri veje oblasti, kralj sam pa ni bil odgovoren nikomur. Vidovdanska ustava je v 110. členu predvidela eno samo vrhovno sodišče, v Zagrebu, za vso državo, v prehodnih določbah pa zapisala, da obstoječa kasacijska oziroma vrhovna sodišča poslujejo še naprej, do nove ureditve, in se štejejo za oddelke kasacijskega sodišča³⁰.

26 *Naredba Njegove kraljevske Visokosti prestolonaslednika Aleksandra*, sprejeta 30. januarja 1920. Objava: Službene novine kraljestva Srba, Hrvatov i Slovenaca, št. 38, ukaz št. 3897, z dne 20. februarja 1920 in Uradni list deželne vlade za Slovenijo, št. 26, z dne 27. februarja 1920.

27 Ivan Okretič (1860–1931) se je rodil v Kostanjevici na Krasu, gimnazijo je obiskoval v Gorici, študij prava pa na Dunaju. Sodno prakso je opravil na deželnem sodišču v Trstu, svoje znanje je pozneje dopolnjeval na sodiščih v Rovinju, Pazinu, Sežani in Gorici. Nato je bil dodeljen generalni prokuraturi (tožilstvu) vrhovnega sodišča na Dunaju, kjer se je specializiral za kazensko pravo. Leta 1918 je stopil na čelo na novo ustanovljenemu višjemu državnemu pravdništvu v Ljubljani, po ustanovitvi oddelka B Stola sedmorice pa je bil imenovan za vrhovnega državnega pravdnika. Leta 1924 je bil imenovan za predsednika Oddelka B Stola sedmorice v Zagrebu. Bil je med ustanovnimi člani društva Pravniki, soustvarjalec Slovenskega Pravnika in soorganizator jugoslovanskih pravniških kongresov. Fotografija: Slovenski pravnik, št. 1/6, leto 43, 1929, uvezana priloga.

28 Objava: Službeni list kraljevske banske uprave Dravske banovine, št. 19, z dne 20. avgusta 1930.

29 *Ustava Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev*, sprejeta 28. junija 1921 v Beogradu. Objava: Uradni list deželne vlade za Slovenijo, št. 87, z dne 27. julija 1921.

30 Prav tam.

Leta 1922 je kraljevo odredbo o pristojnosti Stola sedmorice iz leta 1919 zamenjal vsebinsko skoraj popolnoma enak *Zakon o začasni ureditvi zadnje sodne stopnje za krajine v področju višjih deželnih sodišč v Splitu in Ljubljani*³¹. Deželna in okrožna sodišča in njihovi sedeži so ostali nespremenjeni, zaradi novih državnih mej so se nekoliko spremenila le področja pristojnosti nekaterih sodišč. Pristojnosti vrhovnega sodišča so po tem zakonu še vedno pripadale Stolu sedmorice.

Od leta 1921 do leta 1924 je bila namesto Deželne vlade kot prehodna oblika vlade postavljena Pokrajinska uprava za Slovenijo, ki jo je vodil pokrajinski namestnik, imenoval ga je kralj. Uprava je imela sedem oddelkov, med njimi tudi Oddelek ministrstva pravde v Ljubljani, ki je nadomestil Poverjeništvo za pravosodje.

V skladu z Vidovdansko ustavo in na podlagi *Uredbe o razdelitvi države na oblasti*³² je bila na Slovenskem vzpostavljena nova upravna ureditev, ki je Slovenijo razdelila na dve upravni enoti: ljubljansko in mariborsko oblast.

Zakon o ureditvi rednih sodišč za kraljevino Srbov, Hrvatov in Slovencev, sprejet leta 1928³³, in zakon z istim nazivom iz leta 1929³⁴ sta v glavnem obdržala načela dotedanje sodne organizacije štirih stopenj, ki je delovala na treh instancah. Ena izmed sprememb je bila preimenovanje Višjega deželnega sodišča v Ljubljani v Apelacijsko sodišče v Ljubljani, ki je bilo pristojno za pravna območja okrožnih sodišč v Celju, Ljubljani, Novem mestu, Mariboru in Murski Soboti. Ta zakon je določil še ureditev enega samega najvišjega sodišča, kasacijskega sodišča za vso državo, vendar do uresničitve tega določila ni prišlo.



Drugega kongresa pravnikov Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev v Ljubljani leta 1926 sta se udeležila tudi tedanji predsednik oddelka B Stola sedmorice Ivan Okretič in tedanji okrajni sodnik v Litiji Alojzij Žigon, ki je bil pozneje imenovan za predsednika Vrhovnega sodišča.

31 Objava: Uradni list pokrajinske uprave za Slovenijo, št. 75, z dne 15. julija 1922.

32 Uredba je bila sprejeta 26. aprila 1922. Objava: Uradni list Pokrajinske uprave za Slovenijo, št. 49, z dne 15. maja 1922.

33 Objava: Uradni list ljubljanske in mariborske oblasti, št. 119, z dne 22. decembra 1928.

34 Objava: Uradni list ljubljanske in mariborske oblasti, št. 14, z dne 9. februarja 1929.

Naloge vrhovnega sodišča je za Slovence še naprej opravljal Oddelek B Stola sedmorice v Zagrebu (Vilfan, 1961). Dr. Vladimir Golia, predsednik apelacijskega sodišča, je o tem napisal, da „naše vrhovno sodišče – oddelek B v Zagrebu, nima službenega nadzora kot takega nad nižjimi sodišči in vodi sodno upravo samo zase. Sodno upravo glede vseh ostalih sodišč vodi apelacijsko sodišče s svojim predsednikom, ki je neposredno podrejen pravosodnemu ministrstvu“³⁵.

7. KRALJEVINA JUGOSLAVIJA (1929–1945)

Leta 1929 je kralj Aleksander razveljavil ustavo, razpustil parlament in prevzel oblast. Nova upravna ureditev je 3. oktobra 1929 državo razdelila na banovine³⁶. Na slovenskem ozemlju sta se združili prejšnja ljubljanska in mariborska oblast, nastala je Dravska banovina s sedežem v Ljubljani. Okraji Slovenije kot splošne upravne enote prve stopnje pod staro Jugoslavijo se niso bistveno spreminjali, niti glede sistema upravne ureditve niti glede svoje narave. Jugoslavija je bila še vedno izrazito centralistično urejena in vodena država, boj za slovensko avtonomijo pa se je vrnil na začetek.

Leta 1931 je kralj izdal in razglasil novo ustavo, tako imenovano oktroirano ustavo, po kateri je bila Kraljevina Jugoslavija opredeljena kot dedna in ustavna, ne pa tudi kot parlamentarna monarhija. S formalno ustavnostjo je bil zagotovljen kraljevi absolutizem. V obdobju do leta 1939, ko je bilo zaradi poenotenja zakonodaje sprejetih veliko zakonov, tudi s področja pravosodja, ni prišlo do bistvenih sprememb. Kot je poročal dr. Golia, novi jugoslovanski zakoni „niso stvarno prinesli za nas čisto nič novega in so v glavnem prevzeli skoraj vsa pri nas že uveljavljena načela“ (Golia, 1939).

8. USTANOVITEV VRHOVNEGA SODIŠČA V LJUBLJANI (1939)

V letu 1939 se je na Slovenskem razširila zahteva po oblikovanju slovenske banovine, ki je bila pravnoformalno in politično utemeljena, saj je ena od uredb kraljevih namestnikov iz leta 1939 določala, da se predpisi Uredbe o Banovini Hrvaški razširijo tudi na druge banovine. V Sloveniji so se začele povečevati zahteve po avtonomnosti, namesto imena Dravska banovina se je začelo pojavljati ime Slovenija. Leta 1940 je bila 17. februarja sprejeta resolucija o ustanovitvi Banovine Slovenije. Banski svetniki so pripravili tudi več uredb, vendar so bile priprave zaradi grozeče vojne ustavljene (Slovenska novejša zgodovina, 2005).

Z ustanovitvijo Banovine Hrvaške³⁷ se je Stol sedmorice znašel v delu države, ki je imel poseben status. Kraljevo namestništvo je na predlog ministrskega sveta izdalo

35 Golia, V., Slovensko pravosodje ob 20-letnici Jugoslavije. Spominski zbornik Slovenije, 1939.

36 *Zakon o nazivu in razdelitvi kraljevine na upravna območja*, sprejet 3. oktobra 1929. Objava: Uradni list Dravske banovine, št. 100, z dne 9. oktobra 1929.

37 Uredba je spremenila tudi dotedanjo centralistično državno ureditev, saj je imela Banovina Hrvaška v okviru Kraljevine Jugoslavije poseben državnopravni položaj in „določena obeležja državnosti“. Slovenska novejša zgodovina, 2005.

uredbo³⁸, ki je v 21. členu predpisovala, da se s 1. novembrom 1939 sedež Stola sedmorice Oddelka B, po izločitvi hrvaškega dela iz njegove pristojnosti, premesti v Ljubljano in sodišču spremeni naziv v „Vrhovno sodišče v Ljubljani“.

Član 21

Sedište Stola sedmorice Odeljenje B u Zagrebu, koji po izdvajanju iz njegove teritorijalne nadležnosti Apelacionog suda u Splitu, obuhvata područje Apelacionog suda u Ljubljani, premešta se danom 1-XI-1939 godine iz Zagreba u Ljubljanu i sud menja naziv u »Vrhovno sodišče v Ljubljani«.

Uredba o premestitvi Oddelka B Stola sedmorice iz Zagreba v Ljubljano in preimenovanju v Vrhovno sodišče v Ljubljani je bila objavljena v Službenih novinah Kraljevine Jugoslavije leta 1939.

Tako je bilo za področje Slovenije ustanovljeno Vrhovno sodišče v Ljubljani. Bizjak je v časopisu Slovenec³⁹ napisal: „Prvi november 1939 je važen datum v zgodovini organizacije našega pravosodstva. Tega dne dobimo Slovenci svoje najvišje sodišče v slovensko kulturno, gospodarsko in politično središče – Ljubljano.“ V članku je popisal tudi „najvažnejše dogodke pri urejevanju našega vrhovnega sodstva v poprevratni dobi“, od Višjega deželnega sodišča v Ljubljani, ki je delovalo tudi kot vrhovno sodišče, do prenosa pristojnosti vrhovnega sodišča na Stol sedmorice v Zagrebu konec leta 1919, vse do nenehnih prizadevanj in zahtev strokovnih krogov za vrnitev vrhovnega sodišča v Ljubljano. Zahteve so sčasoma postale zelo glasne in poudarjale nesmisel, da ima Slovenija svoje vrhovno sodišče v Zagrebu. Leta 1937 je „Odvetniška in notarska zbornica v Ljubljani, ki se ji je pridružila tudi Zdravniška zbornica, predložila pravosodnemu ministru obširno spomenico, v kateri so zahtevali takojšnjo premestitev slovenske kasacije iz Zagreba v Ljubljano“. Ko je bila leta 1939 izdana uredba, da se Oddelek B pri Stolu sedmorice premesti v Ljubljano in preimenuje v Vrhovno sodišče v Ljubljani, je Bizjak še poudaril, da „je bila s tem popravljena napaka, ki nam je leta 1919 vzela iz naše slovenske sredine vrhovno sodišče“.

Tudi v Slovenskem pravniku⁴⁰ so ustanovitev vrhovnega sodišča navdušeno pozdravili z besedami: „... tako se skoro po dvajsetih letih vrača zadnja stopnja iz Zagreba nazaj v Ljubljano, seveda tokrat v obsegu in s kompetencami, določenimi v sodno organizacijskih in procesnih zakonih. Kakor je najvišje sodišče vsakemu narodu čuvar pravičnosti in nepristranosti, obenem pa mu tudi izpolnjuje in utemeljuje pozitivno zakonodajo, tako smo trdno prepričani, da bo tudi Vrhovno sodišče v Ljubljani upravičilo vse take nade in želje, ki se stavljajo vanj.“

38 Uredba o poslovloma pravde, št. 620, sprejeta 27. septembra 1939. Objava: Službene novine kraljevine Jugoslavije, št. 227-LXXIX, z dne 5. oktobra 1939.

39 Bizjak, I., Najvišje sodišče v Ljubljani. Slovenec, št. 250, z dne 31. oktobra 1939. Tudi Melik, J., Slovensko najvišje sodišče v preteklosti. Arhivi, 2006.

40 Razne vesti. Slovenski pravnik, št. 11/12, 1939.

Vrhovno sodišče v Ljubljani je bilo prvo vrhovno sodišče s sedežem v današnji Republiki Sloveniji. Sestava Vrhovnega sodišča v Ljubljani je bila na začetku majhna, imelo je predsednika in malo sodnikov. Na novo vrhovno sodišče so bili premeščeni sodniki, ki so do tedaj delali na Oddelku B Stola sedmorice v Zagrebu, in tudi vse drugo osebje, ki je delalo na tem oddelku.

Delo na Oddelku B je bilo z dnem 30. septembra 1939 prekinjeno, spisi v delu so bili predani Stolu sedmorice v Zagrebu, zaključene zadeve pa arhivu tega sodišča. Vrhovnemu sodišču v Ljubljani so bili spisi predani le na izrecno zahtevo za predajo posameznega spisa⁴¹.

Na predlog ministrstva za pravosodje⁴² je bil 31. oktobra 1939 za predsednika Vrhovnega sodišča v Ljubljani postavljen dr. Jakob Konda⁴³, dotedanji predsednik Oddelka B Stola sedmorice v Zagrebu⁴⁴, za sodnike pa Ljubomir Arnerič, Anton Lajovic, dr. Milko Gaber, dr. Josip Fišinger, dr. Avgust Munda, dr. Franc Pihler in dr. Bogdan Petelin, vsi dotedanji sodniki Oddelka B Stola sedmorice v Zagrebu.

Sodniki vrhovnega sodišča v Ljubljani imenovani

Belgrad, 10. nov. m. Za predsednika vrhovnega sodišča v Ljubljani je imenovan dr. Jakob Konda, dosedanji predsednik Stola sedmorice, oddelka B v Zagrebu. Za sodnike istega sodišča so imenovani: Ljubomir Arnerič, Anton Lajovic, dr. Milko Gaber, dr. Josip Fišinger, dr. Avgust Munda, dr. Fran Pihler in dr. Bogdan Petelin, ki so bili do sedaj vsi sodniki Stola sedmorice oddelka B v Zagrebu. Šef sodnikov bivšega Stola sedmorice oddelka B je prestavljen k zagrebškemu Stolu sedmorice. Za vrhovnega državnega tožilca v Ljubljani je imenovan Ljubomir Milanović, do sedaj vrhovni državni tožilec za Slovenijo in Dalmacijo v Zagrebu. Za njegovega namestnika je imenovan dr. Anton Stubeč, ki je bil do sedaj namestnik vrhovnega državnega tožilca v Zagrebu.

Dalje so prestavljeni k vrhovnemu sodišču v Ljubljano vsi tajniki bivšega Stola sedmorice oddelka B: Alojzij Rant, dr. Ljudevit Gruđen, dr. Emanuel Zinotti ter Rajko Omčikus, ki pa sta za trimesečno dodeljena na delo v Zagreb k Stolu sedmorice. Pričakuje se namreč, da bo banovinska oblast v Zagrebu v najkrajšem času navodena

tajnika kakor tudi dr. Milanoviča sprejela v službo k zagrebškemu Stolu sedmorice.

K vrhovnemu sodišču v Ljubljani so nadalje prestavljeni: pisarniški ravnatelj Bernard Nikoletić ter pisarniški uradniki: Ivan Gortan, Rudolf Dežman, Gabrijela Avsec, Marta Plohel in služitelji: Pavel Benjak, Marko Vojnovič, Karel Logar. Od teh so za tri mesece dodeljeni k zagrebškemu Stolu sedmorice: Ivan Gortan, Gabrijela Avsec, Pavel Benjak, Marko Vojnovič, ki so vsi Hrvati in glede katerih pričakujemo, da jih bo banska oblast v Zagrebu namestila pri Stolu sedmorice v Zagrebu.

Navedeno hrvaško osebje je bilo samo iz tehničnih razlogov prestavljeno začasno na vrhovno sodišče v Ljubljano.

Vrhovno sodišče v Ljubljani bo imelo svoje prostore v stari hiši zavarovalne banke »Slavijac v Gosposki ulici. Ker pa banka še ni izpraznila v najem oddanih prostorov, je dala Mestna hranilnica ljubljanskega vrhovnemu sodišču na razpolago opremljene prostore v svoji palači v Prešernovi ulici. V Gosposko ulico se bo sodišče preselilo, kakor je pričakovati, v začetku decembra.

Imenovanje predsednika in sodnikov Vrhovnega sodišča v Ljubljani je bilo objavljeno tudi v časopisu Slovenec, 11. novembra 1939.

⁴¹ Glej opombo 38.

⁴² Ukaz št. 99704, sprejet 31. oktobra 1939. Objava: Službene novine Kraljevine Jugoslavije, št. 260, z dne 13. novembra 1939.

⁴³ Dr. Jakob Konda (1881–1970) je študiral pravo na Dunaju in v Pragi, kjer je doktoriral iz civilnega in cerkvenega prava. Sodniško kariero je začel na sodišču v Ljubljani, nadaljeval v Kamniku, Murski Soboti in v Celju. Leta 1928 se je zaposlil na Apelacijskem sodišču v Ljubljani. Specializiral se je za civilno, materialno in formalno pravo. Bil je tudi vodja zemljiške knjige, vse dokler ga niso dodelili oddelku B Stola sedmorice v Zagrebu, kjer je napredoval do mesta predsednika tedaj slovenskega najvišjega sodišča. Fotografija: hrani Muzej novejšje zgodovine Slovenije.

⁴⁴ Dr. Konda je bil za predsednika Stola sedmorice, Oddelka B, postavljen 26. septembra 1936. Osebni spis dr. Kondy, dopis z dne 5. septembra 1942. Hrani Arhiv RS, AS 1237, Varia 1941, enota 1.



Dr. Jakob Konda, predsednik Oddelka B Stola sedmorice v letih med 1936 in 1939 ter predsednik Vrhovnega sodišča v Ljubljani v letih med 1939 in 1942.

Novo vrhovno sodišče se je najprej začasno naselilo v prostorih Mestne hranilnice ljubljanske, v palači na Čopovi ulici, tedaj Prešernovi ulici. Pozneje naj bi se vrhovno sodišče preselilo v prostore zavarovalne banke Slavija na Slovenski ulici, tedaj Tyrševi cesti, vendar do tega ni prišlo.

9. DRUGA SVETOVNA VOJNA (1941–1945)

Že v desetletju pred drugo svetovno vojno so se evropske politične in ideološke delitve, ki jim je bil priča ves svet, jasno kazale tudi na Slovenskem. Ideološka delitev, značilna za vso Evropo, je črpala zagon iz posledic velike gospodarske krize. Politična napetost v večini evropskih držav, od diktature v Avstriji, španske državljanske vojne, Stalinovih čistk v Sovjetski zvezi, do pakta Stalin - Hitler in rusko-finske vojne itd., je neizbežno vodila v drugo svetovno vojno.

Leta 1941 je vojna zajela tudi Slovenijo. Križanje interesov sosednjih držav in Hitlerjeva volja sta povzročila razdelitev Slovenije med tri okupatorje. Nemčija je zasedla največji del, in sicer Štajersko, Gorenjsko in Mežiško dolino; Italija je zasedla večino Dolenjske, Notranjske in Ljubljano; Madžarska pa Prekmurje. Vsi trije okupatorji so si prizadevali zasedena slovenska območja čim prej tudi formalnopravno priključiti k svojim državam in jih vključiti tudi v svoj družbeni red; le Italijani so Slovence priznavali kot etnično skupino (Slovenska kronika 20. stoletja, 1995).

10. MADŽARSKA ZASEDBA (PREKMURJE)

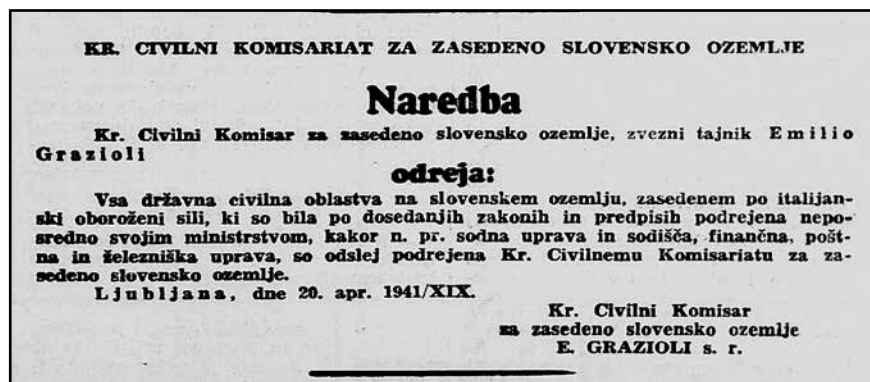
Mursko Soboto je 6. aprila 1941 najprej zasedel nemški okupator, že deset dni pozneje pa ga je zamenjala madžarska okupacijska vojska. Pri razdelitvi Slovenije je madžarski okupator dobil najmanjši del – Prekmurje (okraja Murska Sobota in Dolnja Lendava). Na celotnem zasedenem ozemlju je veljala vojaška uprava, ki je temeljila na Ukazu poveljnika generalštaba o uvedbi vojaške uprave na okupiranem jugoslovanskem ozemlju, z dne 11. aprila 1941. Formalno je bila uprava v rokah vojske, vendar sta županijski upravi v Szombathelyju in Zalaegerszegu prevzeli

civilno upravo in organizirali politično, gospodarsko in tudi sodno delovanje⁴⁵ (Godina, 1967). Proces vključevanja zasedenega ozemlja v županije je legalizirala 15. avgusta 1941 uvedena civilna uprava, dokončal pa parlament 16. decembra 1941, s sprejetjem zakona o ponovni priključitvi zasedenih južnih območij k madžarski sveti kroni (Fujs, 1997).

Mursko Soboto je 3. aprila 1945 osvobodila vojska sovjetske Rdeče armade skupaj z delom Prekmurske partizanske čete. Novo oblast so vzpostavili člani delegacije Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta, ki je prišla v Prekmurje 8. aprila 1945.

11. ITALIJANSKA ZASEDBA (LJUBLJANA, DOLENJSKA, NOTRANJSKA)

Italijanska vojska je Ljubljano zasedla 11. aprila 1941⁴⁶ ter prevzela vojaško in civilno oblast. Italija si je tudi formalnopravno priključila zasedeno ozemlje, ki ji ga je prisodil Hitler, še preden je z Nemčijo sklenila meddržavno pogodbo o razmejitvi, in ga poimenovala Ljubljanska pokrajina (Provincia di Lubiana). Za vodenje civilne uprave je bil imenovan visoki komisar Emilio Grazioli.



V časopisu Slovenski narod je bila 22. aprila 1941 objavljena naredba, s katero si je Kraljevi Civilni komisariat za zasedeno slovensko ozemlje podredil vso civilno oblast, tudi sodno upravo in sodišča.

Takoj po končanih vojaških operacijah je Mussolini razglasil, da se za ozemlje nekdanje Kraljevine Jugoslavije, ki ga zaseda italijanska vojska, še naprej uporabljajo vsi tamkaj veljavni zakonski predpisi, sodstvo izvršujejo krajevni sodni organi, notarski posli pa se opravljajo še naprej po tamkaj veljavnih predpisih⁴⁷.

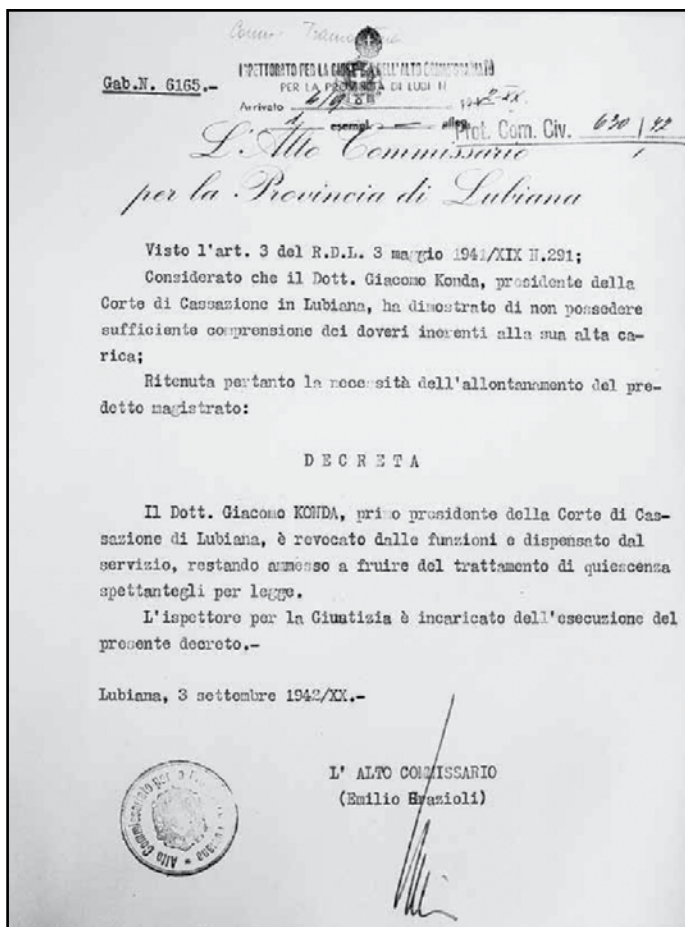
45 Okrožno sodišče v Murski Soboti so ukinili, okrajno pa priključili k okrožnemu v Szombathelyju, okrajno sodišče v Lendavi pa k okrožnemu v Zalaegerszegu. V časopisu Jutro dne 29. maja 1941 pišejo o življenju v Prekmurju: „Tudi Murska Sobota je postala tišja. Kmetje, ki so prihajali na okrožno sodišče, na pošto, na srez, po najrazličnejših drugih opravkih, zdaj ne prihajajo več, ker sodišče ne posluje, pošta je zaprta.“

46 Razglas kr. italijanskih vojaških oblastev, sprejet 12. aprila 1941. Objava: Službeni list banske uprave Dravske banovine, št. 31, z dne 16. aprila 1941.

47 Določbe o izvrševanju sodstva na ozemlju, ki je pripadalo jugoslovanski državi in zasedenem po italijanski

V Ljubljanski pokrajini so v tem času delovali sodni organi za nekdanjo Dravsko banovino, in sicer Vrhovno sodišče, katerega predsednik je bil dr. Jakob Konda, in Apelacijsko sodišče, katerega predsednik je bil dr. Vladimir Golia, poleg tega pa še vrhovno in višje državno tožilstvo ter okrožna in okrajna sodišča (Ferenc, 2000).

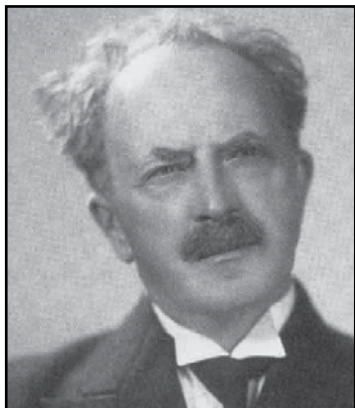
Visoki komisar Grazioli je 3. septembra 1942 prisilno upokojil dr. Jakoba Kondo, predsednika Vrhovnega sodišča v Ljubljani. Grazioli je v dopisu generalu Robottiju napisal, da je odstranil s položaja prvega predsednika kasacijskega sodišča v Ljubljani dr. Jakoba Kondo „zaradi nezadostnega prizadevanja za naloge svoje funkcije; začasno naj bi ga zamenjal bivši svetnik omenjenega sodišča, dokler ne bo ministrstvo za pravosodje poslalo novega predsednika“.



Emilio Grazioli je v dekretu z dne 3. septembra 1942 dr. Jakobu Kondi odvzel funkcijo predsedovanja Vrhovnemu sodišču. (Arhiv RS: AS 1237, VS RS, V.S. 1942., enota 7.)

vojski, sprejete 24. aprila 1941. Objava: Službeni list kr. civilnega komisariata za zasedeno slovensko ozemlje, št. 35, z dne 30. aprila 1941.

Dr. Nicolo Tramontana, tedanji inšpektor Ministrstva za pravosodje, je po odslovitvi dr. Konde na mesto vršilca dolžnosti predsednika imenoval Antona Lajovica⁴⁸, dotedanjega podpredsednika Vrhovnega sodišča, ki je na tem mestu ostal do ukinitve Vrhovnega sodišča leta 1943.



Anton Lajovic, namestnik predsednika Vrhovnega sodišča v Ljubljani v letih 1942 in 1943

Spisi Vrhovnega sodišča, ki so nastali med letoma 1939 in 1943, veljajo za izgubljene. Vendar Vrhovno sodišče med italijansko okupacijo ni nehalo delovati, kot je razvidno tudi iz že navedenih dokumentov. O tem pričajo tudi poročila o delovanju Vrhovnega sodišča za leta 1941, 1942 in 1943⁴⁹, odločbe Vrhovnega sodišča, ki jih hrani Arhiv RS v fondu Vrhovnega državnega tožilstva⁵⁰, ter tudi objave sodnih odločb v prilogi Slovenskega pravnika⁵¹.

48 Anton Lajovic (1878–1960) je na dunajski univerzi obiskoval študij prava in hkrati študiral tudi na glasbenem konservatoriju. Sodniško kariero je začel na okrajnem sodišču v Litiji, nato v Ljubljani, nadaljeval na Brdu pri Lukovici, v Kranju in v Ljubljani. Napredoval je do kasacijskega sodnika Stola sedmorice in nazadnje do vršilca dolžnosti predsednika Vrhovnega sodišča v Ljubljani. Kot pravnik je užival velik ugled, kot skladatelj pa je prejel Prešernovo nagrado za življenjsko delo. Fotografija: Enciklopedija Slovenije. Ljubljana: Mladinska knjiga, 1992.

49 Hrani Arhiv RS, AS 1237, Vrhovno sodišče RS (1945–1991), Varia 1941, enota 10.

50 Hrani Arhiv RS, AS 349, Vrhovno državno tožilstvo v Ljubljani (1920–1945).

51 Odločbe Kasacijskega sodišča v civilnih stvareh iz leta 1941, 1942, 1943.

Copia.

3a Co Ci 155/42-1

Regno d'Italia Kraljevina Italija
 Provincia di Lubiana - Ljubljanska pokrajina
 Corte di Cassazione - Vrhovno sodišče
 in Lubiana - v Ljubljani.

Prot. Com. Civ. 630/42

Oggetto: Dott. Giacomo Konda
 dispensa dal servizio.

Predmet: dr. Jakob Konda³
 odpust od službe.

All' Alto Commissariato per la Visokemu komisarijatu
 Provincia di Lubiana za Ljubljansko pokrajino

L U B I A N A. L J U B L J A N A.

Al Vostro ordine dd. 4.9.1942/
 XX No. Prot. Com. Civ. 630/42-1 ho l'onore di comunicarvi, che è stato sollevato oggi addì 5.9.1942/XI, col decreto dell'Alto Commissario dd. 3.9. s.c. Gab. No. 5165, con diritto di quiescenza spetantegli per legge, dispensato l'irino Presidente dott. Giacomo Konda, dall'ulteriore servizio presso la Corte di Cassazione.

Ma Vaš nalog z dne 4.9. 1942/XI št. Prot. Com. Civ. 630/42-1 čast mi je sporočiti Vam, da je bil z odlokom Visokoga komisarja z dne 3.9.1942 s pravico do po kemu pripadajoče mu pokojnine, od službe odpuščeni predsednik Vrhovnega sodišča dr. Jakob Konda danes dne 5. septembra 1942/XI razrešen nadaljnjega službovanja.

Gli affari del magistrato e della dirigenza della Corte di Cassazione ha assunto il firmato Lajovic Antonio, quale per rango il più anziano consigliere.

Posle vodstva Vrhovnega sodišča je prevzel podpisani Lajovic Anton, kot po rangi najstarejši kasacijski sodnik.

Lubiana- Ljubljana, il 5 settembre 1942/XI.

P.f. del Presidente - V.d. Predsednika:
 Lajovic m.p.

original na komisarijatu

Dopis Antona Lajovica o razrešitvi dr. Jakoba Konde in o prevzemu vodenja Vrhovnega sodišča. (Arhiv RS: AS 1237, VS RS, V.S. 1942., enota 7.)

12. NEMŠKA ZASEDBA (ŠTAJERSKA, GORENJSKA IN MEŽIŠKA DOLINA)

Temeljna značilnost fašistične okupacije Slovenije je bil aneksionizem, vendar do formalnopravne priključitve zasedenih slovenskih pokrajin k nemškemu rajhu ni nikoli prišlo. Hitler je za Spodnjo Štajersko in za Gorenjsko določil pravni sistem šefov civilnih uprav, ki so bili na zasedenem ozemlju zakonodajalci in podrejeni neposredno in samo Hitlerju (Žnidarič, 2004).

Šef civilne uprave za Spodnjo Štajersko dr. Uiberreither je za svojega pooblaščenca za pravosodje izbral deželnega sodnega svetnika dr. Gerharda Amlacherja. Odredba o začasni ureditvi civilnega pravosodja na Spodnjem Štajerskem je bila

izdana 23. marca 1942⁵². Na podlagi te uredbe je dr. Amlacher nekaj dni pozneje izdal navodila za izvajanje civilnega pravosodja⁵³. Za odločanje na drugi stopnji se je v njegovem uradu ustanovil urad za pravna sredstva (Rechtsmittelstelle), odločba na drugi stopnji je bila dokončna⁵⁴. Sledilo je več odredb o pravosodju in o kazenskem pravu ter o njihovem izvajanju (Ferenc, 2000).

Za zasedena območja Koroške in Kranjske (Gorenjska, Mežiška dolina in Jezersko) je šef civilne uprave Franz Kutschera⁵⁵ imenoval pooblaščenca za pravosodje dr. Paula Messinerja. Ta je najprej odslovil vse slovenske sodnike in na njihova mesta imenoval svoje pooblaščenke. Njihovi uradi so se imenovali uradna sodišča (Amtsgericht), obravnavali so samo civilnopravne zadeve. Kazenske zadeve je obravnaval urad komandanta varnostne policije in varnostne službe. Dokaj pozno, šele 24. aprila 1942, je nemška civilna oblast sprejela odredbo o uvedbi pravnih predpisov in začasnem izvajanju sodstva na zasedenih območjih Koroške in Kranjske⁵⁶ (Ferenc, 2000).

13. NEMŠKA ZASEDBA SLOVENSKEGA OZEMLJA PO KAPITULACIJI ITALIJE

Po italijanski kapitulaciji 8. septembra 1943 je velik del slovenskega ozemlja prevzel nemški okupator, ki je Ljubljansko pokrajino in Slovensko primorje priključil Operacijski coni Jadransko primorje (Die Operationszone Adriatisches Küstenland) s sedežem v Trstu. Dr. Friedrich Rainer, ki je prevzel posle civilne uprave, je za vodjo pravosodnega oddelka vrhovnega komisarja na operacijskem ozemlju Jadransko primorje postavil dr. Paula Messinerja, ki je z njegovim pooblastilom 19. oktobra 1943 izdal naredbo o izvrševanju sodstva na tem področju⁵⁷.

52 *Verordnung über die einstweilige Regelung der bürgerlichen Rechtspflege in der Untersteiermark*, sprejeta 23. marca 1942. Objava: Verordnungs- und Amtsblatt des Chefs der Zivilverwaltung in der Untersteiermark, Nr. 75, z dne 30. marca 1942.

53 *1. Anordnung des Beauftragten für die Zivilrechtspflege über die einstweilige Regelung der bürgerlichen Rechtspflege in der Untersteiermark vom 1. April 1942; Dienstanweisung über die einstweilige Regelung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen in der Untersteiermark vom 1. April 1942*. Objava: Verordnungs- und Amtsblatt des Chefs der Zivilverwaltung in der Untersteiermark, Nr. 77, z dne 10. aprila 1942.

54 Na Spodnjem Štajerskem so obnovili sodišča z uredbo o nadaljnji graditvi sodne organizacije in pravosodja ter ustanovili deset sodišč. Ta sodišča so odločala na prvi stopnji, na drugi stopnji pa je odločal pooblaščenec za civilno pravosodje, dr. Amlacher. *Verordnung über den weiteren Ausbau der Gerichtsorganisation und der Rechtspflege in der Untersteiermark vom 26. März 1943*. Objava: Verordnungs- und Amtsblatt des Chefs der Zivilverwaltung in der Untersteiermark, Nr. 10, z dne 31. marca 1943.

55 16. decembra 1941 ga je zamenjal dr. Friedrich Rainer.

56 *Verordnung über die Einführung von Rechtsvorschriften und über die vorläufige Ausübung der Gerichtsbarkeit in den besetzten Gebieten Kärntens und Krains*, sprejeta 24. aprila 1942. Objava: Verordnungs- und Amtsblatt des Chefs der Zivilverwaltung in den besetzten Gebieten Kärntens und Krains, Stuck 13, z dne 27. maja 1942.

57 *Naredba o izvrševanju sodstva na operacijskem ozemlju „Jadransko primorje“*, sprejeta 19. oktobra 1943. Objava: Službeni list šefa pokrajinske uprave v Ljubljani, št. 91, z dne 13. novembra 1943.

2. Beglejnend mit dem 1. November 1943 übt das Kreisgericht in Sulak für das Gebiet von Sulak, Bakar, Cabar, Kastva und Krk die Gerichtsbarkeit in höchster und letzter Instanz aus.

3. Mit dem 31. Oktober 1943 wurden stillgelegt:

- a) der Oberste Gerichtshof (Vrhovno sodišče) in Laibach,
- b) die Oberste Staatsanwaltschaft in Laibach,
- c) die Sektion des Oberlandesgerichtes (Sezione di Corte di Appello) in Fiume,
- d) die Generalstaatsanwaltschaft (Procura generale di Stato) in Fiume.

4. Es übernahmen mit dem 1. November 1943 die Geschäfte:

- a) des Obersten Gerichtshofes in Laibach das Oberlandesgericht in Laibach,
- b) der Obersten Staatsanwaltschaft in Laibach die Oberstaatsanwaltschaft in Laibach,
- c) der Sektion des Oberlandesgerichtes in Fiume das Oberlandesgericht Triest, bzw. für das Gebiet von Sulak usw. das Kreisgericht in Sulak,
- d) der Generalstaatsanwaltschaft in Fiume die Generalstaatsanwaltschaft in Triest.

5. Die Zuständigkeit des Kassationsgerichtshofes in Rom für bereits anhängige Rechts- und Strafsachen bleibt unberührt, wenn die Urteile des Kassationsgerichtshofes samt den dazugehörigen Akten bis zum Ablauf des 31. Oktober 1943 bei den hierfür zuständigen Justizbehörden der Operationszone »Adriatisches Küstenland« eingelangt sind.

Die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes für die Provinz Laibach und der Sektion des Oberlandesgerichtes Fiume für die Gebiete von Sulak usw. bleibt für bereits anhängige Rechtsachen dann unberührt, wenn die Rechtsmittelenentscheidung bis zum 31. Oktober 1943 ausgefertigt ist.

Alle anderen Rechtsmittel, die bei den nunmehr in Fortfall kommenden Instanzen anhängig sind, werden als Vorstellung behandelt. Über solche Vorstellungen ist von den nunmehr zuständig gewordenen Gerichten neu einzeln zu entscheiden.

6. Das Personal des Obersten Gerichtshofes und der Obersten Staatsanwaltschaft in Laibach wird dem Oberlandesgerichtspräsidenten, bzw. Oberstaatsanwalt in Laibach, jense der Sektion des Oberlandesgerichtes Fiume und der Generalstaatsanwaltschaft Fiume dem Oberlandesgerichtspräsidenten in Triest, bzw. dem Generalstaatsanwalt in Triest zur weiteren Verwendung zugewiesen.

Die Oberlandesgerichtspräsidenten, bzw. der Generalstaatsanwalt, bzw. der Oberstaatsanwalt in Triest und Laibach haben vor Vollzug ihrer diesbezüglichen Entscheidungen meine Zustimmung einzuholen.

V.

1. Die Leiter der Justizbehörden üben ihre Tätigkeit soweit in diesem Erlass keine Änderungen vorgehen wird, im Rahmen ihrer bisherigen Dienststellung aus. Sie sind an meine, bzw. die Weisungen der Leiter der Justizbehörden bei den zuständigen Deutschen Beamten gebunden.

2. Počeni s 1. novembrom 1943 izvršuje sodstvo v najvišji in poslednji stopnji okrožno sodišče na Sulaka za območje Sulaka, Bakra, Cabra, Kastva in Krka.

3. Z 31. oktobrom 1943 ustaviijo poslovanje:

- a) vrhovno sodišče in Ljubljani,
- b) vrhovno državno toilstvo in Ljubljani,
- c) odsek apelacijskega sodišča (Sezione di Corte di Appello) na Reki,
- d) generalno državno toilstvo (Procura generale di Stato) na Reki.

4. S 1. novembrom 1943 prevzamejo posla:

- a) vrhovnega sodišča v Ljubljani apelacijsko sodišče v Ljubljani,
- b) vrhovnega državnega toilstva in Ljubljani višje državno toilstvo in Ljubljani,
- c) odseka apelacijskega sodišča na Reki apelacijsko sodišče v Trstu oziroma za območje Sulaka itd. okrožno sodišče na Sulaku,
- d) generalnega državnega toilstva na Reki generalno državno toilstvo v Trstu.

5. Pristojnost kasacijskega sodišča v Rimu ostane za te tekoče civilne in kasenske zadeve nedotaknjena, če so pripada sodbe kasacijskega sodišča hkrati s pripadajočimi spisi do vključno 31. oktobra 1943 za te pristojnim pravosodnim oblastvom na operacijskem ozemlju »Adriatsko primorje«.

Pristojnost vrhovnega sodišča za Ljubljansko pokrajino in odseka apelacijskega sodišča na Reki za območje Sulaka itd. ostane za te tekoče civilne stvari nedotaknjena, če je odločba o pravnih letih izdelana do 31. oktobra 1943.

Vsi drugi pravni leti, tekoči pri instancah, ki so prenehale poslovati, se obravnavajo kot predstavitve. Te predstavitve morajo sedaj pristojno sodišče vnovi rešiti.

6. Osebe vrhovnega sodišča in vrhovnega državnega toilstva v Ljubljani se dodeli na nadaljnjo zaposlitev predsedniku apelacijskega sodišča oziroma višjemu državnemu toilstvu in Ljubljani, osebe odseka apelacijskega sodišča na Reki in generalnega državnega toilstva na Reki pa predsedniku apelacijskega sodišča v Trstu oziroma generalnemu državnemu toilstvu v Trstu.

Predsednika apelacijskih sodišč oziroma generalni državni toilstve oziroma višja državna toilstva v Trstu in Ljubljani morajo izpolnjevati pred izvršitvijo svojih kadežnih ukrepov moj pristanek.

V.

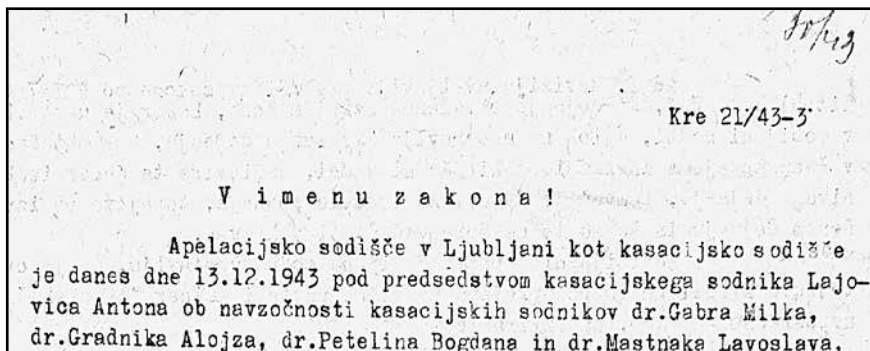
1. Vojde pravosodnih oblastev postajajo, kolikor ni po tem razpisu sprememb, v okviru svojega dovedenega službenega položaja. Varni so na moja oziroma na navodila vodij pravosodnih oddelkov pri pristojnih nemških svetovalec.

V 3. členu Izvršilne določbe k naredbi Vrhovnega komisarja na operacijskem ozemlju Jadransko primorje o izvrševanju sodstva je bilo z 31. oktobrom 1943 ustavljeno poslovanje Vrhovnega sodišča v Ljubljani.

Na podlagi naredbe o izvrševanju sodstva so bile izdane izvršilne določbe⁵⁸ z določilom, da se Vrhovno sodišče v Ljubljani 31. oktobra 1943 ukine, njegove posle in osebe pa s 1. novembrom 1943 prevzame Apelacijsko sodišče v Ljubljani. Pristojnosti Vrhovnega sodišča glede tekočih civilnih zadev so ostale nedotaknjene, če je bila odločba v pravnem sredstvu izdelana do 31. oktobra 1943. Tako je ostalo do leta 1945, ko je bila sprejeta Uredba o ustanovitvi narodnih in likvidaciji dosedanjih sodišč v Sloveniji⁵⁹, ki je Vrhovnemu sodišču vrnila pristojnosti.

⁵⁸ Izvršilne določbe k naredbi Vrhovnega komisarja na operacijskem ozemlju »Jadransko primorje« o izvrševanju sodstva z dne 19. oktobra 1943. Objava: Službeni list šefa pokrajinske uprave v Ljubljani, št. 21, z dne 22. marca 1944. Besedilo v obliki dopisa v nemškem jeziku hrani Centralna pravosodna knjižnica.

⁵⁹ Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 37, z dne 22. septembra 1945.



Sodba Apelacijskega sodišča kot kasacijskega (vrhovnega) sodišča »v imenu zakona«, z dne 13. decembra 1943. (Arhiv RS: AS 349, Vrhovno državno tožilstvo v Ljubljani.)

14. SODSTVO SLOVENSKEGA ODPORNIŠKEGA GIBANJA

Razvoj kazenskopravnega sistema v slovenskem odporiškem gibanju je določal vojni čas kot posebno pravno stanje. Partizansko sodstvo je bilo posebej organizirano stalno vojaško kazensko sodstvo. Šele v zadnjem obdobju vojne, ko se je narodnoosvobodilno gibanje vzpostavljalo kot državna organizacija, je ustanovilo tudi civilna narodna sodišča, ki pa so imela v kazenskih zadevah majhne pristojnosti (Guštin, 2004).

Že oktobra 1941 je Slovenski narodnoosvobodilni odbor izdal *Odlok slovenskega narodnega osvobodilnega odbora (SNOO) glede zaščite slovenskega naroda in njegovega gibanja za osvoboditev in združitev*⁶⁰, ki je kot prvi kazenskopravni predpis vseboval določbe o najtežjih kaznivih dejanjih zoper slovenski narod in njegovo gibanje za osvoboditev, o posebnem sodišču in o postopku pred sodišči. Prva redna sodišča so bila ustanovljena ob uvedbi prvih brigad⁶¹. Brigadna in odredna vojaška sodišča so bila postavljena s posebnim odlokom. Šlo je za začasno ureditev sodstva, tako za civilno prebivalstvo kakor tudi za slovensko narodno vojsko.

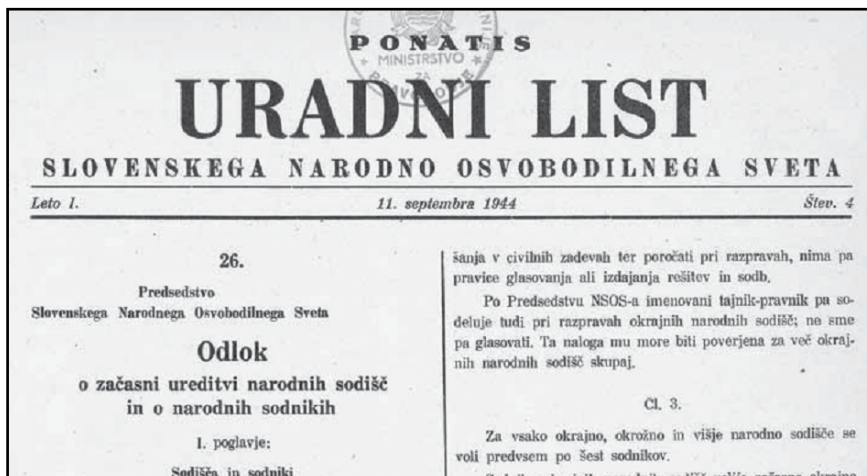
Leta 1943 je bil 18. oktobra izdan pomemben *Odlok o ustavitvi poslovanja rednih sodišč, o poslovanju zemljiške knjige in nepravdnih sodnih oddelkov*, ki je ustavil poslovanje rednih sodišč na vsem osvobojenem ozemlju (Polič, 1944; Pakiž, 1949). V vojnem času je bilo sprejetih še kar nekaj odlokov, pravilnikov in predpisov, ki so bili objavljeni v Slovenskem poročevalcu.

Sredi leta 1944 je imela Slovenija že dalj časa večja osvobojena ozemlja, vzpostavljena je bila tudi ljudska oblast na teh območjih, poleg vojaških sodišč

60 Objava: Slovenski poročevalec, št. 19, z dne 1. oktobra 1941.

61 *Odlok o postavitvi brigadnih in odrednih vojaških sodišč*, sprejet 5. avgusta 1943. Objava: Slovenski poročevalec, št. 22, konec avgusta 1943 (ljubljska izdaja) in Slovenski poročevalec, št. 15, z dne 15. avgusta 1943 (izdaja na osvobojenem ozemlju).

pa je bilo mogoče urediti tudi civilna sodišča. Predsedstvo Slovenskega narodnoosvobodilnega odbora je 19. avgusta 1944 ustanovilo Odsek za sodstvo in 3. septembra 1944 sprejelo *Odlok o začasni ureditvi narodnih sodišč in o narodnih sodnikih*⁶², ki je sodno oblast razdelil na okrajna, okrožna, višja sodišča in vrhovno sodišče. Odlok je določal, da izvajajo narodna sodišča sodno oblast v vseh civilnih, pravnih in nepravdnih ter kazenskih zadevah, razen v tistih, ki so s posebnimi določbami pridržane vojaškemu kazenskemu sodstvu (več o tem Pakiž, 1949).



Vzporedno z razvojem vojaškega sodstva je po osvoboditvi posameznih delov slovenskega ozemlja predsedstvo Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta začelo urejati tudi civilno sodstvo. Tako so bila z Odlokom o začasni ureditvi narodnih sodišč in o narodnih sodnikih že med vojno postavljena osnovna načela rednega civilnega sodstva, ki so se dokončno izoblikovala po osvoboditvi.

Odlok je v 11. členu določil, da sodno področje vrhovnega narodnega sodišča obsega vso združeno Slovenijo in bodo določbe o sedežu, pristojnosti in vse druge določbe izdane takoj, ko bodo izvoljeni sodniki vrhovnega narodnega sodišča. Zaradi vojnih razmer je bilo ustanovljeno le eno višje sodišče, za Slovensko primorje in Trst, volitve sodnikov vrhovnega sodišča pa so bile odložene (Tominšek, 1974; Pavličič, 1977). Tako je bilo že med vojno zasnovano civilno sodstvo, ki je dopolnjevalo delo vojaškega sodstva. Načela so temeljila na sojenju ljudstva po njegovih predstavnikih, sojenju v zborih – senatih ter sojenju v instancah (Stante, 1946). Organizacija narodnih sodišč je ostala nespremenjena do uveljavitve zveznega zakona o ureditvi narodnih sodišč po osvoboditvi, avgusta 1945⁶³.

62 Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta, št. 4, z dne 11. septembra 1944.

63 *Zakon o ureditvi narodnih sodišč*, sprejet 26. avgusta 1945. Objava: Uradni list Demokratske federativne Jugoslavije, št. 67, z dne 4. septembra 1945.

15. DEMOKRATIČNA FEDERATIVNA JUGOSLAVIJA – FEDERALNA SLOVENIJA (1945)

Že med vojno so se začela prizadevanja za mednarodno priznanje nove države. Na drugem zasedanju Avnoja, leta 1943, so bili postavljeni temelji nove Jugoslavije, izvršno predstavniško telo je postal Narodni komite osvoboditve Jugoslavije. Nova začasna vlada Demokratične federativne Jugoslavije je 7. marca 1945 prevzela vodenje državnih poslov do volitev v ustavodajno skupščino in razglasitve Federativne republike Jugoslavije, 29. novembra 1945⁶⁴. S tem je bila monarhija dokončno ukinjena.

Na podlagi sklepov drugega zasedanja Avnoja je Slovenija skupaj z drugimi narodi oziroma federalnimi enotami tvorila federativno državo Jugoslavijo. Uradno rabljeno poimenovanje je bilo Federalna Slovenija, tudi Federalna država Slovenija, in je označevalo individualnost in suverenost slovenskega naroda. Narodna vlada Slovenije⁶⁵ je bila razglašena na slavnostni seji Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta v Ajdovščini, 5. maja 1945. Dan po osvoboditvi Ljubljane, 10. maja 1945, se je slovenska vlada preselila v Ljubljano⁶⁶. Narodna vlada Slovenije je delovala do marca 1946, ko so jo na podlagi ustave Federativne ljudske republike Jugoslavije preimenovali v Vlado Ljudske republike Slovenije (Enciklopedija Slovenije, 1993).

Narodna vlada Slovenije je maja 1945 najprej izdala *Uredbo o začasni delni ustavitvi poslovanja sodišč v Sloveniji*⁶⁷, s katero je ustavila poslovanje vseh sodišč, ki niso bila ustanovljena na podlagi odloka iz leta 1944. Nato je izdala *Uredbo o postavitvi vseh državnih ter drugih javnih in samoupravnih uslužbencev na razpolago*⁶⁸, s katero je pozvala vse uslužbence, ki jih je odslovila okupatorjeva uprava, in vse, ki so služili v državni in javni upravi do dneva osvoboditve, da se javijo k nastopu svojih dolžnosti v urade, v katerih so bili zaposleni pred odslovitvijo.

64 *Deklaracija o proglasitvi Federativne ljudske republike Jugoslavije*, sprejeta 29. novembra 1945. Objava: Uradni list Federativne ljudske republike Jugoslavije, št. 93, z dne 30. novembra 1945.

65 *Zakon o Narodni vladi Slovenije in Ukaz o imenovanju Narodne vlade Slovenije* sta bila sprejeta na slovesni seji v Ajdovščini in objavljena v Uradnem listu Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 5, z dne 2. junija 1945.

66 „Prva narodna vlada Slovenije je odšla iz Ajdovščine in v popoldanskih urah prišla v slavnostno okrašeno Ljubljano; sprejelo jo je vse prebivalstvo Ljubljane in priredilo najvišjemu političnemu predstavništvu slovenskega naroda pozdrav na Kongresnem trgu pred univerzo.“ Slovenski zbornik 1945.

67 Uredba je bila sprejeta 15. maja 1945 in je začela veljati takoj. Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 5, z dne 2. junija 1945.

68 Uredba je bila sprejeta 15. maja 1945. Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 5, z dne 2. junija 1945.

— 1945 —

Zapored- na štev.	Dan pre- je- ma	Oblastvo ali stranka rod- binsko in rojstno ime	Predmet	Me- se- no dne	Priponke
✓ 1	16. 5.	Min. za pravno posredništv. 16/5/45	Prepostavljen Amirovcu službe na pripr. sodstva. Golica - Pol. in. obk. t. s.	16. 5.	25
✓ 2	23. 5.	Dr. Konda Jakob	Prijava za reaktiviranje.	23. 5.	4
✓ 3	24. 5.	Ministrstvo za pravno posredništv. 15/5/45	Volanten delegatov za judičniška sodišča	24. 5.	2
✓ 4	"	Maduro.	Obstajanje k. s. D. Bisjatan, Irma po mistični obliki.	25. 5.	4
✓ 5	25. 5.	Ministrstvo za pravno posredništv. 25/5/45	Prijava ministrstva za notranji zadevi glede posredništv. na delovnih področjih	25. 5.	5

Prvi Su vpisnik Vrhovnega sodišča v Ljubljani iz leta 1945. Pod št. 2: vpis pošte s prijavo dr. Konde (predsednik Vrhovnega sodišča v Ljubljani od leta 1939 do 1943) na delovno mesto vrhovnega sodnika; pod št. 3: vpis prejema pošte Ministrstva za pravosodje z zadevo o postavitvi delegatov (delegati so začasno vodili sodišča do imenovanja predsednikov in sodnikov) na ljubljanska sodišča. (Arhiv RS: AS 1237, Vrhovno sodišče RS: Su vpisnik, 1945–1951.)

Z Odredbo o postavitvi delegatov pri sodiščih v Ljubljani⁶⁹ je Narodna vlada Slovenije imenovala še delegate, ki so vodili sodišča do izvedbe volitev novih predsednikov sodišč. Začasno vodenje Vrhovnega sodišča v Ljubljani je tako prevzel dr. Milko Gaber⁷⁰, kasacijski sodnik, pred tem sodnik Vrhovnega sodišča v Ljubljani.

69 Odredba je bila sprejeta 15. maja 1945. Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 5, z dne 2. junija 1945.

70 Dr. Milko Gaber (1886–1971) se je po končanem študiju prava na Dunaju posvetil sodniški karieri. Zaposlen je bil na sodišču v Mariboru, na Ptuj in v Krškem, kot apelacijski sodnik v Ljubljani in kot sodnik na Oddelku B Stola sedmorice v Zagrebu. Na Vrhovnem sodišču v Ljubljani je bil vodja civilnega oddelka. Bil je dober poznavalec prava, posebno civilnega, materialnega in formalnega prava. Svoje znanje je delil s strokovnimi krogi, z referati in diskusijami ter s formuliranjem novih pravnih predpisov. Za svoje delo in prispevek k sodni praksi je prejel državno priznanje – Red dela II. stopnje. Fotografija: Delo, 4. junij 1971.



Dr. Milko Gaber je leta 1945 začasno prevzel vodenje Vrhovnega sodišča v Ljubljani.

Do izvolitve novih sodnikov so se nepravdne zadeve obravnavale le v nujnih zadevah, izvršilne zadeve, materialni in procesni roki so bili ustavljeni, nove vloge pa se niso odpirale. Kazensko sodstvo so prevzela vojaška sodišča. Priprave na postavitev sodstva so se tako zavlekle v jesen 1945.



Alojzij Žigon, predsednik Vrhovnega sodišča v Ljubljani v letih med 1945 in 1948.

Konec avgusta 1945 je bil za predsednika Vrhovnega sodišča v Ljubljani imenovan Alojzij Žigon⁷¹, dotedanji predsednik Sodišča narodne časti. Sočasno

⁷¹ „V smislu člena 4. odloka o začasni ureditvi narodnih sodišč in o narodnih sodnikih ter na podlagi pooblastila, danega na zboru odposlancev slovenskega naroda dne 3. oktobra 1943 v Kočevju, se imenujejo ...“ 203. *Odlok*, sprejet 20. avgusta 1945. Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 28, z dne 22. avgusta 1945.

Alojzij Žigon (1886–1964) se je po študiju prava v Gradcu zaposlil na sodišču v Komnu, delo je nadaljeval

so bili za sodnike Vrhovnega sodišča v Ljubljani imenovani: dr. Milko Gaber (za podpredsednika), dr. Bogdan Petelin, dr. Lavoslav Mastnak, dr. Vladimir Rupnik, dr. Gašper Stojkovič, Avgust Habermuth, dr. Ludvik Gruden, Josip Černe, dr. Ivan Vasič in dr. Davorin Gros.

Konec avgusta 1945 je bila tako končana prva doba pravosodja po osvoboditvi, doba izrednih sodišč. Z ukinitvijo Sodišča slovenske narodne časti in z uveljavitvijo zveznega zakona o ureditvi narodnih sodišč so prenehale tudi pristojnosti vojaških sodišč za sojenje civilnim osebam.

Iz Poročila o delu Ministrstva za pravosodje LRS (1946) lahko razberemo, s kakšnimi težavami so se sodišča srečevala po vojni: „Naloga, pred katero so bila nova ljudska sodišča postavljena, je bila tako vse prej kot lahka. Sodišča starih pravnih predpisov niso mogla uporabljati, ali pa samo v omejenem obsegu in kot tehnično pomagalo. Novih predpisov pa je bilo malo in so bili zelo ohlapni. Zato so bili sodniki ob pričetku svojega dela postavljeni pred hudo preizkušnjo. Iz pičlih zakonskih predpisov, ki še zdaleč niso zadoščali za sojenje vseh najraznovrstnejših primerov, so morali iskati duha nove zakonodaje.“

Vrhovno sodišče je o svojem delu in številu zadev v poročilu napisalo: „V letu 1945 je Vrhovno sodišče v Ljubljani prejelo 91 pritožb v civilnopravnih zadevah, od tega jih je rešilo 87, in 237 pritožb v kazenskih zadevah, rešilo je 162. Vrhovno sodišče je reševalo tudi zadeve sodne uprave (delegacije in spori o pristojnosti sodišč), prejelo je 15 zadev, rešilo 14 zadev, in prejelo 43 zadev splošnega vpisnika, od tega rešilo 43 zadev. Poleg tega je sodišče izdajalo tudi obvezna navodila in odločalo na občnih sejah⁷².“

V jeseni 1945 je Predsedstvo Začasne narodne skupščine Demokratične federativne Jugoslavije izdalo *Zakon o ureditvi narodnih sodišč*⁷³, ki ga je v septembru 1945 potrdila tudi Narodna vlada Slovenije z *Uredbo o povzemu sodnega poslovanja v Sloveniji*⁷⁴. S tem so najvišjo sodno oblast v novi državi prevzela Vrhovno sodišče Demokratične federativne Jugoslavije⁷⁵ in njemu podrejena vrhovna sodišča posameznih republik. S tem zakonom je bila dejansko vzpostavljena sodna funkcija federacije in prek nje tudi že povezovanje vseh sodišč v enotni sodni sistem, dotlej suvereno izvrševanje sodne funkcije v federalnih enotah pa je bilo tako omejeno (Globevnik, 1971).

v Trstu in Podgradu. Po prvi svetovni vojni je bil sodnik v Sevnici, Litiji, nato na okrožnem sodišču v Ljubljani, kjer je bil odgovoren za zadeve pravosodne uprave, civilnopravne zadeve in vodenje zemljiške knjige. Po koncu druge svetovne vojne je postal predsednik Sodišča narodne časti, po njegovi ukinitvi pa predsednik Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije. Fotografija: Arhiv Žarka Kerševana.

72 Poročilo o delu Vrhovnega sodišča za leto 1945. Hrani Arhiv RS, AS 1237, VS RS 18, Su 1946, 1/85.

73 Zakon je bil sprejet 26. avgusta 1945 in je začel veljati z dnem objave v Uradnem listu Demokratske federativne Jugoslavije, št. 67, dne 4. septembra 1945.

74 Uredba je bila sprejeta 14. septembra 1945. Objava: Uradni list Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta in Narodne vlade Slovenije, št. 35, z dne 15. septembra 1945.

75 Predsedništvo Profitašističnega sveta narodne osvoboditve Jugoslavije je že 3. februarja 1945 kot najvišji organ sodstva v novi državi z odlokom ustanovilo Vrhovno sodišče Demokratične federativne Jugoslavije, s sedežem v Beogradu. Objava: Uradni list Demokratične federativne Jugoslavije, št. 4, z dne 13. februarja 1945.

Z A K O N
O UREDITVI NARODNIH SODIŠČ
Splošne odredbe

1. člen

V Demokratični federativni Jugoslaviji izvajajo pravosodstvo: Vrhovno sodišče Demokratične federativne Jugoslavije, Vrhovna sodišča posameznih federalnih enot, Vrhovno sodišče Vojvodine, okrožna sodišča in okrajna sodišča.

Medtem ko so potekale volitve sodnikov in porotnikov, je Začasna ljudska skupščina DFJ 26. avgusta 1945 sprejela Zakon o ureditvi narodnih sodišč. Ljudska skupščina FLRJ je 21. junija 1946 ta zakon uskladila z zvezno Ustavo in ga potrdila z Zakonom o potrditvi, spremembah in dopolnitvah zakona o ureditvi narodnih sodišč (Uradni list FLRJ, št. 51/1946).

Vrhovno sodišče Demokratične federativne Jugoslavije je imelo po *Zakonu o ureditvi narodnih sodišč* pristojnosti: sojenja na prvi stopnji v kazenskih in civilnih zadevah, določenih s posebnimi zakoni; odločanja o nadzorstvenih pritožbah zoper odločbe posameznih republik; odločanja o sporih glede pristojnosti med sodišči posameznih republik; odločanja o sporih glede pristojnosti med vojaškimi in civilnimi sodišči; odločanja o sporih med sodišči in oblastjo in pristojnosti dajanja navodil v vprašanih sodne prakse na področju zvezne zakonodaje.

Republiška vrhovna sodišča so imela po tem zakonu pristojnosti: sojenja na prvi stopnji v kazenskih in civilnih zadevah, določenih s posebnimi zakoni; odločanja o pritožbah zoper odločbe okrožnih in okrajnih sodišč; odločanja v sporih glede pristojnosti med okrožnimi in okrajnimi sodišči; odločanja o sporih med sodišči in oblastjo in pristojnosti dajanja navodil v vprašanih sodne prakse na področju svoje republike.

Poleg tega, da je *Uredba o povzemu sodnega poslovanja v Sloveniji* potrdila določila *Zakona o ureditvi narodnih sodišč*, je določila tudi, da se tekoče civilne zadeve nadaljujejo oziroma o njih odloča sodišče, ki je zanje stvarno in krajevno pristojno. Zadeve, ki so potekale pred sodiščem višje stopnje, so se vrnile sodišču prve stopnje, ki je odločalo v tekočih zadevah tudi, če je sodišče višje stopnje že izdalo odločbo. Kazenske zadeve, ki so bile v postopku pri vojaških sodiščih in pri katerih odločba še ni bila izdana, so se odstopile pristojnim narodnim sodiščem, ki so prevzela tudi vse nepravdne zadeve. Če se je sedež sodišča menjal ali pa če se območja narodnih sodišč niso ujemale, so se nerešene zadeve odstopile narodnemu sodišču, na območju katerega je ležal kraj, ki je bil odločilen za določitev pristojnosti.

253.

Uredba

o prevzemu sodnega poslovanja v Sloveniji

Člen 1.

Posle sodišč, ki niso bila ustanovljena na temelju odloka predsedništva SNOS-a o začasni ureditvi narodnih sodišč in o narodnih sodnikih z dne 3. IX. 1944, Uradni list št. 26/4, prevzamejo sodišča, ustanovljena v smislu določb zakona o ureditvi narodnih sodišč z dne 26. VIII. 1945, Uradni list DFJ št. 622/67, brž ko začno poslovati.

Z Uredbo o prevzemu sodnega poslovanja v Sloveniji je bil izpolnjen še en pogoj za začetek delovanja rednih sodišč v Sloveniji. Pomanjkanje pravnih predpisov in pomanjkanje ustreznega kadra pa je oteževalo delo rednega sodstva.

16. FEDERATIVNA LJUDSKA REPUBLIKA JUGOSLAVIJA – LJUDSKA REPUBLIKA SLOVENIJA (1946–1963)

Leta 1946 je bila sprejeta *Ustava Federativne ljudske republike Jugoslavije*⁷⁶ in s tem končana prva doba razvoja ustavne ureditve nove države. Na podlagi te ustave se je Federalna Slovenija preimenovala v Ljudsko republiko Slovenijo⁷⁷. Poleg političnega sistema Federativne ljudske republike Jugoslavije je ustava določila tudi položaj sodišč.

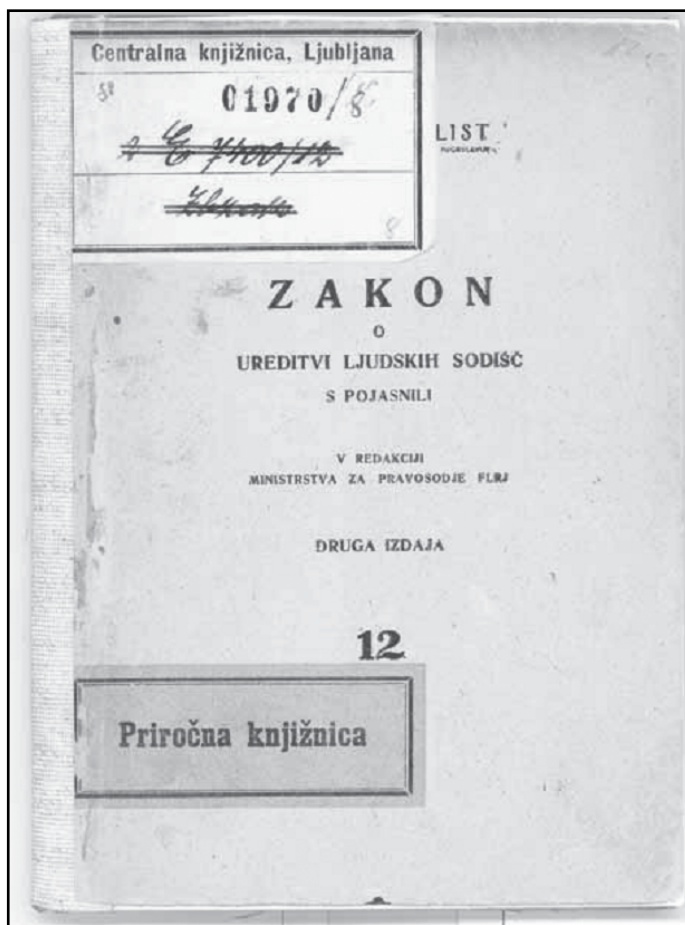
Ustava je obdržala vrhovna sodišča republik in avtonomnih pokrajin in določila, da sodnike teh sodišč volijo in razrešujejo njihove skupščine, sodnike zveznega vrhovnega sodišča pa voli in razrešuje Ljudska skupščina Federativne ljudske republike Jugoslavije. Ustava je zveznemu zakonu prepustila, da določi, v katerih primerih naj zvezno vrhovno sodišče sodi na prvi oziroma na drugi stopnji, in mu tudi neposredno priznala pravico, da odloča o zakonitosti pravnomočnih odločitev vseh sodišč v državi glede uporabe zveznih zakonov (Globevnik, 1971).

Na podlagi ustave je bil 21. junija 1946 sprejet *Zakon o ureditvi ljudskih sodišč*⁷⁸, ki je določil, da sodno oblast izvajajo Vrhovno sodišče Federativne ljudske republike Jugoslavije in vrhovna sodišča federalnih enot ter okrožna in okrajna sodišča. Pomembna sprememba glede na prej veljavni zakon je bila ločenost vojaških sodišč

76 Ustava je bila sprejeta 31. januarja 1946. Objava: Uradni list Federativne ljudske republike Jugoslavije, št. 10, z dne 1. februarja 1946.

77 *Zakon Predsedstva Slovenskega narodnoosvobodilnega sveta o nazivu Ljudske republike Slovenije ter organov državne uprave in državne oblasti v Ljudski republici Sloveniji*, sprejet 14. februarja 1946. Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, št. 15, z dne 20. februarja 1946.

78 Objava: Uradni list Federativne ljudske republike Jugoslavije, št. 51, z dne 25. junija 1946.



Zakon o ureditvi ljudskih sodišč s pojasnili je izšel v knjižni obliki pri založbi Uradni list FLRJ leta 1946.

od rednih sodišč. Vrhovno sodišče Federativne ljudske republike Jugoslavije tako ni bilo več pristojno za obravnavo odločb vojaških sodišč. Pomembni spremembi sta bili tudi določili zakona, da pri sojenju republiških vrhovnih sodišč ne sodelujejo več sodniki porotniki in da je senat sestavljen iz treh sodnikov (Zakon o ureditvi ljudskih sodišč s pojasnili, 1946).

Sodniki so s sprejetjem ustave in drugih najnujnejših zakonov končno dobili trdno podlago za sojenje, in, kot piše v poročilu o delu Ministrstva za pravosodje Ljudske republike Slovenije iz leta 1946, je „k temu pripomoglo tudi dejstvo, da so bili najbolj razburkani časi mimo, tako da je sodstvo polagoma dobivalo redne mirnodobske oblike pri delu“.

Slovenski narodnoosvobodilni svet, ki je imel funkcijo vrhovnega predstavniškega in zakonodajnega organa slovenskega narodnoosvobodilnega gibanja in slovenske države, je svoje delovanje sklenil na drugem zasedanju, septembra 1946. Konec oktobra 1946 je bila na volitvah izvoljena Ustavodajna skupščina Ljudske republike Slovenije, ki je svoje delo končala 16. januarja 1947, s sprejetjem *Ustave Ljudske republike Slovenije*⁷⁹. S tem so se Slovenci pridružili državljanom tistih političnih skupnosti, ki so po meščanskih revolucijah dobili svojo razmeroma moderno ustavo. V novi ustavi je bila Slovenija v prvem členu opredeljena kot „ljudska država republikanske oblike“.

Prva slovenska ustava je v 106. členu kot organe pravosodja določila Vrhovno sodišče Ljudske republike Slovenije, okrožna in okrajna sodišča ter dovolila, da se z zakonom lahko ustanovijo tudi posebna sodišča za določene vrste sporov. V 113. členu ustave je bilo Vrhovno sodišče Ljudske republike Slovenije opredeljeno kot najvišji organ pravosodja v Ljudski republiki Sloveniji, ki je presojalo zakonitost pravnomočnih odločb vseh sodišč v Sloveniji, kolikor po določbah zakona o uporabi zveznih zakonov tega ni opravljalo Vrhovno sodišče Federativne ljudske republike Jugoslavije.

Ustavodajna skupščina je svoje delo po sprejetju ustave nadaljevala kot Ljudska skupščina Ljudske republike Slovenije in se je pod tem imenom prvič sestala na izredni seji 17. januarja 1947. Na seji so obravnavali tudi odstopno izjavo vseh sodnikov Vrhovnega sodišča v Ljubljani, ki jih je imenoval Slovenski narodnoosvobodilni svet leta 1945. V skladu z 21. členom zveznega zakona o ureditvi sodišč in z ustavnimi določili 10. poglavja ustave Ljudske republike Slovenije, da voli in razrešuje predsednika, podpredsednika in sodnike Vrhovnega sodišča Ljudska skupščina Ljudske republike Slovenije, so njihov odstop sprejeli in hkrati tudi imenovali nove sodnike Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije.

Za predsednika Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije je bil izvoljen dotedanji predsednik Alojzij Žigon, za podpredsednika Matija Dolničar, za sodnike pa so bili imenovani: dr. Milko Gaber, Rihard Knez, Silverij Pakiž, dr. Ludvik Gruden, Jože Dolinšek, dr. Bogdan Petelin in Jože Černe⁸⁰.

Alojzij Žigon je na mestu predsednika ostal do upokojitve 19. maja 1948, ko ga je zamenjal dr. Teodor Tominšek⁸¹, dotedanji sodnik Vrhovnega sodišča⁸². Dr. Tominšek je ostal predsednik Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije

79 Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, posebna izdaja, št. 4 A, z dne 24. januarja 1947.

80 Zapisnik 1. seje I. izrednega zasedanja Ljudske skupščine Ljudske republike Slovenije, ki se je vršilo dne 17. januarja 1947. Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, št. 6, z dne 1. februarja 1947. Več o tem v: Stenografski zapiski Ljudske skupščine LRS, 1952.

81 Dr. Teodor Tominšek (1902–1996) je po končanem pravnem študiju v Ljubljani služboval kot sodnik Okrajnega sodišča v Slovenski Bistrici, nato pa v Ljubljani. Med drugo svetovno vojno je organiziral partizansko vojaško sodstvo. Po vojni je bil sodnik Vrhovnega sodišča DFJ, podpredsednik Vrhovnega sodišča FLRJ in pomočnik ministra za pravosodje. Aktivno je deloval tudi na Pravni fakulteti v Ljubljani, v društvu Pravnik in Zvezi društev pravnikov Slovenije. Ves čas si je prizadeval za neodvisnost sodišč in humanizacijo kazenskega prava. Fotografija: Planinski vestnik, št. 3, 1973.

82 Zapisnik 1. seje III. rednega zasedanja Ljudske skupščine LRS, ki se je vršila dne 19. maja 1948. Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, št. 24, z dne 1. junija 1948.

do 8. junija 1951, vrhovni sodnik pa do 20. januarja 1954, ko je bil postavljen za državnega sekretarja za pravosodno upravo⁸³.



Dr. Teodor Tominšek, predsednik Vrhovnega sodišča LRS v letih med 1948 in 1951.

V začetku petdesetih let je val političnih sprememb zajel tudi zakonodajo in pravosodje. Junija 1951 je bila na IV. plenumu Centralnega komiteja Komunistične partije Jugoslavije sprejeta *Resolucija o nadaljnji krepitvi pravosodja in zakonitosti*⁸⁴, ki je spremenila dotedanji koncept pravosodja, vsebovala pa je tudi nekaj konkretnih navodil za njegovo delovanje. Pomemben premik k neodvisnosti sodstva je bila opustitev instituta sodnikov laikov, čeprav je bilo še leta 1952 na jugoslovanskih sodiščih enajst odstotkov sodnikov brez pravne izobrazbe⁸⁵.

Posledica političnih sprememb in spremenjenih predpisov sta bili tudi razrešitev vrhovnega sodišča in izvolitev novih sodnikov leta 1951. Skupščina Ljudske republike Slovenije je imenovala novega predsednika Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije, dr. Franceta Hočevarja⁸⁶, dotedanjega javnega tožilca. Za sodnike Vrhovnega sodišča v Ljubljani so bili izvoljeni: Jože Černe, Matej Dolničar, dr. Milko Gaber, dr. Albin Juhart, Karel Košenina, Anton Krajšek, Pavel Marc, Karel Mejak, Silverij Pakiž, dr. Alojzij Peric, dr. Bogdan Petelin, Alojzij Piškur, Marko Simčič, dr. Teodor Tominšek in Martin Žalik⁸⁷. Dr. France Hočevar je ostal predsednik Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije do njegove razrešitve, 22. oktobra 1957⁸⁸.

83 Stenografski zapiski Ljudske skupščine Ljudske republike Slovenije (tretji sklic): seje od 15. decembra 1953 do 28. februarja 1954. Ljubljana, Ljudska skupščina Ljudske republike Slovenije, 1954.

84 Objava: Ljudski pravnik, št. 7-9, 1951; Komunist, št. 2-3, 1951.

85 Šesto redovno zasedanje Veča naroda i Saveznog veča, 1953. Beograd, Narodna skupščina FNRJ, 1954.

86 Dr. France Hočevar (1913–1992) je doktoriral na Pravni fakulteti v Ljubljani. Po drugi svetovni vojni je bil imenovan za diplomatskega predstavnika v Avstriji in Trstu, veleposlanika v Romuniji in na Poljskem. Nato se je zaposlil kot javni tožilec, najprej v Sloveniji, po preteku predsedniškega mandata na Vrhovnem sodišču pa kot javni tožilec v Jugoslaviji. Objavil je več razprav s področja pravosodja in zunanje politike. Za svoje delo je prejel več državnih odlikovanj. Fotografija: Enciklopedija Slovenije. Ljubljana: Mladinska knjiga, 1990.

87 Imenovanje predsednika in sodnikov Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije. Zapisnik 3. seje I. rednega zasedanja Ljudske skupščine Ljudske republike Slovenije, drugega sklica dne 8. junija 1951. Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, št. 21, z dne 19. junija 1951.

88 Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, št. 40, z dne 31. oktobra 1957.

»V globokem prepričanju o pravilnosti resolucije IV. plenuma Centralnega komiteja Komunistične partije Jugoslavije o nadaljnji krepitvi pravosodja in zakonitosti in v iskreni želji, da tudi s svoje strani prispevamo k uresničitvi v njej postavljenih nalog, zlasti glede na razširitev delovnega področja in utrditve vodstvene vloge vrhovnega sodišča ter da omogočimo v ta namen potrebno izpopolnitev in okrepitev vrhovnega sodišča s kadri, smo vsi sodniki Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije na svojem skupnem sestanku dne 7. junija 1951 soglasno sklenili, da sami predlagamo svojo razrešitev.

Zato v sporazumu in v imenu vseh spodaj navedenih predlagam, da Ljudska skupščina LRS razreši predsednika vrhovnega sodišča dr. Teodorja Tominška, podpredsednika Mateja Dolničarja in sodnike dr. Milka Gabra, Silverija Pakiza, dr. Bogdana Petelina, Jožeta Černeta, Karla Košenino in Jožeta Dolinška.« Podpisan je predsednik dr. Teodor Tominšek.

Minister za pravosodje vlade LRS pa je poslal skupščini naslednje pismo:

»Sodišča v Ljudski republiki Sloveniji so na svojih sestankih razpravljala o referatih in sklepih IV. plenuma CK KPJ. Pri tem so prišla do zaključka, da razširjena pristojnost in vloga sodišč v celotnem sklopu državnih organov terja spremembo in okrepitev osebnega sestava obstoječih okrožnih

Dopis dr. Tominška, naslovljen na Ljudsko skupščino, o njegovem odstopu in odstopu vseh vrhovnih sodnikov v skladu z resolucijo IV. plenuma Centralnega komiteja Komunistične partije Jugoslavije. Objavljeno v Stenografskih zapisnikih Ljudske skupščine Ljudske republike Slovenije, 1952.

VRHOVNO SODIŠČE
LJUDSKE REPUBLIKE SLOVENIJE

Predsednik
Dr. France Hočevar

Člani:

Jože Černe, Matej Dolničar, dr. Milko Gaber, Alojz Hartman, dr. Albin Juhart, Karel Košenina, Anton Krajšek, Karel Mejak, Silverij Pakiz, dr. Alojz Peric, dr. Bogdan Petelin, Marko Simčič, dr. Jakob Svet, dr. Teodor Tominšek,* Albin Torelli, Martin Žalik.



* Dr. Teodor Tominšek je bil razrešen dolžnosti sodnika Vrhovnega sodišča LRS na 1. skupni seji Republiškega zbora in Zbora proizvajalcev dne 20. januarja 1954.

Sestava Vrhovnega sodišča LRS leta 1954 je bila objavljena v Stenografskih zapisnikih Ljudske skupščine LRS.



Dr. France Hočevar, predsednik Vrhovnega sodišča LRS v letih med 1951 in 1957.

Ustavni reformi leta 1953 so sledile še nekatere pomembne spremembe političnega sistema, med drugim tudi v organizaciji predstavniških teles oblasti in politično-izvršilnih teles⁸⁹. Vendar se ustavni zakon, s katerim je bila ustavna reforma uveljavljena, ni dotaknil določb tistega poglavja ustave iz leta 1946, ki se je nanašalo na sodišča.

Novi *Zakon o sodiščih* je bil sprejet leta 1954⁹⁰ in je v uvodnem delu uveljavil posebna ustavna načela o sodiščih. Zakon je določil, da sistem sodišč po novem sestavljajo redna, gospodarska in vojaška sodišča. Ureditev in pristojnosti gospodarskih in vojaških sodišč je določal poseben zakon. Sodna funkcija federacije je bila v teh ustavnih načelih določena prek položaja zveznega vrhovnega sodišča. Na ta način je bila spet ustavno potrjena vloga zveznega vrhovnega sodišča kot centralnega in najvišjega organa v enotnem sistemu pravosodja Jugoslavije.

Vrhovno sodišče Ljudske republike Slovenije je po novem zakonu odločalo v kazenskih, civilnih in drugih zadevah o rednih in izrednih pravnih sredstvih; v upravnih sporih v primerih, ki jih določa zakon, in o sporih o pristojnosti med sodišči in republiškimi upravnimi organi ter med sodišči in ljudskimi odbori na območju Ljudske republike Slovenije. Poleg tega je sodelovalo pri izdelavi osnutkov novih zakonskih predpisov in skrbelo za usklajevanje sodne prakse rednih sodišč na območju republike.

89 Zvezno skupščino sta po novem sestavljala zvezni zbor in zbor proizvajalcev, zbor narodov pa je izgubil samostojnost. Prezidij Ljudske skupščine je zamenjal individualni predsednik republike, vlado Federativne ljudske republike Jugoslavije in njena ministrstva pa so nadomestili zvezni izvršni svet in državni sekretariati. Slovenska novejša zgodovina, 2005.

90 Zakon je bil sprejet 1. julija 1954. Objava: Uradni list Federativne ljudske republike Jugoslavije, št. 30, z dne 21. julija 1954.

PRIPAD ZADEV NA VRHOVNO SODIŠČE LRS V LETIH:							
	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959
kazensko	676	1.117	1.591	1.717	1.666	1.510	1.455
civilno	413	1.474	1.498	737	653	907	1.074
upravno	4.865	3.670	3.186	2.578	2.938	2.520	2.358
skupaj:	5.954	6.261	5.275	5.032	5.257	4.937	4.887

Poročilo Vrhovnega sodišča LRS za leto 1959. (Arhiv RS: AS 1237, Vrhovno sodišče RS - Su 1959, enota 213.)

Leta 1957 je bil za predsednika Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije imenovan Vladimir Krivic⁹¹, dotedanji član Izvršnega sveta Skupščine Ljudske republike Slovenije. Na mestu predsednika Vrhovnega sodišča je ostal do leta 1963⁹², ko je bil imenovan za predsednika Ustavnega sodišča Socialistične republike Slovenije.



Vladimir Krivic, predsednik Vrhovnega sodišča LRS v letih med 1957 in 1963.

91 Vladimir Krivic (1914–1996) se je po končanem pravnem študiju zaposlil kot pravnik in notarski pripravnik. Po vojni je opravljal različne funkcije, bil je tudi javni tožilec Slovenije in predsednik Kontrolne komisije LRS. Med drugim je deloval tudi kot predsednik Ustavnega sodišča Slovenije in sodnik na jugoslovanskem ustavnem sodišču. Bil je urednik Slovenskega poročevalca in Ljudskega pravnika ter publicist. Fotografija: Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije. Ljubljana: Dopisna delavska univerza, 1974.

92 Imenovanje Vladimira Krivica za predsednika Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije: *Sklep o izvolitvi predsednika Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije*. Objava: Uradni list Ljudske republike Slovenije, št. 43, z dne 5. decembra 1957. Razrešitev Vladimira Krivica in izvolitev Lojzeta Piškurja za predsednika Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije: *Sklep o razrešitvi in imenovanju predsednika Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije*. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 22, z dne 18. julija 1963.

Iz Poročila Vrhovnega sodišča LRS iz leta 1963 lahko razberemo, da se je v obdobju od leta 1959 do leta 1962 število zadev pri Vrhovnem sodišču Ljudske republike Slovenije povečalo, in sicer kazenskih zadev za 434, civilnih zadev za 315, medtem ko se je število upravnih zadev nekoliko zmanjšalo, in sicer za 153.

Vrhovno sodišče Ljudske republike Slovenije je v pregledu delovanja in problematike sodišč iz leta 1963, z naslovom O splošnih problemih pravosodja LR Slovenije, ugotovilo, da si „sodišča posebno prizadevajo izboljšati sojenje, utrditi neodvisnost sodišč ter zakonitost v sodstvu in okrepiti spremljanje družbenih pojavov in problemov, ki se odkrivajo pri sodnem delu. Ta prizadevanja so prišla do izraza tudi v novem poslovníku za notranje poslovanje Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije, s katerim so predvsem določene opredeljene splošne družbene naloge sodstva.“

STATISTIČNI PODATKI O PRIPADU ZADEV NA VS LRS				
1959 - 1962				
Oddelek - zadeve	1959	1960	1961	1962
<u>Kazenski:</u>				
pritožbe	1.005	1.102	1.071	1.153
izredne omilitve kazni	450	506	612	646
delegacije	5	31	16	9
podaljšanje preiskoval.za-				
póra	36	56	62	60
razno	268	191	329	333
pomilostitve	3	1	2	-
S k u p a j :	1.767	1.887	2.092	2.201
<u>Civilni:</u>				
pritožbe	779	740	785	862
revizije	279	389	277	375
zahteve za varstvo zakoni-				
tosti	16	9	6	11
delegacije	-	18	18	16
razno	-	143	98	125
S k u p a j :	1.074	1.299	1.184	1.369
<u>Upravni:</u>				
razni upravni spori	774	645	628	807
upravni spori iz soc.zav.	1.584	2.089	1.471	1.398
S k u p a j :	2.358	2.734	2.099	2.205
V s e g a s k u p a j :	5.199	5.920	5.375	5.795
=====				

Statistični podatki o pripadu zadev na Vrhovno sodišče LRS so bili objavljeni v publikaciji O splošnih problemih pravosodja LR Slovenije, 1963.

17. SOCIALISTIČNA FEDERATIVNA REPUBLIKA JUGOSLAVIJA – SOCIALISTIČNA REPUBLIKA SLOVENIJA (1963–1991)

Spremembe političnega sistema in uveljavitev samoupravljanja so bile podlaga za sprejetje ustave Socialistične federativne republike Jugoslavije, 7. aprila 1963⁹³. Nova ustava je namesto države postavila za izhodišče delovnega človeka in njegov neposredni interes, družbeno samoupravljanje pa za bistvo in vsebino družbeno-ekonomskega in političnega sistema.

Ustava je določila, da sodišča opravljajo sodno funkcijo kot organi družbene skupnosti, in z ustavno določbo uveljavila načelo enotnega sodnega sistema. Ustavni zakon o izvedbi ustave je določil, da zvezno vrhovno sodišče, vrhovno gospodarsko sodišče in vrhovno vojaško sodišče nadaljujejo delo v dotedanji sestavi, in sicer zvezno vrhovno sodišče kot Vrhovno sodišče Jugoslavije, druga sodišča federacije pa z dotedanjimi nazivi. Pomembna novost je bila ustanovitev ustavnega sodišča Jugoslavije in ustavna opredelitev njegove pristojnosti (Globevnik, 1971).

*Ustava Socialistične republike Slovenije*⁹⁴ je bila sprejeta 9. aprila 1963. V 208. členu je dotedanje Vrhovno sodišče Ljudske republike Slovenije preimenovala v Vrhovno sodišče Socialistične republike Slovenije in mu določila tudi pristojnosti: sprejemanje načelnih stališč in pravnih mnenj; odločanje o rednih pravnih sredstvih zoper odločbe okrožnih sodišč; odločanje o upravnih sporih; odločanje o izrednih pravnih sredstvih v primerih, ki jih določa zakon; reševanje sporov glede pristojnosti med sodišči na območju Slovenije in opravljanje pristojnosti, ki jih določa zakon.

Za novega predsednika Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije je bil 25. junija 1963 izvoljen Lojze Piškur⁹⁵; na mestu predsednika je ostal do upokojitve, 31. maja 1974.

Pomembna dejavnost Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije je bila, kot je v intervjuju za časopis Naši razgledi poudaril Piškur⁹⁶, tudi obdelava aktualnih družbenih problemov, ki se kažejo v sodobni praksi. Analize obdelave so se uporabile za zakonske spodbude in za usmeritev dela sodišč. Kot drugo pomembno dejavnost Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije pa je Piškur poudaril evidenco sodne prakse vseh sodišč na kazenskem in civilnem področju ter področju upravnih sporov, ki je vsaj v nekem pogledu zagotavljala enotnost sodne prakse v Sloveniji.

93 *Odlok o razglasitvi Ustave Socialistične federativne republike Jugoslavije*, sprejet 7. aprila 1963. Objava: Uradni list Socialistične federativne republike Jugoslavije, št. 14, z dne 10. aprila 1963.

94 *Odlok o razglasitvi Ustave Socialistične republike Slovenije*, sprejet 9. aprila 1963. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 10, z dne 9. aprila 1963.

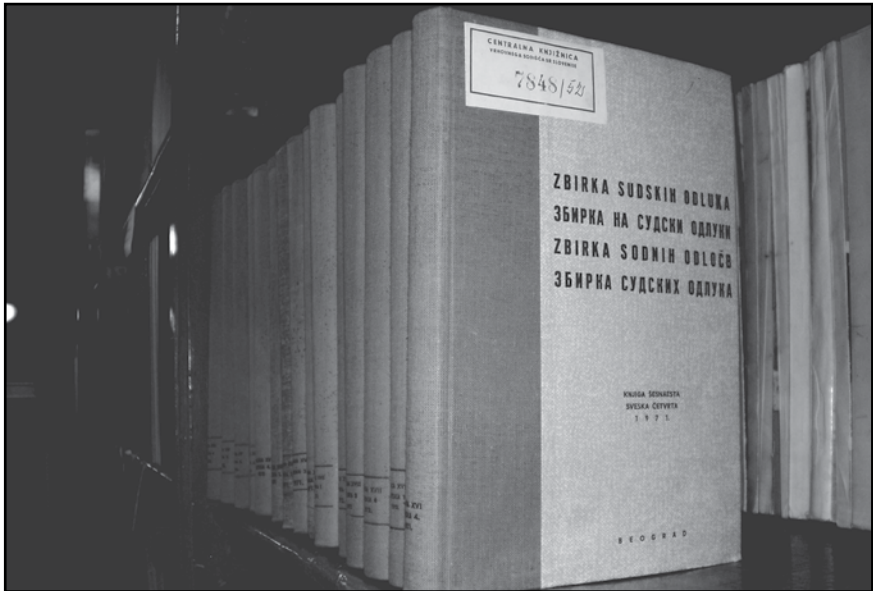
95 *Sklep o razrešitvi in imenovanju predsednika Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije*. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 22, z dne 18. julija 1963. Lojzetu Piškuru v spomin, Bilten Slovenskega sodniškega društva, št. 24, 1982. Lojze Piškur (1908–1982) je po končanem pravnem študiju začel svojo sodniško pot v Ljubljani, nadaljeval v Novem mestu, Cerknici in Murski Soboti. Po vojni je imel različne funkcije v državnih organih, bil je tudi sodnik Vrhovnega sodišča in glavni tajnik Univerze v Ljubljani. Napisal je številne razprave in referate ter predaval delovno pravo na Ekonomski fakulteti. Za svoje delo je prejel tudi več državnih priznanj. Fotografija: hrani Muzej novejšje zgodovine.

96 Piškur, L., Družbeni problemi pravosodja. Objava: Naši razgledi, z dne 12. avgusta 1967.



Lojze Piškur, predsednik Vrhovnega sodišča SRS v letih med 1963 in 1974.

Pomembne odločbe sodišč so se obravnavale na občnih sejah Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije, kjer so se sprejemala pravna mnenja o uporabi zakonov in se objavljala v Poročilih o sodni praksi, ki jih je izdajalo slovensko Vrhovno sodišče⁹⁷. Pomembnejša pravna mnenja so se objavljala tudi v revijah Pravnik, Gospodarski vestnik in zbirki sodnih odločb Vrhovnega sodišča Jugoslavije (Piškur, 1967).



Poročilo Vrhovnega sodišča LRS za leto 1959. (Arhiv RS: AS 1237, Vrhovno sodišče RS - Su 1959, enota 213.)

⁹⁷ Poročilo o problemih in pojavih sodne prakse Vrhovnega sodišča Ljudske republike Slovenije. Leta 1994 je publikacija spremenila naslov v Pravna mnenja.

Na podlagi ustave iz leta 1963 so bili dve leti pozneje, leta 1965, sprejeti: (zvezni) *Temeljni zakon o splošnih sodiščih* in zvezna zakona o posebnih sodiščih, *Zakon o gospodarskih sodiščih* in *Zakon o vojaških sodiščih*, ter (republiški) *Zakon o sodiščih splošne pristojnosti*.

*Temeljni zakon o splošnih sodiščih*⁹⁸ je sodišča razdelil na občinska, okrožna, višja sodišča, republiška vrhovna sodišča in Vrhovno sodišče Jugoslavije. Pristojnosti republiških vrhovnih sodišč po tem zakonu so bile: določanje načelnih stališč in načelnih pravnih mnenj v skladu z ustavo in zakonom; odločanje na prvi stopnji v upravnih sporih, ki so po zakonu v njegovi pristojnosti; odločanje o pravnih sredstvih zoper odločbe okrožnih sodišč; odločanje o izrednih pravnih sredstvih zoper odločbe sodišč v primerih, ki jih določa zakon; predlaganje uvedbe postopka za presojo ustavnosti ali zakonitosti pristojnemu ustavnemu sodišču in opravljanje drugih zadev, ki jih določa zakon. Vrhovno sodišče Jugoslavije kot najvišje sodišče v zveznem sodnem sistemu je po tem zakonu zagotavljalo enotno uporabo zveznih zakonov po splošnih in posebnih sodiščih. *Zakon o sodiščih splošne pristojnosti*⁹⁹ je še natančneje določil tudi pristojnosti Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije.

V šestdesetih letih so se družbene spremembe začele nagibati v korist decentralizacije, poudarjati se je začela nujnost reforme federacije. Leta 1967, 1968 in 1971 so bili sprejeti ustavni amandmaji k ustavi iz leta 1963. Z amandmaji so bile uveljavljene pomembne spremembe v organizaciji in funkcijah zveznih organov, na področju organizacije samoupravljanja v delovnih organizacijah in na družbenoekonomskem področju. Republike so pridobile večjo samostojnost in boljši položaj v zvezni državi, opredeljene so bile kot „države, ki temeljijo na suverenosti naroda“. Zvezne oblasti so izgubile nekatere pristojnosti, med drugim tudi na področju davčne, finančne in naložbene politike (Slovenska novejša zgodovina, 2005).

Amandmaji kljub spremembam, ki so jih prinašali, niso bistveno spremenili organizacije sodstva (Globevnik, 1973). Na podlagi sprememb ustave so bili leta 1967 izvoljeni predsednik in sodniki Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije. Za predsednika je bil izvoljen Lojze Piškur, dotedanji predsednik Vrhovnega sodišča, za sodnike pa so bili izvoljeni: dr. Vilko Androjna, Albin Dobrajc, Matej Dolničar, Stane Hribar, Karel Kim, Karel Košenina, Jože Kobal, Henrik Kužnik, Karel Mejak, dr. Franjo Omladič, Lojze Peric, Niko Pogačar, Franc Sok, Jože Šegedin, Lojze Šmid in Martin Žalik, vsi dotedanji sodniki tega sodišča¹⁰⁰.

V ureditev sodstva je prinesla bistveno novost zadnja jugoslovanska ustava, ki je bila sprejeta 21. februarja 1974¹⁰¹, nekaj dni pozneje pa je bila sprejeta tudi

98 Zakon je bil sprejet 5. februarja 1965. Objava: Uradni list Socialistične federativne republike Jugoslavije, št. 7, z dne 17. februarja 1965.

99 Zakon je bil sprejet 23. junija 1965. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 20, z dne 23. junija 1965.

100 *Sklep o izvolitvi predsednika in sodnikov Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije*. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 26, z dne 30. junija 1967.

101 *Ustava Socialistične federativne republike Jugoslavije*. Objava: Uradni list Socialistične federativne republike Jugoslavije, št. 9, z dne 21. februarja 1974.

Piskur

P r e p i s.

URADNI LIST SOCIALISTIČNE REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka 26

V Ljubljani, dne 30. junija 1967

Leto : XXIV.

Stran : 412

220.

Na podlagi 16. alinee 135. člena, 4. alinee 152. člena ustave Socialistične republike Slovenije in II. amandmaja k ustavi Socialistične republike Slovenije / Uradni list SRS štev. 16-114/67 / ter v zvezi s 17. in 75. členom temeljnega zakona o splošnih sodiščih / Uradni list SFRJ štev. 7-82/65 / in 12. členom zakona o sodiščih splošne pristojnosti / Uradni list SRS štev. 220/65 / je republiški zbor Skupščine SR Slovenije na seji dne 30. junija 1967 sprejel

S K L E P

O IZVOLITVI PREDSEDNIKA IN SODNIKOV VRHOVNEGA SODIŠČA SR SLOVENIJE.

Izvolijo se :

za predsednika Vrhovnega sodišča SR Slovenije :
Lojze PISKUR, do sedaj predsednik tega sodišča,

za sodnike Vrhovnega sodišča SR Slovenije :

dr. Vilko ANDROJNA,	Karel MEJAK,
Albin DOBRAJC,	dr. Franjo OMLADIČ,
Matej DOJNICAR,	Lojze FERIG,
Stane HRIBAR,	Niko FOGACAR,
Karel KERN,	Franc SOK,
Karel KOENIGLIN,	Jože SEGEDIN,
Jože KOBEL,	Lojze SMID in
Henrik KUZNIK,	Martin ŽALIK.,

do sedaj sodniki tega sodišča.

Štev. : 111-13/67.

Ljubljana, dne 30. junija 1967.

Skupščina
Socialistične republike Slovenije

PREPIS JE TOČEN !

Predsednik :
Sergej Kraigher l.r.



Piskur

Prepis Sklepa o izvolitvi predsednika in sodnikov Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije, ki je bil objavljen v Uradnem listu Socialistične republike Slovenije, št. 26, z dne 30. junija 1967. (Hrani Vrhovno sodišče RS.)

slovenska ustava¹⁰². Načela enotnega sodnega sistema ni bilo več, organizacija sodišč je prešla v roke republik in avtonomnih pokrajin. Po ustavi iz leta 1974 so sodno funkcijo opravljala redna sodišča kot organi državne oblasti in samoupravna sodišča. Samoupravna sodišča so se ustanovljala kot sodišča združenega dela, arbitraže, poravnalni sveti, razsodišča in kot druga samoupravna sodišča. Med specializirana sodišča so spadala vojaška sodišča, gospodarska sodišča pa so bila leta 1979 z reformo sodišč odpravljena (Ustavno pravo SFRJ Jugoslavije, 1981).

¹⁰² Ustava Socialistične republike Slovenije, sprejeta 28. februarja 1974. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 6, z dne 28. februarja 1974.

Vrhovno sodišče Jugoslavije kot najvišja sodna instanca je bilo odpravljeno, namesto njega je bilo s posebnim zakonom uvedeno Zvezno sodišče¹⁰³. Poleg sodne funkcije pa je imelo Zvezno sodišče še družbeno funkcijo: spremljalo in preučevalo naj bi družbene pojave in odnose, dajalo predloge za preprečevanje družbi nevarnih in škodljivih pojavov ter za utrjevanje zakonitosti, družbene odgovornosti in morale. V organizaciji tega novega sodišča je bila poudarjena enakopravnost jugoslovanskih narodov in narodnosti. Položaj Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije se je torej okrepil (Melik, 2006).

*Ustavni zakon za izvedbo ustave Socialistične republike Slovenije*¹⁰⁴ je v 9. členu določil rok za izvedbo volitev predsednika in sodnikov Vrhovnega sodišča SRS in v 10. členu, da novo Vrhovno sodišče Socialistične republike Slovenije do uskladitve predpisov z ustavo odloča tudi o rednih in izrednih pravnih sredstvih zoper odločbe dotedanjega Vrhovnega sodišča, razen v primerih, ko je za odločanje o njih pristojno novo, Zvezno sodišče.

Na podlagi nove ustave je bil 31. maja 1974 sprejet *Odlok o izvolitvi predsednika in sodnikov Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije*¹⁰⁵. Za predsednika je bil izvoljen Jože Pavličič¹⁰⁶, dotedanji sodnik Ustavnega sodišča, za sodnike pa so bili izvoljeni: Vilko Androjna, Konrad Bac, Koloman Balažič, Ivan Bele, Adolf Dobovišek, Matej Dolničar, Tomislav Grgič, Stane Hribar, dr. Ciril Jurca, Jože Kobal, Milan Kosterca, Stane Kovač, Jolanka Kuhar - Mevželj, Karel Mejak, Ivan Mišič, Jože Pernuš, Niko Pogačar, Ivan Repinc, Francka Strmole - Hlastec, dr. Boris Strohsack, Savo Šifrer, Janez Šinkovec, Lojze Ude, Janko Vodopija, dr. Živko Zobec in Pavle Zupančič. Jože Pavličič je na mestu predsednika ostal do 24. junija 1981, ko je bil izvoljen za predsednika Ustavnega sodišča Socialistične republike Slovenije¹⁰⁷.

103 *Zakon o Zveznem sodišču*, sprejet 26. aprila 1974. Objava: Uradni list Socialistične federativne republike Jugoslavije, št. 21, z dne 30. aprila 1974.

104 Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 6, z dne 28. februarja 1974.

105 Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 22, z dne 1. junija 1974.

106 Jože Pavličič (1916–2001) je diplomiral na Pravni fakulteti v Ljubljani. Po vojni se je zaposlil kot javni tožilec, nato kot državni sekretar na Državnem sekretariatu za pravosodno upravo in kot sodnik Ustavnega sodišča. Kot predsednik Vrhovnega sodišča SRS se je zavzemal za decentralizacijo pravosodja, bil je privrženec modernizacije kazenskega prava in je zavračal takrat veljavne misli o vplivu kazenske represije na spremembo družbenih razmerij. Delo je nadaljeval kot predsednik Ustavnega sodišča, vodil tudi Zvezo društev pravnikov Slovenije in bil pobudnik izhajanja revije Pravna praksa. Fotografija: Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije. Ljubljana: Dopolna delavska univerza, 1974.

107 *Odlok o razrešitvi predsednika Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije in Odlok o izvolitvi predsednika Ustavnega sodišča Socialistične republike Slovenije*, sprejet 24. junija 1981. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 19, z dne 26. junija 1981.



Jože Pavličič, predsednik Vrhovnega sodišča SRS v letih med 1974 in 1981.

Do sprejetja *Zakona o rednih sodiščih*¹⁰⁸, leta 1977, so v Sloveniji delovala naslednja sodišča splošne pristojnosti: občinska sodišča, okrožna sodišča in vrhovno sodišče. Novi zakon je uvedel precejšnje spremembe v strukturi sodišč in sodnem sistemu. Ukinil je občinska in okrožna sodišča in uveljavil temeljna sodišča. Kot drugostopenjska sodišča so bila ustanovljena višja sodišča. Tretjestopenjsko sodišče je ostalo dotedanje slovensko republiško vrhovno sodišče in nad njim zvezno sodišče Jugoslavije. Sodnike so volile in razreševale skupščine družbenopolitičnih skupnosti z območja temeljnega sodišča, sodniki so imeli osemletni mandat z možnostjo ponovne izvolitve. Nova sodišča so začela delovati 1. januarja 1979.



Zaveza sodnikov v skupščini januarja 1979, spodaj skrajno desno predsednik Vrhovnega sodišča Jože Pavličič. (Fotografija: Svetozar Busić. Hrani Muzej novejšje zgodovine.)

¹⁰⁸ Zakon je bil sprejet 20. aprila 1977. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 10, z dne 7. maja 1977.

Republiška vrhovna sodišča so začela dobivati pomembnejšo vlogo, ker so se vsi redni postopki praviloma končali v republikah. V Sloveniji je tako glede na načelo dvostopenjskega sojenja in glede na vlogo, ki so jo imela temeljna in višja sodišča, vrhovno sodišče odločalo zlasti o izrednih pravnih sredstvih ter o tistih zadevah, ki postanejo predmet sodnega varstva šele v postopku pred vrhovnim sodiščem (Pravo in sodstvo v samoupravni družbi, 1979).

Vrhovno sodišče Socialistične republike Slovenije je bilo po novem zakonu¹⁰⁹ pristojno za sprejemanje načelnih stališč in pravnih mnenj, ki so bila pomembna za enotno uporabo zakonov pri rednih sodiščih; za odločanje o izrednih pravnih sredstvih zoper pravnomočne odločbe; za odločanje na tretji stopnji o pritožbah zoper sodbe, ki so jih izdajala višja sodišča ter senati vrhovnega sodišča na drugi stopnji; za odločanje na drugi stopnji o pritožbah zoper odločbe višjih sodišč in pritožbah zoper odločbe svojih senatov; za odločanje o podaljšanju pripora prek treh mesecev; za odločanje v sporih o pristojnosti med temeljnimi sodišči z območja različnih višjih sodišč in višjimi sodišči ter med rednimi in samoupravnimi sodišči; za odločanje o prenosu krajeвне pristojnosti med temeljnimi sodišči z območja različnih višjih sodišč in višjimi sodišči; za odločanje v upravnih in upravno-računskih sporih, razen v primerih, za katere je bilo pristojno zvezno sodišče; za odločanje o zahtevi za varstvo zakonitosti z ustavo zagotovljenih svoboščin in pravic, če so bile take svoboščine ali pravice kršene z dokončnim posamičnim aktom, ni pa bilo zagotovljeno drugačno sodno varstvo; za odločanje o zahtevah za sodno varstvo v postopku za prekrške zoper odločbe republiškega senata za prekrške.

V začetku leta 1979 je začel veljati tudi *Sodni poslovnik za redna sodišča*¹¹⁰, ki je podrobneje določil organizacijo poslovanja sodišč. Za Vrhovno sodišče Socialistične republike Slovenije so veljale določbe poslovnika, ki se nanašajo na vodenje vpisnikov in pomožnih knjig. Poslovnik je določal tudi, da morajo sodišča voditi splošni seznam pravnih mnenj, sprejetih na sejah sodnih oddelkov, posvetovanjih in delovnih sestankih sodnikov, temeljnih in višjih sodišč ter Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije; poseben seznam pravnih mnenj pa so sodišča vodila za pravna mnenja, sprejeta na občni seji Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije.

Leta 1981 je bila za predsednico Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije izvoljena¹¹¹ Francka Strmole - Hlastec¹¹², dotedanja predsednica Višjega sodišča v Ljubljani. Na mestu predsednice je ostala do leta 1993, ko se je zaposlila v gospodarstvu.

¹⁰⁹ Glej prejšnjo opombo.

¹¹⁰ Poslovnik je bil sprejet 31. oktobra 1978. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 26, z dne 9. decembra 1978. Sodni poslovnik za redna sodišča je veljal do sprejetja Sodnega reda leta 1995. Za vrhovna sodišča, višja gospodarska sodišča in vrhovno gospodarsko sodišče so še naprej veljala pravila 114. člena Zakona o sodiščih iz leta 1954, da lahko sama predpišejo pravila o svojem notranjem poslovanju. Objava: Uradni list Federativne ljudske republike Jugoslavije, št. 30, z dne 21. julija 1954.

¹¹¹ *Odlok o izvolitvi predsednice Vrhovnega sodišča Socialistične republike Slovenije in o razrešitvi predsednice Višjega sodišča v Ljubljani*, sprejet 28. julija 1981. Objava: Uradni list Socialistične republike Slovenije, št. 23, z dne 1. avgusta 1981.

¹¹² Francka Strmole - Hlastec (1934–) je diplomirala na Pravni fakulteti v Ljubljani. Sodniško pot je začela na Okrožnem gospodarskem sodišču, nadaljevala na Višjem gospodarskem sodišču in Vrhovnem sodišču v Ljubljani. Nato je bila predsednica Okrožnega sodišča in predsednica Višjega sodišča v Ljubljani. Svojo kariero v pravosuđu je sklenila s predsedovanjem Vrhovnemu sodišču v Ljubljani, nato se je zaposlila v gospodarstvu. Fotografija: Vrhovno sodišče Republike Slovenije. Ljubljana: Vrhovno sodišče RS, 2003.



Francka Strmole - Hlastec, predsednica Vrhovnega sodišča SRS v letih med 1981 in 1991 ter predsednica Vrhovnega sodišča RS v letih 1991 in 1992.



Zaveza sodnikov v skupščini januarja 1979, spodaj skrajno desno predsednik Vrhovnega sodišča Jože Pavličič. (Fotografija: Svetozar Busić. Hrani Muzej novejšje zgodovine.)

V letu 1980 je Vrhovno sodišče Socialistične republike Slovenije na občni seji sprejelo ustrezna navodila glede spremljanja, preučevanja in evidentiranja družbenih odnosov in pojavov pri rednih sodiščih, na podlagi 37. člena *Zakona o rednih sodiščih*. Navodila so se nanašala med drugim tudi na usklajevanje sodne prakse in sprejetje načelnih stališč oziroma načelnih pravnih mnenj. Poudarek je bil tudi na evidenci sodne prakse zaradi zagotavljanja enotne uporabe zakonov. Vrhovno sodišče so

navodila zavezovala tudi k objavi pregleda sodne prakse in literature. Pozneje so bila navodila dopolnjena še z navodili za stike rednih sodišč z mediji¹¹³.

Vrhovno sodišče je vodilo evidenco sodnih odločb in pomembnih pravnih člankov v obliki kartoteke že od šestdesetih let naprej¹¹⁴. Sodišče je spremljalo pravne revije in biltene iz vse Jugoslavije. Ker je bilo pregledovanje obsežne zbirke zahtevno in zamudno, predvsem pa težko dostopno sodiščem zunaj Ljubljane, je začelo Vrhovno sodišče izdajati preglede sodne prakse s posameznih pravnih področij v knjižni obliki¹¹⁵.

Zaradi nenehnega spreminjanja in dopolnjevanja sodne prakse informacije ob izidu knjig niso bile več aktualne. Pojavila se je potreba po hitrem ažuriranju informacij in njihovi lažji dostopnosti za uporabnike. Zato je Vrhovno sodišče Socialistične republike Slovenije v oktobru 1984 na občni seji sprejelo odločitev o prenosu evidence sodne prakse iz kartotek v digitalno okolje¹¹⁶. Leto pozneje je bila v sodelovanju z Republiškim sekretariatom za notranje zadeve Slovenije



Kartotečna evidenca sodne prakse, hrani Centralna pravosodna knjižnica. (Fotografija: Maja Vavtar. Hrani Centralna pravosodna knjižnica.)

113 Več o tem: Šinkovec, J., 1983.

114 Več o tem: Jelenc - Puklavec, A., 1989.

115 Najprej kot zbirka Pregled sodne prakse (od leta 1978 do leta 1984), nato kot Pregled sodne prakse in literature (od leta 1987 do leta 1988), in nazadnje kot Izbor pravnih stališč (v letu 1990).

116 Z dogovorom med Vrhovnim sodiščem, Ustavnim sodiščem, Ministrstvom za pravosodje in drugimi republiškimi organi leta 1984 se je začela faza identifikacije informacijskih potreb za oblikovanje informacijske politike za potrebe sodstva. Jelenc - Puklavec, A., 1993.

vzpostavljena eksperimentna baza podatkov, v letu 1987 se je začel reden vnos podatkov v digitalni obliki¹¹⁷. Zaradi potrebe, da bi vsi, ki sodelujejo pri vnosu podatkov, poznali sodno organizacijo in sodne postopke, je leta 1987 Vrhovno sodišče predlagalo Ministrstvu za pravosodje in upravo, naj svojo pristojnost, dogovorjeno leta 1984, poskusno prenese na Vrhovno sodišče, kjer je nato tudi ostala. Od leta 1991 bazo uporabljajo vsa sodišča in tudi drugi pravosodni in državni organi ter posamezni odvetniki in podjetja.

18. REPUBLIKA SLOVENIJA (1991–)

Osemdeseta leta je zaznamovala velika gospodarska, politična in socialna kriza. Izhod iz splošne krize je Slovenija videla v večji decentralizaciji, politični in ekonomski demokraciji in človekovih svoboščinah. Da bi zagotovila večjo suverenost republike je, ob nasprotovanju zveznega vodstva, slovenska skupščina septembra 1989 spremenila ustavo z ustavnimi amandmaji, s katerimi so bile postopno zmanjšane pristojnosti federacije. Amandmaji so tudi uveljavili pravico slovenskega naroda do samoodločbe, vključno z odcepitvijo in združitvijo. Amandmaji, ki so bili sprejeti leta 1990, so skoraj v celoti spremenili temeljna ustavna načela in organizacijo izvršnih odborov, iz poimenovanja republike je bila izpuščena beseda „socialistična“.

Leta 1990 je bil 23. novembra izveden plebiscit o samostojnosti Slovenije, ki se ga je udeležilo 93,4 odstotka volilnih upravičencev, za samostojnost in neodvisnost Slovenije se jih je izreklo 88,5 odstotka. V letu 1991 se je Slovenija s sprejetjem dveh ustavnopravnih aktov, *Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije* in *Ustave Republike Slovenije*, dokončno oblikovala kot država. Sprejem ustave je pomenil dokončni prelom z jugoslovansko federacijo in je obenem pomenil temeljno konstitutivno dejanje na novo nastale države, s katerim je bil zaokrožen proces nastajanja nove države (Državna ureditev Slovenije, 1999).

¹¹⁷ Vnos podatkov po enotnem obrazcu je bil prilagojen programskemu paketu STAIRS (Storage and information retrieval system). Na podlagi izkušenj iz poskusne faze je komisija, sestavljena iz predsednika, sodnikov in strokovnih sodelavcev Vrhovnega sodišča, sprejela koncept, po katerem je baza podatkov zagotavljala informacije o sodni in teoretični razlagi pravnih norm. Jelenc - Puklavac, A., 1993.

f) Sodstvo

125. člen
(neodvisnost sodnikov)

Sodniki so pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni. Vezani so na ustavo in zakon.

126. člen
(ureditev in pristojnosti sodišč)

Ureditev in pristojnosti sodišč določa zakon.
Izrednih sodišč ni dovoljeno ustanavljati, v mirnem času pa tudi vojaških sodišč ne.

127. člen
(Vrhovno sodišče)

Vrhovno sodišče je najvišje sodišče v državi.
Odloča o rednih in izrednih pravnih sredstvih ter opravlja druge zadeve, ki jih določa zakon.

128. člen
(udeležba državljanov pri izvajanju sodne oblasti)

Zakon ureja primere in oblike neposredne udeležbe državljanov pri izvajanju sodne oblasti.

129. člen
(trajnost sodniške funkcije)

Funkcija sodnika je trajna. Zakon določa starostno mejo in druge pogoje za izvolitev.
Zakon določa starostno mejo, pri kateri se sodnik upokoji.

130. člen
(izvolitev sodnikov)

Sodnike voli državni zbor na predlog sodnega sveta.

Ustava Republike Slovenije, 1991.

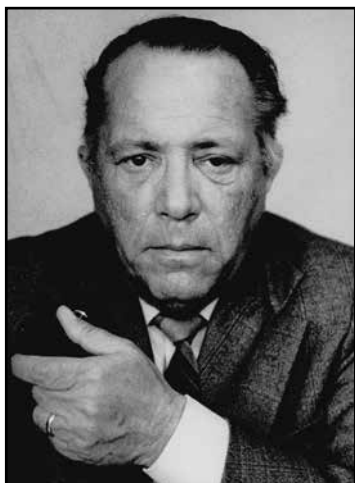
Z *Ustavnim zakonom za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije*¹¹⁸ so organi Republike Slovenije prevzeli vse pristojnosti organov Socialistične federativne republike Jugoslavije. Nova slovenska ustava je načelo enotnosti oblasti in samoupravljanja zamenjala z načelom delitve oblasti na sodno, zakonodajno in izvršilno. S temi spremembami je sodstvo dobilo drugačen položaj kot v prejšnjem družbenem redu in tudi veliko večje pristojnosti in odgovornosti. Z novo ustavo je Slovenija sprejela načelo neodvisnosti sodstva in sodnikom podelila trajni sodniški mandat¹¹⁹. Sodniki so bili tako pri svojem delu vezani zgolj na ustavo in zakone.

118 Zakon je bil sprejet 25. junija 1991. Objava: Uradni list Republike Slovenije/I, št. 1, z dne 25. junija 1991.

119 Pred tem so imeli sodniki omejen mandat, ki je trajal osem let, po izteku mandata so bili lahko ponovno izvoljeni.

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v skladu z novo ustavo prevzelo vse pristojnosti tedanjega zveznega sodišča Jugoslavije za območje Slovenije in tako postalo najvišje sodišče v novi državi. Nova ustava je v 127. členu potrdila, da je „Vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi in odloča o rednih in izrednih pravnih sredstvih ter opravlja druge zadeve, ki jih določa zakon“.

Leta 1993 je funkcijo predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije prevzel dr. Boris Strohsack, vrhovni sodnik od leta 1970¹²⁰. Vrhovno sodišče je vodil do upokojitve, januarja 1995. Bil je tudi prvi predsednik Sodnega sveta Republike Slovenije, ki je bil vpeljan z *Zakonom o spremembah in dopolnitvah zakona o rednih sodiščih*¹²¹.



Dr. Boris Strohsack, predsednik Vrhovnega sodišča RS v letih med 1993 in 1995.

Uveljavitev sodstva kot posebne veje oblasti je zahtevala tudi spremembo zakonodaje na tem področju. Sprejeti so bili novi zakoni, med njimi tudi *Zakon o sodiščih* in *Zakon o sodniški službi*, s katerimi se je na novo uredil položaj sodnikov in sodstva.

¹²⁰ *Akt o izvolitvi predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije*. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 16, z dne 1. aprila 1993. *Odlok o razrešitvi predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije*. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 75, z dne 2. decembra 1994.

Dr. Boris Strohsack (1929–1997) se je po končanem pravnem študiju zaposlil v sodstvu, na Okrožnem sodišču v Šmarju pri Jelšah, nato v Celju in pozneje na Vrhovnem sodišču v Ljubljani. Poleg sojenja se je posvečal tudi pravnemu znanstvenemu delu in publicističnemu delu. Deloval je tudi kot izredni profesor za delovno pravo, pravdni postopek in obligacije, kasneje pa je postal redni profesor za področje civilnega prava in prava družbene lastnine. Bil je predsednik Slovenskega sodniškega društva (1979–1983) in urednik revije *Pravnik*. Kot predsednik Vrhovnega sodišča je zagovarjal uvedbo trajnega sodniškega mandata in dosledno ločitev sodne veje oblasti od drugih dveh vej oblasti. Fotografija: Vrhovno sodišče Republike Slovenije. Ljubljana: Vrhovno sodišče RS, 2003

¹²¹ Objava: Uradni list Republike Slovenije (stari), št. 8, z dne 16. marca 1990. Dr. Strohsack je bil imenovan za predsednika Sodnega sveta Republike Slovenije 29. marca 1990: *Odlok o imenovanju predsednika in članov Sodnega sveta*. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 14, z dne 16. aprila 1990.

*Zakon o sodiščih*¹²², sprejet leta 1994, je prinesel pomembne novosti v primerjavi s prejšnjo ureditvijo. Sodnik je bil opredeljen kot nosilec izvajanja sodne oblasti in neodvisen tudi v razmerju do sodišč višje stopnje, ki je v konkretni zadevi že odločilo. Novo je bilo tudi poglavje, ki ureja razmerja med sodnikom kot nosilcem izvajanja sodne oblasti in sodiščem kot državnim organom. Reforma sodstva je prinesla tudi spremembe v organizaciji sodišč. Do leta 1994 so delovala temeljna in višja sodišča ter vrhovno sodišče. Novi zakon pa je določil nove vrste sodišč, in sicer okrajna sodišča, okrožna sodišča, višja sodišča in Vrhovno sodišče Republike Slovenije ter specializirana sodišča, ustanovljena s posebnim zakonom.

DRUGI DEL

1. poglavje: Vrste in pristojnosti sodišč

97. člen

Sodno oblast izvajajo v Republiki Sloveniji sodniki na sodiščih iz prvega odstavka 98. člena tega zakona (sodišča s splošno pristojnostjo).

Na sodiščih, ustanovljenih za zadeve z določenih pravnih področij, se izvaja sodna oblast v okviru pristojnosti, ki je z zakonom izrecno določena (specializirana sodišča).

98. člen

V Republiki Sloveniji so:

1. okrajna sodišča,
2. okrožna sodišča,
3. višja sodišča,
4. Vrhovno sodišče Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: Vrhovno sodišče).

Specializirana sodišča, ustanovljena s posebnim zakonom, imajo, če zakon ne določa drugače:

1. položaj okrožnega sodišča tista sodišča prve stopnje, katerih pritožbena stopnja je specializirano višje sodišče;
2. položaj višjega sodišča tista sodišča druge stopnje, ki odločajo o pritožbah zoper odločbe specializiranih sodišč prve stopnje;
3. položaj višjega sodišča tista sodišča prve stopnje, katerih pritožbena stopnja je Vrhovno sodišče.

99. člen

Okrajna sodišča so pristojna:

I. v kazenskih zadevah:

1. za sojenje na prvi stopnji o kaznivih dejanjih, za katera je zagrožena denarna kazen ali kazen zapora do treh let, razen v zadevah kaznivih dejanj zoper čast in dobro ime, storjenih s

Zakon o sodiščih iz leta 1994 je predvsem organizacijski zakon. Temeljna načela izvajanja sodne oblasti ter položaja sodišč in sodnikov so določena že v ustavi.

¹²² Zakon je bil sprejet 24. marca 1994. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 19, z dne 13. aprila 1994.

Novi *Zakon o sodiščih* je določil, da je Vrhovno sodišče Republike Slovenije pristojno za sojenje oziroma odločanje na prvi stopnji v upravnih in računsko-pravnih sporih, razen v zadevah, za katere zakon določa pristojnost drugega sodišča prve stopnje; za sojenje na drugi stopnji o pritožbah zoper odločbe sodišča prve stopnje v zadevah iz prejšnje točke ter o pritožbah zoper odločbe sodišč prve stopnje, za katere tako določa zakon; za sojenje na tretji stopnji o rednih pravnih sredstvih zoper odločbe sodišč druge stopnje; za odločanje o izrednih pravnih sredstvih zoper odločbe sodišč, razen v primerih, ko je za odločanje o izrednem pravnem sredstvu pristojno drugo sodišče; za odločanje v sporih o pristojnosti med nižjimi sodišči, razen v primerih, ko zakon določa, da je za odločanje o takšnem sporu pristojno drugo sodišče; za odločanje o prenosu pristojnosti v primerih, ki jih določa zakon; za opravljanje drugih zadev, ki jih določa zakon.

Vrhovno sodišče je bilo po tem zakonu tudi zavezano voditi evidenco sodne prakse sodišč Republike Slovenije in spremljati sodno prakso meddržavnih sodišč ter skrbeti za enotno sodno prakso. Vrhovno sodišče je tudi sprejemalo načelna pravna mnenja o vprašanih, ki so bila pomembna za enotno uporabo zakonov, sprejemalo pravna mnenja o vprašanih sodne prakse in odločalo o pobudah za izdajo ali spremembo zakona ter določalo način spremljanja sodne prakse na sodiščih.

*Zakon o sodniški službi*¹²³, sprejet aprila 1994, je še podrobneje določil pogoje za izvolitev v sodniško funkcijo, imenovanja in napredovanja v sodniški službi, sodniške dolžnosti in nezdružljivost sodniške funkcije, sodniške pravice ter prenehanje sodniške funkcije in razrešitev sodnika.

Delo sodišč je podrobneje določil *Sodni red*¹²⁴, ki je začel veljati leta 1995. V njem je bilo določeno, da Vrhovno sodišče skrbi za zagotavljanje javnosti dela, in sicer z obveščanjem javnosti preko publikacij in drugih javnih glasil ter na tiskovnih konferencah, z objavljanjem pomembnih odločb v zbirki sodnih odločb ter objavljanjem pravnih mnenj in načelnih pravnih mnenj v publikaciji *Pravna mnenja Vrhovnega sodišča Republike Slovenije*¹²⁵.

V začetku leta 1995 je dr. Strohsack odstopil z mesta predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije. Po *Zakonu o sodiščih*¹²⁶ je novega predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije imenoval državni zbor na predlog ministra, pristojnega za pravosodje, po predhodnem mnenju sodnega sveta in občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, za dobo šestih let z možnostjo ponovnega imenovanja.

Zaradi zapletov pri izvolitvi novega predsednika je bilo Vrhovno sodišče Republike Slovenije tri leta brez predsednika, vodili so ga namestniki predsednika. Po odhodu dr. Strohsacka je funkcijo namestnika predsednika Vrhovnega sodišča Republike

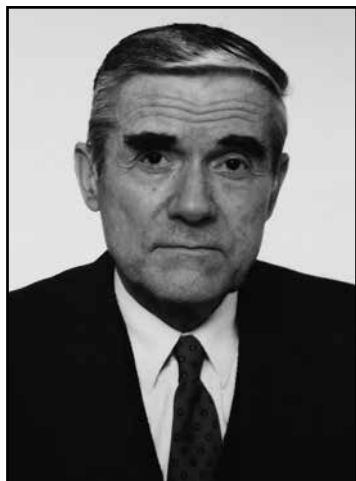
123 Zakon je bil sprejet 30. marca 1994. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 19, z dne 13. aprila 1994.

124 Sodni red je bil sprejet 28. decembra 1994. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 17, z dne 18. marca 1995.

125 Publikacija je z naslovom „Pravna mnenja: načelna pravna mnenja in pravna mnenja, sprejeta na občni seji Vrhovnega sodišča Republike Slovenije“ izhajala od leta 1994. Pred tem je izhajala z različnimi naslovi, vse od leta 1950.

126 Glej opombo 123.

Slovenije od 25. januarja 1995 do 1. januarja 1996 opravljal Tomislav Grgič¹²⁷, vrhovni sodnik od leta 1972.



Tomislav Grgič, namestnik predsednika Vrhovnega sodišča RS v letu 1995.

1. januarja 1996 je funkcijo namestnika predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije prevzel dr. Janez Novak¹²⁸, vrhovni sodnik od leta 1991 in vodja Delovnega in socialnega oddelka na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije, in ostal na tem mestu do 1. januarja 1997. Za drugega namestnika predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije je bil izvoljen Janez Šlibar, ki je ostal na tem mestu do konca leta 1997.

Dušan Ogrizek¹²⁹, vrhovni sodnik od leta 1984 in vodja Civilnega oddelka na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije, je funkcijo namestnika predsednika prevzel 1. januarja 1997 in ostal na tem mestu do 17. decembra 1997.

¹²⁷ Tomislav Grgič (1932–) je svojo poklicno pot začel kot sodnik v Kopru in nadaljeval v Ljubljani, najprej kot strokovni sodelavec na Vrhovnem in Ustavnem sodišču, nato kot vrhovni sodnik na Kazenskem oddelku Vrhovnega sodišča, katerega je nekaj časa vodil. Deloval je v različnih komisijah in delovnih skupinah, napisal je številne članke in referate. Fotografija: osebni arhiv Tomislava Grgiča.

¹²⁸ Dr. Janez Andrej Novak (1939–) je študiral na Pravni fakulteti v Ljubljani, bil je kazenski in civilni sodnik, pozneje se je specializiral za delovno in socialno pravo. Bil je redni profesor delovnega prava, njegova obsežna strokovna bibliografija obsega članke in knjige. Bil je sourednik revije Podjetje in delo, sodeloval je na številnih mednarodnih konferencah. Leta 1991 je bil izvoljen za sodnika na Vrhovnem sodišču, na katerem je vodil Delovno-socialni oddelk. Fotografija: hrani Vrhovno sodišče Republike Slovenije.

¹²⁹ Dušan Ogrizek (1940–) je po diplomi na Pravni fakulteti v Ljubljani leta 1964 začel sodniško pot na Občinskem sodišču v Škofji Loki kot prvostopenjski sodnik, nato se je zaposlil na Višjem sodišču v Ljubljani in pozneje na Vrhovnem sodišču v Ljubljani, kjer je bil tudi vodja Civilnega oddelka. Poleg sodniškega dela se je ukvarjal tudi s prevajanjem iz angleščine, zlasti proze in mladinske književnosti. Fotografija: osebni arhiv Dušana Ogrizka.



*Dr. Janez Novak, namestnik predsednika
Vrhovnega sodišča RS v letu 1996.*



*Dušan Ogrizek, namestnik predsednika
Vrhovnega sodišča RS v letu 1997.*

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je po obdobju namestnikov predsednika 17. decembra 1997 le dobilo novega predsednika. Imenovan je bil dr. Mitja Deisinger¹³⁰, od leta 1988 vrhovni sodnik in vodja Kazenskega oddelka na tem sodišču.

¹³⁰ *Odlok o imenovanju predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije*, sprejet 17. decembra 1997. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 82, z dne 22. decembra 1997.

Dr. Mitja Deisinger (1942–) je po končanem študiju prava začel poklicno pot na tožilstvu, leta 1988 se je zaposlil na Vrhovnem sodišču, kjer je bil tudi vodja Kazenskega oddelka. Med predsedniškim mandatom je Vrhovno sodišče organiziral po vzoru zahodnoevropskih sodišč, uvedeni sta bili finančna služba in notranja revizijska služba, izpeljan je bil projekt elektronske zemljiške knjige, ustanovljen Center za izobraževanje v pravosodju, bil pa je tudi pobudnik in soustanovitelj stalne konference vrhovnih sodišč Srednje Evrope. Z referati in prispevki je sodeloval na številnih kongresih, njegova strokovna bibliografija je zelo obsežna, svoje znanje pa je delil tudi kot predavatelj na Pravni fakulteti. Sodniško pot je nadaljeval kot ustavni sodnik na Ustavnem sodišču Republike Slovenije. Fotografija: osebni arhiv dr. Mitje Deisingerja.



Sodnice in sodniki Vrhovnega sodišča RS v letu 1997. (Fotografija: Miha Dobrin. Hrani Vrhovno sodišče RS.)



Dr. Mitja Deisinger, predsednik Vrhovnega sodišča RS v letih med 1997 in 2003.

V desetletju pred vstopom Slovenije v Evropsko unijo so bile v sodstvu v ospredju informatizacija sodnih postopkov in priprave na sprejem v Evropsko unijo. Zelo pomembni nalogi pri vstopu Slovenije v Evropsko unijo sta bili tudi zagotavljanje enotne uporabe zakonov in razvoj enotne sodne prakse, mednarodna javnost pa je pričakovala tudi usklajenost delovanja sodišč z mednarodnimi standardi. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v tem času nadaljevalo informatizacijo sodstva in sodnih postopkov, kot prva izmed elektronskih storitev sodišča se je uveljavila elektronska zemljiška knjiga¹³¹.

¹³¹ Leta 2001 je začela veljati uredba o informatizaciji zemljiške knjige, leta 2004 pa je bil sprejet še Pravilnik o elektronskem dostopu do informatizirane glavne knjige. Jelenc - Puklavec, A., 2004.

Republike Slovenije so tudi po vstopu Slovenije v Evropsko unijo ostale sodno odločanje, ustvarjanje enotne sodne prakse, spremljanje sodne prakse meddržavnih sodišč, razvoj pravnih norm, sprejemanje načelnih pravnih mnenj o vprašanjih, pomembnih za enotno uporabo zakonov, dajanje pobud za izdajo ali spremembo zakonodaje ter določanje načina spremljanja sodne prakse na sodiščih.

Vrhovno sodišče Republike Slovenije¹³³ je ostalo najvišje sodišče v državi, ki na zadnji stopnji odloča v sodnih zadevah in ima določena pooblastila v zvezi z izvrševanjem sodne uprave, vendar le za ukrepe, vezane na posamezne zadeve. Na določenih področjih ima Vrhovno sodišče pooblastila za izvajanje funkcij za vsa sodišča, npr. informatizacija, notranja revizija, dostop do informacij javnega značaja, na drugih pa zanje opravlja le določena opravila, npr. na področju proračuna opravlja koordinacijo priprave in izvrševanja proračuna, na kadrovskem področju koordinira pripravo kadrovskega načrta (Poročilo o delu Vrhovnega sodišča Republike Slovenije za leto 2004)¹³⁴.

Nadaljevala so se prizadevanja za informatizacijo sodnih postopkov, vzpostavitev elektronskega poslovanja sodišč in informatizacija baze sodne prakse, s čimer se zagotavlja javnost dela sodišč. Informatizacija sodnih postopkov je pripomogla k boljši preglednosti delovanja sodišč in zagotovitvi načela javnosti dela sodišč. Zagotavlja tehnološko podporo sodnemu odločanju in poslovanju sodišč, strankam pred sodišči pa daje pravno varnost, h kateri pripomore dobra seznanjenost sodnikov s sodno prakso in pravno literaturo (Jelenc - Puklavec, 2011).

Za predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije je bil 27. februarja 2004 imenovan Franc Testen¹³⁵, dotedanji sodnik Ustavnega sodišča. Na mestu predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije je ostal do 27. februarja 2010.

133 Vrhovno sodišče Republike Slovenije je najvišje pritožbeno sodišče v državi. Je pritožbena instanca v civilnih, kazenskih, gospodarskih, upravnih ter delovnih in socialnih zadevah. V veliki večini zadev, za katere je pristojno, je sodišče tretje stopnje, kar pomeni, da obravnava predvsem tako imenovana izredna pravna sredstva. Razlogi za vložitev teh pravnih sredstev so – drugače od rednih pritožb – omejeni na vprašanja materialnega prava in najresnejše kršitve postopka. Poleg vsebinskega odločanja v sodnih postopkih Vrhovno sodišče odloča tudi v sporih o pristojnosti med nižjimi sodišči, o prenosu pristojnosti na drugo sodišče v posameznih primerih ter skrbi za evidenco sodne prakse. Prezeto s spletne strani: <http://www.sodisce.si/vsrs/predstavitev/2015021612091336/>, dne 15. 1. 2016.

134 Poročila so od leta 2004 prosto dostopna na spletni strani Sodstva Republike Slovenije.

135 *Sklep o imenovanju predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije*. Uradni list Republike Slovenije, št. 22, z dne 10. marca 2004.

Franc Testen (1948–) je po diplomii na Pravni fakulteti v Ljubljani znanje pridobil v sodstvu in tudi v gospodarstvu. Bil je sodnik na Vrhovnem sodišču RS v letih 1992 in 1993, nato sodnik in predsednik Ustavnega sodišča. Z Ustavnega sodišča se je vrnil na Vrhovno sodišče RS, na Gospodarski oddelek. Deloval je tudi kot arbiter pri Gospodarski zbornici Slovenije in bil član mednarodnega arbitražnega sodišča pri Mednarodni trgovinski zbornici v Parizu. Fotografija: hrani Vrhovno sodišče Republike Slovenije.



Franc Testen, predsednik Vrhovnega sodišča RS v letih med 2004 in 2010.



Sodnice in sodniki Vrhovnega sodišča RS v letu 1997. (Fotografija: Miha Dobrin. Hrani Vrhovno sodišče RS.)

Po odhodu Testena z mesta predsednika je 27. februarja 2010 predsedovanje Vrhovnemu sodišču Republike Slovenije začasno prevzela Alenka Jelenc - Puklavac¹³⁶, vrhovna sodnica od leta 1982 in vodja Evidenčnega oddelka¹³⁷. Na tem mestu je ostala do izvolitve novega predsednika konec leta 2010.

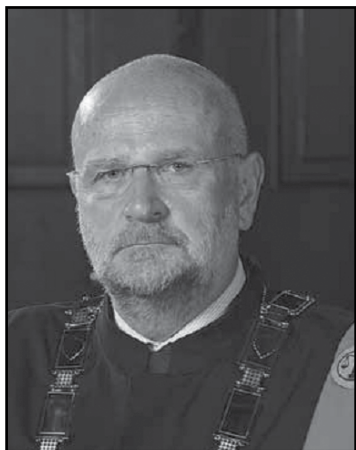
¹³⁶ Alenka Jelenc - Puklavac (1941–) je bila po končanem pravnem študiju kazenska sodnica na sodiščih vseh stopenj, dokler ni na Vrhovnem sodišču prevzela vodenja Evidenčnega oddelka. Strokovno se je posvetila področju kazenskega prava, usklajevanju sodne prakse in informatizaciji sodstva ter razvoju Centralne pravosodne knjižnice. Bila je predsednica Slovenskega sodniškega društva (1987 do 1991) in Sodnega sveta (1994 do 1999), predsednica uredniškega odbora Pravosodnega biltena in urednica Pravnih mnenj. Fotografija: hrani Vrhovno sodišče Republike Slovenije.

¹³⁷ Zapisnik občne seje Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, z dne 26. februarja 2010. Hrani Vrhovno sodišče Republike Slovenije.



Alenka Jelenc - Puklavec, začasna predsednica Vrhovnega sodišča RS v letu 2010.

23. novembra 2010 je bil za predsednika Vrhovnega sodišča izvoljen Branko Masleša¹³⁸, vrhovni sodnik od leta 2000¹³⁹.



Branko Masleša, predsednik Vrhovnega sodišča RS v letih med 2010 in 2016.

Prenova poslovnih procesov je prispevala k izboljšanju delovanja slovenskih sodišč. Postopne spremembe organizacije dela sodnikov in drugega sodnega osebja, ukrepi za izvajanje prioritarnih nalog, solidarnost sodišč pri odpravi nerešenih

¹³⁸ Branko Masleša (1952–) je po končani diplomski na Pravni fakulteti Univerze v Sarajevu leta 1975 sprva delal na tožilstvu, kasneje kot kazenski sodnik na Temeljnem sodišču v Kopru. Kariero je nadaljeval na Višjem sodišču v Kopru, kot vodja Kazenskega oddelka, in kasneje na Vrhovnem sodišču v Ljubljani. Bil je tudi predsednik Sodnega sveta. Predava tudi na kazenskopравnih šolah za sodnike in na šolah prekrškovnega prava, v okviru Centra za izobraževanje v pravosodju je predaval vsebine iz Zakona o kazenskem postopku kandidatom za sodne izvedence in cenilce. Fotografija: hrani Vrhovno sodišče Republike Slovenije.

¹³⁹ Sklep o imenovanju predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije. Objava: Uradni list Republike Slovenije, št. 95, z dne 29. novembra 2010.

zadev ter prenos znanja omogočajo nadaljevanje pozitivnega razvoja, h kateremu se je sodstvoavezalo¹⁴⁰.

Nadaljujejo se prizadevanja za transparentnost dela sodišč, kar omogoča spremenjeni način dela, ki se vse bolj seli v elektronsko okolje in zagotavlja javnost dela sodišč. Da bi zagotovili enako pravno varnost tudi tistim, ki se v elektronskem okolju ne znajdejo najbolje ali pa so kakorkoli socialno ali finančno ogroženi, je uveljavljen institut brezplačne pravne pomoči. Institut omogoča uresničevanje pravice do sodnega varstva, upoštevajoč socialni položaj osebe, ki brez škode za svoje preživljanje in preživljanje svoje družine te pravice sicer ne bi mogla uresničevati.

Poslanstvo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije tudi v prihodnje ostaja nepristransko in neodvisno sojenje, s ciljem ohranitve vladavine prava in pravne države ter varstva pravic in svoboščin, ki jih zagotavlja Ustava in zakonodaja Republike Slovenije. Vizija prihodnosti slovenskega sodstva temelji na zagotavljanju poštenega in učinkovitega sojenja, kakovostnih storitev in enakem dostopu do sodišč za vse stranke v postopku, na spodbujanju mirnega reševanja sporov, krepitvi odnosov z laično in strokovno javnostjo ter drugima dvema vejama oblasti.

Sčasoma je sodstvo v skladu s svojim poslanstvom in vizijo ter zastavljenimi cilji doseglo pomembne premike. Novi in spremenjeni načini poslovanja so omogočili učinkovitejše reševanje zadev, poslovanje sodišč pa se še izboljšuje. Sodiščem je v zadnjih letih uspelo nekoliko zmanjšati število nerešenih zadev, kar omogoča sistemsko skrajševanje povprečnih časov obravnave sodnih zadev¹⁴¹.

Sodišča transparentnost delovanja zagotavljajo z objavami seznamov obravnav in narokov, ki omogočajo udeležbo javnosti, in s tem zagotavljajo dostop do vseh odločitev. Svoje delovanje poskušajo vse bolj približati ljudem tudi z objavljanjem sodne prakse, ki je prosto dostopna vsem na spletnih straneh sodstva. Vrhovno sodišče vodi evidenco sodne prakse sodišč Republike Slovenije in spremlja sodno prakso meddržavnih sodišč ter s tem skrbi za enotno sodno prakso. Javnost dela se zagotavlja tudi z obveščanjem v publikacijah in javnih glasilih, na tiskovnih konferencah in z objavljanjem pomembnih odločb v knjižni zbirki sodnih odločb.

Pomembna dejavnost Vrhovnega sodišča ostaja sprejemanje načelnih pravnih mnenj¹⁴² o vprašanjih, ki so pomembna za enotno uporabo zakonov, in pravnih mnenj o vprašanjih sodne prakse, odločanje o pobudah za izdajo ali spremembo zakonov ter odločanje o načinu spremljanja sodne prakse na sodiščih.

140 IV. konferenca dobrih praks v sodstvu. Povzeto s spletne strani: <http://www.sodisce.si/vsrs/objave/2013112811363973/>, dne 15. 1. 2016.

141 V. konferenca dobrih praks v sodstvu. Objava: http://www.sodisce.si/sodni_postopki/objave/2014122211440674/.

142 Načelna pravna mnenja izdaja Vrhovno sodišče Republike Slovenije tudi v knjižni obliki.



Sodnice in sodniki Vrhovnega sodišča RS v letu 2016. (Fotografija: Žiga Koritnik. Hrani Vrhovno sodišče RS.)

20. SKLEP

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je leta 1991 v skladu z novo ustavo prevzelo vse pristojnosti tedanjega zveznega sodišča Jugoslavije za območje Slovenije in tako postalo najvišje sodišče v novi državi. Nova ustava je v 127. členu potrdila, da je „Vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi in odloča o rednih in izrednih pravnih sredstvih ter opravlja druge zadeve, ki jih določa zakon“.

Vendar korenine Vrhovnega sodišča segajo daleč nazaj, v čas, ko slovenski jezik na sodiščih ni bil samoumeven in na sodiščih ni bilo veliko sodnikov slovenskega rodu. Zato so pomembna tudi prizadevanja znamenitih posameznikov, ki so izbrili slovenskemu narodu slovenski jezik in slovenskim sodiščem slovenske sodnike.

V vsakem dogodku ali osebi vedno lahko najdemo hkrati pozitivne in negativne dejavnike. Zato glejmo na preteklost z razumevanjem in z ustrežno distanco kot na celoto, iz katere se lahko kaj naučimo in potegnemo pozitivna spoznanja, na katerih lahko gradimo prihodnost.

LITERATURA:

- Bizjak, I., Najvišje sodišče v Ljubljani. *Slovenec*, št. 250, z dne 31. oktobra 1939, str. 5.
- Dolenc, M., Razne vesti. *Pravnik*, št. 1/2, 1925, str. 47.
- *Državna ureditev Slovenije*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1999.

- Ferenc, T., Sodstvo pod okupacijo 1941–1945. V: *Pravo, zgodovina, arhivi. Ljubljana. 1, Prispevki za zgodovino pravosodja*. Ljubljana: Arhiv Republike Slovenije, 2000, str. 199–232.
- Fujs, M., Izhodišča madžarske okupacijske politike v Prekmurju. *Prispevki za novejšo zgodovino*, št. 2, 1997, str. 175–186.
- Globevnik, J., Pravosodni sistem in sodna funkcija federacije. *Teorija in praksa*, št. 4, 1971, str. 627–639.
- Globevnik, J., Značaj in strukture zvezne ustave. *Teorija in praksa*, št. 5/6, 1973, str. 378–390.
- Godina, F., *Prekmurje 1941–1945*. Murska Sobota: Pomurska založba, 1967.
- Golia, V., Slovensko pravosodje ob 20-letnici Jugoslavije. V: *Spominski zbornik Slovenije: ob dvajsetletnici kraljevine Jugoslavije*. Ljubljana: Jubilej, 1939, str. 138–151.
- Guštin, D. Razvoj vojaškega sodstva slovenskega odporniškega gibanja 1941–1945. *Prispevki za novejšo zgodovino*, št. 1, 2004, str. 49–62.
- Jelenc - Puklavec, A., Računalniško podprta informatizacija rednih sodišč v R Sloveniji. *Pravosodni bilten*, št. 1/2, 1993, str. 77–83.
- Jelenc - Puklavec, A., »Toga še ne naredi dobrega sodnika, treba jo je znati nositi«. *Delo*, št. 293, z dne 19. decembra 2011.
- Jelenc - Puklavec, A., Uvajanje informacijskih sistemov za potrebe pravosodja. *Pravnik*, št. 5/7, 1989, str. 333–335.
- Lojzetu Piškurju v spomin. *Bilten Slovenskega sodniškega društva*, št. 24, 1982, str. 38–40.
- Melik, J., Slovensko najvišje sodišče v preteklosti. *Arhivi*, št. 2, 2006, str. 263–268.
- Melik, J., Organizacija rednih sodišč v prvi Jugoslaviji. V: *Pravo, zgodovina, arhivi. Ljubljana. 1, Prispevki za zgodovino pravosodja*. Ljubljana: Arhiv Republike Slovenije, 2000. Str. 37–44.
- Na strani pravice. *Dogovori*, št. 13, z dne 23. septembra 1986.
- *O splošnih problemih pravosodja LR Slovenije*. Ljubljana: Vrhovno sodišče LRS, 1963.
- *Odločbe kasacijskega sodišča (stola sedmorice) v kazenskih stvareh. 2. knjiga*. Ljubljana: Pravnik, [1943?].
- Ogrizek, E., Sodstvo v letih 1848–1918. V: *Pravo, zgodovina, arhivi. Ljubljana. 1, Prispevki za zgodovino pravosodja*. Ljubljana: Arhiv Republike Slovenije, 2000, str. 139–172.
- Pakiž, S., *Partizansko sodstvo*. Ljubljana: [s. n.], 1949.
- Pavličič, J., Partizansko sodstvo v Sloveniji. V: *Osvoboditev Slovenije 1945*. Ljubljana: Borec, 1977, str. 66–74.

- Piškur, L., Družbeni problemi pravosodja. *Delo*, št. 217, z dne 12. avgusta 1967.
- Polič, Z., Razvoj sodstva v osvobodilni borbi in vloga pravnikov. V: *Spomenica o prvem zboru slovenskih pravnikov na osvobojenem ozemlju*, dne 10. in 11. oktobra 1943. [S.l.]: Resolucijski odbor prvega zbora slovenskih pravnikov na osvobojenem ozemlju, 1944. Str. 60–63.
- *Poročilo o delu Ministrstva za pravosodje LRS*. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje, 1946.
- *Pravo in sodstvo v samoupravni družbi*: vprašanja podružbljanja pravnih norm, sodne funkcije in pravosodnih institucij. Ljubljana: Univerzum, 1979.
- Ravnihar, V., Kako je bilo? *Slovenski pravnik*, št. 11/12, 1940, str. 367–372.
- Ravnihar, V., Tomaž Einspieler, *Slovenski pravnik*, št. 11/12, 1936, str. 263–271.
- Ravnihar, V., *Mojega življenja pot*. Ljubljana: Oddelek za zgodovino Filozofske fakultete, 1997.
- Sajovic, R., Naše najvišje sodišče. *Slovenski pravnik*, št. 9/10, 1939, str. 239–242.
- *Seznam osebja v področju sodne uprave za Slovenijo*. Ljubljana: Poverjeništvo za pravosodje v Ljubljani, 1919.
- Simič, V., Preselitev vrhovnega sodišča iz Zagreba v Ljubljano. V: *Slovinci in država*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 1995, str. 197–199.
- *Slovenska kronika XX. stoletja: 1900–1941*. Ljubljana: Nova revija, 1995.
- *Slovenska novejša zgodovina*. Ljubljana: Mladinska knjiga, 2005.
- *Slovenski zbornik 1945*. Ljubljana: Državna založba Slovenije, 1945.
- *Sodni poslovnik za redna sodišča*. Ljubljana: Uradni list SRS, 1978.
- Spomenica na drugi kongres pravnika Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u Ljubljani od 9. do 11. septembra 1926. godine. Ljubljana: Društvo Pravniki, 1927.
- Stante, J., Misli o nastanku in razvoju našega sodstva. *Novi svet*, št. 5/7, 1946, str. 356–358.
- Stenografski zapiski Ljudske skupščine Ljudske republike Slovenije (Tretji sklic): Seje od 15. decembra 1953 do 28. februarja 1954. Ljubljana: Ljudska skupščina LRS, 1954.
- Stenografski zapiski Ljudske skupščine Ljudske republike Slovenije: I. redno zasedanje (Drugi sklic), 10. aprila do 8. junija 1951, in II. redno zasedanje (Drugi sklic,) 14. decembra 1951. Ljubljana: Ljudska skupščina LRS, 1952.
- Šesto redovno zasedanje Veća naroda i Saveznog veća: 20.–22. maja i 7.–10. septembra 1953: drugi saziv: stenografske beleške: knjiga druga. Beograd: Narodna skupština FNRJ, 1953.

- Šinkovec, J., *Nekateri problemi organizacije in metode dela v rednem sodstvu*. Ljubljana: Republiški sekretariat za pravosodje in upravo, 1983.
- Titl, J., *Murska republika 1919*. Murska Sobota: Pomurska založba, 1970.
- Tominšek, T., Začetki novega civilnega sodstva v Sloveniji. *Bilten Slovenskega sodniškega društva*, posebna št., 1974.
- *Ustavno pravo SFR Jugoslavije*. Ljubljana: Univerzum, 1981.
- Vidrih Lavrenčič, L. Organizacija sodišč v Julijski krajini 1918–1943. V: *Pravo, zgodovina, arhivi. Ljubljana. 1, Prispevki za zgodovino pravosodja*. Ljubljana: Arhiv Republike Slovenije, 2000. Str. 185–198.
- Vilfan, S., *Uvod v pravno zgodovino*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1991.
- Vilfan, S., *Pravna zgodovina Slovencev*. Ljubljana: Slovenska matica, 1961.
- *Vrhovno sodišče Republike Slovenije: predstavitev*. Ljubljana: Vrhovno sodišče RS, 2003.
- *Zakon o ureditvi ljudskih sodišč s pojasnili*. Beograd: Uradni list, 1946.
- Žnidarič, M., Okupacijska uprava v slovenski Štajerski leta 1941. *Lex localis*, št. 1, leto 2004, str. 21–43.
- Žontar, J., Začetki ustavnosti na Slovenskem. *Arhivi*, št. 2, 2007, str. 25–42.

